

**UNIVERSITE
BRETAGNE
LOIRE**

Thèse de Doctorat

FEDOUA ERRIZANI

*Mémoire présenté en vue de l'obtention du
Grade de Docteur de l'Université de Nantes
Sous le sceau de l'Université Bretagne Loire*

École doctorale : **Droit, Economie, Gestion, Sociétés et Territoires (DEGEST)**

Discipline : *Droit Public*

Spécialité : *Droit Portuaire*

Unité de recherche : *Centre de Droit Maritime et Océanique, EA 1165*

Soutenue le (9)

Thèse N° : (10)

LES RÉFORMES PORTUAIRES MAROCAINE ET FRANCAISE ENTRE ENJEUX DE BONNE GOUVERNANCE ET INCITATION AU PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

JURY

Rapporteurs : **Mme Gaëlle GUEGEN-HALLOUET**, Maître de Conférences, HDR, Université de Bretagne Occidentale

M. Laurent BORDEREAUX, professeur, Université de La Rochelle

Examineurs : **M. Robert RÉZENTHEL**, Docteur en Droit, avocat au Barreau de Montpellier,

Directeur de Thèse : **M. Patrick CHAUMETTE**, professeur, Université de Nantes

L'Université Bretagne Loire

***A CELUI QUI M'A INDIQUE LA BONNE VOIE EN ME RAPPELANT QUE LA
VOLONTE FAIT TOUJOURS LES GRANDS HOMMES...***

A mon défunt Père.

***A CELLE QUI A ATTENDU AVEC PATIENCE LES FRUITS DE SA BONNE
EDUCATION,...***

A ma Mère.

***QU'ILS TROUVENT DANS CE MEMOIRE L'EXPRESSION DE MES
REMERCIEMENTS LES PLUS SINCERES***

A mon frère et mes deux sœurs.

REMERCIEMENTS

C'est avec un grand plaisir que je réserve ces quelques lignes en signe de gratitude et de reconnaissance à tous ceux qui ont contribué de près ou de loin à l'élaboration de ce travail.

Mes remerciements s'adressent d'abord à mes encadrants : Madame Gwenaele PROUTIERE-MAULION et Monsieur Patrick CHAUMETTE ainsi qu'aux membres du jury, pour l'honneur qu'ils m'ont accordé en acceptant de juger mon travail.

Mes remerciements vont, également, à monsieur Robert REZENTHEL pour toute l'aide qu'il m'a procuré et la documentation qu'il a mis à ma disposition.

J'exprime ma gratitude à tous les cadres de Marsa Maroc rencontrés lors des recherches effectuées et qui ont accepté de répondre à mes questions avec gentillesse.

Je n'oublie pas les membres de ma petite famille ainsi que mon fiancé et mon amie Nadia, pour leur soutien, leur compréhension, leur aide et leur réconfort. Ce travail, qui a pris une grande place dans ma vie ces dernières années, leur est dédié.

Enfin, j'adresse mes plus sincères remerciements à tous mes proches, collègues et amis, qui m'ont toujours soutenue et encouragée au cours de la réalisation de cette thèse.

Merci à tous et à toutes.

SOMMAIRE :

PARTIE I : Les réformes des secteurs portuaires au Maroc et en France : un impératif commandé par des considérations économiques, juridiques et organisationnelles :

Titre premier : L'état des lieux des secteurs portuaires Marocain et Français, précurseur des réformes :

Chapitre I : Les systèmes portuaires marocain et français à la veille des réformes :

Chapitre II : Les ports marocains et français : des systèmes forgés par les empreintes historiques :

Chapitre III : Le contexte économique à la veille des réformes portuaires au Maroc et en France:

Titre II : L'achèvement des réformes des secteurs portuaires Marocains et Français :

Chapitre I : La mise en œuvre des lois portant réformes portuaires au Maroc et en France :

Chapitre II : Apparition de nouvelles règles de gestion du domaine public :

Chapitre III : l'impact des réformes sur les autres domaines de l'activité portuaire :

Chapitre IV : Emergence de nouvelles Stratégies portuaires subséquentes aux réformes portuaires en France et au Maroc :

Conclusion de la première partie.

Deuxième partie : Les montages contractuels des Partenariats Privés-Publics portuaires au Maroc et en France : Vers une richesse juridique vecteur de l'émergence économique :

Titre I : Les PPP : un modèle contractuel promoteur de l'émergence économique :

Chapitre I : Chapitre I : Le commencement des PPP au Maroc et en France

Chapitre II : Genèse et formes des partenariats public-privé au Maroc et en France :

Chapitre III : Le parcours des Partenariats Privé-Public :

Chapitre IV : Les PPP : des organismes privés gérant un service public :

Titre II : La gestion contractuelle des PPP : concession, gestion déléguée et contrat de partenariat :

Chapitre I : Les délégations des services publics : forme privilégiée de gestion de services publics au Maroc et en France :

Chapitre II : Le contrat de partenariat : le renouveau des PPP :

Conclusion

LISTE DES ABREVIATIONS ET ACRONYMES :

ANP : Agence Nationale des Ports
AOT : Autorisation d'Occupation Temporaire
ADM : Autoroute de la Mer
BCMO : Bureau Central de la main-d'œuvre
BM : Banque Mondiale
BAD : Banque Africaine de Développement
BOT: Build Operate Transfer.
BO : Bulletin Officiel
CE : Conseil d'Etat
CEDEAO : Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
CNUCED : Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement
CE : Communauté Européenne
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
CET : Convention d'Exploitation de Terminal
CT : Convention de Terminal
DP : Domaine Public
FMI: Fond Monétaire International
JO : Journal Officiel
JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne
JOCE : Journal Officiel des Communautés Européennes (devenu JOUE).
OTDP : Occupation Temporaire du Domaine Public
ODEP : Office d'Exploitation des Ports, créé en 1984 pour gérer les ports Marocains
PPP : Partenariat Public Privé
PA : Port Autonome
RAPC : Régie d'Acconage du Port de Casablanca
SA : Société Anonyme
SIEG : Service d'Intérêt Economique Général
SOMAPORT : Société de Manutention Portuaire, filiale de CMACGM
SODEP : Société d'Exploitation des Ports, agissant sous le nom de marque « Marsa Maroc »
TFUE : Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne
TMSA : Agence Spéciale Tanger Méditerranée, autorité portuaire au port de Tanger Med
UE : Union Européenne
PE : Parlement Européen

INTRODUCTION :

Les transports maritimes ont considérablement évolué dans le monde au cours des dernières années; le secteur a notamment, été marqué par un rythme de croissance accéléré, appuyé, surtout, par le segment du trafic conteneurisé dont le taux de croissance est le plus élevé parmi les types de trafics traités par les ports. En effet, avec plus de 8 milliards de tonnes de marchandises transportés au niveau planétaire et 150 millions de conteneurs touchant les ports dans le monde chaque année ¹, le transport maritime représente 80 % des échanges mondiaux et constitue 4 % du prix final des biens manufacturés. Cette proportion peut atteindre jusqu'à 10 % à 20 % pour les matières premières agricoles et peut aller même à 25 % à 30 % pour les matières premières industrielles.²

Bénéficiant de la croissance des échanges mondiaux, le transport maritime international connaît un développement soutenu imputable, principalement, aux trafics traités dans les pays émergents qui représentent environ 45 % des exportations mondiales et la moitié des flux des investissements directs à l'étranger (IDE) mondiaux. De plus, ce type de transport reste le moyen le plus respectueux de l'environnement, avec 5 fois moins de dégagement de CO2 que le transport terrestre et 13 fois moins que le transport aérien.³

Aussi, devenues de plus en plus conscientes de ces avantages, et pour réaliser des économies d'échelle, les compagnies maritimes ont-elles investi dans le marché des navires de type porte-conteneurs en expansion sans cesse croissante à tel point que, en raison de la concurrence accrue, l'on a assisté à des multiples opérations de fusions et acquisitions⁴ au cours des dernières années, l'objectif étant de mettre sur pied des méga-entreprises de transport qui soient capables de faire face à la concurrence et de drainer le maximum de trafic.

Cette évolution vers des navires toujours plus grands a intensifié la pression en faveur de la préparation de l'infrastructure adéquate via la mise en place de meilleures installations portuaires et l'amélioration conséquente de la productivité des ports maritimes. Ses installations, dont la mission essentielle est d'être un important maillon de la chaîne de transport, assurant la jonction entre un transport par mer et un autre mode, terrestre dans la majorité des cas, constituent le point, à la fois sensible et important, de la chaîne logistique où la cargaison du navire est transbordée sur un autre moyen de transport⁵. Il est évident qu'une infrastructure, quelle qu'elle soit, de mauvaise qualité entrave sérieusement la croissance économique d'un pays ainsi que sa compétitivité à l'échelle internationale.

Tous ces mouvements et changements qu'a connu le secteur des transports et les installations qui lui servent d'infrastructure ont fait que les pouvoirs publics en charge des ports, dans plusieurs pays de par le monde, se sont rendus compte que l'amélioration de la gestion de ses infrastructures est, incontestablement, un préalable à la poursuite du développement du secteur des transports maritimes. En effet, pour les compagnies maritimes,

¹ « Droits maritimes », JP Beurier, 15 octobre 2014, (édition 2015-2016), Dalloz - Dalloz Action ;

² « Étude sur les transports maritimes », Rapport du secrétariat de la CNUCED en 2011 ;

³ La stratégie portuaire nationale à l'horizon 2030, Ministère de l'équipement et des transports (Maroc) ;

⁴ Exemple du groupe CMA-CGM issu de la fusion, en 1996, de la Compagnie Générale Maritime (CGM) et de la Compagnie Maritime d'Affrètement (CMA) ou encore les acquisitions de certains chantiers navales et armements par la compagnie MAERSK ;

⁵ Il est possible que ce soit le mode fluvial ou maritime pour les ports de transbordement.

le temps de séjour à quai est devenu, de plus en plus, facteur de décision d'accoster dans un port⁶ ; un jour supplémentaire passé dans une installation portuaire par un navire coûte cher à la compagnie maritime concernée.

Ceci étant, le constat fut claire ; sans une nette amélioration de l'efficacité portuaire et avec la hausse des exportations, bon nombre de ports dans le monde seront, de plus en plus, marginalisés et desservis par des navires de collecte s'ils n'adhèrent pas au mouvement. Les chargeurs devraient supporter des tarifs de transport maritime plus élevés. Plus encore, en l'absence d'une efficacité accrue des ports, de nombreux pays côtiers seraient, de fait, comparables à des pays enclavés⁷, supportant quasiment les mêmes coûts que les pays véritablement sans littoral ni desserte fluviale.

A cet effet, au milieu des années 2000, on était dans une période où se sont posés deux paradigmes imposant deux tendances qui ont marqué la marche des pouvoirs publics dans tous les pays toutes obédiences confondues; la première reflétant la lourdeur de la gestion publique reflétée par des règles de droit pleinement publicistes et la seconde plus légère visant la simplification et la souplesse visant une libéralisation, autant que possible, des économies.

Partant de ce postulat, et pour s'épargner une situation pouvant être dramatique pour leur économie, de nombreux pays à travers le monde se sont-ils fixés comme objectif de procéder à *la libéralisation* de leurs ports maritimes, qu'il s'agisse des Etats de l'Europe⁸, de l'Amérique ou des pays en développement en Afrique⁹.

La libéralisation, concept souvent utilisé à tort, comme synonymes de dérégulation¹⁰ dans les conférences sur la libéralisation des services publics, signifie la suppression des obstacles pouvant entraver la concurrence dans un secteur donné et elle est, généralement, utilisée en relation avec des marchés présentant des caractéristiques de monopole d'un seul opérateur qui domine un marché ou des pratiques anticoncurrentielles. Ce terme est employé pour décrire soit une progression dans le sens d'une instauration d'une concurrence plus vaste, soit dans le but de la suppression des freins à la concurrence sur un marché donné.

Cette libéralisation consiste, dans le secteur des ports, à faire passer dans le champ de l'économie de marché, autrement dit dans le secteur marchand, des activités portuaires qui étaient, auparavant, exercées par l'Etat ou par un monopole public¹¹. Il importe de signaler que la libéralisation n'est pas forcément synonyme de privatisation de l'entreprise publique originelle ; l'Etat n'est pas contraint d'abandonner le contrôle de l'entreprise publique en introduisant la concurrence dans un secteur économique donné y compris dans le cas du secteur portuaire.

⁶ Le délai de séjour dans les ports marocains a été un objectif important de la réforme portuaire au Maroc ; il a même fait l'objet de la feuille de route élaborée en 2007 pour résoudre le problème de congestionnement qu'a connu le port de Casablanca courant l'été de cette année.

⁷ L'économie de ses pays souffre en raison de leur éloignement de la mer. Le droit d'accès à la mer leur est reconnu par la convention du 10/12/1952 sur le droit de la mer mais ceci demeure difficile à réaliser.

⁸ Allemagne, Espagne, Angleterre et la France .Voir « Approche des réformes portuaires européennes et nord-américaines (Canada) par Jean Debrie et Cécile Ruby 2008.

⁹ Cas du Maroc, Sénégal et autres pays africains.

¹⁰ La dérégulation signifie une réduction, qualitative ou quantitative, des réglementations publiques. Déréguler signifie donc réduire les contraintes réglementaires qui pèsent sur un secteur donné.

¹¹ Libéralisation du secteur du transport maritime, forum JURISMAROC 2008.

Pour ce qui est du secteur portuaire, la libéralisation¹², donnant lieu à l'ouverture à la concurrence des services portuaires, était un sujet particulièrement critiqué parce que ayant une fin toujours incertaine. Les partisans de la libéralisation du marché des services portuaires au Maroc comme en France étaient persuadés qu'il est essentiel de libéraliser le marché des services portuaires en vue de promouvoir la croissance et l'emploi, ce qui n'était pas l'avis de ses détracteurs qui jugeaient qu'elle pourrait provoquer des pertes d'emplois massives et dégrader les conditions de travail.

Le désir du désengagement financier des Etats et les résultats de la gestion bureaucratique des structures portuaires constituent les principales justifications de cette évolution qui est vivement encouragée par la Banque Mondiale (BM), le Fond Monétaire International (FMI) et la Banque Africaine de développement (BAD). Cette dernière avait, au début des années 2000, élaboré des modèles stratégiques complets pour le Maroc se rapportant au concept et aux modèles de délégations de services publics (DSP). La première phase avait couvert la période allant de 2007 à 2011 qui tournait autour des trois principales finalités que sont la consolidation et la protection du système de gouvernance en général, le renforcement des infrastructures par la réalisation de nouvelles installations et mise à niveau des anciennes et assurer le développement économiques de l'entreprise. La troisième finalité du programme visait à soutenir les efforts pour parvenir au développement humain. Cette stratégie a fait l'objet d'une correction à mi-parcours, en février 2009 lors de laquelle la banque avait constaté les progrès substantiels réalisés par le pays dans ces trois volets. Ces progrès ont été réaffirmés par le rapport combiné de la BAD, établi en 2011 dont les résultats ont guidé l'organisme dans l'élaboration de la stratégie du DSP entre 2012 et 2016.

Au niveau de l'Union Européenne (UE), la tendance était la même ; déjà en 1997, la Commission adopta le Livre Vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes dans lequel elle annonce son ambition de voir inscrire les ports dans le réseau transeuropéen de transport et sa volonté d'établir un cadre réglementaire adéquat permettant de libéraliser le marché des services portuaires en Europe. Dans ce sens, un règlement de l'UE portant numéro 2017/352 du Parlement Européen (PE) et du Conseil du 15 février 2017 a érigé un cadre pour la prestation de services portuaires et a mis en place des règles communes incitant à la transparence financière des ports. Ce texte présente indiscutablement un grand intérêt pour l'EEE.

Au début, la libéralisation des services publics prenait la forme de privatisations massives. Selon ses défenseurs, « la privatisation » doit permettre d'améliorer l'efficacité de la gestion portuaire et procurer des ressources financières aux gouvernements qui l'adoptent. Le concept de privatisation désigne un transfert de propriété du public vers le privé et s'oppose au concept de nationalisation suivant lequel des activités privées sont intégrées dans le giron public.

¹² La libéralisation du secteur portuaire au Maroc a été précédée par celle du transport maritime qui a été progressive et a aboutie le 1er juillet 2007, date de sa dernière phase. Elle a permis de créer neuf nouvelles lignes maritimes régulières de fret conteneurisé et une ligne maritime dédiée au trafic roulier initiées par des compagnies maritimes nationales mais surtout étrangères. L'environnement réglementaire maritime permet une concurrence loyale et transparente sans recours aux fastidieux processus d'agrément qui a prévalu jusque-là et, en l'espace de quelques mois, l'impact de la libéralisation du transport maritime était bien perceptible. Toutefois, la réforme de l'ancien code de commerce maritime de 1919 afin d'accompagner et d'encadrer convenablement ces effets positifs de la libéralisation, s'impose de plus en plus.

Dans la plupart des pays qui optaient pour la « privatisation » des installations portuaires, c'était l'efficacité économique qui était recherchée avant tout ; les autorités étatiques avaient conscience de l'importance considérable des ports maritimes sur le plan économique et stratégique pour ne pas privatiser, le plus souvent, que certains services portuaires ; la cession en pleine propriété des ports ou partie des ports demeurait l'exception dans le monde. (Voir supra).

A cet effet, durant la dernière vingtaine d'années, les ports du monde ont été affectés par d'importantes réformes institutionnelles et organisationnelles, essentiellement par l'adoption de politiques publiques de privatisation, de déréglementation et de décentralisation des infrastructures de transport. Ces réformes, touchant principalement la gouvernance portuaire, furent associées aux objectifs, plus généraux, d'amélioration de l'efficacité portuaire et au désir de réduire l'intervention de l'État dans la planification et la gestion des infrastructures maritimes et portuaires.

Les processus de libéralisation et de privatisation ainsi que le développement de nouvelles formes de corporatisme ont modifié les relations entre les acteurs publics et privés et transformé la gestion institutionnelle des ports. Dans le cadre de cette politique de privatisation visant à réduire à néant les financements publics dans le domaine portuaire, certains gouvernements sont allés jusqu'à céder la propriété des biens portuaires à des entreprises privées devenues, de ce fait, des autorités portuaires¹³.

Au sein des ports privés, les autorités portuaires s'apparentent à des sociétés privées et ne reçoivent pas d'argent public, ni de l'État, ni des collectivités territoriales. Plus encore, ces dernières financent elles-mêmes leurs infrastructures sauf pour des cas particuliers¹⁴.

Ce changement dans la politique de la gestion portuaire des États s'explique par les mutations qu'a connues le secteur de transport et des ports. En effet, en l'espace de quelques décennies, les modes de fonctionnement des ports de commerce ont été profondément modifiés¹⁵. Ces modifications s'insèrent dans une nouvelle étape de la mondialisation, marquée par l'inflation rapide des tonnages transportés (près de 8,2 milliards de tonnes en 2008, selon la CNUCED, contre 4 milliards en 1990, soit un doublement en un laps de temps réduit). De même, on a assisté à des changements structurels de ces mêmes tonnages, avec une progression sensible des marchandises notamment, les marchandises diverses. Cette progression, a été soutenue par l'efficacité de la conteneurisation qui s'est traduite par le transit de 137 millions d'EVP en 2008, soit 1,3 milliard de tonnes, correspondant à 80% du tonnage des marchandises diverses, et à plus du quart de toutes les marchandises transportées sur mer, à l'exception des vrac liquides. C'est dire qu'on a assisté à une mutation globale et novatrice en ce sens qu'elle a impliqué de nouvelles méthodes de circulation de la marchandise, de nouveaux réseaux de transport et d'activités connexes, de nouvelles relations avec les ports de commerce, de nouveaux opérateurs constituant la communauté portuaire qui est aujourd'hui en passe de maîtriser les engrenages de cette économie d'intermédiation marchande (en effet, les trois premiers transporteurs mondiaux font près de 40% de la

¹³ Cas particulier de l'Angleterre avec ce qui est appelé les « private port ».

¹⁴ Le port de Liverpool où la construction de nouvelles infrastructures a donné lieu au versement d'aides par l'UE.

¹⁵ Voir « Les mutations récentes de la gouvernance des ports français sous la pression des contraintes internationales, l'espace politique en ligne », mis en ligne le 21/03/2012.

capacité de charge et les trois premiers manutentionnaires font le quart du trafic portuaire de conteneurs)¹⁶.

Dans ce sens, la privatisation a cédé la place, ces dernières années, à un autre procédé de libéralisation de l'économie qu'on appelle communément «le Partenariat Public Privé» (PPP), visant à confier à une entité privée la gestion du service public. Ce concept est issu du droit anglo-saxon qui a créé le concept de «public private partnership» durant les années 1970 et 1980. Il vise les hypothèses dans lesquelles les partenaires privés sont associés aux projets structurant de l'Administration et utiles pour les usagers et participent à leur exécution. Les droits Marocains et Français n'ont intégré ce concept, dans leurs ordres juridiques, que récemment.¹⁷ Les deux pays ont des projets stratégiques à réaliser dans le domaine des ports et ont des atouts qui leur permettent d'y arriver avec l'implication d'un partenaire privé ayant le savoir-faire nécessaire dans le secteur du transport maritime et des ports.

En effet, le Maroc, situé à 15 km de l'Europe, est l'entrée principale de l'Afrique vers le nord et dispose d'une situation géographique qui lui donne une importance économique¹⁸ ; donnant sur deux façades maritimes : méditerranéenne et Atlantique, la plus part des échanges commerciaux passe par lui, et avec le nouveau port de TANGER-MED¹⁹ et les projets d'extension et de construction de nouveaux ports, ceci lui donne un avantage qu'il doit mettre à profit.

Le développement de l'intervention de l'Etat dans l'économie Marocaine avant décembre 2005²⁰ s'expliquait par l'idée qui prévalait au moment de l'indépendance du Royaume. On considérait que seule la puissance publique pouvait favoriser et organiser la croissance des différents domaines économiques et des différentes activités de la collectivité.

Le trafic portuaire marocain se caractérise par une prédominance des importations (54%) ; c'est en quelque sorte le reflet de la structure du commerce extérieur national, une structure marquée par la prédominance des vrac solides (plus de 50%), à cause des exportations marocaines traditionnellement orientées sur le marché extérieur (minerais, phosphates, etc.), un développement soutenu des vrac liquides (Tankets-phosphoriques), dont la principale cause serait certaines décisions politiques et économiques, notamment la libéralisation du secteur énergétique et le développement des activités liées aux phosphates et dérivés et la confirmation du développement du trafic unitarisé, notamment les conteneurs, dont les principales raisons sont les mouvements de libéralisation d'un certain nombre de secteurs économiques, mais également la migration de certains trafics du conventionnel vers l'unitarisé.

Selon le constat fait par la Banque Mondiale à ce sujet, durant les années 1980/1990, l'incidence globale des mouvements annuels de marchandises transitant par mer à destination ou en provenance du Maroc et jugé modeste. L'étroitesse du marché Marocain du commerce maritime et sa faible croissance ont joué un rôle à cet effet. En effet, il est difficile de

¹⁶ Idem que BP 15.

¹⁷ Avec une longue avancée du droit français dont la première réglementation remonte à 2004.

¹⁸ L'offre actuelle au Maroc : 34 ports dont 13 ouverts au commerce extérieur, environ 40 km de quais dont 54% sont destinés au commerce et plus de 1.000 hectares de terre-pleins.

¹⁹ Tanger Med est un port marocain en eau profonde construit entre 2004 et juillet 2007. Il se trouve à 14 km de l'Espagne, dans une position stratégique sur la voie de passage entre l'Asie, l'Europe, l'Amérique du Nord et l'Amérique du Sud. Il est bordé par une zone franche d'activités industrielles et logistiques.

²⁰ Date de la réforme portuaire.

maintenir des services de ligne régulière dans un marché où les possibilités de génération et d'attraction des cargaisons sont faibles et incertaines. D'où la prédominance des services de tramping dans le cadre desquels les navires font uniquement escale lorsque d'importants volumes de marchandises sont prêts à être enlevés. Dans le cas des marchandises en vrac, le type de desserte revêt une importance moins critique, car le facteur temps est rarement une source de préoccupation pour ce type de cargaison. La situation est différente en ce qui concerne les divers types de marchandises générales, notamment les produits manufacturés dont la compétitivité dépend largement d'un transport régulier et rapide, avec un minimum d'avaries et à faibles coûts. Plus encore, l'Association Marocaine des Exportateurs n'a pas cessé, avant la réforme, de souligner que plusieurs de ses membres auraient perdu des contrats avec leurs clients européens de longue date pour la fourniture de produits manufacturés, vu qu'ils ne pouvaient pas garantir des conditions fiables de transport maritime. Des efforts ont été donc requis pour mieux prendre en charge et acheminer les exportations et les importations du pays en assurant la régularité des déplacements de marchandises et en réalisant des économies d'échelle dans la manutention et le transport et, de manière générale, dans la chaîne logistique .

L'interventionnisme étatique, partiel et empirique au début, a été progressivement généralisé et systématisé malgré les postulats libéraux souhaités et l'Etat Marocain s'est engagé, de plus en plus profondément, dans une voie qui l'a conduit à une présence étendue dans le domaine économique.

Cette intervention publique, jugée indispensable au moment où elle s'est développée après l'indépendance, a vu ses justifications s'amoindrir à fur et à mesure que changeaient le contexte de l'économie Marocaine et l'environnement international et devant la difficulté apparente, pour l'Etat, d'assurer le contrôle d'un secteur public foisonnant, mettant en péril les finances publiques contraintes de compenser les déficits par les subventions d'équilibre.

La Banque Mondiale avait estimé, dans son étude économique sur le moyen orient et l'Afrique du nord en 1997, que « *la politique marocaine des transports maritime n'est pas sans tradition protectionniste. Un décret d'octobre 1962 avait déjà dressé une liste de produits ne pouvant être transportés que par des navires du pavillon national. En 1980, le Maroc ratifiait la convention de la CNUCED sur le code de conduite des conférences maritimes. Le partage administratif des cargaisons, combiné aux primes d'équipement consenties dans le cadre du code des investissements de 1973, a favorisé un temps l'essor de l'armement national que les mutations ultérieures du marché ont remis en cause, en rendant largement caduques les dispositions contraignantes du code. Plus récemment, un projet de décret initié par le ministère des Pêches maritimes et de la Marine Marchande en collaboration avec celui des Travaux Publics, montrait que la tentation du protectionnisme en matière de transport maritime était toujours vivante. On y prévoyait d'abroger le décret d'octobre 1962 et de le remplacer un dispositif jugé plus efficace pour contrer la concurrence dite "déloyale" des armateurs étrangers. Il s'agissait notamment d'imposer que les transporteurs désireux de participer à la desserte maritime du Maroc s'immatriculent localement dans le cadre du droit commercial en vigueur, de fixer les conditions régissant les prestations du transport maritime assurées par un transporteur national ou étranger (lignes régulières tout spécialement), ou encore, à l'instar de la Tunisie, d'instituer une priorité en faveur des armateurs marocains pour le chargement de cargaisons homogènes. Aucune décision n'a encore été prise et les options restent heureusement ouvertes. Mais, en mettant le concept de "pavillon national" au cœur du débat, on risque de le faire aboutir à des conclusions peu conformes à l'intérêt de l'économie marocaine. L'expérience internationale*

est là pour montrer que les pays qui ont voulu protéger le pavillon national par le biais de la réglementation et du partage administré des cargaisons l'ont chèrement payé ».

C'est dans ce contexte, ressenti bien avant le rapport de la BM, qu'une réorientation fondamentale de l'intervention de l'Etat a été annoncée par le discours Royal de 08/04/1988 et mis en œuvre par la promulgation de la loi autorisant le transfert d'entreprises du secteur public au secteur privé (dite loi sur la privatisation du 11/04/1990 BO n° 1990 page 277). La libéralisation de l'économie Marocaine s'est faite, également, par la libéralisation du commerce et des prix suite à la promulgation de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence²¹ et qui a été refondu par la promulgation des nouvelles lois n°104-12 et n° 20-13 relatives respectivement à la liberté des prix et de la concurrence et au conseil de la concurrence.

C'est ainsi qu'à la fin des années 1990, les pouvoirs publics se sont rendu compte que la gestion des services publics de manière générale et le secteur des ports en particulier, leur développements et leur modernisation impliquent des investissements que les collectivités publiques ne sont pas en mesure d'assurer compte tenu des capitaux importants nécessaires. Devant l'ampleur du problème, le gouvernement Marocain a chargé une commission interministérielle sous la présidence du ministre chargé, à l'époque, du secteur public et de la privatisation, d'étudier les perspectives de développement de la concession et, plus largement, de la gestion déléguée des services publics et de proposer une loi qui constituerait une sorte de charte de l'intervention du secteur privé dans la gestion du service public. C'était le premier pas du Maroc pour libéraliser les secteurs clés de l'économie, y compris les ports, en y impliquant le secteur privé. A cet effet, la réflexion devait être menée, également, sur le plan réglementaire pour savoir comment appréhender ce domaine dont le droit résulte d'un ensemble de textes²² qui relevaient essentiellement du droit public mais dont le droit privé présente une part importante surtout pour la gestion des services publics à caractère industriel et commercial. Plus encore, la réglementation internationale concernant le secteur portuaire n'est pas nombreuse mais celles portant sur le droit maritime ont une incidence sur les activités portuaires vu les étroites entre les deux secteurs d'où la réflexion globale à mener par les pouvoirs publics. Cette période a vu, également, le début des négociations, par le Maroc, du statut avancé avec l'UE²³

La question qui s'imposait après l'adoption du cadre légal permettant la libéralisation de la gestion des ports marocains, et quand bien même que la loi n'avait pas encore été mise en application, qu'apporterait de nouveau cet arsenal juridique, d'autant plus qu'il cohabite avec d'autres textes spéciaux et généraux applicables ? En effet, la loi 15-02 n'a pas abrogé

²¹ Dahir n° 1-00-225 du 05/06/2000 BO n° 2000 du 05/06/2000 page 545, modifiée par la loi n° 114-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

²² En France, on trouve le code des ports maritimes, le code des transports et d'autres textes régissant le secteur sur le plan national ou des directives communautaires, contrairement au cas du Maroc où l'on déplorait une réglementation incomplète, lacunaire et éparpillée.

²³ Le statut avancé constitue un cadre de la politique européenne de voisinage qui n'avait été accordé à aucun autre partenaire avant d'être conclu avec le Maroc. Il constitue une avancée notable pour les deux parties. Venant à la suite du processus de coopération antérieur, le statut avancé permet d'aller au-delà du statut d'association. Des principes d'appropriation et de différenciation président à cette démarche.

Le principe d'appropriation repose sur la convergence vers l'acquis de l'Union et se fonde sur de nouvelles perspectives de partenariat pour arriver à des degrés approfondis d'intégration, par lequel le Maroc prendra part au marché interne de l'Union européenne et pourra participer progressivement aux éléments-clés et au programme des politiques de l'UE ainsi qu'à la convergence des législations économiques et à l'harmonisation avec les autres pans de législations relatifs au marché intérieur.

les législations anciennes à laquelle elle devait se superposer d'où une suspicion sur les avantages qu'elle était sensée instaurer sur les parties au contrat de concession et notamment, les concessionnaires portuaires. Les pouvoirs publics, qui se sont inscrits dans une logique de recherche d'investissements, se posait la question, à leurs égards, sur leur attentes de cette loi et si elle corrobore leurs visions, à moyen et long terme de l'évolution économique globale du Royaume.

La situation en France était différente. Le pays, avec les Etats Unis, disposent des plus grandes zones maritimes au monde²⁴. En plus, l'hexagone dispose de quatre façades maritimes exceptionnelles²⁵, il a le plus long linéaire côtier de l'Europe, des accès nautiques aisés, une position géographique stratégique qui le prédestine à être une puissance maritime et portuaire ayant son poids sur la scène internationale mais surtout européenne. Le pays dispose, également, d'une vingtaine de ports maritimes de commerce d'une importance significative dont sept avaient, jusqu'à 2008, le statut de Ports Maritimes Autonomes. Plus de la moitié, en volume, du commerce extérieur de la France transite par ses Ports.

Jusqu'au début des années 1980, l'Etat Français ne donnait pas beaucoup d'importance à la gestion des ports maritimes, il administrait l'ensemble des ports en accordant des concessions à des opérateurs privés. Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat a mis les bases de la décentralisation portuaire en France. L'Etat avait le pouvoir de désigner les ports de commerce et de pêche qu'il entendait garder sous son autorité et ceux qu'il va transférer aux collectivités. De même, les départements et les communes concernés par le transfert n'avaient pas la faculté de refuser la nouvelle mission qui leur incombait. Ce n'est que le 22/01/2002 avec la loi n° 2002-692 relative à la Corse que le législateur Français a opéré le transfert de compétence de certains ports à des collectivités territoriales.

Suite à cette loi, le législateur Français a élaboré, dans la précipitation, la loi n° 2004-68-09 du 13/08/2004 relative aux Libertés et responsabilités locales qui consacre un transfert de compétence et de propriété des infrastructures de certains ports maritimes. Mais certaines situations n'ont pas été prévues par le texte, ce qui a nécessité l'intervention, encore une fois, du législateur. D'autres textes ont été adoptés pour asseoir la décentralisation de la gestion portuaire en France.

Sur le terrain, les pertes de parts de marché des ports étaient colossales ; elles ont atteint 42 % entre 1990 et 2008 pour les ports français en Europe dont la part s'est considérablement restreinte, passant de 19 % à 15 % entre 1989 et 2004. Les ports de Marseille et du Havre, qui occupaient en 1998, respectivement les 18ème et 36ème rangs mondiaux, ont régressé pour se placer aux 24ème et 39ème rangs. Cette érosion de la compétitivité des ports français trouve son explication dans la forte concurrence qu'exercent les ports de la façade nord de l'Europe tels que Rotterdam, Anvers et Hambourg et de la façade méditerranéenne avec les ports de Barcelone, Gêne et Malte.

Quant au trafic conteneurisé en France, ses performances ont été jugées plus médiocres que les autres types. Il est vrai que, ce trafic a augmenté de 58 % entre 1989 et 2005, mais les ports français ont perdu des parts de marchés considérables en Europe. En faisant du Benchmarking, il s'est avéré que les ports français ne pouvaient rivaliser avec les

²⁴ Rapport d'information du sénat Français N° 728 du 06/07/2011.

²⁵ La mer du Nord, la Manche, l'océan Atlantique et la mer Méditerranée. La longueur totale de ses côtes atteint 3 427 km.

grands ports asiatiques, compte tenu de la taille de leur arrière-pays et du fort développement économique de la Chine notamment. En revanche, ils devraient pouvoir rivaliser en sus avec les grands ports du Nord de l'Europe²⁶. Ceci a mené, après réflexion et débats, à la conclusion selon laquelle une réforme portuaire en France était inévitable.

L'autre particularité française réside dans l'influence croissante du droit communautaire appelé, également, droit « dérivé »²⁷, spécifique au secteur portuaire qui, quoi que peu développé, n'en demeure pas moins applicable et, surtout, contraignant. A signaler, à cet effet, que le secteur portuaire est resté pendant longtemps méconnu de la politique communautaire : il en est résulté une application accélérée du droit communautaire - mis en place- aux ports dans le but de combler le retard pris. Les activités portuaires et celles relatives au transport maritime présentent, sans aucun doute, de nombreuses similitudes juridiques avec le droit de l'Union européenne ; on se trouve devant un arsenal juridique complexe répartie dans les traités signés par les membres, on assiste au maintien du rôle historique de la puissance publique et une restriction d'accès aux qui est liée au poids des traditions, de l'histoire et de la culture maritime et portuaire de chaque pays constituant cette communauté. L'environnement économique ne s'est en effet libéralisé que tardivement. Le processus de la libéralisation des transports maritimes n'a débuté qu'en 1986. Les politiques communautaires de développement des transports terrestres n'ont connu de développement véritable et réel que dans les années 1990.

L'aspect réglementaire étant important pour mener toute réflexion en marge de la polémique sur les impacts macro-économiques, pour remédier à ce genre de situation à soubassement stratégique et de politique publique, la législation française des contrats publics, conjuguée aux impératifs du service public a, au début, altéré les conditions d'égalité des parties du contrat au bénéfice de l'administration et la tutelle pour l'intérêt public avant de finir par reconnaître à l'entrepreneur privé le droit de maintenir l'équilibre financier du contrat.

Pour ce faire, elle a envisagé l'indemnisation du partenaire privé suite à toute altération de l'objet ou des clauses contractuelles pouvant lui porter préjudice en sus des compensations économiques, le cas échéant, pour des faits extérieurs au contrat ou à la volonté des parties affectant l'équilibre économique et portant préjudice au co-contractant privé (théorie de l'imprévision, le fait du prince, etc.). Ceci, et à l'instar de la situation du Maroc citée ci-dessus, mène à se poser la question sur l'efficacité ou l'efficience de cette panoplie d'outils juridiques au service du développement de la situation économique du pays.

La première application pratique du droit de l'Union européenne à ces activités a été permise en 1974, à l'occasion du différend opposant la CJCE à l'Etat français au sujet des marins français²⁸, pour le droit du transport maritime et seulement en 1991²⁹ dans le port

²⁶ Etude sur « Projet de loi portant réforme portuaire », du sénat français en date du 26/06/2007.

²⁷ Par ce dispositif, l'UE souhaite réaliser l'harmonisation des règles de gestion de l'infrastructure de transport, notamment les ports et aéroports. Dans ce sens, on observe une élaboration des règles de la concurrence par exemple qui sont devenues l'une des préoccupations majeures des gestionnaires et exploitants de ces ouvrages.

²⁸ Arrêt de la Cour du 4 avril 1974 dans l'affaire de la Commission des Communautés Européennes contre la République française. - Affaire 167-73, recueil de jurisprudence p. 359.

²⁹ Notons, toutefois, qu'une décision concernant le port luxembourgeois de Mersert a été rendue en 1971. Ce port est qualifié de service d'intérêt économique général dans la mesure où il constitue le principal débouché de cet

italien de Gênes³⁰ pour ce qui est des activités portuaires. L'introduction du principe de respect des libertés économiques dans ces secteurs d'activités s'est heurtée à de nombreux obstacles. De ce fait, ports et transport maritimes ont été historiquement considérés comme étant exclusivement des affaires d'Etats. Ils se sont, par conséquent, développés, durant des siècles dans le cadre de mécanismes régulateurs complexes, fortement liés aux missions d'intérêt général qui leur sont assignés. Aussi, les ports ont été pendant longtemps le siège des monopoles, privilèges et autres réservations nationales.

Or le marché européen, par vocation, est un espace de libertés économiques dont l'objet est de permettre l'accès et l'exercice de toutes activités de production de biens et de services sur le marché qui a pour vocation principale de créer une union sans cesse plus étroite entre les pays de l'Europe. Pour ce faire, les Etats membres de l'Union Européenne ont fait de la création d'un espace sans frontière intérieure leur priorité. Il en découlerait de la richesse, une solidarité et un sentiment d'appartenance.

Actuellement, la libéralisation des transports terrestres et maritimes est pratiquement acquise et les politiques communautaires des transports sont lancées : les activités portuaires sont tenues de prendre en compte ces bouleversements et composer avec les contraintes qu'elles engendrent.

Il demeurerait néanmoins vrai, selon les constats faits, que les règles communautaires générales s'adaptent mal à la libéralisation des activités portuaires. Le droit communautaire appliqué au secteur a ainsi connu une phase d'expérimentation jurisprudentielle de détermination des activités concernées et d'application du droit de la concurrence à ces activités, avant que le Livre vert sur les ports maritimes et les infrastructures maritimes (établi en décembre 1997) ne vienne formaliser cette expérience et jeter les fondements d'une politique ordonnée de concurrence dans la manutention portuaire, portant en filigrane la réforme des structures des marchés liés à la manutention portuaire (occupation des domaines portuaires, manutention, fourniture de main d'œuvre, etc.).

Pour appréhender le secteur portuaire, la jurisprudence communautaire a opéré un travail de distinction entre les diverses activités portuaires (voir supra). Ce travail a consisté à faire la part entre les activités économiques relevant de la pleine application du droit communautaire, les activités économiques n'en relevant que partiellement car elles ont la charge d'intérêts généraux, économiquement pénalisante, («services d'intérêt économique général», SIEG), et les activités non-économiques ne relevant pas du droit communautaire économique (ex : fonctions d'autorité publique). A cet effet, la commission des communautés était parfois amenée à sanctionner des comportements qui affectent les relations entre les Etats membres.

Si l'on veut raisonner sous l'angle du droit communautaire des contrats publics, les pays constituant l'UE œuvraient pour créer un marché commun intérieur entre les Etats membres. Les questions essentielles posées à ce sujet, étant considéré que la règle fondamentale du marché commun est liée aux principes de la libre concurrence, de la liberté économique et d'égalité de toutes les entreprises exerçant dans la sphère européenne,

Etat. CJCE, 14 juillet 1971, Ministère public luxembourgeois c/ Madeleine Muller, veuve J-P. Hein et autres, "Port de Mertert, aff. 10/71, rec. p. 723.

³⁰ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, Aff. C-179/90, rec. I p. 5889.

tournaient autour de la possibilité de garantir la non-discrimination des entreprises pour des raisons de nationalité lorsque les entreprises publiques lancent des marchés. En réponse, les directives européennes relatives aux contrats publics ont été améliorées à fur et à mesure du développement de la commande publique. Les premières furent élaborées durant les années 1970, suivront d'autres pendant les années 1990 puis 2004 et, finissant par celles qui sont en vigueur et qui datent de 2014³¹ pour les marchés publics et les contrats de concession.

Aussi, et comme fut le cas des autres pays membres de l'UE, la France adapte systématiquement sa législation pour permettre l'introduction de la réglementation des directives dans l'arsenal juridique interne. La commission européenne, quant à elle, surveille l'application du droit communautaire par les Etats membres et peut poursuivre devant la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) les Etats ne le mettant pas en exécution.

Cependant, et malgré cet arsenal juridique et réglementaire, censé encadrer le secteur, les pouvoirs publics Français ont constaté que le trafic des conteneurs acheminé par voie maritime et destiné au marché français est « détourné » vers les ports étrangers. La productivité des ports Français a, ainsi, été pointée du doigt à maintes reprises par les opérateurs, les institutionnels, la communauté portuaire, etc.

La solution préconisée en France comme au Maroc – mais à des échelles différentes considérant les réalités économiques de chaque pays - était l'implication du privé et le dessaisissement de l'Etat. L'introduction de la gestion privée dans les ports concerne, principalement, les missions de manutention et de stockage des marchandises transitant par le port ainsi que le financement et la mise en œuvre des infrastructures et équipements nécessaires à ses opérations avec une attention particulière pour les opérations logistiques. Cette tendance suppose la mise en place d'un partenariat jugé des fois complexe et aux dimensions multiples entre une autorité portuaire, souvent publique, et l'entreprise de manutention gestionnaire d'un ou de plusieurs terminaux portuaires de nature privée.

En effet, il est admis aujourd'hui dans l'Etat moderne de ne pas investir tous les secteurs ni de gérer le détail, mais plutôt de recentrer son action sur ses fonctions majeures notamment de souveraineté ou de régulation. Il doit, au-delà de ses fonctions régaliennes, laisser faire ou faire faire, susciter et favoriser le partenariat entre les acteurs économiques et sociaux à tous les niveaux du territoire (national, régional et local).

Par conséquent, le socle de la législation Française en matière de contrats publics s'est déplacé des questions relatives à l'exécution du contrat vers les prérogatives de l'Administration, les droits du cocontractant et les garanties de l'équilibre financier, les questions relatives à la phase préalable au marché dans le but d'assurer la publicité et la transparence et de combattre les éventuelles discriminations.

De même, nonobstant la finalité de garantir ces principes de publicité, d'égalité et de libre concurrence, la législation européenne et celles de ces pays membres- la France y compris- doivent aussi apporter une réponse aux nouvelles circonstances dans lesquelles se déroule l'activité économique publique ainsi qu'aux besoins de financement ce qui implique de nouvelles formes de collaboration entre les pouvoirs publics, les entreprises et les groupes financiers.

³¹ Directive n° 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Pour ce qui est du Maroc, le PPP dans le domaine portuaire, en tant que principe de gestion admis et appliqué, est aussi ancien que le secteur lui-même ; en effet, la construction de plusieurs infrastructures portuaires a été confiée à des sociétés concessionnaires. En effet, la première concession importante est celle du 22 janvier 1907, relative à la construction et l'aménagement d'un port à Barcasses, conclue entre le makhzen³², représenté par Mohamed Ben el arbi Torres, en sa qualité de représentant du Sultan à Tanger et Frédéric Branchard, représentant de la compagnie Marocaine à Tanger.³³

La construction du port de Casablanca fut concédée, à l'issue d'une adjudication précédée d'un appel d'offres international, à un groupement conjoint et solidaire constitué de Schneider et Cie et une compagnie Marocaine (le Procès-Verbal d'adjudication figure à la 1^{ère} page du BO n° 25 du 18/04/1913). L'aconage de ce port a été concédé à Monsieur Pellerin de la Touche par convention du 22/12/1915, approuvée par Dahir du 03/01/1916.

La construction et l'exploitation du port de Safi furent concédées à l'Office Chérifien des Phosphates (OCP) par contrat approuvé par Dahir du 03/08/1932. Il s'agissait d'une concession de travaux et de services publics, elle concerne la construction et l'exploitation du port de Safi. D'autres ports ont fait, également, l'objet de concession. C'est dire que le PPP n'est pas nouveau au Maroc mais le mouvement actuel que connaît le pays est un renouveau de ce type de coopération public privé.

Aussi, et jusqu'à la fin des années cinquante du siècle dernier, la gestion des services publics était assurée par des recours à des contrats nommés : concession, affermage³⁴, régie intéressée³⁵ et gérance³⁶.

Au Maroc post-indépendant, et conformément à l'esprit postcolonial de l'époque, les pouvoirs publics ont été portés à préserver dans la sphère de la propriété et de la gestion publique la presque totalité des champs de l'infrastructure, des équipements et des services publics, par la création de grands établissements publics jouissant du monopole tel que l'ODEP pour les infrastructures portuaires. Dans les années 1980, le Royaume qui se levait difficilement d'une longue période d'ajustement structurel, n'entend pas rester à la périphérie de l'histoire. Il fait sienne les nouvelles idées de privatisation dès cette époque.

La concession était le mode de prédilection de réalisation et d'exploitation de services publics comportant des infrastructures nécessitant de lourds investissements : chemins de fer, ports, production et distribution de l'eau et de l'énergie. Les contrats d'affermage, de régie intéressée et de gérance étaient utilisés surtout dans l'exploitation des services publics locaux.

³² Administration du Roi du Maroc durant le protectorat français.

³³ Texte manuscrits de la convention traduit de l'arabe en Français dans l'ouvrage de Najib Cherfaoui et Hamid Doghmi « systèmes portuaires : un tour du monde », sciences de l'ingénieur, Casablanca 2003, P 295.

³⁴ Le contrat par lequel une personne publique confie à un fermier, la gestion d'un service public à ses risques et profits, grâce à des ouvrages qu'elle lui remet moyennant le versement d'une contrepartie prélevée sur les ressources tirées de l'exploitation du service.

³⁵ Contrat par lequel un régisseur agit pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération forfaitaire, versée par la personne publique au régisseur et indexée sur le chiffre d'affaire réalisé, il est intéressé aux résultats obtenus par lui. Le régisseur a moins d'autonomie et de pouvoirs que le fermier ou le concessionnaire.

³⁶ Habilitation au terme de laquelle la collectivité confie à un opérateur le soin de gérer le service public, pour son compte, sur son budget et selon ses directives moyennant une rémunération déterminée en fonction de ses compétences sans qu'il en assure les risques financiers.

Ce sont des contrats dits « nommés » ou classiques, mais la pratique en matière de dévolution contractuelle de services publics montre que les parties peuvent nommer ou qualifier le contrat, innover et opter pour une autre formule ou dénomination. Comme elles peuvent ne pas qualifier leurs contrats et ce seront des contrats dits « innomés ». L'acte de délégation peut revêtir la forme unilatérale ou contractuelle. Qu'ils soient des contrats nommés ou innomés, la qualification adoptée par les parties est relative ; le contrat peut être requalifié par le juge.

Devant cet état de fait, les pouvoirs publics de tous niveaux cherchaient, de plus en plus, à coopérer avec le privé lorsqu'il s'agit notamment, de créer des infrastructures ou de fournir un service public. L'intérêt que suscite ces coopérations, s'explique en partie par les avantages que les pouvoirs publics pourraient tirer du savoir-faire du secteur privé, notamment pour améliorer l'efficacité et parer aux contraintes des budgets publics. Il est intéressant à ce sujet de noter l'avis du comité économique et social de l'union européenne de 1997 sur les financements des réseaux transeuropéens de transport par le biais du partenariat public privé qui précise que : « *l'objectif des PPP n'est pas simplement de mobiliser des ressources de financement complémentaires en période de restriction des finances publiques. Il est, en effet, tout aussi important d'améliorer la fiabilité financière d'un projet en associant les atouts du privé et du public : l'expérience du secteur public en matière de gestion des infrastructures, l'esprit d'entreprise et les talons commerciaux et financiers du secteur privé* »³⁷.

La question qui se pose ; qu'est-ce que le partenariat public privé ? Quel est l'intérêt de ce concept et quelles en sont les conséquences sur le secteur portuaire ? Et quels sont les préalables pour la réussite des PPP dans ce secteur ? C'est la problématique à laquelle essaie de répondre notre thèse en déchiffrant les divers aspects des secteurs portuaires Marocains et Français à ce sujet.

Plusieurs instances ont essayé de donner une définition au terme PPP mais il n'y a pas de définition claire ni figée ; la littérature économique propose plusieurs possibilités. Le flou trouve des raisons, selon certains, dans le fait que les PPP «occupent un espace situé entre les projets exécutés de façon traditionnelle par l'Etat et la privatisation intégrale »³⁸.

Dans sa définition la plus large, le terme « partenariat public-privé » couvre toutes les formes d'association du secteur public et secteur privé destinée à mettre en œuvre tout ou partie d'un service public. Ces relations s'inscrivent dans le cadre de contrats de long terme : elles se distinguent en cela des privatisations, des marchés publics et de la sous-traitance. Les investissements (infrastructures, matériel, immeubles, logiciels,...) nécessaires à la fourniture du service sont financés pour tout ou en partie par le prestataire privé. Le paiement assuré par les usagers ou par une collectivité publique en contrepartie du service rendu ou de l'investissement effectué, permet de couvrir l'amortissement de ces investissements et leur exploitation³⁹.

Certains éléments caractérisent, normalement, les opérations de PPP, toutes formes juridiques confondues, et qu'on peut résumer comme suit :

³⁷ « Les partenariats public privé : partager les risques et optimiser les ressources », 37ème session du comité de la gouvernance publique du 16/04/2008.

³⁸ Idem.

³⁹ Cette définition ne doit pas être confondue avec celle du contrat de partenariat qui sera traitée ultérieurement.

La première réside dans la durée plus ou moins allongée de la relation, supposant une collaboration et une coopération entre le partenaire public et le partenaire privé sur différents aspects du projet à réaliser. La seconde a trait au mode de financement du projet, assuré, en partie, par le secteur privé, ce financement se fait parfois par le biais de montages complexes entre divers acteurs (modes de financements sophistiqués). Des financements publics, parfois très importants, peuvent néanmoins venir s'ajouter aux financements privés en fonction de la taille du projet escompté. La troisième se rapporte au rôle important de l'opérateur économique (privé), qui participe à différents stades de projet (conception, réalisation, mise en œuvre, financement). Le partenaire public se concentre essentiellement sur la définition des objectifs à atteindre en termes d'intérêt public, de qualité de services offerts, de politique des prix et veiller à assurer le contrôle du respect de ces objectifs. Enfin, la répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé sur lequel sont transférés des aléas normalement supportés par le secteur public est un élément important.

Sur le plan juridique notamment contractuel, la libéralisation des modes de gestion publique qui a eu lieu au Maroc et en France a provoqué l'élargissement du cadre d'application de la législation en matière de contrats publics. Parfois, le droit public et le droit privé doivent recevoir application dans la même situation, sans compter les impératifs du droit communautaire pour le cas de la France. Même sur le plan procédurier, l'ordre juridictionnel compétent pour trancher les divers litiges déclenchés donne matière de réflexion aux tribunaux pour asseoir leurs compétences et, le cas échéant, forger une jurisprudence.

Concrètement, le résultat a donné une combinaison d'éléments juridiques publics et privés sur le support contractuel. Le contrat est considéré comme public dans sa phase d'adjudication qui est soumise au droit public et comme privé après sa signature, soumise au droit privé et aux règles de négociation des parties.

Les PPP n'impliquent, cependant, pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques ou la part la plus importante des risques liés à l'opération. La répartition des risques se fait au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties concernées à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci. Il est, également question, dans ce partage, du pouvoir de négociation. Aussi, les avantages de l'intervention du secteur privé dans le domaine des ports se résument-ils comme suit :

Les services rendus aux navires et au trafic exigent l'exercice d'un métier qui nécessite un réel savoir-faire permettant d'assurer une prestation dont l'équation ou le rapport qualité/prix répond aux attentes du client, il est exigé un professionnalisme donnant lieu à une compétence certaine sur les plans technique et/ou administratif et la capacité de bien gérer une entreprise portuaire. Mais le savoir-faire n'est pas la seule raison du développement de l'intervention du secteur privé dans les grands projets d'intérêt général, le secteur public ne peut s'en dispenser certes, mais il reste que l'entreprise privée, dont l'activité déborde le port, bénéficie pour les prestations qu'elle y effectue, des expériences vécues ailleurs et peut introduire dans ses activités portuaires des innovations appréciées par les usagers.

Il est, par ailleurs, incontestable que l'intervention d'un professionnel privé permet un apport de moyens financiers qui s'ajoutent à ceux dont dispose l'autorité portuaire. Cet apport est particulièrement appréciable pour la réalisation d'infrastructures et d'outillages mais présente, également, de l'intérêt pour les prestations des services qui n'exigent pas la réalisation d'importants équipements.

On peut illustrer ceci par le projet de construction du terminal « FOS XXL » par exemple où les opérateurs tels que CMA CGM et MSC, ont pris à leur charge les investissements dans les superstructures à hauteur environ de 250 millions d'euros. L'investissement dans les infrastructures a été réalisé en partie par l'autorité portuaire et par l'Etat.

Si on veut faire la comparaison entre les pays de l'UE, le Royaume-Uni a, par exemple, initié depuis les années 1980, une politique de privatisation afin de réduire à néant les financements publics dans le domaine portuaire, le gouvernement est même allé jusqu'à céder des biens publics à des entreprises privées devenues, par cette décision, des autorités portuaires.

Au sein de ces ports privés, les autorités portuaires s'apparentent à des sociétés privées et ne reçoivent pas d'argent public, ni de l'Etat, ni des collectivités territoriales. Ces dernières financent, en principe leurs infrastructures par leurs propres moyens sauf le cas du Port de Liverpool où la construction de nouvelles infrastructures a donné lieu au versement d'aides par l'Union Européenne.

Les ports allemands, quant à eux, sont administrés par les autorités publiques, soit par la municipalité soit par le Land. Les ports de Hambourg et de Brême, dénommés « land-municipalité », disposent d'une autonomie financière qui les rend indépendants des autorités de tutelle. En termes de financement, les infrastructures, même dans le cas où elles sont dédiées à un utilisateur, sont en général subventionnées par les fonds publics. En revanche, les opérateurs de terminaux ne peuvent bénéficier d'aucune aide publique pour le financement des superstructures. A l'inverse des ports dits « land-municipalité », certains ports situés en Allemagne ne disposent pas d'autorité portuaire autonome. Cependant, en termes de financement, on est resté sur la même répartition des rôles. Les infrastructures sont financées soit par la collectivité responsable, soit par l'Etat fédéral pour les aménagements extérieurs au port, soit par le land dans les ports municipaux.

On trouve le même schéma dans d'autres ports européens. Pour certains ports de Belgique, comme celui d'Anvers par exemple, la région flamande qui est l'autorité de tutelle, finance l'ensemble des infrastructures telles que les accès maritimes situés dans le port. L'Etat Belge finance la majeure partie des investissements dans les infrastructures des terminaux et les opérateurs de terminaux investissent dans les superstructures. A l'instar de l'Etat français, l'Etat belge investit massivement dans le secteur portuaire, ce qui permet la construction de projets portuaires de grande envergure.

Le projet d'extension du port d'Anvers réalisé dans les années 1990, a fait l'objet d'une contribution financière de la part de la région flamande à hauteur de 77 %. Il y a lieu de souligner que, même en contexte de crise, l'Autorité portuaire reste convaincue que continuer à investir dans le port d'Anvers constitue le meilleur remède⁴⁰. Ce projet s'est révélé nécessaire pour une accessibilité maritime optimale au vu de l'arrivée de porte-conteneurs d'une taille gigantesque.

Enfin, l'exemple espagnol dont l'expérience est très riche, de grands travaux permettant l'extension du port de Barcelone ont été engagés déjà dans les années 2000. C'est ainsi qu'un

⁴⁰ « Chiffres trimestriels en baisse », Nouvelles du Port, Autorité portuaire d'Anvers, Année 12, n°57, juin 2009.

investissement de 520 millions d'euros a été engagé dans l'extension du port et la création d'un nouveau terminal à conteneurs.

A fortiori, le financement par les opérateurs privés des équipements permet aux autorités portuaires publiques de concentrer leurs capacités de financement sur ces investissements d'infrastructures qui bénéficient par ailleurs, en règle générale d'un soutien financier des Etats ou des collectivités territoriales.

Tous ces exemples démontrent la différence d'implication du privé dans le secteur portuaire qui se fait à des seuils différents entre les pays de l'UE.

L'intérêt de l'intervention du privé réside, également, dans les possibilités d'améliorer la productivité qu'elle comporte, liée au fait que l'entreprise privée est motivée par la réalisation des profits. En effet, un organisme privé ne risque pas ses fonds dans le financement d'équipements dont la rentabilité est douteuse d'où une garantie du bon choix des investissements. De même, une entreprise qui a investi, s'attèle à réaliser une bonne utilisation de ses équipements en pratiquant, à l'égard de ses clients, des conditions qualité prix qui assurent leur fidélité, ce dont bénéficie la place portuaire. A cela s'ajoute la souplesse de gestion de l'entreprise privée et sa capacité à réagir rapidement à l'évolution de la conjoncture mieux que ne peut le faire une structure publique avec la lourdeur administrative qui l'handicape.

En effet, si l'on veut faire un retour sur l'expérience mondiale en matière de PPP et si l'on prend quelques exemples concrets tels que le Royaume-Uni où le National Audit Office (Cour des comptes britannique) avait étudié la part des projets de PPP dépassant le budget prévu et achevés en retard et les a comparé avec les évaluations publiées préalablement sur la performance des projets faisant l'objet de passations de marchés publics, les PPP ont fait preuve de meilleurs résultats que les projets du secteur public, particulièrement en termes de coûts. Par ailleurs, comme indiqué, également, dans la revue d'un programme de PPP publiée par la Chambre des Lords britannique, il est possible que les améliorations réalisées dans le domaine des marchés publics au Royaume-Uni aient permis de réduire l'écart avec les PPP.

En Australie, on a constaté que les PPP obtiennent, systématiquement, des coûts de dépassement du budget plus faibles. Lorsque l'on compare les délais de livraison des projets, on constate que tant les PPP que les projets faisant l'objet de passations de marchés traditionnelles ont dépassé les délais impartis. Ces études étayaient l'hypothèse selon laquelle les contrats de PPP créent, par leur conception même, des estimations plus précises que les marchés publics traditionnels. Cependant, rien ne permet de conclure que les projets de PPP sont forcément plus rentables que les projets faisant l'objet de passations de marchés traditionnelles. Les études réalisées jusqu'à présent, concluent que les retards se produisent à différentes étapes du processus. La complexité de la passation signifie que les PPP peuvent rencontrer des retards lors du démarrage du processus mais ont par la suite tendance à respecter les échéances, une fois le contrat signé. Les projets conclus dans le cadre de procédures traditionnelles de passation de marchés peuvent faire plus rapidement l'objet de contrats, mais en général cette avance est neutralisée par les retards pris lors de la mise en œuvre.

Cependant, ce vent de libéralisation a connu un revers avec le déclenchement de la crise économique mondiale en 2007-2008 lors desquelles le protectionnisme a été de retour dans plusieurs pays du monde qui ont pris des mesures pour protéger leurs entreprises contre

les investisseurs étrangers qui présentent un danger pour la sécurité économique du pays. C'est le cas pour la Russie, les USA et certains pays de l'Europe, notamment la France. En juin 2008, l'OMC disait craindre une montée du protectionnisme aux USA, l'ampleur du déficit commercial en est la raison.

Sur un autre registre, et durant les années 90, la globalisation, avec ses vastes mouvements de dérégulation et de libéralisation, a provoqué des changements dans la structure de l'économie mondiale. L'industrie portuaire est ainsi amenée à faire face aux nouveaux défis et opportunités de la globalisation où les ports sont, de plus en plus, appelés à répondre aux exigences des clients en se transformant en centres de transport intégré et plateformes logistiques et aussi à faire face à l'évolution de l'industrie (conteneurisation, navires de grande taille, nouvelles technologies de communication, etc.).

Ainsi, les ports sont perçus, actuellement, beaucoup plus qu'une infrastructure, ils intègrent les grands débats sur le rééquilibrage intermodal, l'aménagement du territoire, les réseaux routiers, la concurrence dans les transports et surtout la couverture de l'hinterland qui s'étend en prenant appui sur les plates-formes logistiques (la notion de hub⁴¹ portuaire est en plein essor). Comme le précise si bien Arnaud Sohier du service logistique du port de Marseille *«les hinterlands deviennent des aires d'influence dynamiques et se chevauchent»*. C'est dans cet esprit que «Maersk logistics» s'est implanté au port de dunkerque par exemple.

Pour toutes ces considérations, tout au long des dernières années, des réformes dans la gestion portuaire avec la participation du privé ont été engagées tant dans les pays en développement que dans les pays développés, au moyen de processus allant du transfert de gestion, des diverses formes de concession jusqu'à la privatisation partielle ou totale. Certains pays comme l'Argentine et le Chili ont été des pionniers dans la privatisation des infrastructures et opérations portuaires. Pour ce qui est de l'Afrique, le constat fait est que, en général, les infrastructures portuaires sont en bon état mais en raison de l'insuffisance des ressources publiques, la capacité de renouvellement et d'entretien était limitée et n'arrivait pas à répondre à l'accélération de la concurrence régionale, continentale ou même internationale dans le secteur.

La Banque Mondiale est l'institution financière internationale la plus sollicitée par les pays en développement, surtout dans le cadre des programmes d'ajustement structurels, en tant que conseiller et/ou bailleur de fonds lors de la mise en place de stratégies d'ouverture des opérations portuaires au secteur privé. La banque a même élaboré en 2001, un manuel de réforme portuaire qui est un modèle du développement du secteur des ports. Ce manuel explore les différentes méthodes de participation du privé et leurs incidences juridiques et opérationnelles sur les ports⁴².

Pour ce qui est du mode contractuel du PPP et d'après l'enquête de la CNUCED effectuée en 2003, l'option la plus usitée dans le partenariat public privé est la concession avec 40%, les contrats de gestion avec 25,3% et la privatisation avec 22,7% et 9% des ports ont opté pour la location des équipements aux opérateurs.⁴³

⁴¹ Plate-forme portuaire de groupage et de dégroupage des marchandises qui concerne, en général, le trafic conteneurisé

⁴²Ce manuel est consultable sur le net : <http://www.worldbank.org/html/fpd/transport/port/toolkit.htm>

⁴³ « Réformes et place du secteur privé dans les ports africains », Rapport du secrétariat de la CNUCED du 31/03/2003.

L'expérience des partenariats public-privé a été menée aussi bien dans les pays développés que dans les pays émergents selon des modalités et des montages diversifiés, propre à chaque ordre juridique. Indissociable du modèle de la bonne gouvernance en tant que processus basé sur l'échange entre acteurs, cette démarche s'est développée de manière empirique et graduelle avec, comme finalité principale une meilleure gestion du service public que seule la collaboration entre secteur public et secteur privé peut assurer. Concrètement, il existe plusieurs formules de partenariat allant de celles ayant caractère de prédominance contractuelle et d'autres plutôt institutionnelle, et leur encadrement juridique a le mérite de définir le cadre d'intervention des parties prenantes et de sécuriser leurs relations contractuelles. L'expérience contractuelle marocaine n'échappe pas à cette tendance. Le processus a commencé par l'adoption de la loi 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics et s'est poursuivi avec l'introduction dans le droit positif marocain des nouveaux contrats de partenariat public-privé. La démarche partenariale sera ainsi davantage enracinée dans le corpus réglementaire à travers l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique à laquelle le législateur vient de conférer une base juridique spécifique. Toutefois, les partenariats public-privé ne s'opèrent pas sans risques, et l'utilité de l'ingénierie juridique est de déceler les ambiguïtés et les incidences de telles pratiques et de proposer des mesures pour renforcer les montages expérimentés par les partenaires.

Dans ce contexte, le Maroc était confronté aux mutations que connaissait l'ordre international, les enjeux de la mondialisation mais surtout l'entrée du Royaume dans la zone de libre-échange avec l'UE, ce qui le plaçait au croisement de profonds changements dans la sphère de l'économie et de la gouvernance publique en général. En effet, il était crucial pour le pays de bâtir son économie du futur sur de bases saines et modernes à la fois, tournées vers l'avenir avec une aptitude à relever les défis de la compétitivité et de la globalisation.

De même, le Maroc est le pays de l'Afrique qui a été sensible à tous les changements internationaux et a été interpellé par toutes ces mutations. A cet effet, de multiples études ont été menées par des cabinets nationaux et étrangers (diligentées par le Ministère de tutelle et par l'Ex Office d'Exploitation des Ports (ODEP)). Ces études ont mis le doigt sur certains dysfonctionnements dans la gestion du secteur portuaire Marocain.

Les recommandations issues de ces études versaient toutes dans la nécessité de l'ouverture de l'économie du pays. Les ports étant considérés comme le socle de l'économie du Royaume, leur ouverture est jugée primordiale. De même, pour tenir les engagements des pouvoirs publics sur le plan international et la mise en place du méga projet du port de Tanger Med, il fallait ouvrir le secteur portuaire à de nouveaux opérateurs et préparer la confrontation à la concurrence qui ne manquerait pas d'être suscitée.

Plus encore, la dimension africaine du Maroc, devait, également, être prise en considération pour le développement de son système économique. La gestion des ports africains repose, principalement, sur deux concepts faisant l'objet d'une interprétation rigide : le service public et la domanialité publique. Ils engendrent les soubassements et les fondamentaux du régime des concessions d'aménagement et d'exploitation des ports. Le processus d'adhésion du Maroc à la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), apportera un nouveau souffle à ce groupement régional, fort de son potentiel économique et humain et sera bénéfique pour l'émergence économique

du pays. L'application progressive du droit communautaire africain (traités de la CEDEAO⁴⁴, de l'UEMOA⁴⁵, de la CEMAC⁴⁶ et de l'OHADA⁴⁷), ainsi que des relations avec l'UE devraient faciliter la libéralisation de la gestion portuaire africaine et par ricochet, marocaine.

L'Afrique est le continent qui compte le plus d'États sans littoral mais dont l'économie est, paradoxalement, tributaire du passage des marchandises par les ports des États littoraux. La concurrence entre les ports est vive mais la vigueur managériale des autorités portuaires n'est pas assez forte pour accompagner ni contenir la compétition économique internationale. Pour y parvenir, elles devraient disposer d'instruments juridiques adaptables à l'évolution du contexte concurrentiel, ce qui n'a pas été le cas.

Sur un plan financier, la réflexion pour trouver des solutions complètes et fiables a mis au devant la problématique des financements et la polémique liée à leurs sources. Depuis longtemps, le capital public et le capital privé ont été à l'opposé l'un de l'autre et inscrits dans une logique de confrontation. Le premier a été considéré comme un moyen de contribuer à accroître la production selon des méthodes et une logique de service public traditionnel pour satisfaire l'intérêt général en masquant toute vision d'optimisation ou de considération commerciale tandis que le second a toujours été considéré comme un moyen de générer et maximiser le profit. Aujourd'hui, avec l'optique de joindre ces deux visions et permettre au capital privé de gérer un service public, la réalité est devenue différente et plus difficile et complexe ; le droit devant suivre ces mutations méconnues jusque-là dans ses principes. Ce qui constitue un vrai défi pour les législateurs.

C'est dans ce contexte que la réflexion des pouvoirs publics au Maroc a convergé vers la nécessité de mener une réforme du secteur portuaire à l'instar de ce qui a été programmé pour l'ensemble des secteurs stratégiques du pays. La réforme projetée devrait, selon les études précitées, viser les grands objectifs suivants :

- « - *Encourager la participation du secteur privé à l'investissement dans de nouvelles installations et de nouveaux équipements, au transfert du savoir-faire technique et à la gestion plus efficace des terminaux ;*
- *Définir les modes de gestion et d'exploitation des ports ;*
- *Doter les organismes qui auront à assurer les activités portuaires de la souplesse nécessaire à une gestion efficace et efficiente ;*

⁴⁴ Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (ACP), l'Union européenne et ses États membres.

⁴⁵ Union économique et monétaire ouest-africaine : Créée le 10 janvier 1994 à Dakar, l'Union économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a pour objectif essentiel, l'édification, en Afrique de l'Ouest, d'un espace économique harmonisé et intégré, au sein duquel est assurée une totale liberté de circulation des personnes, des capitaux, des biens, des services et des facteurs de production, ainsi que la jouissance effective du droit d'exercice et d'établissement pour les professions libérales, de résidence pour les citoyens sur l'ensemble du territoire communautaire.

⁴⁶ Communauté Économique et Monétaire des Etats de l'Afrique Centrale : est une organisation internationale regroupant plusieurs pays d'Afrique centrale, créée pour prendre le relais de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC). Son siège est à Bangui en République centrafricaine.

⁴⁷ Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires : est une organisation intergouvernementale à but juridique créée en remplacement de l'OCAM. Elle a été créée par le traité du 17 octobre 1993 à Port-Louis (île Maurice), modifié par le traité de Québec du 17 octobre 2008.

- Doter les ports du Royaume des moyens nécessaires pour accroître et améliorer leur compétitivité, leur productivité et efficacité ;
- Doter les opérateurs économiques en infrastructures et en équipements performants ;
- Appliquer l'unicité de la manutention à travers la réalisation, par le même opérateur portuaire, de l'ensemble des opérations de chargement et de déchargement à bord et à quai ;
- Encourager et développer l'intervention progressive du secteur privé dans la construction et l'exploitation portuaire.

Une refonte structurelle profonde du secteur est nécessaire de manière à permettre une amélioration de l'outil portuaire et son adaptation aux besoins du commerce extérieur»⁴⁸.

Au-delà du statut juridique des ports qui n'a pas connu beaucoup de changement, la loi 15-02 portant réforme portuaire, prévoit la substitution de l'ODEP par deux entités: l'Agence Nationale des Ports (ANP) investi du rôle d'autorité portuaire et de régulateur et la Société d'Exploitation des Ports (SODEP), opérateur portuaire adjudicateur d'une convention de concession. L'ODEP sera, selon les termes de la loi, dissout et remplacée par ces deux organismes.

L'Agence Nationale des Ports, établissement public, qui est sous la tutelle de l'Etat, est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle a pour première prérogative de faire respecter les dispositions de la nouvelle loi. L'Agence exerce, selon l'article 32 de la loi, ses attributions sur l'ensemble des ports à l'exception du port de Tanger Med. Elle devra disposer de structures administratives dans chaque port ou groupe de ports pour mieux honorer les missions qui lui incombent. Parmi elles, le développement et la modernisation des ports, la simplification des procédures, la définition des activités à exploiter et le nombre d'autorisations et de concessions à accorder et leur suivi. Elle joue par ailleurs un rôle de régulation du secteur livré, depuis 2005, aux lois de la concurrence.

De même, la réforme portuaire Marocaine a été faite sur deux niveaux avec une réforme globale touchant l'ensemble des ports du Royaume à l'exception du port de Tanger Med nouvellement construit⁴⁹. Il est tout aussi important de voir comment le Maroc, via la libéralisation du secteur portuaire, s'est acheminé vers la mise en place de port de nouvelle génération comme c'est le cas du complexe portuaire Tanger Med. L'Agence Spéciale Tanger Méditerranée (TMSA), créée sous forme de Société Anonyme par le décret-loi du 10/09/2002 (BO n° 2002 page 1001), illustre cette volonté de l'Etat du Maroc de donner au secteur privé une place de choix dans la gestion de la chose publique tout en gardant le contrôle sur les conditions, les moyens et les lignes directrices pour son expansion.

Le décret-loi précité permet à l'Agence TMSA de recourir au procédé de la concession pour la réalisation du programme de développement dont elle est chargée au nom et pour le compte de l'Etat. A ce titre, « elle conclut, en tant que de besoin, les concessions de services publics et concessions de construction, d'entretien et d'exploitation des ouvrages publics dont la réalisation lui est confiée ». À souligner, à cet effet, que Tanger Med I est opérationnel depuis 2008 et Tanger Med II sera ouvert au commerce à partir de 2018⁵⁰. Par ailleurs, il est

⁴⁸ Préambule de la loi 15-02 publiée par dahir n° 1-05-146 du 23/11/2005. BO n° 5378 du 15/12/2005.

⁴⁹ L'autorité portuaire est assurée par l'Agence Spéciale Tanger Med (TMSA) et ne relève pas de l'ANP et ce, conformément à l'article 32 de la loi 15-02.

⁵⁰ La SODEP a été adjudicataire pour la concession du terminal à conteneurs n° 4 au port de Tanger Med II. La signature de la convention a été faite entre elle et TMSA sous la présidence de sa majesté le Roi Mohammed IV à Tanger. L'ouverture à cette deuxième tranche a été reportée à 2018 suite à un avenant signé entre les parties.

attendu qu'il livre une concurrence aux autres ports du Royaume (concurrence intra portuaire préconisée par la réforme) et aux ports étrangers riverains notamment, le port d'Algésiras.

D'autres projets ont été initiés comme l'extension du terminal à conteneurs au port de Casablanca et la construction d'un nouveau terminal au port d'Agadir et de Jorf et dont les appels d'offres ont été lancés par l'autorité portuaire en 2014⁵¹.

En France, le schéma était différent ; les pouvoirs publics français ont assisté à une perte significative du trafic maritime desservant le marché intérieur ce qui a poussé la réflexion pour décider de modifier les conditions de gestion, de gouvernance et d'organisation des ports maritimes pour récupérer le trafic perdu. En effet, en juillet 2006, la Cour des Comptes⁵² a, dans son rapport annuel, mis le doigt sur certaines défaillances du secteur portuaire français. Ces défaillances avaient trait à la gouvernance, aux modes d'exploitation des terminaux, à la stratégie d'investissement, etc. la Cour a préconisé un ensemble de recommandations pour redresser la situation.

Le rapport public de la Cour des comptes de juin 2006 et le rapport du Conseil Général des Ponts et Chaussées et de l'Inspection générale des finances remis en juillet 2007 à Jean-Louis BORLOO et Dominique BUSSEREAU présentent des données chiffrées particulièrement éclairantes :

- La part de marché des ports français en Europe est passée entre 1989 et 2006 de 17,8 % à 13,9% ;
- Sur le marché des conteneurs qui connaît une croissance de plus de 5% par an en Europe et qui génère la plus forte valeur ajoutée, la part de marché français est passée de 11,7% à 6,2% ;
- Le port de Marseille, plus grand port français en tonnage, a vu sa part de marché sur la façade méditerranéenne passer de 23,6% à 15,6% entre 1989 et 2006 (de 18,8% à 5,5% pour les conteneurs) ;
- La productivité des ports français, à l'exception des nouveaux terminaux de « Port 2000 » au Havre, est plus faible que celle de leurs concurrents européens ou lorsqu'elle est équivalente le coût du service est plus élevé qu'ailleurs : 46 000 mouvements annuels pour un portique à Marseille contre 76 000 à Valence et 100 000 à 150 000 à Anvers (données concernant l'année 2000).

Sur une échelle plus grande, le continent européen a ressenti tous les effets des mutations économiques ; Son trafic portuaire était en 2005 de plus de 3,7 milliards de tonnes, soit le quart du trafic portuaire mondial. Toutefois, la France semble en marge du processus du transport maritime, puisque l'ensemble de son trafic portuaire ne la place qu'au cinquième rang parmi les Etats européens, derrière le Royaume-Uni, l'Italie, les Pays-Bas et l'Espagne, cette position considérée par certains comme « médiocre » étant en partie liée à la modestie de ses trafics conteneurisés (21,5% du trafic –hors vrac liquides- de ses principaux ports, contre 27,1% à l'échelle de l'UE 27, voire 36,5% en Espagne, 40,9% en Belgique, ou 47,2% en Allemagne)⁵³. En valeur absolue, le trafic conteneurisé belge est deux fois plus important que le trafic français, le trafic allemand, trois fois plus. Or, le constat établi qu'il s'agissait bien de trafic qui aspire les marchandises les plus nobles, en s'appuyant sur les réseaux les plus

⁵¹ **Le port d'Agadir a commencé l'exploitation en 2016 via une filiale de Marsa Maroc dénommée SMA.**

⁵² Rapport public thématique sur : « les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action ». Rapport consultable sur le site web : www.ccomptes.fr.

⁵³ « PORTS français de réels progrès », SUPPLY CHAIN MAGAZINE - MAI 2013, n° 74.

modernes de la logistique. Il est alors évident que la faiblesse des ports français en matière de conteneurisation est la raison, entre autres, du détournement d'une bonne partie des frets les plus riches du commerce extérieur, au profit des ports étrangers.

A signaler que 80% de ce trafic a transité par les grands ports maritimes. Ce pourcentage atteint 99% pour les conteneurs, 96% pour les vracs liquides, 83% pour les vracs solides, 55% pour les diverses conventionnelles mais seulement 27% pour le trafic roulier compte tenu du poids des trafics transmanche d'une part, continent Corse d'autre part. Le trafic des ports des départements d'outre-mer a été de 11 MT dont près de la moitié (4,9 MT) de trafic conteneurisé.

En 2008, 29 millions de passagers ont transité par les ports français, 81% du trafic en métropole étant réalisé par les ports qui relèvent aujourd'hui des collectivités territoriales.⁵⁴

La question qui se pose est la suivante : « la France a-t-elle bien su gérer ses ports ? » il est possible de répondre à cette question, de façon positive ou négative, en avançant une multitude de facteurs pour expliquer cette volatilité des trafics français, à commencer par des faits d'appartenance structurelle des régions nord-orientales aux arrière-pays des ports. Néanmoins, l'argument des défauts de gouvernance revient le plus souvent, et cet argument est aujourd'hui mis en avant pour justifier les réformes portuaires, notamment depuis l'application au 1er janvier 2007 de la décentralisation des autorités de tutelle des anciens ports d'intérêt national, selon les principes de la loi du 13 août 2004⁵⁵, relative aux libertés et responsabilités locales, et depuis la réforme des anciens ports autonomes par la loi du 4 juillet 2008. Il s'agit ici d'une réflexion d'ensemble sur les évolutions des politiques publiques, liées en particulier au recours au Partenariat Public-Privé et à la décentralisation des compétences étatiques vers les collectivités territoriales.

L'intérêt de notre sujet est d'apprécier les expériences Marocaine et Française dans leurs réformes portuaires respectives, examiner leurs impact sur les Partenariats Public Privé mises en place dans le secteur des ports et ce que ceci a impliqué en terme d'impact sur la gouvernance, sur les apports organisationnels, sur la gestion du DP, sur la cohabitation non toujours aisée entre la concurrence et la gestion du service public, mettre l'accent sur les principales conceptions juridiques, techniques et contractuelles qu'a engendré les relations PPP, les changements que ces mutations en matière de droit des contrats, notamment publics-de chacun des deux pays- découlant du besoin de faire face aux énormes exigences de financements requis pour l'exécution de certains contrats tels ceux portant sur la construction de l'infrastructure portuaire ou son exploitation et qui impliquent des prestations coûteuses, voir les impacts des nouvelles formules juridiques, notamment contractuelles -contrat de concession et de partenariat- de collaboration entre le secteur public et le secteur privé et rendre compte des parcours des deux pays même si leurs processus ne sont pas identiques et leurs mises en œuvre sont totalement différentes.

La prédominance de l'aspect juridique et plus particulièrement contractuel dans ce processus, met en avant la nécessité d'une sécurité juridique qui sera le garant de la réussite de tout partenariat. Considérée comme un critère pour mesurer le degré d'attractivité d'un

⁵⁴ Dossier de presse sur la Réforme des ports, 15 janvier 2008, Ministère de l'Ecologie, du développement et de l'Aménagement Durables.

⁵⁵ Cette loi s'est inspiré des mesures adoptées à l'égard des ports d'intérêt national de Corse, en généralisant le transfert de propriété de terrains ou ouvrages y compris des plans d'eau à tout port d'intérêts nationale passés sous l'autorité des collectivités territoriales ou de leurs groupements.

système juridique, elle est devenue le sujet favori des Etats pour gagner la concurrence et drainer les investissements privés. En Europe, la sécurité juridique est érigée en principe bien ancré en droit communautaire. En France, les rapports publics du CE au titre des années 1991⁵⁶ et 2006⁵⁷ ont été consacrés à ce principe ; selon le rapport de 2006, « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis de ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles*⁵⁸ ».

L'actualité de la thématique traitée requiert une dynamique dans l'analyse qui se veut prospective. Aussi, pour appréhender correctement la problématique et vérifier la viabilité des informations mises en avant, notre démarche de recherche a consisté à répondre à trois sous-questions distinctes, mais complémentaires :

La première, un certain nombre de facteurs clés paraissent essentiels à la réussite de tels partenariats. Il s'agit, en l'occurrence, de la volonté politique, d'un climat propice aux investissements, de la bonne gouvernance, de l'identification de projet rentable et d'une allocation efficiente de l'ensemble des risques liés à ce type de partenariats. Le Maroc et la France ont-ils préparé ces préalables à leurs réformes portuaires respectives?

La deuxième question, si le recours aux PPP peut apporter un début de réponse à la problématique de développement des économies des deux pays dans la mesure où ils trouvent notamment, leur utilité lorsque les contraintes budgétaires limitent l'investissement public, les deux pays ont-ils trouver l'équation - juridique, économique, financières et politique- pour instaurer l'équilibre de la situation où le capital privé est mis au service de la gestion publique ?

Enfin, le PPP est une alternative à la privatisation plus intéressante, d'autant plus que les mécanismes de marché ne sont pas toujours opérants. Les opérateurs privés au nom du principe de la rentabilité ont parfois tendance à délaisser les zones les moins rentables. Comment est-il possible d'inscrire l'opérateur privé dans une logique de partenaire égal du cocontractant public ?

Avant de répondre à ces sous-questions, la première étape de notre démarche a consisté, avant de présenter le contexte qui a fait naître notre réflexion sur les PPP, à mener un travail de recherche bibliographique qui s'est poursuivi tout au long de la première année et ce, pour les besoins de la mise à jour des informations et aussi des textes législatifs et réglementaires en relation avec notre thème ayant vu le jour. En effet, nous avons constaté une transversalité des questions juridiques posées lors de l'examen des contours des activités portuaires. Ceci nous a imposé des réflexions pointues quant aux mécanismes du droit portuaire, d'autant plus que ces règles diffèrent, à des degrés divers entre le Maroc et la France.

Cette étape a été relativement importante vue la richesse du thème traité et ses multiples facettes. Aussi, la bibliographie comporte-t-elle des ouvrages, des revues spécialisées et générales, des éditions de journaux, des portails de sites web, des rapports de diverses institutions internes et internationales, etc. La jurisprudence, nationale et

⁵⁶ EDCE, de la sécurité juridique, la documentation française, 1991

⁵⁷ EDCE, Sécurité juridique et complexité du droit, la documentation française, 2006.

⁵⁸ EDCE, Sécurité juridique et complexité du droit, précité p. 281.

communautaire, élément important dans le travail d'interprétation des législations a eu sa part dans notre recherche et ce sont ces composantes qui nous ont permis d'appréhender les contours de chaque législation et son application. Cependant, nous avons été confrontés à un quasi inexistence de la jurisprudence marocaine en matière de délégation de service public, de concurrence, de gestion de service public, ce qui a privé la démarche comparative des ordres juridiques marocains et français de son équilibre escompté. Le constat est pareil pour l'Afrique; la jurisprudence sur les concessions ne compense pas vraiment les carences réglementaires, parce qu'elle est, soit inexistante, soit difficile à consulter.

La spécificité de la recherche bibliographique, notamment marocaine, menée réside dans le fait qu'elle a été orientée vers des recherches internes à la société de manutention dans laquelle je travaille en plus des archives- non confidentiels- de l'ex Office d'Exploitation des Ports, gestionnaire du secteur avant la réforme et dans lequel j'ai exercé pendant des années. Elle a été enrichie par mon implication dans les projets structurants de l'entreprise. Un autre problème a été rencontré, celui relatif à la rareté des ouvrages traitant de la matière portuaire et, en cas de leur existence, leur ancienneté étant donné que la plupart remonte à la période de la réforme (entre 2006 et 2009).

Par ailleurs, et du moment que le thème de la recherche comporte en grande partie, des développements du droit comparé, il était important et nécessaire d'analyser et de recenser, en sus des textes touchant, de près ou de loin, la problématique traitée dans la recherche, les divers rapports, recherches, articles de presse, compte rendus, recommandations des experts et des observateurs et toute études traitant du sujet dans les pays concernés par la recherche (le Maroc et la France) dans l'optique d'offrir une approche critique ressortie de la comparaison des deux ordres juridiques et ce, pour souscrire à la règle de M. Pierre LEGRAND qui disait que « *l'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits mais aussi d'elle-même, de ses illustrations, de ses limites* ». ⁵⁹ En effet, vu la globalisation des droits et l'enchevêtrement des ordres juridiques et la création d'ordres juridiques supranationaux, une légitimité est donnée à cette démarche, surtout que dans le cas d'espèce, le Maroc et la France sont liés, sur le plan législatifs et réglementaire, tous les deux étant d'obédience latine. De plus les relations étroites entre le Maroc et la France via ou en dehors de l'UE donne de la richesse à l'exercice de comparaison. De même, cette démarche s'impose, autant que possible, aussi vis-à-vis des pays de l'Afrique (droit communautaire africain) au vue de la relation liant les États d'Afrique francophones, dont le Maroc, et la France et qui a donné naissance à une culture juridique commune résultant de l'époque de la colonisation. Il existe, dans l'ordre juridique, certains textes publiés avant l'indépendance et qui demeurent en vigueur ; les nouveaux États n'ayant pas encore jugé opportun de les remettre en cause.

Le droit comparé touche, également, les ordres juridiques des pays de l'Europe⁶⁰ comme l'Espagne et l'Italie pour marquer la diversité judiciaire et organisationnelle des ports appartenant à des pays de la communauté européenne dont fait partie la France.

⁵⁹ « Le droit comparé », Paris, PUF, 1999.

⁶⁰ Il est important de préciser que, dans le cadre de la relation du Maroc avec l'UE en tant qu'institution partenaire dans les projets structurant du pays, nous avons saisi l'Organisation Européenne des Ports Maritimes en anglais (EPSO) et la délégation de l'UE au Maroc au sujet d'un éventuel accord de coopération en matière d'infrastructure portuaire et ils nous ont affirmé qu'il existe des relations bilatérales de coopération portuaires entre le Maroc et la France ou la Finlande dans le domaine des ports, mais qu'il ne semble pas exister de coopération avec l'Union Européenne, selon les services de la Commission de Bruxelles.

Il faut dire d'ore et déjà, que la comparaison, faite dans ces conditions n'est pas aisée et nous avons été contraints, au niveau de la première partie surtout, de consacrer des passages distincts sur ce qui se passe au Maroc et en France sur certains aspects et ce, en raison la richesse de l'expérience française et son stade avancé par rapport au même exercice au Maroc.

Aussi, pour mieux appréhender tous ces aspects, est-il judicieux, à notre sens, de voir ce que les diverses formes du partenariat ont engendré comme étapes préliminaires constituant la base de son assise notamment, un environnement propice à son instauration, les apports – notamment en matière de droit- des réformes portuaires ainsi que leurs implications juridiques et économiques. C'est ce qu'on traitera dans une première partie consacrée aux préalables du partenariat public privé dans les domaines portuaires Marocains et Français.

Il est, également, important de voir la traduction contractuelle de ce partenariat dans la vie des institutions et entités concernées par sa concrétisation dans leur quotidien ainsi que les implications juridiques sur les activités liées au domaine (logistique, sécurité, sûreté, etc.). C'est ce qui fera l'objet de la deuxième partie, consacrée aux montages juridiques et contractuels des Partenariats Public Privé avec comme principale support contractuel le régime de la concession des services public et le contrat de partenariat comme étant le renouveau des PPP.

PARTIE I : Les réformes des secteurs portuaires au Maroc et en France : un impératif commandé par des considérations économiques, juridiques et organisationnelles :

En France, la nécessité de réformer le système des ports autonomes a été soulignée et édictée par la Cour des Comptes dans son rapport public de juillet 2006 intitulé « Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action ». Certaines observations sur le secteur portuaire du pays ont été formulées lors des contrôles des établissements publics gérant ces infrastructures.

A cet effet, la réforme globale du secteur a eu pour principal objectif de moderniser la gouvernance des grands ports Français (sept ont été concernés par la réforme de 2008), devenus, après promulgation de la loi portant réforme portuaire en France les « Grands Ports Maritimes » (GPM), et de recadrer leurs missions sur leur pouvoir régalien ainsi que sur la gestion et l'aménagement du domaine public portuaire avec la prise en compte réelle des exigences du développement durable.

Quant au secteur portuaire au Maroc, la réforme s'est imposée dans un contexte marqué par la mondialisation du commerce international ; le pays a engagé tout un processus de mise à niveau de son économie nationale. Cette mise à niveau devait permettre de répondre aux exigences du développement interne et aux engagements découlant des divers accords de libre-échange contractés par le Royaume avec ses partenaires économiques.

Le projet de réforme du secteur portuaire, initié par le gouvernement et conduit par le Ministère de l'Équipement et du Transport, s'inscrivait parfaitement dans ce cadre. La loi 15-02 portant réforme portuaire a, en effet, marqué une nouvelle étape pour les échanges extérieurs du pays. La dissolution de l'Ex ODEP, marquant la fin de son monopole, va accentuer l'esprit d'ouverture et surtout de concurrence aux ports Marocains et, comme l'a si bien souligné le ministre de l'équipement et de transport dans le temps, « *C'est un projet de réforme globale, intégrant les aspects à la fois juridique, institutionnel, organisationnel, économique, financier et social* »⁶¹.

Ceci étant et, pour mieux appréhender les contours des réformes portuaires en France comme au Maroc, il nous paraît judicieux de passer en revue les diverses implications des projets de réformes des deux pays. Aussi, examinerons-nous, l'état des lieux qui a précédé la mise en œuvre desdites réformes (titre I) avant de voir leur mise en œuvre effective avec ses implications diverses (titre II).

⁶¹ Karim Ghallab, Ministre de l'Équipement et des Transports marocain à la veille de la promulgation de la loi 15-02.

Titre premier : L'état des lieux des secteurs portuaires Marocain et Français, précurseur des réformes :

Avant de mettre en relief les divers aspects des réformes portuaires Marocaine et Française, il est nécessaire de donner un aperçu sur les systèmes portuaires des deux pays à la veille des réformes (chapitre I) , les étapes phares de chaque système (chapitre II) avant de passer en revue le contexte économique qui prévalait poussant à la mise en place des réformes (chapitre III).

Chapitre I : Les systèmes portuaires marocain et français à la veille des réformes :

Le port, selon la définition qui lui est donnée par l'article premier de la loi 15-02, est « *l'ensemble des espaces terrestres, eaux maritimes ou fluviales, des infrastructures et des superstructures réunissant les conditions physiques et d'organisation permettant l'accueil des navires pour qu'ils s'y abritent, y accostent, y effectuent les opérations d'embarquement et de débarquement des marchandises ou des passagers, s'y approvisionnent ou y effectuent des réparations* ». En France, aucun texte interne ne définit la notion de « port », considérée comme représentant un espace et non une institution. Le projet de directive communautaire concernant l'accès au marché de services portuaires avait défini le port comme étant « *une étendue de terre et d'eau ayant subi des travaux et comprenant des équipements de manière à permettre, principalement la réception des navires, leur chargement et leur déchargement, le stockage des marchandises, la réception et la livraison des marchandises, l'embarquement et le débarquement des passagers* ». La Cour de Justice de la Communauté Européenne considère qu'un port comprend des infrastructures, même en faible importance, dont la fonction est de permettre l'embarquement et le débarquement de la marchandise ou de personne utilisant le transport maritime⁶².

Toutefois, on trouve une définition du « port maritime » dans la Convention de Genève de 1923 qui énonce que « *le port maritime est un lieu aménagé pour permettre le chargement et le déchargement des navires* ». Cette convention ne s'applique qu'aux ports de commerce, le critère déterminant de l'activité principale étant d'accueillir du trafic maritime.

Que ce soit au Maroc ou en France, cette infrastructure revêtait une importance stratégique dans l'économie du pays étant essentielle au transit des marchandises ce qui a imposé son caractère public (section I), elle a connu une évolution continue marquée par des étapes phares que ce soit en France ou au Maroc (section II) dont la plus importante est celle qui a précédé la mise en place de la réforme (section III).

Section I: Caractère public et importance stratégique des ports marocains et français:

L'activité portuaire implique l'exécution d'actes de puissance publique pour assurer la meilleure utilisation de l'espace et garantir la sécurité des personnes et des biens tels que la mission de la police des domaines, celle de la navigation, celle de l'exploitation et de la circulation, la police de la sécurité et des opérations douanières, etc.

⁶² CJCE, décision du 09/03/2006. Aff. C-323/03, Comm. c/Espagne, Rec. CJCE 2006, I.P.2162, pt 33.

Toutefois, qu'il s'agisse des services rendus au navire ou des prestations faites au trafic ou à la marchandise, l'ensemble de ces opérations constitue des actes à caractères industriels et commerciaux comportant l'exercice de véritables métiers. Ce double caractère des ports a conduit l'institution étatique dans la plupart des pays à en confier la gestion à une autorité unique qui, par sa nature et ses attributions, doit pouvoir exercer les prérogatives de la puissance publique. Du fait de ses missions de police, l'autorité portuaire doit, logiquement, être une personne publique.

Par contre, en raison de leur caractère industriel et commercial, les services rendus au navire et au trafic peuvent être effectués soit par l'autorité portuaire soit pleinement par les opérateurs privés (sociétés commerciales de droit privé). D'où la classification devenue traditionnelle des ports suivant l'étendue des rôles respectifs attribués à l'autorité portuaire et aux opérateurs ; à cet effet, on a les ports dits « propriété foncière » (land port), port propriétaire et prestataire d'équipements (tool port) et le port propriétaire, prestataire d'équipements et fournisseur de services (operating port) (voir supra).

Par ailleurs, en France comme au Maroc, le schéma général est clair ; la gestion des secteurs portuaires des deux pays converge sur certains points constituant un trait commun (sous-section I) et d'autres où la particularité de chacun des deux pays est de mise (sous-section II).

Sous-section 1 : Caractère public de la gestion des ports marocains et français : aspects communs :

Traditionnellement, on considérait le rôle de l'Etat comme parfaitement justifié dans la réalisation d'équipements portuaires lourds et de longue durée de vie du fait que le financement de ce type de biens par le marché est problématique et étant donné les difficultés financières. Cette approche, même si elle souffre de quelques nuances, elle est communément admise en France comme au Maroc.

La justification de cette approche a été faite sur des éléments d'analogie objectifs, vu l'incorporation du port, en tant qu'infrastructure, dans le giron du domaine public ; en effet, l'indivisibilité de ladite infrastructure, l'impossible discrimination d'un usager par un autre (en particulier en matière d'accès à l'infrastructure), l'inaltérabilité du bien une fois son utilisation faite ainsi que les coûts de fonctionnement et d'investissement font que seraient publics tous les biens et services ne pouvant pas être fournis ou pas suffisamment dans un cadre purement concurrentiel. D'aucuns feraient alors la distinction entre les services dont les coûts peuvent être couverts par les lois du marché (pilotage, remorquage, lamanage, manutention, entreposage), et les services fournis sans aucune discrimination entre les usagers et particulièrement coûteux à mettre en œuvre (aide à la navigation, sécurité, maintien des accès nautiques, gros œuvre en matière de quais et de digues), services reconnus alors comme publics et devant, à ce titre, être fournis par des autorités portuaires publiques.

Ainsi, certains ports ont été privatisés dans certains pays de l'Union Européenne mais en France, l'opinion publique demeure fortement attachée à la notion de service public. Au sein des ports, pour qu'un bien fasse partie du domaine public, ce dernier doit cumuler le critère de propriété publique et d'affectation publique. Il s'agit de l'ensemble des biens, notamment immeubles, appartenant aux ports et servant les besoins du service public

portuaire. Ces biens sont les hangars publics, les quais portuaires, les terrains aménagés où sont implantées les entreprises du port.

La France, Etat reconnu par sa tradition régaliennne, a longtemps considéré les ports comme des biens publics, appartenant à l'Etat. A ce titre, les ports étaient considérés comme la propriété de la Nation et le levier indispensable pour le développement économique du pays. Cette conception, même si elle fut rapidement- mais légèrement- assouplie par l'appel aux initiatives locales, à travers des concessions accordées aux chambres de commerce et d'industrie, a conduit à une gouvernance, de plus en plus, éloignée des réalités existant de par le Monde⁶³, d'autant plus qu'elle s'est accompagnée, au motif d'un net renforcement des besoins d'investir avec la poussée du gigantisme et la percée de la conteneurisation, d'une reprise en main complète des plus grands ports par l'Etat, suite à la promulgation de la loi sur les ports autonomes en 1965. Mais les résultats commerciaux ayant été jugés décevants et la privatisation des fonctions opérationnelles se généralisant dans le Monde, ont poussé le gouvernement français à modifier sa position à ce sujet. Deux tendances se sont imposées alors : la décentralisation des ports les plus modestes dont le processus est achevé depuis le 1er janvier 2007, la mise des outillages entre les mains d'opérateurs privés dans les Grands Ports Maritimes, par le biais de conventions d'exploitation de terminaux, selon les cadres inscrits dans la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire.

En effet, les tendances centralisatrices ont été prédominantes en France pour toutes les organisations administratives, y compris celles en charge de la gestion des ports. Ceci explique que les ports maritimes sont restés jusqu'à l'évolution qu'a produit la loi n° 2004-809 du 13/08/2004 relative aux libertés et responsabilités locales précitée, sous l'égide de l'Etat. Après la promulgation de cette loi, seuls les GPM, les ports autonomes et les ports d'intérêts nationales désignés par décret en CE demeurent de la compétence de l'Etat via un organisme portuaire public.

Par définition, un organisme portuaire public est toute institution de droit public, exerçant des compétences statutaires dans une circonscription géographique définie par l'autorité publique. Cette institution peut être autonome ou non, c'est-à-dire exploitée en régie par l'Etat ou une collectivité locale. Elle est, en généralement désignée dans les pays anglo-saxons par le terme «port authority ». Dans le langage courant, ce terme a d'une part le même sens qu'autorité portuaire en français mais aussi le sens d'établissement public portuaire qui correspondait au port autonome du droit français. Au sens du droit européen, par contre, le port pourrait être une entreprise, quoique la diversité de ses fonctions dépasse le cadre de la notion d'entreprise.

L'empreinte de la puissance publique dans les ports marocains et français apparait tant dans l'organisation du service public que dans la gestion du domaine public qui requièrent l'exercice des prérogatives de puissance publique. Ainsi, l'autorité portuaire peut imposer des obligations de service public aux entreprises privées autorisées à assurer le remorquage ou retirer une autorisation avant l'échéance, etc.

Les ports privés n'existent pas en France ni au Maroc et ce, en raison des principes qui régissent le domaine public. Par ailleurs, durant les années 1980 et 1990, en raison de leur importance stratégique dans l'économie des pays, les ports maritimes ont été gérés

⁶³ Dans les grands ports du monde et notamment de l'Europe, les autorités portuaires adoptaient des orientations de plus en plus commerciales pour répondre aux objectifs et aux intérêts des acteurs privés.

directement par les Etats qui ont adopté une politique de forte centralisation dans la gestion des ports. Il y a quelques années, la tendance a changé et les ports maritimes ont été partiellement *libéralisés* et l'administration portuaire a connu de profondes mutations. C'était l'époque de la mise en place de société de partenariat sous forme de « *jointe ventures* ».

La décentralisation des ports français via la loi n° 2004-809 du 13/08/2004 relative aux libertés et responsabilités locales ne laisse sous l'emprise de l'Etat que les GPM ; elle transféré la compétence et la propriété des ports maritimes classés dans la catégorie des ports d'intérêt national au profit des collectivités régionales.

Au Maroc, à l'instar des autres pays africains, jusqu'à une époque récente, les ports étaient placés sous la gestion monopolistique de l'Etat d'où une faible productivité et une faible qualité de service. La situation n'a que peu changé avec la loi 15-02.

Ceci étant, le caractère public établi des ports marocains et français n'empêche pas que dans le régime de gestion de chaque pays, des particularités apparaissent. Quelles sont ces spécificités ? Et comment se concrétise, individuellement, le caractère public des ports au Maroc et en France ?

Sous-section 2 : Les particularités du caractère public des ports au Maroc et en France :

Les ports de commerce sont des grandes infrastructures dont l'impact économique est loin d'être négligeable. Si, comme précédemment souligné, le principe commun entre les ports marocains et français (ceux cités ci-dessus) est qu'ils relèvent de leurs pouvoirs publics respectifs pour leur gestion, la mise en œuvre du principe et ses modalités différentes en fonction

§ 1- Les ports du Maroc : une gestion publique entre centralisation et délégation :

Les caractéristiques des ports marocains ont influé sur leurs régimes de gestion et ont entraîné, de la part de l'Etat, un contrôle et une gestion des ports purement publique. Les registres d'action de l'Etat sont nombreux, d'autant plus que le Royaume possède une tradition politique fondée sur un Etat fort et centralisateur. Par conséquent, au niveau national, l'Etat conserve une réelle prééminence dans la détermination des grandes lignes politiques.

Rappelons que le régime juridique des ports concerne particulièrement l'administration et le financement des aménagements portuaires, ayant pour rôle de rendre les services attendus par les usagers. Le système Marocain est assez original, quoiqu'il rappelle, par certains de ses aspects, le système anglo-saxon.

Le principe au Maroc a toujours été que les ports sont la « chose de l'Etat » qui se charge de les construire et les entretenir. C'est la conception publiciste pure qui avait été adoptée par le Royaume, puisque les aménagements étaient entièrement gérés par un service de l'Etat : une Direction des ports de Casablanca et Mohammedia (DPCM) et une direction des ports pour les autres implantations portuaires.

En revanche, et au début du siècle dernier, l'outillage et l'exploitation des ports avaient été concédés et gérés par les entreprises privées qui, en réalité, ne prenaient en charge

que l'entretien du petit matériel. En effet, la première concession portuaire accordée au Maroc date du début du siècle dernier. Dans cette conception, les sociétés privées mettaient à la disposition du public les divers biens moyennant des loyers qu'elles percevaient pour leur compte. L'Etat, par l'intermédiaire de l'administration des travaux publics, prenait à sa charge les travaux de construction d'infrastructures et leurs entretiens ainsi que l'acquisition du matériel de manutention et les grandes réparations.

Il régnait ainsi une confusion, voir un désordre, entre l'action publique et l'action privée. La réalité est que les aménagements portuaires considérés n'existaient pratiquement pas ; l'Etat ne procédant que rarement aux réparations et entretiens requis et de ce fait, le débat n'a jamais été entre une conception du port service public et celle de port bien patrimonial privé, mais sur les arbitrages entre la concentration et la déconcentration, la centralisation et la décentralisation. L'évolution du régime des ports au Maroc trahit les hésitations entre les modalités d'aménagement de la chose publique⁶⁴. Ceci a donné des résultats en deçà des attentes.

Ceci étant, durant longtemps, l'Etat s'est perçu comme un agent majeur et quasi unique du développement de l'économie entière y compris la gestion des ports, les collectivités locales, contrairement à ce qui s'est passé en France, étant reléguées dans un simple rôle d'accompagnement. Aujourd'hui les référents de l'action publique évoluent et l'Etat apprend à partager la gestion de la chose publique selon des modalités qui, sommes toutes, ne lui sont pas tout à fait étrangères. Plusieurs phénomènes incitent l'Etat à ouvrir son domaine d'action : Le nouvel esprit des politiques publiques d'une part, suppose l'existence d'un consensus national et de ce fait, la reconnaissance d'autres catégories d'acteurs ; d'autre part, l'ambition des réformes engagées au Maroc, et leur coût, invitent d'autres acteurs à participer au financement du développement national. L'Etat n'est plus seul à participer à la décision politique et, à l'instar de l'organisation makhzénienne, il invente de nouveaux relais dont le privé détient une place de choix.

Avec les changements actuels, même si l'Etat conserve l'initiative politique pour la stratégie portuaire en général, il se retire progressivement, de l'exploitation des grands projets principalement pour des raisons financières. Les acteurs locaux comme internationaux sont alors invités à participer davantage. En collaboration ou en partenariat avec l'Etat, les acteurs privés interviennent de plus en plus dans les grands programmes d'équipement et d'infrastructure de base (ports, barrages, etc.).

Pour mener ce partenariat, plusieurs structures viennent renforcer l'appareil de l'Etat à mesure que ce dernier se déconcentre : il s'agit d'Agences spécialisées (Agence Nationale des Ports, Agence Spéciale Tanger Med), de Fonds de financements, d'organismes sous tutelle des Ministères (Direction du port de Casablanca et Mohammedia), d'opérateurs relevant d'une autorité publique et autres structures ad hoc. La mobilisation de ces structures publiques constitue une forme d'administration nouvelle qui gère un secteur déterminé conformément à son texte de création mais pas nécessairement selon une planification préalable. Libérées du giron sectoriel des politiques publiques, elles possèdent, selon l'esprit de leurs lois de création, sur un territoire donné et/ou un secteur donné, une marge de manœuvre importante et constituent un nouveau mode d'administration plus souple. Très souvent pourtant, par leur organisation et les missions qui leur sont dévolues, elles servent les intérêts de l'Etat central.

⁶⁴ Arrassen Marouane, Mémoire pour l'obtention d'un master en droit du commerce international, université de paris 1, Etude effectuée pour l'Office d'Exploitation des Ports 2005/2006.

Gardant une proximité avec le pouvoir central, les Agences spécialisées ou comme on les appelle, « agence de projet » constituent une forme moderne des ramifications makhzénienne qui suppose une mixité nouvelle entre les domaines publics et privés. Elles intègrent les outils d'une ingénierie des politiques publiques nouvelle et internationale porteuse de projets de développement contractualisés et négociés. Le fonctionnement de TMSA (*Tanger-Med Special Agency*) en fournit une bonne illustration de la nouvelle réalité des relations Etat/Agence publique. TMSA est une société anonyme créée pour le projet de Tanger-Med. Elle présente un profil d'une grande mixité. Elle possède plusieurs fonctions : des fonctions régaliennes (autorité sur le port et sur les Zones Franches), une activité de développeur/promoteur et une activité de développeur local sur la « Zone de Développement Spéciale ». Dotée d'un directoire et d'un Conseil de surveillance où le Wali ne siège pas, elle s'apparente à un conseil des ministres réduit. Le conseil de surveillance est présidé par un conseiller du Roi — dont le statut surpasse celui d'un ministre — et regroupe les ministres des finances, de l'industrie, de l'équipement, de l'intérieur et du commerce ainsi que le directeur de l'Agence du Nord. Ses décisions ont de facto valeur de décret gouvernemental. Son capital est entièrement souscrit par l'Etat et une éventuelle ouverture à des capitaux privés n'est pas envisagée pour le moment. TMSA est financée par des fonds publics divers: par le Fonds Hassan II, dans le cadre d'une convention, par des fonds émiratis transitant par le gouvernement et par l'Agence du Développement des Provinces du Nord, elle-même financée par le Trésor. Via ses modes de financement, son organisation et son fonctionnement, l'Etat conserve la maîtrise du projet.

Ceci étant, peut-on douter encore que le port au Maroc est, malgré la réforme portuaire, est un bien public ?

Pour répondre à cette question et conclure, on peut annoncer que certains estiment que si l'Etat Marocain reste fort en tant qu'acteur de l'économie en général et du secteur portuaire en particulier, les moyens de sa puissance ont changé. De sorte qu'il peut présenter les apparences d'un Etat affaibli avec la privatisation de ses compétences, mixité de certaines de ses structures, mise en responsabilité de ses actions et limitation de sa puissance juridique, il conserve, pour autant, une aptitude « public » à contrôler par des biais indirects ses ports et leurs partenaires. L'ampleur des changements promis par la réforme portuaire est cependant telle que sa relation avec ces unités risque d'en être profondément modifiée.

§2- : Les ports Français et l'expérience timide de décentralisation :

De manière générale, les ports maritimes de commerce sont des entités publiques en France, à l'instar de ce qui se passe dans la plupart des pays de l'Europe. La preuve, même si l'Etat n'assume pas l'administration d'un port, il conserve les pouvoirs de police concernant le maintien de l'ordre public, du balisage et la police des eaux, la police des plans d'eau et des marchandises dangereuse, etc. Il existe des ports privés au Royaume-Uni mais ce modèle n'est pas dominant dans le continent.

En effet, les ports européens présentent des différences importantes dans le mode de leur gestion. Neuf pays gèrent leurs ports via des sociétés privées. C'est le cas de la Slovénie, de l'Estonie, de la Grèce, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la Suède et du Royaume-Uni. Pour ce modèle portuaire, le capital social des entreprises est réparti (dans la plupart des cas à parts égales) entre les associés, parmi lesquels se trouve l'Etat, qui a une responsabilité limitée par rapport au capital apporté. Pour d'autres pays, tels l'Espagne, la France, l'Italie et la Lettonie, la gestion est assurée par une société publique sous contrôle de

l'État. Dans ce cas, une entreprise étatique prend en charge la gestion des ports. Un troisième modèle est fondé sur la gestion d'une corporation publique (avec la participation de la ville et de l'État) comme en Allemagne ou bien à travers une entreprise municipale comme en Finlande, au Danemark, en Belgique, où les ports sont la propriété des villes.

En France, les plus grands ports de commerce relèvent de la compétence étatique. Mais ils ne sont pas directement gérés par l'Etat. Ils sont administrés, comme ce qui se passe en Italie et en Espagne, par des établissements publics autonomes, placés sous la tutelle du ministère de l'équipement et des transports. Ceci dit, l'Etat a la maîtrise des ports les plus importants ; mais tous les ports ne relèvent pas de sa compétence. Certains d'entre eux ont été transférés aux collectivités locales⁶⁵.

Pour revenir à l'histoire, la France a vécu une première vague de décentralisation portuaire qui a concerné les ports les plus modestes via les lois du 7 janvier 1983 et du 22 juillet 1983, ces ports ayant été transférés aux Départements et aux Communes (pour les seuls ports de plaisance), ne laissant ainsi que les 6 ports autonomes de l'époque et les ports dits d'intérêt national, sous l'autorité directe de l'Etat. Si cette première phase a concerné un nombre considérable de ports (plus de 500, dont 304 ports de commerce et de pêche, confiés pour ces derniers aux Départements), les enjeux économiques et territoriaux restaient très limités, puisqu'ils ne concernaient que 5% des trafics nationaux. Par la suite, la loi sur le statut de la Corse (22 janvier 2002) eut pour résultat de transférer les ports d'Ajaccio et de Bastia à l'assemblée régionale, les autres ports corses ayant déjà été transférés à leur département respectif. Puis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité autorisait les conseils régionaux à expérimenter la tutelle régionale pour les ports d'intérêt national. Cette expérience n'ayant pas été concrétisée, elle a alors été relancée par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales⁶⁶ qui, tout en imposant le transfert, laissait entière liberté aux collectivités pour se déterminer jusqu'à l'échéance du 1er janvier 2006, date à partir de laquelle devait alors être officiellement arrêté par le préfet le choix de la nouvelle autorité de tutelle à l'échéance du 1er janvier 2007 ; La loi affirme, dans son article 30, que ces ports sont transférés aux collectivités territoriales et à leurs groupements (communes, communautés, départements, régions, syndicats mixtes) : « *La propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des ports non autonomes relevant de l'Etat sont transférés, au plus tard au 1er janvier 2007, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures* ».

⁶⁵ En France, jusqu'à la première étape de la décentralisation, tous les ports maritimes relevaient de la compétence de l'État. Ce n'est qu'à partir de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat que la gestion des ports de plaisance, des ports secondaires de commerce ainsi que des ports de pêche ont été transférés aux collectivités territoriales. La seconde étape de la décentralisation résultant de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a transféré à la fois la propriété et la gestion des ports d'intérêt national aux collectivités territoriales ou à leurs groupements.

⁶⁶ Elle organise la décentralisation des ports d'intérêt national, qui jusqu'à cette date relevaient de la compétence de l'Etat. A signaler que les réformes portuaires qui se sont succédées en France ont opéré un transfert des compétences de l'Etat aux collectivités territoriales mais n'ont pas pu libéraliser la gestion des ports par l'adoption d'une approche économique. Ceci a fait que les ports sont gérés par des personnes publiques qui ne maîtrisent pas les règles de l'économie de marché.

L'engagement était de plus grande portée, puisqu'il concernait cette fois-ci le cinquième des trafics de marchandises et 80% des trafics de passagers de France, répartis sur 14 ports (La Rochelle, Ajaccio et Bastia étant préalablement sortis du lot des ports d'intérêt national).

Par ailleurs, la loi de 1983 précitée autorise les collectivités locales à concéder l'exploitation d'un port à des organismes public ou privés. En pratique, les Chambres de Commerce et d'Industrie exploitent très souvent les ports de commerce et de pêche (à l'exception des ports autonomes).

L'apparition en France du modèle économique qui s'est développé en Europe et dans lequel les opérateurs portuaires financent les superstructures, doit permettre aux établissements publics de se recentrer sur leurs fonctions d'autorité portuaire et d'accélérer la réforme de leurs modes d'exploitation. Il légitime les demandes des opérateurs de disposer de la pleine et entière maîtrise des opérations de manutention et des personnels qui y sont affectés.

En même temps qu'il a transféré des terminaux portuaires dans le cadre de la loi de 2008, l'Etat a augmenté son pouvoir dans la nouvelle gouvernance des ports. Cette évolution justifie qu'il arrête une véritable stratégie portuaire et s'engage à l'atteindre. En effet, la représentation étatique au sein du conseil de surveillance est forte et le commissaire du gouvernement peut y exercer un droit de veto, comme cela s'est vu à propos du projet de terminal gazier au Verdon. Le projet stratégique, préalable à toute cession des outillages aux opérateurs portuaires, émane bien du directoire, même s'il est voté par le conseil de surveillance, après consultation du conseil de développement. Par ailleurs, il doit être conforme aux orientations nationales en matière de desserte intermodale et aux orientations fournies par un éventuel document de coordination interportuaire. Le GPM reste confiné à des missions liées à ses compétences de spécialité, même si ces missions sont élargies par rapport à celles des anciens Ports autonomes, notamment en matière de desserte terrestre, de promotion commerciale ou de protection environnementale. On sent bien que l'Etat considère que les GPM sont les places stratégiques nécessaires au territoire national et il ne veut pas se départir de sa tutelle sur cette infrastructure vitale pour l'économie du pays, même si elle s'impose des limites face au privé sur le plan strictement opérationnel. On retrouve ici une tendance éternelle, mais pas toujours clairement aboutie, consistant à désigner les points forts du territoire national (selon un schéma directeur des ports, qui aurait dû naître de la loi du 4 février 1995, mais qui n'a jamais vu le jour), et à les parrainer dans leurs choix d'aménagement sans accorder aux territoires concernés d'exception juridique, puisque le domaine portuaire ne peut s'opposer à la qualification juridique des territoires qui le concernent. On constate, à ce sujet, la difficile conciliation entre le national et le local dans la gestion des ports et entre les intérêts publics et opérationnels.

Ceci nous mène à la conclusion finale valable, aussi bien pour le Maroc que pour la France, le port est encore perçu comme un bien public malgré les quelques signes, émanant des deux Etats et leurs concession sur des pouvoirs classiquement reconnus au secteur public. De même l'emprise étatique demeure encore forte dans la plupart des ports même ceux placés sous un régime d'autonomie en France, le conseil d'administration des ports autonomes comporte un nombre important des représentants de l'Etat.

Aussi, si l'Etat se désengage-t-il de la gestion des ports maritimes, il continue de l'influencer à travers la réglementation en matière de police, de concurrence, de la fiscalité,

des procédures, etc. et pour le cas de la France, le pays est obligé, en sus, de transposer les directives européennes se rapportant aux ports.

Le caractère public des ports au Maroc et France s'explique, également, par leur importance stratégique qui fait que les pouvoirs publics ne s'aventurent pas à en déléguer complètement la gestion au privé. C'est ce que nous verrons dans la deuxième section.

Section II- Importance stratégique des ports au Maroc et en France :

Les ports maritimes constituent des infrastructures de transport dont les activités ont une importance considérable pour le commerce extérieur de tous les pays du monde, même pour les états enclavés ou sans littoral pour lesquels la convention sur le droit de la mer du 10/12/1982 reconnaît un droit d'accès à la mer. Ils assurent la connexion entre différents modes de transports – maritimes, routiers ferroviaires, fluviale et même aéroportuaire - qui sont soumis à des règles spécifiques.

La position géographique du Maroc a conduit à la création de nombreux ports tant sur le littoral Atlantique que sur la façade méditerranéenne, des ports d'importance et d'activités très diversifiées. Un mouvement d'extension de ces ports était même déclenché depuis 2013.

Du point de vue du trafic, le Maroc a un caractère insulaire⁶⁷. Le caractère marginal des échanges avec les pays frontaliers fait que l'essentiel du commerce extérieur du pays transite par les ports. Cette situation met le pays en dépendance totale des transports maritimes et du secteur portuaire.

L'enjeu économique et stratégique des ports est mis en évidence par le volume de trafic traité, les fonds injectés sous forme d'investissement pour le renforcement de l'outil portuaire, le rôle prépondérant des différents intervenants dans la prise en charge du coût de passage portuaire et les emplois directs et indirects liés à l'activité du port.

C'est ainsi que l'exigence de développer le commerce extérieur et l'économie nationale confère une lourde responsabilité aux ports, outils privilégiés de développement du commerce extérieur.

De ce fait, il paraît évident que les ports ont un rôle stratégique essentiel. Leurs poids et leurs positions conditionnent le prix payé par le ressortissant ou usagers pour les biens importés destinés à la consommation, il pèse également sur les prix de vente pratiqués par les activités exportatrices et, à plus forte raison, par la transformation des produits importés par voie maritime.

Les retombées économiques de l'activité portuaire débordent, de ce fait, largement les professions et administrations qui concourent au transit du trafic par le port : toute l'industrie, le commerce et l'administration sont largement concernés par l'activité du port. Si un port est déficient, c'est toute l'économie de son hinterland⁶⁸ qui en souffre. Dans ce sens, le Maroc a élaboré sa stratégie portuaire comportant des actions et constituant la feuille de route à l'horizon 2030.

⁶⁷ Le Maroc est relativement isolé du reste du Maghreb par l'Atlas et, au contraire, largement ouvert sur l'Atlantique et la Méditerranée

⁶⁸ Hinterland veut dire arrière-pays.

Ce document définit une approche coordonnée et concertée du développement du secteur portuaire national pour améliorer sa performance. Il constitue, selon ses rédacteurs, « *Un cadre global et cohérent de développement harmonieux des ports du Royaume et un référentiel commun et partagé par l'ensemble des parties concernées du secteur portuaire marocain* »⁶⁹. (Voir supra).

La stratégie portuaire Marocaine a pour objectifs majeures de renforcer la présence du Maroc sur ses deux façades maritimes en saisissant une part du marché du commerce et du tourisme international maritime entre l'Europe, le Moyen-Orient, l'Asie et l'Afrique, contribuer aux équilibres régionaux du Royaume et favoriser le développement social et humain et Soutenir les dynamiques économiques du pays.

Pour ce qui est de l'hexagone, étant située au carrefour de l'Europe, entourée de trois mers et disposant de ports modernes et bien équipés, les ports Français disposent à cet égard d'une situation exceptionnelle. La France est au 28ème rang mondial par le tonnage de sa flotte sous pavillon (données datant de 2011) et possède le 3ème exploitant de porte-conteneurs mondial (CMA CGM). Elle est aussi au 5ème rang mondial pour l'assurance maritime (données datant de 2010) et au 6ème pour la construction et la réparation navales (données datant de 2011). Par ailleurs, une année après la mise en place réelle de la réforme portuaire en France en 2012, « SUPPLY CHAIN MAGAZINE » du mois de mai 2013 en faisant une enquête sur les ports français affirmait que « *Marseille enregistre pour 2012 une hausse de 13 % (16 % pour Fos seul) sur son trafic de conteneurs et dépasse le chiffre emblématique du million d'EVP (1.062.408 Equivalent Vingt Pieds), chose qui ne s'était pas produite depuis 2007. Cette croissance à deux chiffres de son trafic de conteneurs s'explique, selon le port, à la fois par « l'effet réforme » et par la mise en service des deux terminaux à conteneurs privés Fos 2XL. Au global, le port méditerranéen affiche une baisse de -3 % sur 2012 (avec 85,8 Mt) et explique ce retrait sous le seul effet de la baisse des hydrocarbures. Du côté du Havre, les résultats sont maintenant communiqués sous la bannière d'Haropa. Le trafic de conteneurs a également progressé, de 4 % (2.434.000). Une hausse qui se situe plutôt dans le haut du panier en comparaison des grands ports européens* ». En 2016, un seul port français, le Havre, figurait dans le classement des cents principaux ports à conteneurs, établi par Lloyd's List. Aucun port français n'est au TOP 10 ni au TOP 20 des ports mondiaux, en effet le seul port européen figurant dans ce classement est celui d'Amsterdam.

De même, de par leur situation à l'interface de routes maritimes et de réseaux de transports multimodaux, les ports français sont au cœur de la chaîne logistique d'approvisionnement des territoires. Ils ont vocation à accueillir les activités essentielles en croissance dans le secteur logistique ou celles contribuant au développement industriel, notamment dans le secteur énergétique ou relevant des filières industrielles d'avenir.

⁶⁹ Ministère de l'Équipement, des Transports et de la Logistique.

Section III –Les atouts des ports Marocains et Français : un potentiel pour la création de synergie :

Les spécificités du secteur portuaire au Maroc et en France sont diverses et proviennent aussi bien de la nature de leur activité, de leur organisation et de la diversité des acteurs qui interviennent dans l'activité du port. Ces aspects, pouvant paraître comme étant des handicaps et des contraintes pour le développement de ces installations, peuvent se convertir en atouts permettant de relever les défis et challenger les responsables de la gestion portuaire dans les deux pays.

La première spécificité est la multitude d'acteurs (manutentionnaires, transitaires, douanes, agents maritimes, etc.⁷⁰). La coordination de toutes ces activités de caractère et d'ampleur différents est toujours difficile à maintenir. Ce qui engendre des confusions dans la responsabilité et des divergences d'intérêts. Toutefois, ceci peut donner des communautés portuaires dynamiques avec des entreprises performantes, qu'il s'agisse de service au navire (pilotage, remorquage et lamanage) ou de service à la marchandise. La France en dispose déjà, vu son histoire avec la gestion des ports. Au Maroc, ce sont les premiers pas vers une création de synergie entre les composantes de la communauté des ports.

En plus, le port est un système ; le but de ses activités est la production de services accomplis par différentes entreprises qui, dans la réalisation de leurs activités, doivent être coordonnées pour pouvoir prendre en charge les attentes du client portuaire qui souhaite un service complet, intégré et de qualité. A ce niveau, la France est très en avance par rapport au Maroc avec ses plates-formes informatiques d'échanges très avancées au sein des communautés portuaires, rendant efficaces et efficaces les services logistiques de qualité et facilitant la mise au point des guichets uniques électroniques pour chaque place portuaire en conformité avec la directive européenne relative au guichet unique portuaire.

De même, le port traite un trafic de nature sensible pour l'économie nationale : hydrocarbures, céréales, matière première, etc. Ce qui nécessite de répondre aux exigences élevées de sécurité, de sûreté, de durabilité et de respect de l'environnement.

Le système portuaire Marocain, en ce qui le concerne, nécessite une contribution au développement régional par la prise en charge de petits ports déficitaires mais qui présentent des intérêts importants pour le pays et pour le développement local. (Port de Kenitra-Mehdia et port de Tan-Tan, par exemple où l'ANP a gardé la gestion, faute de concessionnaire).

Le système portuaire pose des défis d'ordre technologique, organisationnel et sécuritaire qui doivent être relevés pour développer des outils de gestion efficaces, sûrs et respectueux de l'environnement⁷¹. En outre, il faut renforcer la présence des infrastructures de qualité, tant au niveau des postes à quai que des terminaux, l'acquisition des équipements modernes et performants et équiper des réserves foncières encore disponibles ainsi que des surfaces aménagées réservées à l'accueil d'activités logistiques de stockage et de distribution.

⁷⁰ C'est ce qui est communément appelé « communauté portuaire ».

⁷¹ La donne environnementale commence à occuper une place de choix dans les critères de compétitivité des ports. A cet effet, il faut dire que la réglementation marocaine dans le domaine a été élaborée récemment et vise à faire des nouveaux projets des leviers pour le respect de l'environnement.

A ces spécificités s'ajoutent des exigences internationales qui ne manqueraient pas d'impacter les ports nationaux. Il s'agit de l'augmentation de la taille des navires et du phénomène des alliances dans le but de partager les risques commerciaux et maritimes et rechercher les positions dominantes sur les principaux marchés⁷².

Les conséquences directes de telles opérations est de vouloir regrouper les flux d'une ou plusieurs zones dans un nombre limité de ports en réduisant les escales et en concentrant leur logistique terrestre de façon à accroître la compétitivité de la chaîne de transport.

Les ports Français doivent, quant à eux, adapter en permanence leurs accès, leurs équipements et leurs offres de services pour répondre aux besoins de leurs clients armateurs ou chargeurs et à l'évolution du transport maritime et du commerce mondial. Cette évolution se concrétise notamment, par :

- La très forte croissance des trafics de conteneurs liée à la mondialisation de l'économie et portée notamment par la croissance très importante des échanges entre l'Asie et l'Europe, la France doit garder une part de ce marché ;
- Le développement du cabotage maritime ou « short sea shipping » comme alternative à la route dans les transports intracommunautaires ou à destination des pays limitrophes de l'Union Européenne, même effort doit être fourni pour capter une bonne partie de ces marchés ;
- Les ports Français ont, également, une position géographique stratégique pour accueillir la production et la distribution de marchandises destinées à l'Europe. En outre, de par leurs relations historiques avec les pays d'Afrique, les ports Français constituent, en Europe, un lieu privilégié d'approvisionnement du continent africain, des pays du Proche et Moyen-Orient et du bassin méditerranéen.

Par leurs caractéristiques nautiques de qualité, les ports français sont accessibles à tous les navires grâce à leur capacité d'accueil permanent en eau profonde. Marseille-Fos par exemple, dispose d'une situation nautique privilégiée : pas de marée, houle rarement forte, accessibilité rapide au port, météorologie favorable. Le Havre bénéficie de conditions nautiques remarquables : port maritime en eau profonde, l'entrée des plus grands porte-conteneurs de 14 mètres de tirant d'eau y est assurée 24 heures sur 24, en toute sécurité et sans contrainte de franchissement d'écluse. Le projet Port 2000 visait à accroître sensiblement son potentiel d'accueil⁷³.

Il existe en France des ports adaptés à chaque trafic : on trouve les grands ports en eau profonde et en estuaire : (Dunkerque, Le Havre, Marseille, Nantes- Saint-Nazaire, Bordeaux et Rouen) peuvent accueillir tous les types de navires : navires vraquiers, navires porte-conteneurs, pétroliers, rouliers et navires à passagers. Ils sont, pour la plupart, reliés au réseau fluvial, permettant ainsi de raccourcir le pré et le post-acheminement.

Les ports d'intérêt national permettent de développer des synergies avec les activités économiques de leur région, et de faciliter le commerce international des entreprises situées dans leur "hinterland" ; ce dernier s'étend assez profondément à l'intérieur du territoire français et au-delà pour les trafics sur lesquels ils sont spécialisés: produits forestiers à la Rochelle-Pallice, produits sidérurgiques à Bayonne et Boulogne-sur Mer, fruits et légumes à

⁷² Cas de la concurrence livrée aux ports français par leurs homologues européens notamment allemands et hollandais.

⁷³ « La nouvelle route de la soie passe par les ports de HAROPA », dossier de presse, le 23 novembre 2015.

Dieppe, etc. Les ports à passagers tels que Calais, qui est l'un des premiers ports mondiaux à passagers, les ports de l'outre-mer et ceux qui desservent les îles ont également un rôle économique important.

Certaines sections du réseau ferroviaire ont une part importante de leur activité consacrée à l'acheminement des trafics des ports du littoral; des services réguliers sont ainsi assurés entre Le Havre, Lyon et Strasbourg ou entre Fos-sur-Mer et le port Edouard Herriot à Lyon. Le transport par voie fluviale se développe au moyen de lignes régulières de transport fluvial de conteneurs (notamment entre le port du Havre et le terminal de Gennevilliers du port de Paris) ou grâce à l'acheminement de marchandises par barges.

Plus encore, les ports français s'adaptent aux réalités économiques du transport du XXI^{ème} siècle. La dimension logistique multimodale s'impose de plus en plus : la prestation de fourniture d'outil portuaire pour la manipulation des marchandises s'élargit vers une intervention beaucoup plus complète, vers un service global et intégré de transport.

Il est évident que c'est en s'intégrant au sein de chaînes multimodales performantes que les ports pourront évoluer au mieux. A ce titre, le développement de zones logistiques à proximité immédiate des grands ports devient incontournable. Ces zones où la marchandise peut être regroupée, transformée, conditionnée et dirigée vers les lieux de consommation ou exportée sont fortement créatrices de valeur et d'emploi. Pour attirer les entreprises de logistique et de transport, ces zones doivent être munies de dessertes terrestres performantes. Les grands ports français disposent, également, de systèmes informatiques de pointe qui contribuent à leur efficacité et à celle de toute la chaîne logistique.

Enfin, pour répondre aux besoins du marché et à l'évolution des technologies, les ports français poursuivent une politique de modernisation de leurs équipements. Le remodelage d'installations d'infrastructures (aménagement de nouvelles passerelles pour le trafic routier, élargissement d'écluse...) ⁷⁴ et la mise en service d'installations de déchargement et de stockage performantes permettent d'améliorer la productivité des transbordements mer-mer et mer-terre (pré et post-acheminement) et de répondre à l'exigence de raccourcissement des temps d'escale.

Pour ce qui est du Maroc, le pays dispose de 34 ports répartis tout au long des deux côtes du Royaume avec des caractéristiques et des vocations différentes pouvant être classés en 4 Grands groupes ; 12 Ports polyvalents, 1 Port de transbordement, 15 ports de pêche et 6 ports de plaisance.

Le volume global des échanges commerciaux et de transbordement traités par les ports du Maroc au cours de l'année 2013 s'est élevé à 100,6 millions de tonnes, dépassant ainsi la barre de 100 Millions de tonnes jamais atteint dans l'histoire des ports, soit une hausse importante de 9% par rapport à l'année précédente. Cette hausse est tirée essentiellement par la reprise de l'activité de transbordement au port de Tanger Med (2,5 Millions d'EVP /+41,1%) et par la bonne orientation des exportations nationales qui ont progressé de 2%,

52 http://www.mer.equipement.gouv.fr/commerce/01_ports_francais/04_atouts/index.htm

avec un volume global de 28,7 Millions de tonnes et par les importations nationales qui ont baissé de 4,0% (46,8 Millions de tonnes)⁷⁵.

Chapitre II : Les ports marocains et français : des systèmes forgés par les empreintes historiques :

A l'instar de tous les ports du monde, les ports au Maroc comme en France, ont connu une évolution importante et ont franchi des étapes multiples et progressives avant d'atteindre leurs actuels statuts qui ne sont, à leurs tours, qu'un stade de passage vers d'autres phases permettant d'assurer la performance continue telle qu'escomptée. La comparaison, à ce niveau n'est pas de mise ; les deux cursus étant différents.

L'organisation portuaire Marocaine a connu trois grandes étapes :

Une première étape, caractérisée par la gestion de ports sous le régime de concession à des sociétés privées (c'était la période avant 1963). Une deuxième étape, marquée par la création d'une régie du Port de Casablanca, qui s'est, ensuite, progressivement occupée de l'exploitation des principaux ports de commerce du Royaume. (De 1963 à 1984) et la troisième et dernière étape, celle qui a démarré en 1984, marquée par la réorganisation du secteur portuaire et par la création de l'établissement public, dénommé Office d'Exploitation des Ports (ODEP).

La France, quant à elle, n'a pas été trop influencée par l'évolution des ports européens qui était inscrite dans un contexte mondial marqué, depuis les années 1990, par une orientation générale allant vers le renforcement de la place du privé dans le secteur portuaire. Cette évolution, qui allait dans le sens de deux mutations concomitantes et complémentaires des autorités portuaires, était basée sur:

- L'évolution de leurs missions vers un modèle de « landlord port » recentré sur les fonctions régaliennes et d'aménageur ;
- L'évolution de leur structure juridique et de leur mode de gouvernance pour les rapprocher de ceux des entreprises privées.

Les analyses anglo-saxonnes distinguent trois phases dans cette évolution des structures juridiques et des modes de gouvernance, d'une administration (relevant de l'État ou d'une collectivité locale) vers une gestion entrepreneuriale :

La première, porte sur la « commercialisation » qui est le passage d'un fonctionnement d'administration à une culture plus commerciale du port et le transfert vers le secteur privé d'activités commerciales préalablement exercées par l'autorité portuaire ;

La seconde porte « corporatisation » qui est l'acquisition d'une autonomie financière par l'autorité portuaire, celle-ci restant détenue par des acteurs publics et l'application de règles de gestion d'entreprise ;

Et enfin, la « privatisation » est l'ouverture du capital de l'autorité portuaire ou du gestionnaire du port à des investisseurs privés qu'ils soient minoritaires, majoritaires ou détiennent la totalité du capital, les actifs du port faisant l'objet d'une vente ou d'une concession de longue durée.

⁷⁵ Site du METL : www.mtpnet.gov.ma

L'évolution des ports français est multiple ; la preuve se retrouve dans les diverses dispositions législatives et réglementaires ayant entériné cette évolution. A signaler tout de même, que cette évolution n'a pas été semblable à celle qu'ont connue les autres ports de l'Europe.

Ceci étant, il serait judicieux de définir les étapes qu'a franchies le secteur des ports au Maroc (section I) et leurs homologues Français (section II).

Section I- Les étapes franchies par les ports Marocains :

Comme spécifié plus haut, à l'origine, les ports Marocains faisaient partie du « service ordinaire » au sein du Ministère des Travaux Publics. L'accroissement considérable qu'a connu le port de Casablanca entraîna l'institution d'une Direction du Port de Casablanca et de Mohammedia, relevant des services qui dépendaient du Ministère des Travaux Publics. Ensuite le port a connu une importance considérable nécessitant un changement de la gestion portuaire.

L'expérience Marocaine en organisation portuaire a connu deux grandes phases d'évolution du secteur portuaire. En effet, les premiers jalons du système portuaire Marocain ont été lancés avec le protectorat (sous-section 1) et parachevé à partir de 1963 sous l'égide de Maroc indépendant (sous-section 2).

Sous-section 1 : La phase d'avant 1963 et l'intervention du protectorat :

Au début du 20^{ème} siècle, le Maroc était l'objet de convoitise pour plusieurs nations de l'Europe, notamment la France, l'Angleterre, l'Allemagne et l'Espagne. En 1912, la France signe un traité de protectorat qui prendra fin le 3 mars 1956⁷⁶. Le Maréchal Lyautey, le premier Résident français au Maroc, entame alors de grands travaux : ports, routes, chemins de fer, villes nouvelles, écoles, hôpitaux, exploitations minières, etc.

Pour ce qui est des infrastructures portuaires, celle de Casablanca fut l'une des premières grandes réalisations de Lyautey, elle constituait une porte ouverte vers l'extérieur du Royaume et le moyen d'exporter les produits locaux et d'importer les produits européens. Dix ans après la signature du protectorat, malgré des prévisions défavorables et la guerre en Europe qui mobilisait la main d'œuvre, le port de Casablanca est plus grand que celui d'Oran. Une longue jetée de deux kilomètres le protégeait. La ville Safi avait, également, un port important avec Salé, Mogador et Agadir. De là-bas étaient exportés les laines, les olives, le tabac en feuilles, le cuivre de Meknès. Quant au havre de Rabat, il était plutôt tourné vers l'activité de plaisance après avoir été pendant des siècles le seul port connu des navigateurs, anglais et surtout espagnols.

76 Désigne le régime de tutelle qui fut exercé par la France sur l'empire chérifien (Maroc). Mis en place par le traité franco-marocain conclu à Fès, le 30 mars 1912, entre la Troisième République française et Moulay Abd El Hafid, sultan marocain, il était officiellement nommé dans le traité de Fès, publié quelques mois après dans le premier bulletin officiel du pays « Protectorat français dans l'Empire chérifien ». Ce BO avait pour en-tête : « Empire chérifien : Protectorat de la République française au Maroc ». Ce protectorat ,a pris fin annoncée au Maroc par le sultan Sidi Mohammed ben Youssef — futur roi Mohammed V — lors de son discours du trône du 18 novembre 1955 , date de la Fête nationale de l'indépendance et actée avec la Quatrième République française le 2 mars 1956.

Durant cette étape, la politique portuaire du Maroc était caractérisée par la gestion des ports sous le régime de la concession à des sociétés privées qui assuraient les activités commerciales, mais qui n'avaient en charge que l'entretien du matériel⁷⁷ ; La première concession d'un port Marocain remonte à 1906 et était la résultante de l'acte d'Algésiras de même date. Ce traité établit l'ouverture des côtes Marocaines au commerce extérieur, orientation qui a marqué profondément le paysage portuaire marocain. Ainsi, la construction et l'exploitation d'un port public à la ville de Mohammedia (dénommée dans le temps « Fédala ») furent concédées à la « Compagnie franco-marocaine de « Fédala ». En décembre 1915, « La Manutention Marocaine » (MM) prenait en charge la concession du remorquage et de l'aconage au port de Casablanca. Le régime juridique de la MM consistait en une gérance avec monopole de fait pour les opérations de manutention et de magasinage. A partir de 1916, la Société des Ports Marocains (SPM) construit et exploite le complexe portuaire de Mehdi-Kenitra et Rabat-Salé prévue pour une durée de 62 ans. En 1921, le gouvernement chérifien confie le port de Tanger à une société privée, la « Société du Port de Tanger » (SPT), avec l'engagement de n'accorder aucune autre concession du même type dans un rayon de 200 km (clause d'exclusivité). Cependant, l'Etat a gardé le droit de créer un port de pêche ou d'accorder une concession spécifique pour un terminal à minerai de fer. Quelques années plus tard, en 1925 et avec l'institution du « Statut de Tanger »⁷⁸, l'Administration internationale et la SPT se partagèrent les tâches ; Tandis que la première finance les jetées, quais et terre-pleins, la seconde se chargeait de l'exploitation et de l'équipement : voies, magasins, ateliers, matériel nautique, engins de levage et outillage. La SPT sera cotée à la Bourse de Paris jusqu'en 1960. Cette concession, consentie pour 75 ans, a pris fin avant l'échéance en 1966. Les silos à céréales du port de Casablanca sont confiés en 1930 à la Chambre de commerce et d'industrie de Casablanca pour une durée de 50 ans. A signaler à ce sujet qu'aucun cadre juridique (loi ou règlement) ne régissait les contrats de concession dans le temps.

Comme on constate, toutes les entreprises privées concessionnaires n'assumaient aucun risque financier étant donné que les déficits éventuels des opérations commerciales (manutention, magasinage) étaient couverts par le budget de l'Etat.

Les ports se sont développés pendant la colonisation. Le gouvernement Français les avait confiés à des sociétés privées pour les gérer. Ensuite, les concessions devenaient une sorte de sous-traitance ; l'État faisant l'équipement et le gros entretien. L'État, en réalité, gérait presque directement et supportait entièrement toutes les opérations relatives aux gros travaux de construction et d'entretien des infrastructures, à l'acquisition de l'outillage et aux grosses opérations de maintenance, à la gestion du domaine public et des réseaux et à la police des ports.

Sous-section 2 : La phase de l'indépendance :

Avec l'indépendance du Maroc en 1956, les secteurs stratégiques tels que les ports ont connu de réelles mutations. Deux phases nous paraissent importantes à relater à ce niveau :

⁷⁷ C'est le cas notamment de l'opérateur portuaire « Manutention Marocaine » qui a précédé l'avènement de la RAPC.

⁷⁸ Issu de la Convention de Paris de 1923 et basé sur le principe de la souveraineté chérifienne, le Statut de Tanger établit l'autonomie financière de la ville, la dotant à cet effet d'une Administration internationale. La convention de Paris est modifiée, élargie et ratifiée par une autre, celle de juillet 1928, intégrant l'Italie comme cosignataire, en plus de l'Angleterre, l'Espagne, la France, la Belgique, la Hollande, les Etats-Unis, le Portugal et la Russie.

§1 La phase précédant la création de l'ODEP :

L'arrivée à terme, normal ou anticipé, des concessions, accordées durant la précédente phase, a conduit l'Etat Marocain à créer la Régie d'Aconage du Port de Casablanca (RAPC) en 1963 par Dahir n° 1-63-278 du 12 novembre 1963, BO n° 2665 du 22/11/1963. Au début, le périmètre de la Régie était limitée à Casablanca, mais elle reprenait progressivement les principaux ports et ses compétences se sont étendues aux principaux ports du pays : Agadir (1966), Mohammedia (1967), Tanger (1967), Safi (1967), Kenitra (1984) et Nador (1984). En décembre 1984, l'Office d'exploitation des ports (ODEP) se substitua à la RAPC avec des attributions progressivement élargies jusqu'à sa conversion en "Autorité portuaire". (Safi, Agadir, Mohammedia). Avec la RAPC, il s'agissait du premier transfert de l'activité commerciale à un organisme public. L'Etat gardait la construction et l'entretien des infrastructures. Les pouvoirs publics donnaient ensuite, durant les années 1970, priorité aux travaux. En effet, d'importants investissements ont été consentis par l'Etat, il s'agit notamment de la construction de nouveaux ports (Nador, JORF LASFAR, Laâyoune, Ras kebdana et Tarfaya) et de l'extension des ports existants (Safi, Casablanca, Tanger, ...). Cependant, l'exploitation portuaire a connu de nombreuses difficultés aggravées par un climat social tendu.

Les principales insuffisances, lors de cette phase étaient multiples et liées à l'incompatibilité entre la structure et la mission de la RAPC du fait de la diversité des textes qui la régissaient mais aussi du fait du rattachement de l'ensemble des ports à une structure inadaptée, l'insuffisance des budgets alloués par l'administration à l'entretien des ports, ce qui a entraîné une dégradation des ouvrages portuaires, la dilution de responsabilité entre l'administration portuaire et la RAPC, la concentration de la majorité du trafic dans le port de Casablanca, il était adossé à un tissu urbain très dense et coupé de la ville par le réseau des voies ferrées qui interdisait tout développement vers la terre et rend très difficile les conditions d'accès routiers, les conditions nautiques et la structure des ports limitaient les possibilités de réception des grands Navires, la pratique d'entreprises différentes en affectant à bord le stevedore commandé par l'agent maritime et à terre l'équipe de la RAPC ; cette dualité faisait chuter les rendements de manutention et au manque de desserte et du transport intermodal.

Ces insuffisances ont démontré la nécessité d'opérer des changements radicaux et rapides pour rendre aux ports nationaux une crédibilité et une efficacité à toute épreuve. M. Saoudi Hassani Yahia, Ex directeur général de la Comanav a estimé que : « *La RAPC n'était ni une entreprise, ni un organisme avec le champ juridique nécessaire pour mener sa tâche... Elle avait de très bons cadres, mais elle était sous-équipée et forcément, la qualité des services était médiocre.* »

Dans ce cadre et en 1982, les pouvoirs publics ont décidé une refonte de l'organisation portuaire avec deux préoccupations fondamentales ; la première visant le rattachement de toute activité portuaire à la tutelle unique d'une seule administration : le Ministère des Travaux Publics et de la Formation Professionnelle et de la Formation des Cadres. la seconde porte sur l'assainissement de la gestion du secteur portuaire en fixant de nouveaux objectifs en matière d'entretien des infrastructures.

Les objectifs fixés visaient essentiellement de redonner une énergie et une dynamique nouvelle à l'exploitation portuaire qui aspire à rendre les ports Marocains plus performants et

mieux structurés afin de faire face aux nouveaux défis. C'est dans ce sens qu'un projet de loi créant l'Office d'Exploitation des Ports a été soumis à la chambre des représentants et voté le 18-12-1984⁷⁹.

§2- La phase de gestion de Office d'Exploitation des Ports (ODEP):

L'Ex Office d'Exploitation des Ports (ODEP) était créée sous la forme d'établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière et soumis au contrôle du Ministère des Finances.

La création de l'ODEP était menée sous la pression de la Banque Mondiale ; en effet, au début des années quatre-vingt, la Banque Mondiale subordonna l'attribution d'un prêt à l'Etat Marocain pour le redressement du secteur portuaire à la restructuration des finances, notamment en termes d'unicité de domiciliation des encaissements. Autrement dit, une entité qui prend en gage les recettes. En réponse, l'Etat crée un guichet unique qui percevra à la fois les droits de port et les taxes de manutention sous la forme juridique d'office et lui a donné le nom de l'Office d'exploitation des ports (ODEP).

Lors des négociations avec la Banque Mondiale, le gouvernement Marocain a mis en avant sa préférence pour un prêt au profit de l'ODEP plutôt que du Royaume. Autrement dit, elle prend comme garantie les recettes du trafic et ce, pour se prémunir contre toute surprise.

Le ministère de tutelle (Ministère de l'Équipement et des Transports) intervenait au niveau des ports par l'intermédiaire des trois entités suivantes :

1. la Direction des Ports et du Domaine Public Portuaire (DPDPP) : qui prend en charge toutes les questions de planification et de réglementation ;
2. la Direction des ports de Casablanca et de Mohammedia (DPCM) : dont les missions sont similaires mais vu l'importance des deux ports dans l'économie, il y a eu cette distinction;
3. l'ODEP : Etablissement public qui constituait la pièce maîtresse ayant caractérisé l'organisation adoptée en 1984.

Les missions de l'ODEP s'articulaient autour des objectifs structurant, il avait pour principales missions de redonner une énergie et une dynamique nouvelle à l'exploitation portuaire nationale pour éviter les défaillances des anciens systèmes, de dégager des ressources nécessaires à l'entretien systématique et rigoureux des installations portuaires⁸⁰, d'associer les partenaires économiques à la gestion des ports à travers les organes des nouvelles structures et d'assurer à tous les ports un niveau égal de développement, pour qu'ils puissent assurer leur rôle au niveau du développement régional.

L'ODEP intervenait au niveau des ports de commerce, des ports de pêche, avant leur cession à l'ONP, et des ports de plaisance.

Les attributions de l'Office consistaient en un ensemble de services rendus aussi bien aux navires qu'aux marchandises, dans la manutention, l'entreposage et le magasinage. Il assurait la maintenance des terre-pleins, des voiries, des voies ferrées et des réseaux, la construction et la maintenance des magasins et des hangars, la maintenance des ouvrages

⁷⁹ Loi 6-84 promulguée par dahir 1-84-194 du 28-12-1984 BO n° 3766 en date du 20 /01/ 1985.

⁸⁰ La destination des ressources financières du secteur portuaire a connu une nouvelle affectation entre l'ODEP et la trésorerie générale de l'Etat

d'accostage, la gestion des gares maritimes et leurs annexes, les services aux navires : pilotage, remorquage dans certains ports⁸¹ et la gestion du domaine public maritime dans l'enceinte portuaire qui a été, expressément, confié à l'ODEP depuis 1985⁸².

La base de la réorganisation adoptée en 1984 prévoyait des possibilités d'évolution. Elle a permis l'externalisation du champ d'intervention de l'ODEP à d'autres missions relevant de son activité principale et la prise en charge, par d'autres intervenants (publics ou privés) des services relevant des missions de l'ODEP.

La matérialisation de cette politique était faite par un redéploiement de l'activité de l'ODEP, une libéralisation de certaines activités : exemple : la manutention de poisson congelé aux ports d'Agadir et de Tan-Tan a été confiée à des entreprises du secteur privé et des opérations de cession, comme celle matérialisée par la concession d'un terminal charbonnier au port de Jorf Lasfar.

L'office pilotait aussi des actions d'association qui concernent en fait des entreprises mixtes mises en place entre l'ODEP et des opérateurs privé pour assurer des opérations de manutention à bord des navires (création de filiales).

Pour ce qui est de la gestion des ressources humaines notamment, les dockers, il y a eu une absence de réglementation législative les concernant. Il y a eu également absence de personnel contractuel. Cependant, il y a eu une institutionnalisation de la gestion des dockers, il y avait dans certains ports dont celui de Casablanca, un bureau d'embauche au port qui joue le rôle d'interlocuteur des sociétés ayant un besoin de dockers et qui se chargeait de la désignation de ces derniers selon les demandes. Les dockers étaient des employés des compagnies maritimes qui leur payaient un salaire minimum mais peuvent par ailleurs intervenir pour le compte d'autres sociétés, en fonction des arrivages de navires, par l'intermédiaire du centre d'embauche. Ils reçoivent alors une prime ou un complément de salaire selon les tâches réalisées. Les dockers se présentaient au centre d'embauche à la fin de journée pour percevoir leur rémunération selon le shift pour lequel ils ont opéré.

Dix ans après sa création, l'ODEP était, de l'avis des experts, une organisation moderne florissante. Les problèmes de fonctionnement principaux étaient résolus, la performance économique était considérée comme satisfaisante et l'engagement et le dévouement d'un encadrement de qualité laissaient présager des réussites encore plus grandes. Mais M. Hassad, directeur Général dans le temps résistait à tout triomphalisme : « *Nous avons encore beaucoup à faire. Notre performance est loin d'être satisfaisante à mes yeux...* ».

Par ailleurs, le CNCE⁸³ a estimé dans son rapport annuel pour l'exercice 2002 que la gestion de la main-d'œuvre se faisait en dehors de tout cadre réglementaire et en l'absence de tout lien juridique, hiérarchique ou disciplinaire entre l'employé « docker » et l'employeur « société de stevedoring».

Ce régime présentait beaucoup d'inconvénient ressortis dans plusieurs rapports tels le surnombre du personnel surtout en pointage, les équipes incomplètes avec des refus de travail

⁸¹ Cette activité était exercée simultanément par l'ODEP, dans certains des ports où il intervenait, et des intervenants privés

⁸² Cf. Article 2 de la loi 6-84 précitée.

⁸³ Conseil National du Commerce Extérieur, c est un organisme paritaire institué par décret d'application de la loi 13-89 relative au commerce extérieur. Il a pour mission d'éclairer les acteurs publics et privés sur les enjeux du commerce extérieur et de formuler des recommandations à même d'améliorer la compétitivité des entreprises.

(pouvoir des dockers) , l'abandon, par les dockers durant le travail, d'un navire au profit d'un autre offrant une vacation plus longue, refus de changement de poste, problème de la catégorisation, le pillage de marchandise devenu pour eux un avantage en nature normal, la fréquence des grèves de courte durée en forme de chantage et pour mettre la pression, la location de la carte professionnelle à des tiers avec partage des salaires, les cartes des dockers et syndicats devenues héréditaires, les menaces des syndicats de grèves générales en cas d'embauche d'un docker non syndiqué , tendance au renfermement de la profession sur elle-même, l'impact sur les coûts de manutention par une forte différence d'un port à un autre, faiblesse des pouvoirs publics et des administrations ce qui a poussé à l'adoption de solutions considérées comme des sacrifices pour le maintien de la paix sociale, les lois sont interprétées dans le sens favorable aux dockers donc restaient lettre mortes, etc.

Après la réforme de 2006, les 1.090 dockers qui relevaient du Centre d'embauche ont été « récupérés par SOMAPORT⁸⁴ aux mêmes conditions fixées par la convention collective qui les liaient à l'Assamat⁸⁵». SOMAPORT, concurrent manutentionnaire au port de Casablanca a, en effet, été créée en 2005 et devenue opérationnelle depuis le 5 décembre» de la même année, selon une déclaration du ministre de l'Équipement et des Transports lors de la présentation de la réforme une semaine avant sa mise en œuvre. Elle a passé une convention avec l'Agence Nationale des Ports (ANP), elle-même entrée en fonction depuis le 5 décembre 2005. La convention porte sur une concession de deux terminaux au port de Casablanca pour une durée de 30 ans pour l'exploitation du terminal à conteneurs et Ro-Ro (quai des agrumes) et le terminal divers (môle Tarik) audit port.

Les différentes études et analyses de la situation du secteur portuaire Marocain au début des années 2000 avaient permis d'identifier un ensemble d'anomalies et de dysfonctionnements dans le secteur dont principalement, une intervention simultanée de deux opérateurs dans les opérations de déchargement et de chargement des navires: le stevedore à bord des navires et l'office d'exploitation des Ports « ODEP » à terre, une gestion de la main d'œuvre des dockers dans le cadre d'une association sans lien juridique réel entre les employés et les sociétés, un taux d'utilisation effective de la main d'œuvre dockers inférieur à 40% (le nombre de dockers payés est deux fois et demi plus élevé que le nombre de dockers effectivement embauchés), un monopole de l'ODEP de toutes les opérations à terre, un exercice simultané par l'ODEP des missions d'opérateur portuaire et d'autorité portuaire, inexistence de cadres juridiques ou de cahiers des charges pour l'exercice des activités commerciales dans les ports, des divergences entre les différents textes, appliqués dans les différents ports du Maroc, des écarts importants entre les textes en vigueur et les pratiques sur le terrain et des chevauchements et des redondances dans les organisations et dans les missions notamment de l'Etat et de l'ODEP.

Aussi, les pouvoirs publics ont-ils décidé de réformer le secteur portuaire en fixant comme objectif de rehausser le niveau de compétitivité des ports marocains aux standards internationaux , de doter le secteur portuaire, d'un cadre législatif et réglementaire adapté aux évolutions futures, d'adapter l'offre des services portuaires à la demande du trafic et de mettre à la disposition des opérateurs économiques et des entreprises des infrastructures et des équipements portuaires permettant l'amélioration de leur propre compétitivité.

⁸⁴ Somaport est le deuxième opérateur au port de Casablanca, créée en 2006, par un groupement privé avec la Comanav comme chef de file. La société a récupéré dans ses rangs les 1 300 dockers du port (sociétés de stevedoring) et se voit accorder une concession de 30 ans pour trois quais dans le port de Casablanca.

⁸⁵ L'Association des agents maritimes et des stevedores qui regroupent les sociétés de stevedorings qui effectuaient la manutention à bord du navire avant la mise en place de la réforme portuaire.

A cet effet, une loi a été adoptée en décembre 2005 (loi 15-02) qui a introduit une refonte globale du système de gestion et d'exploitation des ports Marocains, intégrant des aspects à la fois d'ordre juridique, institutionnel, organisationnel, économique, financier et social.

Pour s'en assurer et garantir l'atteinte des objectifs de la réforme à ce sujet, l'Agence Nationale des Ports (ANP) avait lancé récemment, le projet d'Observatoire de la compétitivité des ports marocains. Cette initiative importante se trouve en harmonie avec la stratégie portuaire nationale qui vise à faire du secteur un maillon essentiel du développement des échanges et un levier du développement socioéconomique du Royaume. Cette initiative s'inscrit, également, dans le rôle d'autorité portuaire assigné à l'Agence Nationale des Ports qui a pour mission d'assurer la compétitivité du secteur en mettant notamment, en place les outils appropriés permettant une évaluation objective des plans d'actions mis en œuvre et dont l'observatoire en question est un de ces outils.

Section II- Etapes décisifs dans l'histoire des ports français :

L'évolution du système portuaire français était nettement différente de celle qu'a connue le secteur au Maroc ; le système de manutention étant différent. Pour mieux la comprendre, il nous paraît judicieux de voir le parcours qu'a connu l'activité de la manutention en France avec ses périodes de référence (sous-section 1) et qui ont influencé la réforme de 2008 (sous-section 2).

Sous-section 1 : Statut de la manutention en France :

Les opérations de manutention – composées du chargement et déchargement des navires- sont effectuées dans les ports Français principalement par deux catégories de personnel : les ouvriers dockers, employés des entreprises de manutention et les conducteurs de grues et de portiques subordonnés des Ports Autonomes (PA) devenus Grands Ports Maritimes (GPM) ou des concessionnaires de l'outillage public.

L'activité de la manutention portuaire en France a un statut hérité de l'après-guerre ; en effet à la fin de l'année 1939, un décret fut édicté confiant aux autorités portuaires le soin de délivrer des cartes de docker en fonction des besoins de chaque site. Le 21 juin 1941, ce texte a été complété par l'acte dit "loi du 28 juin 1941", qui réserve, pour la première fois, les travaux de manutention portuaire aux dockers titulaires d'une carte professionnelle. Il confie le contrôle de l'embauche à des bureaux centraux de la main-d'œuvre (BCMO). Ensuite, plusieurs étapes réglementaires ont marqué le statut de la manutention portuaire française.

§1- La centralisation : un mode de gestion des ports maritimes français :

La tutelle de l'Etat sur les ports n'est pas une pratique récente en France, déjà au moyen âge, les ports maritimes étaient gérés par les autorités locales. Durant la période révolutionnaire, le pouvoir central en France affirmait son autorité sur ces installations stratégiques. Une loi de janvier 1790 a fixé le mode d'exécution des marchés relatifs aux travaux portuaires, puis une loi de juillet de la même année a confié au corps législatif le soin de fixer le budget nécessaire à l'entretien des ports. Cette tendance a été accentuée quand il a été décidé de supprimer toutes les taxes municipales en les remplaçant par un droit de tonnage uniforme pour tous les ports, versé au budget de l'Etat pour les besoins de financement des travaux portuaires.

Toutefois, au fil du temps les ports ont connu de mutations au niveau de la gestion du personnel (A) ou de la gouvernance via la création des Ports Autonomes (B) ou encore dans le statut de la manutention.

A- la gestion du personnel portuaire en France :

Cette gestion a été forgée par un aspect réglementaire (a), défendu par le corps des syndicats (b) aboutissant à la réforme du travail des dockers (c).

a- Les apports du cadre légal :

Le premier texte d'importance à ce sujet est la loi n° 47-1746 relative à l'organisation du travail de manutention dans les ports. L'irrégularité du trafic maritime a nécessité une organisation spécifique du travail de manutention. Les entreprises ne pouvaient pas supporter les périodes d'inemploi des dockers dans l'attente de l'arrivée des navires. De même, le manque de personnel pour réaliser les opérations de manutention constituait un handicap pouvant entraîner une qualification des ports de non sûrs eu égard aux contrats d'affrètement des navires.

Dans ce contexte, il fut instauré en France au cours de la seconde guerre mondiale un régime de priorité d'embauche des dockers intermittents à chaque fois que le nombre des dockers professionnels est insuffisant.

Promulguée le 6 septembre 1947, la loi n° 47-1746 a accordé à l'Etat des responsabilités étendues par le rôle attribué aux directeurs de port ou leurs représentants dans les organismes de concertation et de gestion. La législation en question consacra le régime de l'intermittence de l'emploi des dockers dont l'embauche se fait à la journée ou pour une vacation et qui sont titulaires d'une carte de garantie (dite carte G) de docker professionnel leur assurant l'indemnisation pour le caractère incertain de leur emploi. La gestion du système d'emploi des dockers est confiée à des organismes tripartites composés des représentants de l'État, des employeurs et des dockers pour permettre l'application de la priorité d'embauche. Les bureaux centraux de la main d'œuvre (BCMO) qui détermine les règles d'attribution des cartes professionnelles délivrées jusqu'en 1992 par les directeurs des ports⁸⁶, étaient chargés de l'organisation de l'embauche et la Caisse Nationale de Garantie des Ouvriers Dockers (C.A.I.N.A.G.O.D)⁸⁷ assurait l'indemnisation desdits dockers en cas de non-emploi et ce, par le versement de l'indemnité de garantie. Cette loi a constitué une étape cruciale dans la manutention, en permettant de concilier deux objectifs de nature distincte : la flexibilité et la stabilité de l'emploi.

A signaler, enfin, que le régime de travail des dockers intermittents ne s'applique pas à tous les ports maritimes français ; l'article L.5343-1 du code de transports précise que ces ports « *sont déterminés par l'autorité compétente après avis des organisations professionnelles les plus représentatives qui doivent se prononcer dans un délai d'un mois à compter de leur saisine* ».

⁸⁶ La priorité d'emploi n'est pas systématique même dans les ports l'ayant instituée ; en cas de chargement et déchargement du matériel de bord et avitaillement des bateaux, chargement et déchargement des bateaux fluviaux par le moyen du bord ou par le propriétaire de la marchandise, etc. l'article R.511, al 2 du code des ports maritimes spécifie ces cas d'exception.

⁸⁷ Organisme tripartite composé de représentants de l'État, de dockers et d'employeurs. recouvre les cotisations patronales destinées à son financement et qui gère le compte des BCMO pour le versement des indemnités et ce, En application de l'article L. 5343-18 du code des transports (qui reprend les articles L. 521-1 et L. 521-2 du code des ports maritimes), « *l'ouvrier docker professionnel intermittent qui n'a pas été embauché après s'être présenté régulièrement à l'embauche reçoit, après pointage, pour chaque vacation chômée, une indemnité dite " indemnité de garantie "* ».

Le deuxième texte est la loi n° 65-491 sur les ports maritimes autonomes du 29 juin 1965. Dans le cadre de cette loi - et jusqu'à la promulgation de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire en France- la gouvernance des Ports Autonomes, régie par le Code des Ports Maritimes, était organisée de façon que les ports autonomes, ayant la forme juridique d'établissements publics de l'Etat dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, exerçaient aussi bien des fonctions administratives (qualifiées de prérogatives de puissance publique, à l'instar de la Capitainerie des ports par exemple) que des fonctions de nature industrielle et commerciale (telle que l'exploitation des grues et de l'outillage portuaire). Pour concilier ces deux fonctions, l'administration du port était assurée par un Conseil d'Administration assisté d'un directeur. Le Conseil d'Administration, dont la moitié des 26 membres devant y siéger était nommée par l'Etat, devait élire un président. Ce dernier exerce un contrôle sur l'ensemble de la gestion du port et veille à l'exécution des décisions prises par le Conseil. Le directeur, nommé, quant à lui, par décret en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Administration, exerçait des attributions en tant qu'agent d'exécution du Conseil d'Administration (gestion du personnel, représentation du port, gestion des finances) et des attributions propres qui lui sont directement confiées par l'Etat (garantir la sûreté et la sécurité, notamment). En cas de conflit entre le président du conseil d'Administration et le directeur, l'Etat peut mettre fin au mandat de ce dernier, mais ne pouvait provoquer un changement de président avant la fin de son mandat.

Dès 1999, la Cour des comptes avait constaté que, *"bien que le fonctionnement des conseils d'administration des ports autonomes ait montré ses imperfections, il n'a pas été revu"*. La Cour des comptes révélait ainsi que *"l'Etat ne dispose toujours pas des informations nécessaires pour exercer ses missions (...) et que les données retracées dans les comptes financiers ne sont pas comparables d'un port autonome à l'autre, les statistiques relatives au trafic portuaire sont traitées sur des durées et selon des méthodes différentes, le montant et l'origine du financement des investissements ne sont pas suivis sur des périodes suffisantes"*. Dans son rapport de 2006, estimant que la composition des conseils d'administration des ports autonomes *"pose un risque permanent de conflit d'intérêt"*, la Cour des Comptes, suivie en cela par la mission IGF/CGPC, préconisait la mise en place d'un système de gouvernance portuaire avec un conseil de surveillance et directoire incitant, par la même occasion, à une diversification des recrutements et une plus grande responsabilisation des cadres dirigeants⁸⁸.

B - La lutte des syndicats pour la réforme de statut de dockers :

En Mars 1992, pendant que les grèves hebdomadaires de 48 heures se poursuivaient à l'appel de certaines centrales syndicales, l'Union des Ports Autonomes et des Chambres de Commerce et d'Industrie Maritimes (UPACCIM) mettait en avant le plan de réforme du statut des dockers et de relance de la filière portuaire. Le 5 mars de la même année, le bureau confédéral de la CGT maintient son opposition audit plan, le qualifiant de "diktat" qui *"s'attaque au statut des salariés en général"*. Le 16 du même mois, il y a eu la signature, à Saint-Nazaire, d'une "charte d'objectifs de modernisation"⁸⁹ par le syndicat CGT des dockers de Loire-Atlantique et l'organisation patronale des entreprises de manutention du port, qui prévoyait la création d'une société commerciale devant embaucher et mensualiser la majorité

⁸⁸ « La situation des ports autonomes avant la réforme de 2008 : un diagnostic partagé de longue date », vie publique du 11/12/2008.

⁸⁹ Il s'agit d'une convention cadre fixant les objectifs du partenariat reprenant les thèmes de la réforme portuaire que sont la responsabilisation, la compétitivité et la mensualisation. la ratification de cette charte permettait aux dockers de bénéficier du plan social concernant les congés et des mesures d'âge.

des dockers professionnels et d'une école de formation professionnelle. La charte comprend, également, un engagement d'accroissement de la compétitivité.

Devant cet état de fait, le projet de loi modifiant le régime du travail dans les ports maritimes en vue de la modernisation de la filière portuaire fut présenté le 15 avril 1992 en Conseil des Ministres, le texte prévoyait que la majorité des ouvriers dockers devront être des salariés permanents, liés aux entreprises de manutention par un contrat de travail à durée indéterminée. Il instaure, également, une gestion de l'effectif des dockers intermittents sous la responsabilité de chaque port, assortie de seuils de chômage, fixés par décret, au-delà desquels seront prononcés des retraits de la carte professionnelle. Le plan de modernisation s'accompagne de mesures sociales. Le projet de loi fut voté selon la procédure d'urgence puis promulgué le 09/06/1992⁹⁰ par le Président de la République. Cette loi autorise le recrutement de dockers par des entreprises de manutention portuaire grâce à des contrats de travail de droit commun. La mensualisation des ouvriers a été consacrée par ce texte qui a été intégré à l'article L. 5343-1 du code des transports. La gestion de l'embauche des dockers intermittents qui persiste dans quelques ports intervient encore sous le contrôle de l'Etat mais, contrairement à ce qui se passait avant, la détermination du taux de cotisations patronales et de chômage est fixée par port.

Aussi, la réforme de l'emploi des dockers a-t-elle été dictée par la régularité des transports maritimes et le développement de la mécanisation et l'automatisation de l'activité de la manutention en France. Ce fut le cas avec la loi n° 92-496 du 09/06/1992 qui a donné la possibilité aux entreprises de mensualiser les ouvriers dockers en les mettant dans les catégories soit des dockers *occasionnels intermittents* ou *professionnels mensualisés*.

A compter de la publication de cette loi, aucune carte de docker professionnel n'a été délivré. Il fut, également, procédé à la suppression de la priorité d'embauche ; le texte précité précise qu'aucune mensualisation ne pourra être effectuée en dehors des ouvriers dockers professionnels intermittents durant les 60 jours à compter de sa publication.

Les entreprises de manutention avaient l'obligation de recruter les ouvriers dockers mensualisés en priorité et dans l'ordre parmi les ouvriers dockers intermittents puis parmi les ouvriers dockers occasionnels qui ont régulièrement travaillé sur le port au cours des 12 mois précédents.

Par ailleurs, sur le plan communautaire et vu la reconnaissance de la liberté de prestation de services, la priorité d'embauche est susceptible d'être remise en cause par le droit de l'UE. En effet, la Cour de Justice de l'UE avait estimé que le monopole des entreprises de manutention en vigueur au port de gènes était contraire au droit de la concurrence⁹¹.

Pour ce qui est de leur régime d'embauche, bien qu'ils relèvent du service public, les dockers sont liés à leurs employeurs par des contrats de travail de droit privé quelle que soit la durée de leur emploi. En effet, les entreprises employant les dockers exercent des activités industrielles et commerciales et n'ont pas de recours aux prérogatives publiques.

Enfin, la progression de la mensualisation des dockers professionnels dans la plupart des ports maritimes de commerce en France ainsi que l'interdiction pour les grands ports

⁹⁰ La loi n° 92-496 modifiant le régime de travail dans les ports maritimes (réforme dite Le Drian), JO du 10/06/1992. P 7608 et suivantes.

⁹¹ CJCE du 10/12/1991, affaire C-179/90, SPA contre Siderurgica Gabrielli SPA .

maritimes d'exploiter des outillages publics a donné lieu à la suppression des bureaux centraux de la main d'œuvre et à l'éloignement de la manutention portuaire des règles de gestion du service public.

C- Les éléments annonciateurs du changement dans la gestion des ports maritimes :

Deux aspects ont annoncé le changement dans la gestion des ports en France le premier interne lié au changement dans le statut de la manutention. En effet, les opérations de la manutention sont régies, en France, par le code des transports et donnent lieu à des contrats de droit privé. Toutefois, leur exécution intervient dans les limites fixées par les textes législatifs et réglementaires régissant l'exploitation au niveau du code des ports maritimes. L'article L.5422-19 et suivants du code des transports précise que « *l'entrepreneur de manutention opère pour le compte de celui qui aura requis ses services et sa responsabilité n'est engagée qu'envers cette personne qui seule peut agir contre lui* ».

L'article L.5422-21 ajoute que « *Quelle que soit la personne pour le compte de laquelle l'entrepreneur manipule, reçoit ou garde la marchandise, sa responsabilité est engagée dans les conditions suivantes :*

1° Lorsqu'il accomplit les opérations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 5422-19, il est responsable des dommages qui lui sont imputables ;

2° Lorsqu'il accomplit les opérations visées au deuxième alinéa de l'article L. 5422-19, il est présumé avoir reçu la marchandise telle qu'elle a été déclarée par le déposant. »

Ceci étant, la manutention était considérée comme une opération intervenant dans le prolongement du contrat de transport maritime et le manutentionnaire portuaire bénéficie d'une limitation de responsabilité sur le fondement de l'article L.5422-23 du code des transports, dans les conditions semblables à celles concernant le transporteur maritimes. La situation est différente au Maroc où l'activité ne bénéficie pas de ce droit.

En outre, l'article L.5422-22 dispose que « *L'entrepreneur de manutention ne répond pas des dommages subis par la marchandise lorsqu'ils proviennent:*

1° D'un incendie; 2° De faits constituant un événement qui ne lui est pas imputable ; 3° De grève, lock-out ou entraves apportées au travail, pour quelque cause que ce soit, partiellement ou complètement; 4° D'une faute du chargeur, notamment dans le mauvais emballage, le conditionnement ou le marquage des marchandises ; 5° Du vice propre de la marchandise.

Le demandeur pourra néanmoins, dans ces cas, faire la preuve que les pertes ou dommages sont dus, en tout ou en partie, à une faute de l'entrepreneur ou de ses préposés ».

Le second aspect est externe issu du constat des institutions nationales et communautaires. Ce constat a été fait par plusieurs institutions à travers :

Un rapport du président du Conseil National des Communautés Portuaires (CNCP)⁹² en Septembre 1995 : Il a été publié, sur la filière portuaire au sujet de la réforme de la

⁹² « *L'institution du Conseil national des communautés portuaires a fait l'objet du décret n° 87-761 du 16 septembre 1987, publié au Journal officiel du 17 septembre 1987. Ainsi que le précise l'article 1er du décret précité, l'institution du conseil porte création d'un livre nouveau au code des ports maritimes, marquant ainsi la volonté du Gouvernement de mettre en place une structure permanente. Ce sera le rôle du conseil que d'être le lieu d'échange, d'information, de réflexion permettant de mieux définir et d'inspirer les actions à mener à court, moyen et long terme dans le domaine des ports et des chaînes de transports maritimes et terrestres. Il lui reviendra évidemment d'émettre avis et propositions et de contribuer à faire mieux prendre conscience au pays*

manutention, le rapport propose notamment de supprimer les dispositions de la loi de 1992 qui pourraient permettre un retour aux pratiques découlant de la loi de 1947 précitée. Il propose, également, de réformer les règles de la domanialité portuaire, afin de favoriser les investissements nécessaires au développement des plates-formes portuaires et les opérations de reconversion des espaces portuaires.

Le Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures portuaires⁹³, présenté, en Décembre 1997, par la Commission Européenne, ce document rappelle que, jusqu'à la date de son établissement, les ports n'ont pas figuré au cœur de la politique commune des transports. Néanmoins, ils ont leur place dans le réseau transeuropéen de transport (RTE-T) en permettant, notamment d'augmenter l'efficacité du système de transport européen, de favoriser la croissance des échanges intra-communautaires et ceux avec les pays tiers, de dégager les principaux axes terrestres, de consolider les liens maritimes avec les régions insulaires et périphériques et de renforcer l'aspect multimodal du RTE-T.

Le Livre vert met l'accent, également, sur l'importance de la sécurité maritime. Si celle-ci est principalement concentrée sur les navires, elle a un impact direct sur les installations portuaires en imposant aux autorités concernées de coopérer à la mise en œuvre et du contrôle de la bonne application des règles en vigueur et de garantir un niveau de qualité élevé pour les services portuaires tels que le pilotage, l'amarrage et le remorquage qui sont étroitement liés à la sécurité des navires. La Commission fait, également, des suggestions afin de mieux intégrer les considérations environnementales dans la planification de l'aménagement portuaire.

§2- L'instauration d'un régime d'autonomie de gestion dans les ports :

Depuis la révolution française, la gestion des ports maritimes en France relevait de l'Etat. Au début du 20ème siècle, un premier régime d'autonomie de gestion de ces installations a vu le jour ; la loi du 12/06/1920 a permis d'appliquer un régime d'autonomie aux ports de Bordeaux et du Havre avant qu'il ne soit étendu à d'autres ports le 29/06/1965⁹⁴.

Ultérieurement, il y avait une multitude de changements d'ordre réglementaire et institutionnels qui ont suivi, notamment la publication du décret n° 99-782⁹⁵ modifiant le code des ports maritimes. Il portait sur la faculté ouverte à un Port Autonome de conclure avec une entreprise une convention d'exploitation de terminal (CET). Celle-ci porte exclusivement sur la gestion et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics et comprenant les terre-pleins, les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockages liés aux navires. Le

de l'existence et de l'importance des communautés portuaires en tant que telles », Réponse du ministère : Mer publiée dans le JO Sénat du 26/11/1987 - page 1884

⁹³ La politique portuaire qui est directement concernée par la politique de la concurrence et la politique des transports est définies, au niveau de l'Union européenne, par le livre vert qui considère dans son exposé que « *par le passé, les ports étaient plutôt considérés comme des lieux privilégiés d'échanges et des pôles de croissance pour le développement régional et national, et donc comme des prestataires de services d'intérêt économique régional qui devaient être fournis par le secteur public et essentiellement financés par les contribuables. Aujourd'hui la tendance est, de plus en plus, de considérer les ports comme des entités commerciales qui doivent récupérer leurs coûts auprès des usagers bénéficiant directement de leurs infrastructures* ».

⁹⁴ La loi n° 65-491 consacra un nouveau régime d'autonomie qu'elle a étendu aux ports de Dunkerque, Rouen, Nantes Saint-Nazaire, Marseille, la Rochelle et de la Guadeloupe.

⁹⁵ Publié au JO du 11 septembre 1999, il élargit en particulier les pouvoirs des autorités portuaires notamment en matière de sécurité des navires.

recours à ce mode de gestion, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, doit être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public. Ce décret a, également, mis en place un dispositif de prévention contre les risques de prise illégale d'intérêt pour certains membres des conseils d'administration des Ports Autonomes maritimes.

Suivra la publication du rapport de la Cour des Comptes sur la politique portuaire en Novembre 1999 qui a dressé un bilan jugé alarmant par les observateurs, relatif aux interventions de l'Etat dans les infrastructures maritimes et avait préconisé une réforme statutaire nécessaire et urgente.

Interviendra plus tard, la publication de l'ordonnance n° 2006-460 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, publiée en avril 2006 précise, entre autre, le régime des sanctions concernant la répression des atteintes au domaine public des ports maritimes. Cette ordonnance, prise sur la base de la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, réitère les règles applicables aux biens meubles et immeubles des personnes publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics) et les rassemble au sein d'un code uniforme conçu pour l'usage des gestionnaires. Les procédures d'acquisition, de gestion et de cession de ces meubles et immeubles sont modernisées. Cette codification a pris en considération le processus de modernisation de la gestion des immeubles de l'État instauré par le Gouvernement français depuis 2005. Le champ d'application des règles protectrices du domaine public prévues par le code général de la propriété des personnes publiques a été limité aux immeubles comportant des aménagements indispensables au service public. Les autres immeubles relèveront du domaine privé. Cette nouvelle définition du domaine public met fin à certaines incertitudes liées en particulier à l'application de la théorie dite " du domaine public virtuel ". Le code général de la propriété des personnes publiques prévoit, aussi l'éventualité d'accorder des servitudes sur les immeubles du domaine public, ce qui facilitera la restructuration des sites complexes et la possibilité pour l'État et les collectivités territoriales de disposer, à côté du régime des baux emphytéotiques administratifs, d'un dispositif adapté d'autorisations d'occupation constitutives de droits réels sur leur propre domaine. Un décret ultérieur est venu moderniser les règles de gestion du domaine de l'État.

Un rapport public thématique de la Cour des comptes a été établi en Juillet 2006 et intitulé : "*Les ports français face aux mutations du transport maritime ; l'urgence de l'action*". Ce rapport marque le point de la position de la cour des comptes, c'est le troisième rapport public consacré aux ports que la Cour des comptes Française publie. Les recommandations formulées par cette instance sont strictement exposées, marquant son rôle de conseil au profit des pouvoirs publics en charge de la gestion des ports et d'orienteur des politiques publiques. Le constat est que ledit rapport est, en sus, des observations critiques, il dresse une situation générale des ports dans le monde, en Europe pour arriver à la situation en France. (Voir supra)

Dans la continuité des faits, il y a eu l'achèvement du transfert aux collectivités locales des ports d'intérêt national métropolitains et qui a pris fin en Décembre 2006. Il s'est fait en application de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Les ports de commerce visés par ce transfert étaient ceux qui n'avaient pas fait l'objet de la décentralisation objet de la loi de 1983.

Pour combler l'aspect sécuritaire aux ports, on a assisté à la publication du décret n° 2007-476 relatif à la sûreté du transport maritime et des opérations portuaires : Ce décret daté de mars 2007 a été publié au JO du 30/03/2007. Il traite des aspects relatifs à la sûreté du transport maritime et des opérations portuaires en reprenant, en droit interne, les obligations prévues dans le règlement de la communauté européenne. En effet, en octobre 2005, le Parlement Européen édite la directive 2 / 11 visant à étendre aux ports l'obligation d'appliquer des règles de sûreté au moins équivalentes à celles imposées aux installations portuaires par le code ISPS. Le gouvernement français a parachevé la transposition, dans le droit français, des obligations de cette directive européenne par le biais du décret n° 2007-476 du 29 mars 2007.

Et pour finir, il y a eu la publication du rapport de la mission conjointe de l'Inspection Générale des Finances et du Conseil Général des Ponts et Chaussées (mission IGF/CGPC) le 1er juillet 2007, ledit rapport considérait que l'absence d'unité de commandement dans l'organisation des opérations de manutention était l'une des causes principales du manque de productivité et de perte de compétitivité des ports français. Exception faite du port de Dunkerque - en raison de la concurrence qu'il maintenait avec les ports du range nord-ouest.

Ceci étant, l'Etat commençait à délaissier progressivement la gestion de ports maritimes français. La décentralisation avait intervenu timidement en janvier 1984 et s'est renforcée au fil des années. Mais les ports maritimes de métropoles et des départements d'outre-mer demeuraient sous la compétence de l'Etat. Le droit l'UE n'a pas d'incidence sur le statut des entités gestionnaires de ports mais tend à assurer la transparence dans leur gestion commerciale et financière et à assurer la concurrence loyale.

Cette effervescence réglementaire et institutionnelle a poussé les pouvoirs publics à mener une réflexion profonde pour redresser le secteur ce qui a fait germer les prémices d'une réforme portuaire complète.

Sous-section 2: Une réforme portuaire globale :

En janvier 2008, mettant en œuvre un engagement du Président de la République M. Sarkozy au début de son mandat en juin 2007, François Fillon, Premier Ministre dans le temps, annonça, le 14 janvier, un plan de réforme des Ports Autonomes Français pour le printemps de la même année. Il prévoit la « privatisation » des activités de manutention ainsi qu'un "très ambitieux programme d'investissement". Le 15 janvier 2008, conformément aux souhaits exprimés par le Premier Ministre, Dominique Bussereau, secrétaire d'Etat chargé des Transports, reçoit les organisations syndicales et professionnelles pour évoquer la réforme des ports, notamment les conditions de transfert des activités de manutention exercées par les Ports Autonomes.

Le 15 avril 2008, le projet de loi portant réforme portuaire est soumis à l'avis du Conseil Supérieur de la Marine Marchande. Certaines centrales syndicales ont annoncé, en réaction à son lancement, la tenue d'une grève reconductible quotidiennement pour s'opposer au projet de réforme portuaire qui devait être présenté le 23 avril de la même année en Conseil des ministres.

Le 23 avril 2008, ledit projet fut présenté en conseil des ministres, il s'articulait autour de quatre principaux axes : l'évolution des missions des sept ports autonomes (renommés « Grands Ports Maritimes »), l'organisation de la manutention portuaire, la modernisation de la gouvernance des futurs Grands Ports Maritimes et la définition d'un plan d'investissement.

Le 24 juin 2008, le texte définitif du projet de loi est adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture, sans modification, après avoir été adopté le 21 mai 2008 en première lecture par le Sénat, après déclaration d'urgence. La réforme fut concrétisée le 4 juillet 2008, date où le texte fut Promulgué et publié au JO du 5/07/2008.

Entre le 29 et le 30 octobre 2008, étaient tenues des réunions des différents syndicats pour valider le projet d'accord-cadre entre les fédérations patronales et les organisations syndicales prévues par la loi du 4 juillet 2008. Le 30 du mois, en présence de D. Bussereau, il fut procédé à la signature de l'accord cadre de mise en œuvre de la réforme portuaire par l'ensemble des partenaires sociaux des ports et de manutention (l'Union nationale des industries de la manutention, l'Union des ports de France, la Fédération nationale des ports et docks- la Confédération Générale du Travail, la Confédération française démocratique du travail, la Coordination nationale des travailleurs portuaires et assimilés (CNTPA), la Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres (CFE-CGC) et la Fédération nationale des syndicats indépendants des ingénieurs et cadres des Ports Autonomes et des chambres de commerce). Le même jour, il y a eu un communiqué du MEDEF saluant une "réforme exemplaire" selon ses dires.

La réforme est venu pour mettre fin à l'exclusivité de la tutelle de l'Etat mais malgré la mise en œuvre de la décentralisation en matière portuaire, L'Etat conserve des compétences à l'égard des ports maritimes à gestion décentralisée.

Ceci dit, la genèse et les nécessités de mener des réformes aux ports Français et Marocains ne sont plus à démontrer. Le constat était clair et la solution à édicter presque vitale pour les secteurs portuaires et de transport en général dans les deux pays. Dans son rapport de 2012, la Cour des Comptes Française semblait être satisfaite des réalisations faites jusqu'aux premières phases de la mise en place concrète de la réforme. En effet, elle a estimé que « *Dans une première phase, où l'action a été rapide, les textes majeurs de la réforme ont été adoptés, la nouvelle gouvernance a été installée et les projets stratégiques ont été arrêtés. Une nouvelle phase s'est ensuite ouverte, beaucoup plus difficile : le transfert des outillages et des terminaux, puis celui des personnels. Il est vrai que sa mise en œuvre est intervenue dans le contexte de la crise économique internationale, dont les conséquences ont été aggravées par les conflits sociaux qui n'ont cessé de l'accompagner* ».

Selon cette instance, la plupart des observations faites, à l'occasion des contrôles des établissements publics gérant les ports, ont été prises en compte dans les textes de la réforme. Reste à voir les résultats de ces démarches et leurs impacts sur la compétitivité et le développement de l'infrastructure portuaire.

La situation est pareil au Maroc où le projet de réforme globale a intégré des aspects à la fois juridique, institutionnel, organisationnel, économique, financier et social et ce, en réponse aux constats et à l'état des lieux établis. Le Maroc assure la quasi-totalité de ses échanges extérieurs à travers les ports, soit près de 97% du trafic avec l'étranger. Ceci implique que ces infrastructures sont amenées à réussir leur mise à niveau afin de répondre aux besoins de compétitivité par rapport aux autres ports de la région et par rapport aux normes internationales. Selon une enquête publiée par la Banque mondiale, les ports marocains étaient très mal notés pour ce qui est des prestations de service et de coût de passage. Dans ces conditions, c'est la compétitivité des produits à l'exportation qui est considérablement réduite, ce qui renchérit les importations.

Mais la réalisation de cette réforme a suscité un vrai bras de fer entre le département de tutelle et certains professionnels du secteur concernés par le projet, notamment les dockers et les stevedores. Le projet devait donner un coup de pouce aux échanges extérieurs mais la réticence des dockers et des stevedores risquait de perturber son application. Pour éviter tout blocage, une série de réunions ont été organisées pour trouver un accord. Mais, des compromis ont été fait même du côté du ministère de l'équipement et des transports qui a fait quelques concessions et s'est engagé à assurer l'emploi pour tous les concernés.

C'est dire que les réformes Marocaine et Française ont été basées sur la notion de compromis afin de pouvoir changer un contexte économique particulier à chacun des deux pays.

Quel était alors la situation économique à la veille des réformes ?

Chapitre III : Le contexte économique à la veille des reformes portuaires au Maroc et en France:

L'économie Marocaine, dans sa globalité, a fait l'objet, au cours des vingt dernières années, de plusieurs réformes structurelles et institutionnelles visant l'identification de nouvelles pistes de gestion du développement en dehors du secteur public à travers l'élargissement du champ d'action des forces du marché. L'objectif recherché était la réduction progressive de l'interventionnisme direct de l'Etat et le renforcement de ses actions de régulation, de coordination et de mise en cohérence des programmes publics et privés. Par ailleurs, les investissements sont restés à un niveau relativement bas jusqu'à ces dernières années et d'une efficacité limitée. Ils n'ont pas pu tirer profit des ressources financières substantielles disponibles, ce qui dénote une faible capacité à transformer le surplus de ressources financières en capacités productives. Ce constat est valable aussi pour le secteur portuaire sur qui ce contexte économique a eu des incidences (Section 1).

Le contexte portuaire Français était, quant à lui, marqué par plusieurs évolutions portant sur le statut des ports et la place de l'action publique dans leur fonctionnement. Dans un contexte international d'expansion et de compétition, les ports de commerce, sur les trois façades maritimes de la France métropolitaine, ne tiraient pas suffisamment les avantages de leurs atouts. Cet état de fait était dû à la situation économique et géographique, à l'organisation des ports et à leur desserte et c'est cette situation qui prédominait à la veille de la réforme .

Section I- La réforme portuaire au Maroc : une nécessité de survie économique

Les évolutions économiques et sociales que vit le Maroc depuis quelques années et qui sont motivées par des exigences du développement interne, par des engagements du pays dans des accords de libre-échange et par les nouveaux contextes de la mondialisation du commerce, ont obligé les pouvoirs publics à engager un processus de mise à niveau de l'ensemble de l'économie du pays.

Dans ce cadre, le Gouvernement a pris des engagements pour mettre en œuvre toutes les mesures susceptibles de contribuer au renforcement et à la modernisation des infrastructures du pays qui constituent un passage obligé pour l'édification d'une économie moderne et attractive, à même de préparer le Maroc à intégrer les zones de libres échange et à

gagner le pari de la mondialisation, de la globalisation et de la compétitivité par l'augmentation de la productivité, l'amélioration de l'efficacité et la réduction des coûts.

Par ailleurs, et vu l'importance de la part des échanges commerciaux du pays qui transitent par voie maritime (estimé à plus de 95%), le secteur portuaire a, de tout temps, constitué une composante fondamentale dans le commerce extérieur national, d'où l'importance accordée par les pouvoirs publics au développement, à la diversification et à l'extension des ports durant les trente dernières années, au cours desquelles le Maroc a consenti des efforts considérables dans le développement, l'adaptation et la modernisation de ses infrastructures portuaires et différentes réformes et réorganisations qui ont été introduites et dont la principale était celle de la création de l'ODEP en 1984, qui a permis de rehausser le niveau du secteur portuaire national et d'introduire des améliorations importantes aux niveaux des performances, des infrastructures, des équipements et des services.

Afin d'accompagner les évolutions actuelles et futures du secteur portuaire d'une part, et de l'adapter aux nouvelles données économiques et politiques, d'autre part, le ministère de la tutelle a entrepris, avant la réforme, une analyse critique de la situation de ce secteur. Sur la base des forces constatées, des défaillances relevées et des attentes identifiées, le Ministère de l'Équipement et du Transport a défini une nouvelle vision stratégique qui a abouti à la nécessité d'une réforme globale et profonde du secteur.

Sous-section 1 : Préparation de la réforme portuaire de 2006 :

«*Les ports doivent devenir un atout de promotion et un pôle d'attraction des investissements* » cette déclaration a été faite par KARIM GHALLAB Ministre de l'Équipement et du Transport alors que le projet de réforme portuaire était à l'état embryonnaire.

Avec la promulgation de la loi 15-02, entrée en vigueur dès le mois de décembre 2006, la réforme du secteur portuaire national a atteint sa vitesse de croisière

Cette réforme vise à faire du secteur maritime la passerelle pour améliorer la compétitivité de l'économie nationale. En effet, à l'heure où le Maroc entend booster son économie par la promotion de ses échanges commerciaux, les ports marocains ne doivent plus se contenter d'être une simple interface de transport mer/ terre. Au contraire, ils doivent pérenniser leur trafic, maintenir leur compétitivité et assurer pleinement leur rôle de locomotive dans la chaîne de transport maritime.

Les ports nationaux devaient s'inscrire dans le nouvel ordre maritime mondial, moderniser leur système de gouvernance et favoriser, à l'instar des ports étrangers, l'introduction de la concurrence, le renforcement de leur partenariat avec le secteur privé ainsi que l'implantation sur leurs dépendances d'activités industrielles et logistiques génératrices de trafic et productrices de valeur ajoutée, éléments qui ne faisaient pas encore partie de la réflexion profonde des responsables du secteur.

Le diagnostic mené par la banque mondiale peu d'années avant la réforme du système portuaire Marocain a permis de relever un ensemble de défaillances que l'organisme a groupé en trois catégories.

L'étude avait, dans ses conclusions et recommandations, suggéré la démonopolisation du secteur portuaire étant donné que nombre d'activités réservées, dans le temps, à l'Office d'Exploitation des Ports (ODEP) étaient des services marchands pouvant être soumis aux règles de la concurrence et devraient, selon l'institution, être transférés à des opérateurs privés. Certains services avaient des caractéristiques monopolistiques plus prononcées: ils pourraient être concédés sur la base d'un cahier des charges stipulant clairement les obligations de service public de l'opérateur privé. Le nombre important de ports commerciaux au Maroc permettait d'envisager une concurrence entre ports, ce qui requiert qu'ils appartiennent ou du moins soient gérés par des entités concurrentes. En ce qui concerne, les transports maritimes, l'étude avait suggéré la privatisation ou la liquidation de la Compagnie Marocaine de Navigation (COMANAV). Le danger d'un retour au protectionnisme y est également souligné.

Au Maroc, l'organisation portuaire devait se détacher du concept de port prestataire de service pour se rapprocher de celui de port propriétaire. Le scénario possible était soit que l'ODEP deviendrait une entreprise purement commerciale qui exploiterait certains ports dans le cadre d'un contrat de concession et en concurrence avec d'autres opérateurs organisés sous forme de sociétés privées concessionnaires des autres ports, soit il serait recentré sur les missions de puissance publique et de gestion du domaine public des ports, tandis que l'administration centrale assurerait les autres fonctions régaliennes d'intérêt national (sécurité de la navigation côtière, protection du littoral, etc.). Dans le second cas, l'ODEP assurerait le rôle de "régulateur" des activités de service que le secteur privé assumerait désormais le plus largement possible: manutention, remorquage, magasinage et transit, etc. Il aurait aussi la responsabilité du développement équilibré des ports (préparation et actualisation des plans directeurs) et aurait la charge de réaliser ou de subventionner les investissements publics qui catalysent l'investissement privé (par exemple, approfondissement des chenaux d'accès, construction de brise-lames ou encore de routes d'accès à une zone de développement portuaire). C'est dans cette direction que la banque mondiale a recommandé aux pouvoirs marocains, chargés des ports dans le temps, d'avancer. Sauf que, lors des travaux préparatoire le scénario adopté était largement différent des orientations de la banque.

Sous-section 2 : Les défaillances décelées :

Les faiblesses, insuffisances et dysfonctionnements du secteur portuaire Marocain sur les plans juridique, administratif et institutionnel, fragilisaient son organisation. Ces défaillances et insuffisances sont de quatre catégories :

§1- Défaillance au niveau de l'Organisation :

L'organisation du secteur portuaire Marocain des années 1990 découlait, principalement, des dispositions adoptées en 1984/1985 (loi 6.84 du 28/12/84 et son décret d'application n° 2.86.844 du 01/04/85), qui ont créé l'Office d'Exploitation des Ports (ODEP).

Elle comprend trois composantes. La première représentée par l'administration de l'Etat (Ministère des Travaux Publics), avec: la Direction des Ports (DP) à Rabat, la Direction des Ports de Casablanca et Mohammedia (DPCM) les directions locales des ports assurées par les Directions Provinciales du Ministère, sous contrôle de la DP. La seconde n'est autre que l'organisme public autonome: l'ODEP (Office d'Exploitation des Ports) Héritier de l'ancienne Régie d'Acconage du Port de Casablanca (RAPC), il exerçait une mission de gestion et d'exploitation du domaine portuaire national, étendue à 18 ports d'importance très inégale. Il

gérait aussi les halles - de criée- au poisson à Casablanca, Mohammedia, Safi, et Agadir, l'Office des Pêches gérant ces installations dans les autres ports.

La dernière constituée des entreprises portuaires auxiliaires dont certaines sont des filiales d'entreprises publiques. A signaler que la réforme de 1984 a confié à l'Administration les tâches relevant de l'exercice de la puissance publique tandis qu'elle créait un Etablissement Public, l'ODEP, pour exécuter les tâches d'ordre commercial sans, pour autant, remettre en cause le rôle acquis du secteur privé, ni fermer la porte à une extension éventuelle de ce rôle. La distinction entre mission d'autorité publique et mission d'exploitation commerciale était parfaitement établie. Il est aussi utile de rappeler que l'organisation de 1984 découlait d'une conception évolutive des rôles respectifs des secteurs public et privé, telle que bien résumée dans un discours du ministre de tutelle dans le temps publié en 1989 et qui précisait que la privatisation a été envisagée à l'origine de la création de l'ODEP, mais il s'est avéré qu'il est plus judicieux de progresser par étape, et de mettre en place un organisme souple qui concilie le service public au souci de la rentabilité et de la productivité avec la recherche constante de décentralisation et de l'émulation entre les ports, ainsi que d'une distribution optimale du trafic dans le cadre d'une politique globale d'aménagement du territoire.

Force est de constater que l'évolution s'est faite plutôt dans le sens du renforcement du rôle du secteur public dans les ports, ne serait-ce que par l'omniprésence de l'ODEP dans l'exploitation des capacités portuaires. En effet, les prestations de service portuaire fournies par le secteur privé et des entreprises publiques distinctes de l'ODEP constituaient une liste très réduite.

Avec la création de l'ODEP en 1984, des ressources importantes ont été investies dans le renforcement des capacités de gestion, avec de bons résultats ; l'ODEP s'est transformé en une organisation efficace, notamment sur le plan technique. Il tendait à marginaliser les autres fonctions portuaires exercées par l'administration publique. La productivité portuaire avait plus que doublé sur les dix dernières années précédant la réforme portuaire de 2006. Mais la réalité était autre puisque l'ODEP était plus monopolistique et régalién dans ses relations avec les usagers. Les redevances portuaires finançaient des activités que l'Etat devait prendre en charge (construction de ports de pêche, dragage des chenaux d'accès, etc.), mais dont il préfère se décharger sur l'ODEP pour cause de contraintes budgétaires. Les gains de productivité ne sont que partiellement répercutés sur les consommateurs, et les hausses de tarif sont devenues plus fréquentes. La modernisation des ports a connu des progrès, mais au rythme et à la vitesse de l'ODEP qui a fait peu de place à l'initiative privée, qu'il s'agissait de construction ou d'exploitation. Les pouvoirs publics ont envisagé une privatisation portuaire en 1995, mais sans grande conviction, et le contrat-programme signé entre le Gouvernement et l'Office ne prévoyait pas le transfert de fonctions commerciales de l'ODEP à des opérateurs privés. Ceci avait pour conséquence de ralentir les efforts requis pour réduire l'écart entre la productivité portuaire au Maroc et les normes internationales en la matière.

Pour ce qui est de l'organisation administrative du secteur et surtout avant la réforme elle était obsolète et inadéquate et, de ce fait, engendrait une confusion dans les responsabilités, une divergence des intérêts, un mécontentement de plus en plus manifeste des clients et usagers face à la multiplicité des interlocuteurs et des retards non négligeables dans le déroulement des opérations. L'organisation de l'exploitation portuaire caractérisée par la dualité de la manutention bord et terre entre les sociétés de stevedoring qui interviennent à bord des navires et l'ODEP qui intervenait à terre, constituait l'un des handicaps majeurs à la performance, à la productivité et à la compétitivité des ports.

Au niveau de la concurrence, la situation des activités commerciales principales dans le mode de gestion durant les années 1980 était caractérisé par un monopole de fait de l'ODEP pour la manutention à terre et par l'oligopole⁹⁶ des sociétés de stevedoring⁹⁷ pour la manutention à bord.

Il était enregistré une confusion et une interférence dans les missions des divers acteurs ; l'ODEP, dans le système portuaire, était à la fois juge et partie s'occupant de la police portuaire, du dragage, de la construction, de l'entretien, de la manutention,etc. L'Office cumulait, à la fois, des attributions d'autorité portuaire tout en étant lui-même exploitant portuaire assurant la manutention des diverses marchandises. En effet, si un équipement portuaire de l'ODEP venait à occasionner des dégâts à un navire par exemple, c'est la capitainerie (autorité portuaire) qui relevait de l'Office qui se trouverait chargée de dresser le constat d'avaries conformément à la législation en vigueur (la loi lui conférait cette mission par dahir de 1961).

§2- Défaillance au niveau de la Gestion :

A ce niveau deux principaux problèmes se posaient : la dualité dans le système de manutention : l'ODEP à quai et les stevedores à bord et la rupture de la chaîne et une perte de productivité.

Ceci a généré des problèmes d'ordre macro et micro économiques qui ont poussé la Banque Mondiale à passer sa gestion au crible à plusieurs reprises. Ceci a fait ressortir des diagnostics qu'on peut résumer comme suit :

Au sujet du renchérissement des prestations de l'ODEP, le rapport de la BM note que la politique tarifaire illustrait bien le comportement monopolistique de l'office puisqu'en situation de régime concurrentiel les gains de productivités auraient été transférés aux clients du port. Cela n'a pas été le cas. L'utilisateur paie le service à l'ODEP de 25 à 30% plus cher qu'il ne le ferait dans un système concurrentiel. De même, les usagers dénonçaient le fait que l'Office prenait rarement à son compte le coût des avaries et des manquants en raison du manque de pointage contradictoire lors du transfert de la responsabilité de la marchandise entre bord et terre.

Autre constat fait par la BM avait trait aux «responsabilités financières mal définies et manipulables» de l'office complétaient la liste des défaillances. L'Etat utilisait, en effet, le cash-flow substantiel de l'ODEP pour faire face à ses besoins de trésorerie à court terme. Ceci risquait de devenir fréquent et pousser l'Office à augmenter ses tarifs de façon anormale au détriment de l'entretien des infrastructures et du matériel utilisé. Autre grief fait à l'office: il prenait des participations financières dans des sociétés d'Etat dont les activités étaient éloignées des siennes (sociétés immobilières et autres). Toujours sur le registre financier, l'Office supportait le poids des subventions que l'Etat accordait aux exportations des produits agricoles, de pêche et des minerais en leur concédant des tarifs réduits sur les services qu'il leur rendait.

Ces différents points noirs provoquaient souvent le mécontentement des usagers portuaires. Les importateurs et les exportateurs étaient en effet unanimes à percevoir l'ODEP comme un obstacle à la compétitivité internationale de l'industrie marocaine plutôt qu'une

⁹⁶ Un oligopole est un marché sur lequel une demande abondante est satisfaite par quelques offreurs

⁹⁷ Sociétés assurant la manutention à bord des navires dans le cadre de la dualité de la manutention

locomotive de son évolution comme furent les objectifs de sa création. D'ailleurs, des exportateurs marocains ont signalé avoir déjà perdu certains de leurs débouchés européens par manque de maîtrise des délais de livraison. Cela se produisait au moment où le système du «juste à temps» s'imposait comme instrument essentiel de réussite à l'exportation. L'ODEP fournissait certes des efforts considérables pour faciliter la tâche des agents maritimes et pour fluidifier le transit portuaire de manière générale. Néanmoins du fait de facteurs exogènes des insuffisances étaient toujours signalées par les opérateurs.

Pour ce qui est des organisations professionnelles et corporatismes, à signaler que les professions portuaires s'en mêlaient. Celles-ci mettaient en cause son rôle dans le pointage de marchandise qui devait se faire d'une manière contradictoire entre le manutentionnaire à bord et le représentant du navire. L'ODEP le faisait en arrière dans le terre-plein ou dans le magasin qui relevait de sa garde juridique. Il était, également, stigmatisé pour des tarifications où «*son intervention est inutile*». Le rapport de la banque mondiale précité cite «*les manutentions par roulage ou encore le pilotage et le remorquage facturés aux bateaux à Tanger sans service rendu*». La gestion des ports par péréquation comportait le risque de dilapider les ressources dans des installations sans avenir. Face à ce tableau sombre, des lueurs d'espoir pointaient cependant à l'horizon ; Plusieurs scénarios étaient envisagés. Mais celui qui retenait plus l'attention visait à dissocier les fonctions régaliennes portuaires des autres fonctions commerciales et administratives et réserver les fonctions commerciales au secteur privé, approche déjà opérationnelle dans de nombreux pays en développement du Sud-est asiatique. Cette option redistribue autrement les rôles. La Direction des Ports recentrerait sa fonction sur une mission régaliennne: sécurité de la navigation, gestion du littoral, notamment. Dans ce schéma, l'ODEP deviendrait l'autorité portuaire, le gestionnaire du domaine public et le régulateur des activités commerciales des ports. Quant à ces dernières, elles seront assurées par des opérateurs privés dans un cadre contractuel de concessions ou des autorisations d'exploitation attribuées et contrôlées par l'Office. Pour la Banque Mondiale, cette solution présente le mérite de créer une dynamique entre les ports et de désengager l'ODEP des activités commerciales. Celles-ci comprennent les services de pilotage, remorquage, lamanage, manutention, stockage, entretien des infrastructures y compris le dragage des accès et des plans d'eau.

§-3- Fragmentation du cadre Juridique en vigueur :

En commentant la situation législative portuaire en France, Monsieur REZENTHEL⁹⁸ avait affirmé que « étant victimes d'une frénésie législative et réglementaire, nous devenons des obsédés textuels au point d'oublier le principe fondamental de liberté. Tout ce qui n'est pas interdit est permis, même si la jurisprudence évoque souvent les exceptions à une interdiction. En tout état de cause, la liberté ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. », l'auteur met en exergue le nature du cadre juridique portuaire en France poussant, par son imprécision, les intervenants, à le combler via des montages contractuels adéquats tels les mémorandums d'entente et les conventions dédiées telle la convention de terminal et, à se retourner vers les principes ressorties par des décisions et argumentaires des instances judiciaires internes ou communautaires.

Au Maroc, et à l'instar des pays de l'Afrique où subsiste encore l'influence du droit français datant de la période coloniale, la législation et la réglementation portuaire d'avant la

⁹⁸ « La gestion des terminaux portuaires dans un cadre juridique imprécis », Le Journal de la marine marchande, no. 5033, p. 13 du 27 mai 2016.

réforme de 2006, présentaient plusieurs dysfonctionnements dont on peut citer quelques uns, sans être exhaustif. En effet, l'on constatait les portées limitées de nombreux textes qui sont applicables à certains ports et non à d'autres, entraînant un manque d'harmonie et d'homogénéité dans la réglementation et dans la vision sectorielle (des textes concernant uniquement le port de Casablanca, d'autres uniquement le port d'Agadir... ou encore des textes applicables pour certains types de navires et non pour d'autres ... etc.) ;

Il y avait, également, des procédures désuètes et en contradiction avec l'ordre juridique en vigueur (exemple procédure de gestion du domaine public) ;

De même, certains domaines du secteur portuaire souffraient des vides juridiques notamment dans le cadre de l'exercice des activités portuaires ou encore dans l'application de la police portuaire uniquement aux ports de commerce avec omission totale des ports de pêche et de plaisance⁹⁹ de cette autorité.

On assistait aussi à une inadaptation des textes au nouvel environnement économique plus exigeant au niveau de la compétitivité, de l'efficacité et de l'efficience, aux exigences de l'économie contemporaine, à l'encouragement de l'intervention des opérateurs privés dans l'investissement, l'exploitation et dans la gestion des services publics ;

Enfin, le secteur souffrait d'une inadaptation de son organisation aux nouvelles exigences de la compétitivité et aux nouveaux engagements de l'ouverture au secteur privé et du renforcement de la concurrence.

D'où la nécessité incessante de définir un nouveau cadre législatif et réglementaire.

Le cadre juridique régissant l'activité portuaire souffrait de plusieurs problèmes liés à la caducité de la réglementation portuaire générale (A) et celle relative au domaine public en particulier (B).

A-Caducité de l'arsenal juridique et réglementaire¹⁰⁰ :

Concernant cet aspect juridique, il y a lieu de signaler que la réglementation de l'activité portuaire d'avant la réforme constituait, selon le diagnostic du Conseil National du Commerce Extérieur (CNCE) une contrainte au développement harmonieux du secteur. Le conseil a considéré que « *Le cadre juridique (comprendre le cadre juridique de l'activité portuaire) n'est adapté ni aux évolutions socio-économiques du pays ni à celles du secteur portuaire national et international.* », estime le rapport. « *Il se caractérise par plusieurs insuffisances* ». Ainsi, la caducité de nombreux textes faisant référence à des institutions et organismes disparus est décriée.

Des autorités ou agents exerçant leurs attributions sous d'autres appellations ; les mises à jours juridiques n'étant pas opérées, des juridictions ou des lieux devenus caducs ou dépassés et, enfin, références étaient faites à des mécanismes et des procédures désuètes et en contradiction avec l'ordre juridique nouveau étaient à reformuler. Les opérateurs demandaient, également, le renforcement de l'insuffisance de certains textes limitant l'efficacité de l'outil portuaire et provoquant des coûts énormes pour la collectivité et des pertes considérables en compétitivité.

⁹⁹ L'article 58 de la loi 15-02 a étendu, pour la première fois, l'exercice de la police portuaire aux ports de plaisance.

¹⁰⁰ Réglementation obsolète datant, dans son ensemble, du début du siècle dernier.

Parallèlement, combler les vides juridiques dont souffraient certains domaines du secteur s'imposait. Aussi, l'important décalage entre les dispositions des textes en vigueur d'une part, les changements qu'a connus le secteur et, d'autre part avec la réalité du terrain, exigeait à être à surmonté.

On ressentait aussi un décalage entre les textes et la pratique¹⁰¹. En effet, au-delà de la réforme institutionnelle, certaines législations étaient à revoir. En particulier, celles relatives à la saisie des navires, celle relative au domaine public ou encore la réglementation de la police des ports qui date des années 1960, etc. pour ce qui est du premier cas (saisi des navires), selon les juristes concernés par la question, le Maroc serait en tête des pays les plus répressifs sur ce chapitre. A certain moment à Casablanca, le nombre de navires saisis perturbait le trafic et obligeait, quotidiennement, une dizaine de bateaux à rester en rade, en attendant une place sur les quais. Les procédures employées sont complexes, ce qui fait que la solution de ces cas de saisie prenait énormément de temps et poussait parfois les armateurs à abandonner le bateau. Le cas le plus emblématique, c'est ce bateau russe, saisi durant plus de 30 mois. Ce qui en a fait une épave, surveillée à la fois par la Marine et par la police. La refonte de la législation, était, en reste, une nécessité urgente surtout pour des considérations d'ordre économique, le port étant le point de concentration de l'extrême majorité des échanges du Maroc.

S'agissant de la police des ports, le texte est en vigueur depuis plus de cinquante-deux ans, le dahir du 28 avril 1961 pêche par des lacunes et une faiblesse normative. En effet, le texte ne traite pas tous les aspects liés à la police portuaire tant du point de vue gestion efficiente des ports que du point de vue sûreté, sécurité et environnement. A titre d'exemple, l'épineux problème des bâtiments saisis, abandonnés, et épaves n'y est pas ou peu abordé. Plus encore, les pénalités qui y figurent sont dénuées de tout caractère coercitif eu égard à leur modicité.

Pour ce qui est du DP, il posait des problèmes plus sérieux que nous traiterons dans les développements à venir. (Voir supra).

B-Vide juridique dans les modes de contrôles des autorisations et des concessions¹⁰² :

L'article 4 de la loi 6-84 portant création de l'ODEP confiait à ce dernier la gestion du DP en précisant que « *L'Office d'exploitation des ports est chargé d'assurer, pour le compte de l'Etat, la gestion des biens qui lui seront confiés par l'administration parmi ceux faisant partie du domaine public compris dans l'enceinte des ports* ».

Le problème de contrôle se posait notamment, pour les cas d'occupation abusive ou illégale du domaine public portuaire. A ce sujet, plusieurs situations étaient possibles :

· Les occupations sans droit ni titre :

Selon l'article 6 du Dahir de 1918, les autorisations d'OTDP seront révoquées, de plein droit sans indemnité et sans qu'il soit besoin de mise en demeure en cas de non-respect des délais fixés pour le commencement et l'achèvement des ouvrages autorisés sur la parcelle occupée, lorsque l'occupant utilise les parcelles occupées ou modifie les ouvrages autre que ceux définis par l'autorisation, si l'un des termes de la redevance fixée

¹⁰¹ Cas des textes régissant le domaine public ou le texte portant code de commerce maritime.

¹⁰² Seul un dahir datant du 10/12/1999 modifiant la loi sur le domaine public en parle de manière indirecte.

par le texte n'ont pas été payé à l'échéance, il ne s'était pas acquitté dans le délai qui lui aurait été imparti, Etc....

Il arrivait, en effet, souvent que l'Ex ODEP se trouvait en face de divers problèmes dans l'exploitation ou dans la réalisation de construction et de travaux sans autorisations de l'autorité compétente sur une parcelle du DP portuaire. En effet, les DEPs (les Directions de l'Exploitation aux Ports) sont tenus d'envoyer à la Direction Générale des plans d'aménagement approuvés par les autorités concernées, chose qui n'était pas faite en pratique par la grande majorité des ports ce qui cachait diverses pratiques telle le débordement sur des parcelles avoisinantes qui n'était autre qu'une occupation illégale. Il y avait, également, certains occupants tels les canotiers qui squattaient une partie des locaux pour armateurs qui ne font l'objet ni d'un recensement ni de convention d'occupation.

Ceci étant, les irrégularités relevées sur le domaine public au niveau de certains ports, peuvent être classés selon les catégories ci-après :

- L'occupation des terre-pleins : il s'agit principalement du dépôt de matériels par des sociétés de pêche dédiés à l'exploitation au niveau du port de pêche ; du dépôt des fûts ou divers matériaux sur terres pleins au niveau de la zone industrielle.

- Les occupations inachevées ou inexploitées : ces occupations concernent particulièrement les constructions entamées mais inachevées, les constructions non achevées et pourtant exploitées, les constructions achevées et non exploitées. En plus de celle dont les travaux n'ont pas été entamés malgré l'expiration des délai de réalisation prévus par les conventions d'OTDP.

- Les occupations dont la durée de validité est expirée : plusieurs conventions d'OTDP dont la durée de validité était expirée depuis plusieurs années n'étaient pas renouvelées par le port. Ainsi, par exemple il ressort de l'état objet du rapport de mission réalisée au port d'Agadir du 20-25 décembre 2004 que la durée de validité de 257 conventions sur un total de 587 était expirée. Ces conventions portaient principalement sur des locaux armateurs qui ont expiré en date du 31/12/2001, mais non encore renouvelée ; d'où la gravité de la situation.

- Les sous-locations : Certains occupants, au mépris des dispositions contractuelles et sans l'accord de l'ODEP, sous- louaient partiellement ou totalement les superficies mises à leur disposition.

Ces cas sont relevés aussi bien au niveau des ports de commerce que de ceux de pêche.

· Le cas des désistements et des transferts effectués au profit des tiers sur le domaine public portuaire :

L'autorisation d'OTDP est donnée, en principe, à titre personnel conformément à la réglementation domaniale en vigueur. Elle n'est donc pas transmissible et ne donne à son titulaire aucun droit ce céder son droit de jouissance sauf autorisation préalable de l'Administration. D'autant plus que le domaine public étant inaliénable, il ne donne aucun droit à son occupant de céder ou d'aliéner son droit de jouissance (cf. Article 4 du Dahir du 01/07/1914 relatif au domaine public).

Par ailleurs, dans certains cas, des opérations de désistement et de transfert effectuées sur le domaine public portuaire, sont devenues une règle d'usage dans le port. La

recrudescence de ce phénomène, qui touchait principalement la catégorie des pêcheurs, mareyeurs et armateurs ainsi que certaines petites activités industrielles, constituait un contournement des principes régissant les OTDP. Aussi, en 2003 l'ODEP a tenté de maîtriser ce phénomène par l'élaboration d'une note circulaire n°1618/DEPM/DDP/2003 du 08/12/2003 qui a été diffusé dans ce sens à toutes les DEPS. Cette note a formulé expressément l'accord de l'ODEP quant à la possibilité du désistement et du transfert des autorisations d'OTDP au profit des tiers. A cet égard, une procédure a été dûment établie à cet effet.

Pour combler à cette lacune l'ex ODEP, a depuis mars 2004, instauré dans les ports une commission, chargée du suivi et de la surveillance des occupations.

Cette commission avait toutes les prérogatives et pouvait faire appel aux autorités locales et aux agents de contrôle de la Commune Urbaine pour les assister en cas d'irrégularités constatées.

Ceci a fait que les opérateurs étrangers hésitaient longtemps avant d'investir dans les terminaux portuaires à cause de l'insécurité juridique qu'ils croyaient déceler en raison des lacunes ou de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires régissant le secteur. Les autorités portuaires marocaines, quant à elles, font souvent, en cas de problèmes ou de réclamations, une interprétation la plus restrictive des textes domaniaux qui n'est plus, de nos jours, compatible avec l'économie de marché préconisé par les pouvoirs publics.

Sous-section 3 : Les solutions recommandées par la loi :

Devant le constat ci-dessus dressé, il fallait agir rapidement et engager une réforme du système portuaire. Cette réforme entrée en vigueur en décembre 2006, était fondée sur 4 axes majeurs :

§1- La séparation des missions et l'unicité de la manutention :

concrètement, la réforme portuaire s'est traduite par la dissolution de l'ODEP et la création de deux nouvelles entités que sont la Société d'Exploitation des Ports (SODEP), Société Anonyme - Entreprise d'Etat- qui est chargée des activités commerciales et l'Agence Nationale des Ports (ANP) – Etablissement public- qui est l'émanation de l'Etat instaurée pour la mise en concurrence et pour l'administration quotidienne du secteur portuaire, sur le territoire relevant de sa compétence.

Depuis sa mise en œuvre en décembre 2006, la réforme portuaire a défini une nouvelle organisation du secteur portuaire. Elle a permis l'introduction de la concurrence entre les ports et au sein d'un même port notamment, par le biais de la séparation des fonctions régaliennes, des fonctions d'autorité portuaire et des fonctions commerciales ainsi que l'instauration de l'unicité de la manutention.

Ainsi, la fonction régaliennne est dévolue à l'Administration dont les missions portent sur l'élaboration et la mise en œuvre de la politique sectorielle et du cadre réglementaire et légal ainsi que de la planification et la réalisation de nouvelles infrastructures portuaires.

La fonction de l'autorité portuaire incombe à une Agence chargée des missions de régulation, de police portuaire, d'octroi des concessions et des autorisations, d'exercice des activités portuaires, du développement et de la maintenance et de la modernisation des infrastructures et des superstructures et de la gestion du domaine public portuaire. En effet, l'Agence Nationale des Ports exerce son autorité au niveau de tous les ports du Royaume à l'exception de Tanger-Med dont l'autorité portuaire est assurée par l'Agence Spéciale Tanger Med.

Les missions de l'agence se résument comme suit :

- Elle assurer la gestion des ports (sauf en cas de concessions de gestion
- Elle assurer le développement, la maintenance et la modernisation des ports pour traiter, dans les meilleures conditions de coût, de délai et de sécurité, les navires et les marchandises transitant par les ports,
- Elle veille à l'optimisation de l'utilisation de l'outil portuaire par l'amélioration de la compétitivité des ports, la simplification des procédures et des modes de leur organisation et leur fonctionnement ;
- Elle arrête la liste des activités à exploiter et le nombre d'autorisations et de concessions à accorder dans chaque port ;
- Elle veille au respect des règles de sécurité, d'exploitation et de gestion portuaires telles qu'édictées par la législation en vigueur ;
- Elle exerce toute activité d'exploitation portuaire n'ayant pu être confiée à un concessionnaire ou un permissionnaire à l'issue d'un processus d'appels d'offres.

Par ailleurs, les fonctions de nature commerciale sont exercées, dans un cadre de concurrence, par des entités publiques ou privées en tant qu'opérateurs ou prestataires de services. Elles concernent, essentiellement, les services rendus aux navires et à la marchandise et aussi d'autres activités connexes¹⁰³ telles que listées à l'article 3 du décret n° 2 - 07 - 263 du 19 du septembre 2008 pris pour l'application des articles 5, 7, 9 et 60 de la loi n° 15 - 02 relative aux ports et portant création de l'Agence nationale des ports et de la Société d'exploitation des ports.

Toutefois, il faut dire que ce contexte reste la difficulté de séparer réellement les missions régaliennes et celles de natures purement économique exercées par les autorités portuaires. M. REZENTHEL estime que « *malgré l'obligation de transparence dans leur mission - ndlr autorités portuaires- en pratique il existe encore parfois une confusion entre ces deux catégories de missions qui peut générer une distorsion de la concurrence* »¹⁰⁴

¹⁰³ Il s'agit de « - gardiennage à bord des navires et/ou dans le port ;

- le pointage de la marchandise ;
- la surveillance des marchandises ;
- le gerbage et la manutention des marchandises dans l'arrière port ;
- l'approvisionnement des navires en produits (denrées alimentaires, pièces de rechange, huiles et graisses) dit shipshandling ;
- l'approvisionnement des navires en hydrocarbure (soutage) ;
- le dégazage et le déballastage des navires ;
- le nettoyage des navires ;
- la récupération des détritiques des navires (toutes sortes de rebuts) ;
- le ramassage des ordures à bord des navires notamment les déchets domestiques et résidus liés à l'exploitation des navires ;
- la collecte des hydrocarbures et des eaux mazouteuses à bord des navires ;
- l'emportage dépotage des marchandises ;
- le louage de la main d'œuvre pour les activités susvisées. »

¹⁰⁴ « Droits maritimes », Op cit

Pour ce qui est de l'unicité de la manutention, il est à signaler que la séparation du processus de la manipulation de la marchandise entre le bord et le quai (opérateurs privés et l'ODEP) n'est plus de mise depuis la promulgation de la loi 15-02. Aussi, un opérateur prendra en charge l'ensemble du processus de chargement et de déchargement du début jusqu'à la fin. Cette unicité aura l'avantage d'éviter la coupure et la rupture de la chaîne de manutention. (Voir préambule de la loi 15-02)(Voir supra).

§ 2. L'introduction de la concurrence :

Devant le monopole de l'ODEP sur les activités de manutention, le schéma proposé dans le cadre de la réforme visait à ce que l'office perde ce monopole de fait et devienne un exploitant public soumis à la concurrence potentielle avec des exploitants privés qui pourraient se voir attribuer des concessions de ports ou de terminaux spécialisés par l'Autorité Portuaire.

La principale difficulté de cette formule était, sans doute, la mise en œuvre d'une concurrence équilibrée entre opérateurs publics et opérateurs privés et la régulation correspondante à exercer par la puissance publique. Ceci étant, la réforme mettait parmi ses priorités l'instauration de la concurrence au sein d'un même port mais également entre différents ports. En fait, la SODEP était mise en concurrence avec les autres opérateurs qui seront autorisés à exploiter les terminaux portuaires par l'Agence Nationale des Ports (principaux trafics concernés par la concurrence : conteneurs, TIR, céréales, hydrocarbures, etc.)(Voir supra).

Pour permettre d'introduire la concurrence dans les opérations portuaire, il a paru important de répondre aux interrogations posées au sujet du service public. La distinction entre le caractère administratif, d'une part et le caractère industriel et commercial d'autre part a mené à la naissance du concept de service public marchand et non marchand. Pour ce qui est du secteur des ports, vu le silence des textes, la jurisprudence a spécifié les services publics portuaires non marchands, tels l'aménagement des ouvrages et leur entretien, la gestion du domaine public, la sureté portuaire et d'autres activités.

S'agissant du service public marchand, il est difficile d'en discerner l'existence si le caractère économique de l'activité est dominant. Tel est le cas pour l'activité de la manutention portuaire qui a été qualifiée d'élément de service public avant d'être classé dans la liste des activités de nature industrielle et commerciale.

En sus, la détermination du caractère de service public pour une activité fixe la compétence juridictionnelle en cas de litige ; à cet effet, les tribunaux administratifs sont compétents pour trancher les différends liés à l'organisation du service public industriel et commercial et les tribunaux judiciaires ont compétence quand il s'agit de litiges opposant le gestionnaire du service à ses usagers, fournisseurs ou salariés.

§3. La mise à niveau du cadre juridique et réglementaire¹⁰⁵ :

Pour accompagner cette réforme, une mise à niveau de l'arsenal juridique était nécessaire. (Voir supra).

D'une manière générale, la refonte du système portuaire national dont la loi 15-02 constituait l'épine dorsale, touche différents volets notamment, le volet institutionnel ;le volet organisationnel ;le volet économique, social et financier et le volet juridique

Cette réforme se voulait globale et profonde et se fixait comme autres objectifs de :

- Rehausser le niveau de compétitivité des ports Marocains aux standards internationaux ;
- Encourager la participation du secteur privé dans le financement des infrastructures et des équipements portuaires dans le cadre de la procédure des concessions;
- Doter le secteur portuaire des moyens financiers, institutionnel et juridiques à même d'assurer son développement, sa maintenance et son extension et de le transformer en une « locomotive » du développement économique du pays.

En conclusion, il y a lieu de signaler que conduire des réformes est devenu une réalité mondiale ces dernières années. Sur un plan continental, il est inutile de souligner que le développement des ports est l'une des clés de voûte de la participation des pays africains au commerce international. Jusqu'à une date récente, les ports africains ont été sous le monopole d'organismes publics et ont, pour la plupart, été caractérisés par une faible productivité, une inadéquation des investissements et une mauvaise qualité des services fournis ce qui a entraîné des coûts de transport parmi les plus élevés au monde et contribué à la faible compétitivité des produits africains sur le marché international. Pour résoudre ces problèmes, il était indispensable d'engager des réformes institutionnelles et d'ouvrir les opérations portuaires aux partenaires privés. C'est à la fin des années 90 que les premières opérations de Partenariat Public/Privé ont été mises en œuvre aux pays de l'Afrique. Le plus souvent elles ont été menées sous la pression de la concurrence régionale et /ou des institutions financières internationales (Banque Mondiale et Fond Monétaire International).

Il y a lieu de signaler que contrairement aux objectifs affichés par les pouvoirs publics et plaidant pour une codification du droit de la délégation des services publics, la loi 15-02 portant réforme portuaire n'a pas mis fin au caractère fragmentaire du cadre juridique de la concession au Maroc.

Cette fragmentation subsiste à deux niveaux :

Le premier niveau réside dans la subsistance des textes sectoriels ; la loi régit la « concession portuaire » et ne régit que les contrats de ce secteur. De même, la loi 54-05

¹⁰⁵ Cette mise à niveau n'était pas de la seule initiative de l'Etat marocain ou ses institutions ; d'autres organisations avaient été sollicitées dans le cadre d'étude. C'est le cas de la BAD pour le processus de passation des marchés publics où elle a estimé que le pays a engagé des réformes importantes pour faire évoluer son système de passation des marchés vers les standards internationaux. La révision du décret des marchés publics de 2007 et de 2013 ont permis d'y intégrer des améliorations importantes. Le système et les procédures du pays ont fait l'objet d'évaluations périodiques : rapports de la Banque mondiale sur l'évaluation de la gestion du système des finances publiques du Maroc (CFAA, en 2003, 2006 et 2007, 2009), évaluation du système national en vue de son utilisation pour les appels d'offres nationaux (AON), menée en 2010, par la Banque. Ces évaluations ont conclu à la conformité et à l'acceptabilité globale des procédures marocaines moyennant certains aménagements.

sur le contrat de gestion déléguée reçoit application pour l'ensemble des contrats de concession pour les aspects où le texte sectoriel correspondant est muet. Or, si l'on veut, via la profusion des textes sectoriels préserver la sécurité juridique des contrats passés, ceci pourrait générer un climat d'insécurité.

Vu les différences de développement et les particularités historiques des pays africains, il est difficile de faire ressortir le modèle-type de réformes et de Partenariats Publics Privé dans le continent. Les formes de coopération avec le secteur privé sont multiples et différents d'un pays à l'autre et au sein d'un même pays.¹⁰⁶

Quel était donc le cas en France et qu'elle était la situation à la veille de la réforme qu'est-ce qu'a rapporté cette réforme portuaire à ce pays ?

Section II : la réforme portuaire en France : un moyen de repositionnement économique

Pour ce qui est de la France et, à l'instar de ce qui se passait dans les pays de l'Europe de manière général, les mêmes considérations ont été derrière l'initiative de l'hexagone pour la réforme du secteur portuaire et ce, par l'instauration de ce qui est appelé, depuis avril 2008, les Grands Ports Maritimes (GPM). En effet, la loi du 4/07/2008 portant réforme portuaire et fixant l'ensemble des dispositions réglementaires relatives aux GPM et les décrets transformant les ports autonomes métropolitains en Grands Ports Maritimes sont parus au journal Officiel le 10/10/2008.

La France métropolitaine dispose de trois façades maritimes et une vingtaine de ports maritimes d'une importance significative et qui avait, jusqu'en juillet 2008, le statut de « ports maritimes autonomes »¹⁰⁷.

Ceci a été déclenché quand le gouvernement avait constaté que l'acheminement des conteneurs par la voie maritime à destination ou en provenance de la France se déroulait, de plus en plus, par les ports étrangers. L'insuffisance de la productivité des ports français a été invoquée par le pouvoir public et, partant de ce constat, la loi portant réforme portuaire a été élaborée à la suite du rapport sur la modernisation des ports autonomes, rédigé par quatre hauts fonctionnaires¹⁰⁸.

En effet, on pouvait lire dans la synthèse du rapport sur la modernisation des ports autonomes établi en 2007 par l'inspection générale des finances « *La dégradation globale des parts de marché des ports autonomes français comme leur insuffisante compétitivité par rapport aux grands ports concurrents du «range» Nord et de la Méditerranée, particulièrement pour les conteneurs, ont fait l'objet de nombreux constats partagés par la mission. Celle-ci n'a pas observé d'améliorations significatives, du fait notamment des retards dans la réalisation des terminaux de Port 2000 au Havre ou du maintien d'une situation sociale conflictuelle à Marseille, qui rejaillit sur un grand nombre de ports.* »

¹⁰⁶ Rapport de la CNUCED sur les ports africains du 31 mars 2003.

¹⁰⁷ Un port autonome est une entreprise publique ou un organisme gérant une zone portuaire, doté d'une personnalité morale et bénéficiant d'une autonomie de gestion vis-à-vis de sa tutelle. En général, les ports autonomes sont des entreprises publiques.

¹⁰⁸ Rapport établi par A. Bolliet et M. Laffitte, C.Graissier et R. genevois ; inspection générale des finances (n° 2007-MO 31-01) et conseil général des ponts et chaussées

Engagé en mi-janvier 2008 par le gouvernement Français, le processus de réforme avait pour but de rétablir la compétitivité des ports français par rapport à leurs concurrents de la mer du nord et de la méditerranée et d'augmenter leur capacité en particulier pour le trafic des conteneurs. Elle visait, également, à permettre aux ports de se recentrer sur leurs missions régaliennes d'aménageurs et de gestionnaire du domaine et à transférer l'activité de manutention et la gestion des salariés à des opérateurs privés.

Quels sont donc les axes de cette réforme ?

Sous-section 1 : Les défaillances du système portuaire français :

Jean-Yves Besselat, député spécialiste des questions maritimes à l'Assemblée nationale avait déjà fait que le constate dans son rapport de juin 2008 sur le projet de loi portant réforme portuaire en France. Il l'a formulé comme suit : « *Les causes du déclin des ports français sont connues de longue date et ont été identifiées dans plusieurs rapports successifs : rapport Smaghe en 2002, étude sur la compétitivité des ports français réalisée par Yves Cousquer en 2003, rapports de la Cour des Comptes en 1999 et en 2006, rapport conjoint de l'Inspection générale des finances et du Conseil général des ponts et chaussées en 2007* ».

Parmi ces causes figurent l'obsolescence des missions et des statuts des Ports Autonomes, l'absence d'unité de commandement dans les opérations de manutention des terminaux, la gestion selon un mode de gouvernance jugé désuet, l'ambiguïté des rapports entre l'Etat et les ports autonomes et, enfin, des règles de la domanialité portuaire, considérées comme trop contraignantes.

Les principales défaillances avaient trait aux quatre aspects suivants :

A-Les ports autonomes : missions et statut désuets :

S'agissant du statut, les ports autonomes qui étaient des établissements publics exerçant à la fois des missions revêtant le caractère de service public administratif et des missions de service public à caractère industriel et commercial. Il étaient gérés comme un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) et étaient mis sous la tutelle du ministère chargé des transports et bénéficiaient, à l'instar de tout établissement public, d'une large autonomie de gestion concernant les installations portuaires situées dans les limites de leurs circonscriptions, d'une indépendance dans l'exploitation des infrastructures portuaires et dans la mission de police du port ainsi que dans les travaux d'extension et d'amélioration des installations portuaires et aussi la gestion du domaine immobilier.

Les multiples rapports qui traitaient les missions et les statuts des ports autonomes recommandaient leur recentrage sur des missions d'autorité publique et sur le développement, l'aménagement et la gestion du domaine portuaire. Parmi eux -et sans être exhaustif- le rapport de 2007 établi dans le cadre de la mission conjointe de l'Inspection des finances et du Conseil général des Ponts et Chaussées (IGF/CGPC) qui soulignait le caractère incessant et prioritaire d'une clarification des missions des établissements portuaires qui, selon ses conclusions, doit être effectuée prioritairement à la réforme de leur statut ou de leur mode de gouvernance. Dans le même sens, la mission recommandait le maintien du statut d'établissement public pour les ports autonomes et le transfert de l'exploitation des terminaux portuaires aux entreprises de manutention du secteur privé.

B- Le défaut d'unité de commandement sur les terminaux : un frein organisationnel :

Pendant longtemps, l'absence d'unité de commandement dans les opérations de manutention sur les terminaux portuaires a résulté d'une dichotomie, typiquement française, entre la manutention dite horizontale ¹⁰⁹, assurée par les dockers salariés des opérateurs privés, et la manutention verticale ¹¹⁰, confiée aux grutiers et portiqueurs, agents des ports autonomes. Cette situation- qui ressemble à la dualité de la manutention soulevé au Maroc- a abouti à une organisation du travail de manutention éclatée entre, d'une part, les dockers, chargés des opérations au sol et salariés des entreprises de manutention et, d'autre part, les grutiers et portiqueurs, salariés des ports autonomes.

Cette absence d'unité de commandement, relevée notamment dans les rapports de la Cour des comptes en 1999 et 2006 et dans celui de la mission conjointe IGF/CGPC de 2007 précitée, était considérée comme source de dilution des responsabilités, d'insécurité juridique et générant, par conséquent, une faible productivité par rapport à celle des ports concurrents notamment européens et, par ricochet, un coût du service portuaire plus élevé.

C-La rigidité des relations entre l'Etat et l'institution des ports autonomes

La Cour des comptes avait fait ce constat déjà en 1999 au niveau de son rapport au sujet de la politique de l'Etat vis à vis des ports autonomes en la qualifiant de sévère. Selon l'institution, l'Etat n'avait mis en œuvre une politique déterminée et cohérente à l'égard des ports maritimes. Quelques années après, dans son rapport de 2006, la Cour, revenant à la charge, avait clairement souligné que la responsabilité de l'Etat est établie quant à l'insuffisance des investissements portuaires, malgré l'existence de projets de grande envergure tels le Port 2000 au Havre et de Fos 2XL à Marseille et malgré que le désengagement progressif de l'Etat investisseur a pu être compensé, dans certains cas, par une contribution de l'Union Européenne et par la participation progressive des collectivités territoriales et de leurs groupements. Ce désengagement a été, également, modéré par l'encouragement de l'intervention des entreprises privées dans la gestion et l'exploitation du secteur des ports. Mais les ports autonomes n'ont pas bénéficié, comme leurs homologues européens, d'investissements publics massifs.

Dans ce contexte, il a été reproché à l'Etat français d'adopter un mode d'exercice de la tutelle jugé "tatillon"¹¹¹, ne permettant pas aux directeurs généraux des ports de disposer d'une feuille de route ni d'une orientation claire pour assumer leurs missions. Ceci étant, les différents rapports que ce soit de la Cour des Comptes ou d'autres institutions ont recommandé la nécessité d'une réflexion globale et stratégique sur une réelle politique portuaire, conduite de concert par toutes les parties prenantes : l'Etat, les ports autonomes et les collectivités territoriales et ce, afin de réaliser une clarification des rapports des uns avec les autres via la contractualisation des relations entre l'Etat et les ports autonomes pour une

¹⁰⁹ La manutention horizontale est assurée par les dockers qui se trouvent à bord du navire et sur le quai. Ils fixent à bord les marchandises (on parle d'acconage), les embarquent à travers des rampes dans le cas des matériels roulants ou les déplacent sur les quais, dans le cas des conteneurs. Pour cette dernière activité, ils disposent de cavaliers ou de spreaders, engins de manutention roulants capables de soulever des conteneurs à une faible hauteur

¹¹⁰ La manutention verticale consiste à charger ou décharger un navire en faisant passer le fret par-dessus son bastingage à l'aide d'une grue ou d'un portique pour les conteneurs

¹¹¹ Les rapports de la Cour des comptes de 2006 et du député Jean-Yves Besselat de juin 2008

mutation du dispositif de contrôle économique et financier des ports dans le but d'une optimisation des outils de gestion et une convergence des efforts.

D- Les ports français et les réseaux de desserte européenne : une modeste corrélation:

Si la cause de la perte de compétitivité des ports autonomes était attribuée essentiellement à la série de réformes partielles ou inachevées, conduites depuis 1986, les décisions prises pour y remédier n'ont pas suffisamment tenu compte des mutations qui ont affecté le secteur maritime et l'évolution des ports, notamment ceux situés au nord-ouest européen où l'investissement public en faveur des dessertes terrestres des ports autonomes, notamment ferroviaires et fluviales, a été massif.

La Cour des comptes avait noté, dans son rapport de juillet 2006, que parmi les conditions d'une restauration de la compétitivité des ports français, « *la rentabilité des investissements effectués par les pouvoirs publics suppose que les ports soient pleinement intégrés dans des réseaux de desserte performants* ». Le même constat avait été fait par le Centre d'analyse stratégique (en novembre 2006) qui a souligné à quel point « *les mutations du transport maritime de marchandises ("conteneurisation" des frets et intégration verticale de la chaîne de transport par des armements ayant une stratégie à l'échelle mondiale) et la position relativement périphérique des ports français sur la carte européenne des grands axes commerciaux révèlent la mauvaise insertion des ports français dans les réseaux de desserte continentale et la faiblesse persistante des liaisons des ports avec leur arrière-pays (hinterland)* ».

Le problème du réaménagement des dessertes portuaires en France, visant à assurer une meilleure compétitivité du transport à l'échelle continental, comportait non seulement des variables industrielles et sociales mais, en sus, devait composer avec des données de nature environnementale devenues incessantes. En effet, la problématique du développement durable du transport multimodal, qui inclut le renforcement des dessertes ferroviaire et fluviale des ports autonomes, était régulièrement soulevée par les acteurs de la filière portuaire et a été débattue lors du Grenelle de l'environnement en 2008¹¹². De même, la mise en œuvre d'une politique de renvoi modal du fret vers des modes de transport plus respectueux de la donnée environnementale est un objectif que poursuivait la Commission européenne depuis la publication de son Livre blanc de 2001 sur la politique des transports à l'horizon 2010.

Devant cet état de fait et à partir de 1989, sur le fondement du rapport du conseiller d'Etat Max Querrien, s'est mise en place une réflexion sur les modalités adéquates pour favoriser l'essor commercial des ports. Cette réflexion avait abouti à la nécessité d'adoption d'une réforme globale qui a commencé à germer jusqu'à concrétisation en l'été 2008.

Sous-section 2 : Les Principaux axes adoptés dans le cadre de la réforme :

Suite aux divers constats des défaillances soulevées au sujet de la gestion des ports français selon le système des « Ports Autonomes » tels qu'indiqués ci-dessus, la réforme du secteur portuaire en France a été porteuse de quelques réajustements dont les principaux axes se présentent comme suit :

¹¹² Le processus enclenché en juillet 2007 par le "Grenelle de l'environnement", qui a réuni pendant plusieurs mois des représentants de l'Etat, des ONG investies dans les questions environnementales, les partenaires sociaux et les collectivités locales, connaît un dernier développement législatif trois ans plus tard.

A- Le transfert de l'outillage public au secteur privé pour améliorer la productivité portuaire :

La réforme, en prévoyant un transfert des activités d'outillage vers des opérateurs privés, visait à simplifier l'organisation de la manutention et à donner aux ports français les moyens de se mettre au diapason des autres ports, notamment européens.

Ce transfert, dont les modalités devaient être définies au cas par cas et en concertation avec les organisations syndicales, devait permettre d'accroître fortement la productivité des opérations de manutention en simplifiant les chaînes de commandements.

En effet, si les ports Français ne traitaient en 2006 que 3,6 millions de conteneurs¹¹³, l'objectif d'atteindre la manipulation de 10 millions de conteneurs à l'horizon 2015 tel que prévu au programme de développement des infrastructures engagé par les pouvoirs publics, deviendrait accessible. Ceci permettra la création de plus de 30 000 emplois. De plus, une offre portuaire compétitive en France entraînera pour les entreprises exportatrices une diminution de leurs délais de transport terrestre et donc de leurs coûts. Elle facilitera et élargira, de ce fait, la capacité d'exportation. En raccourcissant les distances parcourues, elle contribuera à la diminution des émissions de gaz à effet de serre. (Protection de l'environnement).

Le transfert de l'outillage facilitera, enfin, les investissements privés dans les ports maritimes en offrant une meilleure visibilité aux opérateurs et aux divers intervenants. Ces investissements sont, dans le contexte de concurrence au niveau européen, indispensables au développement des ports en France.

Enfin et, comme l'a si bien souligné le rapport de la Cour des Comptes sur la modernisation des ports autonomes précité, ce transfert « *doit permettre à ces entreprises de maîtriser l'intégralité de leurs facteurs de production – équipements et engins de levage (superstructures) et ensemble des personnels (dockers et grutiers) – et d'engendrer des gains de productivité. En parallèle au transfert des équipements, les personnels du port autonome (conduite et maintenance) nécessaires à leur exploitation doivent être transférés aux entreprises de manutention sur la base du volontariat. Ce transfert vaut aussi pour les personnels actuellement « mis à disposition » dans le cadre des conventions d'exploitation de terminaux (CET) ».*

B- Evolution des missions des ports, optimisation des dessertes

La réforme portuaire en France a conduit les ports à se focaliser et se concentrer sur leurs missions régaliennes telle la police portuaire, la gestion des infrastructures et les ouvrages d'accès et leur entretien ainsi que l'aménagement du domaine portuaire.

L'un des réels problèmes en France en lien avec l'aménagement du territoire réside dans la manière de desserte des ports. C'est un problème de gestion du croisement routier et ferroviaire pour aspirer optimiser la desserte des ports. En effet, le but c'est de développer la multi modalité qui est un projet dont l'attribut stratégique est reconnu par tous. Le 6 juillet 2011, dans un rapport d'information, le sénateur Charles Revet préconisait « *l'élaboration*

¹¹³ « Bilan 2006 satisfaisant pour les ports français », in revue USINE NOUVELLE, 17/01/2007.

d'une véritable stratégie nationale de coordination portuaire, en passant par l'amélioration de la desserte de l'arrière-pays. À la clef, des milliers d'emplois seront créés ».

Idéalement, une plateforme multimodale performante est celle ordonnant les modes fluvial, ferroviaire et routier qui peut être un soubassement de compétitivité considérable. En effet, c'est devenu une nécessité d'améliorer les dessertes terrestres tout en ayant des moyens ferroviaires et fluviaux plus importants car il a été constaté, à la veille de la réforme portuaire en France, que pour être compétitif, un port a besoin d'appliquer des coûts faibles pour ses dessertes terrestres, et cela ne peut provenir que de moyens massifiés. Recourir au transport fluvial ou ferroviaire quand ils sont disponibles permet d'avoir un effet de masse dans la desserte de l'arrière-pays. De ce fait, l'atteinte de cet objectif contribuera fortement à l'ambition des transporteurs d'augmenter de 25% la part modale des modes non routiers. Il est, également, établi qu'une meilleure prise en compte, par les ports, de la performance de leurs dessertes terrestres doit leur permettre de réaliser l'objectif fixé par le Grenelle de l'environnement de doubler les parts modales des modes de transport massifiés (notamment ferroviaires et fluviaux). A signaler à ce sujet qu'entre 15 et 20% du transport intérieur de marchandises était constitué des pré et post-acheminements portuaires et moins de 15% de ces acheminements se font par des modes massifiés, soit en moitié moins qu'en Europe du Nord qui mène une rude concurrence aux ports français ; le Rhin, par exemple, constitue un accès privilégié et en matière d'inter modalité, les ports de Rotterdam, d'Anvers ou d'Hambourg, qui disposent de près de 300 opérateurs ferroviaires, sont des exemples de réussite à suivre à ce sujet.

En plus, la réforme renforcera-t-elle le rôle d'aménageur du port en le plaçant au cœur de ses missions. La remise en pleine propriété de leur domaine aux ports leur donnera les moyens d'une gestion foncière plus efficace. Le renforcement de ce rôle passera par une évolution des relations entre les ports et les territoires sur lesquels ils sont implantés pour faire en des acteurs à part entière du développement local.

C- Un plan d'investissement à la hauteur des ambitions des acteurs portuaires :

Pour être pleinement efficace et offrir aux ports les moyens de contrecarrer, à armes égales, la concurrence des ports européens, le plan de relance mis en place par le gouvernement instaurait une politique d'investissement traduisant son ambition pour le secteur des ports. Ce plan comprend quatre principaux axes :

1- Un entretien des accès maritimes :

L'Etat Français s'est inscrit dans une approche privilégiant l'entretien des accès maritimes des ports tel que ceci est édicté par le code des ports maritimes. Ce renforcement de l'entretien a pour objectif de maintenir des conditions de concurrence équitables des installations portuaires françaises avec celles des ports européens. Cette mesure sera accompagnée d'efforts de productivité pour le dragage des accès maritimes. Un programme pluriannuel d'amélioration de la productivité a été établi au regard des crédits prévus.

L'objectif était, également, d'aligner la situation des ports français sur celle de leurs concurrents de l'Europe du Nord, qui investissaient massivement dans leurs infrastructures. Une politique d'investissement devait être élaborée par chaque place portuaire dans le cadre

de son projet stratégique. Ces projets permettront d'étudier le développement de nouvelles infrastructures d'envergure internationale à l'horizon de 2020.

Les contrats de projets 2007-2013 ont prévu déjà un montant inédit dans l'histoire de la France estimé à quelques 245 M€ de participation de l'Etat aux investissements des ports autonomes et des GPM. Ceci s'inscrivait dans la dynamique engagée depuis les années 2000¹¹⁴. La réforme portuaire devait permettre des investissements complémentaires tels que l'achèvement de Port 2000 au Havre, le projet Fos 3XL et les extensions futures des terminaux à conteneurs de Marseille-Fos ainsi que des programmes de remise à niveau des infrastructures existantes.

2- Des investissements dans les dessertes terrestres :

Les investissements portent particulièrement sur les dessertes terrestres des ports autonomes, notamment ferroviaires et fluviales, qui sont inscrits aux CPER 2007-2013 et qui devaient se réaliser, selon le plan de relance, prioritairement pour accompagner leur développement.

Le Gouvernement Français devait veiller à améliorer la desserte fluviale des ports et notamment celle de Port 2000 au Havre. Il s'attachera, également, à la mise en œuvre d'une exploitation optimisée des voies ferrées portuaires, dont les ports autonomes ont acquis la pleine maîtrise, et aux investissements qui y sont nécessaires.

Enfin, au-delà du périmètre immédiat des ports, les décisions qui seront prises en application du Grenelle de l'environnement pour favoriser le développement du transport ferroviaire et fluvial conduiront, également, à l'amélioration de la desserte des ports par les modes massifiés. Comme exemple de ces chantiers ouverts, on trouve les contournements de Paris et de Lyon, la réalisation d'une continuité entre le Havre et Amiens seront, à ce titre, étudiés pour faciliter le développement de l'arrière-pays ferroviaire des ports du Havre, de Rouen et de Marseille.

Par ailleurs, il est à signaler à ce sujet que parmi les défaillances reprochées aux autorités gérant les ports le fait que le financement par l'État de ses missions portuaires n'était pas conforme aux règles fixées par le code des ports et était très en deçà des financements apportés par les collectivités publiques aux ports européens concurrents.

Si l'on prend le cas de l'entretien et de l'exploitation des accès maritimes des ports autonomes (chenaux, écluses, dragages..), l'État se dégageait progressivement de sa responsabilité financière même si selon le code des ports dans son Art. L.111-1, il doit en supporter intégralement le financement¹¹⁵.

S'agissant des autres apports de l'État, destinés à la modernisation et à l'extension des ports, ceux-ci sont devenus faibles. La contribution de l'État était de 14 M€ en 2006. Elle

¹¹⁴ Dossier de presse « plan de relance des ports » du 08/04/2008.

¹¹⁵ L'Etat avait contribué pour 47 M€ environ (en 2006) au financement de cette mission, soit un peu plus de 60% des dépenses supportées par les ports à ce titre, essentiellement à travers le GIE Dragages Ports. Ce pourcentage a régulièrement diminué depuis la fin des années 90 puisqu'il était alors de l'ordre de 80%. Dans les autres ports européens, les dépenses relatives aux accès maritimes relèvent, comme en France, de la puissance publique. Or, dans les ports du « range nord », l'État (ou la région flamande en Belgique) continue à prendre en charge la totalité de ces dépenses.

représente, sur la période 1999-2007, 13% en moyenne du montant des investissements des ports et 29% pour les seuls investissements d'infrastructure, avec des contributions plus importantes pendant la montée en puissance du projet « Port 2000 » au Havre.

Ainsi, sur des projets aussi déterminants pour le développement de l'économie française tels que le Port 2000 ou Fos 2XL, la contribution de l'État Français ne dépassait pas 10 à 30%, soit des taux très dérisoires par rapport aux taux de prises en charge prévus par le code des ports (80% à 60% selon les travaux). En Belgique, le montant moyen des subventions d'équipement aux ports dans la région Flandres s'est élevé à 156 Millions d'euros/an au cours des dix dernières années, contre 70 Millions d'euros en France (État et collectivités territoriales confondus). La réduction des financements de l'État s'est accompagnée, dans certains cas, d'une contribution de l'Union européenne et surtout d'une participation croissante des collectivités territoriales (région, département, commune et groupements), qui sont devenues un des principaux financeurs publics des ports (14% du financement sur la période 1999-2007)¹¹⁶.

Dans ces conditions, la question d'une participation plus importante des collectivités territoriales aux conseils d'administration des ports a été posée.

3-Assurer le transfert des activités d'outillage

Le principe du transfert des activités d'outillage, portant sur les matériels et sur les contrats de travail des salariés affectés à ces activités, a constitué le cœur de la réforme en France. Ses modalités, sa mise en œuvre par les instances de direction du port, devait faire l'objet d'un traitement adapté à chaque établissement portuaire. Les salariés, qui sont les premiers concernés, devaient être consultés dans le cadre d'une concertation conduite localement et organisée en liaison avec les organisations syndicales. Tous les employés des ports se verront proposer un emploi en adéquation avec leurs qualifications.

Les transferts devront ainsi intervenir dans un cadre transparent permettant le dialogue entre le port autonome, les entreprises intéressées et les personnels concernés. Ces derniers bénéficieront, dans le respect des dispositions légales, de l'application de la convention collective de l'entreprise d'accueil. (Voir supra : unité de commandement).

D- Moderniser la gouvernance des ports :

Certaines contraintes font pression sur les gestionnaires de ports relativement à la structure institutionnelle dont ils dépendent ainsi qu'aux prescriptions légales et réglementaires qui les régissent et aux intérêts économiques, sociaux et environnementaux qu'ils doivent protéger. La réforme portuaire de 2008 a eu le mérite de clarifier les compétences au sein des Grands Ports Maritimes. En effet, avant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 modifiée concernant la première étape de décentralisation en matière portuaire, l'État gérait tous les ports français, mais leur exploitation était laissée à des concessionnaires, en particulier à des chambres de commerce et d'industrie. Les ports de grande taille étaient gérés par des établissements publics de l'État appelés ports maritimes autonomes.

Par ailleurs, le mouvement de décentralisation résultant de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 a maintenu cette catégorie des ports, dans le giron de l'État, le reste des ports maritimes

116 « Plan de relance des ports », Dossier de presse du 8 avril 2008, Ministère de l'Ecologie, de l'Energie du Développement durable et de l'Aménagement du Territoire.

étant administrés par les collectivités territoriales ou leurs établissements publics. La loi no 2008-660 du 4 juillet 2008 a substitué les GPM aux ports maritimes autonomes en métropole, cette réforme fut étendue à certains ports d'outre-mer avec la loi n° 2012-260 du 22 février 2012.

Pour accompagner les ports dans l'évolution de leurs missions, leur gouvernance a été modernisée afin de permettre un pilotage efficace. Pour définir la stratégie du port, ses instances de gouvernance réserveront une place renforcée aux collectivités locales à côté des instances de l'Etat.

Les ports français à gestion décentralisée, particulièrement ceux dépendant des collectivités territoriales et leurs établissements publics, sont dirigés par le chef de l'exécutif de ladite collectivité qui se charge de la gestion courante du port, la prise des décisions stratégiques pour le port ainsi que la fixation du budget sont adoptées par l'organe délibérant de ladite collectivité.

Ceci étant, il est clair que la substitution légale des collectivités territoriales à l'Etat, dans la gestion des ports, avait pour résultat le transfert automatique, à leur profit, de la qualité de concédant avec les mêmes droits et obligations. Toutefois, si la continuité du service public impose le respect des droits et obligations existant avant le transfert de compétence, tel que l'a décidé le Conseil d'Etat dans sa décision du 21 /02/ 1996, n° 125303, dans l'affaire SA du port de plaisance de L'Herbaudière, il est possible que ces droits et obligations soient modifiés après par les nouveaux gestionnaires dans le respect des principes généraux des contrats administratifs ou des textes législatifs ou réglementaires en vigueur.

La gouvernance du GPM comprend le directoire; le conseil de surveillance, des collectivités territoriales, de la chambre de commerce et d'industrie, des salariés de l'établissement et des personnalités qualifiées ; enfin le conseil de développement qui est un organe consultatif des usagers, des syndicats de salariés exerçant des activités portuaires.

Ces instances de gouvernance s'appuieront sur les avis d'un conseil de développement durable associant l'ensemble des parties concernées (acteurs économiques, collectivités, représentants des salariés, les ONG) afin de mettre en œuvre des politiques intégrées prenant en compte les aspects économiques, sociaux et environnementaux du développement des ports. La réforme avait pour ambition de faire des grands ports des outils de mise en œuvre des politiques publiques du développement durable.

Enfin, les relations des ports avec l'Etat seront modernisées, avec la mise en place d'une contractualisation sur la base d'objectifs stratégiques partagés. La coordination entre ports d'une même façade maritime (tels les ports autonomes de Nantes-St-Nazaire, La Rochelle et Bordeaux sur la façade atlantique) ou situés sur un même axe fluvial (ports autonomes du Havre, de Rouen et de Paris) sera mise en œuvre.

Pour ce qui est du mode de gestion des GPM, la loi institue un Conseil de Surveillance et un Directoire qui se substituent à l'unique conseil d'administration afin de dissocier les missions de contrôle et de gestion. Tous ces aspects liés à la gouvernance seront mieux traités et développés au niveau du titre II de cette partie.

Pour conclure ce premier titre, on peut dire qu'au cours des dernières années, les gouvernements de plusieurs pays ont mené de profondes réformes, à tous les niveaux, afin

d'améliorer les systèmes de transport dans leur pays et d'optimiser la gestion des infrastructures notamment portuaire , ce qui a été le cas de la France et du Maroc. Ces réformes ont visé le renforcement des administrations, l'ouverture du secteur des transports, l'amélioration de l'environnement légal et réglementaire, la prise en compte des dimensions sociales et de « durabilité » du transport et la promotion des investissements de modernisation des infrastructures.

Ces démarches ont été conduites suite à des constats faits par des institutions internationales ou régionales mettant le doigt sur les défaillances des systèmes dans leurs interactions avec les échanges au niveau mondial dans un monde guidé par la globalisation des échanges. Sur la base de ces constats, chaque pays, tenant compte des impératifs locaux et des besoins de ses opérateurs et partenaires, a mis au point une feuille de route menant vers des réformes visant de pallier aux défaillances décelées. Quelles sont alors les modes de mise en place concrètes des réformes portuaires Marocaine et Française ?

Titre II : L'achèvement des réformes des secteurs portuaires Marocains et Français :

Les réformes portuaires au Maroc et en France ont été déclenchées en vue d'atteindre des objectifs bien connus des professionnels des secteurs dont les attentes deviennent de plus en plus grandissantes. Elles ont été, également, instaurées, pour faire face aux problèmes rencontrés par les pouvoirs publics tels que développés dans le titre premier de cette partie.

La mise en place de la réforme a été faite à plusieurs niveaux, juridiques d'abord, organisationnels, sociaux et autres d'où la difficulté de la manœuvre.

Comment se sont instaurées alors les réformes portuaires dans les deux pays ?

Chapitre I : La mise en œuvre des lois portant réformes portuaires au Maroc et en France :

Section I : L'organisation de la réforme des ports au Maroc :

Comme précédemment souligné, les ports Marocains sont d'une importance primordiale pour l'économie du pays. Aussi, des investissements très importants leur ont-ils été réservés au cours des vingt dernières années pour améliorer et diversifier l'infrastructure portuaire.

Actuellement le Maroc dispose de 29 ports dont 12 ouverts sur le commerce, 12 ports de pêche et 5 ports de plaisance. Ce nombre est prévu à la hausse, vu les nouvelles installations portuaire en cours de construction.

Des contraintes externes poussent le secteur à évoluer notamment, la libéralisation des échanges commerciaux¹¹⁷ (avec l'Union Européenne, les Etats-Unis, la Turquie et les pays arabes), l'adhésion du Maroc à l'OMC, le statut avancé acquis dernièrement auprès de l'UE, etc., la volonté politique pour soutenir une croissance économique durable avec de nombreuses réformes en cours, les exigences des importateurs/exportateurs internationaux pour améliorer la qualité du service, une volonté d'encourager l'investissement privé dans la réalisation, la gestion et l'exploitation des infrastructures portuaires ; autant de raison pour faire évoluer le secteur.

La réforme portuaire a eu plusieurs objectifs qui se sont concrétisés à travers la séparation des missions entre divers intervenants (§1), une mise à niveau du cadre juridique fragmenté (§2), et l'unicité de la chaîne de manutention (§3).

Sous-section 1 : La séparation des missions :

Dans un souci de clarification des rôles et des missions des différents intervenants, de recherche de la meilleure synergie entre eux et afin de doter les deux entités créées par la loi 15-02 (SODEP et ANP) de la souplesse nécessaire à une gestion efficace et efficiente, la

¹¹⁷ En 2013, le Maroc a entamé une étape importante par l'intégration dans une nouvelle phase de consolidation de son ouverture à l'économie mondiale, avec le lancement des négociations pour la conclusion d'un accord de libre-échange complet approfondi (ALECA) avec l'Union Européenne qui a constitué une première au niveau régional.

réforme du secteur portuaire est basée sur la séparation des trois principales fonctions portuaires qui sont:

§1-La fonction d'autorité portuaire :

Par définition, l'autorité portuaire désigne l'organisme chargé de gérer les installations portuaires et les équipements publics du port. Les installations portuaires peuvent être concédées à des acteurs privés. L'autorité portuaire est en charge des missions régaliennes et dans certains cas de certaines activités de services aux navires (pilotage, lamanage, remorquage...).

La fonction de l'autorité portuaire incombe, selon la loi portant réforme, à l'Agence Nationale des Ports chargée des missions de régulation Contrôle de la réglementation, de police portuaire, d'octroi des concessions et des autorisations, d'exercice des activités portuaires, du développement et de la maintenance et la modernisation des infrastructures et des superstructures et de la gestion du domaine public portuaire.

L'autorité portuaire est assurée par l'Agence Nationale des Ports au niveau de tous les ports du Royaume à l'exception du port de Tanger-Med dont l'autorité portuaire est assurée par l'Agence Spéciale Tanger Med. Ses missions sont les suivantes :

- Assurer la gestion des ports (sauf en cas de concessions de gestion) ;
- Assurer le développement, la maintenance et la modernisation des ports pour traiter, dans les meilleures conditions de coût, de délai et de sécurité, les navires et les marchandises transitant par les ports ;
- Veiller à l'optimisation de l'utilisation de l'outil portuaire par l'amélioration de la compétitivité des ports, la simplification des procédures et des modes d'organisation et de fonctionnement ;
- Arrêter la liste des activités à exploiter et le nombre d'autorisations et de concessions à accorder dans chaque port ;
- Veiller au respect des règles de sécurité, d'exploitation et de gestion portuaires prévues par la législation et la réglementation en vigueur ;
- Exercer toute activité d'exploitation portuaire n'ayant pu être confiée à un concessionnaire ou un permissionnaire à l'issue d'un processus d'appels d'offres.

Pour ce qui est de la réglementation du rôle de l'autorité portuaire, la réforme, pour un sujet aussi large à tout point de vue, économique, commercial et social, le ministère de l'Équipement et du transport vient de soumettre pour consultation un projet de loi n° 67-14 sur la police portuaire. Ceci vu que le que le dahir de 1961 relatif à la police des ports maritimes est devenu caduc et une refonte s'impose d'autant plus que ledit dahir souffre de lacunes et d'une faiblesse normative. Primo, il ne traite pas tous les aspects liés à l'autorité portuaire tant du point de vue de la gestion efficiente des ports que du point de vue de la sûreté, de la sécurité et de l'environnement. Pour illustration, le dahir aborde peu ou presque pas l'épineux problème des bâtiments saisis, abandonnés et des épaves. Secundo, la modicité des pénalités enlève au texte tout caractère coercitif. Tertio, le dahir prévoit, par référence à l'article 124 du Dahir portant Code de commerce maritime (DCCM) de 1919, une limitation de responsabilité de l'armateur en cas de dommages causés aux infrastructures et installations portuaires.

Pour changer la donne, l'actuel projet de loi, comme développé dans la présentation du ministère de tutelle, qui concerne l'ensemble des ports du royaume vise essentiellement à

doter ces ports d'un cadre législatif adéquat dans le but d'assurer la gestion et l'exploitation dans les meilleures conditions de sûreté, de sécurité, de protection de l'environnement, de qualité et de performance. Réparti sur 17 chapitres, ledit projet de loi traite tous les aspects liés à la police portuaire à l'intérieur des ports. Même plus, le chapitre trois introduit le principe de la déclaration électronique sur la plateforme d'échanges de données informatisées par les agents consignataires des bâtiments faisant escale au port. Ce qui est à même d'améliorer l'accueil et le séjour dudit bâtiment au port. Une attention particulière a été donnée aux marchandises dangereuses. Le chapitre quatre met ainsi l'accent sur les modalités et les conditions de déclaration, de manutention, de stockage et du transit de ces marchandises et ceci afin d'en atténuer les risques et de préserver la sécurité et l'environnement dans l'enceinte portuaire.

§2- Les fonctions commerciales :

Elles sont exercées, dans un cadre de concurrence intra ports et inter ports, par des entités publiques ou privées en tant qu'opérateurs ou prestataires de services. Elles concernent essentiellement les services rendus aux navires et à la marchandise et d'autres activités connexes.

On peut distinguer, généralement, trois types d'opérateurs portuaires:

Ceux ayant en charge la gestion globale d'un port dans le cadre d'une concession de gestion (l'exploitation et éventuellement la police portuaire, la gestion des OTDP, etc.) tel que l'Office Nationale de la pêche dans certains port de pêche et les concessionnaires des ports de plaisance.

D'autres ayant la qualité de concessionnaires de terminaux portuaires qui ont pour rôle l'exploitation d'activités commerciales (manutention, entreposage, réparation navale, etc.). À la date de l'entrée en vigueur de la réformes, deux opérateurs avaient bénéficié de la concession au port de Casablanca : La société d'exploitation des ports (SODEP) était l'exploitant commercial dans l'ensemble des ports; c'est une société anonyme régie par la loi 17-95 sur les sociétés de capitaux à capital 100 % public, (pouvant s'ouvrir au capital privé, ce qui a été opéré le 19/07/2016). D'après les termes de la loi 15-02, la Société d'Exploitation des Ports, en sa qualité d'opérateur portuaire, a pour missions essentielles d'exercer concurremment avec les personnes morales de droit public ou privé auxquelles aura été délivrée l'autorisation d'exploitation ou la concession visée respectivement aux articles 12 et 16 de la loi ; d'assurer l'exploitation des activités portuaires et de gérer, le cas échéants, des ports.

La réforme a facilité l'avènement d'un nouvel opérateur portuaire avec La création d'une nouvelle société d'exploitation portuaire dénommée SOMAPORT SA (Société Anonyme à Directoire et Conseil de Surveillance au Capital de 100 M dhs) qui sera le futur concurrent de la SODEP au Port de Casablanca sur les trois principales activités du port : trafic des Conteneurs, Divers et Roulier.

On trouve, enfin, les opérateurs exerçant dans le cadre d'autorisations, des activités tel que le pilotage, le remorquage, le ravitaillement, la surveillance, etc.

§3- La fonction régaliennne :

La distinction entre les activités de nature économiques ou commerciale et l'exercice du pouvoir régalien n'est pas clairement établi. Cette situation pourrait avoir pour effet, en particulier, de compliquer la définition du champ d'application du droit de la concurrence et ce, au-delà du caractère hybride de certaines missions exercées par les gestionnaires de ports,

Avant la réforme portuaire au Maroc, cette fonction a été préservée par l'Etat à travers ses émanations (Ministère de l'Equipement et des Transports, agences, administrations, etc.) dont les missions portent sur l'élaboration et la mise en œuvre de la politique sectorielle et du cadre réglementaire et légal ainsi que la planification et la réalisation de nouvelles infrastructures portuaires.

En effet, depuis sa mise en œuvre en décembre 2006, la réforme portuaire a défini une nouvelle organisation du secteur portuaire. Elle a permis l'introduction de la concurrence entre les ports et au sein d'un même port notamment par le biais de la séparation des fonctions régaliennes des fonctions de l'autorité portuaire.

Les cas de ports privés sont rares dans le monde, même au Royaume-Uni, certains des ports sont encore à gestion publique. En France, comme au Maroc, les vagues successives de décentralisation n'ont pas modifié le principe selon lequel tous les ports relèvent d'une personne de droit public. Pour les grands ports de France, le rôle de l'Etat demeure important. En matière de police dans les ports par exemple, il résulte de l'article L 5331-2 du code des transports que « L'Etat fixe les règles relatives à la sécurité du transport maritime et des opérations portuaires. Les règlements généraux de police applicables aux ports de commerce, aux ports de pêche et aux ports de plaisance sont établis par voie réglementaire. « L'Etat fixe les règles relatives au transport et à la manutention des marchandises dangereuses. Le règlement général de transport et de manutention des marchandises dangereuses est établi par arrêté de l'autorité administrative. « L'Etat est responsable de la définition des mesures de sûreté portuaire prises en application du chapitre II et du contrôle de leur application ».

Plus encore, l'Etat institue par décret les ports qui feront partie des GPM, il nomme leur Président du Directoire ainsi que certains membres du conseil de surveillance et du conseil de développement. Le contrôle de l'établissement public est assuré par un commissaire du gouvernement et par un contrôleur économique et financier. Il y a, également, un représentant de l'Agence des Participations de l'Etat (APE) qui représente ce dernier en raison de son engagement financier au sein du conseil de surveillance. Enfin, la gestion des GPM est soumise au contrôle de la Cour des comptes.

Dans les ports à gestion décentralisée, il est vrai que l'Etat n'intervient pas de manière continue pour le contrôle de leur gestion, toutefois, le Préfet assure le contrôle de légalité des actes administratifs effectués par les collectivités territoriales et leurs établissements publics gestionnaires de ports maritimes. Pour le contrôle, la chambre régionale des comptes s'en charge.

Ainsi, la fonction régaliennne, dans les ports marocains et même français, est dévolue à l'Administration dont les missions portent sur l'élaboration et la mise en œuvre de la politique sectorielle et du cadre réglementaire et légal, ainsi que la planification et la réalisation de nouvelles infrastructures portuaires.

En effet, au Maroc, les pouvoirs publics chargés des ports sont chargés de l'élaboration de la politique portuaire, de la planification des investissements en infrastructures portuaire et de transport, de la réalisation de nouvelles infrastructures et de la mise en place du cadre réglementaire pour l'exercice des activités portuaires.

Il y a lieu de préciser, à ce niveau, que l'engouement vers le développement du partenariat entre le secteur public et le secteur privé contribue à rétrécir la sphère du pouvoir régalién. Cette notion n'est pas consacrée en droit ; on parle plus de « prérogatives de puissance publique ».

Pour ce qui est de la France, l'article L 5312-2 du code des transports dispose que : « Dans les limites de sa circonscription, le grand port maritime veille à l'intégration des enjeux de développement durable dans le respect des règles de concurrence et est chargé, selon les modalités qu'il détermine, des missions suivantes :

- 1- La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ;
- 2- La police, la sûreté et la sécurité, au sens des dispositions du titre III du présent livre, et les missions concourant au bon fonctionnement général du port ;
- 3- La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté ;
- 4- La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés ; il consulte le conseil scientifique d'estuaire, lorsqu'il existe, sur ses programmes d'aménagement affectant les espaces naturels ;
- 5- La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, notamment des bassins et terre-pleins, ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale ;
- 6- La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ;
- 7- L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire ;
- 8- Les actions concourant à la promotion générale du port. »

Mais, eu égard aux critiques répétées de la Cour des Comptes sur la politique portuaire en France, le législateur du pays a obligé les GPM d'adopter un projet stratégique devant durer cinq ans. Ce document « détermine ses grandes orientations, les modalités de son action et les dépenses et recettes prévisionnelles nécessaires à sa mise en œuvre » (art L5312-13 du code des transports).

Les règles régissant la domanialité publique, notamment, les autorisations d'occupation du domaine public sont, quant à elles, déterminées par l'article L2122-3 du code général de propriété des personnes publiques. Elles sont précaires et révocables, et accordées à titre personnel¹¹⁸ et incessibles¹¹⁹. Les occupants sont tenus de payer une redevance d'occupation qui est différente d'une redevance pour services rendus.

§4-Autres fonctions :

Les activités exercées dans les ports nécessitent un grand nombre de services portuaires qui peuvent être classés en deux grandes catégories ; on trouve, en effet, les activités

¹¹⁸ CE 24 novembre 2014, société des remontées mécaniques Les Houches - Saint-Gervais, req no 352402, Voir indexe de jurisprudence.

¹¹⁹ CE 19 janvier 2011, commune de Limoges, req no 323924. Voir indexe de jurisprudence

portuaires revêtant le caractère de service public tels que le pilotage, le remorquage, le lamanage, le magasinage, et l'entreposage portuaire.

On trouve, également, les activités portuaires connexes qui ont été listé par le Décret N° 2-07-263 du 18 ramadan 1429 (19 septembre 2008) pris pour l'application des articles 5,7,9 et 60 de la loi n° 15-02 relatives aux ports et portant création de l'Agence Nationale des Ports et de la société d'exploitation des ports comme suit :

- le gardiennage à bord des navires ;
- le pointage de la marchandise ;
- la surveillance de la marchandise ;
- le gerbage et la manutention des marchandises à l'arrière port ;
- l'emportage et dépotage de la marchandise ;
- l'approvisionnement des navires en produit (denrées alimentaires, pièces de rechange, huile et graisse) dit shipshandling ;
- l'approvisionnement des navires en hydrocarbures (soutage) ;
- le dégazage et le déballastage des navires ;
- le nettoyage des navires ;
- la récupération des détritres des navires ;
- Le ramassage des ordures à bord des navires notamment les déchets domestiques et résidus liés à l'exploitation des navires ;
- la collecte des hydrocarbures et des eaux mazouteuses à bord des navires ;
- Le louage de la main d'œuvre pour les activités susvisées.

Ceci étant, le Maroc a tranché en délimiter de façon claire les activités relevant du ressort de la puissance publique et celles relevant du secteur concurrentiel, permettant le recentrage des administrations en charge des ports maritimes, sur leurs activités régaliennes et le transfert du chargement et du déchargement des navires au privé. Ceci donne au paysage portuaire national une organisation, une clarté et surtout une garantie de bonne gouvernance pour les éventuels opérateurs souhaitant intervenir dans l'exploitation des installations et infrastructures portuaires.

Ceci a été possible et facile par une mise à niveau du cadre législatif incohérent.

Sous-section 2 - La mise à niveau du cadre législatif et réglementaire :

Comme développé ci-dessus, la législation portuaire applicable avant la réforme souffrait de certains dysfonctionnements. Le secteur était régi par un arsenal juridique comprenant un nombre important de textes législatifs et réglementaires obsolète et même désuet dont certains datent du début du siècle dernier.

Pour y remédier, le Maroc avait mis dans le circuit d'approbation des projets de textes de loi visant la mise à niveau juridique du domaine et permettant ainsi une préparation du processus de refonte et un accompagnement de sa mise en œuvre. A cet effet et dans un premier lieu, un projet de loi sur les ports a été élaboré et adopté par le Conseil de Gouvernement le 09/09/2004 et par le Conseil des Ministres en date du 22/12/2004.

Ce projet de loi sur les ports a été élaboré à l'initiative de la DPCM, aux termes de l'étude réalisée par cette direction par l'intermédiaire d'un Bureau d'étude (CID,...)¹²⁰. Il était destiné à mettre à jour certains aspects de la réglementation portuaire, combler le vide

¹²⁰ Ce bureau a mené une étude qui a permis de recenser tous les textes régissant l'activité portuaire.

juridique relevé dans certains domaines liés à l'activité portuaires et anticiper sur une éventuelle évolution future du secteur portuaire.

Ledit projet était élaboré à la lumière du diagnostic de l'environnement législative et réglementaire du secteur portuaire et s'est inspiré de législations étrangères telles que les codes des ports français, tunisiens, égyptiens, belges et dans une certaine mesure, de la législation canadienne des ports.

Du point de vue de l'exploitant portuaire les principales dispositions du projet de loi en question concernaient la police portuaire, les mouvements des navires, les chargements et déchargements des produits dangereux, la sécurité dans les ports, la protection des ouvrages et infrastructures portuaires, Navires désarmés, abandonnés, saisi ou épaves, etc.

Ce projet de texte, qui a fait l'objet de beaucoup de discussion et d'analyse, n'a pas abouti et a été mise en veilleuse suite à la promulgation de la loi 15-02. Avec la réforme qu'a connu le secteur portuaire en 2006, ce dernier a été doté de la loi 15-02 et ses textes d'application qui aspire à adapter le volet juridique portuaire du Maroc aux nouvelles contraintes et évolutions économiques, institutionnelles, technologiques et du transport maritime que l'on développera plus en détail dans les passages à venir.

Sous-Section 3 : L'unicité de la chaîne de manutention :

De prime abord, il y a lieu de définir les principes et raisons de l'introduction de l'unicité de la manutention. Depuis toujours, le débarquement et/ou l'embarquement des marchandises était réalisé, dans la plupart des ports du Royaume du Maroc, par deux intervenants qui agissent en parallèle : A bord des navires: Les marchandises sont prises en charge du capitaine du navire par les sociétés privées de stevedoring (sociétés se chargeant de la préparation en cale ou sur le pont du navire de l'unité de charge, arrimage ou désarrimage suivant le plan de chargement du commandant du navire, saisissage ou désaisissage, élingage, raclage, nettoyage, etc.).Ceci engendrait une rupture de charge entre les stevedores à bord et le manutentionnaire à quai ce qui permettait à ce dernier de se décharger de toute responsabilité des manquants et avaries à la marchandise qui se produisaient entre les quais et les magasins où se faisaient le pointage contradictoire de la marchandise. Ceci engendrait des incidences sur la cadence de la manutention ; des distances notables existent entre le palan endroit de remise de la marchandise et les magasins amodiés par l'office.

A terre : les marchandises sont déposées ou reprises par les grues de l'Ex ODEP et restent sous la responsabilité de celui-ci en cas de passage par les magasins ou les terre-pleins dans le cas d'import et, jusqu'à la livraison ou le chargement à bord des navires, en cas d'export.

Cette manière de faire a souvent été la cause de dysfonctionnements et perturbations coûteuses dans les opérations de traitement des navires ; en effet, elles causaient certains désagréments tels que la prolongation de la durée des escales, la baisse de la productivité des équipes affectées et des rendements navires/jour réalisés, la perturbation dans la programmation d'accostage des navires annoncés, d'où des attentes inutiles, la rupture de responsabilité quant à la qualité et à la sécurité de traitement des marchandises entre le bord et le quai (dilution de la responsabilité, Rupture de charge), la non maîtrise de la productivité, le surcoût dû à la réduction des structures et la performance de la chaîne de manutention conditionnée par le maillon le plus faible.

La loi n°15/02 portant réforme portuaire, par la création d'une Société d'Exploitation des Ports (SODEP) et d'une agence de régulation (ANP) a assaini ces dysfonctionnements en introduisant le principe de « l'unicité de la manutention », grâce auquel un seul intervenant à bord et à quai est responsable de tout le processus de la manutention des marchandises en transit par les ports.

De ce fait, la SODEP et les autres opérateurs privés, intervenant via un contrat de concession, étaient alors amenés à prendre toutes les dispositions qui s'imposent en vue de réussir ce nouveau mode de gestion des opérations portuaires et particulièrement dans un cadre concurrentiel.

Les opérations de manutention à bord des navires, viendront par conséquent compléter toutes les autres activités portuaires terrestres et seront prises en charge par la Société d'Exploitation des Ports, en concurrence avec d'autres opérateurs privés à partir du 1er décembre 2006

La concrétisation et la réussite de ce nouveau challenge, qui se voit étendu, pour la SODEP, à la manutention à bord des navires, imposait alors une préparation et des mesures adéquates. C'est, également, une opportunité pour un diagnostic, autant que possible approfondi, du processus de la manutention portuaire visant une meilleure optimisation des ressources

Le souci d'optimisation, la recherche d'efficacité, de coordination et de polyvalence, la maîtrise du métier (professionnalisme) ont conduit à l'analyse du processus d'exploitation dans son intégralité (Manutention à terre et à bord, Magasinage, pointage, pesage, etc.)

Les études et les réflexions approfondies menées au niveau de l'ensemble des ports, avec l'objectif de mieux comprendre les enjeux futurs et le nouveau rôle de la SODEP, ont abouti aux principales actions suivantes :

- ✓ L'identification et l'optimisation des moyens humains et matériels nécessaires pour le traitement des navires (terre et bord) pour permettre à la société de maîtriser le processus global de la manutention;
- ✓ L'identification des besoins en formation (thèmes et personnel);

L'unicité de la manutention s'est traduite par des Gains de productivité et une réduction des coûts de passage. Cependant, il y a lieu de signaler que l'instauration de l'unicité de la manutention s'est faite de manière progressive à travers les ports concédés. Il faut dire que jusqu'en 2015, il restait quelques ports où prévalait encore la dualité de la manutention.

Le port d'Agadir, quant à lui, est à ce jour, soumis au régime de la dualité de la manutention. La Cour des Comptes, dans son rapport de 2009 a reproché à l'ANP le non parachèvement de l'un des principaux chantiers de la loi 15-02 qui est la généralisation de l'unicité de la manutention à l'ensemble des ports soumis à son autorité.

Section II : L'organisation portuaire en France :

Il est certain qu'il n'existe pas dans le monde un régime portuaire idéal mais dans chaque pays, la législation s'adapte constamment au contexte économique interne, communautaire, le cas échéant et internationale.

L'entrée en vigueur, en France, du code des transports et du code général de la propriété des personnes publiques ainsi que la législation portant réforme portuaire ont concouru à davantage de clarification du droit régissant le secteur portuaire. Toutefois, afin d'organiser leur gestion, la transposition de l'expérience de regroupement dans la gestion portuaire, contrairement à ce qui a été accompli dans certains ports européens, notamment italiens, n'est pas envisagé en France. Il convient d'ajouter que les contraintes de la domanialité publique freinent les investissements dans les ports français.

Le plan de relance des ports Français consistait, concrètement, à en faire un outil de développement économique et durable. Cette volonté de réforme passe par une modification substantielle du code des ports maritimes et notamment par la création d'une nouvelle catégorie de ports. En effet, l'article L.100-1 dudit code substitue les GPM aux Ports Autonomes. Ainsi, par voie réglementaire, les sept ports autonomes métropolitains¹²¹ ont-ils été transformés, au cours du mois d'octobre et novembre 2008, en Grands Ports Maritimes.

A la différence des ports autonomes, ils sont propriétaires de plein droit de leurs terrains et actifs, anciennement classés au domaine public de l'Etat. Les missions des GPM qui demeurent des établissements publics de l'Etat, sont recentrées sur les activités régaliennes et sur les fonctions d'aménageur du domaine portuaire.

Ce nouveau statut rejoint l'évolution de la politique portuaire mondiale telle que produite durant les trente dernières années avec, comme élément de fond, une grande répartition entre la sphère d'intervention du privé et celle du public. En effet, le contexte économique général visant la libéralisation des activités et des services dans le but de trouver des capitaux privés capable d'assumer les besoins en financement des projets structurant en matière maritime et portuaire, a poussé le législateur Français à passer d'un modèle portuaire marqué par la dimension publique du bien portuaire à un modèle nouveau introduisant le privé dans le mode de gouvernance portuaire. Ceci a favorisé l'émergence d'un partenariat public-privé, mieux structuré dans le domaine portuaire.

Ceci étant, comment la loi n° 2008-660 a-t-elle modifié le paysage portuaire français ?

Sous-section 1 : Un statut et un fonctionnement renouvelés :

Pour répondre aux obligations européennes pour le secteur des transports, la politique portuaire Française s'appuie depuis quelque temps sur une nouvelle gouvernance des ports maritimes et une nouvelle organisation de ses infrastructures. En effet, l'autorité portuaire n'ayant plus l'outillage après son transfert à des entreprises privées aspire être en adéquation avec les ports de l'Europe. La politique portuaire française était marquée par un handicap certain vis-à-vis de ses voisins continentaux et le législateur a dû chercher un nouvel équilibre

¹²¹ Dunkerque, le Havre, Rouen, Nantes Saint-Nazaire, La Rochelle, Bordeaux, Marseille.

quant aux intervenants et un renouveau dans la gestion des ports, afin de donner un nouveau souffle à la tradition portuaire de la France et de répondre à la concurrence voisine. Ce renouveau s'est fait sur plusieurs étapes.

Toutefois, pour pouvoir comprendre le nouveau fonctionnement des ports français, il nous paraît judicieux de voir de manière succincte, le régime des ports autonome.

§ 1- Les Ports Autonomes : vers l'autonomie de gestion

L'ancien cadre juridique portuaire de la France était dominé par le statut de « Port Autonome » (PA) qui a été institué par une loi de 1920 pour les ports de Bordeaux et du Havre, suivi par la création, en 1965, de quatre autres ports autonomes : Dunkerque, Rouen, Nantes-Saint-Nazaire et Marseille. Le port autonome de La Rochelle, quant à lui, a été créé en 2006.

Le Port Autonome de Nantes - Saint-Nazaire avait été créé par le Décret n° 65-938 du 8 novembre 1965, dans le cadre de la loi 65-491 du 29 juin 1965, portant création des Ports Autonomes. Selon cette loi, le Port Autonome de Nantes - Saint-Nazaire était affectataire des terrains qu'il occupait et propriétaire des grues et portiques. De même, les grutiers et portiqueurs, travaillant sur ces matériels étaient salariés du port.

Le port autonome, en tant qu'institution, était géré par un Etablissement Public à caractère Administratif et Commercial (EPIC) sous le contrôle de l'Etat et la tutelle du Ministère des Transports. Il était dirigé par un Conseil d'Administration et un Comité de Direction. Le port autonome constituait le modèle ancien de « port outil », reposant sur des marchés captifs de trafics, ayant des activités d'exploitation, entretenant des relations directes avec les clients chargeurs et chargé d'un service public de passage ou transit portuaire. Cette perception du port était, à la veille de la réforme portuaire en France pratiquement disparu en Europe.

L'autonomie de gestion des PA n'était pas instaurée de manière intégrale ; ils devaient respecter la politique générale du gouvernement et étaient soumis à la tutelle de l'Etat. L'action de ces Etablissements publics était limitée par leur spécialité et sur le plan spatial pour les missions de service public à caractère administratif, l'intérieur de leur circonscription administrative.

Le partenariat était possible avec les collectivités territoriales (syndicat mixte) et avec les entreprises du secteur privé (vu la participation dans leur capital).

A- Nature juridique et composition du Port Autonome :

L'article L.5313-1 du code des transports précise que « *l'administration des ports maritimes de commerce, dont l'importance se justifie, est confiée à des établissements publics de l'Etat, dénommés ports autonome, créés par décret en conseil d'Etat* ». On constate que le législateur s'est abstenu de préciser le caractère de ces établissements ce qui a créé une sorte d'insécurité juridique si on veut faire application des textes régissant les établissements publics soit administratifs ou à caractère industriel et commercial.

Aussi, le Conseil d'Etat avait-il considéré qu'un PA est un établissement public à double visage exerçant, à la fois, des missions de service public à caractère administratif et

des activités commerciales. Mais le conseil s'est contenté de fixer les principales missions dont on peut citer l'aménagement, l'entretien des ouvrages portuaires, l'exercice de la police et la gestion du domaine public. L'exploitation des outillages publics constitue la principale mission industrielle et commerciale des PA.

Le CE¹²² a fait application de cette doctrine pour justifier leur assujettissement à la taxe sur la formation professionnelle continue. Tandis que la loi exonérait les établissements publics à caractère administratif, le conseil a estimé que les ports y étaient soumis au titre des salaires versés aux agents exerçant une activité industrielle et commerciale.

La Cour de Cassation, quant à elle, allant dans le même sens a jugé que les PA étaient des établissements publics à caractère industriels et commerciale. Et c'est au vu de cette jurisprudence que le port autonome de Dunkerque avait pu créer un comité d'entreprise et ce, au regard des dispositions du code de travail qui permet à ces établissements de créer cette entité sans besoin d'avoir l'autorisation préalable de l'autorité de tutelle.

En tout état, la nature de l'établissement public n'a pas d'incidence sur la qualification des missions de service public et ce, même au regard de la position de la Cour de cassation qui considère que l'exercice de la police portuaire demeure une mission de service public à caractère administratif. En cas de divergence, il est recommandé de voir l'activité dominante pour voir l'opportunité de leur appliquer les dispositions appropriées (ex de la taxe professionnelle précitée).

Par ailleurs, et étant placé sous la tutelle du ministère chargé des transports, le PA bénéficie, comme tout établissement public et comme son nom l'indique, d'une large autonomie de gestion relativement aux installations portuaires relevant de leurs limites territoriales, à l'exploitation et à la police du port, aux travaux d'extension et d'amélioration ou encore à la gestion du domaine immobilier.

Les différents rapports qui abordaient les missions et les statuts des PA recommandaient un recentrage de ces entités sur des missions d'autorité publique et sur le développement, l'aménagement et la gestion du domaine portuaire. Dans son rapport de 2007, la mission conjointe de l'inspection des finances et du Conseil Général des Ponts et Chaussées (IGF/CGPC) avait signalé le caractère "prioritaire" d'une clarification des missions des établissements portuaires, qui « prime sur la réforme de leur statut ou de leur gouvernance ». Suivant la même démarche que les précédents rapports, la mission exhorte au maintien du statut d'établissement public pour ces ports et le transfert de l'exploitation des terminaux portuaires aux entreprises de manutention du secteur privé.

B- La gestion du Port Autonome :

Depuis la promulgation de la loi de 1965 précitée et jusqu'à la publication loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, la gouvernance des PA, régie par le Code des ports maritimes, était organisée de façon que ces ports, établissements publics de l'Etat dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, exerçaient à la fois des fonctions

¹²²Conseil d'Etat statuant en contentieux, Section, du 26 juillet 1982, n°16957, publié au recueil Le bon 293. Le conseil a estimé que « les ports maritimes autonomes que ces ports sont des établissements publics de l'Etat qui assurent, concurremment, une mission de service public à caractère administratif, en ce qui concerne notamment l'aménagement, l'entretien et la police des aménagements et accès du port, et une activité de nature industrielle et commerciale, en ce qui concerne en particulier l'exploitation des outillages du port »

administratives telles les prérogatives de puissance publique, à l'instar de la Capitainerie des ports et des fonctions industrielles et commerciales telle l'exploitation des grues. Le code des transports, dans son article L.5313-7, précise que « *l'administration du port autonome est assurée par un conseil d'administration assisté d'un directeur* ». C'est dire que le conseil d'administration est l'organe principal de la gestion du port autonome. Son président a un rôle limité à une mission de « *contrôle permanent sur l'ensemble de la gestion du port. Il veille à l'exécution des décisions prises par le conseil* ». Le président n'a pas la compétence de gérer le personnel qui est du ressort du directeur et il n'est pas le représentant légal de l'établissement public. Pour harmoniser ces deux types de fonction, l'administration du port était assurée par un conseil d'administration avec la collaboration d'un directeur. Le conseil d'administration, dont la moitié des 26 membres le composant sont nommés par l'Etat, choisit un président. Ce dernier exerce un contrôle sur l'ensemble de la gestion du port et garantit l'exécution des décisions prises par le conseil. Le directeur, nommé, quant à lui, par décret en conseil des ministres après avis du conseil d'administration, exerce ses fonctions en qualité d'agent d'exécution du conseil d'administration et assume, également, des attributions propres qui lui sont directement assignées par l'Etat, sûreté et sécurité, notamment. En cas de différend entre le président et le directeur, l'Etat peut mettre fin au mandat du directeur mais ne pouvait procéder au changement du président antérieurement à la fin de son mandat.

En sus du respect des orientations et de la politique du gouvernement, le conseil d'administration du PA prépare et présente, annuellement, à l'aval des ministres chargés des ports maritimes de l'économie et des finances, les états prévisionnels au titre de l'exercice suivant, concernant les dépenses et les recettes de l'exploitation et les opérations en capital.

A compter de 1999, la Cour des Comptes avait constaté que « *bien que le fonctionnement des conseils d'administration des ports autonomes ait montré ses imperfections, il n'a pas été revu* ». Ce constat démontrait, selon la cour, que « *l'Etat ne dispose toujours pas des informations nécessaires pour exercer ses missions (...) et que les données retracées dans les comptes financiers ne sont pas comparables d'un port autonome à l'autre, les statistiques relatives au trafic portuaire sont traitées sur des durées et selon des méthodes différentes, le montant et l'origine du financement des investissements ne sont pas suivis sur des périodes suffisantes* ». Sept ans après, Dans son rapport de 2006, estimant que la composition des conseils d'administration des ports autonomes « *pose un risque permanent de conflit d'intérêt* », la cour, suivie dans ce raisonnement par la mission IGF/CGPC, a recommandé la mise en place d'un système de gouvernance à conseil de surveillance et directoire.

Le directeur du port est nommé par décret en conseil des ministres. Il s'est posée la question de savoir s'il assume la responsabilité d'un chef d'entreprise. La réponse est affirmative pour les aspects du droit de travail compte tenu du pouvoir hiérarchique dont il bénéficie et dans le domaine de la protection de l'environnement. Toutefois, il est tout à fait possible que la personne morale soit responsable pénalement et condamnée, le cas échéant. Il peut être poursuivi personnellement devant la cour de discipline budgétaire et financière en cas de faute ayant une incidence sur la gestion financière de l'établissement.

Le port autonome est soumis à la tutelle de l'Etat consacrée par le code des ports maritimes. Cette tutelle est manifeste par la désignation du directeur général par décret en conseil des ministres, du commissaire du gouvernement par le ministre chargé des ports maritimes, du contrôleur budgétaire par le ministre de l'économie des finances et de l'industrie.

Enfin, il y a lieu de signaler que même en créant les GPM via les lois du 04/07/2008 et du 22/02/2012 pour les ports des départements d'outre-mer qui ont pour but de substituer ces entités aux ports autonomes, les dispositions du code des transports concernant les PA subsistent en tant que supplétifs aux nouveaux textes et l'Etat se réserve le droit de créer d'autres ports maritimes autonomes dans le futur s'il le juge opportun.

§2- Création des Grands Ports Maritimes: rationalisation de gestion et bonne gouvernance :

Cette situation a donné naissance à un nouveau cadre juridique érigé par la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 qui a fixé le nouveau statut des « Grands Ports Maritimes ». Le Code des Ports Maritimes, quant à lui, a précisé les conditions d'exploitation des ports.

A signaler que lorsque la réforme du statut des ports maritimes autonomes a été envisagé, certains ont proposé la création de SA à l'instar de la société « aéroports de Paris » pour le secteur aéroportuaire. Ce régime juridique semblait répondre à la réactivité managériale indispensable pour affronter la concurrence internationale. Mais pour des considérations fiscales ; la charge fiscale d'une SA est plus consistante que celles incombant à un Etablissement Public et de circulation de capitaux ; les actionnaires seront plus intéressés par le patrimoine foncier du port que par le trafic portuaire, ce scénario a été abandonné.

La loi portant réforme portuaire, dans l'exposé des motifs de son adoption au niveau du préambule, a indiqué que le régime des Grands Ports Maritimes (GPM) doit se substituer à celui des Ports Autonomes Métropolitains. A signaler que les ports maritimes administrés par les collectivités territoriales ou leurs groupements ne sont pas concernés par la réforme même s'ils représentent une part significative du trafic portuaire Français.

L'état a un pouvoir discrétionnaire pour fixer le régime juridique des ports maritimes sur lesquels il exerce le pouvoir de la tutelle, autrement dit, le gouvernement a la faculté de soumettre un port d'intérêt national au régime de l'autonomie ou à celui des GPM.

La question posée est de savoir si la suppression de la référence à l'autonomie dans l'appellation des GPM signifie que l'Etat désire renforcer sa tutelle sur cette catégorie d'établissement ? la réponse à cette question semble, au premier abord, verser plus vers l'affirmatif ; en effet, les formes traditionnelles de l'exercice de la tutelle de l'Etat résident dans le choix du nouveau régime de gestion des ports, la délimitation de leurs circonscriptions, l'approbation des travaux réalisés avec le concours financier de l'Etat, la nomination du Commissaire du Gouvernement et du représentant du contrôle général économique et financier ainsi que la nomination du président du directoire et des membres de l'organe délibérant au sein du GPM notamment, le Conseil de Surveillance.

On peut déduire d'autres formes de l'exercice de la tutelle étatique, il s'agit en l'occurrence de la désignation des personnalités siégeant au sein de la commission chargée de donner un avis sur l'évaluation des biens et des droits réels qui seront cédés aux entreprises du secteur privé, de l'approbation des statuts des groupements d'intérêts publics auxquels pourraient participer le GPM.

Le nouveau cadre juridique instauré par la loi de juillet 2008, portant réforme portuaire et aspirant à la relance des ports français, a modifié substantiellement les conditions

d'exercice des activités des ports devenus Grands Ports Maritimes en leur fixant de nouveaux objectifs, notamment :

- Relancer et développer le secteur des ports en France en renforçant la compétitivité du passage portuaire pour les hisser au niveau européen ;
- Faire des anciens ports autonomes, devenus GPM, des espaces et des outils au service des politiques publiques du développement durable (fer, fluvial,...) ;
- Permettre une simplification de l'organisation de la manutention portuaire avec la mise en place d'opérateurs intégrés de terminaux responsables de l'ensemble des opérations de manutention et exerçant sur cette activité une autorité réelle et permanente.

Au vu de ces considérations, et depuis l'entrée en vigueur de la loi, les Grands Ports Maritimes qui cesseront en particulier d'exploiter les « outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires » pour les confier à des opérateurs privés doivent se concentrer sur leurs missions régaliennes, comportant, notamment :

- La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ;
- La police, la sûreté et la sécurité conformément aux dispositions des dispositions du livre III du Code des ports maritimes et les missions concourant au bon fonctionnement général du port ;
- La gestion et la valorisation du domaine public dont il est propriétaire ou qui lui est affecté ;
- La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés ; il consulte le conseil scientifique d'estuaire, lorsqu'il existe, sur ses programmes d'aménagement affectant les espaces naturels ;
- La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, notamment des bassins et terre-pleins, ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale ;
- La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ;
- L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire ;
- Les actions concourant à la promotion générale du port.

Le cadre juridique ainsi refondu a eu des impacts sur la gestion globale des ports mais a généré particulièrement un changement dans la gouvernance de ces infrastructures stratégique.

§3- Les GPM et le renouveau de la gouvernance:

La loi portant réforme portuaire met en place de nouveaux organes de gouvernance au sein des GPM qu'elle a institués ; chaque port a été doté d'un Directoire et d'un Conseil de Surveillance au lieu du directeur et du Conseil d'Administration pour les Ports Autonomes. D'autres institutions ont vu le jour (voir supra). Ceci dénote que « La gouvernance serait l'une des clés du succès »¹²³ de la loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire en France qui a créé le statut de Grand Port Maritime (GPM) aux lieux et places des ports

¹²³ « L'évolution de la gouvernance dans les ports français, italiens et espagnols unité et diversité », Gaëlle Gueguen –hallouët, octobre 2011.

maritimes autonomes. Cette nouvelle gouvernance se situe sur deux niveaux : au niveau juridique, elle comporte un système selon lequel l'entreprise portuaire est dirigée, selon les nouvelles données avant d'être contrôlée. Au niveau de la gestion, la nouvelle gouvernance renvoie à « *l'ensemble des instruments juridiques assurant la promotion d'un nouveau style de décision reposant sur la coopération et la recherche d'adhésion* »¹²⁴. Les Grands Ports Maritimes sont, par définition, des établissements publics de l'Etat, gérés selon le mode d'organisation retenu pour les SA. Le législateur voulait doter ces organismes d'un mode de management dynamique avec un processus décisionnel efficace. La nouvelle gouvernance se structure autour de trois principaux organes : un directoire¹²⁵, placé sous le contrôle d'un Conseil de Surveillance¹²⁶, assistés d'un Conseil de Développement ainsi que par d'autres institutions créées par la loi.

Les modalités d'exercice de la tutelle de l'Etat ne sont pas expressément précisées dans la loi à l'exception de l'accord préalable nécessaire au maintien de l'exploitation de certains outillages publics¹²⁷.

Comment se présente alors cette nouvelle structure des GPM ?

A- Le directoire :

Les Ports Autonomes étaient administrés, jusqu'à juillet 2008, par un Conseil d'Administration mais le législateur a voulu améliorer la prise de décision au sein des GPM en y instituant un Directoire placé sous le contrôle d'un Conseil de Surveillance. **Même si le caractère administratif de l'Etablissement Public est prédominant, l'organisation de la gouvernance s'inspire des droits des sociétés.**

Institué par l'article L.102-4 du Code des Ports Maritimes, le Directoire « *assure la direction de l'établissement et est responsable de sa gestion. A cet effet, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom du grand port maritime. Il les exerce dans les limites des missions définies à l'article L 101-3 et sous réserve de ceux qui sont attribués au conseil de surveillance* », dispose l'article 102-5 du code. La composition du Directoire de chaque Grand Port Maritime est fixée par décret et varie selon les établissements portuaires. Il est composé, selon les ports, de 2 à 4 membres, qui assurent la direction et la gestion¹²⁸. Le Président du Directoire est nommé par décret après avis du Conseil de Surveillance, les autres membres de cette entité sont nommés par ce conseil sur proposition du président du directoire. La durée du mandat des membres du Directoire est fixée par décret, elle est de 5ans.

Les décisions du Directoire sont collégiales, prises à la majorité des membres présents. Se pose, alors, la question relative aux conditions de déclenchement de la responsabilité pénale de ses membres, le cas échéant, en cas de non-respect de la législation¹²⁹. La loi semble avoir répondu à cette question en spécifiant à l'article L-106-2 du Code des Ports Maritimes que « *le président du directoire du Grand Port Maritime exerce les*

¹²⁴ Idem que 93 op cité

¹²⁵ Le président porte le titre de « Directeur Général du Port ».

¹²⁶ Le couple directoire/conseil de surveillance est le mode d'organisation retenu par les sociétés anonymes et réservé, en principe, aux grandes entreprises ; son intérêt réside dans une séparation plus tranchée des pouvoirs et dans un mode de management plus dynamique

¹²⁷ Article L-103-2 du code des ports maritimes.

¹²⁸ Quatre membres pour les ports de Marseille et le havre et trois pour les autres Grands Ports Maritimes

¹²⁹ Pour les ports autonomes, c'est le directeur général de l'établissement qui assumait cette responsabilité à moins qu'il y soit une délégation de pouvoir.

attributions dévolues au directeur du port autonome maritime », ceci dit c'est le Président du Directoire, en sa qualité d'employeur, qui assume la responsabilité pénale.

Le Directoire a pour principales attributions de soumettre à l'approbation du Conseil de Surveillance les points suivants :

- 1-les orientations générales de la politique de l'établissement, le projet stratégique (voir supra) et sa mise en œuvre ;
- 2-l'état prévisionnel des recettes et des dépenses et des décisions modificatives ;
- 3-le compte financier.

Le Directoire est l'organe exécutif du GPM, ses décisions doivent être prises dans le respect de la loi et de la politique gouvernementale et des orientations fixées par le projet stratégique tel qu'approuvé par le Conseil de Surveillance.

De même, le Directoire établit un rapport annuel pour le Conseil de Surveillance, il assure la gestion du domaine public et arrête les conditions techniques et financières des OTDP.

Le Président du Directoire du GPM a la qualité de Directeur Général de l'établissement public portuaire, toutefois, le code des transports ne cite qu'une fois cette fonction et aucune disposition dudit code ne décrit la notion de directeur de port en particulier quand celui-ci vient du secteur privé et n'a pas la qualité de fonctionnaire. En effet, même si le décret n° 2009-348 du 30/03/2009 fixe les procédés de fixation de la rémunération des dirigeants d'entreprises publiques, ses dispositions ne constituent pas un statut, plus encore la convention collective nationale unifiée ports-manutention écarte de son champ d'application la situation juridique du président du directoire d'un GPM. Toutefois, la cour de cassation avait jugé en 2009¹³⁰, que la qualité d'un directeur d'un établissement public à caractère industriel et commercial n'avait pas pour effet de le soumettre à un statut de droit public.

B- Le Conseil de Surveillance :

L'article L.102-2 du Code des Ports Maritimes institue un Conseil de Surveillance, au sein duquel la représentation des collectivités territoriales est accrue et dont les missions essentielles sont précisées à l'article L.102-3. Ce conseil se compose de 17 membres (contre 26 pour les anciens conseils d'Administration des PA) qui sont des personnalités "qualifiées" sans lien direct avec le port (contrairement aux membres des anciens Conseils d'Administration des PA) dont 5 représentants de l'Etat, 4 représentants des collectivités territoriales, 3 représentants du personnel et 5 personnalités qualifiées. La durée du mandat de ses membres est de cinq ans. Cette nouvelle instance a, essentiellement, pour rôle de définir les orientations stratégiques du GPM et d'assurer le contrôle permanent de leur mise en œuvre.

L'article R 102-12 du code des ports énumère les décisions relevant du champ d'intervention du conseil dont les principales peuvent se présenter comme suit :

¹³⁰ Cour de cassation, chambre Sociale en date du 29/01/2009, pourvoi n° 24809

- Il approuve le projet stratégique du port, de ses comptes financiers et de l'affectation des résultats aux fins de vérification et de contrôle ainsi que la politique tarifaire concernant les droits de ports et les redevances domaniales.
- Il statue sur les prises, cession ou extension de participation financière, les conventions conclues avec une entreprise ayant un lien avec un membre du Conseil de Surveillance, tout déclassement de terrain, ouvrage ou bâtiment faisant partie du Domaine Public, etc.

Le Conseil de Surveillance élit son président, lequel convoque l'assemblée au moins deux fois par semestre et fixe l'ordre du jour après consultation du Président du Directoire.

De manière générale, le Conseil de Surveillance arrête les orientations stratégiques de l'établissement public et exerce le contrôle permanent de sa gestion. A signaler, à ce sujet, qu'à l'instar des délibérations du Conseil d'Administration des Ports Autonomes, les délibérations du Conseil de Surveillance revêtent la forme d'un acte administratif dès lors qu'elles présentent un caractère impératif. Il n'y a pas de définition dans la loi de la notion de d'orientation stratégique, le décret d'application l'a complété sur ce point.

Par ailleurs, certains reprochent à la loi de ne pas avoir prévu, expressément, un représentant des dockers au sein du conseil comme c'était le cas dans le Conseil d'Administration des Ports Autonomes. Il est constaté, également, que le nombre des représentants des usagers est réduit.

C-Le Conseil de Développement :

Ce conseil a été instauré par l'article L.102-6 du code des ports pour permettre de mieux associer les différents acteurs locaux concernés par le fonctionnement du port. (Les milieux professionnels, sociaux et associatifs, les collectivités territoriales et leurs groupements.). Le conseil remplace la commission permanente d'enquête qui existait dans les ports maritimes autonomes ou le conseil portuaire dans les ports maritimes d'intérêt national.

L'objectif premier de sa création est de tenir compte des aspects économiques, sociaux et environnementaux du développement des ports. Il est d'ailleurs consulté sur l'élaboration du projet stratégique et la politique tarifaire du GPM. C'est un organe ayant un rôle uniquement consultatif ce qui fait penser qu'il s'agit d'un changement de perspective concernant les moyens mis en place : certains pensent que le législateur a permis de libéraliser l'exploitation des terminaux tout en privant les opérateurs privés d'un pouvoir de décision direct suite à leur déplacement des anciens Conseils d'Administration (pouvoir décisionnel) aux actuels conseils de développement (avis consultatif). L'Etat veut favoriser les opérateurs privés, voyant en cela un des moyens de renforcer la compétitivité des ports Français. Cependant, ceci n'a pas amoindri ses pouvoirs étant encore plus présent au sein du Conseil de Surveillance qu'il ne l'était au sein de l'ancien Conseil d'Administration des Ports Autonome ce qui démontre la résurgence d'un fort pouvoir de la tutelle étatique.

Ceci dit, le conseil peut émettre des propositions et demander à ce que des questions soient inscrites à l'ordre du jour d'une réunion du Conseil de Surveillance. A cet effet, et même si les délibérations du Conseil de Développement ne sont pas exécutoire et ne constituent que des avis, l'absence de consultation ou la consultation irrégulière sur le projet stratégique ou la politique tarifaire entrainera l'illégalité des délibérations du Conseil de Surveillance sur ces questions.

Quant à la représentation des milieux professionnels et sociaux au sein de cette entité, elle vise à améliorer la transparence sur les projets de l'établissement public.

D- le Conseil de Coordination Interportuaire et la Coopération entre les ports :

La loi n° 2008-660 du 04/07/2008 a fait de la coopération entre ports une des priorités de la réforme portuaire en France. Aussi, a-t-elle créé un Conseil de Coordination Interportuaire. A cet effet, l'article L 102-7 de ladite loi stipule que « *Pour assurer la cohérence des actions de grands ports maritimes et, le cas échéant, de ports autonomes fluviaux, s'inscrivant dans un même ensemble géographique ou situés sur un même axe fluvial, un conseil de coordination interportuaire associant des représentants de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, des ports concernés ainsi que des personnalités qualifiées et des représentants des établissements gestionnaires d'infrastructures terrestres ou de l'établissement public chargé de la gestion des voies navigables peut être créé par décret.*

« Ce conseil adopte un document de coordination relatif aux grandes orientations en matière de développement, de projets d'investissement et de promotion des ports qui y sont représentés. Ce document peut proposer des modalités de mutualisation de leurs moyens. Le décret visé au premier alinéa précise la composition du conseil de coordination interportuaire, les modalités de désignation de ses membres, ses règles de fonctionnement et les conditions d'élaboration du document de coordination ».

L'institution de ce conseil vise la cohésion et la cohérence des actions des GPM et, le cas échéant, des ports autonomes fluviaux, s'inscrivant dans un même ensemble géographique ou sur un même axe fluvial. Mais la loi ne fixe pas les conditions de mise en œuvre des orientations définies par ce conseil. L'on peut déduire qu'elles dépendent de chaque établissement portuaire concerné.

Dans le cadre de la coopération escomptée, un GPM peut exercer, via la prise de participation dans le capital de personnes morales, des activités ou faire des acquisitions dont l'objet tend à concourir au développement ou à la modernisation du port ou de la place portuaire.¹³¹

De même, le législateur a prévu une autre forme de coopération entre ports¹³² en mettant « *en commun des moyens et poursuivre des actions communes* ». Certains observateurs¹³³ regrettent que les ports fluviaux ne soient pas concernés par ces dispositions.

Le conseil de coordination interportuaire est composé de représentants de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, des ports concernés ainsi que des personnalités qualifiées, et des représentants des établissements gestionnaires d'infrastructures terrestres ou de l'établissement public chargé de la gestion des voies navigables. La mission de ce conseil est cantonnée à la seule cohérence des actions des GPM, sans que la loi n'ait défini les conditions de mise en œuvre des orientations définies par ce

¹³¹ Il s'agit dans ce cas de création de ports secs ou d'avoir une partie des actions d'une société portuaire concessionnaire de l'outillage public dans un port non autonome.

¹³² Ces dispositions concernent tous les ports maritimes y compris ceux dont la gestion relève des collectivités territoriales et leurs groupements.

¹³³ Robert REZHENTEL, « Nouvelles stratégies pour le développement des Grands Ports Maritimes », DMF n° 698, décembre 2008.

conseil. Le législateur a voulu, par cette omission volontaire, d'éviter la réalisation des investissements inutiles et la pratique d'une concurrence destructrice entre les ports maritimes voisins.

E- Les Groupement d'Intérêts Publics :

Suite à de la réforme portuaire, l'article L. 106-1 du code des ports maritimes tel que transféré dans le code des transports à l'article L. 5312-14 prévoyait que soit constitué un groupement d'intérêt public (GIP) en précisant que « *Les grands ports maritimes, ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements compétents en matière de ports maritimes, peuvent mettre en commun des moyens et poursuivre des actions communes. À cette fin, ils peuvent notamment créer des groupements d'intérêt public dotés de la personnalité morale et de l'autonomie financière, entre eux ou entre un ou plusieurs d'entre eux et une ou plusieurs collectivités publiques, pour conduire, pendant une durée déterminée, des activités de promotion commerciale et d'entretien des accès maritimes.* ». Selon une étude effectuée en 2010, il a été établi que la forme du GIE apparaissait préférable à celle du GIP avant de conclure qu'il aurait convenu, soit d'appliquer le code des transports, soit, à défaut, de le modifier pour mettre le droit en adéquation avec ce nouveau constat.

Pour M. R REZENTHEL, « *ainsi que le permet de penser ce texte, il est possible d'envisager, outre le groupement d'intérêt public, d'autres formes de concentration comme les syndicats mixtes ouverts, les sociétés d'économie mixte, les groupements d'intérêt économique, les associations, etc.* »¹³⁴

F- Les autres représentants de l'Etat :

La tutelle de l'Etat est, à l'instar des ports maritimes autonomes, est présente dans les GPM. Aussi un commissaire du gouvernement et un contrôleur budgétaire assistent-t-il au conseil de surveillance avec voix consultatives.

L'Article R102-29 du code des ports maritimes, précise que « *Le ministre chargé des ports maritimes désigne un commissaire du Gouvernement auprès du grand port maritime et peut désigner un commissaire du Gouvernement adjoint. En cas d'absence ou d'empêchement du commissaire du Gouvernement, ses pouvoirs sont exercés par le commissaire du Gouvernement adjoint.*

Le commissaire du Gouvernement s'assure de la compatibilité des orientations et des décisions adoptées par les autorités du port avec les intérêts dont l'Etat a la charge, notamment en matière de politique portuaire nationale, d'environnement et de développement économique. Il vérifie la régularité de l'ensemble des opérations du conseil de surveillance.

L'autorité chargée du contrôle économique et financier est désignée par les ministres chargés de l'économie et du budget. Le commissaire du Gouvernement et le contrôleur budgétaire participent avec voix consultative aux séances du conseil de surveillance du grand port maritime et assistent aux réunions du conseil de développement et de ses commissions permanentes »

¹³⁴ Robert REZENTHEL, « Le régime des ports maritimes en Italie et en France » Le Droit Maritime Français, N° 773, 1er octobre 2015 .

La loi a instauré, auprès des GPM, un Commissaire du Gouvernement et un représentant de l'autorité chargée du contrôle économique et financier. Ils assistent aux réunions du Conseil de Surveillance ainsi qu'aux travaux des commissions instituées en son sein.

Le Commissaire du Gouvernement s'assure de la véracité de la comptabilité, des orientations et de l'adéquation des décisions prises avec l'intérêt dont l'Etat a la charge notamment en matière environnementale, politique portuaire nationale et de développement économique. Il contrôle l'ensemble des opérations effectuées par le Conseil de Surveillance et a un droit de veto à l'égard des délibérations du conseil qui peut être levé par décision du ministre chargé des ports maritimes.

G- Le Conseil Scientifique d'Estuaire¹³⁵ :

La loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire a prévu la création d'un Conseil Scientifique d'Estuaire pour les estuaires de la Seine, de la Loire et de la Gironde.

L'article 3 du décret du 19 janvier 2009 portant composition et fonctionnement des conseils scientifiques d'estuaires prévoit que *« Le conseil scientifique d'estuaire peut connaître de l'ensemble des questions relatives à la préservation de l'estuaire, à sa gestion, à l'aménagement de ses milieux naturels ainsi qu'aux activités et travaux susceptibles d'avoir un impact sur ces milieux. Il peut faire des recommandations sur toute question relative aux milieux naturels de l'estuaire et à son fonctionnement.*

Il est saisi, pour avis, par le directoire de chaque Grand Port Maritime de l'estuaire des parties du projet stratégique relatives à la gestion et à la préservation des espaces naturels appartenant à sa circonscription, ainsi que des projets de programmes d'aménagement et de travaux pouvant affecter ou concerner ces espaces naturels.

Il peut être saisi par le préfet de région pour donner un avis sur des programmes d'aménagement, des travaux ou des mesures de gestion susceptibles d'avoir un impact sur le fonctionnement des écosystèmes estuariens. Il donne, dans un délai de deux mois, un avis motivé sur les questions dont il est saisi. A défaut, l'avis est réputé favorable. ».

Le conseil est composé de personnalités qualifiées à raison de leurs compétences scientifiques en matière de préservation et de gestion des espaces naturels. Elles sont nommées pour une durée de cinq ans par les préfets concernés. Ils peuvent connaître de l'ensemble des questions relatives à la préservation de l'estuaire, à sa gestion, à l'aménagement de ses milieux naturels ainsi qu'aux activités et travaux susceptibles d'avoir un impact sur ces milieux.

§ 4- Spécialité et missions du GPM :

Avant de traiter du cadre dans lequel s'exerce la gestion des GPM, il faut rappeler que ces installations agissent dans un environnement économique concurrentiel, autrement dit dans le cadre d'une économie de marché ; La Cour de Justice de l'Union Européenne a tranché cette question en considérant que la manutention portuaire ne constitue pas un service d'intérêt économique général. Elle était suivie, après, par la section des travaux publics du Conseil d'Etat qui a estimé qu'en principe cette activité n'a pas le caractère d'une mission de service public. Cette doctrine permet de soutenir que les Grands Ports Maritimes disposent

¹³⁵ Embouchure fluviale sur une mer ouverte, formant une indentation profonde dans le tracé littoral, qui correspond souvent à une vallée submergée par la transgression flandrienne et qui est soumise à l'onde de marée.

encore du choix du régime domanial pour la gestion de leur patrimoine foncier, et qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne porte atteinte à la liberté des prestations de services consacrée par le Traité de fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). D'ailleurs, l'autorité qui est chargée d'en contrôler le respect est intervenu à diverses reprises pour rappeler cette obligation.

Pour revenir à la question de spécialité, l'article L.103-1 du code des ports maritimes détermine le cadre dans lequel les missions du GPM doivent s'exercer. Ainsi, de manière générale, le GPM veille, dans les limites de sa circonscription, à l'intégration des enjeux de développement durable dans le respect des règles de la concurrence. Il s'agit en effet d'une spécialisation de son rôle qui renvoie à deux aspects :

Le premier concerne le périmètre géographique ; le GPM a une spécialité fixée par la loi, il s'agit des activités entrant dans le cadre de sa mission statutaire. A signaler que, si pour les ports autonomes cette spécialité était circonscrite dans la limite géographique de la circonscription, la loi a réduit la portée juridique de la circonscription et a considéré que le GPM « peut exercer, notamment, par l'intermédiaire de prise de participation dans des personnes morales, des activités ou réaliser des acquisitions dont l'objet est de nature à concourir, à l'intérieur ou à l'extérieur de sa circonscription au développement ou à la modernisation du port ou de la place portuaire ». ¹³⁶ A signaler, également, que les activités menées en dehors de la circonscription ne peuvent être effectuées qu'à travers des sociétés commerciales ou des groupements d'intérêt économique.

Par ailleurs, le principe de spécialité d'un port énonce l'ensemble des missions dont il est chargé et qui entrent dans le cadre de ses statuts. Contrairement à ce qui se passait sous le régime des ports autonomes, les GPM peuvent exercer certaines activités à l'extérieur de leur circonscription portuaire, via des prises de participation dans des sociétés commerciales ou des GIE, la participation à la création et l'exploitation de plates-formes multimodales ou être actionnaire dans une société portuaire ¹³⁷ et ce, dans l'intérêt de la place portuaire. La loi de 2008 recentre la spécialité des GPM sur des missions essentiellement régaliennes (sécurité, sûreté, police, accès nautiques, etc.) en leur imposant de puissantes limites en ce qui concerne l'exploitation des outillages publics. Ils sont aussi investis de nouvelles missions de promotion du report modal et de protection des espaces naturels Cette récente répartition des missions dévolues aux GPM illustre le passage du système de "Tools port" à celui de "landlord port", évolution déjà actée dans les ports de nombreux Etats de l'UE.

Enfin et, compte tenu de la vocation internationale de l'exploitation des ports maritimes, M. Rézenthél pense que rien ne semble s'opposer à ce que « *le Grand Port Maritime puisse intervenir sur l'ensemble du territoire des états membres de l'Union européenne. Certaines autorités portuaires, comme celles de Barcelone, participent à la création de « ports secs » en France* ». ¹³⁸

Le second aspect de la spécialité est de nature matériel ayant trait au périmètre cadrant l'activité du GPM. En effet, la spécialité des ports, comme tout établissement public, est tracée par la loi fixant leurs missions. L'article L101-3-I du Code des Ports Maritimes définit les principales missions confiées au GPM dont les principales concernent la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ; la police, la sûreté et la sécurité, et les

¹³⁶ Article L-103-II du code des ports maritimes.

¹³⁷ Article 35 de la loi n° 2006-10 du 05/01 / 2006 telle que modifiée.

¹³⁸ « La création des grands ports maritimes », in droit public de l'économie, septembre-octobre 2008.

missions concourant au bon fonctionnement général du port ; la gestion et la valorisation du domaine public ; la promotion de l'offre de desserte ferroviaire et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ; etc. Toutefois, la loi prévoit une réserve importante pour les nouveaux établissements ; elle leur impose de prévoir dans le projet stratégique, et après accord de l'autorité compétente, l'exploitation des outillages publics destinés à la manutention et au stockage portuaire dans des cas bien déterminés. Il s'agit, en l'occurrence, des cas suivants :

1. La gestion des ports via le modèle de la régie ou par l'intermédiaire d'une filiale, à condition qu'il s'agisse d'activités ou de prestations accessoire dans l'ensemble des activités d'outillage présentes sur le port ;
2. La gestion des ports par l'intermédiaire de filiales pour un motif d'intérêt national¹³⁹ ;
3. La gestion des ports par l'intermédiaire d'une filiale suite à un échec d'un appel à candidature organisé dans les conditions de la loi n° 2008-660 du 04/07/2008.

L'autorité de tutelle peut autoriser le GPM à assurer la gestion de services publics liés à l'accueil des navires, à l'intérieur des limites administratives du port. Il s'agit en particulier du remorquage et du lamanage.

§5- Les défis stratégiques et sociaux des ports :

Les défis des ports maritimes en France sont multiples et touchent à divers aspects de leur gestion. Les défis ayant trait à la stratégie et aux éléments sociaux nous paraissent importants à éclaircir.

A- Les projets stratégiques :

La réforme portuaire en France a mis en relief un document fort, de nature consensuelle et fédérateur au niveau de chaque GPM, donnant cohérence aux actions futures menées par le port et ses utilisateurs. Ce document directeur est voté pour 5 ans par les membres du Conseil de Surveillance, sur proposition du Directoire en concertation avec le Conseil de Développement et après validation par le gouvernement. L'article L 103-1 du Code des Ports Maritimes précise que pour l'exercice des missions relevant de la spécialité du GPM, chaque établissement détermine, dans un projet stratégique, ses grandes orientations, les modalités de son action et les dépenses et recettes prévisionnelles nécessaires à sa mise en œuvre. Ce projet doit être compatible avec les orientations nationales en matière de desserte intermodales des ports et les orientations prévues par la coordination interportuaire. Il arrête les décisions concernant le développement de l'établissement et l'exploitation des terminaux, l'aménagement du port, les projets intermodaux, les investissements, les actions en matière de préservation de l'environnement. Les projets stratégiques des ports laissent apparaître plusieurs grandes orientations fluctuant entre les infrastructures, l'organisation et les marchés, qui traduisent des besoins différents selon les ports. Par ailleurs, la conteneurisation reste l'élément phare de la plupart des projets stratégiques des principaux ports français. Au moins un port sur chaque façade maritime souhaite se positionner très fortement sur ce segment. Le Havre par exemple, avec Port 2000, est bien positionné sur ce marché et compte réaménager ses terminaux intérieurs pour pouvoir accueillir de très grands navires. Le port de Dunkerque souhaite, aussi, augmenter sa capacité à traiter des conteneurs sur le port ouest et projette un nouveau terminal. Nantes Saint-Nazaire va redimensionner son terminal à conteneurs pour le

¹³⁹ L'autorité administrative notifie au GPM la liste des activités ou des outillages dont le maintien doit être prévu pour ce motif dans le projet stratégique.

faire passer à 500 000 puis un million d'EVP de capacité. Marseille poursuit la mise en œuvre du vaste projet Fos XL en prévoyant la construction des phases 3 et 4.

Les ports font aussi du développement du trafic roulier un axe de croissance important pour essayer de se positionner aux carrefours de lignes maritimes. Ils souhaitent cumuler les fonctions ferries, autoroutes de la mer et autres.

B- L'unicité de commandement :

Depuis 1992, les dockers étaient devenus, dans leur majorité, des salariés des entreprises de manutention, mais les portiqueurs et les grutiers étaient restés salariés des établissements publics portuaires, de même que les équipements (grues et portiques) restaient la propriété de ces établissements publics. Pour éviter les effets de cette dualité de commandement, la loi de 2008 a imposé la vente des outillages à des entreprises privées, opérateurs de terminaux, ainsi que le transfert des agents de conduite et de maintenance.

a) Techniques de l'unicité de commandement :

A rappeler que le rapport sur la modernisation des ports autonome, établi par la Cour des Comptes en 2007, a explicitement affirmé que *« l'organisation du travail de manutention reste éclatée entre les entreprises (dockers) et les services d'outillage des ports autonomes (grutiers), si bien que les évolutions amorcées avec la réforme de 1992 ne pourront produire tous leurs effets tant que l'ensemble des activités de manutention n'auront pas été intégrées au sein des entreprises, comme c'est le cas dans tous les grands ports européens. Cette réforme implique les équipements, les personnels et les modes de financement compte tenu de la sous-tarifcation actuelle des outillages publics. »*

En effet, la réforme a imposé la généralisation de ce qui a été appelé le « commandement unique » sur les terminaux qui doit se traduire par le transfert des outillages et le détachement des personnels aux entreprises de manutention, par l'intermédiaire des conventions de terminaux (CT) et des conventions tripartites de détachement des salariés. Après la signature des projets stratégiques au printemps 2009, qui déterminent le nombre, la taille et les caractéristiques des lots à concéder, les entreprises déjà présentes sur les ports et les autorités portuaires ont négocié de gré à gré la reprise des terminaux. Des appels d'offres ont ensuite été lancés pour les sites ne trouvant pas de repreneur. La cession des outillages publics aux entreprises privées au prix du marché nécessite l'accord de la Commission Nationale d'Evaluation (CNE) qui a rendu ses avis au dernier trimestre 2009. Enfin, en parallèle, le détachement des personnels aux entreprises de manutention était finalisé courant le premier trimestre 2010. Si à l'origine, l'ensemble du personnel (grutiers, portiqueurs, agents de maintenance et de réparation) était concerné par un transfert vers le secteur privé, on constate, de façon très variable selon les ports, qu'une autre partie seulement des personnels rejoint les entreprises de manutention, une autre travaille sur des terminaux filialisés, une autre encore dans le cadre de groupement de main d'œuvre (après intégration préalable dans les entreprises de manutention), ou dans des filiales de maintenance.

Certains sont restés dans le giron des ports et réaffectés à d'autres postes après formation.

Afin de réaliser une simplification et une rationalisation de l'organisation de la manutention portuaire, la réforme a consisté, non seulement à transférer l'outillage détenu par

les ports mais aussi l'ensemble des contrats de travail des salariés affectés à leur conduite et maintenance.

L'objectif de la réforme engagée en 2008 par le gouvernement Français, était de supprimer la dichotomie entre dockers et personnels portuaires et de rationaliser l'exercice de la manutention sous la seule autorité des entreprises de manutention.

Comment se présentent alors les modalités de mise en œuvre du commandement unique ?

La réforme visait à « privatiser » les activités de manutention, en transférant la propriété des superstructures et les personnels concernés (grutiers et portiqueurs principalement) aux sociétés privées, comme l'armateur CMA-CGM à Marseille par exemple.

Mais c'est sur le plan social, que la mise en œuvre de la réforme était plus délicate. D'autant plus qu'en pleine crise économique, tel que l'a précisé Monsieur Dominique Bussereau « *il est essentiel de construire l'avenir de nos ports, de préserver les emplois et de préparer la relance. La politique du pire n'apportera rien de positif, ni aux entreprises, ni aux salariés* »¹⁴⁰. En effet, dès l'annonce du projet de réforme, en avril 2008, il y a eu d'importantes mobilisations de la part des syndicats des salariés du port sur l'ensemble des ports Français.

C'est en présence du secrétaire d'Etat aux transports que le 30 octobre 2008, un accord cadre a été conclu entre l'Union des Ports de France, l'Union Nationale des Industries de la Manutention et les organisations syndicales représentatives des salariés des établissements portuaires.

L'objectif de cet accord était de définir les conditions de l'accompagnement social de la réforme et d'apporter des garanties aux salariés dont le contrat de travail se poursuivra dans des entreprises de manutention ou des filiales du port. Il précise « *Le présent accord définit un éventail de dispositions qui permet à chaque place portuaire de décliner la loi dans le cadre du projet stratégique de son Grand Port Maritime.* »¹⁴¹

Au niveau national, une commission paritaire nationale de suivi de l'accord cadre est instituée entre ses signataires.

Conformément aux dispositions de la loi, un décret du 28 novembre 2008¹⁴², a rendu « obligatoires les dispositions de cet accord cadre aux GPM, aux entreprises de manutention et aux salariés des ports, à l'exclusion des clauses qui seraient en contradiction avec des dispositions légales. »

Au niveau national, une commission paritaire nationale de suivi de l'accord cadre est instituée entre ses signataires. Elle avait pour rôle essentiel d'organiser la mise en œuvre des dispositions prévues par ledit accord. Conformément au Code du travail et dans le respect des conventions collectives, l'accord cadre visait à concrétiser l'engagement du gouvernement. En effet, le plan de relance des ports est destiné à développer l'activité des ports et les

¹⁴⁰ Communiqué de Presse, « Réforme des Ports », 10 mars 2009, Extrait d'un tract produit par la Confédération Générale des Travailleurs

¹⁴¹ Accord cadre du 30 octobre 2008 conclu en application de l'article 11 de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire.

¹⁴² Décret n° 2008-1240 du 28 novembre 2008 pris en application de l'article 11 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire

emplois. Il prévoyait de créer de 30 000 à 40 000 emplois que ce soit dans le secteur maritime, portuaire ou de la logistique associés au transport de marchandises.

C'est ainsi que l'ensemble des salariés concernés par la réforme se sont vu offrir un emploi pérenne avec une protection contre toute mesure de licenciement. L'accord cadre définit trois champs d'action à caractère social.

Concernant la problématique particulière relative aux services de maintenance des outillages, les Grands Ports Maritimes n'étant plus propriétaires de ces derniers, ils se retrouvent aujourd'hui responsables de personnels qualifiés ne pouvant intervenir que sur du matériel appartenant à des sociétés de droit privé. Si certains Etablissements Publics Portuaires ont tenté d'opérer un transfert de ces personnels vers des entreprises privées de maintenance, la majeure partie a décidé soit de conserver les agents au sein du grand Port pour n'intervenir que sur de la maintenance liée à des opérations internes, soit de créer des filiales en partenariat avec des entreprises spécialisées afin d'intervenir auprès des opérateurs des différents terminaux. Ce dernier choix pose une double difficulté que l'on peut formuler via deux questions : Peut-on considérer d'une part, un Grand Port Maritime étant limité comme tout établissement public par un double principe de spécialité matérielle et géographique, que cette intervention par le biais d'une filiale sur un secteur concurrentiel n'est pas contraire au principe de liberté du commerce et de l'industrie ?

D'autre part, si cette prise de participation dans une entreprise privée pour une activité commerciale est sur le principe juridiquement possible, comment doit se comporter le Grand Port Maritime vis-à-vis de sa filiale sur le marché en question ? Autrement dit, si le Grand Port Maritime est en mesure d'intervenir indirectement sur le marché de la maintenance des outillages portuaires, quelles doivent être les règles à mettre en œuvre afin de ne pas porter préjudice aux opérateurs concurrents ?

Sur le premier point, le droit communautaire n'interdit pas, par principe, aux opérateurs publics d'exercer des activités accessoires ou connexes, à la condition toutefois que l'opérateur respecte les règles du marché dans l'exercice de ses activités complémentaires.

Pour s'en assurer, il est donc recommandé que les activités de service public et les activités marchande ou concurrentielle fassent l'objet d'une comptabilité séparée, complétée éventuellement par des règles particulières concernant le fonctionnement et l'organisation du service (principe de la « séparation étanche »). Cette séparation était obligatoire quand l'opérateur public bénéficiait d'aides versées par les pouvoirs publics au titre de son activité de service public.

Par ailleurs, il n'est pas exclu que les règles spécifiques aux interventions publiques en matière économique restent applicables et doivent être respectées, en conséquence, par l'opérateur public lui-même lorsqu'il exercera ses activités accessoires. Tel est le cas en matière de commandes publiques.

En ce qui concerne le choix d'un partenaire privé au sein d'une filiale, la Commission Européenne estime que le droit communautaire exige le recours à un appel d'offres. A fortiori tel serait le cas si l'activité accessoire avait la nature d'un service d'intérêt économique général. La procédure d'appel d'offres pour le choix du partenaire dans la société aurait en

plus l'avantage de déterminer la valeur des parts attribuées aux partenaires privés en fonction des seuls critères du marché.

b) Les modalités d'information et de consultation des salariés :

La mise en œuvre des dispositions ci-dessus, au sein de chaque GPM, permettra d'apporter aux salariés concernés, une information complète sur l'état d'avancement de la réforme.

Le premier paragraphe de l'accord cadre précité prévoit, pour chaque GPM, qu'une information soit délivrée au sujet du contenu de l'ensemble des textes portant réforme portuaire. A cet effet, le GPM avait, notamment, l'obligation de mettre en place une procédure d'information des salariés concernant les différentes phases de mise en œuvre de la réforme.

Outre leur information, les salariés du GPM ainsi que ceux des entreprises de manutention, devaient être consultés, par le biais de leurs instances représentatives, durant l'élaboration du projet stratégique.

Par ailleurs, des dispositions sont prévues dans le but de recueillir les souhaits des salariés afin de leur assurer un accompagnement individuel surtout ceux pour lesquels la loi aura des conséquences. L'accord indique notamment le délai dont disposera le salarié pour exprimer ses besoins. Les salariés ne devaient pas être transférés aux entreprises privées dans des conditions défavorables. Dans ce cadre, chaque GPM prévoira le nombre exact d'agents du port, susceptibles d'être transférés au sens de la convention tripartite de détachement.

Par ailleurs, il convient de préciser la nature de cette convention prévue par l'accord cadre¹⁴³. Il s'agit d'une convention établie entre le GPM, l'entreprise et le salarié. Elle est destinée à offrir au salarié des garanties suffisantes qui faciliteront la poursuite de son contrat de travail dans la nouvelle entreprise¹⁴⁴.

¹⁴³ Conformément à l'article 11 de la loi portant réforme portuaire, un accord-cadre interbranches conclu le 30 octobre 2008 entre les organisations professionnelles représentant respectivement les entreprises de manutention (Union Nationale des Industries de la Manutention), les grands ports maritimes (Union des Ports de France) et les organisations syndicales représentatives des salariés des ports (notamment la Fédération Nationale des Ports et Docks-CGT) a précisé les modalités selon lesquelles les contrats de travail des salariés des GPM devaient se poursuivre avec les entreprises de manutention, les modalités d'accompagnement social de la loi et les modalités d'information des salariés. Cet accord-cadre avait pour but d'améliorer le dispositif de l'article 12 de la loi de 2008. Les dispositions de l'accord cadre ont été avalisées par l'État et ont été rendues obligatoires par le décret n° 2008-1240 du 28 novembre 2008. Il était prévu dans cet accord-cadre que ses dispositions, en particulier le volet social de la réforme, seraient également négociées dans chaque grand port maritime, pour parvenir à des accords locaux.

¹⁴⁴ L'accord donne des garanties à la fois au salarié détaché et aux agents qui restent dans les ports. Pour les agents détachés, une convention tripartite de détachement doit être conclue, elle a valeur de simple avenant au contrat de travail initial. Le droit au retour dans le port passe de 7 à 14 ans en cas de suppression de poste pour motif économique. Il est instauré un droit de retour pour « convenance personnelle » au bout de 3 ans. Les droits de rémunération, d'ancienneté, de régime de retraite supplémentaire sont maintenus. Pour les agents restés au port, des actions de formation interne, de reclassement externe et d'aide à la création ou reprise d'entreprises sont prévues. Un engagement est pris pour mettre en place une politique d'intéressement dans les grands ports maritimes. Enfin, cet accord précise que le dossier pénibilité doit être pris en compte pour le départ en retraite anticipée.

Le transfert des personnels s'est quasiment achevé le 3 mai 2011 dans la majorité des Grands Ports Maritimes suite à la signature de trois textes entre les partenaires sociaux. Ces transferts étaient conditionnés par la signature de la nouvelle convention collective corroborant la déclinaison locale de l'accord cadre du 30 octobre 2008 ainsi que par la signature de la convention tripartite de détachement entre chaque agent concerné, le GPM, et son entreprise de manutention d'accueil. Il a donc été convenu entre les partenaires sociaux et l'État, hors le cas de situations particulières pour certains Grands Ports Maritimes, que les trois textes fondant le transfert effectif des agents seraient signés concomitamment le 15 avril 2011, avec une date effective de transfert des agents, au plus tard au 3 mai 2011.

Le nouveau contrat de travail liant le salarié à l'entreprise de manutention fixera les modalités relatives à l'organisation du travail et à la rémunération. Néanmoins, le salarié restera lié à l'égard du Grand Port Maritime, ce qui lui assurera le maintien de sa rémunération et des droits acquis.

La convention tripartite prévoit aussi des possibilités de retour du salarié dans le GPM en cas de difficultés rencontrées au sein de l'entreprise d'accueil. Le délai de retour en cas de situation pouvant conduire à un licenciement économique est passé de 7 à 14 ans¹⁴⁵. De surcroît, en cas de difficulté d'adaptation du salarié, un droit de retour encadré est mis en place pendant les trois ans suivants la signature du contrat de travail.

De manière générale, les GPM devaient encadrer au mieux les conséquences de la réforme en matière de ressources humaines. Cet encadrement met en exergue l'intention du législateur de ne pas mettre en œuvre la réforme de façon arbitraire

Chaque salarié détaché au sens de la convention tripartite pourra demander sa réintégration au GPM en cas de difficulté d'adaptation ou de problèmes rencontrés dans la nouvelle entreprise.

D'ailleurs, pour les salariés qui ne souhaiteraient ni être transférés dans une entreprise privée, ni rester au sein des établissements publics portuaires, le GPM reste responsable de leur reclassement. Il devra notamment identifier les secteurs d'activités situés sur le port ou aux alentours, pour lesquels existent des besoins en personnel correspondant au profil de compétence de salarié du GPM. Il peut même être amené à prendre en charge les frais de formations engagées en vue d'une reconversion du salarié du grand port maritime.

S'agissant des salariés en fin de carrière, des dispositifs transitoires de cessation anticipée d'activité pouvaient être mis en place par les GPM, dans des conditions négociées localement avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives.

Une fois les accords locaux conclus, ils seront portés à la connaissance de la commission paritaire nationale de suivi de l'accord cadre.

¹⁴⁵ Le droit de retour établit la possibilité d'un retour au port pour les salariés ayant été transférés, en cas de difficultés économiques de l'entreprise entraînant la perte de leur emploi et susceptibles de conduire à un licenciement. Cette disposition vise à assurer à ces salariés une assurance de pouvoir réintégrer les effectifs du port. Cette garantie peut s'exercer dans la limite de cinq années suivant le transfert. Pour ne pas introduire de différence entre les salariés transférés et les autres salariés de l'entreprise, ce droit de retour implique le versement par l'opérateur au port d'une somme équivalente à l'indemnité de licenciement qu'il aurait eu à payer au salarié

Au-delà de l'accord cadre, l'article 13 de la loi de 2008 énonce que les dispositions de droit commun en matière d'adaptation des conventions collectives s'appliqueront dans le cadre de la poursuite des contrats de travail. ; La convention collective de l'entreprise à laquelle certains salariés des GPM vont être transférés est évidemment différente de la convention collective des ports autonomes, dite convention verte.

D'un côté, les salariés des établissements portuaires tels que les grutiers et agents de maintenance relèvent de la convention collective de l'UPACCIM¹⁴⁶ dite « convention verte ».

D'un autre côté, les ouvriers dockers qui, pour la plupart sont salariés des entreprises de manutention, relèvent de la convention collective de la manutention portuaire entrée en vigueur suite à la réforme de 1992. En effet, en vertu de l'article L.2261-14 du Code du Travail, lorsque l'application d'une convention collective est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'un changement d'activité, cette convention continue à produire ses effets jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention qui lui sera substituée.

Ainsi, la loi a-t-elle introduit, par son article 14, «*un nouveau dispositif conventionnel*» qui a invité les partenaires sociaux à définir, dès son entrée en vigueur, une nouvelle convention collective commune aux activités de manutention, d'exploitation d'outillages et de maintenance des outillages de quai avant le 30 juin 2009¹⁴⁷, concernant toutes les parties intéressées des ports, des organisations représentatives des salariés et des entreprises des ports et des salariés des entreprises de manutention.

Les négociations ont commencé début décembre 2008, au sein d'une commission mixte présidée par Monsieur Gilles Bellier qui se réunissait une fois par mois. La phase de négociation du futur texte conventionnel unifiant les travailleurs portuaires devait être finalisée au 30 décembre 2009. « Ce dernier deviendra la référence incontournable pour les salariés, mais également pour les employeurs présents ou futurs. »¹⁴⁸

Certes, cet « accord cadre interbranches » permet d'apporter des garanties larges en matière de continuité des contrats de travail, d'accompagnement social de la loi et de consultation des salariés. Cependant, la concrétisation du détachement des grutiers et agents de maintenance vers les sociétés de manutention, considéré parfois comme pierre angulaire du projet de loi, n'a pu être véritablement abordé qu'après la présentation des plans stratégiques des ports.

Les divers accords conclus étaient importants pour le renouveau de la gouvernance surtout au niveau sociale, sensible pour tout changement. Dans ce sens, il y a lieu de mettre en avant l'avis de M. Dominique Bussereau sur les accords relatifs au transfert des salariés du port autonome vers le privé qu'il a jugé non-conformes à la loi du 4 juillet 2008.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Union des Ports Autonomes et des Chambres de Commerce et d'Industrie Maritimes, après la réforme portuaire elle change de nom et devient l'Union des Ports de France. Regroupant les établissements gestionnaires de ports en métropole et Outre-mer, l'UPF a la responsabilité de promouvoir un développement durable des ports français de commerce et de pêche et de poursuivre avec les partenaires sociaux un dialogue social constructif favorisant un haut niveau de qualification et de performance des salariés.

¹⁴⁷ Le délai a été porté à fin décembre 2009

¹⁴⁸ Extrait, « Réunion de la Commission mixte sur la nouvelle convention collective »

¹⁴⁹ Les liens entre l'administration du port et les agents détachés restaient trop forts.

Au 14 mai 2009, un accord prévoyant le mode de détachement des personnels et des activités de manutention vers le secteur privé a été trouvé. La prochaine étape à franchir fut la validation du projet stratégique qui s'est faite durant le mois de juin 2009. Cependant, il y a eu des interrogations sur les conditions de réalisation du transfert des outillages.

Une fois les plans stratégiques adoptés, les ports entrent dans une phase de négociations avec les opérateurs pour appliquer les modalités de transfert.

L'article 7 de la loi précise qu'à partir de l'adoption du projet stratégique, chaque Grand Port Maritime dispose d'un délai de 2 ans pour céder l'outillage sauf dans les cas énumérés à l'article L.103-2 du code des ports maritimes. Figure parmi ces exceptions, la possibilité pour le port, d'exploiter ces outillages en régie ou par l'intermédiaire de filiales, à condition toutefois qu'il s'agisse d'activités ou de prestations accessoires dans l'ensemble des activités de maintenance d'outillage, ou de prestations spécifiques que seul le port est apte à fournir.

Telles étaient les règles et les principes de la nouvelle gouvernance portuaire, reste à voir leur interaction avec les nouvelles règles de l'exploitation telles qu'on développera dans la sous-section 2.

Sous-section 2- Nouvelles règles d'exploitation de l'outillage public :

L'exploitation des outillages publics est une mission fondamentale pour la gestion portuaire en France. Par définition, les outillages publics du port sont, entre autres, les engins de manutention que le port met à la disposition des usagers tels les grues et portiques, les hangars destinés à stocker les marchandises, les cales sèches servant à la réparation des navires, etc.

Les outillages publics peuvent être soit gérés par le port lui-même comme l'indique l'art R.115-8 du code des ports maritimes dans sa partie réglementaire au livre I relative à la gestion des outillages par le port lui-même, tel que modifié, soit concédés à un tiers. La notion d'outillage public apparaît donc comme une notion large qui ne doit pas être confondue avec celle d'outillages privés qui appartiennent, en totalité, aux entreprises tel que prévu par le code précité dans son article R.115-13 tel que modifié par décret n° 99-782 du 9 septembre 1999, art 11, et par l'article R.115-14, modifié par décret 2005-1792 du 28 décembre 2005 et par l'article 1, du code des ports maritimes dans sa partie réglementaire au livre I, titre I, relative à l'autorisation des outillages privés et d'exploitation de terminal dans la version consolidée du 4 mai 2011.

Comme précédemment souligné, la loi portant réforme portuaire a préconisé la cession de cet outillage aux entreprises privées. Comment s'est concrétisée cette opération ?

§-1- Cession de l'outillage public

La procédure de cession des outillages publics est clarifiée par l'article 9 de la loi de juillet 2008 qui met en place une commission nationale d'évaluation des cessions d'outillages portuaires dont le président, M. Claude Gressier, a été nommé par un décret du 28 mai 2009.

Son rôle était de veiller au bon déroulement de la procédure de transfert des outillages.

A cet égard, la commission est chargée d'émettre un avis public sur l'évaluation des biens avant leur cession. Dans le cadre de cette mission, elle peut faire appel à un expert pour évaluer le montant exact de l'outillage, parce que « *Les outillages portuaires, c'est de l'argent public, il s'agit d'être sûr qu'il est bien valorisé.* »¹⁵⁰.

Par ailleurs, la procédure de vente des outillages de manutention et de cession des droits réels qui leur sont attachés se déroule en plusieurs étapes. En premier lieu, le GPM négocie les conditions du transfert des outillages, en priorité, avec les opérateurs qui les utilisent régulièrement ou qui ont réalisé des investissements significatifs sur le terminal.

Pour chaque terminal concerné par un transfert d'outillages, il y aura, au préalable, une phase de négociation de gré à gré durant les trois mois suivants l'adoption du projet stratégique. Au terme de ces négociations, l'article 7 du décret précité énonce qu'un rapport relatif à la procédure prévue de cession des outillages et aux futures conditions d'exploitation du terminal devra être adressée par le Président du directoire du GPM à la commission. Une fois saisie, cette dernière dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer.¹⁵¹

Enfin, le dernier alinéa indique que l'acte de cession devra être conclu dans les six mois suivant l'avis de la commission. Il est évident que l'intention du législateur était de réaliser le transfert des outillages de façon privilégiée avec les opérateurs dans le cadre d'une procédure de négociations de gré à gré ; en effet afin de faciliter le rachat de l'outillage par les opérateurs privés, l'article 5 de la loi institue des avantages fiscaux et modifie, en ce sens, l'article 1518-A Bis du Code des Impôts. A cet égard, le transfert des outillages s'est accompagné d'un dispositif fiscal comprenant des réductions d'impôts allant jusqu'à 100 % les deux premières années, au profit des opérateurs privés repreneurs des matériels.

C'est ainsi que par courrier du 4 juillet 2008, les autorités françaises ont notifié ce régime d'aide fiscale à la Commission Européenne. Cependant, au mois d'avril 2009, la Commission Européenne a décidé d'ouvrir une enquête afin de vérifier qu'il ne s'agissait pas d'aides d'Etat¹⁵² incompatibles avec le marché commun, au sens de l'article 87 du Traité de la Communauté Européenne.¹⁵³

Dans le Journal Officiel de l'Union Européenne publié le 30 mai 2009, elle a estimé que le dispositif fiscal consiste, avant tout, à encourager la reprise et la restructuration du parc de matériel de manutention portuaire en France.

Néanmoins, à ce stade, la Commission a émis, également, des doutes quant à la compatibilité des aides avec le marché commun et a invité les autorités françaises à

¹⁵⁰ « Bussereau veut garder le rythme », Caroline Britz, in Le Marin, 30 avril 2009

¹⁵¹ L'article 7 du décret précise les conditions d'allongement du délai

¹⁵² Le régime des aides d'Etat défini par l'UE a pour objet de lutter contre la distorsion de la concurrence, pour la mise à disposition des infrastructures de transport dont font partie les ports maritimes. Dans le livre vert sur les ports maritimes, la commission définit sa doctrine concernant le financement public des ouvrages d'infrastructures portuaires.

¹⁵³ L'article 87-I prévoit que « Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

argumenter davantage pour confirmer que ses facilités permettront de soutenir le développement des activités de manutention.

Par ailleurs, à défaut de négociations concluantes dans le délai imparti, le GPM lance un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure transparente et non discriminatoire. Si l'appel à candidature est infructueux, le GPM pourra, dans la mesure où le projet stratégique le prévoit, confier l'activité à une filiale pour une durée n'excédant pas 5 ans. Cette décision a été possible en vertu du nouvel article L.103-2¹⁵⁴ du Code des Ports Maritimes qui a accordé au GPM, à titre exceptionnel, la possibilité d'exploiter l'outillage par l'intermédiaire de filiales pour un motif d'intérêt général. C'est dans ce cadre que le Grand Port Maritime de Marseille a décidé, en février 2009, de filialiser les activités relevant de la gestion des terminaux pétroliers de Fos et de Lavéra.

Face à cette décision, le président de l'Union Française des Industries Pétrolières n'a pas manqué de montrer sa déception et pense que sous prétexte de l'intérêt général, « *l'Etat va privilégier l'option d'une filiale dans laquelle il sera majoritaire. Et les opérateurs minoritaires.* »¹⁵⁵

A l'issue de la procédure, le Grand Port Maritime sera à même de conclure une convention de terminal.

Cependant, ce n'est pas le principe d'une vente de gré à gré des outillages qui a fait débat devant la Commission Européenne mais un dispositif fiscal particulier comprenant deux volets : l'un qui réduit les charges fiscales applicables aux équipements transférés et l'autre qui peut conduire à l'exonération de taxes locales applicables aux équipements exploités dans l'ensemble des ports maritimes. On aurait dû s'attendre, en France, à ce que Bruxelles capitale de l'UE, s'interroge sur les potentiels effets sur le marché concerné de l'article 9-1° de la loi portant réforme portuaire aux termes duquel « *si un ou des opérateurs ont déjà réalisé un investissement sur le terminal ou, en qualité d'utilisateurs réguliers des outillages, ont traité un trafic significatif sur ce terminal, les négociations pour le transfert sont menées, à leur demande, avec eux* ».

Interrogée sur ce point, la Commission Européenne remarqua que la vente des outillages de gré à gré ne soulevait pas de difficultés particulières au regard des règles du marché intérieur et, en particulier, eu égard aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination. La Commission a estimé, en effet, que la cession de l'outillage à l'occupant du terminal visé n'est qu'une conséquence de l'octroi de l'autorisation préalable.

Dès lors, on peut en conclure que si la cession des outillages, appréhendée de manière déconnectée de tout autre procédure, peut se faire de gré à gré (dans le respect des conditions particulières pour la détermination du prix de vente), la situation serait différente si un opérateur privé était en mesure de tirer un avantage concurrentiel sur ses concurrents dans le cadre de la délivrance d'un titre d'occupation sur un terminal, auquel cas cette délivrance devait faire l'objet d'une publicité ou, tout du moins, d'une procédure ouverte (en vertu de la

¹⁵⁴ Arrêté du 3 avril 2009 précisant les articles L.103-2 et R.103-2 sur les activités de manutention relevant de « l'intérêt national ».

¹⁵⁵ « A Marseille, la réforme portuaire a du mal à passer », Jean-Luc Crozel, in la Provence.com, 20 février 2009

jurisprudence Telaustria)¹⁵⁶. Or, on imagine mal comment, dans les délais imposés par la loi, un Grand Port Maritime pourrait assurer une concurrence effective entre opérateurs alors que l'un d'entre eux, en l'occurrence celui assurant l'exploitation du terminal, dispose déjà des outillages nécessaires à ladite exploitation. Autrement dit, s'il s'avère que les instances Européennes n'ont rien à reprocher, sur le plan légal, à cet alinéa de la loi, elles pourraient constater un manquement dans les procédures d'adjudication des conventions d'opérateurs de terminal.

Sur un autre registre, se pose la question de savoir si la cession des outillages, emporta un transfert de propriété, ceci semble difficilement conciliable avec la notion d'occupation temporaire – de nature précaire- propre à l'occupation du domaine public. La même question reviendra à échéance constante : Comment les Grands Ports Maritimes pourront-ils, dans l'avenir, renouveler des conventions d'occupations de terminaux alors même qu'un seul opérateur dispose des outils pour assurer l'exploitation ?

Le seul moyen pour échapper aux conséquences dommageables d'un recours motivé sur ce point serait dans un premier temps de privilégier l'octroi des titres d'occupation sur la cession des outillages et, dans un second temps, lors du renouvellement de ces titres, de qualifier les outillages, par analogie au droit des délégations de services publics, en biens de retour, biens de reprise et biens propres. Ensuite, mettre en avant la procédure d'occupation domaniale basée sur la concurrence entre opérateurs pour la reprise d'un terminal. De cette manière, le Grand Port Maritime rendra la cession des outillages accessoire à la gestion de l'infrastructure et ne rend pas illusoire toute mise en concurrence courue d'avance pour le détenteur des superstructures.

D'autre part, la qualification des biens nécessaires à l'exploitation du terminal apparaît comme primordiale pour assurer une sécurité juridique, voire financière optimale. Si la définition même des biens de retour, biens appartenant dès l'origine à l'autorité concédante, ne semble pas pouvoir être transposée à des outillages cédés en pleine propriété à des opérateurs privés, il peut s'avérer en revanche judicieux de s'interroger sur les conséquences d'une qualification en bien de reprise. On peut en effet y trouver deux intérêts majeurs :

En premier lieu, si le Grand Port Maritime décide de procéder à un étalement de la dette de l'opérateur privé lors de la cession de ses outillages, la qualification de ces biens en biens de reprise permettrait au Grand Port de disposer d'une action juridique supplémentaire dans la mesure où il bénéficierait d'un privilège pour racheter l'outillage à l'opérateur qui ne serait plus en mesure ou refuserait de régler ses traites.

En second lieu, en fin de convention de terminal ou en cas de départ anticipé de l'occupant, le Grand Port Maritime pourrait également faire valoir son bien de reprise afin d'assurer la continuité de l'exploitation. Les Grands Ports Maritimes n'étant plus habilités à exploiter les outillages, la mise en œuvre de ce droit de reprise pourrait être exercée par l'occupant suivant, reprenneur de l'activité, par le biais d'un droit d'entrée. Cette solution permettrait également d'assurer à ce stade une égalité de traitement entre candidats à la nouvelle autorisation d'occupation.

¹⁵⁶ CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, Telaustria et Telefonadress : Le principe de non-discrimination « implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté »

Dans ce contexte, les Grands Ports Maritimes sont confrontés à deux problématiques principales :

D'une part, les outillages qui doivent être cédés aux opérateurs privés représentent pour ces derniers des sommes importantes à engager susceptibles pour certains de dégrader fortement leurs vigueurs financières. Les Grands Ports Maritimes s'interrogent en conséquence sur les montages contractuels à leur disposition pour transférer la propriété desdits outillages sans nuire pour autant à la capacité des opérateurs à exécuter leurs missions dans les conditions les plus optimales possibles.

Les enjeux attachés à la bonne gestion des terminaux et le transfert des personnels liés aux activités de manutentions imposent en effet aux Grands Ports Maritimes une certaine prudence dans les choix qui seront opérés et un droit de regard important sur les conséquences de la vente des outillages pour la pérennité des missions réalisées par les opérateurs et des emplois afférents.

D'autre part, quelques activités, principalement de natures industrielles et commerciales assumées et assurées jusqu'alors en régie directe par les Grands Ports Maritimes, doivent d, du fait de la réforme portuaire, être abandonnées ou au moins transférées à des opérateurs privés. Il s'agit principalement de la question du devenir de la maintenance des outillages. Les Grands Ports Maritimes se trouvent , au lendemain de la réforme, en capacités humaine et matérielle d'assurer la maintenance d'outillages dont ils ne seront plus propriétaires prochainement.

Ces deux problématiques, qui appellent plusieurs questions tant au regard du droit public des affaires que du droit de la concurrence, ont fait l'objet d'une analyse croisée lors de réunions et d'échanges avec la Commission Européenne, en particulier avec le service des aides d'Etat de la Direction des Transports et de l'Energie.

La première question est celle de la possibilité, tant au regard du droit interne que communautaire, pour un Grand Port Maritime, de prévoir un paiement échelonné des outillages cédés. La trésorerie de certains opérateurs ne pouvant assumer sans difficultés le montant total du prix de cession estimé des outillages, il pourrait être envisagé d'organiser un transfert de propriété immédiat mais avec des annuités de remboursement afin d'étaler la dette des propriétaires. Plusieurs montages pourraient être ainsi modélisés, tel que le crédit-bail, un nantissement de créance ou tout simplement un paiement partiel dont les mensualités seraient revues chaque année selon un indice à déterminer (coût de la construction, taux fixe...). Une telle cession poserait elle des difficultés au regard du droit communautaire ?

A ce sujet, la Commission Européenne rappelle qu'il convient de respecter les critères du marché. En ce sens, une convention de cession prévoyant des conditions de paiements échelonnés revient pour l'acheteur à réaliser un emprunt auprès du Grand Port Maritime vendeur. Si les conditions de cet emprunt ne correspondent pas aux conditions d'emprunt qu'un autre opérateur pourrait trouver auprès d'un établissement financier, la différence entre les deux régimes est susceptible de constituer une aide d'état.

La seconde question, de nombreux outillages ont fait l'objet de subventions de la part de Collectivités Locales lors de leur acquisition par les Grands Ports Maritimes. Comment le montant de ces subventions peut-il être intégré de manière équitable dans le prix de cession ?

Selon la Commission Européenne, le principe est le même ; la cession doit se faire au prix du marché. En conséquence, peu importe comment l'acquisition de l'outillage a été financée (et peu importe un éventuel enrichissement sans cause du Grand Port Maritime), il convient de faire payer à l'opérateur privé le prix sans remise liée à d'éventuelles subventions publiques.

§- 2 : Etat des lieux après la cession de l'outillage : une continuité des acteurs :

L'objectif des pouvoirs français d'aboutir à une procédure d'offre ouverte, transparente, non-discriminatoire et inconditionnelle dans le cadre du gré à gré s'est traduit, concrètement, par deux obligations : la première consiste à procéder à l'évaluation du prix de vente devant être réalisée par un expert indépendant préalablement aux négociations précédant la vente et ce, pour fixer la valeur marchande sur la base d'indicateurs du marché et de critères d'évaluation communément acceptés et, la seconde, l'avis de la CNE devait être contraignant. Le but était d'éviter toute distorsion de concurrence entre les opérateurs portuaires dans le cadre des négociations de gré à gré.

A- Les résultats obtenus localement :

Le transfert des outillages est devenu effectif dans tous les ports. Le constat fait à cet égard est qu'il y avait une grande continuité des acteurs de manutention déjà présents dans les ports et sur chaque terminal. La loi a généré presque automatiquement cette continuité car elle a donné une priorité aux négociations, faites de gré à gré, avec les opérateurs ayant investi sur le terminal ainsi que ceux utilisateurs réguliers et ayant réalisé un trafic significatif sur le terminal en question.

Concrètement, il est important de distinguer, parmi les opérateurs exploitant, ceux qui ont repris des outillages publics, au sens de la loi de 2008, et ceux qui ne l'ont pas fait. Les exploitants qui n'ont pas acquis les outillages sont des acteurs déjà présents sur les quais et ont conservé l'exploitation du terminal sur lequel ils opéraient précédemment. Ils ne sont pas concernés par la reprise des outillages car, soit ils avaient eux-mêmes investi dans leurs propres outillages, soit, en raison de la nature des trafics manipulés, ils n'utilisaient pas d'outillages. Leur nombre est difficile à déterminer parce que ce cas de figure varie d'un port à l'autre.

Ceci étant, ce ne sont pas tous les ports et tous les trafics qui ont été également et automatiquement concernés par ces cessions d'outillages. En effet, la nature de certains engins déjà achetés par des opérateurs sur des terminaux les a exclus du mécanisme de cession. D'autre part, la nature de certains trafics a eu le même effet, certains terminaux pétroliers ou de vrac sec ainsi que les terminaux rouliers ne sont pas concernés de la même façon par la problématique des outillages

Par exemple, le projet stratégique du port de Rouen annonçait que les outillages à céder ne représentaient que 15% des trafics du port. Cela signifie que 85% des trafics sont opérés sur des terminaux et avec des outillages qui n'ont pas été cédés et où les manutentionnaires ont pu rester en place.

Pour ce qui est des prix de cession, la Cour des Comptes avait estimé, dans son rapport de février 2012, que « *des outillages ont été vendus à un prix très bas, souvent en-deçà même de leur valeur nette comptable* » avant d'illustrer ce constat par des exemples des ports comme celui du Havre où « *les outillages étaient estimés lors d'une première expertise à*

42,8 M€, puis lors d'une seconde expertise à 29 M€, leur valeur nette comptable étant de 15,1 M€, et ils ont finalement été cédés pour 13,9 M€ ; à Bordeaux, l'expertise donnait une valeur de 16,8 M€, la valeur nette comptable était de 16,7 M€, le prix de vente a été de 7,5 M€.

Enfin, il est à signaler que le processus de transfert effectif du personnel et des outillages paraissait long et complexe. Il n'en reste pas moins que la réforme engagée constitue « *une véritable refonte des ports et un profond changement de culture, avec des impératifs d'efficacité économique, d'équité sociale et de bonne insertion territoriale* »¹⁵⁷. Mais les conséquences concrètes de la rationalisation de l'organisation de la manutention portuaire sont encore difficiles à évaluer.

Il nous paraît utile de déterminer les effets de ce processus de cession au regard des politiques portuaires expérimentées dans les pays voisins.

B- Les résultats escomptés au regard des systèmes de gestion portuaire étrangers :

Depuis les années 1990, l'évolution des ports européens de manière générale s'inscrit dans un contexte mondial marqué par une tendance générale au renforcement du secteur privé dans le fonctionnement portuaire. On a assisté, dans ce sens, à une libéralisation des services portuaires qui a conduit à la modification des relations entre les acteurs publics et privés d'une part, et de la gestion institutionnelle d'autre part. C'est dans cette logique que s'inscrit le recentrage des ports sur les activités publiques et une introduction croissante de l'action privée.

L'exploitation des activités commerciales, tels que les services de manutention, sont assumées, de plus en plus, par des opérateurs privés. Sur le plan de l'organisation portuaire, l'intervention, de plus en plus croissante, des investisseurs privés se traduit par l'évolution vers un modèle de « port propriétaire » (landlord port).

En effet, la priorité des politiques portuaires étrangères consiste de plus en plus, à assurer le passage d'un modèle « port outil » à celui de « port propriétaire » qui conduit à l'externalisation des activités d'exploitation vers les opérateurs privés.

A titre d'exemple, la réforme portuaire engagée, dans les années 1990, en Italie a permis le passage progressif d'un modèle de port service, à celui de port outil, puis à un modèle de port propriétaire foncier.

Dans un port dit « port service », l'autorité portuaire demeure propriétaire des ouvrages et outillages et exécute l'ensemble des fonctions portuaires.

Au sein du port outil (« tool port »), la participation publique reste largement majoritaire, mais les fonctions d'opérations de manutentions peuvent relever de l'activité privée¹⁵⁸. Dans ce cas, les équipements nécessaires au chargement et déchargement des navires appartiennent à l'autorité publique. Le système des anciens ports autonomes français illustre bien cette pratique. Dans ce système, les entreprises de manutention louaient l'outillage aux ports autonomes qui en étaient propriétaires.

¹⁵⁷ ECHOSCGEDD, « la réforme portuaire : où en est-on ? », n° 61, juin 2009.

¹⁵⁸ Droit Maritime Français, n° 68, décembre 2008.

Une telle dépendance des opérateurs privés à l'égard de l'autorité portuaire constitue un frein à la compétitivité des ports et surtout en matière de politique tarifaire. A l'instar du port outil, le modèle « landlord port » répond d'avantage à une logique de productivité. Le concept de « port propriétaire » peut se définir comme le modèle portuaire où l'autorité publique est seulement propriétaire de l'infrastructure et des terrains qui sont loués à des opérateurs privés dans le cadre d'une concession portuaire.

En d'autres termes, la superstructure, tel que l'outillage, est détenu par les opérateurs privés qui exploitent le terminal dans le cadre d'une concession conclue avec l'autorité portuaire publique pour une durée de plus ou moins longue et fonction généralement du montant des investissements menés par l'opérateur privé. Dans un « port propriétaire », l'autorité portuaire n'intervient pas en matière d'offre de service de manutention des navires.

A l'image de leurs concurrents européens, les Grands Ports Maritimes tendent à se rapprocher du modèle « port propriétaire ». Désormais, l'autorité portuaire publique se recentre sur ses fonctions régaliennes et d'intérêt général et les activités d'exploitation de l'outillage seront en principe transférées vers les opérateurs privés de manutention. Dans le cas où les conditions économiques ne permettent pas un tel transfert, ces activités pourront notamment être filialisées par le biais de l'autorité portuaire.

A ce jour, la grande majorité des ports européens relèvent du modèle de « port propriétaire » et surtout concernant les grands ports à conteneurs. La répartition des fonctions entre sphère publique et sphère privée se calque sur la distinction opérée entre le financement des infrastructures et celui des superstructures.

Si l'investissement dans les infrastructures reste largement public, le financement de la superstructure est de façon croissante privé. Dans les projets d'extension de terminaux à conteneurs, ce partage des investissements est devenu la norme.

Chapitre II : Apparition de nouvelles règles de gestion du domaine public :

La gestion portuaire et les activités qui s'y rattachent sont intimement liées à l'exercice des missions relevant du service public et par les règles de la domanialité publique. Sur le plan juridique, ce contexte implique un régime dérogatoire du droit commun dans diverses situations faisant que les rapports entre le gestionnaire d'un service public et les usagers peuvent être soit contractuels soit réglementaires. En effet, à dans le cadre d'un service public ou d'un ouvrage public c'est la notion d'usager, plutôt que de client, qui est utilisée indépendamment du cadre, contractuelles ou non, de la relation

La définition du domaine public n'a aucune assise juridique en France ni au Maroc. c'est une simple création de la doctrine et de la jurisprudence. La définition progressivement dégagée par la jurisprudence est la suivante : « *Le domaine public comprend les biens qui appartiennent à une personne morale de droit public et qui lui sont rattachés soit par détermination de la loi, soit par affectation à l'usage direct du public, soit par affectation à un Service Public* ». M. R REZENTHEL considère que le domaine public « constitue le lieu d'exploitation privilégié des services publics ¹⁵⁹ » .

¹⁵⁹ « Droit maritime », Jean-Pierre Beurier, 15 octobre 2014, (édition 2015-2016), Dalloz - Dalloz Action ;

Les domaines portuaires sont constitués d'un Domaine Public comprenant les chenaux, bassins, quais, terre-pleins, hangars, plan d'eau, portiques, grues, etc. et d'un domaine privé qui englobe des zones extra portuaires, bâtiments et logements sociaux ainsi que d'autres biens.

Dans les pays de droit écrit, dits aussi de droit romain, les eaux navigables, le rivage de la mer et les ports ont été placés, depuis longtemps, sous le contrôle de la puissance publique et faisaient partie du domaine public mis au service de la communauté et placé sous la protection du souverain.

Ce domaine ne pouvait être ni aliéné, ni prescrit. Un particulier, fut-il riverain, ne pouvait donc y acquérir des droits définitifs par prescription ou possession prolongée, mais il peut y constituer des droits privés, révocables.

Selon la doctrine et la jurisprudence Françaises, « *Le Domaine Public comprend l'ensemble des biens (mobiliers et immobiliers) qui appartient à une Personne Morale de Droit Public et qui lui sont rattachés soit par détermination de la loi, soit par affectation à l'usage direct du public, soit par affectation à un service public* ». Ces biens sont inaliénables, imprescriptibles et ne peuvent faire l'objet d'une appropriation privée¹⁶⁰.

Par ailleurs, il y a une absence d'un régime juridique uniforme du sol portuaire : les zones portuaires peuvent être soumises au régime du domaine public ou y être exclues selon les pays.

Pour ce qui est de la France, posée sous l'influence du droit communautaire, il est à signaler que le domaine portuaire européen s'est jusqu'à récemment caractérisé par l'appartenance majoritaire de ses terrains portuaires au domaine public et par une conception extensive du service public virtuel. Les terrains privés sur lesquels on peut voir des terminaux purement privés restent peu nombreux.

Dans la tradition française, les terminaux portuaires relevaient logiquement du droit public, le port appartenant par définition, au domaine public et était spécialement aménagé pour satisfaire l'intérêt commun ou l'intérêt général.

L'ancien article 538 du Code civil français, abrogé par l'Ordonnance du 21 avril 2006 instituant le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, incorporait les ports dans le domaine public¹⁶¹. L'ensemble des ouvrages portuaires était considéré comme étant soumis au régime de la domanialité publique.

Ceci dit, les ports Marocains et Français font partie intégrante du domaine public dont l'occupation est précaire ce qui représente un inconvénient réel pour les investisseurs démunis de toutes garanties. Cependant, la France a trouvé des solutions à ce problème depuis les années 1990, le Maroc lui a emboité le pas une vingtaine d'année après. (Voir supra).

¹⁶⁰ « Module sur le domaine public », document de formation interne de l'ODEP, 2003.

¹⁶¹ Art. 538 du Code civil abrogé : « *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves, rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public* » .

Aussi, nous paraît-il judicieux d'examiner, dans un premier temps, les aspects réglementaires du DP (section I) avant de traiter ses aspects contractuels (section II) et ses contraintes (section III).

Section I : Aspects réglementaires du Domaine Public portuaire :

Le domaine public, catégorie de bien ne pouvant être possédés privativement, est doté d'une réglementation spéciale, en France comme au Maroc qui date, pour ce dernier, du siècle dernier et qui a connu certains remaniements.

La législation, la doctrine et la jurisprudence en France et au Maroc retiennent traditionnellement trois critères pour définir le régime domanial de l'espace portuaire : l'appropriation par une personne publique, l'aménagement spécial et l'affectation au service public ou à l'usage du public.

Le concept de domanialité publique a connu une très forte extension au gré des jurisprudences jusqu'à la consécration d'une « domanialité publique globale » dont l'arrêt « Société Le Béton » en France est fondateur¹⁶². La jurisprudence a appliqué, pendant plusieurs années, la théorie du « service public virtuel »¹⁶³, appliquant le régime de la domanialité publique à un aménagement futur, ou encore qualifiant la manutention portuaire d'élément du service public¹⁶⁴.

Cette extension considérée comme injustifiée, en particulier lorsqu'elle s'applique aux parcelles portuaires accueillant des entreprises privées, a eu pour conséquence pratique d'aggraver les dépendances à l'égard des opérateurs économiques et des gestionnaires de terminaux. La jurisprudence a alors entrepris de restreindre la consistance du domaine public¹⁶⁵.

¹⁶² CE 19 octobre 1956, Société Le Béton, Rec. p. 375, D. 1956, J, p. 681 : Dans ce cas d'espèce, l'aménagement spécial résultait de la situation géographique de la parcelle, tandis que l'affectation au service public portuaire découlait naturellement de l'ensemble formé par le port

¹⁶³ CE 23 juin 1939, Ch. Synd. des entrepreneurs arrimeurs de chargements et déchargements des navires, Rec. CE 1939, p. 429.

¹⁶⁴ CE Sect., 5 mai 1944, Cie maritime de l'Afrique Orientale, Rec. CE 1944, p. 129.

¹⁶⁵ Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, 17/12/2003, 236827, Inédit au recueil Le bon « *Considérant, en deuxième lieu, que l'appartenance au domaine public de terrains qui sont la propriété d'une collectivité publique, sans être directement affectés à l'usage du public, est subordonnée à la double condition de leur affectation au service public et d'un aménagement spécial en vue du service auquel ils sont destinés ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, et notamment des énonciations, non contestées sur ce point, du jugement du tribunal administratif de Nice en date du 16 décembre 1997, que les parcelles litigieuses font partie des parcelles dont le ministre a prononcé, le 4 février 1931, l'incorporation au domaine public portuaire en vue de l'agrandissement éventuel du port de Saint-Tropez ; que si la cour a admis qu'une fraction des parcelles litigieuses est, ainsi qu'il vient d'être dit, propriété de la commune de Saint-Tropez, elle n'a pas commis d'erreur de droit en se fondant, pour juger que ces parcelles faisaient partie du domaine public, d'une part, sur leur affectation au service public portuaire qui résultait de leur contiguïté aux parcelles formellement incorporées en 1931 au domaine public portuaire et de ce qu'elles font ainsi partie de l'organisation d'ensemble du port et concourent à l'utilité générale qui a déterminé l'affectation des terrains du port, d'autre part, sur la circonstance qu'elles font l'objet, de par leur situation même à proximité immédiate de la zone portuaire, d'un aménagement spécial destiné à les rendre propres à cet usage ; qu'en écartant la circonstance que lesdites*

Il a été jugé par le Conseil d'Etat que des terrains qui appartiennent à un port maritime autonome mais qui ne sont pas aménagés en vue de l'affectation au service public, ne relèvent pas du domaine public¹⁶⁶.

Le droit de déclassement du domaine public a ensuite été reconnu par le Conseil réuni en Assemblée¹⁶⁷. La haute instance a considéré que le gestionnaire du DP pouvait déclasser des parcelles en vue de permettre des implantations industrielles ou commerciales. Ceci constituait un signal de la libéralisation de la gestion des zones industrielles portuaires. Le déclassement du DP permet de renforcer les garanties accordées aux occupants à travers la conclusion de contrats de droit privé tel le contrat de bail.

L'aménagement ultérieur qui ne serait pas directement lié au fonctionnement du service public ne peut entraîner de réintégration dans le domaine public. Il semble bien que la Haute Assemblée écarte l'application de la théorie du domaine public virtuel pour les ports maritimes et limite ainsi la portée de la jurisprudence « Société Le Béton »¹⁶⁸.

Envisageant le déclassement du domaine public aéroportuaire (secteur présentant beaucoup de similitude avec le domaine portuaire), le Conseil Constitutionnel a précisé que le déclassement d'un bien ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences résultant de l'existence et de la continuité de services publics auxquels il est affecté¹⁶⁹. Depuis, le service public peut, dans certains cas particuliers, être exercé sur des biens ne faisant pas partie du domaine public.

Les notions de domaine public et de service public se trouvent, de ce fait, « déconnectées » l'une de l'autre et bénéficient de régimes autonomes. La Cour de Justice des communautés a considéré que le critère de la domanialité publique est insuffisant à déterminer le régime juridique de l'activité qui y est exercé¹⁷⁰.

Comment s'articule alors le domaine public dans la réglementation Marocaine et Française ?

Sous-section 1 : Le régime juridique du domaine public en droit Marocain :

Le régime juridique du sol portuaire conditionne les modalités de son utilisation. Il n'y a pas de régime juridique uniforme à cet espace. La situation peut varier d'un pays à un autre, d'un port à un autre. Tantôt les zones portuaires ne font pas partie du domaine public, tandis que, dans d'autres cas, elles relèvent, intégralement, de ce régime.

parcelles avaient pu faire l'objet, dans le cadre de cette affectation, de contrats d'occupation privative au profit des requérants, la cour n'a pas davantage commis d'erreur de droit ».

¹⁶⁶ CE 30 mai 1951, Sieur Sempé, Rec. p. 297 ; CE 11 avril 1986, ministre des transports c. Daney, Mme Giret, syndicat des pilotes de la Gironde et M. Nebou, Rec. p. 88, RFDA, 1987, p. 44, note Ph. Terneyre

¹⁶⁷ Avis CE Ass. 16 octobre 1980, Revue de droit immobilier 1981 p. 309.

¹⁶⁸ « La liberté de gestion du domaine des ports autonomes » R. Rezenhel, DMF, juin 2000, n°605, p. 588

¹⁶⁹ Cons. Const. Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005 – JO 21 avril 2005 p. 6974.

¹⁷⁰ CJCE 14 décembre 2000, Fazenda publica, Aff. n° C-466/98.

Au Maroc, la question est tranchée ; les ports font partie du domaine public. Ce domaine a vocation à être affecté au service public ou à l'usage du public; son occupation doit être conforme à sa destination. L'une des caractéristiques de l'occupation du domaine public est la précarité, qui a pour principale conséquence qu'à tout moment son gestionnaire peut mettre fin aux autorisations de l'occupation qu'il a accordées aux tiers.

Il faut reconnaître que cette précarité constitue un inconvénient réel pour les investisseurs qui n'ont pas, malgré les termes de leur autorisation d'OTDP, de garantie quant à la durée effective de celle-ci.

Dans d'autres pays (par exemple, au Royaume-Uni), des principes différents s'appliquent, notamment, en ce qui concerne l'occupation du domaine portuaire, qui peut accueillir des activités non portuaires, et le régime de précarité, qui n'existe pas.

Il convient de souligner que le régime de la domanialité publique a pour effet de permettre le déroulement normal et l'amélioration de l'exploitation portuaire, sans que la réalisation d'aménagements nécessaires au développement de l'activité soit gênée par le régime très protecteur de la propriété privée. Lorsqu'une autorité portuaire veut agrandir une darse par exemple, elle peut retirer dans un bref délai les autorisations domaniales accordées sur la zone concernée, sans recourir à la procédure lourde de l'expropriation.

Le gestionnaire du domaine public portuaire se trouve donc confrontée à l'alternative suivante : d'une part, avoir la libre disponibilité des terrains placés sous ce régime et, d'autre part, disposer de terrains grevés d'une servitude d'intérêt public qui dissuade, dans une certaine mesure, les investisseurs privés. Ceux-ci sont pourtant nécessaires à l'activité portuaire.

La réglementation du DP est, à cet effet, importante d'où l'intérêt de passer en revue la législation marocaine s'y rapportant.

§ 1 : Réglementation marocaine du DP :

La gestion du domaine public portuaire a pour but la satisfaction de l'intérêt général, qui en principe dépasse les intérêts particuliers, en permettant l'implantation sur ledit domaine, d'entreprises concourant au développement du trafic maritime. L'intérêt général est l'unique justification de l'action des pouvoirs publics. Cependant, il ne peut aller, de manière arbitraire, à l'opposé des intérêts particuliers. Ainsi, selon le Conseil d'État, « *une ingérence dans le droit de propriété doit respecter le principe de légalité, poursuivre un but légitime et ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits individuels* ». Cette position jurisprudentielle fixe le cadre des rapports entre le gestionnaire du domaine public portuaire et les entreprises implantées sur ses composantes.

La réglementation du domaine public au Maroc, dans sa majorité date du début du 20^{ème} siècle (précisément en 1914) ; c'est pourquoi certaines modifications ont été effectuées. De ce fait, nous trouvons les textes de base et les textes venant les compléter ou les modifier.

Le DP au Maroc est régi par deux principaux textes de base; le premier est le dahir du 1^{er} juillet 1914 sur le domaine public dans la zone du protectorat français et de l'empire chérifien. Ce dahir constitue le texte de base sur le domaine public au pays¹⁷¹. Il détermine de

¹⁷¹ Dahir publié au BO n° 89 du 10 /07/1914

¹⁰⁷ Il s'agit des parties suivantes :

manière précise, mais non exhaustive, les parties constituant le domaine public de l'Etat (11 catégories)¹⁷². Comme précédemment souligné, cette liste n'est pas exhaustive, il s'y ajoute « ...toutes les parties du territoire et tous les œuvres qui ne peuvent être possédées privativement comme étant à l'usage de tous ».

S'y ajoute également:

- les terres désertes, les biens vacants et sans maîtres ;
- les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées et qui ne peuvent être vendus qu'avec l'autorisation de l'Etat car ils reviennent à Bait Al mal¹⁷³;
- Les forêts qui, dans toute l'étendue du Royaume, appartiennent à l'Etat ;
- Les Habous dont tout échange ou mutation nécessite l'autorisation administrative.

Tous ces biens ne peuvent être en aucune façon aliénés qu'avec l'autorisation de l'Etat qui a sur ces biens des droits de « propriété » et de contrôle.

L'article 4 du dahir pose un principe d'ordre public. Il stipule que « *le domaine public est inaliénable et imprescriptible* », il en résulte que les parcelles faisant partie du domaine public ne peuvent faire l'objet, ni de cession, ni de propriété. L'occupation du domaine public est, également, de nature précaire ; pouvant prendre fin à tout moment et sans indemnités sur simple décision de l'Administration.

Le second texte est le dahir du 30-11-1918 relatif aux occupations temporaires du domaine public¹⁷⁴ qui, en plus de rappeler le principe énoncé par le dahir de 1914 précité à savoir l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public, il fait ressortir la procédure d'octroi des occupations temporaires du domaine public et ce, depuis l'instruction de la demande jusqu'à la remise des lieux en cas de cessation de l'occupation.

Il rappelle que « *aucune parcelle qui le constitue (domaine public) ne peut faire l'objet d'une cession définitive* ».

-
1. Le rivage de la mer, jusqu'à la limite des plus hautes marées ainsi qu'une zone de 6 mètres mesurées à partir de cette limite,
 2. les rades, ports, havres et leurs dépendances,
 3. les phares, fanaux, balises et généralement tous les ouvrages destinés à l'éclairage et au balisage des côtes et leurs dépendances,
 4. toutes les nappes d'eau, qu'elles soient superficielles ou souterraines, les cours d'eau et les sources de toute nature,
 5. les lacs, étangs, lagunes, marais salants et marais de toute espèce. Sont considérées comme rentrant dans cette catégorie, les parcelles qui, sans être couvertes d'une façon permanente
 6. par les eaux, ne sont pas susceptibles, en année ordinaire, d'utilisation agricole,
 7. les puits artésiens jaillissants, les puits et abreuvoirs publics,
 8. les canaux de navigation, d'irrigation ou de dessèchement exécutés comme travaux publics,
 9. les digues, barrages, aqueducs, canalisations et autres ouvrages exécutés comme travaux publics en vue de la défense des terres contre les eaux, de l'alimentation des centres urbains ou de l'utilisation des forces hydrauliques,
 10. Les routes, rues, chemins et pistes, les chemins de fer ou tramways, les ponts et généralement les voies de communications de toute nature, à l'usage du public,
 11. Les lignes télégraphiques et téléphoniques, les pylônes de la télégraphie sans fil,
 12. Tous les ouvrages de défense et de fortification des places de guerre ou des postes militaires et leurs dépendances.

¹⁷³ Trésors

¹⁷⁴ Publié au BO n° 326 du 20/01/1919.

Le dahir de 1918 traite, également, de la durée de l'occupation, des redevances dues par l'occupant et des prérogatives de l'administration dont résulte la précarité du domaine public.

Le domaine public est régi, également, par des textes complétant ou modifiant les dahirs de 1914 et 1918. Il s'agit particulièrement des textes ci-après listés :

- Le dahir de 25-01-1997 complétant le dahir de 1918 relatif aux OTDP¹⁷⁵ :

Ce Dahir instaure une indemnité au profit du trésor à l'encontre de tout occupant illégal d'une parcelle de domaine public. Cette indemnité est l'équivalent de trois fois le montant de la redevance normalement exigible en cas d'autorisation.

Le texte institue, également, la fonction d'agents verbalisateurs commissionnés et assermentés dont les procès-verbaux déclenchent les ordres de recettes contre les contrevenants.

- Le dahir du 10-12-1999 complétant le dahir du 30-11-1918 relatif aux OTDP :

Ce dahir régit les concessions en tant que mode de gestion particulier du domaine public dont le fonctionnement se fait selon les dispositions de la convention de concession.

- le décret du 04-05-2000 pris pour l'application du dahir du 1918 relatif aux OTDP :

Ce texte stipule que pour les parcelles faisant l'objet de concession, la convention de concession doit être approuvée par décret sur proposition de l'autorité gouvernementale dont relève l'objet de la concession. A signaler qu'après la promulgation des lois 15-02 portant réforme portuaire et la loi n°54-05 sur la gestion déléguée, ces dispositions n'ont pas été adaptées.

Il y avait, en sus des textes ci-dessus, la circulaire n° 293/DGUAAT/ DUA du 18-06-1996 qui soulevait la problématique que pose la construction dans l'enceinte portuaire. En effet, elle incite à une concertation entre les parties intéressées dans l'aménagement des ports (communes, communauté urbaine, division préfectorales, ...etc.).

De même, selon les termes de la circulaire, la construction dans l'enceinte des ports est soumise à l'autorisation du président du Conseil Communal et doit être faite dans le respect des dispositions des textes sur l'urbanisme.

§ 2 - Aspects contractuels du DP :

L'usage privatif du DP requiert une autorisation préalable individuelle et nominative accordée « intuitu personæ » et qui ne peut être rétrocédée. Cet usage privatif est essentiellement précaire, l'autorité peut y mettre fin sans indemnité dès que l'intérêt général l'exige. Il n'y a pas de droit acquis de renouvellement de l'autorisation d'occupation.

L'usage privatif donne lieu, généralement, au profit de l'autorité à la perception d'une redevance d'occupation (contrepartie de l'occupation).

¹⁷⁵ Voir modèle en annexe n° 1 .

En tant que gestionnaire du domaine public, l'Ex ODEP accordait des OTDP via une convention élaborée conformément aux dispositions des dahirs de 1914 et 1918 précités.

L'occupation était donnée pour une durée de 10 années renouvelables une fois (article 6 du dahir de 1918, article 2 de la convention)

Dans le cas du non-respect, par le contractant, de ses obligations (cf. article 6 de la convention), l'Office était en droit de résilier le contrat avec les conséquences qui s'en suivent. C'est le cas, également, si l'intérêt général l'exige.

L'occupant rend les terrains dans leur état initial. Il peut être amené à démolir les constructions par ses propres moyens sans aspirer à une quelconque indemnité¹⁷⁶.

De ce qui précède, on constate donc, que le domaine public qui constitue, à titre principal, le siège du service public, connaît un régime juridique aux contours imprécis. C'est ainsi que les juges marocains ont été attentifs à la position du Conseil d'Etat en France qui, après avoir affirmé que l'on ne pouvait pas accorder de droits réels sur le domaine public, a admis, peu de temps après, que l'occupant du domaine public pouvait être propriétaire des installations qu'il y avait édifiées et ce, pour la seule durée de l'autorisation domaniale. Il a, cependant fixé une réserve à ce droit de propriété, c'est que les installations en cause ne participent pas au fonctionnement du service public.

Cette évolution de la jurisprudence, même si elle est parfois « déroutante » de l'avis de certains juristes, témoigne de la volonté de concilier les impératifs du service public avec les intérêts du secteur privé.

Cependant en application du principe de l'inaliénabilité du domaine public, les autorisations d'occupation délivrées sont précaires et révocables. L'administration peut donc d'une part, ne pas procéder au renouvellement¹⁷⁷ d'une autorisation et, d'autre part, retirer une autorisation avant le terme prévu. Ce caractère précaire, inhérent à toutes les OTDP et à certaines concessions, est né d'une volonté de protéger le domaine public, empêche l'occupant privatif de bénéficier d'un véritable droit au maintien de son autorisation d'occupation. Or, il n'est pas rare que le concessionnaire ou l'occupant ait réalisé des investissements afin de mettre en valeur le bien concédé. Ce dernier court, en conséquence, un risque financier certain, même s'il est averti du caractère temporaire de l'autorisation dont il bénéficie.

La question qui se pose est de savoir si l'occupant du domaine public peut-il revendiquer un droit de propriété sur les ouvrages qu'il réalise ? La règle est que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue. Or, les contraintes de

¹⁷⁶ Le code civil français de 1802 classait les ports dans le domaine public. Son article 538 classa les ports, les havres et les rades dans les dépendances du domaine national. En 1839, les ports sont définitivement placés sous l'autorité de l'Etat. Du fait du classement des ports dans le domaine public, les règles d'inaliénabilité du domaine s'appliqueront ; les terrains portuaires ne pourront être cédés ; aucun droit réel, telle une hypothèque, ne pourra être constitué.

¹⁷⁷ Un arrêt récent de la Cour de Justice de l'Union européenne va entraîner une évolution de la situation. Sur le fondement de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, la Cour estime que lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté du bien ou des capacités techniques utilisables, le renouvellement des autorisations domaniales doit donner lieu à une mise en concurrence. C'est-à-dire que non seulement ils n'ont aucun droit au renouvellement de leur autorisation, mais que le gestionnaire du port ne pourra pas les renouveler librement.

la domanialité publique semblent, à priori, incompatibles avec l'exercice d'une telle liberté. Le juge administratif est peu disposé à se référer aux dispositions du Code civil quand il s'agit du DP. Le juge Français a jugé il y a deux décennies que la reconnaissance de droits réels sur le domaine public était incompatible avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public. Le caractère tranchant de cette affirmation semblait répondre définitivement à la question relative à l'existence ou non du droit de propriété de l'occupant du domaine public.

S'il est reconnu que la propriété constitue, en raison de sa nature, « un droit absolu et exclusif », le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu « *d'assurer un juste équilibre entre l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit de propriété* ». La jurisprudence administrative Française s'inspire de celle du Conseil Constitutionnel selon laquelle : « *Les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété* ».

Par conséquent, non seulement l'occupation du domaine public est précaire et révocable et n'est pas créatrice de droits au profit de son bénéficiaire, lequel ne peut revendiquer un droit au renouvellement de son autorisation mais il doit supporter, sans indemnité, les frais de modification ou de déplacement de ses installations ou les conséquences dommageables des travaux réalisés dans l'intérêt du domaine occupé .

Depuis près de deux décennies en France et depuis la promulgation de la loi 15-02 au Maroc, la rigueur des règles de la domanialité publique tend à s'assouplir à certains égards, comme pour la reconnaissance de droits réels au profit des occupants, mais également avec la possibilité du déclassement législatif¹⁷⁸. Il faut ajouter l'évolution jurisprudentielle par exemple c'est le cas avec l'interprétation libérale faite par le Conseil d'Etat des dispositions de la loi relative à la nationalisation de l'électricité, le conduisant à conclure que les biens de cet établissement public ne relèvent pas de la domanialité publique .

Tandis que cet assouplissement de la domanialité publique se dessine et que le caractère « absolu » du droit de propriété s'atténue pour concilier ce droit avec l'intérêt général, la patrimonialisation des droits des occupants du domaine public peut s'envisager.

A signaler, à ce niveau, que l'Agence Nationale des Ports (ANP), en tant que gestionnaire du domaine public, a procédé à l'élaboration d'autorisations et de cahiers des charges d'occupation du domaine public qui rompent légèrement avec la convention d'OTDP en vigueur du temps de l'Ex ODEP.

La traditionnelle précarité est mise en relief par l'article 6 alinéa 4 qui dispose que « *quelle que soit la durée d'autorisation accordée au permissionnaire, l'Agence se réserve le droit de résilier cette autorisation pour cause d'intérêt public, à tout moment, sous réserve d'un préavis de trois mois* »

L'article 2 de l'autorisation d'occupation du DP est éloquent à cet effet, il précise clairement que « *l'autorisation d'occupation temporaire n'est pas constitutive de droits*

¹⁷⁸ Les terrains faisant partie du domaine public peuvent être déclassés par un texte et revenir au domaine privé de l'Etat pouvant faire l'objet de propriété.

réels. Les installations et constructions édifiées sur l'assiette du DP portuaire ne peuvent être ni cédées ni hypothéquées »

L'article 7 précise que *« toutefois, lorsque l'autorisation est révoquée pour des raisons autres que celles visées par le présent article, la révocation ouvre droit à indemnité au profit du permissionnaire, si celui-ci en subit un préjudice direct »*, auquel cas, il lui est demandé de prouver ce préjudice.

Au Maroc et, à l'instar de la « convention de terminal » en vigueur dans les Grands Ports Maritimes français, envisager un cadre contractuel global pourrait être une solution mais elle nécessiterait plus d'assouplissement des règles de la domanialité publique notamment, par une reconnaissance plus claire de droits réels au profit des opérateurs portuaires et de leur donner la possibilité d'accorder des hypothèques pour garantir leurs emprunts réalisés pour les opérations d'aménagement dans l'intérêt du port et, enfin, instaurer une indemnité en cas d'éviction pour un motif d'intérêt général.

A signaler enfin, que les tribunaux Marocains n'ont pas eu l'occasion de prononcer sur ces aspects particuliers, ils ne leur sont soumises que les questions relatives à la nature juridique du contrat OTDP et les effets des clauses le composant.

Qu'en est-il de la réglementation française ?

Sous-section 2 : Le régime du domaine public en droit Français :

Mesurant les répercussions que la domanialité publique a nécessairement sur le mode de gestion des terminaux et, par conséquent, sur la compétitivité des ports, le législateur Français a engagé une réflexion sur la domanialité publique qui a abouti à l'émergence du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques¹⁷⁹ en 2006. La volonté de repenser et de réduire la consistance du domaine public, permettant ainsi de se soucier davantage des intérêts des opérateurs portuaires, a clairement été affichée dès l'exposé des motifs de l'Ordonnance du 21 avril 2006¹⁸⁰. Le domaine public portuaire est indiqué depuis cette date sous la nouvelle terminologie de « domaine public maritime artificiel »¹⁸¹, ainsi qu'une définition nouvelle donnée au niveau de l'article L 2111-1 de ce code¹⁸². La domanialité publique s'appuie toujours sur le service public, mais un « aménagement spécial » est désormais requis.

¹⁷⁹ Code général de la propriété des personnes publiques institué par l'Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006.

¹⁸⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relatif à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, J.O. du 22 avril 2006, p. 6016 : *« Il s'agit de proposer une définition qui réduit le périmètre de la domanialité publique. C'est désormais la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable pour concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public, qui déterminera de façon objective l'application à ce bien de la domanialité publique. De la sorte, cette définition prive d'effet la théorie de la domanialité publique virtuelle »*.

¹⁸¹ C'est-à-dire la partie du littoral qui a fait l'objet d'un aménagement par l'homme comme un port maritime par exemple.

¹⁸² L'article dispose : *« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service »*.

Il faut noter qu'en France, et devant le silence de la loi, le gestionnaire du DP est libre de choisir le régime domanial qui lui paraît le mieux adapté

§1- Fondement juridique du domaine public en France :

Pour être qualifié comme faisant partie du domaine public portuaire, le bien concerné doit être à la fois propriété publique et avoir une affectation publique. C'est l'ensemble des biens, surtout des immeubles, appartenant aux ports et qui servent les besoins du service public portuaire.

Ces biens sont composés des hangars publics, des quais portuaires, des terrains aménagés où sont installées les entreprises du port qui, afin d'exercer leurs activités, les doivent avoir une autorisation, délivrée par l'autorité portuaire, leur permettant d'occuper le domaine public en question.

En France, le DP est influencé par le droit communautaire (A) ainsi que par la réalité portuaire du pays (B).

A- L'occupation du domaine public portuaire et le droit communautaire :

Au niveau communautaire, il n'existe pas de politique portuaire commune. Le droit communautaire n'impose pas l'harmonisation des régimes portuaires et il revient à chaque Etat d'en définir ses propres modalités. Plus encore, le droit de l'UE ne consacre pas un régime de la domanialité publique qui relève, plutôt, des droits internes des Etats membres. La perception du DP n'est pas la même dans tous les Etats membres de l'UE. Dans ce sens, la Cour de Justice de l'Union Européenne avait jugé que la domanialité publique ne peut avoir d'incidences sur les conditions d'exercice des activités économiques. Toutefois, le droit européen a consacré la liberté économique comme celles relatives aux prestations de services ou aux libertés de circulation des capitaux. Ainsi, le droit de la concurrence s'applique aux activités économiques exercées sur le DP portuaire comme partout ailleurs. Seules des raisons impérieuses d'intérêt général permettent d'y déroger. C'est ainsi qu'à propos de l'Occupation du DP, le CE avait jugé que le gestionnaire de ce domaine devait prendre en compte la liberté de commerce et de l'industrie et le respect du droit de la concurrence.

Cependant, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), soumet l'ensemble des activités économiques, même exercées par une personne publique, aux règles du droit de la concurrence, au rang desquels se trouvent la liberté des prestations des services, la libre circulation des marchandises et l'interdiction d'abus de position dominante ou d'entente. Elle a jugé que les libertés et les principes fondamentaux consacrés par le Traité des communautés européennes, étaient applicables aux activités portuaires annexes au transport¹⁸³.

La jurisprudence communautaire reconnaît, également, que les ports maritimes de commerce sont des « entreprises » au sens du droit communautaire¹⁸⁴ et ce, sans égard à leur

¹⁸³ CJCE 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova Spa*, aff. C-179/90, Rec. CJCE, I, page 5889

¹⁸⁴ L'entreprise au sens du droit communautaire est définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », CJCE 23 avril 1991 – *Höfner c/ Macreton* – affaire n° C-41/90

statut. Méconnaissant dans une large mesure la notion de service public¹⁸⁵ et ignorant le régime de la domanialité public¹⁸⁶, elle retient simplement que les activités de manutention, de stockage et de mise à disposition de terrains ou outillages aux usagers portuaires qui constituent les activités essentielles du port, ont un caractère économique indiscutable.

Le jeu de la libre concurrence entre entreprises s'appréciera à l'échelle d'un marché déterminé dans une zone géographique portuaire, davantage que dans un seul port. Le marché doit être ouvert aux choix des mêmes opérateurs, impliquant un même usage des produits et services d'un même marché. Toute restriction à la liberté du marché devra se justifier au regard du fonctionnement de l'institution concernée. L'existence d'un service public est insuffisante à elle seul pour justifier une exception au droit de la concurrence.

La prise en considération du droit communautaire est croissante en droit interne Français et dans la jurisprudence¹⁸⁷ comme dans les textes réglementaires adoptés. La convention d'exploitation de terminal en est un exemple.

Certains regrettent, cependant, la position jugée timide de l'Union Européenne dans la mise en place de la libéralisation des services portuaires. Le projet de directive relative à l'accès au marché de service portuaire, élaboré par la Commission des communautés, a été une seconde fois rejetée par le Parlement Européen, le 18 janvier 2008, sous la pression de plusieurs organisations professionnelles opposantes.

La politique communautaire et son intégration dans les législations et jurisprudences nationales ont contribué fortement à limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité portuaire dans sa gestion portuaire. En effet, le Livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes marque l'intérêt de la Commission Européenne pour les questions portuaires. Il constitue un document de réflexion visant à susciter un débat au sein des instances communautaires et avec tous les acteurs portuaires. Mais il est clairement présenté comme un premier pas vers la mise en place d'une politique portuaire européenne plus structurée.

B - Le port français et le régime de domanialité publique

Réel enjeu de la croissance économique, l'occupation du domaine portuaire par les industries créatrices de richesse demeure soumise à un régime bien particulier, considéré par tous comme étant « archaïque » qui est celui de la domanialité publique. Il est, également, jugé comme étant en décalage apparent avec le développement économique des ports et la libéralisation du commerce¹⁸⁸.

Comment se présente alors le régime de la domanialité publique en France ?

a) La complexité de la réalité portuaire

Le monde portuaire est un monde complexe qui mêle l'intérêt du public et du privé, rendant ainsi difficile sa pleine insertion dans un contexte totalement concurrentiel.

¹⁸⁵ CJCE 17 juillet 1997 – GT-Link – Aff. n° C-242/95, Rec. p. I-4449 point 52, DMF 1997 p. 848, Gueguen-Hallouët et R. Rézenthel

¹⁸⁶ CJCE 27 novembre 2003 – Enirisorse – Aff. n° C-34/01 à 38/01 point 33

¹⁸⁷ CE Sect. 26 mars 1999, société EDA, AJDA 1999 p. 427 concl. J-H Stahl et note M. Bazex

¹⁸⁸ Intervention du Professeur C. Lavialle, cité par R. Rézenthel, Colloque de droit comparé, « L'implantation des entreprises privées sur le domaine public affecté aux transports », DMF n° 595, juillet-août 1999, p. 682

Si le régime de la domanialité publique s'applique par un souci de « logique », il doit, selon les économistes, pouvoir concilier la logique du marché et la gestion et l'exploitation des installations portuaires. Les ports maritimes ne doivent plus être considérés uniquement comme un lieu d'exercice d'un service public portuaire mais plutôt comme un pôle de développement économique.

Etant des établissements publics de l'Etat, les ports assurent, concurremment, une mission de service public à caractère administratif, avec notamment l'aménagement, l'entretien, la police des aménagements et l'accès au port ainsi qu'une activité de nature industrielle et commerciale avec, en particulier, l'exploitation des outillages portuaires¹⁸⁹. D'où la référence qui a été faite au « double visage »¹⁹⁰ du domaine public portuaire.

Historiquement, l'intervention de l'Etat dans le domaine portuaire a toujours été importante en France. Nombre de ports sont nés de l'initiative de la puissance publique. Le rôle de l'Etat demeure encore de nos jours, prépondérant. Les politiques portuaires décident des investissements à faire et des réformes à adopter. L'Etat exerçait, également, la tutelle des Ports Autonomes maritimes et gérait les ports d'intérêt national. Il y consacrait chaque année entre 100 et 150 Millions d'euros de crédits budgétaires depuis 1999¹⁹¹.

Aujourd'hui, l'Etat n'est plus le seul acteur de ce secteur qui était déjà ouvert à la concurrence. Depuis les lois de décentralisation, les collectivités territoriales contribuent aussi de plus en plus au financement des investissements des ports et de leurs dessertes. Depuis plusieurs années, les grands armements et les opérateurs de la manutention s'engagent, eux aussi, dans les stratégies de développement des ports maritimes. Ils ont investi, depuis 1980, plus de 4 Md€ dans des opérations de modernisation et de développement financées à hauteur des deux tiers par des fonds publics.

A la complexité née de l'intervention d'acteurs multiples, s'ajoute la complexité née de l'absence de définition claire des notions clés de « port », de « domanialité publique portuaire ».

A l'instar de la notion de « terminal », la notion de « port » est absente de la loi française¹⁹², exception faite des délimitations administratives de la zone portuaire mentionnées à l'article R 151-1 du Code des Ports Maritimes¹⁹³. La référence n'est pas d'une

¹⁸⁹ L'article L111-2 du Code des ports maritimes définit les missions des ports autonomes en ces termes : « Le port autonome est chargé, à l'intérieur des limites de sa circonscription, et dans les conditions définies ci-après, des travaux d'extension, d'amélioration, de renouvellement et de reconstruction, ainsi que de l'exploitation, de l'entretien et de la police, au sens des dispositions du livre III du présent code, du port et de ses dépendances et de la gestion du domaine immobilier qui lui est affecté. ».

¹⁹⁰ « L'utilisation du domaine public portuaire » J. Rosgovas, mémoire sous la direction de Me C. Scapel, Aix Marseille III, 2005, p. 4 à 9, « Le double visage du domaine public portuaire. ».

¹⁹¹ Chiffre donné par la Cour des comptes dans son rapport public thématique sur « Les ports français face aux mutations du transport maritime : urgence de l'action », juillet 2006, p.1

¹⁹² R. Rézenthel « Le port maritime à la recherche d'une identité », Revue Espaces et ressources maritimes 1998, n°12, p. 167 (éd. Pédone).

¹⁹³ Article R 151-1 du Code des ports maritimes, modifié par Décret n°83-1244 du 30 décembre 1983 – art. 1 JORF 3 janvier 1984, modifié par Décret n°83-1244 du 30 décembre 1983 – art. 9 JORF 3 janvier 1984 : « *Il est procédé à la délimitation des ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat, du côté de la mer ou du côté des terres, par le préfet sous réserve des droits des tiers.* ».

grande aide et se révèle n'être qu'une « présomption simple »¹⁹⁴. En effet, la jurisprudence ajoute aux hésitations en adoptant une position fluctuante dans la définition du « port » dont les critères ne sont pas clairement fiables.

Par exemple, le Conseil d'Etat a pu juger que l'aménagement de quais de déchargement sur l'une des berges d'un canal existant pouvant recevoir jusqu'à cinq péniches constitue un port¹⁹⁵, alors que dans une autre affaire, il a qualifié un ouvrage ne pouvant recevoir que quelques embarcations de plaisance, de « petite installation portuaire »¹⁹⁶.

La Haute Assemblée a, également, pu qualifier d'équipement portuaire des installations établies dans le cadre d'une concession de plage artificielle et destinées à être utilisées par des moyens nautiques légers à voile¹⁹⁷.

On notera que la Convention de Genève des Nations Unies du 9 décembre 1923 portant statut international des ports maritimes les définit comme des zones d'accueil des navires affectées à titre principal au trafic maritime.

La Commission européenne, par l'intermédiaire de son groupe de travail portuaire, a défini le port comme « une superficie de terrain et d'eau comprenant des aménagements et des installations permettant principalement la réception des navires de mer, leur chargement et leur déchargement, le stockage des marchandises par des moyens de transport terrestre et pouvant comporter également des activités d'entreprises liées aux transports maritimes »¹⁹⁸. Ce texte a une approche plus pragmatique et fonctionnelle qu'organique. Tout comme la jurisprudence française, il ne retient pas le critère administratif.

En droit français, l'exploitation de terminal, comme celle des autres activités portuaires, est largement dépendante des régimes juridiques de la domanialité publique et du service public, ce qui n'est pas pour encourager la venue de capitaux privés.

b) Problèmes propres au domaine public :

Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la doctrine Française en général réservait le régime de la domanialité publique aux biens affectés à l'usage de tous et non susceptibles de propriété privée par leur nature.

Mais cette conception a été contestée après vu qu'il n'existe pas de biens qui ne puissent faire l'objet d'une appropriation privée par l'homme et que, par conséquent, la domanialité publique ne peut résulter de la nature des choses mais seulement de leur

¹⁹⁴ « La gestion privatisée des terminaux dans les ports maritimes », R. Rézenthel, JMM, 3 décembre 1993, n°3859, p. 2969.

¹⁹⁵ CE, 13 juillet 1965, Min. Int. et préfet Meurthe-et-Moselle, et Synd. de défense des copropriétaires exploitants et non-exploitants, fermiers, horticulteurs de Fleuville-devant-Nancy, Ludres, Houdemont, La Neuville et Richardmesnil et a. : Rec. CE 1965, p.438

¹⁹⁶ CE, 14 mars 1986, n°40105, Sté du « domaine des Barbaresques » c/ Ferrari

¹⁹⁷ CE, 4 novembre 1987, secr. D'Etat Mer c/ Paz : Rec. CE 1987, p. 345

¹⁹⁸ Commission européenne – ESPO, Report of an enquiry into the current situation in the major community sea-ports, Rapport, publication ESPO, Bruxelles, 1996, p. 7

affectation à l'usage de tous. Puis progressivement et avec l'évolution des règles de gestion et la précisions du concept, ce critère d'affectation a été précisé et complété par celui *d'affectation aux services publics*.

Cette évolution a conduit les rédacteurs du projet de réforme du code civil de 1947 à s'accorder sur une définition du domaine public qui inspira largement la jurisprudence. Ils ont rattaché au domaine public l'ensemble des biens des collectivités publiques qui sont, soit mis à la disposition directe du public usager, soit affectés à un service public, du moment que, le cas échéant, ces biens soient, par nature ou par des aménagements particuliers, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ces services.

Cette définition retient donc concurremment les critères d'affectation à l'usage du public et aux services publics. En effet, en droit positif, pour qu'un bien fasse partie du domaine public, il faut qu'il remplisse des conditions de fond, c'est-à-dire qu'il réponde à certains critères.

De même, la théorie du « domaine public virtuel » pose problème à raison de l'incertitude qu'elle fait peser sur le statut domanial du bien en question et ce, avant comme après l'entrée en vigueur du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques.

A ce sujet, dans une décision rendue le 8 avril 2013¹⁹⁹, le Conseil d'Etat, en précisant les conditions de soumission au régime de la domanialité publique d'un bien dont l'aménagement spécial est projeté de manière certaine mais non encore réalisé, a apporté des précisions quant à l'appartenance de biens au domaine public sur le fondement de la théorie du domaine public virtuel. Le Conseil d'Etat juge que l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du CGPPP n'a eu pour effet de déclasser des dépendances du domaine public soumises au principe de la domanialité publique en vertu de la théorie de la « domanialité publique virtuelle. Mais cette jurisprudence n'a pas réglé le problème que pose la définition même du DP ; Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo, édition Publique avait estimé que dans cette décision « *le Conseil d'Etat n'a pas choisi cette voie (DP virtuel), aurait-il été souhaitable de revenir sur la jurisprudence "Eurolat"*²⁰⁰, *seule solution à même d'exclure définitivement des conditions d'incorporation au domaine public la théorie du domaine public virtuel* ».

c) la liberté contractuelle dans la gestion des OTDP

L'acte contractuel conclu dans le cadre de l'occupation du domaine public relève, en France, du code des transports qui énumère plusieurs régimes juridiques sans en impose formellement un. Le principe dans ce régime est la liberté contractuelle mais la nature juridique de la convention peut induire une procédure d'instruction préalable à sa conclusion comme ceci peut être le cas pour les concessions d'outillages publics, les autorisations d'outillage privé avec obligation de service public.

¹⁹⁹ CE 3° et 8° s-s-r., 8 avril 2013, n° 363 738, publié au recueil Lebon

²⁰⁰ Dans cette décision, le CE a rappelé que la « *théorie de la domanialité publique virtuelle* » trouve à s'appliquer aux biens des personnes publiques dont l'affectation à un service public était certaine avant l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques. Il souligne ainsi que, dès lors qu'une personne publique avait prévu d'affecter un bien à un service public et avait prévu de façon certaine de l'aménager à cet effet, le bien était immédiatement soumis aux principes de la domanialité publique, et ce sans que la circonstance qu'il n'ait pas encore fait l'objet de cet aménagement n'y fasse obstacle.

S'agissant des conventions de terminal, l'article R 5312-85 du code des transports dispose qu'elles sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. Or, l'occupation du domaine public portuaire, doit impérativement donner lieu à un titre, telle est la position du Conseil d'État. Une telle mesure est cependant susceptible de connaître des exceptions. Un débat a été mené en France sur la nécessité ou non d'organiser une mise en concurrence en vue d'accorder des autorisations d'occupation temporaire du domaine public. Il convient préalablement de rappeler que le gestionnaire du domaine public n'est jamais tenu d'accorder des autorisations d'occupation privatives.

Pour le juge administratif cette faculté « *n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public* »²⁰¹. Jusqu'à cette date, le Conseil d'État jugeait qu'une simple autorisation d'occupation du domaine public ne nécessitait une procédure de mise en concurrence.

Toutefois, la situation a évolué dans le sens contraire incitant à instaurer cette obligation. C'est ce qui ressort des conclusions d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne, édictant cette formalité, sur la base de la directive n° 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services²⁰² dans le marché intérieur. Selon la haute instance, la mise en concurrence est concevable « *dans l'hypothèse spécifique dans laquelle le nombre d'autorisations* ²⁰³ *disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables* »²⁰⁴. En effet, l'article 12 de la directive traite des cas typiques dans lesquels, tenant compte de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques disponibles, le nombre d'autorisations à pourvoir pour une activité est limité. Le cas échéant, la directive prévoit que les États membres peuvent soumettre une activité d'exploitation économique à un régime d'autorisation

En droit français, l'article L2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques stipule que « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique ». Donnant application de cette règle dans ses conclusions lors du litige soumis au Conseil d'Etat « SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE DU PORT DE BOULOGNE (SIPB)²⁰⁵ », le rapporteur public avait recommandé d'écarter la possibilité d'octroi des autorisations verbales d'occupation du domaine public sur la base des principes généraux de la domanialité publique, vu que ledit domaine est affecté à l'usage de tous et qu'il n'est acquis d'y bénéficier d'une autorisation d'occupation privative. Le motif tel qu'avancé paraît justifié mais nécessite quelques nuances, notamment en cas de présence de clientèle spécifique. Par ailleurs, la jurisprudence admet depuis quelque temps que l'occupant

201 Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, 29/10/2012, 341173, Publié au recueil Lebon

202 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376, p. 36).

203 A signaler qu'au sens de la directive n° 2006/123, les concessions pouvant faire l'objet des affaires soumises à la cour peuvent être qualifiées d' « autorisations ».

204 Cour de Justice de l'UE, communiqué de presse n° 77/16, Luxembourg, le 14/07/2016. Arrêt dans les affaires jointes C-458/14 et C-67/15 décision concernant les ports italiens.

205 CE (Sec.) - 19 JUIN 2015 No 369558

du domaine devient propriétaire des ouvrages qu'il réalise pendant la durée de l'autorisation domaniale²⁰⁶, mais à défaut de titre on se trouve dans l'incapacité d'établir cette durée. Ce droit de propriété temporaire n'est pas reconnu pour les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public comme l'a souligné le CE par sa décision du 21 avril 1997 dans l'affaire du ministre du budget c/ société Sagifa, req no 147602, *RFDA* 1997 p. 935 note E. Fatôme et Ph Terneyre.

C'est dire qu'un mouvement de fond semble s'être engagé en faveur d'une conception renouvelée de la domanialité publique et du service public.

Mais la question qui se pose est celle de savoir quel est le support contractuel de l'occupation du DP en France ?

§2- L'aspect contractuel du domaine public en France :

Jusqu'à la fin des années 1990, les différents cadres juridiques et financiers existants privaient les opérateurs de leur liberté tarifaire et ne les incitaient pas à investir dans les terminaux qu'ils exploitaient dans le cadre, précaire, des conventions d'occupation du domaine public.

La volonté des armateurs de disposer de terminaux affectés à leur usage exclusif, à partir desquels ils peuvent structurer une offre combinée de logistique et de desserte terrestre, et leur implication croissante au travers des opérateurs, au financement des nouvelles capacités de traitement, ont rendu nécessaire un nouveau cadre juridique et financier d'exploitation des terminaux.

Le décret du 9 septembre 1999 a instauré la possibilité de conclure des Conventions d'Exploitation de Terminal dont la convention type a été approuvée par le décret du 19 juillet 2000. Les modalités d'approbation des conventions qui dérogent à la convention type ont été modifiées par le décret du 28 décembre 2005.

Avec l'entrée en vigueur de la réforme portuaire en 2008, les Conventions de Terminal succédèrent aux Conventions d'Exploitation de Terminal (CET) lancées en 1999/2000 et qui avaient rencontré un succès mitigé. En effet, l'article 9 du Décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008 pris en application de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire et portant diverses dispositions en matière portuaire précise que « *Lorsqu'un grand port maritime est substitué à un port autonome, les autorisations ou conventions conclues au titre du II ou du III de l'article R. 115-7 du code des ports maritimes par le port autonome restent en vigueur et valent convention de terminal au titre de l'article R. 105-1 du même code* ». Le livre Ier du code des ports maritimes complété par le même décret précise dans son article Art. 105-4. Que « *Un arrêté des ministres chargés des ports maritimes et de l'économie précise les points qui doivent figurer dans la convention de terminal* ». Ce fut le cas par la promulgation de l'arrêté du 20 mars 2009 pris en application de l'article R. 105-4 du code des ports maritimes.

Quels sont alors les principes fondateurs de ce support contractuel ?

²⁰⁶ CE 23 juin 1993, Société sicer, req no 111569 ; CE ass 21 décembre 2012, commune de Douai, req no 342788.

Il est à rappeler qu'il n'y a pas un régime juridique pour l'occupation du domaine public portuaire qui était imposé par le code des transports ou le code général de la propriété des personnes publiques. Ceci, a ouvert la voie aux autorités portuaires pour disposer d'un espace de liberté dans le but de rénover sur le plan de l'outil juridique dans le strict respect des principes de la domanialité publique. C'est ainsi que certains ports autonomes ont établi, malgré l'inexistence des textes le permettant, la «convention d'exploitation de terminal », afin de disposer d'un régime juridique permettant d'affronter efficacement la concurrence. En effet, le régime de la concession était inapproprié dans un environnement concurrentiel marqué par un dirigisme et un contrôle rigoureux à l'égard des concessionnaires. Dans ce sens, l'expérience engagée au port de Dunkerque (premier port ayant adopté l'expérience de la convention d'exploitation du terminal en France) étant concluante, le Gouvernement a introduit ce régime dans le code des ports maritimes avec le décret n° 99-782 du 9 septembre 1999. La loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire a transformé ce régime en « convention de terminal ». Malgré une terminologie très proche, les deux régimes sont soumis à des règles distinctes (voir supra).

Ce n'est qu'avec la réforme que le code des ports maritimes et le code des transports ont fait référence, à titre indicatif, à des régimes d'occupation du domaine public portuaire. Toutefois, la jurisprudence administrative²⁰⁷ a laissé le choix, au gestionnaire de ce domaine, quant aux modalités d'occupation.

Conçues sur le modèle des conventions d'occupation du domaine public, les Conventions d'Exploitation de Terminal (CET) créés en 1999²⁰⁸, devenue convention de terminal, se composaient à la fois de dispositions traditionnelles visant à protéger l'affectation du domaine public et de dispositions innovantes dont le but est d'augmenter le trafic et la qualité du service notamment par le jeu d'incitations financières.

Si ces règles sont, à l'évidence, signe d'un progrès dans le secteur, leur impact reste limité en pratique.

A-La « convention de terminal » remplace la « convention d'exploitation de terminal » :

La convention d'exploitation de terminal était envisagée pour les Ports Maritimes Autonomes, mais rien n'empêchait les autres autorités portuaires de s'en inspirer.

Les ports faisant recours à ce mode de gestion du domaine public et voulant conclure ces conventions devaient se conformer à un modèle de convention type, approuvée par décret²⁰⁹. Le principe est que si l'établissement public portuaire disposait du pouvoir de choisir le régime d'occupation de son domaine public, sa liberté contractuelle était, en revanche, encadrée par les stipulations de cette convention type.

²⁰⁷ CE, décision du 27 mars 2015, *Aff. société Nautech c/ Grand port maritime de Marseille*, req n° 388831.

²⁰⁸ Décrets n° 99-782 du 9 septembre 1999 modifiant le code des ports maritimes et n° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le code des ports maritimes.

²⁰⁹ Décret n° 2000-682 du 19 juillet 2000 approuvant la convention type d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes et modifiant le code des ports maritimes, JO du 21 juillet 2000 p. 11203.

En contrepartie, la convention d'exploitation de terminal accordait à l'opérateur une liberté de gestion de l'espace loué, plus importante que celle dont jouissaient les concessionnaires d'outillage public. L'objectif était de rendre attractive pour les investisseurs privés l'exploitation des terminaux.

Ce régime présentait, il faut le souligner, des désagréments quant à l'application du droit de la concurrence, particulièrement du fait que l'autorité portuaire disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour conclure des conventions d'exploitation de terminal. En outre, si le principe veut que le gestionnaire du domaine public doit respecter le droit de la concurrence et prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie²¹⁰ et vu que la gestion du domaine public constitue un service public administratif²¹¹, impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique, l'Autorité de la concurrence ne s'estime pas compétente²¹² pour apprécier les infractions au droit de la concurrence commises par le gestionnaire dudit domaine, cette situation subsiste encore avec la nouvelle forme de la convention. Dès lors, ce sont les juridictions administratives qui tranchent ce genre de différent. Cette coexistence de juridiction rendait moins opérant le contrôle et la l'éventualité de sanctionner ceux qui transgressent les règles du droit de la concurrence.

La convention d'exploitation de terminal était régie par des règles et des procédures propres ne relevant pas du régime de la délégation de service public telle que découlant de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée. Elle était plutôt assimilée à une autorisation d'occupation du domaine public portuaire comportant des obligations de service public. La jurisprudence avait, en effet, admet que ces autorisations peuvent exister sans, pour autant, être qualifiées de délégation de service public²¹³. C'est le cas, par exemple, de l'aménagement d'une galerie commerciale au port de Marseille pour lequel le Conseil d'État avait jugé que « *Si des prescriptions sont imposées à l'aménageur par le cahier des charges de la consultation, elles s'inscrivent dans le cadre des obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine ; que le port ne confie aucune prérogative de puissance publique à son cocontractant et ne lui accorde aucun soutien financier ; que s'il dispose, en vertu du cahier des charges, de la possibilité d'exercer un contrôle sur la programmation des actions de promotion et d'animation, cette circonstance ne peut être regardée comme lui donnant un droit de regard sur l'activité de son cocontractant ; que si ce projet doit améliorer l'accueil des voyageurs et concourt ainsi à la valorisation du terminal, cette seule circonstance, eu égard aux modalités de l'opération, ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public* »²¹⁴.

La loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire a instauré un nouveau régime d'occupation du domaine public portuaire dans les GPM, dénommée la « convention

²¹⁰ CE, sect 26 mars 1999, Aff. société EDA, AJDA 1999 p. 427 concl. J-H Stahl, note M. Bazex.

²¹¹ CE, décision du 18 décembre 1989, Aff. Port autonome de Paris c/ Auvray, req n° 71994.

²¹² Autorité de la concurrence décision n° 10-D-13 du 15 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention portuaire pour le transport de conteneurs au port du Havre.

«Haro sur le Yalta havrais de la manutention : une nouvelle contribution au processus de diffusion des préoccupations concurrentielles aux activités portuaires ? » Gaëlle Gueguen - Hallouët, Revue du droit des transports 2010 p. 18.

²¹³ CE, décision du 19 janvier 2011, Aff. CCI de Pointe-à-Pitre, req n° 341669.

²¹⁴ CE, décision du 10 mars 2006, Aff. société Unibail management C/ Port Autonome de Marseille, req n° 284802.

de terminal » qui se substitue à celui de la « convention d'exploitation de terminal » (Art. R 5312-9 du code des transports).

Selon l'article R 5312-84 du code des transports, la conclusion des conventions de terminal intervient « à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire »²¹⁵. Aussi, ses clauses doivent être rédigées dans le respect des principes communément admis de la commande publique qu'on peut résumer en trois « la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »²¹⁶. A la différence de la convention d'exploitation de terminal qui nécessitait le respect d'une convention type approuvée par décret, la convention de terminal doit seulement compléter les rubriques imposées par l'arrêté interministériel du 20 mars 2009 pris en application de l'article R 5312-86 du code des transports.

B-La Conventions d'Exploitation face aux défis du partenariat :

Il est certain que la convention de terminal portuaire (CT) fait partie de la catégorie des contrats relevant de la commande publique vu que, contrairement à une concession domaniale²¹⁷, le projet, objet du CT, est lancé par l'autorité portuaire à l'initiative d'un occupant éventuel. La CT emportant occupation du domaine public portuaire est un contrat de nature administrative²¹⁸. Cette convention ne peut constituer une concession de service public que si elle répond aux critères inhérents à cette catégorie de contrat. L'article R 5312-86 du code des transports dispose que « *Un arrêté des ministres chargés des ports maritimes et de l'économie précise les points qui doivent figurer dans la convention de terminal* ». Le déploiement de ces points relève de la libre négociation entre les parties au contrat.

L'arrêté interministériel du 20 mars 2009 pris en application de l'article précité n'impose pas de fixer des objectifs de trafic dans la convention de terminal. Toutefois, l'arrêté exige que les parties définissent leurs responsabilités respectives en matière d'exploitation et d'entretien du terminal en leur laissant la liberté de déterminer les modalités du partage des charges correspondantes. De même, les conditions d'exploitation technique et commerciale du terminal devant être mentionnées dans la convention ne confèrent pas automatiquement à l'autorité portuaire un pouvoir d'organisation et de contrôle des activités de manutention. Dès lors, les parties peuvent prévoir une répartition équilibrée des charges et des risques de l'exploitation du terminal et laisser la liberté à l'opérateur de définir sa politique commerciale et ses conditions tarifaires. Dans ce cas, la convention de terminal ne saurait être qualifiée de « concession » quoiqu'au regard du droit interne français, un doute peut subsister sur la qualification de concession. A ce sujet, le Conseil d'État avait spécifié que le Grand Port Maritime est chargé selon la loi de valoriser le domaine qui lui appartient ou qui lui est remis en gestion. Cette prescription n'implique pas obligatoirement le recours à la concession, la Haute Juridiction a admis que même les conventions d'occupation du domaine

²¹⁵ Jusqu'à la réforme portuaire, sauf pour les concessions d'outillage public et les conventions de terminal, l'octroi des autorisations d'occupation du domaine public n'était pas soumis obligatoirement à une procédure de mise en concurrence.

²¹⁶ CE, décision du 23 décembre 2009, 7ème et 2ème sous-sections réunies, Aff. Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, req n° 328827 et CE, décision du 30 juillet 2014, Aff. société Lyonnaise des eaux, req n° 369044.

²¹⁷ CE, décision du 10 mars 2006, Aff. société Unibail management, req n° 284802.

²¹⁸ CE, décision du 16 mars 2010, Aff. M. A... et Mme B..., req n° 328961

public²¹⁹ pouvaient répondre à cette mission, de même que toute fonction utile pour atteindre l'objectif de valorisation dudit domaine.

Si l'on veut comparer, entre les deux versions des conventions, le premier élément porte sur le partage des risques entre les parties ; Les CET comportaient des dispositions destinées à en protéger l'affectation (droit de retour, modalités d'indemnisation à l'issue de la convention ou en cas de résiliation anticipée). Leur principale innovation réside dans les incitations financières visant à une augmentation effective du trafic et de la qualité de service, telle l'indexation de la redevance domaniale par rapport aux objectifs de hausse de trafic, et dans l'instauration de pénalités en cas de non réalisation.

L'analyse des conventions et des projets de convention montre, toutefois, que l'établissement public portuaire conserve en réalité l'essentiel des risques commerciaux.

Les CET sont par ailleurs limitées dans leur champ aux seules superstructures. Cette restriction est, techniquement et économiquement, contestable dans la mesure où la qualité, l'entretien et la disponibilité des infrastructures contribuent à la performance des terminaux.

Ainsi, la convention de terminal a-t-elle un caractère hybride, entre la convention d'occupation du domaine public et le contrat de concession globale. Le partage des risques entre le port et l'opérateur ne donne en outre à aucun d'entre eux la pleine maîtrise économique et financière de l'entité que constitue un terminal. En ne permettant pas une allocation claire des risques, les CET ne garantissent ni une répartition juste et équitable des gains économiques et financiers des hausses de trafic entre les deux parties concernées, ni une adaptation du montant des fonds publics à la rentabilité socio-économique des projets.

La Cour des Comptes avait soulevé dans son rapport de juillet 2006 qu'il importait que soit clairement défini ce qui est de la compétence des ports et ce qui peut ou qui doit être laissé à l'initiative et à la responsabilité des opérateurs privés et sous quelle forme. En effet, la répartition des responsabilités entre l'Etat, le directeur de l'établissement portuaire et la communauté portuaire n'est pas suffisamment claire.

Suite à la réforme, en cas d'avis positif tel que décrit ci-dessus, une convention de terminal est conclue entre le port et l'exploitant. Cette convention, à l'instar de la CET porte sur l'exploitation du terminal et éventuellement sur la réalisation d'infrastructures, elle prévoit souvent des objectifs de développement de trafics et elle vaut autorisation d'occupation du domaine public. A rappeler que la convention de terminal (compatible avec tous les types de trafics et comprenant l'ensemble des volets outillage, foncier, personnels) est plus souple que l'ancienne convention d'exploitation de terminal (CET).

C- Les apports de la Convention de Terminal :

Les principes substantiels des services publics et de la domanialité publique caractérisent fatalement le droit des contrats qu'ils relèvent du droit administratif ou du droit privé d'autant plus, qu'une personne de droit public n'a pas, toujours, le pouvoir de choisir

²¹⁹ CE, décision du 27 mars 2015, Aff. société Nautech c/ Grand port maritime de Marseille, req n° 388831.

entre le recours au contrat et la voie réglementaire. Issue de la réforme portuaire du 4 juillet 2008, la Convention de Terminal (CT)²²⁰ a été instaurée pour rendre les GPM français plus performants et mieux compétitifs.

a- La conclusion de la CT :

La réforme portuaire française de 2008 a instauré ce corpus appelé convention de terminal pour les GPM afin de les rendre plus compétitifs. De même, cette convention a pour autre fin d'encourager les ports maritimes à se concentrer sur leurs missions régaliennes telles que la police portuaire, la politique tarifaire, le développement et l'entretien des infrastructures et des ouvrages d'accès, tout en laissant la partie opérationnelle aux entreprises privées spécialisées.

L'article R5312-86 du **Décret n° 2014-1670 du 30 décembre 2014 relatif aux dispositions du livre III de la cinquième partie réglementaire du code des transports et à leur adaptation à l'outre-mer précise que** « Un arrêté des ministres chargés des ports maritimes et de l'économie précise les points qui doivent figurer dans la convention de terminal ».

La convention de terminal, passée entre un port maritime et une société confie à cette dernière le droit de effectuer des investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité. Cette exploitation se fait en contrepartie de versement, au port par ladite société, d'une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable indexée sur le trafic réalisé, d'où la qualification de ce contrat comme étant une convention de concession. De l'autre côté, la société bénéficie d'une mise à sa disposition des terrains et des ouvrages nécessaires pour exploiter le terminal tandis que le port assure l'entretien des infrastructures. Cette convention, qui est beaucoup plus étendue qu'une simple convention d'occupation du domaine public et considéré comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du port, a pour objet principal l'exécution, pour les besoins du port, d'une prestation de services rétribuée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation assorti, pour le cocontractant d'un transfert de risque d'exploitation.

Sur un plan jurisprudentiel et un peu plus d'un an après l'adoption de l'ordonnance du 29 janvier 2016, le Conseil d'Etat a livré ses premières décisions concernant ce support contractuel. Ainsi, par un arrêt en date du 14 février 2017²²¹, la Haute Cour a rendu un arrêt sur la qualification de concession de services au regard des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 29 janvier 2016 tout en insistant sur sa jurisprudence traitant de la possibilité de conclure une convention de concession de services sans besoin de la procédure de publicité ni de mise en concurrence préalable en cas d'urgence.

b-Le contenu de la CT :

²²⁰ En application de l'article 9 du décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008 pris en application de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire.

²²¹ CE, décision n° 405157 du 14 février 2017, Aff. Sea Invest Bordeaux, Publié au recueil Lebon

Le régime de la CT a marqué une nouvelle étape dans la relation entre l'autorité portuaire et l'exploitant du terminal. Elle offre plus de souplesse à l'exploitation des terminaux portuaires.

La première précision est apportée par la convention à son article 1, en effet, la convention type d'exploitation précise que le terminal mis à disposition de l'exploitant doit être spécialisé. On entend par cette spécialisation, qu'il doit être affecté à un trafic en particulier et non au trafic général d'un port. Cette précision évite la notion redoutée de « privatisation » des ports.

Dans cette même logique, l'article R 115-7 III du Code des Ports Maritimes dispose 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 publiques ou d'outillages privés avec obligation de service public* ». A cet effet, aucun droit d'exclusivité ne saurait être reconnu à l'opérateur qui conclut une Convention de Terminal portuaire. Autrement dit, cette convention ne saurait créer de monopole. L'autorité portuaire est libre de conclure d'autres conventions avec des entreprises concurrentes. Cette disposition marque l'attachement de la CT au respect des règles communautaires.

Pour chaque exploitation, sont prévus des objectifs de trafic²²². Les objectifs prévus au contrat sont assortis de pénalités ou de bonus selon les résultats obtenus. Il est envisageable que leur non-respect entraîne la résiliation de la CET, puisque les juges reconnaissent que le non-respect des objectifs d'activité prévus au contrat puisse entraîner sa résiliation²²³. Dans ce cas, aucune indemnité ne sera versée à l'exploitant. La clause de trafic reste une « clause excessive » car la maîtrise parfaite d'un trafic est impossible et ne dépend pas uniquement des conditions d'exploitation du terminal²²⁴.

Autre apport important de la CT, l'exploitation peut porter à la fois sur le domaine public et sur le domaine privé. La convention ne fait aucune distinction entre les deux. Traditionnellement, la jurisprudence²²⁵ considérait que lorsqu'un terminal est implanté à la fois sur les deux domaines, seul le régime de la domanialité publique s'applique. De même, les biens appartenant au domaine privé conservent ce régime malgré la signature de la CT. C'est dire qu'il s'agit d'une situation mixte qui est ici reconnue²²⁶. L'intérêt de cette position est notamment, de permettre de remédier au flou qui existait concernant l'étendue de la priorité d'embauche des dockers sur le domaine public. Si l'article 511-2 du Code des Ports Maritimes réserve cette priorité aux postes publics, la pression sociale demeure forte pour revendiquer cet avantage sur l'ensemble du domaine public portuaire²²⁷.

Dans la détermination des droits et obligations des parties, la CT confie à l'opérateur de terminal la charge de l'exploitation technique et commerciale du terminal. A ce titre, il

²²² Art. 2 de la convention type d'exploitation

²²³ CE, sect 13 juillet 1968, n° 73.161, Sté « Ets Serfati », Rec. CE p. 1 ; CE, 27 novembre 1974, n° 91.137, Sté Internationale Commerciale et Industrielle, Rec. CE, p. 593

²²⁴ Lamy Manutention, Activités de manutention, Régimes spéciaux, Section IV, n° 345-58

²²⁵ CE 11 décembre 1957, sieurs Buffière et autres – Rec. p.666

²²⁶ « Le régime d'exploitation de terminal dans les ports maritimes : un progrès significatif », R. Rézenthel Journal de la Marine Marchande du vendredi 4 août 2000, p. 1460

²²⁷ « Le régime d'exploitation de terminal dans les ports maritimes : un progrès significatif », R. Rézenthel Journal de la Marine Marchande du vendredi 4 août 2000, p. 1460

bénéficie d'une priorité permanente d'usage des quais et gère les installations et services pour son propre compte²²⁸.

L'article 5 de la convention type d'exploitation précise les moyens que le port mettra à la disposition de l'opérateur. Il pourra s'agir de terrains, terre-pleins, d'aménagements et d'outillages publics selon des conditions financières différentes de celles de la procédure d'instruction applicables aux redevances d'usage des outillages publics. La mise à disposition « *n'entraîne en aucun cas transfert de propriété ou constitution de droits réels* ». Cependant, on peut très bien imaginer la vente de terrains ou outillages, par acte distinct, à l'opérateur, s'ils appartiennent au domaine privé du port.

Pour motif de vétusté, de sécurité ou tout motif d'intérêt général, l'autorité portuaire peut toujours décider de mettre fin à la mise à disposition. Le retrait partiel peut être prononcé après expiration d'un préavis de deux mois à compter de la notification de la décision à l'exploitant. Dans ce cas, l'article 16.3 de la convention type exclut le droit à indemnité pour l'exploitant.

A signaler que la convention type prévoit que le port puisse effectuer des prestations de services à la demande de l'exploitant. Une convention particulière est alors conclue. Elle précise les modalités et conditions de fourniture de ces prestations. L'objet de cette disposition, prévue à l'article 3.3 de la convention type, est de rassurer le personnel des ports qui redoutent la privatisation de l'exploitation et maintenance des outillages publics. Juridiquement non contestable, cette disposition ne doit cependant pas aboutir à créer un abus de position dominante en créant un état de dépendance économique à l'égard d'une entreprise cliente qui ne disposerait pas de solution équivalente.

L'innovation principale de la CT est le rééquilibrage des pouvoirs entre autorité publique et exploitant de terminal et son évolution vers un véritable contrat synallagmatique.

Pour une gestion optimisée, l'opérateur est libre de choisir les membres de son personnel. La seule exception notoire à la règle est l'obligation faite à l'autorité portuaire ou à l'opérateur qui succède à l'exploitation, de maintenir le personnel du terminal dans ses fonctions à l'expiration de la convention d'exploitation ou dans le cas de son retrait. Cette apparente restriction à la liberté de l'opérateur a pour but d'assurer la protection des droits du personnel et de permettre au nouvel opérateur de se retrouver dans la même situation que son prédécesseur vis-à-vis des charges salariales.

S'agissant de la stratégie commerciale et de la politique tarifaire, l'opérateur de terminal a aussi un large pouvoir de décision.

Les conditions tarifaires de la mise à disposition des outillages publics sont déterminées par la convention d'exploitation de terminaux CT. Les montants, les conditions de versement et les conditions de révision sont fixés selon des modalités propres à chaque convention d'exploitation et ce par dérogation aux articles R. 115-15 à R. 115-8 du Code des ports maritimes, applicables aux outillages publics concédés ou affermés ainsi qu'aux outillages privés utilisés dans le cadre de l'obligation de service public.

²²⁸ Art. 3.1 « L'exploitation technique et commerciale du terminal » de la convention type d'exploitation

La CET implique un commandement unique du terminal. L'idée est que l'opérateur doit pouvoir disposer du pouvoir de gestion de l'ensemble des activités du terminal et de tous les personnels. Bien que la convention d'exploitation de terminaux portuaire CET ne règle pas la question du transfert total des agents de conduite et personnels de maintenance des ports vers les entreprises de manutention, elle représente un « *modèle convenable pour engager la modernisation et la compétitivité de nos ports* ». ²²⁹

Dans cette logique renouvelée des contrats d'exploitation, l'occupation du domaine public a elle aussi été assouplie. Il est devenu possible pour l'exploitant de prendre l'initiative de résilier le contrat, sous réserve de respecter un préavis de trois mois et du versement d'une indemnité à l'autorité portuaire. Dans le même sens, l'article 20 de la convention type prévoit qu'en raison de la nature essentiellement commerciale des relations entre l'opérateur et l'autorité portuaire, un recours à l'arbitrage pourra être décidé. Cette disposition fait entrer la transaction dans les relations entre l'autorité portuaire et l'opérateur de terminal.

Enfin, on peut dire que la CT est un instrument juridique que l'on pourrait qualifier d'« équitable », en ce sens qu'il fait entrer une nouvelle logique contractuelle dans les relations entre l'autorité portuaire et l'opérateur, laissant place à une conception renouvelée du partenariat public/privé. Partant de ce postulat, elle permet une plus grande responsabilisation des acteurs ²³⁰.

La CT démontre qu'elle est un nouvel instrument juridique plus conforme aux réalités du commerce. En cohérence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat qui met en avant la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence que le gestionnaire de l'autorité portuaire doit s'engager à respecter ²³¹, elle semble aussi fortement inspiré du droit communautaire, selon lequel, la manutention n'est pas considérée comme un service d'intérêt économique et général ²³².

Sous-section 2 : Les contraintes domaniales et les droits des occupants du domaine public portuaire :

Pour constituer une dépendance du domaine public, un bien doit remplir deux conditions: être la propriété d'une personne publique, et être affecté soit à l'usage direct du public, soit à un service public, pourvu qu'il ait été l'objet d'un aménagement indispensable.

Selon le Professeur Gaudemet, « *la domanialité publique est toute entière dominée par le concept d'affectation, ce n'est pas un régime foncier* » ²³³, de ce fait, il faut dissocier l'affectation du droit de propriété. C'est-à-dire que le droit de propriété, détenue par des personnes de droit public, est conditionné par l'affectation du bien en question à l'usage du public ou à un service public. L'existence d'un aménagement « spécial » à cette fin peut être, parfois, virtuelle. La proximité d'une infrastructure de transport, par exemple, peut être

²²⁹ « De nouvelles pistes pour la politique portuaire française », in ISEMAR, Note de Synthèse n°92, février 2007.

²³⁰ Intervention de Mme Claire Merlin-Merrien, Directrice des Affaires Juridiques du Port Autonome de Marseille, colloque INFO DROIT organisé par l'IMTM du lundi 23 juin 2008

²³¹ La CET reste soumise à la procédure d'instruction du Code des ports maritimes et devront être appliquées les procédures relatives aux travaux portuaires, article L 155-1 et Sv du Code des ports maritimes

²³² CE Sect. Décision du 26 mars 1999, Aff. société EDA, AJDA 1999 p. 427 concl. J-H Stahl et note M. Bazex

²³³ « Copropriété v/ Domaine public », Y. Gaudemet, RJEP 2012, n° 696, repère 4,

considérée comme un tel aménagement conférant la domanialité publique aux terrains en cause.

Il découle des principes généraux de la domanialité publique que l'occupation du domaine public est accordée à titre précaire et révocable et que les autorisations sont accordées à titre personnel, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas librement cessibles ni transmissibles. On rappellera, dans le même ordre d'idée, que l'autorisation d'occupation du domaine public, au Maroc comme en France, est précaire en ce qu'elle est toujours révocable par l'autorité portuaire et non créatrice de droits au profit de son bénéficiaire²³⁴, qui ne peut revendiquer un droit au renouvellement de son autorisation d'exploitation²³⁵. L'occupant doit, également, supporter les frais de modification ou de déplacement de ses installations et doit fondamentalement respecter la destination²³⁶ et la spécialité²³⁷ du domaine public qu'il occupe. Ces restrictions à l'usage constituent des restrictions à l'exercice des activités des occupants du domaine public.

Cette grande précarité est accrue par une définition incertaine de la notion de «domanialité publique» qui reste tributaire de la jurisprudence qui a largement contribué à la compréhension de la notion de «domaine public»²³⁸, comme elle a d'ailleurs consacré celle de «domanialité publique portuaire».²³⁹ Si ce dernier terme marque la spécificité du contexte portuaire, il n'en demeure pas moins en principe entièrement soumis au régime classique de la domanialité publique.

C'est pourquoi les règles de la domanialité publique ont longtemps constitué un réel obstacle pour les opérateurs portuaires. Très contraignantes, elles engendrent une grande précarité pour l'occupant du domaine. Parmi ces règles, on trouve le principe d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et de précarité.

§1- les principes fondamentaux du DP :

Les transformations subies par le DP, ci-dessus évoquées, touchent des principes relatifs à ce domaine que l'on croyait intouchables. Le régime juridique y afférent semble évoluer dans le sens de la protection moindre de ses composantes.

Répartis en deux groupes, selon qu'ils se rattachent à la qualité publique de la propriété ou directement à la consistance du domaine, quatre critères ou principes fondamentaux sont généralement retenus par la jurisprudence pour asseoir le régime du domaine public : l'inaliénabilité, d'intangibilité et d'insaisissabilité et imprescriptibilité. En effet, avec la banalisation et la consécration de la constitution de droit réels sur le DP se pose la question de

²³⁴ CE 24 novembre 1993 – société anonyme Atlantique bâtiments, construction – req. n°124933

²³⁵ CE 22 octobre 1971 – société des ateliers et chantiers de Bordeaux – req. n° 77608, 77611 et 77613 ; CE 23 avril 2001 – syndicat intercommunal pour l'assainissement de la vallée de la Bièvre – req. n° 187007

²³⁶ CE 3 juin 1988 – EDF GDF – req. n° 41918 ; Cons. Const. Décis. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 – JO 23 juillet 1994 p. 10635, RFDA 1994 p. 1119

²³⁷ CE 9 juin 1972 – Ministre du développement industriel et scientifique c/ port autonome du Havre – req. n°82828

²³⁸ CE 19 octobre 1956, Société Le Béton, Rec. p. 375, D. 1956, J, p. 681

²³⁹ CE 22 juin 1984, secrétaire d'Etat auprès du ministre des transports, chargé de la mer, Req. n°53630 ; CE 15 juin 1987, société navale des chargeurs Delmas-Viel jeux, Req. n° 39250,39291 et 39308.

l'évolution de certains d'entre eux et par conséquent, se pose la question du principe de la gratuité d'utilisation de ce domaine (convergence du droit marocain et Français à ce sujet).

Ces quatre principes sont développés comme suit :

A- Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité :

Ces deux principes visent la protection de la consistance du domaine public.

Ils découlent, au Maroc, de l'article 4 du Dahir de 1914 qui précise clairement que « *le domaine public est inaliénable et imprescriptible* ». En vertu de cet article aucune parcelle constituant le domaine public ne peut être vendue ou aliénée pour la simple raison de son affectation à l'usage du public ou au service public.

Le principe d'inaliénabilité fait obstacle à ce qu'une personne publique soit dépossédée, à son insu, de certaines dépendances de son domaine public et le protège contre sa propre négligence. En France, l'article L 52 du code du domaine de l'Etat précise que « *les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles* ». Ce principe est aussi valable pour les biens du domaine public des collectivités publiques, de leurs établissements publics et de leurs groupements.

Le principe d'inaliénabilité indique que les dépendances du domaine public ou les biens constituant le domaine public, ne peuvent jamais être vendus ou hypothéqués, encore moins échangés. Ce principe a été consacré par la jurisprudence administrative et repris, en France, par le code du domaine de l'Etat. Pour ce qui concerne les autres personnes publiques, par la loi d'amélioration de la décentralisation à partir du 20^e siècle.

Le principe d'inaliénabilité est indissociable de la notion du domaine public, il existe un domaine public, dans la mesure où il existe des dépendances domaniales frappées d'inaliénabilité.

En effet l'Administration doit pouvoir, à tout moment, disposer des biens de son domaine public pour réaliser sa mission en vertu de la loi du changement ; en conséquence, seuls les droits privatifs administratifs précaires et révocables peuvent être conférés sur le domaine public soit unilatéralement par le biais de permission, de stationnement ou de voirie soit par un contrat de concession.

Cependant, contrairement à ce qu'il pourrait faire croire l'importance qui lui est attachée, le principe de l'inaliénabilité du domaine public n'a pas une portée absolue. Le caractère relatif du principe de l'inaliénabilité tient au fondement même de ce principe : l'affectation, ce n'est pas la nature de chose qui fait obstacle à l'aliénabilité du domaine public c'est son affectation à l'utilité publique, une fois que l'affectation prend fin ce qui était domaine public devient domaine privé et se trouve soustrait au principe d'inaliénabilité. De ce fait, le domaine public n'est inaliénable que pour autant que persiste l'affectation ou que sous condition de sa désaffectation.

Par conséquent, aussi relative que soit sa portée, c'est un principe qui comporte de nombreuses conséquences, non négligeables et qui lui donnent tout son intérêt, nous citons le cas de la nullité ou de l'inopposabilité des ventes et des échanges, de l'imprescriptibilité du

domaine public, de l'exclusion en principe de la création du droit réel sur le domaine public et enfin l'impossibilité de l'expropriation du domaine public.

Les conséquences juridiques de ce principe peuvent se résumer dans les quatre aspects suivants :

- **La nullité des aliénations** : les aliénations sont prohibées et la vente d'un bien du domaine public est nulle par défaut d'objet : le domaine public ne peut être vendu qu'après son déclassement.
- **L'interdiction d'exproprier** : le domaine public ne peut faire l'objet d'une procédure d'expropriation. Cependant, pour l'aménagement d'agglomérations nouvelles et de zones d'habitation ou de zones industrielles, des déclassements et/ou transferts de propriété de toute dépendance du domaine public sont possibles.
Exemple : Afin d'aménager une zone industrielle mitoyenne au port de Jorf Lasfar, l'ODEP avait procédé à l'acquisition d'environ 50ha auprès des particuliers par voie d'expropriation et d'environ 70ha auprès de la Direction des Domaines après leur déclassement.
- **Absence de droits réels** : le titulaire d'une autorisation d'occupation ne peut, généralement et sauf des cas exceptionnels qu'on verra plus loin, bénéficier de droits réels de propriété sur le bien occupé et sur les constructions qui y sont établies.

De plus, le domaine public ne peut être grevé d'hypothèques susceptibles de garantir les emprunts contractés par l'occupant. (Recours au crédit-bail).

- **Interdiction de constitution de fonds de commerce sur les occupations exploitées :**

La jurisprudence administrative, notamment française qui a eu l'occasion de se prononcer sur la question, a toujours exclu sur le domaine public la conclusion de baux commerciaux ; de même que la constitution de fonds de commerce. A cet effet, la législation sur les baux commerciaux ne s'applique pas au profit des occupants du domaine public.

La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation française et constante sur ce point en rappelant que ce principe est le corollaire de la précarité de l'occupation du DP. L'exclusion du fonds de commerce sur le domaine public²⁴⁰ était toutefois justifiée par des considérations variables (inaliénabilité du domaine public, dispositions particulières du code de commerce ou du code général de la propriété des personnes publiques, caractère précaire et personnel des autorisations d'occupation du domaine public). On peut lire dans un arrêt du CE du 24/11/2014 l'attendu suivant : « *Considérant qu'en raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public ; que, lorsque l'autorité gestionnaire du domaine public conclut un « bail commercial » pour l'exploitation d'un bien sur le domaine public ou laisse croire à l'exploitant de ce bien qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité ; que cet exploitant peut alors prétendre, sous*

²⁴⁰ L'impossibilité de conclure des baux commerciaux sur le DP n'exclut pas forcément l'existence du fonds de commerce ; le Conseil d'Etat écarte cette hypothèse mais la Cour de Cassation a considéré que le fonds de commerce ne constitue pas un droit de nature immobilière mais une universalité mobilière.

réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits »²⁴¹.

Cependant, récemment, le législateur Français a fini par admettre, dans le cadre de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (dite loi ACTPE), la possibilité qu'existe un fonds de commerce sur le domaine public. Son article 72 crée ainsi dans le code général de la propriété des personnes publiques une nouvelle section composée de quatre articles :

- L'article L. 2124-32-1 énonce expressément que: « *Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».
- L'article L. 2124-33 ajoute que : « *Toute personne souhaitant se porter acquéreur d'un fonds de commerce ou d'un fonds agricole peut, par anticipation, demander à l'autorité compétente une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation de ce fonds. L'autorisation prend effet à compter de la réception par l'autorité compétente de la preuve de la réalisation de la cession du fonds* ».
- L'article L. 2124-34 prévoit, en cas de décès de la personne exploitant un fonds de commerce en vertu d'une autorisation d'occupation temporaire, la délivrance (sur demande) d'une autorisation temporaire de trois mois à ses ayants droit et la possibilité pour ces derniers de présenter un successeur.

Le principe d'inaliénabilité n'est, toutefois, pas un principe absolu et ce, pour trois raisons :

En 1er lieu, il ne s'applique que pour autant que le bien se trouve incorporé au domaine public : dès lors qu'un bien n'est plus affecté à l'utilité publique par désaffectation/déclassement, ce bien qui était domaine public devient domaine privé et se retrouve soustrait au principe d'inaliénabilité.

En 2ème lieu, conformément à l'article 2 du Dahir de 1914 sur le DP « *sont maintenus les droits de propriété, d'usufruit ou d'usage légalement acquis sur le domaine public antérieurement à l'application du présent dahir* ».

En 3ème lieu, le principe n'a aucun fondement constitutionnel .Le principe est garantie par un dahir, par conséquent une loi suffit à y déroger.

L'imprescriptibilité désigne le caractère d'un bien qui s'oppose à ce que les dépendances du domaine public puissent faire l'objet d'une prescription tant de la propriété que de ses démembrements. En conséquence, un bien du domaine public ne peut être l'objet d'une prescription acquisitive et ne peut se voir déclasser par une occupation continue contrairement aux règles du droit civil. L'acquéreur de bonne foi ne peut se prévaloir des règles relatives à la prescription acquise.

B- Les principes d'intangibilité et d'insaisissabilité :

Le principe d'intangibilité n'est pas spécifique aux biens relevant du domaine public mais régit plus exactement les ouvrages publics et se comprend au regard de la destination de l'ouvrage public suivant l'adage « *ouvrage public mal construit ne se détruit pas* ». Au

²⁴¹ Conseil d'État, 8ème / 3ème SSR, 24/11/2014, 352402, Publié au recueil Lebon

contraire, la personne publique propriétaire a l'obligation d'assurer la conservation et l'entretien des biens publics.

Aujourd'hui, le principe d'intangibilité de l'ouvrage public tend à disparaître. Ce principe a été remis en cause car il était considéré trop favorable à l'égard de l'administration, au détriment de l'intérêt particulier. Ainsi, la jurisprudence française notamment a progressivement mis fin à ce principe au travers de plusieurs arrêts dont on peut citer quelques uns :

- *Affaire « Epoux Denard » décision du CE du 19 avril 1991 :*

Dans le cas d'espèce, un maire avait refusé la démolition d'une buse qui est un ouvrage public en considérant qu'il n'existait pas d'erreur manifeste d'appréciation, l'ouvrage n'a pas été démoli. Cependant, l'arrêt a permis, par les discussions soulevées, de franchir un pas vers la remise en cause de l'intangibilité des ouvrages publics puisque le juge aurait pu décider d'une démolition en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

- *Affaire « M. et Mme Binet » décision du Tribunal de commerce du 6 mai 2002 :*

Cet arrêt a permis au juge judiciaire de décider d'une démolition lorsque l'ouvrage est établi par une voie de fait. Ainsi, le juge administratif n'a que le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts à celui qui subit un préjudice à la suite d'une voie de fait ;

- *Affaire « Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes » , décision du CE du 29 janvier 2003,*

Par cet arrêt, il est mis un terme au principe d'intangibilité de l'ouvrage. En l'espèce, un pylône avait été installé de manière irrégulière. Le juge a considéré que la démolition pouvait être engagée sous conditions ; il faut, au préalable, vérifier si la destruction de l'ouvrage répond bien à un intérêt général, puis établir un bilan coûts avantages.

Le principe d'insaisissabilité, quant à lui, a pour but de sauvegarder la pérennité du DP ainsi que sa consistance quoi qu'il semble devenir anachronique avec un domaine public concédé et comportant des constructions et des installations fixes qui deviennent partie prenante dudit domaine par application de la règle de la destination. Ce principe vise à ce que fait que les biens relevant du domaine public ne peuvent faire l'objet d'une saisie ou de toute mesure conservatoire en garantie de l'exécution d'une décision juridictionnelle. Cette règle pose le problème pour les créanciers chirographaires autres que ceux dont la créance est née à l'occasion de la réalisation des travaux de la concession lorsque le concédant est un établissement public non administratif. Il est vrai que la comptabilité publique permet implicitement la saisie des biens des établissements publics non administratifs et des collectivités locales mais la saisie des biens meubles suffira-t-elle pour couvrir les dettes impayées des concessionnaires ?

Ceci dit, l'existence de droits réels sur le domaine public fait que, en cas de concession emportant OTDP, le concédant demeure le propriétaire de tous les biens immeubles base de la concession, ce qui ressort de l'énumération des différents types de biens (bien de retour revenant gratuitement au concédant à la fin de la concession et bien de reprise et les biens propres pouvant rester propriété du concessionnaire).

C- Le principe de précarité de l'OTDP :

Le principe de précarité traduit la préoccupation d'assurer la protection du domaine public et de faire en sorte que l'Administration soit toujours en mesure d'en avoir la disposition. En effet, la collectivité peut accorder à une personne déterminée l'autorisation temporaire, précaire et révocable d'occuper le domaine public moyennant la perception de redevances. Ces autorisations doivent respecter les principes de la domanialité publique parmi lesquels on trouve la règle selon laquelle, l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire si bien que le titre présente le caractère de révocable et temporaire.

La précarité dépend non seulement de la durée qui est en principe non prorogeable des conventions d'occupation, mais également de l'éventuel retrait anticipé des autorisations domaniales justifié par un projet d'intérêt général qui lui conférerait un but légitime. Lorsqu'une telle décision est prise dans l'intérêt du domaine public et sans reconnaissance de droits réels au profit des occupants, le retrait ne donne lieu à aucune indemnisation en cas de préjudice subi²⁴².

En France, le Conseil d'Etat va plus loin ; ainsi dans sa décision remarquable du 5 février 2009 il a jugé qu'une convention d'occupation du domaine public pouvait ne pas comporter de clause précisant sa durée, sans qu'elle soit nécessairement entachée de nullité en application du principe de l'inaliénabilité du domaine public.

Au Maroc, conformément aux dispositions de l'article 6 du Dahir de 1918 « *les autorisations (d'OTDP) sont délivrées pour une durée maximale de dix années, qui pourra toutefois être portée exceptionnellement à vingt.* ».

Toutefois, il est expressément stipulé que « *quel que soit la durée fixée par les arrêtés y relatifs, les autorisations sont toujours données à titre précaire et pourront sous réserve d'un préavis de trois mois être retirées pour les motifs d'intérêt public dont l'administration restera seule juge* ». L'article 6 susdit prévoit les cas dans lesquels l'autorisation d'occupation peut être retirée.

Ces mêmes principes priment pour le DP en France où le Conseil d'Etat avait jugé que « *les autorisations d'occupation du domaine public sont délivrées à titre précaire et révocable et ne sont pas créatrices de droit au profit des bénéficiaires ; que leur titulaire n'a droit ni à leur maintien, ni à leur renouvellement ; qu'il appartient à l'autorité chargée de la police du domaine de les retirer dans l'intérêt général* »²⁴³. Ce principe a été rappelé à l'article L. 2122-3 du Code Général de la propriété des personnes publiques.

Dès lors que les occupations du DP sont précaires et révocables, les occupants ne peuvent pas prétendre au maintien dans les lieux à l'expiration de leur autorisation. Le gestionnaire du DP peut demander l'expulsion des occupants sans droit mais le juge apprécie au cas par cas la réalité de l'urgence invoquée et constate si la demande d'expulsion ne se heurte pas à une contestation sérieuse dont l'examen relèverait du juge de fond.

²⁴² La précarité a pour but de faciliter la mutabilité du service public dont le domaine public en est le siège. Si pendant longtemps, le retrait des autorisations du DP est prononcé dans l'intérêt dudit domaine et n'ouvrait pas droit à indemnité pour les occupants, cette règle est écartée lorsque l'autorisation confère des droits réels, les occupants peuvent obtenir une indemnité d'éviction conformément à l'article L.2122-9 du CGPPP.

²⁴³ CE, décision du 24 NOV 1993, req n° 124933 et 124934, SA Atlantique bâtiment construction, inédit au Lebon.

Il est possible d'apprécier l'insécurité juridique à laquelle sont confrontés les occupants du domaine public portuaire pour mener à bien leurs projets d'investissements. Le cas de résiliation anticipée des autorisations domaniales ou de non renouvellement de celles-ci est éloquent à ce sujet et pose, également, la question du sort des salariés à la fin de l'autorisation. En effet, la loi prévoit le transfert de plein droit des contrats de travail en cas de cession d'une entité économique autonome. Or, en cas d'octroi d'une nouvelle autorisation d'occupation à une entreprise qui n'exerce pas les mêmes activités que celle qui occupait le site auparavant, et sauf reprise voulue du personnel par la nouvelle entreprise occupant le DP, l'employeur initial n'a d'autre choix que de licencier les salariés concernés ou les affecter sur un autre site exploité par son entreprise .

§2- Les limites des conventions d'occupation du domaine public en France et au Maroc :

Comme toute occupation du domaine public, la convention de terminal en France et l'autorisation d'OTDP au Maroc ont un caractère personnel. L'article 3.2 de la CET – toujours en vigueur comme précisé ci-dessus- stipule que « *L'entreprise est tenue d'exploiter directement en son nom le terminal objet de la présente convention. Elle est tenue d'occuper elle-même et sans discontinuité les biens immobiliers dans l'emprise du terminal* ». Au Maroc, l'autorisation d'occupation du domaine public établi par l'ANP stipule qu'elle est accordée intuitu personae et que toute cession est interdite sans l'accord de l'Agence National des Ports. Pour le cas particulier de la France, l'opérateur qui confie à un tiers une partie de l'exploitation du terminal, demeure tenu par les obligations imposées par la convention envers le port et les tiers. La cession totale ou partielle de l'exploitation exercée par l'opérateur de terminal n'est possible qu'avec l'accord du port, sous peine de résiliation du contrat. L'exploitant de terminal informera le port de tout changement dans sa situation susceptible de modifier le contrôle de l'entreprise.

De la même manière que pour les concessions d'outillage public, l'article 7 de la convention type impose, pour la réalisation de travaux de rénovation, modification ou renouvellement des terre-pleins, aménagements et outillages mis à disposition, l'accord préalable de l'autorité portuaire. Les modalités de financement sont prévues par la convention. L'exécution des travaux est également soumise à l'accord du port¹⁰³.

Concernant les dépenses d'entretien des terre-pleins, aménagements et outillages, la convention type détermine lequel de l'opérateur ou de l'autorité portuaire en supportera le coût et dans quelle mesure. Les responsabilités de chacun des cocontractants en dépendront.

L'exploitant maintiendra en bon état de fonctionnement l'ensemble des ouvrages et outillages mis à sa disposition pendant tout le temps de la convention. Il s'agit, dans ce cas, d'une obligation habituelle à laquelle sont soumis les occupants du domaine public, afin que les prestations de services soient assurées de manière satisfaisante jusqu'au terme de la convention.

L'article 17.2 de la convention type fait état d'un droit de préemption de port sur les biens mobiliers appartenant à l'exploitant et installés sur le terminal. Si l'autorité portuaire n'exerce pas son droit, l'exploitant devra remettre les lieux dans leur état initial.

S'agissant des biens immobiliers, l'article 17.3 retranscrit la « théorie des biens de retour » et dispose qu'une fois la convention venue à terme, les biens immobiliers qui ont été aménagés par l'opérateur reviennent, de plein droit et gratuitement, à l'autorité portuaire si elle l'accepte, à défaut, les biens devront être remis dans leur état initial.

Au titre des obligations imposées à l'exploitant, on retrouve plusieurs obligations de service public, bien qu'aucune référence au « service public » ne soit directement faite. L'opérateur devra occuper sans discontinuité le terminal, se conformer aux objectifs de trafics prévus, de réaliser des investissements selon un calendrier, de payer une redevance, assurer l'entretien des ouvrages et installations et supporter sans contre dédommagement le retrait partiel de terre-pleins, aménagements et outillages. Si la résiliation de la CET intervient, l'exploitant sera tenu de verser une indemnité à l'autorité portuaire, sauf résiliation pour motif d'intérêt général.

Enfin, l'autorisation d'occupation du terminal est nécessairement limitée dans le temps. Il appartient aux parties de s'entendre sur ce point. L'article 13 de la convention type, reprenant l'article L 34-1 al.3 de code du domaine de l'Etat, précise que la durée est appréciée au regard des de la durée d'amortissement des investissements à la charge de l'entreprise.

C'est ici une volonté plutôt claire de ne pas voir les droits de l'opérateur devenir le jeu normal de la concurrence²⁴⁴.

Au Maroc, ces mêmes contraintes sont vécues dans la gestion du domaine Public portuaire ; quoique certaines décisions judiciaires de premier degré sont allées même jusqu'à reconnaître la vente des fonds de commerce sur le DP.

Le régime de la domanialité publique des terrains portuaires au Maroc a pour but de permettre le déroulement normal et l'amélioration de l'exploitation portuaire, sans que la réalisation des aménagements extensions nécessaires au développement de l'activité, soit gênée par le régime très protecteur de la propriété privée.

La précarité de l'autorisation domaniale permet ainsi à l'autorité ou à l'exploitant portuaire de récupérer facilement les terrains lorsque la réalisation d'un projet portuaire le nécessite.

Mais à l'inverse, ce régime protecteur apparaît aussi comme un frein considérable à l'investissement privé sur le domaine portuaire, alors que le trafic portuaire est de plus en plus dépendant de l'activité économique privée.

²⁴⁴ « Le régime d'exploitation de terminal dans les ports autonomes maritimes : un progrès significatif », R. Rézenthel, in Journal de la Marine Marchande, du vendredi 4 août 2000, n° 1460.

La résiliation par l'autorité portuaire d'une convention d'occupation du domaine public qu'elle intervient pour un motif d'intérêt général ou en raison du non-respect des conditions de l'accord, peut avoir lieu dans un délai relativement court et le refus d'obtempérer peut donner lieu à l'expulsion avec, des fois, une peine d'astreinte journalière. Toutefois, l'urgence requise pour l'expulsion est appréciée au cas par cas par le juge. La nécessité de l'installation du nouvel occupant peut la justifier. En revanche, elle peut être écartée si l'intérêt de la communauté portuaire prouve la nécessité de maintenir, au moins temporairement, une activité économique ou de prévenir des risques sociaux.

En effet, la rigidité des règles d'occupation du domaine public précédemment énoncées crée une insécurité pour les investisseurs qui se voient confrontés à plusieurs risques tels le risque d'éviction anticipée et sans indemnisation (résiliation anticipée de la convention d'OTDP) pour cause d'intérêt général, le risque de résiliation pour d'autres motifs prévus par le Dahir de 1918(art.6), le risque de non renouvellement de l'autorisation d'OTDP (la reconduction nécessite un accord préalable et donc pas de droit acquis quant à ce renouvellement), la durée d'autorisation limitée (max : 10 ans), la remise des lieux à la cessation de la durée d'autorisation (avec obligation, le cas échéant, de démolition), l'impossibilité de céder ou de transférer ses droits à l'occupation, l'impossibilité de recours au financement par crédit-bail, etc.

En conséquence, la domanialité publique, qui n'a connue aucune réforme au Maroc, à l'exception des dispositions instaurées par la loi 15-02, ce qui empêche l'édification, sur le domaine public portuaire, de projets industriels de grande envergure et entrave toute stratégie initiée par l'autorité pour la valorisation économique de son patrimoine foncier.

Pour conclure, on peut dire que les opérateurs se trouvent dans des situations où ils ont, d'une part, une occupation du domaine public portuaire qui est, selon la loi, précaire et révocable pouvant être retirée à tout moment, pour un motif d'intérêt général et ce, quelle que soit la durée du contrat. D'autre part, l'exécution de certains contrats (une concession d'outillage public ou même une convention de terminal) peut se poursuivre au-delà de leur date de validité pour la continuité du service public.

§-3 Les apports des lois au Maroc et en France :

Pour ce qui est du cas du Maroc, afin de parer à toutes ces contraintes, les articles 28 et 29 de la loi 15-02 sont venus en dérogation aux dispositions du dahir du 30 novembre 1918 relatif aux occupations temporaires du domaine public, notamment en ce qui concerne la durée de l'occupation qui est portée de 10 à 20 ans ; l'institution d'une indemnité au profit du permissionnaire en cas de révocation de l'autorisation pour des raisons autres que celles visées à l'article 29²⁴⁵, à condition que le permissionnaire en éprouve un préjudice direct.

245 La convention d'OTDP stipule « Elle (autorisation d'OTDP) est révoquée à toute époque, sans indemnité, après une mise en demeure adressée à l'intéressé par écrit, si :

- 1 - les conditions qu'elle comporte ne sont pas observées ;
- 2 - elle n'a pas reçu un début d'utilisation dans les délais fixés ;
- 3 - elle est cédée ou transférée sans l'accord préalable de l'Agence nationale des ports ou, le cas échéant, le concessionnaire de la gestion du port ;
- 4 - les redevances à verser ne sont pas acquittées aux termes fixés ;
- 5 - la parcelle occupée reçoit une utilisation autre que celle autorisée ;
- 6 - le permissionnaire ou son représentant légal a fait l'objet d'une condamnation judiciaire pour des délits compromettant l'activité exercée ou la réputation du port ;
- 7 - le permissionnaire est mis en liquidation judiciaire par un jugement définitif. »

Par ailleurs, le législateur Marocain a innové en reconnaissant un droit de superficie sur les ouvrages, constructions équipements fixes et installations de caractère immobilier au profit des concessionnaires portuaires²⁴⁶. Ce droit permet d'hypothéquer les biens concernés pour garantir les seuls emprunts contractés par le concessionnaire en vue de leur financement, leur réalisation, leur modification ou leur extension. Toutefois, en cas de réalisation de l'hypothèque, les biens ne peuvent être cédés qu'à une personne morale à la suite d'un accord préalable de l'Agence Nationale des Ports. Pour des motifs semblables à ceux qui justifient le retrait d'une autorisation d'occupation temporaire, le concédant peut prononcer la déchéance du concessionnaire, et ce, sans indemnité.

Le droit de superficie sus-indiqué est défini par l'article 97 du Dahir 2 juin 1915 fixant la législation applicable aux immeubles immatriculés²⁴⁷ comme « *un droit réel immobilier qui consiste dans le fait de posséder des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui* ». L'article 98 dispose que « *celui qui a le droit de superficie peut toujours l'aliéner et l'hypothéquer.....* ».

Cette position de la loi portuaire Marocaine a été inspirée de la législation Française. En effet, la loi française n° 94-631 du 25 juillet 1994 et le décret 95-595 du 6 mai 1995 ont modifié le droit domanial. Les locations peuvent atteindre 70 ans, et conférer des droits réels.

Ainsi en France, pour ne citer que ce pays (sachant qu'il existe d'autres pays plus en avance sur ce plan tel le Royaume Uni où les ports sont entièrement privés et qui ne sont soumis à aucune contrainte ou tutelle administrative), le régime de la domanialité publique constitue - depuis sa refonte en 1994- un atout concurrentiel majeur dont disposent les ports Français par rapport aux autres pays tels que le Maroc.

Le Conseil d'Etat français a, quant à lui et avant que le législateur français ne reconnaisse l'existence des droits réels au profit des occupants du DP, avait déjà rendu, en 1989 un avis suivant lequel « *des règles spéciales aux ports et aux aéroports pourraient offrir....aux établissements publics responsables, la possibilité de moduler....en fonction des caractéristiques du domaine, des circonstances économiques et de la nature des activités à accueillir, le statut juridique des ouvrages réalisés par les titulaires d'autorisations d'occupation, notamment en ce qui concerne la constitution de sûretés réelles propres à faciliter le financement de leurs investissements, sans toutefois que la stabilité ainsi conférée à la situation desdits ouvrages puisse faire échec aux adaptations commandées par l'intérêt général en ce qui concerne l'affectation du domaine* »²⁴⁸. **Le conseil avait admis ensuite, en 1993, que pendant la durée de la convention, l'occupant était propriétaire des ouvrages qu'il avait construits sauf s'ils étaient nécessaires au fonctionnement du DP²⁴⁹ en spécifiant que l'occupant sans droit ni titre ne peut prétendre à ce droit de propriété sur les ouvrages qu'il a réalisés.**

En effet, les règles qui étaient en vigueur en France se sont avérées comme une véritable entrave à l'implantation de nouvelles activités de production génératrice d'emplois

²⁴⁶ L'article 19 de la sous-section 2 de la loi 15-02.

²⁴⁷ Publié au BO n° 137 du 07/06/1915.

²⁴⁸ « Module sur le domaine public », document de formation interne de l'ODEP, 2003.

²⁴⁹ CE 8/9SSR, décision du 21/04/1997, Aff. ministère du budget C/ Sté Sagifa, 147602

et créatrices de trafic au moment où l'on souhaitait donner un nouveau dynamisme aux ports français.

Pour atténuer ces contraintes et faciliter les investissements en permettant une gestion commerciale plus souple des installations portuaires, la réforme de la domanialité publique devait constituer un volet majeur de la réforme portuaire.

Il est incontestable qu'aujourd'hui, les nouvelles dispositions mises en place en France par la loi du 25 juillet 1994 et le décret du 6 mai 1995, qui sont le fruit de compromis guidés par le double souci de valoriser et de protéger les dépendances du domaine public, présentent davantage de sécurité aux investisseurs privés. Les sociétés s'implantant sur le domaine public pouvaient la publication de cette réglementation bénéficier :

- des droits réels portant sur les ouvrages, constructions et installations à caractère immobilier réalisés par eux-mêmes (recours au financement par hypothèque ou crédit-bail est devenu possible),
- ces droits réels sont accordés pour une durée maximum de 70 ans, permettant ainsi d'amortir même les investissements les plus lourds,
- en cas de retrait anticipé du titre d'occupation pour une raison qui ne leur est pas imputable, les occupants bénéficieront d'une indemnité qui couvrira le préjudice direct, matériel et certain c'est à dire la perte subie et le manque à gagner.

Grâce à ces nouvelles dispositions ainsi qu'aux autres instruments mis en œuvre par les ports français, ces derniers peuvent désormais, plus facilement assurer leur développement et pérenniser certains trafics en attirant les capitaux privés en raison des garanties qu'ils peuvent accorder aux investisseurs.

Cette notion de droit réel se retrouve dédoublée au vu de la vision foncière de la propriété sur le DP ; la question qui se pose est de savoir s'il y a dualité ou unicité de l'objet de ce droit réel. Celui-ci porte nécessairement sur les constructions, ouvrages et installations que l'occupant réalise sur le DP et qu'il finance ou il incorpore, également le sol et le sous-sol du DP sur lesquels ceux-ci sont érigés ?

La loi du 25/07/1994 précitée a posé quatre principes :

Le premier consiste en ce que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public a, « *sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre* » (Code des domaines, art. L.34-1).

Le deuxième principe se base sur le fait qu'en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution des clauses et conditions du titre, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain, né de son éviction anticipée. A cet effet, il est à signaler que jusqu'en 1994, seul l'article 26 du code du domaine de l'Etat permettait l'indemnisation des occupants du DP évincés pour un motif d'intérêts général. Cette mesure ne couvrait que le montant non amorti des investissements vu l'absence d'indexation. Ce n'est qu'avec la loi n° 94-631 du 25/07/1994 que le législateur Français a reconnu les droits réels au profit desdits occupants ainsi qu'un droit d'indemnité en cas d'éviction.

En troisième lieu, le titulaire de cette autorisation constitutive de droits réels peut céder ses droits à un tiers agréé par l'administration, de même qu'il peut désormais les hypothéquer. Ce renforcement des garanties avait pour objectifs de stimuler les investissements privés sur

le DP des ports maritimes autonomes avant d'être étendues à l'ensemble des domaines de l'Etat et ses établissements publics puis au DP de collectivités locales et leurs groupements.

Enfin, la loi dispose, également, que « *lorsque les ouvrages sont nécessaires à la continuité du service public* », le droit réel n'est constitué que « *sur décision expresse de l'Etat* ». La formule est très générale et permet donc à l'administration de refuser la constitution de droits réels pratiquement dans tous les cas, et cette compétence paraît bien discrétionnaire.

§ 4- L'évolution législative et jurisprudentielle sur l'existence de droits réels sur le Domaine Public :

Le droit réel est le droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilisation économique de cette chose, il constitue en lui-même une richesse. Parmi les attributs les plus connus réside la possibilité de céder tout ou partie des éléments du bien, d'en développer une gestion patrimoniale active, de consentir des sûretés réelles, de recourir au crédit-bail. Pour ce qui est du DP, « la reconnaissance à l'occupant domanial des attributs du propriétaire est source pour lui de valeur, de richesse »²⁵⁰.

Le droit administratif des biens fraye donc de plus en plus avec les théories civilistes ce qui prouve que les théories sur les propriétés ont toutes une origine commune et donne raison à ceux qui contestent le particularisme de la propriété publique. En effet, l'occupant serait un usufruitier pour la période de la concession. La majeure part de la doctrine s'accorde pour considérer que la nature du droit réel octroyé serait celle de l'usufruit définie comme étant le droit d'user et de jouir, comme le propriétaire lui-même, d'un bien appartenant à autrui mais à charge d'en conserver la substance.

Ce droit réel spécial confère au concessionnaire les droits et les obligations du propriétaire, mais uniquement pour la durée du contrat. Car le but poursuivi par la création d'un droit réel spécial au profit du concessionnaire est de renforcer la sécurité de l'investissement en lui permettant de se procurer du crédit par l'hypothèque. L'article 19 de la loi 15-02 précitée précise que « *Les ouvrages, constructions, équipements fixes et installations à caractère immobilier, prévus par la concession ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les seuls emprunts contractés par le concessionnaire en vue de leur financement, leur réalisation, leur modification ou leur extension.* » avant d'affirmer que « *Toutefois, le contrat d'hypothèque doit être approuvé par l'Agence Nationale des Ports* ».

Tandis que, selon la jurisprudence Française et Marocaine, l'existence de droits réels sur le domaine public était, initialement, déclarée incompatible avec les règles de la domanialité publique, la loi n° 94- 631 du 25 juillet 1994 en France remettait en cause ce principe sous certaines réserves, dont la durée limitée de ces droits à celle de l'autorisation domaniale. Déjà, à cette époque, le juge administratif avait reconnu le droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les ouvrages qu'il a réalisés, et ce, pendant la durée de l'autorisation ; sauf si les constructions participent directement au fonctionnement du service public. Le législateur avait pour sa part institué le bail emphytéotique administratif susceptible de s'appliquer sur le domaine public des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics. Ce régime permet d'accorder des contrats d'occupation de longue durée au profit des preneurs.

250 Y. Gaudemet, « les droits réels sur le domaine public », AJDA 2006 p. 1094.

Le Conseil Constitutionnel a validé la reconnaissance de droits réels au profit des occupants du domaine public en soulignant toutefois que : « *il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté* », et il ajoute que les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due : « *font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté* »²⁵¹ .

A l'occasion du déclassement par la voie législative du domaine public des aéroports de Paris, le Conseil Constitutionnel a admis que les biens immobiliers concernés pouvaient demeurer le siège de l'exploitation de services publics, mais convient-il, des garanties légales doivent être prévues pour assurer l'existence et la continuité de ces services, notamment par le contrôle des obligations par l'Etat et par l'application de sanctions administratives susceptibles d'être infligées en cas de manquement à ces obligations. La domanialité publique n'est donc plus indispensable au fonctionnement du service public, de même que, selon la jurisprudence communautaire, la gestion d'une infrastructure de transport, comme un port maritime, ne doit pas relever obligatoirement du service public ou du service d'intérêt économique général. Le juge administratif a admis pour sa part qu'une personne de droit privé pouvait gérer un service public sans qu'elle soit titulaire d'une concession.

On constate alors que le droit public, de nature rigide, est en pleine mutation, mais de sérieuses contraintes subsistent pour les occupants du domaine public. Ainsi, ils n'ont toujours pas un droit acquis au renouvellement de ladite autorisation, il s'agit d'un principe général de la domanialité publique. Le non-renouvellement n'ouvre pas droit à une indemnisation.

A l'expiration de l'autorisation d'occupation du domaine public, même en cas de retrait anticipé, l'occupant n'a aucun droit au maintien dans les lieux. C'est en application du principe de précarité de toute autorisation sur dudit domaine que la jurisprudence refuse d'admettre l'existence de baux commerciaux sur ledit domaine. Selon cette doctrine, un amodiatraire du domaine public ne peut pas accorder un bail commercial à un cocontractant, s'il le fait néanmoins, il engage sa responsabilité.

Le bail commercial ayant été considéré, pendant longtemps, comme un élément fondamental du fonds de commerce, les juridictions administratives continuent de considérer que l'occupant du domaine public ne peut pas posséder un tel fonds. Le Conseil d'Etat a jugé que : « *eu égard au caractère révocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, ainsi que du caractère personnel et non cessible de cette occupation, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire* »²⁵². Or, à présent, selon la jurisprudence judiciaire, le fonds de commerce peut exister sans droit au bail, il peut même être exploité sur le domaine public. La Cour de Cassation a qualifié le fonds de commerce d'universalité mobilière, il s'agit donc d'un bien dissociable de la nature immobilière du domaine public

²⁵¹ Décision n°94-346 DC du 21/07/1994.

²⁵² Conseil d'Etat, décision n° 316534 du 31 juillet 2009, Sté Jonathan Loisirs, in Juris Data n° 2009-006579 ;

portuaire. Le juge administratif consent seulement à reconnaître la responsabilité du gestionnaire du domaine public qui a conclu à tort un bail commercial.

Dans le contexte du droit communautaire dans lequel le respect du droit de la concurrence prime sur le régime juridique des biens utilisés, les intérêts des opérateurs économiques doivent être renforcés sans, pour autant, compromettre de manière excessive la protection de l'intérêt général.

Pour contrer cette distinction, une recherche d'un compromis entre les intérêts publics et privés a été requise. En effet, si l'intérêt général transcende les intérêts particuliers, c'est pour assurer, en matière portuaire, le fonctionnement normal du port. La contrainte imposée aux opérateurs privés ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif à atteindre, et ce, en application du principe général de droit communautaire de proportionnalité.

Le Maroc est, sur ce plan en avance par rapport à l'ensemble des législations adoptées par les pays africains pour lesquels, dans le silence de la loi et de la jurisprudence dans les États africains disposant de ports maritimes, les autorités portuaires estiment que les constructions réalisées sur le domaine public portuaire en font partie, appliquant ainsi la théorie de l'accessoire. Une telle doctrine est de nature à freiner les investissements et par voie de conséquence, à affecter le développement portuaire

Quel assouplissement peut-on envisager, alors, dans ces conditions, pour la domanialité publique ?

Si les autorisations d'occupation du domaine public sont en principe incessibles, il existe toutefois des exceptions, c'est le cas pour celles dont les commerçants sont titulaires dans les marchés d'intérêt national, les intéressés peuvent présenter un successeur ; de même pour les titulaires d'autorisations de cultures marines.

En créant un bail emphytéotique administratif sur le domaine public des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, l'article L 1311-3 du Code Général des Collectivités Territoriales reconnaît l'existence, certes limitée dans le temps, d'un droit réel sur ledit domaine. Cette initiative a ouvert la voie à la reconnaissance d'une manière plus générale de droits réels au profit des occupants du domaine public, ainsi qu'à la possibilité de recourir au crédit-bail sur ledit domaine.

Malgré ces progrès les droits des occupants du domaine public demeurent toujours limités dans le temps, puisque l'occupation du domaine public est précaire et révocable.

Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation d'occupation pour un motif d'intérêt général, l'occupant doit être indemnisé de son préjudice direct, matériel et certain, même s'il n'est pas titulaire de droits réels.

La concession d'outillage public portuaire confère le droit d'exploiter un service public et une autorisation d'occupation du domaine public. Si les autorisations domaniales sont à la fois personnelles et incessibles, l'article 36 de la loi n° 2006 - 10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements, d'une part, à autoriser le concessionnaire à céder ou à faire un apport en société de sa concession d'outillage public, et d'autre part, à prendre des participations dans les

sociétés portuaires titulaires de la concession . Cette faculté de créer des sociétés portuaires pour exploiter l'outillage public n'a pas été étendue aux ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat.

La question posée est de savoir si l'on pouvait pratiquer une distinction entre les missions régaliennes (ex: police, aménagement des infrastructures, organisation de l'embauche des dockers intermittents, etc.) et les activités économiques de l'autorité portuaire? C'est ce qu'a fait en matière aéroportuaire la Cour de Justice des Communautés Européennes qui a considéré que l'accueil des aéronefs dans un aéroport constituait une activité économique, et devait être traitée comme une entreprise au regard du droit de la concurrence. C'est-à-dire qu'il n'y a aucune raison pour que l'autorité portuaire ne soit pas perçue de la sorte, et que l'abus de position dominante qu'elle pourrait exercer ne soit pas sanctionné. Il y a lieu de souligner que selon le Conseil d'Etat, le gestionnaire du domaine public doit prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et respecter le droit de la concurrence.

C'est dans cette voie qu'il faut rechercher un compromis entre l'intérêt général et l'intérêt des usagers du port. Ainsi que l'a relevé la Cour de Justice, « *dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Pour déterminer si les activités en cause sont celles d'une entreprise, il faut rechercher quelle est la nature de ces activités.

Le partenariat entre le gestionnaire du port et les occupants du domaine public portuaire doit être équilibré. Un progrès a été réalisé avec la création des conventions de terminal dans les Grands Ports Maritimes, elles se substituent aux concessions en cours auparavant. Certes, le principe de précarité de l'occupation subsiste, mais l'opérateur bénéficie de droits réels indemnifiables en cas de retrait anticipé. De plus, il dispose d'une plus large liberté de gestion que celle reconnue au concessionnaire d'outillage public.

Pour conclure, on peut dire que malgré plusieurs assauts législatifs, la domanialité publique constitue encore un solide rempart pour la protection de l'intérêt général. Une brèche a cependant été ouverte avec le déclassement des biens immobiliers, tandis que le droit de la concurrence tempère le pouvoir régalien des gestionnaires du domaine public. Il reste encore du chemin à parcourir pour sécuriser les investisseurs privés dans les ports, mais le recours au déclassement du domaine public devrait permettre sans doute d'y parvenir.

Il faut signaler, à ce niveau, que l'Agence Nationale des Ports, en tant que gestionnaire du domaine public au Maroc, a procédé à l'élaboration d'autorisations et de cahiers des charges d'occupation du domaine public qui rompent légèrement avec la convention d'OTDP en vigueur du temps de l'Ex ODEP.

La traditionnelle précarité est mise en relief par l'article 6 alinéa 4 qui dispose que « *quelle que soit la durée d'autorisation accordée au permissionnaire, l'Agence se réserve le droit de résilier cette autorisation pour cause d'intérêt public, à tout moment, sous réserve d'un préavis de trois mois* »

L'article 2 de l'autorisation d'occupation du DP est éloquent à cet effet, il précise clairement que « *l'autorisation d'occupation temporaire n'est pas constitutive de droits*

réels. Les installations et constructions édifiées sur l'assiette du DP portuaire ne peuvent être ni cédées ni hypothéquées »

L'article 7 précise que « toutefois, lorsque l'autorisation est révoquée pour des raisons autres que celles visées par le présent article, la révocation ouvre droit à indemnité au profit du permissionnaire, si celui-ci en subit un préjudice direct », auquel cas, il lui est demandé de prouver ce préjudice.

Pour conclure ce chapitre, on peut dire que le DP, base stable et intangible de certaines activités de service public est en train de subir des transformations de sa consistance et de sa gestion. Notion clé du droit administratif, il se voit, de plus en plus, subir les intrusions du droit privé et de ses techniques.

Chapitre III : l'impact des réformes sur les autres domaines de l'activité portuaire :

Comme déjà souligné plus haut, les GPM, de par le texte de la réforme portuaire, ont vu leurs missions recentrées sur les activités régaliennes dont *la sécurité, la sûreté et la police portuaire*.

Ces missions sont intrinsèques au concept d'autorité portuaire et renvoient vers des notions particulières telles que celles de contrôle, de surveillance et de police. Il s'agit avant tout d'assurer la sécurité et la sûreté des opérations portuaires mais également d'assurer le respect des réglementations diverses. Les critiques grandissantes sur les externalités négatives des activités portuaires ont contribué à renforcer ce rôle, notamment dans le domaine du transport des matières dangereuses et de la lutte contre les pollutions. De même, les attentats du 11 septembre 2001 ont également imposés un renforcement sensible du contrôle sécuritaire.

Sur le plan communautaire, l'élaboration d'une stratégie du transport maritime intégrée via la création d'un « espace maritime européen commun », ayant comme objectif d'éliminer les obstacles au commerce intérieur, va de pair avec l'édiction de normes environnementales, de sécurité et de sûreté.

Quel est donc l'impact des réformes sur les aspects régaliens de la pratique portuaire ?

Section I : Le renforcement de la sûreté et la sécurité aux ports :

La doctrine et la jurisprudence administrative en France comme au Maroc ont posé le principe selon lequel, les autorités chargées de l'exploitation et de la police des ports maritimes sont tenues d'exercer les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur pour assurer aux usagers et concessionnaires portuaires une utilisation normale du domaine public et que cette obligation n'a d'exception que les nécessités de l'ordre public ; Ce dernier étant un concept générique qui a pour finalité d'assurer la protection de la vie sociale. L'ordre public recouvre la protection des individus au titre de la sécurité publique et de l'Etat et de ses institutions pour ce qui est de la sûreté.

La notion de sûreté portuaire est ambiguë car elle crée une confusion entre sûreté et sécurité et qui sont deux concepts différents. En règle générale, la sûreté incombe à l'Etat tandis que la sécurité est à la charge des entreprises ou de l'autorité portuaire.

La sûreté est une mission qui incombe à l'Etat du moment que les actes qui lui portent atteinte sont susceptibles de mettre en péril le fonctionnement des institutions. En effet, l'Etat est responsable de la définition et du contrôle de l'application des mesures de sûreté portuaire dans leurs limites administratives ainsi que leurs zones terrestres contiguës.

En sus de ces deux concepts, émerge celui de l'ordre public dont la conception classique repose sur la trilogie sécurité, tranquillité et salubrité publiques.

Il y a lieu de préciser que la sûreté portuaire concerne l'ensemble de la zone se trouvant à l'enceinte du port et relève du droit interne alors que la sûreté des installations portuaires résulte de l'application du code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires dit code ISPS et vise la protection de l'interface entre les navires et les terminaux, les zones de mouillage, les postes d'attente et leurs abords à partir de la mer. Ceci étant, l'autorité portuaire élabore un plan de sûreté portuaire.

Quelles sont alors les implications du code ISPS à ce sujet ?

Sous-section 1- Les implications du code ISPS :

L'activité maritime a toujours constitué le cœur du commerce international. Son poids est tellement important qu'après les attentats du 11 septembre 2001, il était inconcevable de ne pas l'intégrer dans la politique globale de la sûreté portuaire alors mise en place. Dans ce but, dès novembre 2001, lors des travaux de sa 22ème session, l'Organisation Maritime Internationale (OMI) a demandé à deux de ses comités de se concentrer sur l'instauration de normes de sûreté visant les navires et les ports. Puis, suite à la Conférence diplomatique qui s'est tenue du 9 au 13 décembre 2002 au siège de l'OMI à Londres, un certain nombre d'amendements à l'annexe de la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer telle que modifiée, dite Convention SOLAS de 1974, a été adopté en présence de 108 des gouvernements originellement contractants ainsi que d'observateurs de pays membres, de pays associés, d'agences spécialisées des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et d'organisations non-gouvernementales. Les mesures qui ont le plus révolutionné le secteur maritime concernent la mise en place du Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires, communément appelé Code ISPS.

Le Code ISPS est entré en vigueur le 1er juillet 2004. Il relève de la sûreté maritime – signifiant la protection des navires contre les pratiques criminelles pouvant survenir en mer –, à ne pas confondre avec la sécurité maritime – indiquant la prévention des risques d'origine naturelle (tempêtes, typhons, cyclones) ou provoqués par la navigation maritime (échouements, incendies, explosions) . Cette législation est toutefois très orientée vers le terrorisme maritime et n'aborde que peu ou pas les autres problématiques liées à la sûreté maritime telles que la piraterie, les passagers clandestins, le trafic de stupéfiants par mer, alors qu'elles sont pourtant nettement plus concrètes.

Ce Code est composé de deux parties, la partie « A » étant automatiquement obligatoire et la partie « B » n'étant pas directement exécutoire selon la volonté de l'OMI. Toutefois, au niveau national, nombreux sont les Etats qui ont rendu certaines

recommandations de la partie « B » obligatoires. Il convient de noter que ce nouveau Code s'inspire, sur certains points, du Code International de Gestion de la Sécurité des navires, dit Code ISM, notamment au niveau de la structure. L'un de ses éléments novateurs réside en ce qu'il concerne, également, les installations portuaires alors que toutes les législations précédentes ne se référaient qu'au navire, ce qui s'explique, entre autre, par le fait que le port est considéré comme l'un des maillons les plus sensibles de la chaîne logistique et que les conséquences d'un acte terroriste dirigé contre un port dépasseraient physiquement les limites de l'enceinte portuaire. Le point 5 du préambule du Code ISPS ajoute que « *il s'agissait du moyen le plus rapide de garantir que les mesures de sûreté nécessaires entrent en vigueur et prennent effet promptement. Il a toutefois été décidé que les dispositions concernant les installations portuaires se limiteraient à la seule interface navire/port* ».

Le Code ISPS repose sur le principe de la gestion de risques qui doit prendre en compte deux facteurs fondamentaux : la vulnérabilité de la cible et les conséquences de son attaque. Son but fondamental est d'anticiper et d'atténuer au maximum les menaces pesant sur le transport maritime, sachant que l'éradication du risque est difficile. Le point essentiel de ces nouvelles règles réside dans l'importance donnée à la prévention alors qu'auparavant la lutte contre le terrorisme s'orientait plutôt vers la répression. L'objectif étant d'agir en amont pour éviter toute interruption du commerce mondial due à des actes de malveillance ne se produise. Cette nouvelle réglementation a concerné au 1er juillet 2004 quelques 60 000 navires et 20 000 installations portuaires dans le monde entier et ces origines complexes sont diverses.

La rappeler que le code ISPS est entré en vigueur sur toute la surface maritime et portuaire mondiale²⁵³ le 1er juillet 2004. Une entrée en vigueur battant tous les records par sa rapidité, car en seulement 18 mois, sa mise en application était déjà effectuée.

Des centaines de millions de dollars²⁵⁴ ont été dépensés afin de mettre les navires et les installations portuaires en conformité avec ce nouveau dispositif de sûreté (ISPS Code).

Ce délai, pour court qu'il puisse paraître, a permis la formation de milliers d'agents de sûreté, de conduire des évaluations de sûreté, de rédiger, préparer en détail des milliers de plans. L'industrie maritime a pris très au sérieux les nouvelles responsabilités qui lui ont été confiées et les grandes organisations espéraient que le code sera appliqué, comme l'ont été SOLAS et MARPOL en leur temps.

Avec la réforme portuaire, la plupart des GPM ont procédé à une mise à niveau des installations portuaires, chose qui s'est révélée plus coûteuse que prévu, ainsi qu'à l'élaboration d'un plan de sûreté à l'échelle de chaque port. La prise en charge des dépenses de sûreté doit être conforme au partage des responsabilités entre le GPM et les exploitants établi lors de la réforme portuaire, d'autant plus si le GPM a fait le choix de ne pas répercuter les coûts de la sûreté sur les utilisateurs du port. Il est à signaler que le système de sûreté n'est pas centralisé puisque la loi sur la réforme portuaire confie aux exploitants des terminaux la responsabilité de la mise en œuvre des mesures de sûreté sur leurs terminaux respectifs.

²⁵³ Tous les pavillons n'ont pas ratifié la convention SOLAS, cependant la grande majorité du tonnage mondial navigue sous cette convention.

²⁵⁴ Extrait du discours de Chris Harrocks (secrétaire général de l'International Chamber of Shipping) lors d'une table ronde sur un appel de l'ISC.

Les premiers plans de sûreté des GPM ont été approuvés peu de temps après la réforme. L'évaluation de sûreté a eu pour conséquence une refonte des plans initiaux.

Au Maroc, la mise en place du code ISPS e a été effectué, mais avec quelques mois de retard par rapport à l'échéance prévue. Pas moins de 200 millions de dirhams ont été déboursés²⁵⁵ par le Ministère de l'équipement et du transport pour mettre en conformité les ports Marocains. Des efforts considérables ont été, également, fournis par les compagnies qui ont dû faire face à des dépenses en vue d'installer le matériel requis et en pourvoyant à la formation de leurs agents.

Le financement né de la mise en application du code ISPS n'a pas été clément et a fait l'objet de débats frôlant parfois la polémique même dans les pays les plus nantis²⁵⁶.

Au Maroc si l'enjeu financier a été plus ou moins clair pour les installations portuaires (l'ODEP avait consenti une enveloppe dépassant les 200 millions de dhs), il n'en était pas de même pour les armements qui en plus du retard accusé pour être en conformité avec les mesures ISPS, ont dû prendre le temps nécessaire au mépris de la date butoir d'entrée en vigueur du code pour régler le problème de financement.

En fait les armateurs marocains attendaient la répercussion du coût ISPS par l'autorité portuaire afin de réviser leur taux de fret.

Cela n'a pas été sans incident puisque même le gestionnaire des installations portuaires avait mis, dans un premier temps, en place une taxe ISPS qui s'était rapidement avérée inappropriée et sans commune mesure avec le coût réel engendré par les nouvelles mesures.

Cette attitude avait suscité le mécontentement aussi bien des armateurs que des donneurs d'ordre et la perception de la taxe a été interrompue depuis le mois de novembre 2004 pour être actualisée et remise en vigueur pour les droits de port le 1er avril 2005 et pour les droits de port sur marchandises le 1er janvier 2005.

La taxe ISPS draine au port de Casablanca un montant avoisinant les 30 millions de dirhams par an et augure d'un amortissement avant terme de tout l'investissement estimé à 200 millions dhs.

Ce schéma est voué à la disparition avec la réforme portuaire consacrée par la loi 15-02²⁵⁷ qui outre la refonte des mécanismes opératoires au niveau des ports, ouvre droit à la concurrence entre la future société d'exploitation des ports (SODEP) et les intervenants privés.

Pour la sûreté des installations portuaires, le point 4.1 de la partie A du code ISPS dispose que « *les gouvernements contractants doivent établir des niveaux de sûreté et donner*

²⁵⁵ Sources : Ministère de l'équipement et des transports marocain .

²⁵⁶ Voir question orale posée à René-Pierre Godefroy, Sénateur de la manche 15/02/2005.

²⁵⁷ La loi 15-02 voté par le parlement et promulguée le 23/11/05 a mis en place les jalons d'une réforme portuaire au Maroc devant aboutir à la disparition de l'ODEP et son remplacement par une société anonyme d'Etat chargée des opérations commerciales et une Agence Nationale des Ports chargée de l'aspect régalien.

des recommandations sur les mesures de protection contre les incidents de sûreté. Des niveaux de sûreté supérieurs dénotent une probabilité accrue de survenance d'un incident de sûreté ». Trois niveaux de sûreté sont repérés par ce texte et définis par les Etats selon la gravité de la situation et s'appliquent aux installations portuaires comme aux navires.

Sous-section 2 - L'impact sur la sécurité des ports :

Comme tout entrepreneur, l'exploitant de terminal est tenu d'assurer la sécurité non seulement de son personnel, mais également des tiers. Si des entreprises extérieures viennent réaliser des opérations dans le périmètre du terminal, l'entreprise utilisatrice devra établir en concertation avec la ou les entreprises intervenantes un plan de prévention des risques y compris pour les opérations de manutention.

La convention type d'exploitation précise à son article 3.2 que l'entreprise titulaire de la convention *« assure la responsabilité de l'exploitant au regard de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, notamment de celles relatives aux installations classées, à la gestion de l'eau et à la protection de l'environnement »*, mais également, son article 10 rappelle les contours de sa responsabilité civile dans les termes suivants : *« l'entreprise est responsable de tout dommage résultant de l'exploitation du terminal, qu'il soit causé par elle-même ou par un de ses sous-traitants et qu'il soit subi par elle-même, le port, un tiers ou un usager. L'entreprise s'engage à réparer ce dommage »*.

Dans la mesure où l'exploitation d'un terminal par une entreprise ne constitue pas l'exercice d'une activité déléguée, il y a lieu de considérer que, contrairement au régime de la concession, l'autorité portuaire ne doit pas assumer la responsabilité des dommages en cas d'insolvabilité de l'opérateur.

Pour ce qui concerne les dommages occasionnés par l'exploitant aux ouvrages et équipements portuaires faisant partie du domaine public, des poursuites au titre de la police de la grande voirie ne peuvent pas être engagées contre lui, car la jurisprudence administrative exclut ce type de recours lorsque l'atteinte audit domaine intervient à l'occasion d'une activité résultant d'une relation contractuelle avec l'autorité publique propriétaire ou gestionnaire de l'ouvrage endommagé.

Comme pour le concessionnaire, l'exploitant de terminal ne dispose pas de pouvoirs de police, il peut tout au plus proposer à la capitainerie de satisfaire les priorités d'accostage qu'il envisage d'accorder aux armateurs desservant ses installations. Cependant, le Commandant de port n'est pas tenu par lesdites propositions, notamment pour un motif de sécurité, il peut imposer l'accostage de tout navire répondant aux caractéristiques du poste à quai.

Lorsqu'il s'agit d'un terminal vraquier, le capitaine du navire et l'opérateur conviennent par écrit des modalités du plan de chargement ou de déchargement de la cargaison, selon une procédure permettant de garantir la sécurité du navire.

Le responsable à terre des opérations de manutention veille à l'exécution, dans des conditions satisfaisantes de sécurité, du plan établi.

Par ailleurs, si les plans de prévention des risques technologiques (PPRT)²⁵⁸ sont de la responsabilité de l'État, les GMP sont amenés à jouer un rôle dans leur élaboration et est au premier chef concerné par leurs conséquences.

Section II : Les perspectives concurrentielles du secteur portuaire au Maroc et en France subséquemment aux réformes :

La mise en œuvre des lois de réformes portuaires, en France et au Maroc, a fait naître certaines questions juridiques sans précédent et nécessitant une analyse mêlant le droit public des affaires au droit de la concurrence. Si les tergiversations de la jurisprudence du Conseil d'Etat en France ne permettent pas, en l'état, de garantir la sécurité juridique des décisions prises par les Etablissements Portuaires, le droit communautaire semble en revanche apporter des réponses précises aux problèmes rencontrés tout en rappelant les limites inhérentes à l'esprit même du but poursuivi par la commission européenne : le libre-échange.

En France, depuis longtemps, il a été jugé que l'exercice de fonctions régaliennes n'exclut pas la prise en compte du caractère économique de la gestion portuaire ainsi que son impact sur l'arsenal applicable en terme de soumission à certaines règles du marché dont celles relatives à la concurrence.

Pour ce qui est du cas du Maroc, l'exploitation des ports maritimes n'a été, pour longtemps, considérée, que sous l'aspect de la gestion du service public et du régime d'occupation du domaine public. Le partenariat avec le secteur privé s'inscrivait uniquement dans le cadre de rapports de droit public, en particulier à travers la concession à quelques opérateurs de quais dédiés tels que pour l'OCP et JLEC²⁵⁹. Depuis plusieurs décennies, le contexte évolue et la libéralisation a atteint tous les pans de l'économie, c'est ainsi que les missions d'intérêt général sont aujourd'hui soumises, dans une large mesure au droit de la concurrence. Les activités portuaires ne sauraient échapper à cette évolution.

La concurrence est définie comme étant la situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits elle peut rivaliser avec elle en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal. Elle s'applique aux activités de production, aux activités commerciales et de services, etc.

L'ouverture des services publics à la concurrence a été le maître mot dans le monde durant les années 1980. Les pays européens ont, progressivement, les uns après les autres, pratiqué une politique de libéralisation de leurs activités d'intérêt économique général. Le champ d'ouverture à la concurrence est cependant variable d'un Etat à un autre : pour quels services faut-il remettre en cause le monopole, de quelle manière ? Avec quels outils juridiques ? Une fois que cette ouverture a été pratiquée, quel a été son impact sur les citoyens, en termes d'accessibilité, de coût, de qualité ? Comment concevoir la régulation dans ce nouveau cadre et comment peut-on assurer la cohérence économique, sociale et territoriale

²⁵⁸ Les PPRT sont des plans qui organisent la cohabitation des sites industriels à risques et des zones riveraines. Ils ont vocation, par la mise en place de mesures préventives sur les zones habitées et sur les sites industriels, à protéger les vies humaines en cas d'accident. Les acteurs concernés, industriels et salariés, public et riverains, élus, et services de l'Etat élaborent ces mesures dans le cadre d'une concertation

²⁵⁹ Société bénéficiant d'une concession pour l'exploitation d'une centrale électrique au port de Jorf Lasfar. Cette concession lui a été accordée par l'ODEP.

malgré ces bouleversements ? Telles étaient les préoccupations des pouvoirs publics de ces pays.

Sur un autre registre et si la théorie du service public présente encore un réel intérêt pour préserver les activités d'intérêt général, elle se trouve, à présent, confrontée au développement du partenariat avec le secteur privé, et à la liberté des prestations de service au niveau nationale, mais aussi planétaire.

La notion de service public portuaire n'est pas définie ; elle concerne les activités d'intérêt général comme le pilotage, le remorquage, l'exploitation de l'outillage public, etc. Pour le Professeur Pierre Delvolvé, le service public « se définit moins par son objet que par son régime... est service public l'activité que les pouvoirs publics ont entendu considérer comme tel ».²⁶⁰ Une définition partielle a été donnée par la jurisprudence notamment française qui a précisé que « *le fonctionnement normal du service public portuaire, inclut à la fois la sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port* »²⁶¹ . Le régime de la concession des services publics relève toujours du droit public, mais de plus en plus fréquemment les concessionnaires sont des personnes morales de droit privé.

Pour ces considérations, la loi 15-02 a posé l'orientation tendant à faire respecter la libre concurrence entre les ports et même au sein d'un port²⁶². En France, le principe était déjà bien établi.

Comment ce principe s'applique-t-il sur le domaine portuaire ?

Sous-section 1 : Les principales règles du droit de la concurrence au Maroc :

Les infrastructures portuaires jouent un rôle important au développement économique national. Plus de 95% du commerce extérieur du Maroc transite par les ports de commerce que compte le Royaume. Toutefois, l'essentiel, soit 80% des échanges extérieurs sont concentrés sur trois ports, en l'occurrence ceux de Casablanca, Mohammedia et Jorf Lasfar. A lui seul, le port de Casablanca représente plus de la moitié du trafic portuaire de marchandises. En raison de l'importance de la compétitivité des ports, un transit portuaire lent et onéreux se traduirait, de manière négative, sur le coût des produits et a, par conséquent, un impact direct sur le commerce extérieur.

Sur le plan juridique, le texte recevant application relativement aux règles de la concurrence au Maroc, au moment de la réforme était le dahir n° 1-00-225 du 05/06/2000 portant promulgation de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence publiée au bulletin officiel n° 4810 du 06/07/2000. Cependant, depuis, la loi n°104-12 régit les aspects concurrentiels de l'économie marocaine. Comprenant 111 articles, la loi a abrogé les dispositions de la loi n° 06-99 précitée. Cet amendement tend à corriger les dysfonctionnements observés par l'administration et ainsi confirmer les engagements du

²⁶⁰ « Les ports et la concurrence », Robert REZENTHEL, Droit Maritime Français n°586 1998.

²⁶¹ CE, 8ème et 3ème sous-sections réunies, décision du 4 octobre 2004, req n° 259525, Aff. la SARL CHT.

²⁶² «La Société d'exploitation des ports chargée, concurrentement avec des opérateurs et des exploitants portuaires, des missions à caractère commercial », Préambule de la loi 15-02.

Maroc envers les organisations internationales et ses partenaires commerciaux. Le conseil de la concurrence a, également, un nouveau statut instauré par la loi n° 20-13²⁶³.

§1- Rappel des principales dispositions de la législation sur la concurrence au Maroc :

La loi sur la liberté des prix et de la concurrence a pour objet de définir les dispositions régissant la liberté des prix et d'organiser la libre concurrence. Elle fixe les règles de protection de la concurrence afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs. Elle vise, également, à assurer la transparence et la loyauté dans les relations commerciales.

Elle s'applique sur tout le territoire national à toutes les activités de production, de distribution et de services, qu'elles soient le fait de personnes physiques ou morales de droit privé ou de droit public.²⁶⁴

La loi préconise les règles suivantes :

► La liberté des prix :

Cette loi offre aux opérateurs économiques la possibilité de fixer librement les prix de leurs biens, produits et services. Autrement dit, la loi pose, de manière irréversible, le principe de la liberté des prix et leur détermination par le libre jeu de la concurrence et l'Etat n'a plus le droit d'intervenir, sauf dans des situations exceptionnelles expressément limitées par son article 3. Ainsi, dans les secteurs ou les zones géographiques où la concurrence par les prix est limitée soit en raison de monopole (ex : électricité, eau potable...), soit en raison de dispositions législatives ou réglementaires, les prix peuvent être fixés par l'administration après consultation du Conseil de la Concurrence.

De même en cas des hausses ou des baisses excessives des prix résultant d'une situation exceptionnelle : soit une situation de crise, soit une calamité publique, soit une situation anormale du marché dans un secteur déterminé, l'administration peut prendre des mesures temporaires après consultation du Conseil de la Concurrence. (Article 4).

Si l'intervention de l'Etat sur les prix reste possible, les conditions pour la fixation des prix et l'avis du Conseil de la Concurrence, offrent des garanties aux opérateurs contre tout retour injustifié à la réglementation des prix. Cependant, le rôle purement consultatif dudit conseil limitait la portée de son intervention (la nouvelle loi assigne à ce conseil un rôle décisionnel (voir supra)).

► Les pratiques anticoncurrentielles :

La loi interdit aux agents économiques les pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché national. Ces pratiques sont : les ententes, l'exploitation abusive d'une position dominante et l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique. (Article 6 et 7).

²⁶³Dahir n° 1-14-117 du 30 Juin 2014, portant promulgation de la loi n° 20-13 relative au conseil de la concurrence, Bulletin officiel n° 6280 du 7 août 2014, p. 3746.

²⁶⁴ Article 1 de la loi 06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence repris par la nouvelle loi.

La loi marocaine prévoit des exceptions à l'application des dispositions précitées en permettant l'exonération des sanctions civiles et pénales pour certaines situations.

- Les ententes et les positions dominantes résultant de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ;
- Les ententes et les positions dominantes qui ont pour effet de contribuer suffisamment au progrès économiques pour compenser les restrictions à la concurrence ;
- Les ententes ayant pour objet d'améliorer la gestion des petites et moyennes entreprises et la commercialisation par les agriculteurs de leur produits.

► Le Conseil de la concurrence :

La loi 06-99 abrogée avait créé un organe **consultatif**, le Conseil de la Concurrence. Cet organisme était composé de 7 représentants de l'administration, 3 experts en matière juridique, économiques, de concurrence ou de consommation et 3 représentants des divers secteurs de production, de distribution ou et de services.

Avec la loi n° 20-13 précitée, le conseil est doté d'une compétence générale de régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés conformément à l'article 166 de la constitution.

En effet, sous la législation antérieure, un nombre important de secteurs économiques échappaient au champ d'intervention du Conseil de la Concurrence, soit en raison de l'absence d'une telle disposition explicite, soit à cause de l'enchevêtrement des prérogatives du conseil en matière de régulation et de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles avec les attributions d'autorités de régulation sectorielles : Bank Al-Maghrib pour les établissements de crédit, Agence Nationale des Ports pour le secteur portuaire...etc.

Il est compétent pour étudier les pratiques anticoncurrentielles et les opérations de concentrations économiques dont il est saisi et recommande au chef du gouvernement, par avis motivé, les suites à leur donner.

Pour le secteur des ports, les activités portuaires de nature économique sont soumises au contrôle de l'autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires alors que le respect des règles de concurrence pour les missions régaliennes impliquant l'exercice des prérogatives des puissances publiques est contrôlée par les juridictions administratives.

► Les pratiques restrictives de la concurrence :

Pour favoriser une concurrence saine et loyale, la loi soumet les professionnels à une obligation de facturation (article 58) et une obligation de communication de leurs barèmes des prix et leurs conditions de vente, c'est à dire les conditions de règlement, les garanties de paiement et les réductions accordées. (Article 59).

La loi interdit aussi les pratiques susceptibles de porter atteinte à une égalité entre les concurrents telles, la pratique des prix minimum imposés, la vente discriminatoire, le refus de vente, la vente subordonnée, le stockage clandestin etc.

► La protection du consommateur :

Dans le contexte de la liberté des prix, la loi renforce aussi la protection du consommateur. En effet, la loi prévoit des dispositions qui visent à prémunir le consommateur contre certains comportements abusifs tels que le défaut d'information sur les prix et les conditions de vente ; le refus de délivrance de facture ou ticket de caisse ; les ventes avec primes ; le refus de vente et la vente subordonnée.

► Les enquêtes et les sanctions :

La loi prévoit une nouvelle procédure d'enquête qui permet de protéger le consommateur et les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles. En effet, Le législateur permet désormais aux services d'instruction du Conseil de Concurrence de diligenter des enquêtes concernant les dossiers dont le Conseil a été saisi ou dont il s'est autosaisi.

De même, il érige en une obligation légale pour les entreprises, le droit d'accès aux documents et éléments de preuve nécessaires à l'instruction desdits dossiers. En outre, tout refus de coopération avec les agents enquêteurs du Conseil est dorénavant passible d'astreintes.

Il convient de préciser que sous la législation antérieure, le Conseil ne disposait pas d'un pouvoir d'enquête auprès des entreprises et acteurs économiques ; seuls des fonctionnaires de l'administration spécialement habilités à cet effet, ainsi que les agents du corps des contrôleurs des prix peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions de ladite loi. Ainsi, pour mener à bien ses études, le Conseil était obligé de demander à l'administration de procéder à toute enquête qu'il jugeait utile ce qui conditionnait l'aboutissement de ses actions.

Les enquêtes sont diligentées par un corps d'enquêteurs rattaché au Ministère des Affaires Economiques et Générales (à la Direction des Prix et de la Concurrence) et par le corps de contrôleurs des prix rattaché au Ministère de l'Intérieur.

Les sanctions prévues par la loi sont essentiellement pécuniaires. Les niveaux de sanctions sont déterminés en fonction de l'importance de l'infraction et du préjudice subi par le marché ou par les opérateurs ainsi que les circonstances qui les justifient : mauvaise foi, récidive.

§2- Applicabilité des règles de la libre concurrence dans l'exploitation portuaire

Suite à la promulgation de la loi 06-99, s'est posée la question de son applicabilité au secteur portuaire. En effet, l'Ex ODEP détenait le monopole et seules quelques activités comme le pilotage et le remorquage étaient confiés à d'autres opérateurs dans certains ports.

De ce fait, la sphère d'application de la loi sur la concurrence dans le domaine portuaire était très limitée pour ne pas dire nulle.

Avec la promulgation de la loi 15-02, la donne a changé ; le préambule de la dite loi précise que parmi les apports qu'elle véhicule, l'instauration de la concurrence prend une place de choix. Le secteur est ouvert sur le privé et chaque port doit avoir plusieurs opérateurs et ce, dans le but de promouvoir le service portuaire et assurer sa compétitivité via la multiplicité des opérateurs qui va créer une compétition vers le gain de grosses parts de marché.

Par ailleurs, les règles de la loi sur la concurrence ci-dessus, ont connu quelques exceptions :

En vertu de la loi 15-02, notamment son article 33, l'Agence Nationale des Ports arrête le nombre d'autorisations et des concessions à accorder dans chaque port. On peut considérer que cette restriction entre dans le champ des exceptions à l'application des règles de la concurrence telles que prévues par l'article 8 de la loi 06-99.

Pour ce qui est du contrôle tarifaire, il y a une liberté de fixation des tarifs dans le cas où l'activité concernée ne relève pas du service public : cas des opérations effectuées pour compte propre (terminaux dédiés) ou activités « off-shore » comme le transit ou le transbordement. Mais d'un autre côté, la régulation tarifaire est nécessaire dans le cas d'un service public en situation de monopole ou de concurrence insuffisante et est souhaitable même dans le cas d'une concurrence effective par le marché : fixation d'un tarif maximum. Tel est le cas pour les opérateurs portuaires pour qui les cahiers des charges de la concession signés avec l'ANP fixent les tarifs minimum à appliquer, pour parer au dumping, et le tarif maximum.

La régulation des tarifs comprend, également, une obligation d'assurer une transparence des tarifs pratiqués ainsi que leur publication (affichage).

Concernant les redevances et subventions, il y a ajustement des conditions d'acceptabilité du projet pour les deux parties et partage du risque commercial et du bénéfice. De ce fait les redevances comprennent deux composantes :

1- Partie fixe : redevance qui couvre la rémunération de l'occupation du domaine public et la mise à disposition des ouvrages et équipements réalisés par le secteur public. Elle peut être soit augmentée par un partage des bénéfices dans le cas d'une situation structurellement excédentaire ou diminuée (subvention) lorsque le contour de la concession conduit à une situation structurellement déficitaire (contrepartie des obligations de service public).

2-Partie variable : selon le succès du projet, des redevances/subventions variables selon le niveau d'activité pour partager les bénéfices/risques sur le trafic.

Sous-section 2 : Les règles de la concurrence en France :

En France, la notion de concurrence fait l'objet d'une large polémique. La politique de la concurrence a des fondements solides à son actif qui dénotent d'une volonté de réforme. Cependant, elle continue de présenter des objectifs contradictoires et une dualité de structures institutionnelles qui peut être source de difficultés. La concurrence est introduite délibérément dans des secteurs traditionnellement monopolistiques. Les risques de distorsion par des

subventions croisées sont bien compris en principe (voir infra). Des décisions du Conseil de la Concurrence et des autorités de régulation sectorielles ont essayé de soutenir une neutralité concurrentielle, dans la mesure où cela est possible en l'absence de séparation structurelle. Les évolutions qu'a connues le tissu économique européen sont à l'origine de ces changements et les autorités réglementaires françaises reconnaissent que les marchés concernés sont désormais à l'échelle continentale. La France n'a pas choisi la solution de la séparation structurelle complète entre monopoles publics et entreprises privées de nature concurrentielles pour éliminer l'incitation et la capacité à fausser la concurrence par des subventions croisées. Elle a choisi d'exercer des contrôles de type comportemental, à travers l'application des clauses d'abus de position dominante de la loi sur la concurrence. En France, les entreprises ont appris comment opérer dans le cadre de cette structure incitative et développent des stratégies commerciales en conséquence.

La structure des organes chargés de la politique de la concurrence reflète ces complexités. Les principes de droit suivent les normes européennes communes, et les modalités d'application sont bien adaptées à la nouvelle approche de la Commission européenne, à savoir une application décentralisée et à posteriori du droit par les institutions nationales. Le Conseil de la Concurrence a servi de modèle en matière d'autorité indépendante en France et il entretient de bonnes relations avec les autres autorités sectorielles indépendantes. La Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie est l'autre autorité mettant en œuvre la politique de la concurrence. La coexistence de deux autorités d'exécution pourrait créer des synergies mais elle comporte aussi le risque de mésententes.

§-1- Fondements de la politique de la concurrence en France:

L'intervention de l'État Français dans la politique économique était, dans le passé, une composante importante. Depuis les mesures de contrôle des prix adoptées pour lutter contre les dépressions économiques jusqu'à la planification indicative de l'après-guerre, les anciennes politiques ont reposé sur le principe de l'intervention centralisée et ont impliqué une coordination au niveau de l'ensemble de l'industrie. La participation directe de l'État à l'économie demeure forte, en dépit des deux programmes de privatisation qui ont largement remis en question les nationalisations du début des années 80, voire certaines de l'après-guerre. L'État demeure propriétaire de la plupart des grandes entreprises d'infrastructure telles EDF, GDF, La Poste, SNCF, RATP, etc. L'État détient encore des participations de contrôle dans des sociétés cotées en bourse comme Air France, France Télécom, néanmoins, la concurrence sur le marché est libre et puissante dans la plupart des secteurs.

Le cadre du droit de la concurrence remonte à la Révolution, époque à laquelle ont été posés les fondements de la loi qui a contrôlé les ententes jusqu'en 1986. Le premier jalon en ce sens était la célèbre pensée d'Adam Smith donnant lieu à la loi le Chapelier de 1791 interdisant aux membres de la même corporation de se regrouper pour réglementer leurs « intérêts communs ». En 1810, le Code pénal a interdit les coalitions pour manipuler les prix « *au-dessus ou au-dessous de ce qu'aurait déterminés la concurrence libre et naturelle* ». Cette disposition, via l'article 419, est restée inscrite dans le code pendant 176 ans. L'interdiction est tombée en désuétude au cours de la seconde partie du XIXe siècle, époque à laquelle les tribunaux Français, comme ceux du reste de l'Europe, opéraient une distinction entre les bonnes et les mauvaises ententes, jugeant qu'un petit nombre seulement de ces dernières méritaient une sanction. La loi a été ensuite modifiée en 1926 pour prendre en compte les interprétations judiciaires qui avaient affaibli l'interdiction posée par l'article 419

précité. Dans les années 1930, la mode étant passée à des conceptions corporatistes, les ententes ont été acceptées comme un moyen de parvenir à la stabilité et d'améliorer la compétitivité. Le gouvernement les a même imposées dans certaines industries.

Au cours de cette longue période, la loi sur la concurrence déloyale a retenu l'attention, les tribunaux ont élaboré une jurisprudence basée sur une disposition brève, simple et générale du Code civil français en vertu de laquelle le dommage causé à autrui doit être réparé. Les règles sur la concurrence loyale ont trouvé appui tant dans une perspective libérale favorisant l'opportunité économique de pouvoir se faire concurrence que sur le lien traditionnel entre un traitement loyal des concurrents et la cohésion de la collectivité.

Une ordonnance de 1945 a rendu illégaux les refus de vente, la discrimination en matière de prix et certaines autres pratiques. Ceci a été fait en considérant que ces pratiques étaient similaires ou assimilables à des pratiques de prix illicites, les règles étant appliquées par les services responsables du contrôle des prix. Le Parlement a essayé d'adopter une loi générale sur la concurrence en 1953, mais n'a pu s'entendre sur un texte. À la place d'une loi, le gouvernement a adopté un décret pour l'application de l'Ordonnance de 1945, qui ressemble beaucoup aux lois modernes sur la concurrence moderne. Ce décret s'appliquait uniquement aux pratiques concertées, et non aux pratiques d'une entreprise isolée, et il était encore limité aux effets sur les prix. Le système a été étendu en 1963 afin de couvrir l'abus de position dominante, bien que ce pouvoir n'ait pas été exercé avant la fin des années 70, et le lien avec les effets sur les prix n'a été supprimé qu'en 1967. Il n'en demeure pas moins que la gestion administrative de l'économie prévalait à l'époque sur ces outils encore modestes de la politique de la concurrence.

Un changement fondamental de ce système a commencé à se faire jour à la fin des années 1970. Des chocs économiques externes ont mis en cause l'approche planificatrice. Sous la présidence de M. Giscard d'Estaing, les contrôles des prix ont été réduits et le cadre du droit de la concurrence renforcé en 1977 et 1978. Les réformes ont inclus l'instauration d'amendes et d'injonctions, l'élargissement de l'horizon de la Commission « technique » rebaptisée Commission de la Concurrence et l'augmentation de ses ressources.

Au milieu des années 80, au moment où le gouvernement changeait de politique, un consensus s'est fait jour en France pour promouvoir la concurrence et alléger les contrôles. Le ministre de l'Économie et des Finances a nommé une commission d'experts afin d'examiner les possibilités de renforcement du cadre législatif de la concurrence, en prenant pour modèles les législations de l'Allemagne et de l'Union européenne. Le texte qui en a résulté, l'ordonnance de 1986 sur la concurrence et la liberté, a abandonné le régime de réglementation des prix, en marquant un changement fondamental. L'ordonnance s'est efforcée de rendre indépendante la mise en œuvre de la loi sur la concurrence en promouvant la Commission de la Concurrence au rang de Conseil de la Concurrence en le dotant du pouvoir d'engager des procédures, de prononcer des injonctions et d'infliger des amendes. Ses normes substantielles suivaient les principales dispositions sur la concurrence du traité de Rome. La France était ainsi parmi les premiers pays à réagir à la confiance croissante inspirée par le droit de la concurrence de l'Union Européenne, et à la cohérence accrue de ce droit, en renforçant et en adaptant sa propre réglementation. La législation de 1986 revêtait une importance symbolique majeure en Europe, reflétant l'attachement de la France à la politique de la concurrence. L'harmonisation avec les règles de la politique de la concurrence européenne s'est poursuivie en 1992, lorsque le Conseil s'est vu attribuer le pouvoir d'appliquer les articles 85 et 86 du traité de Rome (désormais, articles 81 et 82 du traité).

En 2001, le droit français de la concurrence a été profondément refondu et codifié dans la loi sur les nouvelles régulations économiques Loi du 15 mai 2001. Les réformes apportées par cette loi ont amélioré la procédure d'enquête et de décision et ajouté une exigence de notification avant fusion, des sanctions plus sévères et un dispositif de clémence.

Un grand nombre de ces mesures suivent des évolutions et exigences procédurales issues du droit et de la mise en œuvre de la législation de l'Union Européenne. En revanche, des parties substantielles de cette loi traitent de sujets qui n'ont pas d'équivalent dans le droit de la concurrence de l'Union Européenne, ajoutant des règles reposant sur le concept d'abus de dépendance économique. En 1996, la loi Galland avait déjà étendu les pouvoirs du Conseil pour couvrir les prix « abusivement » bas (dumping).

§2- La concurrence dans la loi française sous l'influence communautaire :

Afin d'éradiquer les obstacles pouvant gêner la réalisation du marché commun, devenu marché intérieur, le droit européen a mis en place un régime juridique visant à assurer le rapprochement entre activités portuaires et du transport maritime avec confirmation des principes de base qui le régissent. Ceci doit se reposer sur deux fondamentaux : le premier vise la réalisation des libertés de circulation, et le second, l'ouverture à la concurrence. Les libertés de circulation ont été instaurées pour défendre les intérêts et prérogatives des opérateurs économiques face aux interventions restrictives des pouvoirs publics des Etats. La libre concurrence, quant à elle, vise à protéger le fonctionnement du marché dans sa globalité.

Par ailleurs, étant distinctes mais complémentaires, ces deux libertés se répandent, aux secteurs des ports et des transports maritimes selon une méthode différente. En effet, du fait que les libertés de circulation n'ont pas permis de concevoir la libéralisation des activités portuaires, les règles de concurrence édictées ont constitué la force d'intégration des ports maritimes et des activités y relatives.

Comment sont établis ces deux principes sur les ports maritimes européens ?

A- Les ports maritimes et le principe de la libre circulation imposée par l'UE :

Les secteurs des activités portuaires et le transport maritime ont vécu l'expérience d'établissement des libertés de circulation avec des difficultés propres à chacun même si elles forment un ensemble constituant le commerce maritime.

Quels sont les obstacles(a) et comment s'est installée la liberté de circulation (b) ?

a) Les contraintes de l'instauration des libertés de circulation :

S'il est admis que les ports et les transports maritimes constituent ensemble le commerce maritime, le Traité de l'UE ne traite que de la navigation maritime sans régir activités portuaires. Cette donne a formé un obstacle difficile à franchir étant donné, pour ce qui est des activités portuaires, l'organisation et la structure particulière du marché qui nécessite l'utilisation d'infrastructures nationales peu préparées à la gestion commerciale. Pour le transport maritime, la difficulté réside dans la présence accrue de **la puissance** publique qui, depuis son origine, caractérise cette activité pourtant commerciale par sa nature.

A l'origine, les ports et le transport maritimes ont subi le poids de la puissance souveraine attachée au développement du commerce maritime fournisseur de richesses. Actuellement, cette n'a pas changé si l'on considère, au plan international par exemple, les difficultés de l'intégration des services de transports maritimes dans les négociations au sein de l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC).

L'empreinte de la puissance publique s'est, certes, atténuée mais n'a pas réellement disparaitre pour ce qui est du navire marchand ou du transport maritime mais elle est restée forte du côté du port. La nationalité (notion de pavillon par exemple), qui surgit en effet de cette empreinte, est un élément négatif dans la mise en œuvre des règles de libres circulations en droit de l'Union Européenne. Dans ce sens, il est d'abord posé une interdiction générale de discriminations exercées en raison de la nationalité (TFUE, art. 18). Il y a, également, la prescription de la suppression de toute discrimination fondée sur la nationalité pour la libre circulation des travailleurs (TFUE, art. 45) ainsi que la règle selon laquelle tant que des restrictions existent en matière de libre prestation de services, elles doivent être appliquées sans distinction de nationalité (TFUE, art. 61).

Le premier obstacle aux libertés de circulation au sens des dispositions du droit de l'UE est imputable aux Etats. Ceci peut être recherché dans l'expression de leur volonté qu'ils ont manifestée lors de leur adhésion dans la Communauté Economique Européenne.

Pour ce qui est du domaine des ports, la situation est particulière car il n'est fait aucune évocation à cette activité économique dans le Traité de l'UE. Dans les débuts de construction du marché commun, durant les années 1970, la majorité des experts portuaires, consultés par la Commission Européenne, estimaient que les différences relevées entre les Etats ou même entre régions à l'intérieur d'un même Etat en ce qui concerne les modalités de financement des infrastructures, des superstructures et de l'exploitation des ports justifient la difficulté de l'élaboration d'une « politique portuaire spécifique de la Communauté »²⁶⁵. Interrogée par un parlementaire européen sur les raisons d'absence d'une politique portuaire européenne homogène en 1982²⁶⁶, la Commission en précisait la principale difficulté qui résidait dans le fait que les décisions relatives au développement des ports sont de la compétence de chaque Etat membre. Elle avait établi en 1981, un rapport concluant au constat qu'il ne paraissait pas possible de mener une véritable politique au niveau communautaire pour les ports maritimes. Ce constat initial d'une impossible action communautaire explique les ajournements de préparation et mise en œuvre de la politique portuaire qui n'a pas pu être concrétisée, comme nous allons le voir dans le paragraphe suivant.

b) La soumission de l'activité portuaire au principe de la libre circulation :

Depuis quelques décennies, la Commission Européenne fait face aux difficultés de mise en place d'une politique européenne applicable aux ports maritimes. En effet, après avoir créée, en 1993, une direction chargée de la politique portuaire au sein de la DG Transports²⁶⁷ et engagé des pourparlers périodiques avec l'ESPO (Association Européenne des Ports

²⁶⁵ Commission européenne, « Vers une politique commune des transports », in Transports maritimes, Bull. CE, suppl. 5/85, p. 35.

²⁶⁶ JOCE n° C259 du 4/10/1982, p. 20

²⁶⁷ DG MOVE ou Direction générale de la mobilité et des transports ayant pour mission l'élaboration et la mise en œuvre en œuvre la politique de la Commission en matière de transport.

Maritimes/ European Sea Port Organisation) et les autres associations représentant ce secteur d'activité, elle produisit en 2003 puis en 2006 des propositions de directives pour la libéralisation du secteur qui furent rejetées ayant soulevé les appréhensions des pays membres. Subséquemment cet échec, la Commission s'était résignée en 2007²⁶⁸ à ne proposer que des mesures à caractère non contraignant « afin d'améliorer les performances des ports, de moderniser leurs infrastructures, de promouvoir la transparence dans l'utilisation des fonds publics, de supprimer les restrictions de l'accès au marché et d'améliorer le climat social. Quelques années plus tard, elle déplore leur impact limité voire nul et préconise un changement de méthode reposant, selon ses termes, sur une véritable stratégie respectueuse de la diversité des modèles de gouvernance et des structures de propriété »²⁶⁹.

En 2008, le Parlement Européen, en rappelant la place fondamentale du secteur portuaire dans l'union à divers niveaux ; économique, commercial, social, environnemental et stratégique, a adoptée, à la majorité, une résolution approuvant la mise en place d'une politique portuaire européenne²⁷⁰ et a lancé un appel à la Commission pour s'assurer que tous les ports des pays membres soient exploités au maximum de leur capacités. La politique portuaire européenne devrait promouvoir quatre aspects : la sécurité, la rapidité des prestations, faiblesse des coûts et respect de l'environnement²⁷¹.

Pour fixer et définir le contenu de ce méga programme portuaire, une conférence sur l'avenir des ports européens s'est réunie en 2012 pour concertation, donnant lieu à une communication intitulée « Les ports : un moteur pour la croissance », publiée le 23 mai 2013²⁷². Dans cette communication, la Commission met en avant les développements inédits de la politique portuaire européenne et présente une proposition de règlement établissant un cadre facilitant l'accès au marché des services portuaires et instaurant les règles de la transparence financière des ports. Son objectif est de « *contribuer à un fonctionnement plus efficient, interconnecté et durable des trois cent dix-neuf ports du réseau transeuropéen de transport en créant un cadre qui améliore leurs performances et les aide à faire face à l'évolution des exigences en matière de transport et de logistique* ». Ceci sera possible via la mise en œuvre des procédures transparentes et ouvertes pour le choix des prestataires de services aux ports ainsi que par plus de transparence dans la fixation des redevances et des modalités de recours aux financements publics.

Quant à la jurisprudence en la matière, elle est riche est éclairante et joue un rôle constructif dans ce sens. En effet, le juge européen était le premier à déclarer le principe de la soumission du commerce maritime aux règles de libres circulations en expliquant, par la même occasion, le régime élaboré par les concepteurs du Traité de la CEE. La CJCE affirmait déjà 1974, dans l'affaire des marins français- où Il s'agissait de la libre circulation des travailleurs- que le régime dérogatoire des transports maritimes ne faisait pas échapper le secteur à l'application des règles générales du traité²⁷³. La question de la soumission des ports maritimes et de l'ensemble des activités portuaires, absente du traité, sera posée encore une fois en 1989 dans l'arrêt Corsica ferries lors duquel la Cour a rappelé que « *en vertu d'une*

²⁶⁸ COM(2007) 616, communication de la commission européenne sur la politique portuaire européenne, rapport établi le 18/10/2007.

²⁶⁹ Robert REZENTHEL, « la liberté contractuelle et les activités portuaires », DMF n° 788, 1^{ER} Février 2017

²⁷⁰ Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2008 sur une politique portuaire européenne : JOUE C 295 E du 04/12/2009 p. 74 –79.

²⁷¹ Voir à ce sujet, « Chronique maritime », n° 542, oct. Nov. 2010, pp. 605-613.

²⁷² Communication de la Commission « Les ports : un moteur pour la croissance », COM(2013)295 final du 23 mai 2013

²⁷³ C.J.C.E., 4 avril 1974, Commission c/. France, rec. 359.

jurisprudence constante, les dispositions du Traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la Communauté et [que] toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée »²⁷⁴.

B- Activités portuaires à l'épreuve de la libre concurrence

Le principe des libertés de circulation qui constituent le socle de l'intégration européenne du transport maritime a renforcé les règles de concurrence qui ont, dans un premier temps, constitué le fondement de l'intégration des ports maritimes et des activités qui y sont liées. Ce fut une véritable épreuve puisque la propagation des règles de concurrence s'est heurtée, dans le secteur portuaire, à de multiples obstacles, l'interférence s'est finalement révélée très productif pour les uns comme pour l'autre. Plus que dans tout autre domaine, la force réformatrice du droit de la concurrence a opéré dans le secteur des ports. Progressivement le droit portuaire et le droit du transport maritime ont été gagnés par la nomenclature, les méthodes d'analyse et les impératifs du droit de la concurrence. Plus encore, les activités portuaires et de transport maritime ont engendré un véritable chantier de la mise en œuvre de ces règles.

La libre concurrence, telle qu'escomptée dans les ports d'Europe, a pour objet principal la protection des mécanismes du marché commun. Elle vise, d'une part, la promotion de l'égalité concurrence et faire que la puissance publique ne doit pas avantager un ou plusieurs opérateurs sur le marché. De plus, la libre concurrence invite à la construction et au maintien d'un ordre concurrentiel et vise à promouvoir une concurrence réelle entre les opérateurs économiques sur le marché en s'appuyant sur deux outils : le droit des pratiques anticoncurrentielles et la police des concentrations.

a) Les mécanismes contribuant au principe d'égalité concurrence

Deux instruments contribuent à l'application du principe d'égalité concurrence : la discipline des aides d'Etat et l'interdiction des impositions discriminatoires.

Afin d'éviter que la concurrence livrée par les Etats européens pour défendre leurs installations portuaires et leurs compagnies maritimes ne devienne une véritable course vers les subventions massives, la Commission Européenne²⁷⁵ en contrôle la concordance avec le traité²⁷⁶. Elle a la possibilité de fixer les modalités du contrôle qu'elle entend effectuer même si elle ne l'a utilisée que pour le transport maritime en 1994²⁷⁷. Il en est résulté que des systèmes d'aides d'Etat peuvent être menés pour soutenir les intérêts du secteur du transport maritime pour l'atteinte d'objectifs généraux tels que la sauvegarde de l'emploi européen ou l'amélioration de la sécurité. Il faut dire que, pour certains ports européens en l'absence

²⁷⁴ Point 8 de l'arrêt de la CJCE du 13 décembre 1989, *Corsica Ferries France c/ Direction générale des douanes françaises*, aff. C49/89, rec. p. 4441.

²⁷⁵ L'objectif visé par la Commission par les enquêtes approfondies sur des exemptions fiscales dont bénéficient les activités économiques des ports belges et français est de vérifier que ces exonérations ne sont pas des aides d'Etat et qu'elles n'affectent pas la concurrence entre les ports. Dans diverses études, la Commission reconnaît la grande diversité des situations dans les ports. Notamment dans le livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes publié en 1997, elle affirmait l'inutilité d'harmoniser le statut des ports.

²⁷⁶ Parfois combiné à l'article 93 du TFUE qui prévoit la comptabilité des aides qui répondent au besoin de la coordination des transports.

²⁷⁷ Une version de ces orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime a été publiée le 17 janvier 2004 : Com (2004) 43 du 17 janvier 2004, JOUE n° C 13/3 du 17/01/2004.

d'application de la directive « Transparence »²⁷⁸, les notifications d'aides ont significativement augmentées dans les deux secteurs²⁷⁹. De plus en plus saisie, la Commission procède à un examen minutieux de chaque aide accordée par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat. Au vu des décisions rendues, il apparaît, que les ports et le transport maritime ont constitué un cadre opportun à la mise en œuvre des critères et méthodes d'appréciation des aides d'Etat.

La Commission a eu, à maintes reprises, l'occasion d'explicitier le critère de l'investisseur en économie de marché et asseoir les règles de validité d'une aide publique semblable à ce qu'aurait fait un investisseur privé averti dans des circonstances comparables²⁸⁰. La commission Vérifie la rationalité économique à long terme quand un État membre décide d'accorder un avantage économique à un opérateur et réprimande, le cas échéant, les aides qui contribuent à diminuer, sans une contrepartie d'intérêt commun, les coûts de production, d'exploitation ou d'investissement des ports, opérateurs portuaires et compagnies maritimes. Par exemple, les aides octroyées, par le gouvernement grec à des opérateurs chinois souhaitant s'implanter sur le port du Pirée, via des allègements fiscaux ont été déclarées contraires au traité européen en mars 2015²⁸¹.

Pour les cas particuliers des aides accordées à des entreprises en difficultés comme ce fut le cas de la « SNCM, Sea France » ou la compagnie italienne « Saremar », elles sont examinées au vu des lignes directrices européennes en la matière concernant cette catégorie d'aides. La Commission, suivi dans sa position par le Tribunal, ont clairement rappelé que de telles aides devaient faire l'objet d'un plan de restructuration avec implication de leur bénéficiaire qui doivent apporter leur propre participation.

Ceci étant, il faut souligner que le fait qu'elles soient soumises au contrôle des autorités européennes, ne veut pas dire que les aides d'Etat ne sont pas systématiquement prohibées²⁸². La Commission les juge acceptables et conformes au traité du moment que ce ne sont pas de simples aides ponctuelles mais qu'elles s'insèrent dans le cadre d'une stratégie globale de développement du port ou de l'activité de transport maritime pour le développement de l'économie nationale.

²⁷⁸ Directive n° 2006/11/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE L348/906 du 24 décembre 2008.

²⁷⁹ Voir par exemple la décision du 22 juillet 2015 autorisant la Lettonie à modifier les mesures d'aides publiques à la zone franche du port de Ventspils pour un montant de 5.2 millions d'euros (SA.40838) ; la décision du 14 septembre 2015 prolongeant le régime belge d'exemption de cotisations sociales des marins employés dans les secteurs du transport maritime et du dragage maritime pour un montant de 33.3 millions d'euros (SA.38336) .

²⁸⁰ Décision de la Commission du 2 juillet 2008 concernant les aides octroyées par la Grèce à l'entreprise Hellenic Shipyards SA, JOUL 225/4 du 27/08/2009.

²⁸¹ Voir. Décision n° 2015/1827 de la Commission du 23 mars 2015 concerne l'aide d'État octroyées par la Grèce au profit des sociétés « Piraeus Container Terminal SA » et « Cosco Pacific Limited », notifiée sous le numéro C(2015) 66, JO L 269 du 15.10.2015, p. 93.

²⁸² L'article 93 du TFUE prévoit en effet la compatibilité des aides qui répondent au besoin de la coordination des transports dans l'intérêt commun. La Commission vérifie les cinq critères sont remplis. En effet, l'aide doit contribuer à la réalisation d'un objectif d'intérêt commun, être nécessaire et exercer un effet d'incitation, être proportionnée, l'accès à l'infrastructure en question doit être ouvert à tous les utilisateurs sur une base non discriminatoire et enfin, aucune distorsion de concurrence contraire à l'intérêt commun ne doit être générée. Voir à ce sujet. Guéguen-Hallouet in « Chronique maritime », Revue de l'Union européenne, n° 558 mai 2012, pp. 336-351.

Les considérations environnementales justifient, également, les décisions de censure ou d'acceptations des aides. L'exemple illustrant est la décision prise en 2013 où la compatibilité des aides italiennes soutenant le transfert modal des poids lourds vers la mer a été établie du moment qu'elles visaient la promotion d'un système de transport durable²⁸³.

Peu importe leur forme, les aides peuvent être préjudiciables à la réalisation du marché intérieur si elles faussent les conditions de la concurrence. Ce fondement de la libre prestation de service ainsi que celui de l'article 116 du TFUE qui pose le principe de l'élimination des distorsions de concurrence résultant de l'absence de mesures d'harmonisation ont été à la base des censures des mesures espagnoles²⁸⁴, françaises²⁸⁵, italiennes²⁸⁶ et grecques²⁸⁷ de réductions de taxes portuaires et maritimes.

b) Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles :

L'application des règles générales de la concurrence édictées par les divers traités²⁸⁸ contribue à la mise en place d'un cadre qui limite les monopoles et tous droits exclusifs ou spéciaux. La Commission Européenne, la Cour de Justice de l'Union Européenne et les autorités nationales de la concurrence sont ponctuellement saisies par les opérateurs et doivent déterminer, de façon raisonnable la nature juridique des activités qui leurs sont soumises pour définir le régime juridique applicable.

Depuis quelques années, la structure du marché des services portuaires et maritimes connaît une véritable mutation. Ceci a poussé de puissants groupements d'opérateurs spécialisés à constituer de véritables concentrations d'entreprise²⁸⁹, pour répondre à la demande grandissante de services intégrant toute la chaîne logistique à l'échelle mondiale. Ce phénomène est encadré par le règlement 139/2004 du 20 janvier 2004²⁹⁰ qui place sous la surveillance de la Commission ces opérations de restructuration revêtant une étendue européenne. Des seuils sont à cet égard fixés pour établir la compétence européenne ou nationale pour examiner la concentration.

Les articles 101, 102 et 106 du TFUE traitent des pratiques anticoncurrentielles et des ententes. En effet, en vertu de l'article 101 dudit traité, les accords anticoncurrentiels sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits. L'article 101 continue en interdisant les accords par lesquels des entreprises coordonnent leurs agissements au lieu de se concurrencer en toute indépendance et qui ont pour objet ou pour effet de fausser la concurrence. Même si un accord horizontal ou vertical peut être considéré comme restrictif, il pourra être autorisé en

²⁸³ Décision n° 2013/487/UE de la Commission du 17 juillet 2013 concernant l'aide d'état SA.33412 (12/C) (ex 11/N), notifiée sous le numéro C(2013) 4392, *JOUE L-265 du 8 octobre 2013*.

²⁸⁴ CJCE (septième chambre,) 4 février 2010, Commission européenne C/Royaume d'Espagne, Aff. C-18/09

²⁸⁵ CJCE, 5 octobre 1994, Commission c/. France aff. C-381/93, rec. I. 5145.

²⁸⁶ CJCE, 19 février 2000, Commission c/. Italie, aff. 295/00, rec. I 1737.

²⁸⁷ CJCE, 11 janvier 2007, Commission C/. République hellénique, aff. C-269/05 et CJCE, 14 novembre 2002, *Geha Naftliaki ea* ; aff. C-435/00, rec. I-10615.

²⁸⁸ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en vigueur depuis le 1er décembre 2009.

²⁸⁹ A voir les deux concentrations significatives concernant l'exploitation d'un terminal roulier sur le port suédois d'Älvsborg et les terminaux minerais de Rotterdam et d'Amsterdam. Voir également, la non-opposition à une concentration notifiée dans l'affaire COMP/M.6305 -DFDS/C.RO Ports/Älvsborg, *JOUE C 162 du 8.6.2012*, p. 1. et la non-opposition à la concentration notifiée dans l'affaire COMP/M.6376 — Arcelormittal/Atic Services, *JOUE C 380 du 29.12.2011*, p. 1.

²⁹⁰ JOUE L 24 du 29 janvier 2004. Entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004, ce nouveau règlement a remplacé le règlement précédent n° 4064/89/CEE du 21 décembre 1989.

vertu de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE s'il a finalement pour effet de stimuler la concurrence.

L'article 102 du traité interdit les abus de position dominante. Les entreprises en position dominante peuvent, comme toutes les autres entreprises présentes sur le marché, se livrer concurrence en fonction de leurs mérites. Cependant, l'article interdit les comportements abusifs d'entreprises en position dominante qui empêchent l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché ou évincent des concurrents. Ces pratiques entravent la concurrence et ont une incidence négative sur les incitations à innover et la croissance ainsi que sur le bien-être des consommateurs.

Enfin, l'article 106 du TFUE interdit aux États membres d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles des traités en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs (entreprises privilégiées). Dans ce sens et, en la présence d'une activité économique classée comme « activité d'entreprise », un régime dérogatoire est envisageable sur le fondement du §2 dudit article. Partant de ce constat, les règles européennes de concurrence ne sont applicables aux services portuaires d'intérêt économique général que dans la mesure où elles ne font pas échec à la mission particulière qui leur est impartie. Dans chaque espèce, qui leurs sont soumises, la Commission et la Cour de justice appliquant le principe de proportionnalité, vérifient s'il y a adéquation entre les prérogatives de puissance publique et la mission.

L'intervention de ces instances était timide, en effet excepté la décision concernant le port luxembourgeois de Mertert en 1971²⁹¹, ce n'est qu'en 1991 que s'est réellement développée la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relativement à la gestion des ports maritimes italiens²⁹², anglais²⁹³, allemands, danois²⁹⁴, français et ultérieurement espagnoles. A signaler, à cet égard, qu'il fallait attendre 2002 pour que le Conseil de la Concurrence français consacre le principe de l'opposabilité des règles de concurrence aux ports maritimes²⁹⁵.

²⁹¹ C.J.C.E. 14 juillet 1971, ministère public luxembourgeois c/Muller Aff. 10/71, Rec. 723.

²⁹² Voir entre autres : CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Siderurgica Gabrielli*, aff. C-179/90, rec. I p. 5889 ; CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl contre Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. C-18/93, rec. I p. 1783 ; CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl et Servizi Ecologico Porto di Genova*, Aff. C-343/95, rec. I p. 1547 ; CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France SA et Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop/arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo de la Spezia Coop. Arl, Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, aff. C-266/96.

²⁹³ V. Décision n° 94/19/CEE du 21 décembre 1993 relative au port de Holyhead (Pays de Galles), JOCE n° L 15/8 du 18/01/1994.

²⁹⁴ Voir. CJCE, 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum Ltd et Abenra Havn, Alborg Havn, Horsens Havn, Kastrup Havn NKE A/S, Naestved Havn, Odense Havn*, aff. C-90/94, rec. I p. 4085 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Texaco A/S et Middelfart Havn, Arthus Havn et autres et, entre Olieselskabet Danmark amba et Trafkministeriet, Fredericia Kommune et autres*, aff. jtes C-114/95 et C-115/95, rec. I p. 4263 ; CJCE, 17 juillet 1997, *GT- Link A/S et De Danske Stratsbaner(DSB)*, aff. C-242/95, rec. I p. 4449 et Décision de la Commission européenne n° 94/119/CEE du 21 décembre 1993 relative au refus d'accès aux installations du port de Rodby (Danemark), JOCE n° L 55/52 du 26 février 1994.

²⁹⁵ Décision n° 02-D-15 du 1er mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention de vrac solides au port autonome du Havre et la décision n° 07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre, la compagnie maritime des pondéreux, la société havraise de gestion et de transport.

Sur le plan interne, de nombreux projets ont été notifiés en France tel le transfert des outillages publics aux opérateurs privés résultant de la loi portant réforme portuaire de 2008 qui a été à l'origine de plusieurs opérations de concentrations validées par la Commission Européenne²⁹⁶.

Eu égard à ce qui précède et pour conclure sur ce point, les développements ci-dessus montrent d'abord, une augmentation significative de l'activité décisionnelle des autorités européennes et nationales mettant en œuvre les libertés économiques. Cela montre à quel point les activités portuaires et maritimes se concilient difficilement avec les exigences des traités européens.

Il apparaît ainsi que les autorités européennes et nationales compétentes utilisent les libertés économiques comme un cadre de déplacement des préférences des acteurs nationaux – L'objectif étant de « dénationaliser » leurs modes de raisonnement et de décision, pour pouvoir tenir compte des intérêts provenant ou établis dans d'autres Etats membres. Il s'agit là de la condition de l'existence d'une véritable intégration des ports et du transport maritime dans l'Union européenne.

Notre travail nous a également permis de mesurer l'équilibre à rechercher entre divers droits fondamentaux ; entre les libertés économiques et les droits sociaux notamment. Il n'y a pas de doute la réalisation des libertés économiques dans le secteur des ports et du transport maritime y participe. Le commerce maritime mondialisé bien avant l'actuelle mondialisation nous apparaît finalement comme un laboratoire pour l'élaboration de libertés qui doivent d'abord être protectrices.

La question qui se pose à ce niveau : comment le dispositif réglementaire français en la matière a adopté ces principes européens ?

C-dispositif français sur la concurrence : soubassement européen ?

Les grandes lignes de la loi Française suivent, à quelques exceptions près, le modèle et les principes instaurés par l'Union Européenne au sujet des accords restrictifs, des entreprises dominantes et des fusions. En effet, la France utilisait déjà le même système que celui qui sera mis en œuvre dans le cadre du système modernisé d'application de l'Union Européenne. En France, la mise en balance des avantages économiques pourrait conduire à une exemption de l'interdiction d'abus de position dominante, tandis que dans l'Union Européenne cette exemption n'est possible, qu'au titre de l'interdiction des accords restrictifs. La loi française intègre son héritage spécifique, car les dispositions du Code de Commerce consacrées aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des fusions maintiennent, également, un pouvoir résiduel de contrôle des prix directement et un titre entier y traite des pratiques de concurrence déloyales.

²⁹⁶ Décision de la Commission du 02/03/2011 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration par laquelle EDF et ATIC un logisticien maritime du terminal charbonnier STM6 du Grand Port Maritime du Havre. Voir Aff. N COMP/M.6038 - EDFT-L / ATIC / STMC, in JOUE C35/12 du 4.2.2011 et la décision de la Commission du 08/04/2011 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une opération de concentration par laquelle EDF logistique et Sea Invest Montoir un opérateur de manutention et de logistique prennent le contrôle de l'opérateur du terminal charbonnier de Montoir (OTCM) : Aff. COMP/M.5928 - SEA INVEST / EDF / OTCM, in JOUE C 117/9 du 15.4.2011.

Les accords qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence sont prohibés (art. L. 420-1). Cette interdiction générale ne distingue pas entre les accords horizontaux et verticaux, et elle ne vaut pas en elle-même illégalité. En pratique, la justification économique d'une lutte énergique contre les ententes horizontales est largement reconnue : si elles sont couronnées de succès, ces ententes ont les mêmes effets qu'un monopole, à savoir augmenter les prix, réduire la production et détourner des richesses au détriment des consommateurs. La loi comble des lacunes potentielles en prohibant les accords tacites ou exprès et en prohibant les accords conclus indirectement par le biais d'intermédiaires ainsi que les accords conclus directement entre les parties.

La loi n'interdit pas les accords ou autres pratiques qui ont pour effet d'assurer un « progrès économique », à condition qu'ils réservent aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte et que la concurrence ne soit pas éliminée sur une partie substantielle du marché. Une modification adoptée en 2001 a précisé que le « progrès économique » peut inclure la création ou le maintien d'emplois (art. L. 420-4). Il ne s'agit pas de critères d'exemption; ces dispositions définissent plutôt le champ de l'interdiction elle-même. Il incombe toutefois aux parties en cas de contestation, de démontrer que ces critères sont remplis. Le Conseil interprète les critères de manière restrictive, exigeant que le progrès bénéficie à toute l'économie, et non pas seulement aux parties à l'accord restrictif, et que les profits soient directement liés à l'accord restrictif. Il n'est pas nécessaire que ces profits bénéficient directement aux consommateurs. À l'inverse, cependant, les profits d'un accord restrictif ne sont pas établis au seul motif que les intérêts des consommateurs ont été pris en compte dans sa négociation. Ainsi, le Conseil a écarté un accord conclu à l'échelle du secteur bancaire, que des banques avaient négocié avec des organisations de consommateurs.

Les mêmes dispositions légales s'appliquent aux accords verticaux. (En outre, certaines relations et pratiques verticales, notamment les prix minimums imposés, sont soumises à une réglementation spécifique dans le cadre de la loi qui traite des pratiques déloyales.) Les accords entre parties à différents stades du circuit de distribution ont souvent pour but et pour effet de soutenir la concurrence plutôt que de l'entraver. Dès lors, le Conseil adopte une attitude plus tolérante à l'égard des restrictions verticales, telle la distribution sélective ou exclusive ou la franchise, et se préoccupe principalement de l'étendue de la fermeture du marché et des effets cumulatifs. Si la concurrence persiste (et en l'absence de pratiques clairement prohibées, notamment des prix imposés), le Conseil peut considérer qu'il n'y a pas restriction à la concurrence. Dans un cas similaire, la Commission européenne pourrait estimer qu'une exemption est justifiée. La qualification juridique diffère, mais les résultats sont à peu près les mêmes. Le Conseil s'est référé à la réglementation révisée de l'Union européenne sur les restrictions verticales, même pour les pratiques qui ne sont pas soumises à la législation de l'Union européenne parce que le critère de compétence prévu par le traité n'est pas rempli. Le Parlement a récemment autorisé une procédure accélérée pour les petites affaires, qui s'appliquera probablement principalement aux contentieux concernant les restrictions verticales.

Les décisions du Conseil reconnaissent les réalités et l'efficacité des réseaux modernes de distribution. Même en ce qui concerne les prix de revente, le Conseil a évité une approche doctrinaire. Il a jugé que des prix recommandés ou maximums ne violaient pas la loi à moins qu'ils n'équivalent à des contrôles visant à garantir le maintien d'un prix minimum. Mais suivant les mêmes principes que ceux de la réglementation communautaire sur les restrictions verticales, une politique anti-remises ou un programme promotionnel équivalant à

des prix de revente imposés seront interdits. Un réseau d'approvisionnement occupant une position dominante sur le marché pourra être autorisé à fixer certaines conditions pour normaliser les transactions, mais pas pour exiger l'exclusivité ou fixer des prix communs. Un fournisseur détenant une faible part de marché est susceptible de se voir accorder une latitude beaucoup plus importante dans ses méthodes de choix des distributeurs. Des mesures systématiques et non discriminatoires visant à protéger l'intégrité de la marque sont généralement acceptables pour autant qu'elles ne barrent pas l'entrée du marché ou n'empêchent pas la concurrence sur les prix.

En fait, la plupart des dispositions de la loi sur la « liberté des prix et la concurrence » concernent pour la plupart les pratiques déloyales. Le titre IV « De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées », constitue plus de la moitié des dispositions substantielles du texte. Ces questions de politique de prix, de discrimination, de pouvoir de négociation et d'opérations le long de la chaîne d'approvisionnement occupent une part similaire de l'attention de la DGCCRF²⁹⁷ s'agissant de l'application de la loi. Les intitulés des chapitres du titre IV mentionnent la concurrence, mais leur objet recouvre plutôt les pratiques commerciales loyales car cette partie de la loi vise des pratiques qui ne nuisent pas à l'économie dans le but de protéger les petites entreprises des effets de la puissance d'achat et de la discrimination. Néanmoins, certaines dispositions du titre IV, notamment celles qui traitent des « pratiques restrictives de concurrence », chevauchent les principes bien connus du droit de la concurrence qui sont inclus dans le titre II (« Des pratiques anticoncurrentielles »), et d'autres sont incorporées par renvoi dans la prohibition des abus de dépendance économique (art. L. 420-2). La DGCCRF considère que ses missions qui ont trait aux pratiques restrictives et aux pratiques anticoncurrentielles sont complémentaires et cohérentes.

Pour ce qui est de la protection du consommateur, la DGCCRF a plusieurs fonctions directes de protection des consommateurs, en ce qui concerne la répression des fraudes, les tromperies, les ventes à distance, le démarchage, la fixation des prix et les soldes. La DGCCRF traite également les contrefaçons de marques et violations du droit d'auteur, la substitution et la contrefaçon de produits, en assurant ainsi une autre ligne de protection contre les fraudes commises sur le marché. En France, comme dans de nombreux autres pays, la combinaison de responsabilités d'application de la concurrence et de la protection des consommateurs peut avoir un effet de renforcement mutuel et de plus grande cohérence. Le Conseil de la concurrence n'a pas ces fonctions directes de protection des consommateurs, mais il a toujours compté un représentant d'une association de consommateurs parmi ses membres et traite volontiers des dossiers concernant les consommateurs. Les organisations de consommateurs peuvent saisir le Conseil (art. L. 462-5).

La mise en œuvre du droit de la concurrence communautaire en France par la Commission Européenne est, également, importante. Le droit de la concurrence communautaire s'applique lorsque les conditions de compétence sont remplies. En gros, le droit français de la concurrence a été essentiellement inspiré de celui de l'Union Européenne. De même, il peut sembler plus crédible pour les autres parties concernées que le droit de la concurrence soit appliqué à des entreprises publiques, des prestataires de services publics et des entreprises qui sont des « champions nationaux » par une autorité autre qu'une autorité publique française. En 2001, la Commission européenne a rendu deux décisions importantes à propos d'opérateurs historiques français du secteur des infrastructures. Elle a reconnu

²⁹⁷ Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

l'existence de conflits d'intérêts dans la supervision du monopole postal français, conduisant à une menace de discrimination contre des entreprises opérant sur des marchés concurrentiels de services. Par ailleurs, elle a imposé certaines conditions avant d'autoriser le monopole historique dans le secteur de l'électricité à procéder à l'acquisition d'un opérateur en Allemagne.

§3- Les institutions chargées de l'application de la loi sur la concurrence :

Deux institutions sont chargées de l'application du droit de la concurrence en droit Français. Le premier est la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui fait partie du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI) et relève ainsi du système d'administration publique soumis en dernier ressort à la compétence juridictionnelle du Conseil d'État. Le second est le Conseil de la Concurrence qui est un organe de décision collégial indépendant ayant un statut d'autorité administrative indépendante. A signaler que ce conseil ne fait pas partie du système judiciaire au sens propre des termes mais ses procédures y sont similaires et c'est la Cour d'Appel de Paris, qui est compétente en cas d'appel contre ses décisions.

Pour ce qui est de la qualité de chacune des institutions, il faut dire que la DGCCRF agit en qualité d'organe exécutif ayant pour mission de préparer les textes législatifs et réglementaires, diligenter les enquêtes et engager des poursuites en cas de pratiques restrictives et d'abus de position dominante . Elle prépare, également, les dossiers soumis à la décision du ministre en matière de contrôle des concentrations. Il s'agit d'une organisation de grande taille, incluant notamment des antennes locales.

Le Conseil de la Concurrence, quant à lui, est assigné d'un rôle décisionnel pour l'application de la loi à l'exception des fusions. Il s'agit d'un organisme quasi judiciaire, successeur de la Commission de la Concurrence, créée en 1977 qui, à son tour, remplaçait la Commission technique des ententes créée en 1953. Le Conseil a le pouvoir d'adresser des injonctions et d'infliger des amendes à l'issue d'une procédure d'audition comme un tribunal. Il a le statut d'« autorité administrative indépendante » rattachée, administrativement, au Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Ses membres sont nommés pour un mandat de 6 ans renouvelable. Les 17 membres du collège du Conseil qui constituent son organe de décision sont assignés par la loi. Près de la moitié des membres doivent être des magistrats, il s'agit des membres, anciens ou actuels, du Conseil d'État, de la Cour de Cassation, de la Cour des Comptes, ou d'autres juridictions administratives ou judiciaires. Des experts en économie, concurrence ou politique de la consommation doivent être nommés ; ils sont au nombre de 4. Pour ces postes d'experts, les membres magistrats soumettent au ministre, qui choisit, une liste de candidats. Les 5 membres restant doivent venir des milieux d'affaires ou professionnels. Le Conseil peut siéger en formation plénière, en section ou en « commission permanente » composée du président et de trois vice-présidents (art. L. 461). Ces 4 membres, dont trois doivent être des magistrats, sont les seuls qui assistent à plein-temps. Le Conseil est indépendant du pouvoir politique, car aucun de ses membres n'a de responsabilité politique directe et les nominations sur lesquelles le ministre a le plus de pouvoir discrétionnaire représentent moins du tiers du nombre total des membres.

Sous-section 3 : Les règles de la concurrence et le secteur portuaire :

Les ports ont une double nature : d'un côté, ils présentent des activités à caractère commercial et industriel telles que la manutention, les services à valeur ajoutée pour les marchandises, la consignation, le stockage, etc. Cette catégorie de services peut relever d'entreprises privées. D'un autre côté, les infrastructures portuaires présentant des caractéristiques particulières et l'activité portuaire génératrices d'effets externes négatifs et /ou positifs (pollution et autre), ces éléments peuvent déjà justifier l'intervention de la puissance publique. La gestion d'un port repose, le plus souvent, sur l'association des secteurs publics et privés.

C'est dire que les ports sont des outils servant la collectivité nationale ou régionale et des entreprises comme les autres qui, dans un environnement économique ouvert et concurrentiel, doivent être gérées comme des centres de profit

A première vue, les impacts positifs de l'application des règles de la concurrence sur le secteur portuaire permettent une améliorations substantielles de la qualité de service portuaire et rehaussement du niveau de la compétitivité des ports via l'instauration de la concurrence entre ports et intra port, une réduction des coûts de manutention pour les conteneurs et pour les camions TIR, encouragement de l'investissement privé dans les infrastructures et l'exploitation portuaires et la simplification et fluidification de l'ensemble de la chaîne du service portuaire.

§-1 : Les défis de la concurrence portuaire :

Une livraison du bulletin « CGEM Info » a indiqué que l'analyse des coûts des prestations rendues aux marchandises au port de Casablanca montre qu'ils sont, globalement, biaisés par l'importance des coûts indirects. L'analyse empirique des coûts des prestations a révélé que les coûts d'escale sont relativement moins importants que le coût de manutention et les coûts indirects. Ces derniers représentent pratiquement la moitié des coûts du transit portuaire. Une étude du Conseil National du Commerce Extérieur²⁹⁸ avait démontré, également, que plus de 75% de ces coûts indirects sont générés par l'absence de la concurrence entre opérateurs, les mauvais rapports entre les différents intervenants, les arrêts fréquents du travail et par les exigences réglementaires imposées par la multitude des textes juridiques, disparates et souvent caducs, qui réglementent le secteur portuaire.

L'étude relève que « ces facteurs sont sources, par ailleurs, du prolongement du délai de séjour des navires dans les ports, de la baisse continue de la productivité et par conséquent de l'installation d'un processus de dévalorisation des infrastructures et de gaspillage de ressources de la nation ».

L'analyse comparative du coût de passage portuaire à Casablanca confirme l'importance des coûts indirects générés par ces dysfonctionnements. Les frais directs (pilotage, lamanage, remorquage et les droits portuaires) restent par ailleurs peu importants en comparaison avec le coût total du transit portuaire. En ce qui concerne l'ensemble des coûts, le port de Casablanca était clairement compétitif par rapport aux autres ports (Anvers,

²⁹⁸ Etude du Conseil Supérieur du Commerce Extérieur du 5/08/2003, sur bladi.net .

Marseille, Barcelone et Nigeria) et se classait en seconde position après le port d'Anvers, qui est exposé à la concurrence interne et externe.

D'autre part, il est essentiel d'être compétitif sur l'hinterland pour ouvrir le marché, car les lignes maritimes, avec des porte-conteneurs de plus en plus grands, ont besoin d'accéder à un hinterland plus éloigné pour rentabiliser l'escale.

Le ministère de l'Équipement et du Transport a, en adoptant la loi n° 15-02, défini la nouvelle organisation des ports. Le texte de loi s'inscrit dans la nouvelle donne commerciale, dominée par la disparition progressive des monopoles. Le législateur a surtout mis l'accent sur les nouvelles prérogatives qui seront dévolues à l'outil portuaire pour qu'il puisse mieux répondre aux besoins du commerce extérieur.

L'examen des possibilités d'introduction de la concurrence, abordée par catégorie de trafic entre ports et au sein d'un même port, a permis d'identifier les différents ports qui peuvent supporter plus d'un opérateur et de déterminer les aménagements et les actions à mener pour étendre cette concurrence au sein des ports et entre port.

Ainsi, au cours des prochaines années le schéma prévisionnel de mise en concurrence entre ports et au sein d'un même port concerne :

- Les ports de Jorf Lasfar par la mise en concession d'un quai pétrolier destiné aux produits raffinés;
 - Le port de Mohammedia par la mise en concession du futur terminal à conteneurs;
 - Le port de Casablanca, en sus de la mise en concession du terminal à conteneurs Tarik, du terminal Roulier et d'un terminal de divers, un troisième terminal à conteneurs a été adjudgé à la SODEP ;
 - Le port de Nador par la mise en concession du terminal roulier.

L'introduction de la concurrence a déjà connu un début de mise en œuvre par l'octroi, à un opérateur privé international, de l'autorisation pour la réalisation et l'exploitation d'un silo à céréales au port de Casablanca et d'un second silo à céréales au port de Jorf Lasfar²⁹⁹. Ainsi, pour le trafic des céréales, la concurrence sera réelle au sein du port de Casablanca et entre ce port et celui de Jorf Lasfar. Mais pas suffisamment pour la comparer à ce qui se passe aux ports étrangers.

§-2- Le rôle des compagnies maritimes dans l'ouverture à la concurrence du secteur portuaire :

Pour faire face au contexte de la mondialisation de plus en plus forte et à la globalisation des échanges, les compagnies maritimes poursuivent différentes stratégies dont la plus importante consiste à mettre en œuvre des politiques de diversification de leurs services afin de devenir des transporteurs globaux. Qu'il s'agisse de diversification de zones économiques et ou de produits, leur volonté est de couvrir, un maximum, de destinations, de « *ranges* » et d'être représentées dans tous les grands ports de commerce. En élargissant leur offre, c'est-à-dire la gamme de services logistiques en plus de leur métier de base, ils entendent offrir des prestations dites « *door to door* », de bout en bout. Cette stratégie

²⁹⁹ Il s'agit de la société Mas Jordan, opérateur dans les silos de Casablanca et JORF LASFAR.

commerciale est poursuivie par la plupart des grands opérateurs du transport maritime dans le trafic des conteneurs .

Cependant, le port maritime de commerce, dans cette nouvelle vision, n'est plus appréhendé avec la même approche globale qui prévalait jusqu'au 20^{ème} siècle. Dans le cadre de l'accueil du navire, si la sécurité, la sûreté, la tarification des prestations portuaires proposées restent déterminantes, les compagnies maritimes se focalisent depuis quelque temps sur le terminal où sera opéré le navire. Le terminal est devenu un maillon clé de la logistique conçue par les armements, une interface dans le processus de leur « *supply chain* » *management*. Dans cette approche, la problématique des armateurs se résume essentiellement à cette double question relativement simple : « *Par qui et comment sera opéré le navire ?* ».

L'apparente simplicité de cette question s'oppose aux enjeux complexes et stratégiques qu'elle soulève. Les problèmes sont, en l'espèce, nombreux mais se concentrent sur les facteurs de développement économique de toute entreprise évoluant dans un contexte concurrentiel. Compétitivité, productivité, amortissement, rentabilité...autant de paramètres incontournables et de ratios induits pour les investisseurs portuaires. Face au désengagement de l'État sur les projets d'infrastructures portuaires, du contrôle des autorités, les investisseurs du secteur privé sont plus que jamais indispensables pour assurer la pérennité et la croissance des ports de commerce. Les conditions d'exploitation des terminaux portuaires, infrastructures de transport stratégique, sont au cœur de ces enjeux de développement portuaire. Malgré leur présence au sein des ports depuis plusieurs décennies, les modalités d'exploitation des terminaux constituent un objet d'étude relativement récent pour la doctrine portuaire. Cet intérêt s'est accru avec la création de la « *convention d'exploitation de terminal* » qui a consacré l'existence des terminaux au sein des ports et qui a apporté, de facto, un nouvel outil de gestion domaniale de l'espace portuaire. Les conditions d'exploitation des terminaux ne peuvent occulter ces règles tant pour leurs activités industrielles et commerciales que pour celles d'intérêt général.

Au Maroc, la situation était différente, il fallait mettre en place la plateforme légale pour ouvrir les ports à la concurrence. Sur le plan juridique, celle-ci est faite, il reste le plan pratique. Somaport, concurrent de Marsa Maroc, est concessionnaire de trois terminaux au port de Casablanca: un à conteneurs, un à vrac et un Ro-Ro est actuellement opérationnelle après une phase de préparation et d'équipement de ses différents terminaux pour tenir la concurrence.

Pour le moment, Marsa Maroc n'est plus le seul opérateur ; la réforme vise également à favoriser la concurrence, qui a été relativement effective dès que cet opérateur est entré en scène³⁰⁰. Petit à petit, le port de Casablanca, qui était dans une situation complètement monopolistique avec l'Ex ODEP, en même temps juge et partie, en même temps autorité et opérateur, aura une configuration conforme aux attentes des opérateurs économiques. A terme, il y aura l'autorité publique, un opérateur traditionnel, Marsa Maroc, et des opérateurs privés, dont Somaport adossé au 3e opérateur mondial (CMA CGM)³⁰¹. Le port de Casablanca est déjà rentré dans une logique d'entreprise.

Il reste à activer effectivement la concurrence entre les différents opérateurs.

³⁰⁰ Somport a enregistré un léger retard dans son calendrier de mise en exploitation qui était prévue à partir de 2008 conformément au calendrier de la réforme, elle a commencé à opérer le 08/06/2009.

³⁰¹ L'investissement annoncé est de l'ordre de 700 millions de DH pour préparer les quais, les terres pleins, former le personnel, s'équiper pour démarrer le vrac et le Ro-Ro et le conteneur.

§3- Les applications jurisprudentielles de la loi sur la concurrence dans le domaine portuaire :

Sur le plan jurisprudentiel, et à ce jour les tribunaux Marocains n'ont pas encore eu à se prononcer sur une affaire de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des ports pour la simple raison que la concurrence n'a pas encore été mise à l'épreuve dans l'ensemble des ports du Maroc. Cependant, ailleurs et notamment en Europe, il existe une multitude de décisions dans ce sens.

Pour ce qui est de la France, il a été établi que le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble des activités de nature économique indépendamment de la qualité de l'opérateur qui les exerce. Plus encore, l'article L.410-1 du Code de Commerce soumet même les personnes chargées d'une mission de service public aux règles de la concurrence, il stipule que « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégations de service public* ». Il a, en outre, été jugé que le respect du droit de la concurrence s'impose à la personne publique dans ses missions de service public à caractère administratif³⁰² et que l'exercice même des pouvoirs de police n'en est pas nécessairement exclusif³⁰³. De ce fait, il est aujourd'hui imposé aux GMP de conclure les conventions d'exploitation de terminal « *à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire* », selon l'art. R105-2 du Code des ports maritimes.

Suivant les critères déterminés par le Tribunal des conflits et la Cour de Cassation, l'autorité de la concurrence, agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, a la latitude de sanctionner les personnes publiques qui exercent des activités de production, de distribution et de services. Toutefois, échappent à son pouvoir les décisions par lesquelles ces dernières assurent la mission qui leur incombe et les prérogatives de puissance publique qui relèvent, plutôt, de la compétence de la juridiction administrative.

C'est la raison pour laquelle, l'Autorité de la concurrence, saisie dans une affaire relative à des ententes qu'auraient commises des entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre, s'est estimée incompétente pour juger le comportement de l'établissement portuaire, à qui il était reproché la tenue, en 2006 des réunions avec divers opérateurs de manutention agissants au port du Havre dans le but de les inciter à s'entendre pour se répartir les nouveaux postes à quai prévus dans le projet « Port 2000 »³⁰⁴.

Dans cette affaire, l'autorité a justifié sa décision par le fait, qu'à l'époque des faits, le Port Autonome du Havre (devenu le GPMH) avait la forme juridique d'établissement public de l'État chargé, entre autres, de la gestion du domaine public portuaire dans le cadre du projet de « Port 2000 ». Ceci impliquait, selon l'autorité, l'exploitation des nouveaux terminaux avec mission d'attribuer aux opérateurs de manutention des « conventions d'exploitation de terminaux » (CET), par lesquelles il leur reconnaissait notamment le droit

³⁰² Affaire « société EDA » décision du CE du 26 mars 1999.

³⁰³ Avis du CE émis le 22 /11/ 2000, affaire « Sté L&P Publicité » et dans lequel il a précisé que « *dès lors que l'exercice des pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public (...) n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte le principe de liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence* ».

³⁰⁴ **CA Paris, décision n° 10-D- 13 du 20 janvier 2011.**

d'occuper le domaine public. Elle a incité à l'instauration de procédure d'appel à la concurrence qui n'était pas obligatoire dans le temps.

Par ailleurs, l'évolution qu'a connue le secteur portuaire est marquée par la constitution de ce qui est appelé « chaînes logistiques intégrées » qui ont fait que, *ces dernières années, la concurrence n'est plus une affaire entre sociétés d'armements et ports mais elle s'est transformée en une concurrence entre chaînes logistique maritimes*. Un mouvement spectaculaire de concentration s'est opéré, d'abord de manière horizontale, entre sociétés d'armement, puis verticale ; regroupant les armateurs qui s'alliant avec des opérateurs de terminaux, voire des transporteurs terrestres.

Nous allons passer en revue certaines décisions de la Commission Européenne à cet effet.

La première problématique posée pour la mise en place de la concurrence est celle relative à la question de l'accès au port qui pose, en réalité, la question fondamentale de l'accès au marché en général. Le principe en la matière est que le détenteur d'une infrastructure portuaire commet un abus de position dominante s'il refuse l'accès à cette infrastructure lorsque cet accès conditionne l'accès au marché, c'est la théorie des infrastructures essentielles³⁰⁵.

Plusieurs cas ont donné lieu à des décisions de la Commission Européenne. Dans une affaire³⁰⁶, la commission a estimé qu'une compagnie maritime de ferry qui est, également, autorité portuaire d'un port au pays des galles, ait abusé de sa position dominante, en violation de l'article 86 du traité de la Communauté Européenne en autorisant des modifications des horaires de navigation de ses propres ferries qui auraient pu causer un sérieux préjudice à un autre opérateur de ferries. La commission a obligé l'autorité portuaire à modifier certains de ses horaires mettant fin ainsi à la position d'abus.

La commission a posé le principe selon lequel une compagnie qui est à la fois propriétaire et utilisatrice d'une installation portuaire essentielle, notamment un port, ne doit pas accorder à ses concurrents des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services. Cette situation peut être celle de l'ANP au Maroc, en tant que gestionnaire des ports qui n'ont pas été concédés à des opérateurs privés et dont l'exploitation lui a été adossée dans le cadre de la continuité du service public³⁰⁷.

Un deuxième aspect mérite, également, d'être mis en exergue, il s'agit des conditions d'accès au port. Selon la commission européenne, en plus du fait de s'assurer que le droit d'accès au port doit effectivement être garanti à tous les opérateurs, il convient de veiller, en sus, à ce que les conditions d'accès soient équitables et non discriminatoires, pour tous les opérateurs. C'est ce que vise une décision rendue par la Commission Européenne concernant le système de rabais appliqué au tarif de pilotage dans le port de Gêne, dans la mesure où,

³⁰⁵ Il s'agit d'infrastructures essentiels au fonctionnement du port parce que considérées comme points névralgiques : quais, écluse, ponts, postes d'avitaillement, réseaux de télécommunications, d'énergie, systèmes d'informations, etc. ;

³⁰⁶ Affaire Sealink, instruite en 1992 par la CE, Publiée dans le Newsletter « February 1998 ».

³⁰⁷ Pour le moment l'ANP assure la gestion des ports plus ou moins déficitaires et dont aucun opérateur privé n'en a manifesté l'intérêt

dans les faits ; il conduit à octroyer une ristourne de 65% aux compagnies maritimes nationales.³⁰⁸

C'est dans ce sens que la Cour de la Communauté Européenne, considère que certains comportements commerciaux considérés comme normaux, peuvent constituer des abus au sens du traité s'ils sont le fait d'une entreprise en position dominante.

La règle retenue est qu'une différence de traitement de la part d'une entreprise en position dominante entre ses différents clients doit être justifiée par des raisons objectives.

L'autre aspect qui est important est la concurrence entre les ports. Il est essentiel que la concurrence entre les différents ports puisse pleinement jouer et ne soit pas entravée par des pratiques restrictives d'opérateurs terrestres ou de compagnies maritimes.

§4- Gestion du domaine public et les règles de la concurrence :

Les ports maritimes ont contribué à faire évoluer la jurisprudence administrative, qu'il s'agisse du service public ou de la domanialité publique.

Les prérogatives de puissance publique qui caractérisent, en règle générale, la gestion du domaine public et des services publics s'opposent-elles à l'application des règles de la concurrence ? La réponse doit être nuancée car au regard du droit, les personnes de droit public ayant la qualité de concédant sont tenues de respecter les règles fondamentales dont celles relatives à la concurrence.

En matière portuaire, à propos des conditions d'utilisation du domaine public, la concurrence concerne notamment, les relations entre le gestionnaire du port et les occupants du domaine public portuaire ainsi que les occupants entre eux.

Il y a lieu d'évoquer le contexte du droit de la concurrence pour les ports maritimes et les principales situations qui risquent de susciter des interrogations au regard de ce droit.

A- Le contexte du droit de la concurrence pour les ports maritimes :

L'occupation du domaine public portuaire intervient dans un contexte impliquant, souvent et à la fois, la domanialité publique et l'exercice de missions de service public, c'est le cas de la concession d'outillage public, de la concession de port ou de terminal. La gestion du domaine public est une mission de service public à caractère administratif. Dans quelle mesure la gestion du domaine public portuaire par une personne de droit public peut-elle être soumise au droit de la concurrence ?

a) La gestion domaniale et la police portuaire au regard du droit de la concurrence :

Il y a lieu de rappeler que quel que soit le statut des ports, leur gestion relève, au Maroc, d'une personne de droit public qui exploite des espaces et des ouvrages. L'application des règles de concurrence intervient dans le contexte d'une économie de marché, c'est-à-dire une économie dans laquelle les activités économiques sont sujettes à la concurrence mais,

³⁰⁸ Décision 97/745/CE, JO L 301 du 05/11/1997 P 17. À signaler à ce niveau qu'en Europe, il y a un chevauchement entre les lois nationales et les lois communautaires.

également, lorsque celle-ci est libre, que les prestations donnent lieu à une rémunération normale.

Certains considèrent que ce n'est pas le statut de l'entité concernée qui importe, mais les caractéristiques des activités en cause. Selon la Cour de Justice de la Communauté Européenne CJCE, « *une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique... échappe à l'application des règles de concurrence* »³⁰⁹.

Le même principe est applicable pour les règles de police obligatoires dans tout port. Alors même que le lien avec l'exploitation des activités économiques est indirect, une mesure de police doit prendre en compte le droit de la concurrence. C'est dans ce sens qu'il a été jugé que : « *s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public* »³¹⁰.

C'est dire que les autorités chargées du service public doivent faire en sorte que l'équation service public/ concurrence, soit le plus possible respectée et qu'il soit fait un effort de rapprochement entre deux concepts incompatibles à la base.

b) L'occupation du domaine public portuaire et le droit de la concurrence :

Il existe un ensemble de règles se rapportant au domaine public (précarité, imprescriptibilité, etc.) bien ancrées dans les mœurs maritimes et portuaires. Mais la notion de concurrence n'est pas définie. Ainsi, l'application de certains principes connexes au droit de la concurrence peut néanmoins avoir une incidence sur celui-ci, c'est le cas des principes de non-discrimination, de transparence, de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'établissement, des prestations de services et de circulation des capitaux.

La finalité de la concurrence tend à contribuer à la défense des intérêts des consommateurs ou des usagers d'un service public. En définitive, c'est le développement économique qui est recherché. Les restrictions à la liberté du marché doivent être indispensables au fonctionnement de l'institution, l'existence d'un service public ne suffit pas à elle seule à justifier une exception au droit de la concurrence. Certes, une activité de service

³⁰⁹ « Les ports et la concurrence », Robert REZENTHEL, Droit Maritime Français n°586 1998.

³¹⁰ « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », Robert REZENTHEL, Droit Maritime Français n°675 2006.

public impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique n'est pas, en principe, soumise au droit de la concurrence. En effet, pour qu'une dérogation à ce principe soit acceptable, une double condition doit être remplie, d'une part, il faut que l'entreprise ait été investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service économique d'intérêt général et, d'autre part, que l'application des règles de la loi sur la concurrence fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette entreprise et que l'intérêt de la Communauté ne soit pas affecté. Il y a lieu de souligner que la Cour de cassation Française a jugé que l'exploitation d'un port de commerce ne relève pas nécessairement de la gestion d'un service d'intérêt économique général et qu'une telle activité «*n'entraîne donc pas automatiquement l'accomplissement de missions de service public*»³¹¹. Dans ces conditions, le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer normalement, à la gestion du domaine public portuaire. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé que le gestionnaire du domaine public devait prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence.

Au Maroc, la question ne s'est pas encore posée dans ces termes à la justice et la question qui se pose quelle position prendra le juge marocain si la question vient à lui être posée.

c)La position dominante du gestionnaire du domaine public portuaire :

La maîtrise de la gestion du domaine public confère à l'autorité portuaire une position dominante. Cette entité bénéficie, légalement, d'un droit exclusif pour gérer le domaine public portuaire, mais elle a la possibilité d'en concéder ou amodier tout ou partie.

Le simple fait de créer une position dominante n'est pas de nature à enfreindre les dispositions du droit de la concurrence. C'est l'exploitation abusive de cette position qui est prohibée. En Europe, la question est tranchée ; le cadre d'intervention de l'autorité portuaire, pour les activités qualifiées de service d'intérêt économique général, est fixé par l'article 86-2 du traité Communauté Européenne selon lequel : «*Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté*».

En France, l'émergence de la valorisation économique du domaine public est l'une des évolutions les plus notables du régime de la domanialité publique constatée, notamment dans le rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2005-460 du 21 avril 2006 concernant la partie législative du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques. La jurisprudence récente confirme cette tendance, lorsque le Tribunal des conflits estime que l'utilisation du réseau de Voies Navigables de France présente un caractère industriel et commercial. Ainsi, la gestion du domaine public portuaire répond-t-elle certes à un besoin d'intérêt général, mais ayant un caractère économique, pour ce motif, elle est soumise au droit de la concurrence.

³¹¹ Idem.

C'est au juge administratif de caractériser l'abus de position dominante dans le cadre de la gestion du domaine portuaire. S'il a été jugé que le gestionnaire du domaine public n'est pas tenu d'accorder des autorisations d'occupation privatives, en revanche, le refus d'accorder de telles autorisations doit être motivé par une raison d'intérêt général. De même les occupants du domaine public n'ont pas de droits acquis au renouvellement d'une autorisation domaniale, mais la décision de refus doit être fondée sur des considérations d'intérêt général, et en particulier dans l'intérêt du domaine.

Il en va de même pour le retrait des autorisations domaniales. Selon le Conseil d'Etat « *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, dès 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 abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice* »³¹².

Le retrait de l'autorisation domaniale ne peut pas être prononcé uniquement pour favoriser des intérêts purement privés, ou pour trancher un litige entre deux personnes de droit privé. L'illégalité d'une décision peut créer une présomption d'abus de position dominante, mais celui-ci peut exister en l'absence même de toute faute. La notion d'abus de position dominante peut être, certes, liée à la légalité d'un acte administratif, mais elle peut aller au-delà. Il s'agit d'un concept autonome propre au droit de la concurrence qui s'adosse notamment au principe d'égalité.

L'octroi d'une concession donne lieu à la reconnaissance de droits spéciaux aux fins de satisfaire un but d'intérêt général. Dès lors qu'elle n'exclut pas l'usage d'outillages privés dans le port, le caractère monopolistique de la concession n'est pas constitutif d'un abus. Toutefois cela pourrait être le cas si des tarifs disproportionnés aux services rendus étaient appliqués. Il est néanmoins admis que le concessionnaire puisse compenser les sujétions résultant des obligations de service public en augmentant en conséquence ses tarifs.

B- La compétence juridictionnelle du Conseil de la Concurrence à l'égard des pratiques portuaires anticoncurrentielles :

La question posée à ce sujet au Maroc est : laquelle des trois autorités, Agence Nationale des Ports, Conseil de la Concurrence et du juge administratif pourra connaître et trancher dans le cadre d'un litige sur une pratique anticoncurrentielle dans le domaine portuaire qui risque d'être posée vu la tendance vers la multiplication des opérateurs au sein d'un même port ?

Les règles de concurrence internes ont pour champ d'application les entreprises, lesquelles se définissent par leur activité économique. Ainsi, le droit interne opère une distinction entre les activités économiques et celles qui traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique. Tandis que les premières sont soumises aux règles de concurrence et relèvent des autorités nationales et chargées de les appliquer en l'occurrence le Conseil de la Concurrence, les secondes échappent à l'emprise du droit de la concurrence et relèvent de la

³¹² Décision du CE en date 2 février 1987, affaire « Société TV6 », req. n° 81131.

compétence du juge administratif qui se réserve la possibilité de les examiner au regard de la loi applicable .

Pour ce qui est des aspects ayant un caractère purement sectoriel, l'organe de régulation a toute la latitude pour trancher entre les opérateurs.

Le schéma le plus plausible dans cette éventualité est que l'opérateur ayant subi un préjudice saisisse l'autorité de régulation sectorielle en priorité, en l'occurrence l'ANP qui a pour mission de trancher les différends et de rétablir le climat sain d'exploitation et de gestion.

Ce n'est que dans le cas où l'autorité de régulation ne satisfasse pas à la demande de la partie lésée, que le juge administratif ou commercial pourra être saisi pour les litiges. Pour ce qui est du conseil de la concurrence, et tant qu'il n'a pas un pouvoir de décision sa saisine restera formelle et sans intérêts pour les parties.

En droit de la concurrence en France, en cas de présence des prérogatives de puissance publique, l'autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires n'ont plus compétence pour décider. Dans le cas contraire, les organisations professionnelles peuvent saisir, pour avis, ladite Autorité. L'existence d'un acte administratif constitue la ligne de partage de compétence entre les ordres juridictionnels quoique ce ne soit systématiquement le cas.

Le Conseil de la Concurrence se déclare compétent pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, quel que soit le lieu de leur commission ou le siège des entreprises en cause, du moment que les effets économiques sont ressentis sur le territoire national. Le droit de la concurrence s'applique à toutes les activités économiques, il n'existe pas d'impunité sectorielle. L'existence d'une réglementation des prix, qui peut restreindre le jeu de la concurrence, ne fait pas obstacle à l'application du droit de la concurrence dans le secteur en question.

En effet, aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, "*s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public*".

Sous-section 3: La régulation comme corollaire de l'instauration de la concurrence dans le domaine portuaire :

La conception du « service public » a été bouleversée ses dernières années par des demandes nouvelles. Ces exigences ont rejoint des demandes plus générales adressées à l'ensemble des services publics de l'Etat et des collectivités vers plus d'écoute du consommateur usager, plus de diversité dans les services offerts et une attention plus grande à la qualité du service.

Pour les entreprises de service public, cette demande présente des traits spécifiques : elle se nourrit de l'innovation technologique rapide qui caractérise leurs activités.

Le changement technologique a affecté l'activité des entreprises à plusieurs niveaux : la modernisation des infrastructures, la transformation des systèmes de commande de ces infrastructures et l'apparition de services nouveaux pouvant se greffer sur elle.

L'ouverture à la concurrence des activités revêtant le caractère de service public conduit à la recherche de nouvelles activités connexes. Cette diversification s'accompagne d'un souci de qualité lié à l'émergence de « consommateurs » et non plus des « usagers » qui deviennent des nouveaux acteurs de la régulation et de l'organisation, s'ajoutant, ainsi, aux gestionnaires publics, à leur tutelle et à leurs syndicats.

De ce fait, le rôle de l'Etat est aujourd'hui à repenser. Historiquement, les pouvoirs publics avaient un triple rôle : celui de législateur qui fixait le cadre dans lequel s'exerçaient les missions de services publics en liaison avec les grandes priorités économiques et sociales. L'Etat avait, également, une mission de tutelle pour les établissements et les entreprises ayant la charge d'accomplir les tâches d'intérêt général et, enfin, les pouvoirs publics assumaient le rôle d'opérateurs de missions de services publics. Aussi, la nature, l'étendu et les modalités de son intervention constituaient et constituent encore l'objet de grands débats.

D'un autre côté, l'élargissement de la concurrence remodèle profondément la physionomie des activités auparavant dominées par de grands monopoles publics nationaux ; le secteur portuaire en est l'exemple. Le champ d'action de ces derniers se restreint face à l'émergence progressive de marchés intégrés et concurrentiels.

Cette nouvelle donne implique partout la recherche et la mise en place d'une réglementation adéquate et de mécanismes d'une régulation assurée par des organismes forts et indépendants.

Repenser le rôle de l'Etat au vu de ces éléments a fait que son rôle de législateur subsiste, celui de tutelle et d'opérateurs sont complètement modifiés.

Par ailleurs, Tous les pays n'ont pas admis dans leur système juridique la notion de service public, cela n'empêche pas de pouvoir l'identifier facilement dans la plupart des Etats. Mais aujourd'hui on constate la diffusion presque universelle de la notion de régulation malgré l'ambiguïté sémantique redoutable qu'elle diffuse. En effet, le sens du mot anglais ou

américain « régulation » se traduit en français par réglementation, la plupart des Etats européens ont repris le mot régulation du vocabulaire des sciences et des techniques en le distinguant de la réglementation. Cette situation a poussé certains à dire « On a trop souvent décrié la notion de service public au nom de son imprécision pour ne pas relever que la notion de régulation encourt, au minimum, le même reproche ».

Cette confusion et ambiguïté est accrue par le fait qu'il existe peu de définitions juridiques de la régulation dans les droits positifs. Il est à considérer que ce sont les évolutions juridiques qui tendent à donner une consistance à la notion de régulation.

Sur le plan européen, ce n'est qu'en Allemagne, et de manière moins précise en France, que l'on peut trouver dans la loi une définition de la régulation dans le domaine de la télécommunication. La législation Marocaine, quant à elle est muette à ce sujet.

Pour ce qui est de la législation française, on peut lire dans le code des postes et des communications électroniques que « *la fonction de régulation est indépendante de l'exploitation des réseaux et de la fourniture des services de communication électronique* ». On peut lire, également, que la régulation « *est exercée au nom de l'Etat* » et qu'elle vise l'exercice « *au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* ».

Paradoxalement, et alors que le Royaume Uni a souvent servi de modèle aux autres pays, on ne trouvera pas dans la législation britannique ni dans la jurisprudence une définition de la régulation et ce, sans doute en raison que la régulation a été la conséquence de la politique de privatisation ; elle a d'abord pour objet d'assurer l'ouverture à la concurrence en présence d'opérateurs historiques.

Pour sa part, le Maroc, n'échappant pas à la règle, s'est engagé dans un vaste processus de libéralisation. Il ouvre à l'entreprise privée certains secteurs où opéraient des organismes publics en situation de monopole (RAM, IAM, ODEP, etc.) ; les pouvoirs publics affirment leur volonté d'étendre des logiques de marchés à des secteurs où les organismes en place limitaient fortement le libre jeu de la concurrence.

C'est une des principales composantes dans ce nouveau champ d'action des pouvoirs publics. Elle peut être définie comme un ensemble de règles visant l'adaptation du fonctionnement des services publics et des secteurs, autrefois monopolistiques, aux lois du marché et du libre jeu de la concurrence.

Il ne s'agit pas d'une déréglementation ni d'une dérégulation mais d'une réglementation de nature différente qui répond au mieux au nouveau contexte inhérent aux marchés libéralisés.

Pour bien saisir la logique propre du phénomène des autorités de régulation, il est utile d'en rappeler les origines.

En Europe, ces autorités ont été créées à une époque relativement récente dans le domaine des entreprises de réseau alors qu'elles existent depuis longtemps aux États-Unis (par exemple la FCC ou le public utility commissions), ainsi que dans d'autres domaines comme l'audiovisuel, les opérations de bourse et la protection des libertés publiques. La création de telles autorités dans le domaine des entreprises a été réalisée soit par des réformes internes soit en réponse aux exigences formulées dans des directives communautaires. La

création d'autorités de régulation en Grande- Bretagne, par exemple, date du milieu des années quatre-vingt et a résulté de la volonté politique du gouvernement de l'époque. Pour l'essentiel, dans les autres pays européens, ces autorités de régulation ont été mises en place dans le cadre de la politique de libéralisation des secteurs des télécommunications et de l'énergie promue par une série de directives.

A souligner que la régulation est distincte de l'application du droit de la concurrence qui consiste à maintenir l'équilibre d'un secteur où la concurrence est déjà présente, en luttant contre les ententes et les abus de positions dominantes. C'est un des multiples aspects de la régulation.

La régulation consiste à introduire la concurrence dans un secteur où elle n'existait pas auparavant et à concilier les contraintes de cette concurrence avec les missions de services publics.

La mise en place d'un tel concept ne va pas sans poser des questions y relatives : quel est le degré d'indépendance du régulateurs ? Quel est l'étendue de ses pouvoirs ? Quels sont les types de régulation, autrement dit son champ d'application ? Et enfin quels sont les outils de la régulation ?

§ 1- Paramètre de la régulation des services publics :

Toute régulation implique une série d'arbitrages entre des intérêts différents. Compte tenu à la fois de la diversité des acteurs, des échelles temporaires prises en compte, de l'internationalisation de telle ou telle externalité...etc.

Ces arbitrages mettent en jeu des intérêts et forces qui, non seulement ne sont pas identiques, mais le plus souvent s'opposent.

La régulation implique l'expression de tous les acteurs concernés, la transparence, la délibération collective, la confrontation, la pluralité des approches et, donc, la démocratie.

A-Les objectifs de la régulation :

Les règles initiales de la régulation ont deux objectifs principaux : assurer l'ouverture du marché **sectoriel** qu'elle a vocation à réguler (a), celui d'assurer l'équilibre de ce marché (b) aboutissant à une déréglementation (c).

a) Assurer l'ouverture du marché :

L'existence de l'ANP en tant que régulateur du secteur portuaire marocain en vertu de la loi 15-02, s'il a un objectif initial primordial, c'est d'abord celui d'assurer l'ouverture du marché portuaire. Cette ouverture est décrétée par le législateur et il appartient au régulateur d'en assurer l'effectivité. Il s'agit alors non de réguler la concurrence, mais la mise en concurrence ; dès lors, le droit de la concurrence ne jouera qu'un second rôle. C'est là une des grandes différences entre régulateur sectoriel et autorité de concurrence.

Même après l'intervention du législateur, le régulateur participe à contrôler la structure du marché, notamment en déterminant le nombre et l'identité des intervenants.

Tel est notamment le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications (ANRT) à l'occasion de l'attribution des licences pour l'exploitation du réseau téléphonique et qui a permis de sélectionner de nouveaux opérateurs dans le secteur.

Le régulateur contribue, également, à maintenir la distinction entre secteur libéralisé et secteur encore sous monopole. Certes, les activités qui relèvent de chacun de ces secteurs sont définies par le législateur. Mais le régulateur intervient très souvent en donnant un avis sur le tarif des prix publics, c'est-à-dire des prix applicables à la partie non concurrentielle du marché dans le cas d'ouverture partielle du monopole.

Il en va ainsi de l'ANRT à propos des tarifs de France Télécom, et de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) à propos des tarifs d'EDF en France.

C'est le cas également de l'ANP pour le secteur portuaire au Maroc dont l'une des missions qui lui sont attribuées par la loi 15-02, figure le contrôle de l'application de la loi précitée, suivi des concessions et des autorisations accordées, respect du libre jeu de la concurrenceetc. (cf. loi 15-02).

De même, l'Agence est apte, via les conventions de concession et cahiers des charges correspondants qu'elle signe en tant qu'autorité concédante, à contrôler les tarifs appliqués par les opérateurs et assurer un suivi afin de réaliser le développement, la modernisation et la maintenance des ports. C'est dire que la finalité ultime de sa mise en place était effectivement, l'ouverture du secteur portuaire sur le privé.

En effet, le system de régulation d'avant la réforme se caractérisait, sur le plan réglementaire, par la caducité des textes, l'insuffisance et l'ancienneté de certains textes limitant l'efficacité de l'outil portuaire et un décalage important entre les dispositions des textes en vigueur et les changements du secteur.

L'absence d'une régulation forte, indépendante et prenant en charge ces limitations a eu pour conséquences l'exercice de certaines activités portuaires sans respect des normes et des exigences du transit portuaires.

b) Assurer l'équilibre du marché :

Les pouvoirs décisionnels et sanctionneurs ont comme objectif initial d'assurer l'ouverture du marché. S'ajoute ensuite celui d'équilibrer le fonctionnement de ce marché. Le régulateur peut alors agir en édictant une décision de refus ou de suspension d'autorisation, ou bien en tranchant des conflits par son pouvoir propre de décision, par exemple en sanctionnant un comportement par le prononcé d'une amende, ou les cas extrêmes la résiliation de l'acte de délégation (convention de gestion déléguée ou concession).

Le but escompté est celui basé sur la mise en place d'un processus par lequel un organisme se maintient dans un équilibre, conserve un régime déterminé ou modifie son fonctionnement de manière à s'adapter aux circonstances. Cet équilibre harmonieux, cohérent, permettra un fonctionnement correct, régulier et adapté.

Ainsi, en matière portuaire, l'ANP peut, en cas de refus d'accès, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur les conclusions ou l'exécution d'une obligation de service public portuaire, être saisie par une partie et prendre une décision fixant les conditions de cet accès. De même, l'ANP peut être saisie d'une demande de conciliation en vue de régler toutes sortes de litiges, autres que ceux relatifs à l'exécution de la concession.

À la différence des pouvoirs de l'autorité de concurrence qui ne peut, à titre principal, que sanctionner les opérateurs, le régulateur dispose d'une capacité d'incitation positive. C'est le cas par exemple lorsque le régulateur définit les modes de fixation des charges pour l'accès aux infrastructures ou aux réseaux. Le choix du mécanisme financier, oriente les opérateurs sur telle ou telle solution technique c'est dire que la régulation est bien plus que la simple sanction, c'est l'accompagnement, l'orientation des opérateurs.

La sanction est exceptionnelle, elle est pathologique. La régulation est permanente, quasi quotidienne.

c) La déréglementation :

La déréglementation ne se confond pas avec la suppression de la réglementation ou la création d'une situation de non droit. Elle correspond à une libéralisation du droit positif ou à l'assouplissement de l'organisation juridique de l'exercice de la liberté économique ou d'une activité économique déterminée.

La déréglementation constitue un chapitre important, quantitativement et qualitativement de la régulation juridique de la vie économique. Sa mise en œuvre comporte une règle essentielle : l'institutionnalisation d'un contrôle permanent pour s'assurer du respect de la loi de manière légale et égalitaire.

B- Les fonctions de la régulation :

Les fonctions de la régulation sont multiples et multi facettes : son champ de fonction porte sur la réglementation, le contrôle de la réalisation des objectifs publics sectoriels ou transversaux, la surveillance de la concurrence, l'équité d'accès à l'infrastructure, les relations évolutives entre missions de services publics et opérateurs, la tarification des services publics, l'évaluation de l'efficacité économique et sociale du système et ce, afin de contribuer à l'évolution dans le temps et dans l'espace, en fonction des besoins du consommateur, des citoyens et de la société.

L'ensemble de ces fonctions ne sauraient relever d'une responsabilité unique, d'un organe désigné comme le régulateur qui est censé assurer l'ensemble des fonctions de régulation, mais de l'emboîtement de plusieurs instances à responsabilité complémentaire à la fois quant à leur fonction et à leur champ d'intervention. En matière de transport par exemple, chaque mode doit avoir son propre organisme de régulation que ce soit l'Administration ou un organe spécialement créé pour assumer la mission de régulateur.

De même que pour le secteur portuaire on a assisté avec la loi 15-02 à la naissance d'une Agence de régulation dont le statut, les missions et l'organisation sont définies par sa loi de création. En effet, l'une de ses principales missions est de contrecarrer toute tendance à

la discrimination, à l'augmentation des prix, empêcher les comportements monopolistiques, développer l'équilibre au niveau national et régional, etc.

A signaler qu'est exclu du champ d'application de la régulation, la fixation des grandes orientations de la politique économique qui doit rester l'apanage exclusif des pouvoirs publics par l'exercice des pouvoirs législatifs et exécutifs.

Pour rappel, les missions de l'Agence Nationale des Ports liées à la régulation (selon la loi 15-02) sont comme suit :

- Veiller à l'optimisation de l'utilisation de l'outil portuaire par l'amélioration de la compétitivité des ports, la simplification des procédures et des modes d'organisation et de fonctionnement ;
- Veiller au respect du libre jeu de la concurrence dans l'exploitation des activités portuaires ;
- Arrêter la liste des activités à exploiter et le nombre d'autorisations et de concessions à accorder dans chaque port et préparer, mettre en œuvre les procédures d'attribution desdites autorisations et concessions et assurer le suivi du respect des termes desdites autorisations et concessions et des cahiers de charges correspondants ;
- Exercer le contrôle de l'application des dispositions de la loi ;
- Veiller au respect des règles de sécurité, d'exploitation et de gestion portuaires.

§2- Les défis institutionnels de la régulation :

La régulation portuaire comporte, à la fois, une dimension stratégique et opérationnelle. Sa partie stratégique consiste à identifier les schémas de mise en concession des ouvrages portuaires, à optimiser le nombre d'intervenants et à adapter l'offre à la demande portuaire. Son côté opérationnel concerne la veille sur le respect des engagements pris par les intervenants portuaires.

A- Polémique autour des institutions de la régulation :

Il y a de nombreux débats d'experts sur la place occupée par les autorités de régulation au sein du schéma institutionnel de l'État. Différentes approches générales sont en effet concevables. Soit on rapproche ces autorités au pouvoir exécutif — c'est l'approche européenne. Soit on considère que les autorités de régulation représentent une sorte de quatrième pouvoir à côté des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire — c'est l'approche américaine.

D'un point de vue pratique, la question de la « place » du régulateur n'est généralement, pas fondamentale. Ce qui compte est que le système fournisse des garanties permettant à l'autorité de fonctionner de manière efficace et indépendante.

L'objectif essentiel en matière de désignation institutionnel est, en effet, d'atteindre un équilibre entre deux objectifs qui ne sont pas toujours faciles à concilier : l'indépendance, d'une part, et la responsabilité (accountability), d'autre part.

L'indépendance est un aspect essentiel au bon fonctionnement d'une autorité de régulation. Cette indépendance a deux facettes : l'indépendance vis-à-vis des industries régulées et l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique.

Un certain nombre de mécanismes peuvent être utilisés pour assurer cette indépendance : conférer à l'institution de régulation un mandat et un cadre juridique distinct, assurer à l'institution de régulation une source de financement stable afin de mettre en valeur son indépendance, une transparence rigoureuse, une prise de décision ouverte et, élément très important ; l'absence de toute ingérence dans la gestion et les opérations quotidiennes de l'institution de régulation.

La légitimité du régulateur tient, ensuite à la reconnaissance de sa compétence technique par les opérateurs. Il y a ici une différence sociologique fondamentale avec la relation qu'ont les entreprises avec le juge, voire avec l'autorité de concurrence, auxquels il ne cesse d'être reproché, avec plus ou moins de justesse, l'absence de compréhension des mécanismes et de la spécificité des marchés.

Cette compétence est notamment assurée par le recrutement de techniciens et d'ingénieurs, et non de simples juristes ou fonctionnaires. Par exemple, les employés de l'Ex Office d'Exploitation des ports dont une bonne partie a été affectée à l'ANP avaient une culture technique commune avec le personnel de la Société d'exploitation des ports (opérateur portuaire). Mais la véritable expertise provient d'une spécialisation des fonctions : en exerçant l'ensemble de leur temps de travail dans un secteur unique, l'ANP en tire naturellement une compétence technique que ne peut atteindre l'autorité de concurrence, autorité à compétence transversale et non sectorielle. De cette spécialisation technique, découle une importante caractéristique des régulateurs : ceux-ci développent une véritable expertise en matière de règles techniques.

Ce sont celles-là, dessinées à grands traits, les principales règles données au régulateur pour assurer les objectifs initiaux. Mais le régulateur tend à ne pas se contenter des règles qui lui sont données, et c'est au nom des objectifs fixés par le législateur, ou de l'évolution de ces objectifs, qu'il va peu à peu revendiquer, avec un certain succès, de nouveaux modes opératoires.

B- Vers des organes de régulation indépendants :

Il est très important, dans tout secteur de l'économie, de créer des organes de régulation indépendants si l'on souhaite que le pays réussisse à développer la concurrence et à libéraliser le secteur concerné. Une fois la décision prise de créer un régime concurrentiel, libéralisé et privatisé, il devient primordial de mettre en place un arbitre intègre afin de formuler les règles et les processus qui régiront et régleront la production et la fourniture de services de télécommunications au public.

De même, un organe de régulation pour être efficace et efficient, doit être indépendant des instances qu'il contrôle, être protégé des pressions politiques et investi de pleins pouvoirs pour réguler le marché en question en prenant les décisions relatives aux politiques et à leur application. Cet organe doit avoir les pouvoirs et la compétence nécessaires pour exécuter,

efficacement et sans équivoque, ses fonctions de régulation et de surveillance. Il doit, aussi, bénéficier d'un financement adéquat provenant de sources de recettes fiables et prévisibles.

En effet, en réaction aux insuffisances de la régulation par les institutions administratives et judiciaires, l'Etat procède à la création d'organes plus adaptés aux besoins actuels ; le Conseil des Valeurs Mobilières, l'Agence Nationale de Réglementation des Télécommunications, la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle, l'ANP et d'autres sont ainsi instituées. Il s'agit d'autorités administratives indépendantes.

Toutes ces instances sont dotées d'une compétence élargie comprenant la veille sur l'application du droit par les opérateurs publics et privés, l'information et le conseil pour les pouvoirs publics et la participation à l'élaboration du droit et son adaptation aux innovations techniques et à l'évolution des idées et des valeurs.

L'indépendance joue par rapport aux pouvoirs publics, aux opérateurs et aux consommateurs, mais risque des perturbations particulièrement en raison de l'insuffisance de coordination et collaboration entre les différentes instances et de l'absence d'une vision d'ensemble du nouveau type de régulation.

§- 3- Les finalités et formes de la régulation :

La régulation a pour principale finalité la construction de la concurrence. Aussi, l'observation des relations établies entre les autorités de la concurrence et les autorités spécialisées de régulation met en lumière le degré de complémentarité entre les institutions et tout à la fois le degré de concurrence entre elles. De sorte qu'en effet la question de la pérennité de ces institutions se pose.

Le concept de régulation connaît plusieurs définitions parmi lesquelles nous pouvons citer : « *le fait d'agir sur un système complexe et d'en coordonner les actions en vue d'obtenir un fonctionnement correct et régulier* » ou « *un processus par lequel un mécanisme ou un organisme se maintient dans un certain équilibre ; conserve un régime déterminé ou modifie son fonctionnement de manière à s'adapter aux circonstances* ».

La réglementation est un concept qui tend à glisser vers celui de la régulation. Ceci traduit un changement dans la conception que l'on peut avoir du rôle de l'Etat.

On assiste, de plus en plus, dans les pays en voie de développement, à un vaste mouvement de privatisation et de gestion déléguée des services publics. Cette tendance est notable dans tous les secteurs ; en effet, le lancement d'appel d'offres vise l'introduction de la gestion privée dans les secteurs publics. En contrepartie de leur désengagement les pouvoirs publics gardent un œil via l'organe de régulation.

A- Principes généraux et portée de la régulation portuaire :

Généralement, la régulation portuaire porte sur trois domaines : régulation juridique technique et régulation économique et financière :

a) Une régulation juridique :

C'est le pouvoir d'édicter des normes. En effet, l'autorité de régulation doit pouvoir réglementer l'activité qui la concerne et ce, dans « *un souci d'adéquation des solutions aux caractéristiques du secteur, dans la mesure où celui-ci évolue, le droit doit changer* ». ³¹³

Le droit de régulation prend la forme de normes qui ne cessent de se modifier mais encore, il apparaît comme « *un flux de solutions particulières, mouvantes, flux dans lequel les différentes manifestations juridiques se confondent, jusqu'à ce que la masse de solutions se dégagent des principes* ». ³¹⁴

Corollaire du pouvoir juridique des autorités de régulation, le pouvoir de disposer d'un corps de contrôleurs compétents pour relever les infractions aux lois mais aussi aux règlements émis par les autorités indépendantes, complète les exigences formulées par ces autorités de disposer du pouvoir de sanctionner les infractions relevées. Cela s'explique par le fait que la fin justifiant la création de ces autorités (la régulation), supposent qu'elles soient chargées d'en sanctionner la violation.

b) Une Régulation technique :

Elle comprend l'ensemble des dispositions que l'autorité impose à l'entreprise concernant la définition du projet. Elle participe à définir un cadre de contraintes que l'entreprise devra accepter et à l'intérieur duquel elle sera en mesure de gérer « les risques projets ».

Une première variante de ce type de régulation concerne les investissements, qui se posent ou s'imposent lorsque l'entreprise a la charge de réaliser elle-même le projet. La régulation définie, alors, un cadre de contrainte pour l'entreprise qui devra l'accepter afin d'être en mesure de gérer les risques du projet.

Une deuxième variante de cette régulation concerne l'entretien et la maintenance, en effet, les risques d'un défaut d'entretien ou de maintenance des installations revêtent trois formes :

- Un risque commercial pour l'entreprise, par les conséquences de la détérioration du niveau de services proposés aux clients,
- un risque de défaillance de l'entreprise au regard de ses obligations de services publics ;
- un risque de détérioration du patrimoine pendant la durée du contrat.

Dans le cas d'une concession avec remise des biens à l'autorité à la fin du contrat comme c'est le cas pour l'ANP, la nécessité de réguler peut aller au-delà de ces obligations fonctionnelles. Il est en effet, normal que l'autorité concédante s'assure que les opérations de

³¹³ « Droit de la régulation, service public et intégration régionale », sous la direction de Gérard Marcou et Frank Moderne, collection logiques juridiques 2005;

³¹⁴ Idem.

réparation et de maintenance soient effectuées correctement afin que lui soient remises des installations en bon état de fonctionnement à l'issue de la période de concession.³¹⁵

Une troisième variante se rapportant à l'investissement s'articule autour de :

- 1- La définition fonctionnelle en matière de capacité, afin d'assurer un niveau de service minimal (éviter le risque de sous-capacité) ;
- 2- Les normes de construction à respecter pour s'assurer de la réalisation des travaux selon les règles de l'art ;
- 3- Les contraintes en matière de sécurité et de respect de l'environnement.

La régulation de l'entretien et de la maintenance, quant à elle vise la garantie de niveau du service offert (risque commercial) : régulé par le marché ; l'obligation de service public : généralement assurée par une obligation de résultat (relevant de la régulation économique et financière) et la remise en bon état des biens en fin de contrat : obligation d'assurer les opérations d'entretien et de maintenance selon des normes spécifiques.

c) Régulation en matière de respect de règlement d'exploitation et des mesures de police :

1-Pour ce qui est du respect du règlement d'exploitation :

Il concerne les aspects suivants :

- Les règles liées aux navires (priorité d'accès, soumission à l'obligation de pilotage ou remorquage, navires désarmés abandonnés saisis ou épave, entretien des navires..) ;
- Les règles d'utilisation des infrastructures du port, d'exploitation des installations spécifiques et sécurité et d'environnement ;
- Les règles liées au passage de marchandises (chargement, déchargement, normes de manutentions et conditions de stockage...) ;
- Les règles d'embarquement et débarquement des passagers.

2- Pour ce qui est du respect des mesures de police :

Respect des prescriptions relatives à la police des ports (dahir N°1-59-043 du 28/04/1961 et l'arrêté du Ministre des Travaux Publics N°90-59 du 28 avril 1961 sur la police des ports maritimes de commerce).

d)Régulation économique et financière :

Le premier niveau de régulation économique et financière porte sur la définition des activités que l'entreprise est autorisée à exercer sur la zone définie par le contrat (concession ou gestion déléguée périmètre de la concession). Cette limitation peut par exemple, interdire à l'entreprise d'effectuer sur le domaine du projet, toute autres activités que celles définies par le contrat, ou de définir le type d'activité que l'entreprise sera autorisée à opérer à l'exclusion de toute autre. (cf. doc de concession).

Les coûts et les tarifs revêtent une importance non des moindres, les modalités de fixation des tarifs sont un élément central du dispositif. Elle conditionne à la fois, le niveau de rentabilité de l'opération pour le délégataire, et le prix du service rendu à l'utilisateur, qu'il est légitime de protéger contre les abus de positions dominantes. La régulation des tarifs par

³¹⁵ Cette obligation figure généralement parmi les clauses du contrat de concession et du cahier des charges correspondant.

l'autorité publique concerne deux niveaux de libertés pour l'entreprise. Le premier concerne la liberté de négocier, au cas par cas, les conditions de sa prestation avec son client, ou au contraire ou l'obligation de publier un tarif public applicables à tous les usagers (cas de l'ANP par exemple) et le second la liberté de fixer le tarif dans le cas d'un tarif public.

En contrepartie, deux exceptions s'imposent à l'entreprise, primo la limitation du champ d'activité autorisé (objet de la concession); L'autorité concédante ayant le rôle de définir les activités que le concessionnaire est autorisé à exercer sur la zone définie par le contrat. C'est le **périmètre** de la concession qui englobe les activités exercées par le concessionnaire et les limites du territoire où il peut les exercer. Secundo, l'obligation du service public qui revêt deux aspects: continuité du service avec sanctions en cas d'interruption dont l'entreprise est responsable (pénalités, résiliation anticipée) et égalité d'accès et de traitement des usagers pour éviter les risques de discrimination (tarifs, priorités, niveau de service,...).

A- L'organisation autour des contrats :

La régulation se fait, aussi et fréquemment, par le biais de contrats. Ainsi il sera question d'une gestion déléguée comme le cas de la LYDEC à Casablanca. Pour la sélection, cela va du schéma dans lequel l'opérateur privé est sollicité selon une procédure de gré à gré (sans appel d'offres ni publicité) et se voit doté d'une zone de desserte particulièrement importante, jusqu'aux procédures les plus ouvertes, dans lesquelles la préparation des projets, l'organisation des appels d'offres et la sélection des opérateurs répondent aux préconisations des organismes internationaux. Ce qui est nouveau dans cette approche moderne de la régulation réside dans l'orientation vers une régulation confiée à un organisme indépendant au sein de l'exécutif.

On notera une séparation des missions entre l'Etat qui aura une mission régaliennne et la mission d'autorité et de régulation qui sera confiée à une agence. Certains intervenants pensent que la gestion déléguée à une entreprise privée d'un service public peut s'avérer être plus efficace sur le plan du contrôle.

La définition des principaux traits caractéristiques des contrats constitue un élément déterminant. Même si leur qualification juridique dépend des législations nationales en vigueur. La durée de ces contrats varie entre 15 et 50 ans en fonction des investissements à réaliser, de la nature des services et des exigences des pouvoirs publics. Les contrats prévoient plusieurs formules de rémunérations. Elles sont définies de manière à inciter l'opérateur à dégager des gains de productivité et à faire des efforts pour améliorer la gestion commerciale du service.

Ainsi, la régulation portuaire se traduit par la fixation (ou l'introduction) d'un certain nombre de dispositions et contraintes techniques et financières dans les cahiers des charges des concessions ou des autorisations. Le contrôle de l'organe de régulation se fera à travers la vérification du respect de ces dispositions ainsi définies dans les cahiers des charges. Dans le cas de non-respect de ces engagements, le dispositif de sanction est utilisé.

Depuis un peu plus d'une décennie, les Gouvernements Marocain et Français, prônent une politique de désengagement progressif en vue de permettre à l'Etat de recentrer son action tout en accroissant la participation des acteurs privés dans le développement économiques du pays. Cette politique s'est matérialisée, au Maroc, par un vaste programme de privatisation durant les années 1990 et la conclusion de nombreux contrats de gestion déléguée dans les

domaines d'infrastructures et des services publics. Dans ce sens, différentes initiatives ont été mises en œuvre pour renforcer la concertation entre le gouvernement et le secteur privé afin d'encourager les partenariats public privé.

Le domaine portuaire n'a pas échappé pas à la règle. En effet, on assiste dans le monde entier, à un vaste mouvement favorable à la privatisation et à la gestion déléguée des services portuaires, notamment dans les pays en voie de développement où l'on assiste à desancements d'appels d'offres visant à introduire la gestion privée dans des ports anciennement gérés par l'Etat ou des établissements publics. L'expérience Marocaine du partenariat dans ce secteur est assez récente.

Le partenariat est une forme de coopération entre les personnes publiques entre elles ou avec des personnes privées, leur permettant de faire face à l'augmentation des besoins d'intérêt général et comme un moyen de travailler ensemble. Il est né, à l'origine, dans le monde de l'économie où il vise à instituer entre le donneur d'ordre et le sous-traitant des relations moins fondées sur des rapports de force mais sur la complémentarité dans le souci d'une meilleure adéquation entre l'investissement et le marché.

Or, les contrats de partenariat n'ont pas encore accédé, partout dans le monde, au statut de catégorie juridique consacrée par la législation ou la jurisprudence et, de ce fait, ils ne sont pas définis dans la plupart des législations, de même que pour la législation Marocaine jusqu'à une date récente³¹⁶ ; c'était un concept imposé par la pratique des opérateurs économiques, il est entré dans le vocabulaire public depuis deux décennies à peu près puis légiféré en janvier 2016. En France par contre, l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat les définit comme « *des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipement nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »³¹⁷.

C'est dire que le terme de partenariat public privé recouvre l'ensemble des modes de participation du secteur privé au financement et à la mise en œuvre (conception, construction, et surtout gestion) des infrastructures et des services publics.

Ceci dit, l'instauration d'une régulation par contrat adopte la logique selon laquelle le cocontractant privé de l'administration se place dans la logique d'un contrat privé mais avec une partie publique ; l'idée étant de limiter, autant que faire se peut, les pouvoirs exorbitants et discrétionnaires de cette dernière. Cependant, la régulation par le contrat se heurte aux contraintes intrinsèques au contrat public. En effet, la rigidité du contrat et sa complexité augmente le risque de jaillissement des différends et, par conséquent, des contentieux.

Ainsi, pour la réussite de la régulation par le contrat, il est important que les cocontractants soient expérimentés dans le management contractuel et qu'ils aient les pouvoirs de négociation équilibrée.

³¹⁶ Au Maroc, le partenariat public privé prenait plutôt une forme de coopération entre secteur public et privé, incorporée dans un support contractuel bien ficelé.

³¹⁷ « Le PPP en France », in Legifrance.fr.

Section III : Le nouveau rôle de l'autorité portuaire :

Dans un contexte économique général marqué par la libéralisation et confronté à une crise récurrente, l'évolution du rôle des autorités portuaires se trouve au cœur de nombreuses discussions et polémiques diverses.

En général, dans le contexte actuel, deux types d'autorités portuaires peuvent exister. La première concerne le style de management dans lequel elle distingue le port « conservateur » dont la priorité est de gérer le territoire portuaire du port « facilitateur » qui cherche, en sus, à améliorer les relations des divers intervenants au sein du cluster et, enfin, le port « entrepreneur » qui développe une vraie politique commerciale active et appuyée par des investissements faits à l'extérieur de l'enceinte portuaire.

Le seconde type concerne en particulier les missions qui incombent aux autorités portuaires qui est basée sur des facteurs historiques qui ont façonné la gouvernance des ports au long des siècles. Les ports sont classés en deux groupes « génériques » le modèle latin et le modèle « hanséatique »³¹⁸, deux groupes en mouvement et où se casent, pour la seconde catégorie les ports des pays entrés récemment dans l'UE dits « New Hanse » en rapport avec l'Europe du nord-est et les pays dits « New Latin » pour ceux au bord de la méditerranées et enfin un modèle anglo-saxon plutôt *atypique* dans la mesure où ils sont entièrement privés.

Quels sont alors, les nouveaux contours de l'autorité portuaire du 21ème siècle ?

§-1- Les enjeux du commerce maritime, première contrainte pour les autorités portuaires :

Les paysages portuaires européen et africain ont vu des évolutions intégrales et multifacettes depuis une vingtaine d'années. Le passage du modèle du « Tool port » au modèle du « Landlord port » en Europe en est l'une des manifestations les plus visibles. Les ports, inscrits dans les courants d'échanges internationaux, subissent un mouvement général qui correspond au passage d'un modèle fordiste de la production symbolisé par le concept de « bateau dans l'usine », vers un système flexible orienté vers le client-consommateur au lieu d'usager. Avec la généralisation de la conteneurisation, les ports devaient s'intégrer dans des chaînes logistiques multimodales, maritimes et terrestres, en expansion géographique et concurrentes pour la desserte des arrière-pays.

La principale source d'évolution est donc issue de la pression du marché et des acteurs du transport international. Ces derniers se sont organisés depuis longtemps à l'échelle mondiale : les armements, les opérateurs de terminaux ou des logisticiens ne sont plus attachés à un port en particulier. Ils imposent leurs critères ; la fluidité maximum du passage portuaire, la fiabilité, la course à la capacité des navires, des terminaux et des plateformes logistiques, afin de garantir leur rentabilité. Les compagnies maritimes restructurent en permanence leurs lignes maritimes pour appuyer leurs stratégies de conquête des marchés. L'annonce de Maersk, premier armateur mondial, de proposer une desserte conteneurisée journalière entre l'Asie et l'Europe, avec garantie de service, illustre le rapport de force qui s'est établi au détriment des autorités portuaires.

³¹⁸ Se dit particulièrement pour désigner l'association des villes d'Allemagne et d'Europe du Nord, appelée la Hanse

En effet, la taille des navires porte-conteneurs réduit le nombre des ports susceptibles de les accueillir conduisant à une spécialisation des ports dont certains, comme en méditerranée, deviennent de purs hubs et d'autres se spécialisent dans le «short sea». L'intérêt des compagnies se concentre sur la performance des terminaux plus que sur la construction de nouveaux terminaux. En investissant dans les ports, ces opérateurs deviennent des partenaires incontournables des autorités portuaires qui souhaitent rester compétitives par rapport à leurs voisins, et donc concurrents, de la même façade maritime. On est en présence d'une autre composante de cette évolution, qui est dépendante, pour les escales, du choix des compagnies maritimes, de la compétition entre les ports d'un même range qui se reporte sur la desserte du marché continental grâce à des systèmes de transport, de plus en plus, complexes et où se combinent, de manière pointue, les contraintes du juste à temps, du rapprochement du client final et de préservation de l'environnement. Dans ce domaine, également, l'apparition de grands groupes de logisticiens terrestres imposent leurs contraintes aux autorités portuaires qui se traduisent en termes de fluidité, de fiabilité mais, surtout, de disponibilité foncière pour l'accueil des plateformes logistiques.

D'autres types de facteurs et d'acteurs viennent contraindre les marges de manœuvre des autorités portuaires :

- La pression des gouvernements ; Suite aux réformes des années 2000 dans plusieurs pays, les gouvernements ont dévolu la responsabilité du management aux autorités portuaires tout en conservant un contrôle majoritaire des instances délibérantes des nouvelles organisations et en désignant leurs directions. En même temps, les gouvernements cherchent à réduire leurs participations financières dans les investissements portuaires, voire à en tirer des revenus sous forme de taxes.
- La pression émanant des organisations non gouvernementales, des communautés locales et des citoyens au sujet des externalités négatives générées par le port : La montée en puissance des requêtes d'ordre environnementale, la pression des réglementations internationales visant à préserver la biodiversité, à lutter contre les gaz à effet de serres produits par les transports, sont autant de facteurs qui viennent entraver les marges de manœuvre des autorités portuaires dans leurs projets de développement.
- Enfin, un autre facteur intervient dans l'acceptabilité sociale des enjeux portuaires : avec l'éloignement des terminaux, la « désurbanisation » des installations portuaires et l'enfermement imposé par le code ISPS, les ports sont devenus des territoires inconnus pour la plupart des citoyens. Les différents métiers portuaires sont largement méconnus, ce qui ne facilite pas l'empathie et la reconnaissance des habitants.

§-2- Vers un modèle européen de l'autorité portuaire :

Un rapport d'ESPO « *the European Sea Ports Organisation* », établi en 2011 sous la direction de M. Patrick VERHOEVEN a diligenté une enquête touchant une centaine d'autorités portuaires appartenant à 26 pays représentés dans ESPO, a dressé une image de l'organisation des ports européens en retenant quelques traits marquants.

Il convient, au préalable de rappeler les trois grandes catégories de fonctions qui servent à qualifier la gouvernance de chaque place portuaire :

- **La fonction de « Landlord »** est indépendante du statut de propriété. Elle désigne les missions de management, de maintenance et de développement du patrimoine portuaire, la réalisation d'infrastructures et de réseaux, mais également la mise en place de stratégies et d'actions liées à la valorisation de ce patrimoine.

- **La fonction de régulation** est essentielle au concept d'autorité portuaire. Elle renvoie vers des concepts de contrôle, de surveillance et de police. Il est question pour cette fonction, en priorité, d'assurer la sécurité et la sûreté des opérations portuaires mais, également, d'assurer le respect des réglementations applicables en vigueur. Les critiques croissantes à l'encontre des externalités des activités portuaires ont contribué à renforcer ce rôle. Les attentats du 11 septembre 2001 ont également imposés un renforcement sensible du contrôle sécuritaire. Enfin la présence d'opérateurs de terminaux, liés à des groupes mondiaux qui se trouvent en position de force dans l'équipement et le fonctionnement du port, impose une fonction de contrôle face aux pratiques anticoncurrentielles.

- **La fonction « d'opérateur »** concerne la prestation de services qui relèvent de trois catégories. Le transfert de la marchandise et des passagers entre la mer et la terre, la fourniture de services nautiques tels le pilotage, le lamanage et le remorquage et la fourniture de services domestiques comme l'avitaillement des navires, le traitement des déchets. C'est cette fonction qui fait l'objet des principales remises en cause aussi bien au niveau européen (directive sur les « services » de l'UE) qu'au niveau français avec la réforme portuaire de 2008.

En France, la participation d'une autorité portuaire dans le capital d'une société exploitant un terminal est possible via un pacte d'actionnaires dont l'objet est de définir les relations entre les parties. Selon la Cour de cassation, ce type de convention est légal du moment qu'il n'est pas contraire à l'ordre public. Il est clair que toute atteinte à celui-ci engendre un trouble pour l'ordre social. Ainsi, ce pacte ne saurait affecter les compétences de l'Autorité Portuaire ni porter atteinte aux règles de la domanialité publique ou aux principes inhérents aux services publics. Par ailleurs, il doit être compatible avec le droit de la concurrence et les principes fondamentaux du droit de l'Union Européenne comme la liberté des prestations de services, d'établissement et de circulation des capitaux, etc.

Aussi, assiste-t-on à une révision des mandats et une augmentation des compétences des autorités portuaires ce qui a constitué des aspects fondamentaux des réformes portuaires conduites par plusieurs pays dont une importance significative a été donnée à la gouvernance portuaire pour un rayonnement géographique. Il faut reconnaître, d'emblée, que les orientations à donner à la gouvernance portuaire supposent un réajustement total des relations spatiales des établissements portuaires. L'autorité portuaire doit maintenir son rôle d'agence publique pour la gestion des espaces maritimes. Mais le plus enregistré dans les nouvelles responsabilités des autorités portuaires engendre une nouvelle dynamique spatiale à tous les niveaux.

La mission des autorités est déclinée sur plusieurs paliers ; Au niveau local, il est crucial que l'autorité portuaire devienne un acteur à l'écoute du développement urbain. L'entité doit chercher de nouvelles alliances maritimes et coordonner les multiples usages des terrains côtiers. Ceci leur permettra de dominer leur indépendance traditionnelle du milieu urbain. Le contexte local est aussi au cœur des relations de l'autorité portuaire en tant que gestionnaire

du foncier et de l'environnemental. Les autorités portuaires doivent assumer, également, un rôle de leadership dans la promotion, la coordination, l'intégration et la planification des zones côtières. Au niveau régional, l'autorité portuaire doit devenir un agent et un coordinateur dans le développement d'équipements de logistique, dans la promotion de réseaux portuaires régionaux et dans l'intégration de plans environnementaux des zones côtières. Certaines de ces activités auront également une dimension globale. Ainsi, l'autorité portuaire peut commercialiser son expertise à travers le monde dans les services logistiques et en gestion environnementale.

Si l'on prend l'exemple de l'Italie, l'institution de l'autorité portuaire est instituée par décret du Président de la République sur proposition du ministre des infrastructures et des transports ou à la demande des régions, communes et chambres de commerce intéressées (art 6 alinéa 9 de la loi 84/1994). Les autorités portuaires peuvent être supprimées quand les conditions requises pour leur institution manquent (art 6 alinéa 10 de la loi 84/1994). Elles se chargent de la détermination, de la programmation de coordination, de la promotion et du contrôle des opérations portuaires et des autres activités de nature commerciale et industrielle effectuées au sein des ports. Elles délivrent aussi les autorisations et octroient les concessions domaniales aux entreprises pour l'exercice des opérations et services portuaires. L'une des particularités des ports relevant d'une autorité portuaire est qu'elle ne peut pas participer directement ou indirectement aux activités portuaires de nature économique. Elle exerce une fonction régulatrice sur ces activités qui s'inspire du projet de règlement de l'Union Européenne sur les services portuaires³¹⁹.

L'autorité portuaire comprend le Président, le Comité Portuaire, le Secrétaire Général, le Secrétariat Technico Opérationnel et le Collège des Contrôleurs des Comptes. La Commission Consultative Centrale et les Commissions Consultative Locales complètent ce cadre institutionnel.

Eu égard aux nouvelles orientations, les autorités portuaires les plus courageuses seront celles qui saisiront les opportunités commerciales facilitées par l'expertise acquise dans la gestion foncière et l'analyse environnementale de même que dans le secteur maritime traditionnel des opérations portuaires.

§-3 - La participation de l'autorité portuaire au capital des opérateurs :

Aucune doctrine n'a jusqu'à présent été définie quant à la compatibilité des fonctions d'autorité organisatrice des services portuaires et de celles d'actionnaire d'un opérateur bénéficiaire d'une convention d'exploitation.

La proposition de directive sur l'accès au marché des services portuaires comportait, sur ce point, une disposition pour prévenir les risques de distorsion de la concurrence.

Plusieurs ports d'Europe sont des acteurs importants et des opérateurs portuaires en situation d'oligopole ou de monopole. C'est le cas, en l'occurrence des ports municipaux de Hambourg et de Brême, par exemple, qui ont séparé depuis longtemps leur fonction d'autorité portuaire des activités de manutention portuaire en créant des entreprises qui sont des sociétés privées à capitaux publics. La nouvelle autorité portuaire de Rotterdam, par exemple, détient une participation de 20 % dans le capital de la principale entreprise de manutention des

³¹⁹ Projet de règlement sur l'accès aux services portuaires (COM/2013/0296 final - 2013/0157 (COD)).

conteneurs du port, en partenariat avec Hutchinson Wampoa, opérateur de Hong Kong devenu propriétaire de Felixstowe et de Thames Port. Ce modèle à haute connotation privée est présent dans les îles britanniques où des ports ont été transférés à des groupes privés qui interviennent dans les opérations de manutention.

En France, cette situation inhabituelle ne pourrait être justifiée que pour réduire l'absence ou la rareté d'investisseurs ou encore pour prévenir des situations de monopole. Sur les places portuaires comportant plusieurs opérateurs, elle devrait toutefois être assortie d'un dispositif de régulation pour pallier les risques de défaillance quant à l'égalité de traitement.

Mais, vu le risque industriel et financier que fait peser, sur l'établissement public, la présence du port au capital de l'opérateur, le modèle d'organisation en vigueur au port de Dunkerque, par exemple, constitue, en France, le seul exemple de la participation de l'autorité portuaire au capital des opérateurs. Il en a démontré quelques avantages, notamment, en facilitant le transfert des personnels. Les résultats des opérateurs témoignent, en outre, des effets positifs du partenariat industriel traduits par une rationalisation de l'exploitation et la croissance du trafic. Le désengagement de l'actionnaire industriel en 2003 a, en revanche, conduit le port à devenir l'actionnaire majoritaire de l'opérateur à hauteur de 70 %, dans l'attente d'un nouveau partenaire industriel.

§4- Les missions des autorités portuaires en France :

La loi de 1965 rendait difficile la délimitation des fonctions relevant de la puissance publique de celles qui ont caractère industriel et commercial. La jurisprudence administrative et celle de la Cour de Cassation Française ont, néanmoins, permis d'en cerner graduellement leurs contours respectifs. Toutefois, ces notions évoluent sous l'effet des principes de la concurrence propres au droit communautaire, qui distingue les missions d'autorité publique et celles de services d'intérêt économique général (SIEG) et au vu du développement du partenariat des opérateurs privés dans les activités portuaires³²⁰.

a) La fonction d'autorité portuaire : missions indéfinies :

Les fonctions qualifiées, par la jurisprudence administrative, de service public à caractère administratif comprennent les missions de police portuaire, la réalisation des aménagements portuaires, l'entretien général des ouvrages, la sécurité, le balisage, la gestion du domaine public portuaire, ainsi que l'organisation de l'embauche des dockers intermittents et leur indemnisation. A ces missions, pourrait aujourd'hui être ajoutée la sûreté portuaire qui constitue une dimension nouvelle du service public portuaire mise financièrement à la charge de l'Etat.

Elles peuvent être partiellement assimilées aux missions d'autorité publique dans une nomenclature communautaire, à l'exception importante des fonctions d'aménagement portuaire. Celles-ci sont considérées en matière communautaire, comme des activités d'intérêt économique général³²¹, et soumises en tant que telles à des contrôles de la Commission telle la compatibilité des dotations en capital avec les projets d'investissements. La proposition de directive sur l'accès au marché des services portuaires apportait une distinction complémentaire entre les infrastructures d'intérêt général qui servent à tous les utilisateurs du

³²⁰ R. Rézenthel « le service public portuaire », Annuaire de droit maritime – 1995 tome XIII.

³²¹ Conclusions de l'avocat général Walter Van Gerven sur l'affaire C.J.C.E du 10 décembre 1991 – C 179/90

port et les infrastructures propres à un utilisateur dont les coûts doivent être facturés aux conditions du marché.

Des incertitudes subsistent, également, en raison de la divergence entre la position du Conseil d'Etat et celle de l'Union Européenne, pour ce qui concerne la qualification des activités de gestion du domaine public. En effet, si l'affectation du domaine public au service public à l'usage portuaire paraît relever des fonctions d'autorité publique, la gestion du domaine public est, quant à elle, assimilée à une activité économique d'intérêt général voire, pour des opérations de diversification, à une activité commerciale. L'affectation du domaine est appelée à devenir l'une des missions essentielles des autorités portuaires, en raison de la rareté des espaces disponibles et des risques de monopole ou d'oligopole dans les services portuaires. Elle devient une prérogative majeure des ports pour exercer leur rôle de régulation. L'analyse du secteur économique de la manutention et la concentration des opérateurs portuaires incitent à définir la portée de ce rôle et ses modalités d'exercice. Au sens de la proposition de directive concernant l'accès au marché des services portuaires, « l'organisme gestionnaire du port » ou « autorité portuaire » est « *un organisme qui, parallèlement ou non à d'autres activités, a pour tâches, en vertu de la législation ou de la réglementation nationale, l'administration et la gestion des infrastructures portuaires, ainsi que la coordination et, le cas échéant, le contrôle des activités des différents exploitants présents dans le port ou le système portuaire concerné. Il peut comprendre plusieurs organismes distincts ou être responsable de plusieurs ports.* » La part croissante des opérateurs privés dans le financement des investissements et les risques de limitation de la concurrence qui résultent de leur concentration sur les places portuaires pourraient justifier que cette notion soit introduite en droit interne, et que le mode et les conditions de régulation soient définis³²².

b) Missions d'intérêt général et activités industrielles et commerciales : difficulté de les séparer :

Les fonctions de service public à caractère industriel et commercial au sens de la jurisprudence Française comprennent le pilotage portuaire, le remorquage et le lamanage ainsi que l'exploitation des outillages publics portuaires. A contrario, les activités d'exploitation effectuées par les ports sur des espaces affectés à l'usage exclusif de tiers sont des prestations à caractère industriel et commercial dont le prix peut être déterminé de gré à gré dans des conditions financières qui devraient assurer l'équilibre économique de cette activité. Cette qualification s'applique notamment à l'entretien et la réparation des outillages ou des ouvrages appartenant à des opérateurs privés, ou aux prestations d'ingénierie.

La jurisprudence communautaire a exclu les opérations de manutention des activités d'intérêt général³²³ et souhaite, par ce biais, faire prévaloir une régulation de ce secteur d'activité par le seul marché concurrentiel. Les propositions successives de directives concernant l'accès au marché des services portuaires prévoyaient, quant à elles, la délivrance, par l'autorité portuaire, d'autorisations pour la fourniture des services de manutention qui pouvaient comprendre des obligations de service public. Ces dernières n'étaient justifiées que par « *une exigence définie par l'autorité compétente afin de garantir la fourniture suffisante de certaines catégories de services portuaires* ». L'utilisation des outillages armés (c'est-à-

³²² La notion d'autorité portuaire n'est mentionnée depuis l'ordonnance du 2 août 2005, qu'à l'article L 302-4 du code des ports maritimes dans son livre III relatif à la police des ports maritimes.

³²³ C.J.C.E 10 décembre 1991 – *Merci Convenzionali Porto di Genova c/ Sidérurgica Gabrielli*

dire avec leur personnel) dans des zones affectées à un usage exclusif et la part croissante des outillages privés rendent souhaitable une clarification du statut juridique de cette activité. Elle pourrait contribuer à éviter l'assimilation entre, d'une part, la nature de service public d'une activité et son nécessaire exercice par un opérateur public, d'autre part, pallier à l'inexacte qualification de mission de service public de toutes les activités d'exploitation des outillages, qu'ils soient publics ou privés, affectés à un usage exclusif.

Cette clarification permettrait de mettre en cohérence les ports français avec le modèle d'organisation qui s'est progressivement imposé en Europe. L'examen des modèles d'organisation de cinq pays européens montre en effet que, par-delà la diversité qui perdure entre les systèmes portuaires des différents pays, une tendance générale s'est instaurée au niveau européenne allant dans le sens de la clarification du partage des responsabilités entre les missions exercées par les autorités portuaires et celles confiées aux opérateurs portuaires. Cette évolution se traduit par le maintien de structures publiques chargées des fonctions d'autorité portuaire, telle la stratégie des ports, la propriété des sols et le financement des accès et des équipements lourds. Le transfert de ces fonctions à des entités privées demeure en effet l'exception en Europe, avec l'exemple de certains ports britanniques concédés au secteur privé³²⁴.

Le recentrage des autorités portuaires sur ces missions s'accompagne de leur désengagement des fonctions opérationnelles de gestion des terminaux. Ce modèle s'est généralisé dans les principaux ports italiens³²⁵ et espagnols. Il pourrait cependant être remis en cause en Espagne, où des prises de participation des autorités portuaires dans les sociétés de moyens des services de manutention sont envisagées. Il convient, toutefois, de noter que, le cas échéant, l'exercice de ces activités s'effectuerait dans un cadre concurrentiel aux conditions du marché.

Ainsi, malgré la croissance des parts prise par le secteur privé dans les nouveaux projets de développement, l'Etat Français n'a pas encore clarifié les missions des établissements publics portuaires ni délimité le champ de responsabilité du secteur privé.

La direction en charge des ports a indiqué que l'introduction de nouvelles dispositions législatives n'étant pas strictement nécessaire ; la voie contractuelle définie et mise en œuvre pour chaque port a été favorisée pour mettre en place un nouveau modèle d'organisation et régler ce problème de délimitation des responsabilités.

Pourtant, l'évolution par voie contractuelle avec les opérateurs privés vers ce modèle d'organisation rencontre de nombreuses difficultés et pourrait justifier qu'un cadre plus formel lui soit donné, et que la France procède, à l'instar de nombre de pays européens, à sa définition par voie législative. Cette démarche a déjà été mise en œuvre dans plusieurs secteurs économiques où le rôle de l'Etat et de ses opérateurs était dominant, afin de les adapter à leur nouvel environnement économique concurrentiel.

³²⁴ Le Royaume-Uni a de ce fait été exclu du champ de l'étude réalisée par les missions économiques de la direction générale du trésor et de la politique économique.

³²⁵ La loi italienne interdit aux ports d'exercer directement ou en participant à une société, des activités d'entretien et de manutention portuaire. Les ports sont tenus de confier ces activités à des sociétés privées concessionnaires

Section IV : Importance de la contrainte environnementale dans la gestion portuaire :

Les échanges commerciaux internationaux se sont accrus au fil du temps au point qu'il est reconnu³²⁶ aujourd'hui que le trafic portuaire annuel généré par les Etats membres de l'Union Européenne serait de l'ordre de 3,5 milliards de tonnes de marchandises et de 350 millions de passagers. Selon l'Organisation des Ports Maritimes Européens (ESPO), *«Les ports servent d'aimants à l'industrie et de sources d'emploi. Il n'est pas inhabituel qu'un port qui emploie cent personnes contribue à soutenir un millier d'emplois dans l'économie locale »*.

Ce développement économique considérable induit une augmentation corrélative de la taille des navires, et par voie de conséquence, de celle des ouvrages portuaires et de leur spécialisation.

Des idées ont été émises lors des travaux du « Grenelle de l'environnement » comme l'appréciation globale de l'évolution des infrastructures de transport dans le cadre d'un schéma national et des schémas régionaux, mais le développement des ports maritimes n'a pas été remis en cause à cette occasion. Souvent présentés comme de grands consommateurs d'espaces et de béton, les ports jouent un rôle significatif pour la protection du milieu marin, néanmoins, leurs aménagements et leur exploitation contribuent, également, à le dégrader.

Sous-section 1- Les ports : facteur de protection ou cause de dégradation du milieu marin :

S'il paraît légitime de se préoccuper de l'impact des ouvrages portuaires sur l'état du milieu marin, peu de gens s'intéressent à leur contribution à la protection de ce milieu. Après avoir atteint un niveau satisfaisant dans les sociétés industrialisées, l'économie recherche de joindre le confort à l'écologie. Tout aménagement nouveau est perçu comme une agression réelle ou potentielle à l'égard du milieu naturel, cependant les ports de construction ancienne ou récente participent à la protection des mers et des océans.

En France, la loi n° 86-2 du 03/01/1986 relative à l'aménagement et la mise en valeur du littoral avait imposé des contraintes environnementales moins rigoureuses pour les ports de commerce et de pêche que pour les ports de plaisances.

L'article 11-III de la loi n° 2009-967 du 03/08/2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement dispose que *«l'amélioration de la compétitivité des ports maritimes français dans la concurrence internationale et de leur dessert multimodale permettra l'accroissement du transport de fret et des activités de logistique, créateurs d'emplois et respectueux de l'environnement. L'objectif est de doubler la part de marché du fret non routier pour les acheminements à destination et en provenance des ports d'ici 2015 »*.

³²⁶ Livre vert de la Commission des communautés « Vers une politique maritime de l'Union : une vision européenne des océans et des mers » - doc. COM (2006) 275 finals du 7 juin 2006.

Pour y parvenir, l'Etat avait accompagné le développement de capacités portuaire en créant les conditions de desserts terrestres efficaces pour les GPM et ce, en encourageant les modes de transport massifiés en respectant les milieux aquatiques continentaux et estuariens.

Sur le plan du droit européen, la protection de l'environnement conditionne le régime de gestion des ports que ce soit au niveau de leur aménagement ou de la localisation des endroits et conditions d'exploitation des installations. La CJUE a estimé que dans le cadre de l'aménagement portuaire, les conditions économiques ne sauraient primer la protection des oiseaux sauvages ou celles des habitats naturelles.

Par ailleurs, le cout des mesures compensatoires et de protection contre des nuisances pour l'environnement peut influencer sur le choix du port où seront implantées les installations. La proximité d'un site urbain impose des contraintes environnementales plus fortes qu'un milieu rural.

§-1 - La contribution des ports à la protection des espaces marins :

A signaler que les ports servent, avant tout, à l'accueil du trafic maritime, aux opérations de chargement et de déchargement des marchandises ainsi qu'à l'embarquement et au débarquement des passagers. Ils assurent la protection des navires contre les tempêtes, et constituent aussi un lieu de refuge pour les navires en détresse. L'importance des dommages écologiques résultant des catastrophes provoquées par des navires en difficulté a conduit l'Organisation Maritime Internationale (O.M.I) à édicter des directives afin d'améliorer l'accueil de ces navires dans les ports. Ces prescriptions ont été relayées par l'article 20 de la directive communautaire n° 2002/59/CE du 27 juin 2002 préconisant la mise en place de plans d'accueil les concernant. En droit interne Français, l'article L 302-2 du Code des Ports Maritimes permet au ministre chargé des ports d'enjoindre à l'autorité portuaire d'accueillir un navire en difficulté. Etant entendu qu'il ne doit pas exister de risques graves pour la sécurité des usagers du port et des populations locales.

Les ports contribuent en outre à la prévention des pollutions marines en permettant l'inspection des navires par les autorités de l'Etat du port pour contrôler leur état et prévenir en particulier les naufrages préjudiciables à l'environnement marin. Accessoirement des navires peuvent être arraisonnés en mer par une autorité de police et conduits dans un port pour y être contrôlés.

Un autre aspect de l'intérêt écologique des ports se manifeste à travers la collectes des déchets d'exploitation des navires et des résidus de cargaison, et ce, afin d'éviter la pollution des eaux de la mer. L'obligation de les déposer au port avant le départ des navires est imposé par l'article L 343-1 du Code des Ports Maritimes Français. Les agents chargés de la police portuaire peuvent procéder à des contrôles pour vérifier que les prescriptions légales ont été respectées. En règle générale, la police de la grande voirie permet de prévenir ou de réprimer les atteintes à l'environnement dans les ports maritimes³²⁷. Dans le cadre de la création des Grands Ports Maritimes, établissements publics de l'Etat, qui se substituent aux Ports Maritimes Autonomes, l'article L 101-3-I-4° du Code des Ports Maritimes précise qu'ils doivent veiller à l'intégration des enjeux de développement durable, et assurer « *La gestion et*

³²⁷ CE 1er juillet 1983 – M. Lajarin – DMF 1983. 715, note de R. Rézenthel.

la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés ».

Plus encore, il est apparu essentiel, notamment à l'occasion des concertations du gouvernement sur le plan de relance des ports français, que les instances de direction et de contrôle de l'établissement public portuaire puissent intégrer l'ensemble des problématiques économiques, sociales et surtout environnementales. C'est la raison pour laquelle l'article L. 102-6 crée pour chaque GPM un Conseil de Développement, instance de concertation impliquant, dans l'esprit du Grenelle de l'environnement, des représentants des milieux professionnels, sociaux et associatifs et les collectivités territoriales. La composition de ce conseil fait une large place aux acteurs de la place portuaire et permet la représentation des associations de défense de l'environnement et des entreprises et gestionnaires d'infrastructures de transport terrestre.

Ceci n'a pas été fait sans brouille. En effet, que ce soit en France ou en Europe, tous les grands travaux d'aménagements portuaires ont donné lieu à des rapports de force parfois rudes avec les élus locaux et les associations de défense de l'environnement. Pour ce qui est de la gestion des différends nés à ce sujet, et à l'opposé de la Cour de Justice de l'Union Européenne sévère à l'égard de projets d'extension des ports britanniques de Bristol et de Sheerness, en décidant que les considérations économiques et sociales ne sauraient primer sur la protection des oiseaux sauvages et des habitats naturels, les juridictions françaises se sont montrées plus conciliantes à l'égard des autres intérêts en présence. Cette approche trouve sa raison dans l'article 6 de la Charte de l'environnement ayant une valeur constitutionnelle. Selon ce texte, « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». La Cour de Justice de l'Union Européenne a adopté une position moins rigide à propos de l'extension, par l'autorité portuaire d'Anvers, d'une zone située dans l'estuaire de l'Escaut. Elle a admis la réalisation des travaux d'importance communautaire dans une zone classée Natura 2000 sous réserve de la réalisation préalable d'une étude d'impact sur l'environnement et de l'instauration de mesures compensatoires.

La procédure d'enquête publique est obligatoire dans les ports maritimes de commerce ou de pêche pour les travaux d'aménagement devant comporter une étude d'impact (C. env., art. R. 123-1 et R. 122-2). Selon l'article R. 123-1, IV du Code de l'environnement, il est précisé que « *Sauf disposition contraire, les travaux d'entretien, de maintenance et de grosses réparations, quels que soient les ouvrages ou aménagements auxquels ils se rapportent, ne sont pas soumis à la réalisation d'une enquête publique* ». Pour mesurer l'importance des intérêts engendré par un projet portuaire et de déterminer s'il présente un caractère d'utilité publique, le Conseil d'État a élaboré la théorie du bilan permettant de prendre une décision en faveur ou non dudit projet au regard des avantages et des inconvénients qu'il présente. Au regard des enjeux économiques et sociaux, nationaux et internationaux que représentent les ports maritimes, la conciliation des intérêts est une nécessité incontournable afin de répondre à l'objectif de développement durable.

Pour ce qui est du Maroc, l'avancée qualitative importante qu'a connu l'arsenal juridique régissant l'environnement, durant les dernières années démontre que le pays a réussi à asseoir les principes et les règles juridiques et opérationnels nécessaires à l'encadrement de divers domaines et activités dans le but de les mettre en cohérence avec les objectifs de

protection de l'environnement et du développement durable et, par la même occasion, lui assurer une protection efficace et d'améliorer le cadre de vie de manière générale.

La donnée environnementale était particulièrement présente dans le texte de la réforme portuaire dont le préambule précise que « *Le secteur portuaire doit alors s'adapter, d'une part, aux mutations socio-économiques caractérisées par des exigences de développements internes au pays,et, d'autre part, aux nouvelles contraintes et évolutions économiques, institutionnelles, technologiques et environnementales et du transport maritime.* ». Avant que l'article 7 précisant les rubriques devant figurer dans le règlement d'exploitation des ports ne cite « *Les mesures nécessaires à l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à la sécurité, à la santé, à la sûreté et à la protection de l'environnement au sein du port* ».

§-2- Les dégradations dues à l'aménagement et l'exploitation des ports sur le milieu marin :

Il est indéniable que la création et l'extension d'ouvrages portuaires ont une incidence sur le milieu naturel. En effet l'aménagement d'un port rencontre des contraintes urbanistiques et environnementales de plus en plus croissantes en terme, notamment, de restriction de l'aménagement de ces zones. En France, il a été jugé³²⁸ que les risques d'atteinte à un herbier de posidonies par des travaux portuaires justifient le sursis à exécution de la décision autorisant leur réalisation.

Une décision du ministre chargé des transports du 10 décembre 1990 a créé le Groupe d'Etudes et d'Observation sur le Dragage et l'Environnement (G.E.O.D.E) pour suivre l'impact des dragages portuaires sur l'environnement marin. L'arrêté ministériel³²⁹ du 23 février 2001 fixe les prescriptions générales applicables aux rejets soumis à déclaration en application de l'article 10 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau. Il s'applique aux travaux de dragage des ports et de leurs accès et aux rejets y afférents en milieu marin ou estuarien. Ce texte recommande de minimiser l'impact des travaux sur l'environnement. Un plan de dragage doit être établi en fonction de la sensibilité de l'écosystème, et en cas d'incident susceptible de provoquer une pollution accidentelle, le texte impose l'arrêt immédiat des travaux³³⁰

Non seulement les dragages, mais aussi les ouvrages d'infrastructures peuvent contribuer à provoquer l'érosion du trait de côte ou un ensablement important affectant les propriétés riveraines de la mer. Le Conseil d'Etat avait admis qu'une zone naturelle pouvait être destinée à la création d'un port en eau profonde à condition que la décision d'affectation soit solidement motivée³³¹.

Toutefois, la création d'une zone d'aménagement concertée (Z.AC) pour l'aménagement d'un port est susceptible de préjudicier à l'équilibre écologique naturel de zones humides et il a été jugé que cette opération n'est pas conforme aux dispositions des articles L 146-6 et R 146-1 du Code de l'urbanisme. Lorsque les travaux d'aménagement portuaires portent irrégulièrement atteinte à la qualité de l'environnement, le juge

³²⁸ CE 30 décembre 2002 – Cne de Six-Fours-les-Plages – req. n° 245621.

³²⁹ JO 27 février 2001 p. 3132

³³⁰ « *L'application raisonnable du droit de l'environnement aux opérations de dragage portuaires* » R. Rézenthel, in DMF N° 158 2002.

³³¹ CE 25 mars 1998 – Cne de Saint-Quay-Portieux – req. n° 159040.

administratif peut, sur requête de toute partie justifiant d'un intérêt à agir, ordonner le sursis à exécution de la décision autorisant les travaux³³². Si, pendant longtemps, le juge s'est contenté d'un contrôle minimum sur le respect des prescriptions environnementales, à présent les préoccupations environnementales sont prises en compte.

§-3- La difficile conciliation entre intérêts portuaires et environnementaux :

Concilier les intérêts économiques du port tout en protégeant son environnement n'est pas tâche aisée pour les responsables de la gestion portuaire. Toutefois, ce n'est pas par manque de volonté ni de dispositions incitant vers cette voie :

Au niveau de l'UE, il est admis que la protection de l'environnement constitue une préoccupation qui doit être prise en compte lors de la réalisation des travaux portuaires. Il paraît même que « à plusieurs reprises, la Cour de justice s'est prononcée sur la compatibilité de ces aménagements avec la directive 79/409 du 02/04/1979 relative à la conservation des oiseaux sauvages. Faisant des applications rigoureuses du texte, elle estime que des considérations économiques et sociales ne sauraient primer en principe sur la protection des oiseaux sauvages. »³³³

Le préambule de la directive n° 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages dispose que : « *le but de la présente directive étant de favoriser le maintien de la biodiversité, tout en tenant compte des exigences économiques, sociales, culturelles et régionales, elle contribue à l'objectif général d'un développement durable* ». A l'occasion de l'extension du port de Bristol, l'Avocat Général Philippe Léger a déclaré dans ses conclusions devant la Cour de Justice des Communautés que : « *Le concept de développement durable ne signifie pas que les intérêts de l'environnement doivent nécessairement et systématiquement l'emporter sur les intérêts défendus dans le cadre des autres politiques poursuivies par la Communauté... Il met au contraire l'accent sur l'équilibre nécessaire entre divers intérêts parfois contradictoires, mais qu'il convient de concilier* »³³⁴.

L'article 6 de la Charte de l'environnement annexée à la Constitution Française consacre le même principe en disposant que : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement et le progrès social* ». Pour sa part, le Conseil d'Etat a estimé que le ministre chargé de l'environnement doit veiller « *à ce que les décisions qu'il prend, tout en permettant la sauvegarde d'une espèce animale menacée d'extinction, n'apportent pas aux autres intérêts en présence une atteinte excessive* »³³⁵.

En outre, la nécessité de concilier les intérêts se manifeste dans la jurisprudence administrative qui prend en compte la protection de l'environnement dans la théorie du bilan appliquée à l'occasion de la réalisation de travaux d'intérêt portuaire.

³³² « Association des amoureux du littoral et des sites Trébeudinais », décision du CE du 1er mars 1991 req n° 116339.

³³³ CJCE 7 NOV 2000, Aff. n° C-371/98, Aff. secretary of state for the environment, Rec CJCE-9235.

³³⁴ Ph. Léger, conclusions sous CJCE 7 novembre 2000 – Secretary of State for the environment, transport and the regions – aff. n° C-371/98, Rec. p. I-9235.

³³⁵ Affaire « Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne », décision du CE du 9 mai 2006, req. n° 292398.

Même lorsque l'autorisation d'exécuter les travaux d'aménagement portuaire est donnée par l'autorité administrative, le juge peut en ordonner le sursis à exécution s'il existe par exemple un risque réel de dégradation de l'état du milieu naturel. En raison de la subjectivité de l'appréciation du niveau d'atteinte à l'environnement au regard des textes en vigueur, le juge exerce dans la plupart des cas un contrôle minimum.

Les gestionnaires de ports réalisent des efforts importants pour assurer la protection de l'environnement. Parmi les nombreux exemples, on citera : le nettoyage régulier des plans d'eau, la récupération des déchets et l'entretien des quais et terre-pleins, la certification à la norme ISO de certaines prestations, le frein volontaire à la construction de certaines zones, etc. On peut y trouver le retrait d'une autorisation domaniale par exemple ou le refus de renouvellement d'une telle autorisation pour des raisons de protection d'un site maritime ou pour faire cesser la pollution d'un bassin, la création d'un centre de traitement des produits de dragage, l'autorisation limitée de déballastage et le contrôle des opérations, l'intégration de l'accueil des navires de plaisance, aux sites naturels et urbains dans le respect des normes fixées, le cas échéant, par un schéma de mise en valeur de la mer, l'incitation des capitaines de navires à utiliser l'énergie électrique du réseau portuaire afin de limiter l'usage des moteurs auxiliaires source de pollution en oxyde d'azote, les exemples des agissements pour la protection de l'environnement sont multiples. Des conventions sont parfois conclues entre les gestionnaires de ports et les collectivités territoriales afin d'améliorer la qualité environnementale par des engagements de non constructibilité et de plantations de végétaux.

Il convient de souligner l'initiative jugée intéressante³³⁶ de l'autorité portuaire du port d'Amsterdam qui s'est engagée à soutenir un programme de régénération d'une forêt tropicale à Sabah (Malaisie). En France, la plupart des grands ports adoptent des mesures compensatoires, c'est ainsi que le port de Nantes – Saint-Nazaire avait prévu³³⁷ de mettre en œuvre des mesures compensatoires dans le cadre des travaux d'extension du secteur de Donges-Est. Il s'agissait d'éviter la destruction du fragile écosystème de l'estuaire, par la reconstitution de vasières et de la roselière de Donges, ainsi que la création de mares, lagunes, talus et autres nichoirs artificiels.

Cet exemple atteste que la protection de l'environnement a un coût significatif pour les gestionnaires de ports. La Commission des Communautés Européennes tente de concilier les intérêts³³⁸. Elle espère mettre fin aux tiraillements entre les intérêts économiques, écologiques, urbanistiques et de la pêche qui mènent trop souvent à une impasse au niveau local et entravent les investissements à long terme.

Pour ce qui est du secteur portuaire Marocain, nous estimons judicieux de commenter une expérience phare diligentée par l'opérateur historique visant la conformité à la réglementation en vigueur et les normes existante.

³³⁶ L'objectif de la conférence mondiale des ports sur le climat était de diminuer les émissions de CO₂, les organisateurs ont décidé de consacrer une partie des droits d'inscription pour être affectée à la reforestation sur l'île de Bornéo (Malaisie), in *Le Lloyd* du 16 juillet 2008.

³³⁷ « *Donges-Est : les travaux d'extension démarrent* » M. Faucompré – *JMM* 13 octobre 2006 p. 22.

³³⁸ « *La Commission européenne lance une politique maritime intégrée* » M. Findels et G. Mintiens, in *Le Lloyd* 12 octobre 2007 p. 1.

§-4- L'importance de la donne environnementale dans l'entreprise citoyenne : expérience de l'exploitant portuaire au Maroc :

« *La Nature veut être éclairée par la raison et non incendiée* » nous disait Léopardi. Cette affirmation faite déjà au 18ème siècle est plus que jamais d'actualité ces dernières années où respecter l'environnement fait partie intégrante de la stratégie des gouvernements et des entreprises. En effet, une bonne gestion «*environnementale*» constitue, pour toute entreprise engagée dans la protection de cet ensemble d'éléments naturels, un moyen pour réduire les risques pour le personnel que pour l'environnement afin de maîtriser les dépenses et les coûts relatifs aux consommations de ressources et d'énergie et contribuer ainsi, à valoriser l'entreprise, ses produits et ses services.

Pour ce faire, en sus des obligations d'ordre réglementaire, il est question de répondre à la fois aux attentes d'un marché, de plus en plus, sensible à la protection de l'environnement et à celles des différents partenaires de l'entreprise (clients, assureurs, fournisseurs, donneurs d'ordres...) ayant les mêmes exigences.

Pour la Société d'Exploitation des Ports, la prise en compte de l'environnement s'inscrit dans une démarche globale de développement durable (tous terminaux sont certifiés ISO 14001, d'autres sont en cours pour l'intégration des systèmes de management : qualité, environnement et santé, sécurité au travail), en y associant son développement et le progrès social.

Quel est, donc, le cadre juridique régissant la matière (A) et quelles en sont les applications pratiques de protection ? (B).

A- Les aspects réglementaires de la protection de l'environnement :

La législation en vigueur relative à la protection de l'environnement a connu, au Maroc, une véritable avancée depuis le début des années 1990. Cette législation, jugée déphasée parce que comportant des textes remontant au début du siècle dernier, est marquée par le foisonnement de textes législatifs et réglementaires qui, directement ou indirectement, réglementent tel ou tel aspect de la protection de l'environnement. Un inventaire officiel en dénombre plus de 300 textes toutes matières confondues couvrant presque tous les aspects relatifs à ce droit (protection de l'aire (loi 13-03), études d'impact (loi 12-03), eau (loi 10-95), gestion des déchets (loi 28-00), énergies renouvelables (loi 47-09), etc.) en sus des textes d'application élaborés et des circulaires. De même, le Maroc a ratifié de nombreuses conventions internationales relatives à l'environnement qu'il a intégré dans la législation interne. Cependant, malgré cette évolution, le dispositif environnemental reste méconnu. Chaque entreprise souhaitant se faire certifier doit recenser, parmi tout l'arsenal existant, les textes qui lui sont applicables

Face à cette évolution législative, l'entreprise, engagée dans ce processus, se trouve dans la nécessité de se conformer aux obligations environnementales édictées par les divers textes où il est question tantôt d'obligations générales (protection de l'environnement, réduction des émissions, etc.) tantôt spécifiques à l'activité ou à l'établissement ou encore aux ressources utilisées (consommation d'eau, de carburant, etc.). D'autres textes sont complémentaires et l'application contribue à la protection de l'environnement (contrôle des engins de levage, établissement classés, etc.).

Le respect des exigences réglementaire en matière d'environnement est prescrit, également, dans la norme ISO 14001 version 2004 mise à jour en 2015 et qui exige de l'entreprise, souhaitant se certifier en la matière, de s'engager via sa politique environnementale et de se conformer aux exigences réglementaires applicables en rapport avec ses aspects environnementaux. L'entreprise doit, pour ce faire, établir, mettre en application et entretenir une ou des procédure(s) pour évaluer, périodiquement, la conformité avec les exigences réglementaires applicables, en cohérence avec la réalisation de ces engagements.

Les clauses spécifiques de l'ISO 14001/2015, qui sont les plus importantes vis à vis du respect de la conformité réglementaire, sont les éléments constituant le système de management de l'environnement (SME), et qui sont 1) l'engagement dans la politique environnementale de l'entreprise à se conformer à la réglementation (§4.2), 2) l'identification et l'accessibilité aux exigences réglementaires applicables et aux autres exigences liées aux aspects environnementaux (§4.3.2.a), 3) les modalités d'application de ces exigences réglementaires aux aspects environnementaux de l'entreprise (§4.3.2.b); 4) Les objectifs, les cibles et les programmes (§4.3.3); 5) Les modalités de gestion et de surveillance habituelles des obligations réglementaires (§4.4.6 et § 4.5.1); l'évaluation de la conformité réglementaire (§4.5.2); 7) les actions correctives et préventives, le cas échéant (§4.5.3) ; 8) les audits internes (§4.5.5) et à la fin la revue de direction (§4.6).

Qu'est-ce qu'un système de management environnemental (SME) ?

Un SME constitue un cadre dont le but est d'aider l'entreprise à connaître puis à maîtriser les incidences environnementales de ses activités, produits ou services et à assurer l'amélioration continue des performances obtenues. Basé sur le principe de l'amélioration continue (ou roue de Deming), il a pour finalité d'identifier, de vérifier et de maîtriser les aspects environnementaux de l'organisme et de préciser comment piloter tout le système. Il requiert, au préalable, un état des lieux des différentes pressions environnementales exercées par l'entreprise. Celui-ci sert de base à l'élaboration du SME compte tenu de la situation de l'entreprise par rapport aux exigences réglementaires et aux attentes des parties prenantes. Le SME désigne l'organisation de tous les moyens : humains, techniques ou financiers visant à la connaissance et la maîtrise de l'impact environnemental, direct et indirect, de l'entreprise. Il peut se concrétiser par diverses mesures tels les audits environnementaux internes ou externes, des exigences vis-à-vis des fournisseurs, des opérations de sensibilisation et de formation des salariés, etc.

La conformité réglementaire exigée pour le respect de l'environnement est définie comme la mise en application totale de la réglementation environnementale applicable, est atteinte quand les exigences sont satisfaites et quand les changements souhaités sont obtenus. Autrement dit, les étapes du cycle de la réglementation environnementale incluent la mise en application et la surveillance de la conformité (procédure de veille réglementaire).

A travers le processus d'évaluation de la certification, l'organisme de certification doit évaluer la conformité d'une entreprise avec les exigences de l'ISO 14001 / 2004 qui sont liées avec la conformité réglementaire et ne devrait octroyer la certification que si cette conformité est établie. L'organisme de certification doit déterminer si l'entreprise a identifié et communiqué toutes les exigences réglementaires spécifiques applicables en relation avec les aspects environnementaux pour établir la preuve objective du développement et du contrôle

du SME et pour permettre une évaluation complète de la conformité (voir § 4.5.2 de la norme).

De plus, l'organisme de certification doit vérifier que l'identification de ces exigences réglementaires est surveillée par des revues périodiques afin d'identifier les exigences nouvelles ou modifiées, et pour mettre en œuvre les modifications nécessaires du SME. Pour ce faire, l'équipe d'audit de l'organisme de certification doit être compétente avec des connaissances appropriées des exigences réglementaires applicables sur les aspects environnementaux l'entreprise et leur localisation pour identifier les erreurs ou les omissions.

Comment les exigences réglementaires s'appliquent-elles aux aspects environnementaux de l'entreprise ?

Pendant l'audit sur site, l'organisme de certification doit vérifier si l'entreprise se conforme aux exigences réglementaires applicables, en mettant en relief des exemples d'aspects environnementaux significatifs et leur conformité aux exigences réglementaires et ce, en examinant comment ces exigences s'y appliquent et si elles ont été prises en compte dans l'établissement, la mise en application et la maintenance du SME et dans les mesures de contrôles subséquents.

L'audit devrait être entrepris par l'examen des activités contrôlées et des autres réglementations applicables à travers un échantillonnage pour établir que le SME est capable d'atteindre la conformité réglementaire. Ceci peut être obtenu par un examen de la traçabilité des évaluations directes sur site, couvrant les activités opérationnelles.

B-Les aspects opérationnels de la protection de l'environnement :

Ces aspects se rapportent aux aspects liés à la :

- **Maîtrise opérationnelle :**

La maîtrise opérationnelle est une part fondamentale du contrôle de management des activités de l'entreprise et de ses émissions dans l'environnement et a un impact direct sur l'obtention de la conformité réglementaire.

L'organisme de certification doit confirmer que l'entreprise a identifié et planifié les opérations qui sont associés aux principaux aspects environnementaux, en cohérence avec la politique environnementale et l'engagement de conformité réglementaire.

Les procédures documentées devraient contrôler les situations de non-conformité réglementaire et définir le critère opérationnel cohérent pour la rétablir. Ces procédures devraient prendre en compte la communication des procédures applicables et des exigences des fournisseurs, dont les contractants.

- **Surveillance et mesurage :**

Le résultat de la surveillance et du mesurage fournit des données pour l'évaluation de la conformité et des actions correctives et préventives. Quand une non-conformité aux exigences réglementaires est découverte, l'entreprise est obligée de prendre des actions correctives immédiates et l'organisme de certification doit auditer si l'action corrective ou l'action préventive prises ont été efficaces et dans les délais appropriés par rapport à la nature et à l'ampleur de l'impact environnemental de la non-conformité.

- **Audit interne:**

L'audit interne de l'entreprise évalue, entre autres, l'engagement à se conformer aux exigences réglementaires applicables, liées à ses aspects environnementaux. Le résultat de l'audit interne ne fournit pas à lui seul des informations sur l'évaluation de la conformité réglementaire. L'audit interne se focalise sur la conformité du SME et sa propre mise en application et sa maintenance.

- **Délivrance du certificat :**

Le certificat ISO 14001 est délivré après la réalisation d'un audit externe par un organisme de certification qui vérifie le respect de toutes les étapes du SME. L'organisme de certification doit être accrédité.

Pour conclure, l'impact du trafic portuaire sur les économies nationales est désormais confronté au défi environnemental qui est devenu incontournable. Des compromis sont cependant nécessaires afin de préserver les intérêts majeurs des Etats et de la communauté internationale.

Au niveau communautaire il convient d'améliorer la lisibilité des textes et de réduire l'insécurité juridique qui compromet la réalisation de certains projets, cette remarque s'applique également au droit interne.

Afin d'assurer une concurrence équitable entre les ports, il y a lieu de renforcer la neutralité de l'écologie à l'égard de l'économie.

Chapitre IV : Emergence de nouvelles Stratégies portuaires subséquentes aux réformes portuaires en France et au Maroc :

Par stratégie, il faut entendre la convergence des moyens envisagés pour atteindre un objectif clairement précisé, ce qui implique la connaissance des motivations qui justifient cet objectif et ces moyens. Pour ce qui est du secteur des ports, la donne est simple : le but de toute stratégie établie est d'obtenir ou de garder des ports performants répondant aux besoins d'échanges et de supprimer les obstacles qui peuvent les freiner. Mais, pour concrétiser cet objectif simple à définir, l'exercice est plus complexe : quel est le moyen de le faire, pourquoi, pour quels ports et comment ?

En France comme au Maroc, Il n'y avait pas de réelles politiques portuaires établies par les gouvernements, même si le code des ports Français faisait explicitement référence à cette mission de l'État (Art. L. 111-1). A cet effet, et à l'occasion du renouvellement des conseils d'administration en 2005, la direction des transports maritimes, routiers et fluviaux (DTMRF) avait demandé auxdits conseils d'élaborer un plan d'entreprise. Cette initiative intéressante et nécessaire, ne reposait cependant sur aucun cadrage général ni aucune orientation conjointe des autorités de tutelle. Certains ports comme celui de Marseille ont bien adressé des plans d'entreprises mais cette démarche est restée sans suite, la DTMRF ayant simplement pris acte des documents reçus.

Le constat était le suivant :

- Chaque port continuait à définir ses propres orientations sans que celles-ci soient validées ni que soient vérifiées l'absence de doublon ou la faisabilité des hypothèses de développement. Des décisions d'aide à l'investissement ont ainsi été prises dans le cadre des contrats de projet entre l'État et les régions (2007- 2013) sans que ces investissements aient pu être intégrés dans une stratégie globale portée par l'État et partagée avec les collectivités territoriales, parties prenantes au financement.
- L'absence d'orientation était particulièrement certaine en ce qui concerne l'insertion des ports dans le rééquilibrage modal du transport du fret. Tout se passait comme si, en pratique, la politique portuaire se limitait à la gestion de l'interface mer/terre. Or, la gestion de l'interface port/hinterland et, donc, la desserte terrestre des ports devraient constituer un des principaux éléments de la politique portuaire : la compétitivité des ports français devait passer aussi par leur capacité à améliorer les liaisons avec leur hinterland. En outre, ces liaisons devraient être de haute qualité et s'inscrire dans une politique de transfert modal favorisant les modes ferroviaire et fluvial.

Aussi, la Cour des Comptes Française avait-elle annoncé que « *définir une stratégie d'intervention, de tutelle et de financement variable selon la nature des ports, leur situation, leurs objectifs et la complémentarité qu'ils peuvent mettre en œuvre dans certains domaines* ». Telle était en effet, l'une des recommandations de cette institution dans son Rapport public sur la thématique des « *Ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action* » établi en Juillet 2006.

Pour ce qui est du Maroc, La question du développement des ports a été longuement débattue et elle a provoqué la rédaction de nombreux rapports et conclusions d'études, officiels ou non, qui ont suggéré des propositions diverses qui ont abouti à l'élaboration, par le ministère de tutelle, d'une stratégie étalée jusqu'en 2030.

Section I : La stratégie portuaire Française :

En France, après une période d'instabilité liée à mise en œuvre de la réforme portuaire de 2008 et aux transferts de l'outillage et du personnel aux opérateurs privés, la fiabilité des places portuaires françaises a été en partie retrouvée. Les GPM ont les moyens d'être compétitifs vis-à-vis des autres ports leaders européens.

L'État souhaitait affirmer son ambition et définir une feuille de route pour l'ensemble de son système portuaire pour donner à la France une place de premier rang dans le commerce international et la rendre un point d'entrée ou de hub de l'Europe, et pour contribuer au développement industriel et économique du pays.

Situés à l'interface de routes maritimes et de réseaux de transports multimodaux, les ports français sont au cœur de la chaîne logistique d'approvisionnement. Ils ont aussi vocation à accueillir diverses activités essentielles dans le secteur logistique et contribuant au développement industriel, notamment dans le secteur énergétique ou relevant des filières

industrielles d'avenir. A ce titre ils doivent concilier ambition logistique, industrielle et aménagement, dans un souci d'excellence environnementale.

Pour cela, les ports ont vocation à se positionner comme des acteurs coordonnateurs démontrant une forte valeur ajoutée dans la mise en place de chaînes logistiques intégrées, économiquement compétitives et pérennes, favorisant les moyens massifiés, afin d'attirer et fidéliser les opérateurs et les clients.

Les zones portuaires sont, de par leur position géographique, de véritables pierres angulaires du développement industriel du pays. Les ports français ont vocation à devenir les lieux d'implantation privilégiés d'activités industrielles et économiques génératrices de trafics maritimes. Pour cela, ils ont un besoin impérieux de maîtriser la gestion de leurs espaces et de leurs capacités d'accueil.

Les ports ont des responsabilités spécifiques vis-à-vis de leur domaine naturel, responsabilités qu'ils exercent, le plus souvent, en partenariat. Ils s'attachent à une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux dans le respect de leur juste équilibre avec les enjeux économiques, équilibre dont l'État doit être le garant. Cet équilibre s'accompagne de la nécessité pour l'État de veiller à ne pas imposer aux ports de contraintes plus fortes que celles en vigueur dans les autres pays européens.

Pour mettre en œuvre cette ambition, les ports peuvent s'appuyer sur plusieurs leviers : la politique d'investissements priorisant les projets générateurs de croissance, d'emploi et d'innovation, la promotion du dialogue social sur la place portuaire, la valorisation des actions en matière de sécurité des personnes et de sûreté, le développement des compétences, l'influence du système portuaire français au niveau européen, le développement d'une marque forte et commune.

Avec la stratégie de relance portuaire adoptée, l'État Français affirme son ambition de donner à la France une place de premier rang dans le commerce international comme point d'entrée ou hub de l'Europe et de contribuer au développement industriel et économique du pays.

Sous-section 1- Les axes de la stratégie portuaire Française :

Cette stratégie s'articule autour de deux axes majeurs ; Le premier porte sur la logistique et l'inter modalité des transports : Il s'agit, à ce niveau, essentiellement du développement industriel et de l'aménagement des espaces. Il a été jugé important de donner les moyens aux GMP de jouer un rôle plein et entier dans le redressement de l'économie nationale comme indiqué par le ministère des Transports français.

S'agissant du premier point, le diagnostic des faiblesses est connu. Les ports doivent avoir des infrastructures de transport terrestre performantes pour faciliter la desserte de leur hinterland et pour pouvoir coordonner la chaîne logistique d'approvisionnement des territoires. La question qui se pose quels seraient les traitements envisagés par le gouvernement pour surpasser ce mal identifié de longue date.

La première des choses, le port doit passer d'un simple gestionnaire d'infrastructures à un entrepreneur de solutions logistiques ; en effet, pour répondre aux besoins des clients et des opérateurs de la place, les ports conçoivent avec les différentes parties prenantes des solutions logistiques et fixent des objectifs de performance. Ils peuvent s'associer pour utiliser au mieux la trame du système portuaire et proposer les solutions logistiques terrestres et/ou maritimes globales pertinentes.

Le second a trait à la souplesse pour les implantations industrielles, en effet, les ports doivent, également, jouer un rôle dans le développement d'activités industrielles (énergie, chimie, industrie lourde...), dans le respect des contraintes environnementales et de la prévention des risques technologiques.

Sur ce point, l'État aidera les ports à répondre avec souplesse, par le biais de procédures administratives simplifiées, aux demandes d'implantation des industriels, s'appuyant sur un tissu local innovant ou, à l'inverse, sur des programmes à l'échelle européenne.

De même, la France est soumise aussi aux règles et instrument communautaires à ce sujet ; l'UE a élaboré une politique maritime intégrée (PMI) devant constituer selon ses rédacteurs « une approche globale de toutes les politiques de l'Union Européenne relatives à la mer. Fondée sur l'idée qu'en coordonnant ses politiques, l'union peut davantage tirer profit des mers et des océans tout en diminuant l'impact sur l'environnement, la PMI englobe des domaines aussi variés que la pêche et l'aquaculture, la navigation et les ports maritimes, le milieu marin, la recherche marine, la production d'énergie en mer, les chantiers navals et les industries liées à la mer, la surveillance maritime, le tourisme maritime et côtier, l'emploi, le développement des régions côtières et les relations extérieures concernant les affaires maritimes. » Préambule de la PMI.

Comment se présente alors la politique portuaire française découlant de la PMI ? Et comment se fait l'harmonisation entre les outils internes et communautaire à ce sujet ?

§-1 – Les objectifs de la stratégie portuaire Française :

Ces axes se présentent sous forme d'objectifs découlant de la PMI (A) et insérés dans la politique interne de la France (B).

A-Objectifs provenant de la Politique Maritime Intégrée :

Après une année, durant laquelle la Commission Européenne a reçu diverses contributions des pays membres de l'UE, elle a présenté, le 10 octobre 2007, sa vision d'une politique maritime intégrée pour l'Union via l'élaboration du livre bleu. Ce livre comporte un plan d'action détaillé pour soutenir cette politique pour quelques années. Tel que l'a expliqué M. José manuel Barroso, président de la Commission européenne livrant ses sentiments au sujet de ce document « *Je suis convaincu que notre avenir réside en grande partie dans le potentiel inexploité des océans. Notre proposition de politique maritime intégrée a été conçue pour produire de la croissance, des emplois et de la durabilité. Nous l'avons élaborée au service de notre intérêt européen commun pour exploiter toutes les possibilités offertes par*

les océans, tout en respectant les principes du développement durable. Elle fait partie intégrante de notre stratégie visant à moderniser l'Europe et à la préparer à trouver sa place dans un monde globalisé ». Au vu des découvertes scientifiques et les progrès considérables des technologies maritimes et portuaires ainsi que les effets de la mondialisation conjugués aux changements climatiques et à la pollution marine, la vision de l'Europe sur les mers, les océans et les ports avec toutes les possibilités et tous les défis que cela comporte est en perpétuel mouvement. Seule, une politique maritime intégrée, originaire de la vaste consultation publique telle que celle achevée en juin 2007 pouvait permettre à l'Union de relever les défis du futur. Selon M. Joe Borg, commissaire en charge de la pêche et des affaires maritimes : *« Les parties intéressées se sont exprimées et nous les avons écoutées. C'est un premier pas décisif pour les océans et les mers d'Europe: notre objectif commun sera de libérer le potentiel et de relever les défis d'une Europe maritime. Cela nous permettra de tirer le meilleur parti de nos richesses maritimes et aidera l'Europe à faire face à certains des défis majeurs auxquels elle est confrontée ».*

La politique maritime intégrée vise à aborder les questions maritimes, au sein de l'UE, de manière plus homogène en consolidant la synchronisation des différents domaines d'activité. Elle a pour objectifs, d'abord de prendre en considération l'interdépendance des secteurs et des activités humaines en relation avec la mer tels les transports, les zones portuaires, etc. De ce fait, une décision prise dans un domaine peut générer des conséquences sur tous les autres. Deuxième objectif de la PMI, gagner du temps et de l'argent en encourageant les autorités à échanger des données et à coopérer au lieu de mener, individuellement, des actions sur les différents aspects du même problème et enfin, établir une étroite coopération entre les décideurs politiques des différents secteurs et à des divers niveaux de pouvoir et ce, au niveau régionale, locale et même internationale que ce soit en Europe ou même ailleurs. Conscients de cette nécessité, de nombreux pays de l'UE avaient déjà commencé à ouvrir dans ce sens en adoptant des formes de coopération mieux structurées et systématiques.

Les objectifs de la PMI obligent la France qui est une grande nation maritime par ses richesses exceptionnelles exploitées partiellement à élaborer sa propre politique maritime claire, lucide et volontariste. La stratégie communautaire, adaptée sur le plan nationale, fut fixée via l'élaboration du livre bleu qui en pose les grands principes.

Élément aidant dans le secteur des ports, le pays dispose d'installations de dimension internationale et les ports ont une place importante pour l'économie nationale d'où leur insertion dans la planification qu'a menée le pays déjà durant la période de l'après-guerre. Or, il paraît que l'effort n'était pas suffisant si l'on considère la donne stratégique des ports avec la mondialisation qui a été pour longtemps sous-estimée en France, ce qui explique la faiblesse relative des ports pour les trafics de conteneurs devenus les vecteurs de cette mondialisation. Les conséquences en étaient lourdes pour l'économie nationale dans la mesure où les grandes plates-formes logistiques générant une forte valeur ajoutée, s'implantaient à proximité des ports européens les plus performants.

Aussi, le gouvernement a-t-il engagé une politique portuaire, inspiré de la PMI, ambitieuse se basant sur des services portuaires de qualité et un renforcement des transports massifiés par fer, voie fluviale et cabotage maritime. Elle constitue un facteur de compétitivité essentiel pour l'économie du pays et une condition du succès d'une politique de report modal préservant l'environnement. En effet, le port est indispensable pour le développement économique de la zone où il est implanté et aussi comme lien entre la mer et la terre et un

outil primordial au service du commerce extérieur et de l'industrie. C'est dans ce cadre qu'a été engagée par le gouvernement Français la réforme portuaire de 2008 destinée à restaurer la compétitivité des ports. Les objectifs à terme est de faire grimper la part de marché des ports français pour les conteneurs pour la porter à des classements satisfaisants dans le marché européen, l'amélioration de la compétitivité des ports et le gain de parts de marché subséquent permettant de favoriser le commerce extérieur français, diminution des acheminements terrestres et, par ricochet, les émissions de gaz à effet de serre et enfin, créer la croissance et l'emplois pour les territoires concernés.

B- Objectifs découlant de la stratégie interne :

L'objectif général qu'il convient d'atteindre est d'assurer le fonctionnement d'un nombre de ports compatibles avec les besoins de transport d'une économie d'échange libre, dans la fiabilité des services, dans la rapidité des circuits, dans la qualité des prestations et pour un coût maintenu dans des limites concurrentielles. Le tout doit être interprété dans la durée et pour des directions d'échanges correspondant avec les besoins de la mondialisation. Par contre, la question qui était posée, quels moyens efficaces pour y arriver ?

La coopération entre ports concerne, également, la prospection, l'échange d'informations, y compris commerciales, n'affectant pas la concurrence entre ports, la mutualisation de moyens, voire même la mise en place de partenariats formels.

Comme ébauche de réponse, ceci supposait au préalable :

Pour l'État, d'incorporer la modernisation et la performance des dessertes des ports dans les projets stratégiques pour une fiabilisation et modernisation des dessertes ferroviaires et fluviales des ports, lesquelles ont un rôle clé pour répondre à l'objectif de développement des modes massifiés ;

Pour les ports, de réserver des capacités répondant aux besoins spécifiques de leurs clients pour le fret ferroviaire sur les axes logistiques stratégiques qui doivent être plus précisément définis dans leurs axes logistiques stratégiques. En tant que candidats autorisés, ils négocient les capacités additionnels de fret dont ils ont besoin ;

Pour l'État et les ports conjointement, de concevoir et de mettre en place des procédures simplifiées. A cet effet, L'État et les ports travaillent en synergie sur l'identification, la conception et la mise en œuvre opérationnelle de procédures administratives simplifiées qui prennent en compte les attentes des clients et les pratiques comparées des autres ports européens. De même, en tant que partenaires, l'État et les ports, doivent faciliter l'accès aux outils portuaires à tous les utilisateurs.

Des mesures ont été déjà prises et des demandes fortement appuyées allant dans le sens de ces moyens : les chartes de place maritime, les contrats de qualité conclus, les 15 réformes réclamées avec force en février 1997 par les associations de professionnels français des transports et quelques armateurs étrangers ainsi que le Groupement d'Intérêts Portuaires (GIP) qu'ils ont constitué pour faire aboutir ces réformes, tous ces aspects étaient positifs, mais ne suffisaient pas.

En effet, des choix difficiles et souvent contraires aux traditions se sont imposés ; fallait-il opter pour un Étatisme centralisateur ou catégoriquement une privatisation? Et si l'on opte pour cette voie, jusqu'où peut-on aller ? L'appel aux capitaux privés dans les ports est une tendance mondiale cet appel des capitaux est une demande incessante des utilisateurs de transport pour s'opposer « à la sclérose du fonctionnarisme» dans tous les domaines où existe une autorité administrative, c'est le cas de l'autorité portuaire, qui est, le plus souvent, une émanation de l'État. A la question que faut-il privatiser ? Il est répliqué qu'il demeure des obligations et des domaines régaliens : ordre, sécurité des navires et des marchandises et gestion du domaine public maritime inaliénable, ces domaines régaliens ne peuvent, dans la tradition portuaire française être privatisés. Il ne reste alors que le secteur des services et des prestations à caractère commercial dont l'un des principaux leviers est celui des manutentions.

Une autre question majeure est à poser qui est relative à la concession de terminaux spécialisés impliquant d'importants investissements privés. Malgré les assouplissements apportés par un début de réforme de la domanialité et le décret du 9 septembre 1999 concernant les concessions de ces terminaux, il demeure qu'en France, comme l'a rappelé un rapport de la Cour des Comptes, il n'y a pas d'entreprise de taille financière suffisante pour assumer leur charge. Devant de tels cas, des options stratégiques apparaissent : conserver aux autorités locales, régionales ou nationales la charge lourde d'établissement des infrastructures et laisser à d'autres l'exploitation commerciale qui peut être encore très onéreuse mais plus fructueuse ou choisir le système « BOT» (Build, Operate, Transfer) comme ce fut le choix de l'Espagne, en livrant les nouvelles installations à des sociétés étrangère puissantes et susceptibles d'assumer la totalité des obligations correspondantes et d'en tirer les avantages. En France, ce dernier schéma exigerait une révolution dans les esprits et les conceptions. Pourtant, face à de grandes opérations, le recours à de vastes capitaux étrangers ne peut être évitable.

§-2- Les actions prioritaires de la stratégie française :

Deux types d'actions ont retenu l'attention et méritent d'être mises en exergue, celles relatives à l'industrie et celles portant sur les aménagements portuaires.

A- L'industrialisation des espaces portuaires:

Les actions relatives à l'industrialisation visent à permettre de disposer d'un plan d'actions prospectif pour l'accueil et le développement des activités industrielles génératrices de trafic maritime et à mettre en place des processus compétitifs pour l'implantation de nouvelles industries dans les espaces portuaires.

Ceci aura comme effets escomptés d'intégrer le système portuaire dans les filières industrielles ; l'État et les ports doivent être des parties prenantes dans les réflexions stratégiques sur les filières qui se situent dans les zones portuaires ou qui génèrent du trafic maritime. Le but de cette stratégie est de promouvoir la capacité des ports à offrir des espaces fonciers attractifs pour les entreprises en quête de sites adaptés.

Il participera à diminuer les délais de traitement, de simplifier les procédures d’instruction et les demandes d’implantation ; Le rôle de l’État, à ce niveau, est de veiller à tout mettre en œuvre pour réduire les délais de traitement des demandes d’établissement. Lorsque c’est possible, les ports qui aspirent à une performance attractive anticipent les démarches d’accueil d’une activité pour réduire les temps d’instruction des demandes.

De plus, ceci permettre aux places portuaires de se mettre en capacité d’accompagner le développement d’activités industrielles ; Elles définissent les zones portuaires pouvant recevoir des industries. Ceci se fait par la réalisation d’un état des lieux des espaces en précisant ceux comportant une incompatibilité industrielle en matière de risques technologiques. Les ports sont ainsi en mesure de déterminer, avec exactitude la faisabilité d’un projet d’établissement d’une industrie et de réduire la durée de réalisation de l’étude d’impacts.

Enfin, analyser les réglementations en vigueur pour mieux conseiller les industries souhaitant s’implanter ; Pour faciliter l’implantation d’industries dans leurs zones portuaires, les ports sont investis auprès des clients susceptibles de s’y implanter d’un rôle de conseil et d’expertise sur les réglementations en vigueur en France en matière d’aménagement et d’environnement.

B- L’aménagement des aires portuaires :

Les Objectifs de cet axe est de permettre aux ports de disposer de plans d’aménagement d’ensemble des espaces portuaires en s’inscrivant dans une démarche prospective et partagée par les différentes parties prenantes. Il est, également, question de conforter le positionnement des ports français dans leur rôle d’aménageur et de gestionnaire intégré des espaces logistiques, industriels et naturels et optimiser, par conséquent, la valorisation financière et patrimoniale de leurs actifs fonciers.

Ceci requiert que chaque port dispose d’une vision à long terme des enjeux d’aménagement à prendre en considération. Cette vision intègre des éléments prospectifs sur l’évolution des activités industrielles et économiques de la place portuaire concernée.

Pour ce faire, les ports doivent procéder à trois niveaux :

Primo, élaborer, en partenariat avec les collectivités locales, un plan d’aménagement pour chaque port et ce, en concertation avec les différentes parties prenantes. Ils décrivent l’utilisation actuelle des différents espaces portuaires et les différents scénarios d’aménagement envisagés à moyen et long termes. Le plan d’aménagement intègre un schéma d’ensemble de la gestion et de la valorisation des espaces sensibles du domaine portuaire ; il traite aussi de l’interface avec la ville ou hinterland.

Secundo, identifier les supports de soutien de la réalisation des projets d’aménagement établis dans le respect d’un développement durable. A cette fin, les ports et l’État identifient les blocages et optimisent les procédures d’aménagement, en prenant en considération les enjeux et paramètres économiques, écologiques et sociaux y afférents. Les leviers de facilitation dans la réalisation de projets d’aménagement escomptés sont partagés avec les parties intéressées qui sont responsabilisées et associées à la réalisation des actions préconisées.

Tercio, être gestionnaire des espaces aménagés et naturels. Les ports se considèrent comme des gestionnaires des espaces qu'ils ont sous leur responsabilité. Sur chacun de ces espaces, les ports agissent en tant que maître d'ouvrage, rôle qu'ils assument en coordination avec les autres parties intéressées.

Sous-section 2 - La stratégie portuaire au Maroc à l'horizon 2030 :

Les autorités portuaires Marocaines, à l'instar de leur homologues Françaises, ont porté un intérêt particulier à la modernisation et au renforcement des infrastructures du pays. Ils ont ainsi lancé et mis en œuvre des projets structurants dont fait partie, en particulier, le grand complexe portuaire de Tanger-Med et ce, afin de donner une forte impulsion aux potentialités logistiques du Royaume et d'accroître ses capacités en matière de compétitivité.

Sous l'impulsion d'une forte concurrence résultant de la globalisation de l'économie, le transport maritime à l'échelle internationale connaît, actuellement, de grandes mutations et les ports sont investis d'un rôle capital dans les chaînes logistiques notamment avec l'émergence de grands opérateurs de terminaux portuaires. C'est ainsi que ces dernières années, une grande pression est exercée sur les ports au Maroc pour adapter leurs capacités et fournir des services de plus en plus performants.

Au Maroc, les ports assurent jusqu'à 98 % des échanges externes du Royaume et constituent, par conséquent, un secteur capital pour l'économie du pays. Ils doivent, non seulement concourir à l'amélioration de la compétitivité de l'économie nationale, mais aussi, saisir l'opportunité offerte par le transport maritime en se positionnant dans ce secteur, notamment au niveau de la Méditerranée, porte de l'Europe. A cet effet, vu la position géostratégique avantageuse du pays, il est important de saisir le rôle majeur que peut jouer le pays et ses ports dans les échanges mondiaux.

Pour moderniser son secteur portuaire, le Maroc a mis en œuvre la réforme portuaire en 2006 avec notamment, l'introduction de la concurrence dans ce secteur. Il a aussi entrepris de grandes réalisations telles que la construction d'infrastructures portuaires tel le port de Tanger Med dont la montée en puissance va positionner le Royaume comme pivot incontournable entre l'Europe de l'Ouest et du Nord et l'Asie. D'autres projets de construction d'infrastructures étant en cours de réalisation.

Dans ce contexte, le Ministère de l'Équipement et des Transports a élaboré une nouvelle Stratégie Portuaire Nationale à l'horizon 2030, qui permettra d'accompagner l'évolution de l'économie et de saisir de nouvelles opportunités afin d'intégrer davantage le Maroc dans la compétitivité mondiale.

§-1- La vision du secteur portuaire marocain :

En instaurant la stratégie du secteur des ports au Maroc, la vision des pouvoirs publics est d'avoir des ports performants, catalyseurs de la compétitivité de l'économie nationale, moteurs du développement régional du territoire et acteurs incontournables dans le positionnement du Maroc comme plateforme logistique du bassin méditerranéen.

Cette vision a imprégné les axes de la stratégie Marocaine, basés sur la régionalisation et la polarisation du plan d'action inhérent.

L'approche régionale et internationale de la stratégie a émergé du fait que la politique portuaire Marocaine doit répondre aux exigences de nature à la fois économiques et politiques. En effet, elle doit être en mesure de répondre à toute demande de prestation portuaire formulée par les partenaires économiques nationaux et les acteurs des transports internationaux et contribuer, ainsi, aux objectifs de la politique nationale que l'on peut résumer en trois principaux points :

1. Mettre en valeur les avantages comparatifs du Royaume vis-à-vis de son contexte méditerranéen et saisir une part du marché du commerce maritime international situé entre le bassin méditerranéen, l'Europe, le Moyen-Orient et même l'Asie.
2. Adhérer dans les actions du maintien des équilibres régionaux du pays et favoriser le développement social et humain.
3. Appuyer les dynamiques économiques.

Pour pouvoir se positionner dans le contexte national, régional et même international, le secteur des ports doit être en mesure de s'adapter rapidement aux changements du secteur maritime, de saisir toute opportunité qui se profile à l'horizon, de tirer parti du rôle structurant des ports pour le Maroc, de contribuer aux politiques et programmes d'aménagement du territoire et tenir compte des objectifs de répartition spatiale des activités économiques, de structurer le paysage portuaire national en des pôles régionaux et d'intégrer les objectifs environnementaux et urbains dès la phase de conception des projets d'investissement

L'approche sectorielle de la stratégie se décline sur deux principaux aspects, le premier a trait à la logistique qui est l'une des manifestations les plus évidentes des activités logistiques est la croissance du transport de marchandises en raison de l'expansion du commerce au niveau universel. En effet, la mondialisation de l'industrie, notamment des activités de planification, d'approvisionnement, de fabrication et de commercialisation a abouti à une plus grande complexité du commerce et à un développement amplifié des réseaux de transport.

Le deuxième aspect, visant le développement des réseaux commerciaux, a également, été facilité par d'importantes mutations réglementaires et techniques. La libéralisation du commerce, particulièrement entre les blocs commerciaux comme l'Union Européenne, l'Amérique du Nord (ALENA)³³⁹ et la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC)³⁴⁰ a aboli les contraintes frontalières et a substantiellement réduit les coûts tarifaires. Les avancées de la technologie de l'information et des télécommunications ont donné aux entreprises les moyens d'améliorer l'efficacité de leurs activités géographiquement très dispersées.

Le développement des réseaux commerciaux a créé de nouveaux besoins de gestion de logistique à forte valeur ajoutée et a donné lieu à un grand nombre de nouvelles tendances de la logistique et des chaînes d'approvisionnement. Il s'agit, en l'occurrence, de la restructuration des systèmes logistiques intra-entreprise, du réalignement des chaînes

³³⁹ L'ALÉNA (Accord de libre-échange nord-américain) résulte de l'extension d'un accord précédent qui ne concernait que le Canada et les États-Unis : l'ALE (« Accord de libre-échange canado-américain »), dont il reprend un certain nombre de principes.

³⁴⁰ La Coopération économique pour l'Asie-Pacifique est un forum économique intergouvernemental visant à faciliter la croissance économique, la coopération, les échanges et l'investissement de la région Asie Pacifique. Elle se réunit chaque année

d'approvisionnement, de la convergence vers une gestion plus efficace des transports et de l'entreposage ainsi que de l'émergence du concept de la logistique intégrée.

Un des axes de la stratégie Marocaine est la création de 3.300 hectares de surfaces logistiques prévue d'ici l'année 2030. À Tanger, la zone de Med hub développée par TMSA, l'autorité portuaire de Tanger-Med, ou à Casablanca avec les parcs de Zenata³⁴¹, réalisés par la Société Nationale du Transport et de la Logistique (SNTL) et de MITA³⁴² par l'Office National des Chemins de Fer (ONCF) sont les premières réalisations de ce programme. Avec la présence d'opérateurs privés, l'offre d'entrepôts de classe A et B au Grand Casablanca a été multipliée par 3,5 entre 2009 et 2014, selon le ministère de tutelle. Elle s'élève aujourd'hui à plus de 700.000 m², précise Younes Tazi, Directeur Général de l'Agence Marocaine de Développement de la Logistique (AMDL). Pour prendre en compte les différentes facettes de cette problématique, la stratégie d'aménagement du paysage portuaire répond aux objectifs posés.

En effet, d'importantes étapes ont été franchies dans ce sens ; des investissements conséquents ont été opérés pour la réalisation des premières zones logistiques prévues par la stratégie logistique à l'horizon 2020. Ces investissements ont concernés particulièrement la région de Casablanca où l'investissement public-privé a atteint 5 milliards de DHS sur la période 2010-2014 pour une superficie globale de 185 ha, selon M.TAZI.

A signaler que le travail de développement des zones logistiques a concerné, également, les autres régions dans le cadre d'un schéma global de développement de zones logistiques. Il est utile de rappeler que sur les 3300 Ha prévus par le schéma national à l'horizon 2030, 2700 ont été déjà identifiés. En effet, la création de l'AMDL³⁴³ en 2013 a constitué un facteur stimulateur des chantiers de cette stratégie, notamment par l'amélioration d'un ensemble de chaînes logistiques, de promotion de services et d'opérateurs intégrés et en matière de formation où d'importantes avancées ont été enregistrées.

La déclinaison de la stratégie portuaire par les réseaux de transport permettra l'ouverture des ports marocains sur les ports européens dans le cadre du développement des Autoroutes de la Mer (ADM). Ce mode de déplacement qui a connu une longue période de gestation, commence à constituer, en Europe, un mode de transport performant constituant ainsi la meilleure alternative à la voie terrestre. Il se développera en Méditerranée (les lignes fret entre Barcelone-Tanger Med se sont développées depuis 2 ou 3 ans et représentent un premier pas dans ce sens). Avec le renforcement des contraintes environnementales sur les transports européens, notamment en termes d'émissions de carbone, les ADM constitueront une offre attractive du départ de Nador vers les côtes européennes de la Méditerranée, écourtant un parcours routier qui passe par Tanger actuellement et remonte l'Espagne par la route.

Cela suppose, bien évidemment, une nouvelle organisation des dessertes et une fréquence forte et régulière sur des navires dédiés (RORO) ainsi que des coûts de passages attractifs. Ceci constituera une excellente opportunité pour développer des activités de

³⁴¹ Dans la région du Grand Casablanca.

³⁴² La Zone Logistique de MITA développée par l'ONCF (Office National des Chemins de Fer) ; Elle est composée de terrain de 32 Ha, port Sec 8 HA et plateforme de 24 HA.

³⁴³ L'Agence Marocaine de Développement de la Logistique dont la mission principale consiste à développer le secteur de la logistique au Maroc. Créée le 21 Juillet 2011 et mise activité le 12 novembre 2012.

«nearshoring»³⁴⁴, profitant des délais de transport raccourcis et donc d'une grande réactivité, ce qui a fait le succès des localisations en Tunisie par exemple.

Ce serait enfin une nouvelle porte sur l'Europe, en complément, en cas de congestion ou saturation du port de Tanger MED.

De ce fait, le concept des Autoroutes de la Mer se présente comme un ensemble de prestations de transport de marchandises générales (autres que cargaisons de vrac) et, accessoirement et dans des contextes particuliers, de transport de passagers. Le but étant d'offrir aux utilisateurs (transporteurs routiers) des solutions de transport avantageuses en termes de performance et de qualité d'ensemble en offrant régularité et fréquences des départs en dehors de toutes contraintes de saisonnalité. Par conséquent, le résultat escompté est de remédier aux inconvénients du mode maritime notamment la flexibilité des horaires et des fréquences, ruptures des transferts entre les parcours en mer et sur terre, procédures nombreuses et diverses aux frontières. Comme l'indique la Commission Européenne, « *les autoroutes de la mer transméditerranéennes deviennent partie intégrante de l'organisation logistique de la chaîne de transport (Livre bleu) et leur mise en œuvre est devenue indissociable de l'amélioration des ports et des plateformes et services logistiques intermodaux. Ce qui implique des terminaux adaptés et dédiés* ».

§2- Les objectifs stratégiques des ports marocains:

La stratégie portuaire qui permettra d'atteindre les objectifs du secteur, déclinée en sept axes stratégiques, a été énoncée par les pouvoirs publics selon les axes suivants :

► Une stratégie évolutive tournée vers l'avenir :

Vu la complexité de la problématique de la corrélation de l'offre et de la demande portuaires et si on prend en considération les grandes variations possibles dans le volume de certains flux, il paraît essentiel que les décisions à prendre dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie portuaire, puissent s'appuyer sur un éventail évolutif de possibilités d'aménagements portuaires répondant aux objectifs stratégiques et à la demande effective.

Cette série des possibilités est identifiée au travers des principes d'aménagement et/ou d'évolution des projets portuaires et de la mise en réserve d'options auxquelles il sera possible de faire appel si le besoin s'en fait sentir avec le temps.

Aussi, ces aménagements permettront au secteur, notamment de s'adapter aux incertitudes qui peuvent germer à long terme ; d'optimiser et de valoriser les infrastructures portuaires existantes, de rechercher et de partager des infrastructures lourdes, telles les digues de protection, entre différents trafics et activités, de limiter les coûts d'exploitation et arriver à une performance portuaire.

Ceci sera possible grâce à spécialisation des ports et des terminaux autant que possible, à l'augmentation de l'attractivité via la qualité des services et à leur pérennité, à la mise en

³⁴⁴ Par différence à « l'offshoring », le « nearshoring » est le fait de délocaliser une activité économique, mais dans une autre région du même pays ou dans un pays proche. Ceci rend l'activité plus contrôlable, il est censé permettre des gains de productivité importants sans les aléas et les mauvaises surprises de l'offshoring.

place des règles et procédures incitatives pour l'investissement privé, au maintien d'un accommodement équilibré entre concurrence et complémentarité portuaires, à une coordination étroite entre la réalisation des investissements portuaires et les logistiques extra portuaires, etc.

► Une stratégie mettant en avant le développement économique et social :

Cette contribution est concrétisée par la fourniture d'infrastructures, d'équipements et de services portuaires de niveau international, favorisant ainsi les opportunités et créant de la valeur aux opérateurs économiques et aux citoyens dans un environnement responsable et comportant des actions durables.

► Une stratégie basée sur la polarisation portuaire :

Un pôle portuaire est un regroupement géoéconomique et stratégique des ports d'une région ou d'une zone déterminée autour d'un ou plusieurs ports majeurs. Il permet d'apporter une vision régionale de la stratégie portuaire et de valoriser les avantages comparatifs dont disposent chaque pôle, son économie, ses infrastructures, ses ports et ses villes.

Ceci permet de décider d'une implantation régionale stratégique des ports majeurs ayant un rôle structurant pour ce qui est de l'aménagement du territoire et de la mise en œuvre des stratégies sectorielles. Les rôles des autres ports du même pôle sont organisés en conséquence, soit dans une optique de complémentarité ou de spécialisation. Le pôle permet de lier le développement portuaire à une région et à son environnement et donc d'appréhender, dans un premier temps, les flux et la demande indépendamment des capacités portuaires existantes de chaque port.

L'élaboration de la stratégie portuaire au Maroc a conduit à définir 6 pôles portuaires : le pôle de l'Oriental tourné vers l'Europe et la Méditerranée et notamment le Maghreb, Le pôle du Nord-Ouest, porte du Détroit avec Tanger, le pôle de Kenitra-Casablanca qui regroupe notamment deux ports, Mohammedia et Casablanca, au sein d'une même agglomération, le pôle Abda – Doukkala, centre de l'industrie lourde, avec Jorf et Safi, le pôle du Souss-Tensift, avec le complexe portuaire d'Agadir et le pôle des Ports du Sud regroupant 3 ports : Tan Tan, Laâyoune, et Dakhla.

La stratégie établie aspire à ce que le profil de chaque pôle portuaire évoluera dans les deux premières décennies selon les scénarii suivants :

- Le pôle de l'Oriental, Nador-ville mis au service de l'industrie et de l'économie locale et port rapide roulier en direction de l'Europe du Sud au service de l'ensemble du pays. Le port de Nador sera un point d'équilibre régional au nord du Royaume qui agira, à la fois en terme de complémentarité et en terme de concurrence, avec les ports de la région de Kenitra-Casablanca.
- Le pôle du Nord-Ouest verra Tanger ville se tourner résolument vers le tourisme et les services (croisière et plaisance) tandis que Tanger Med s'affirmera comme le port majeur sur le détroit (conteneurs notamment en transbordement, roulier, ferry), à la croisée des grandes routes maritimes.

Ce pôle connaîtra la valorisation des avantages de Tanger-Ville et fera émerger de nouvelles vocations pour ce port plus en harmonie avec les qualités du site entier qui seront orientées vers la croisière, la grande plaisance et la plaisance avec un maintien d'une relation touristique par navires rapides avec Tarifa (suite au transfert sur Tanger-Med des liaisons par ferries classiques). Ces nouvelles vocations concordent avec la volonté de la ville de Tanger de développer sa vocation touristique. La ville qui constituera une charnière entre l'Atlantique et la Méditerranée, va devenir un port de référence pour la croisière, en tant que port d'escale.

D'autres projets de développement de la plaisance peuvent être envisagés sur le littoral de cette région, tout en préservant les plages et les sites écologiquement vulnérables et en respectant les sites potentiels identifiés à cet effet. Toutefois, pour faire vivre les bassins de plaisance du Royaume, il faut proposer des services adaptés aux attentes des plaisanciers (sécurité, approvisionnement...), inventer des produits et des événements, mettre en valeur le patrimoine construit, attirer aussi bien la plaisance résidentielle marocaine qu'europpéenne et la plaisance de passage ou saisonnière.

Globalement, cette stratégie doit, également, se construire en collaboration avec les ports européens des façades sud méditerranéenne et atlantique, en y incluant les archipels européens des Açores et des Canaries. De véritables bassins de croisière-plaisance pourront ainsi exister et faire vivre les ports et marinas de plaisance au Maroc, afin qu'ils ne deviennent pas des ports déconnectés.

- Le pôle de Kenitra-Mohammedia-Casablanca, est apparue suite à la nécessité d'assurer un développement maîtrisé du port de Casablanca, en cohérence avec les objectifs et contraintes du plan d'urbanisme de l'agglomération. Cette maîtrise n'implique en aucune manière de bloquer le développement du port de Casablanca, qui doit continuer à se développer, mais en s'assurant d'une cohabitation aussi harmonieuse que possible avec les contraintes du développement urbain. Il s'agit alors d'orienter son développement vers des activités qui lui permettront de tirer parti de son potentiel sans asphyxier la ville, tout en permettant au port de mettre en valeur un potentiel de développement adapté et efficient dans un contexte urbain contraignant.

Ceci impliquera une amélioration de la connectivité du port, avec l'intensification des liens, notamment ferroviaires entre les terminaux portuaires, les ports secs et les plates-formes logistiques du pays. Pour cela, il faut privilégier les trafics portuaires à rotation rapide (conteneurs et roulier) et à forte valeur ajoutée. Ceci contribuera à maîtriser les flux portuaires.

Avec cette extension, la capacité du port de Casablanca sera portée de 1.600.000 EVP en tenant compte de l'ouverture du TC3³⁴⁵ à 3.300.000 EVP par an. Les autres produits non unitarisés, seront transférés dès que cela sera possible vers le port de Mohammedia pour une partie des trafics et vers un nouveau port qui sera construit dans la région de Kenitra. De même, le port de Casablanca devra s'inscrire dans une démarche d'externalisation et de reconversion des zones portuaires pour aboutir à une mutation de ville-port réussie.

³⁴⁵ Le troisième terminal à conteneur au port de Casablanca donné en concession à la SODEP avec obligation de création de filiale dédiée dénommée « Terminal à Conteneurs 3 du Port de Casablanca (TC3PC)».

La restructuration du port historique de Casablanca avec l'aménagement du môle Tarik (terminal à conteneurs) pour la croisière³⁴⁶ et le maintien nécessaire du trafic céréalier constituent une autre composante majeure de la stratégie portuaire sur Casablanca.

La réparation navale industrielle, aujourd'hui positionnée dans les bassins historiques du port de Casablanca, face au centre-ville et à la médina³⁴⁷, sera relocalisée en un autre lieu. Plusieurs solutions peuvent être envisagées, qui devront être validées dans le cadre d'une politique spécifique pour cette activité: celle qui permettrait un développement rapide de l'activité serait le maintien sur Casablanca mais sur une autre zone du port (adossée au Terminal Est) ou celle d'un déplacement sur un autre port avec plusieurs options possibles (Kenitra Atlantique, Jorf Lasfar extension extérieure).

Sur ce pôle, de profondes mutations auront lieu: Casablanca s'orientera vers les produits unitarisés à forte valeur ajoutée (conteneur et roulant) et le port historique (zone de la pêche, réparation navale, Tarik) évoluera dans une optique d'ouverture vers la ville avec notamment le môle Tarik qui deviendra un terminal de croisière en lien direct avec le centre-ville. La maîtrise des trafics sur Casablanca devrait apporter un souffle nouveau à la ville elle-même.

- Le pôle Abda–Doukkala restera un centre de l'industrie lourde avec entre autres l'OCP, l'ONE et la SONACID ancrés sur Jorf Lasfar. Le projet d'une nouvelle raffinerie d'hydrocarbures sur Jorf amènera à envisager une extension portuaire de grande ampleur. Avec la croissance des besoins énergétiques et la nécessité d'améliorer la compétitivité de l'OCP, un nouveau port vraquier va être construit au sud de Safi, qui réunira à terme les flux de l'ONE et de l'OCP. Le port de Safi ville, maintenant ancré à la région de Marrakech par la régionalisation en cours, restera un port de commerce généraliste au service de son hinterland proche (céréales, conventionnel, conteneurs en feeder). Avec le départ des trafics industriels, il disposera d'un potentiel pour favoriser le développement du tourisme (croisière et plaisance), la pêche ayant, également, l'opportunité de bénéficier de réaménagements intérieurs.

Le port de Jorf Lasfar est confirmé comme port d'un hinterland industriel tourné vers la chimie (Phosphates et dérivés), la sidérurgie (SONASID principalement) et l'énergie (ONE, production énergétique à partir de charbon). Dans ce contexte, les extensions aujourd'hui programmées des postes à quai charbonniers et phosphatiers permettent de traiter la demande à long terme.

Cette extension ainsi que la mise en service récente du terminal polyvalent permettront de porter le trafic global du port de Jorf Lasfar à 54 MT à l'horizon 2030. L'éventuelle opportunité de construction d'une nouvelle raffinerie sur Jorf, nécessiterait de projeter le port vers l'extérieur afin d'offrir les infrastructures portuaires nécessaires.

Une nouvelle digue permettra d'offrir les installations portuaires nécessaires au traitement des hydrocarbures (brut, raffinés, GNL) et de saisir d'autres opportunités qui verront le jour, comme par exemple la construction d'un terminal à conteneurs, l'implantation

³⁴⁶ Le quai croisière qui s'étalera le long de la digue pourra accueillir les plus grands navires allant jusqu'à 350 m alors que le terminal croisière actuel sera limité à des navires de 250-300 m, ce qui représente actuellement le cœur de la flotte de croisière mondiale

³⁴⁷ Désigne la partie ancienne d'une ville par opposition aux quartiers modernes de type européen.

du chantier de réparation navale pour remplacer celui de Casablanca ou encore l'implantation d'un terminal méthanier au Maroc, en alternative éventuelle ou en complément aux futurs ports de Nador West Med et de Kenitra Atlantique.

Le nouveau port de Safi dont la création est décidée dans la région de Safi, sera destiné, dans ses premières phases de développement, aux grands vracs industriels destinés à la fois à l'ONE et à l'OCP. Le nouveau port sera réalisé en plusieurs phases et accueillera successivement les trafics de charbon de l'ONE et ceux l'OCP. Il pourrait ainsi assurer un trafic global annuel identifié de 16,6 MT dont 3,5 MT de charbon, dès 2019 pour l'ONE.

Le nouveau site de Sidi Boudanyane possédera un potentiel pour une éventuelle extension au nord-est et au sud-ouest dans une phase ultérieure à long terme afin de pouvoir saisir les opportunités nouvelles qui pourraient voir le jour.

La création de ce nouveau port conduit à réaménager le port de Safi-Ville pour traiter des flux commerciaux (céréales, marchandises diverses en conventionnel, conteneurs en feeder) à destination de l'hinterland proche.

Il pourrait aussi accueillir des navires de croisière puisqu'il offrira des infrastructures portuaires de qualité à proximité de la ville et au cœur de la nouvelle région administrative de Marrakech.

- Le pôle des Ports du Sud regroupe 3 ports principaux: Tan Tan où l'ONE pourrait envisager de construire une centrale thermique au charbon et qui est susceptible de jouer un rôle particulier dans la problématique énergétique de la zone, Laâyoune qui reste un grand port de pêche mais, également, de commerce tourné vers les îles Canaries, l'OCP y disposant d'infrastructures portuaires dédiées; à Dakhla, le port actuel situé dans la baie, est en cours d'extension pour répondre à la demande immédiate à court terme. Mais il subira toujours des contraintes d'accès nautiques limitatives, coûteux à entretenir et où le fort développement aujourd'hui envisagé d'une activité portuaire de pêche et de commerce contribuera à accentuer encore plus la pression anthropique sur un milieu naturel fragile. Aussi, le développement économique et social de la province de l'Oued Eddahab, sera basé à terme sur la construction d'un nouveau port en eau profonde qui pourra satisfaire les trafics futurs liés aux produits de la pêche et servira d'outil logistique et économique pour faciliter la structuration économique et sociale du sud du Royaume.

Le fort développement observé aujourd'hui au sein de l'arrière-pays du Souss-Tensift nécessite d'anticiper les évolutions du port d'Agadir, dont le désenclavement autoroutier et ferroviaire est programmé, notamment au niveau de la conteneurisation ainsi que de la croisière. Agadir est destinée à être un pôle d'équilibre inter-régional au centre du Royaume en complémentarité et en concurrence avec les ports de la région de Kenitra-Casablanca.

Enfin les zones d'activité complétant le modèle d'affaires global visent à attirer et à développer les activités logistiques, industrielles, commerciales et de service à forte création de valeur et génératrices d'emploi sur le territoire national.

§3- L'investissement au titre de la période 2012-2030 :

Le coût d'investissement en infrastructures portuaires étalé sur les vingt années à venir est très important. L'effort demandé est à la hauteur des ambitions portées par la stratégie portuaire nationale et des besoins découlant du changement d'échelle de la demande portuaire à cet horizon. Il sera étalé progressivement sur la période, certaines priorités étant à respecter mais également certains choix pouvant être réorientés ultérieurement, à la lecture de l'évolution effective des besoins portuaires.

Le programme d'investissement est édifié autour de projets stratégiques fondamentaux pour l'avenir du système portuaire Marocain comme le port de Kenitra Atlantique ou encore la maîtrise des trafics sur Casablanca et la restructuration du port ancien, etc. Il concerne des projets jugés importants mais pouvant être reportés en attendant le moment opportun et les conditions nécessaires pour les lancer (confirmation des trafics, évolutions dans les stratégies des opérateurs nationaux ou internationaux, ajustement des politiques et des programmes sectoriels, études de faisabilité technique et économique, montages financiers et partenariats public-privé, etc.). Enfin, ledit programme concerne des projets liés à des opportunités d'investissement ou des projets industriels qui étaient, au moment de l'établissement de la politique, incertains comme le nouveau port de Nador West Med.

La politique ainsi posée, incite à l'implication du secteur privé jugée prioritaire pour les investissements opérationnels (gestion des terminaux, manutention...) mais qui reste à confirmer pour les infrastructures portuaires nouvelles.

Le financement des investissements sera réalisé soit par l'Etat, ou les agences portuaires, soit par les opérateurs privés agissant dans le domaine et ce, dans le cadre de concessions ou de partenariats public-privé.

Une des idées fondatrices de la mise en œuvre de la stratégie portuaire du Royaume est de recourir à une planification ouverte sans s'appuyer sur un programme pluriannuel d'investissements figé jusqu'à 2030. Il faut, en effet, que tout au long de la période de mise en œuvre, les programmes d'investissements puissent être adaptés et réajustés selon plusieurs facteurs tels l'évolution des stratégies sectorielles tant nationales qu'internationales, l'évolution des stratégies des opérateurs nationaux et internationaux, l'évolution de la demande portuaire effective, etc.

Pour que cette planification dite ouverte soit opérationnelle, il faut que les autorités disposent, pour chaque port, d'un outil de veille leur permettant de décider du moment pour investir et pour quels aménagements dans le cadre d'une vision à long terme du système portuaire.

Pour cela, cet outil se base à la fois sur des itinéraires d'investissement qui couvrent les différentes options possibles d'investissement pour satisfaire la demande portuaire lorsque l'offre portuaire devient inadéquate.

Conclusion de la première partie :

Pour conclure cette première partie, on peut dire que les grandes infrastructures de transport - aéroports, autoroutes, voies ferrées, canaux et ports qui nous intéressent particulièrement dans notre travail de recherche- sont indispensables à l'économie de tous les États. Il n'ya qu'à voir les pays en développement enclavés et dépourvus non seulement de ports maritimes mais souvent d'un réseau ferré en bon état et de cours d'eau navigables, pour s'en convaincre. C'est pourquoi une majorité des États font partie des pays les moins avancés selon la classification des Nations Unies.

L'aménagement et l'exploitation des infrastructures portuaires relèvent normalement de la compétence des États mais la plupart du temps ceux-ci en confient la charge soit à des établissements publics, soit à des sociétés nationales ou à des concessionnaires, le choix porté par le Maroc ou encore aux collectivités territoriales et à leurs groupements et c'est la situation que l'on trouve en France actuellement.

Le mode de gestion des infrastructures de transport n'est pas uniforme partout dans le monde. En principe, pour les plus importantes d'entre elles, l'État conserve directement un droit de contrôle à travers ses établissements publics ou les concessions qu'il accorde.

Les réformes portuaires au Maroc et en France ont apporté un cadre adéquat pour le renouveau de la gestion de ces infrastructures. Ont-ils réussi à atteindre ce but ?

La réponse catégorique et tranchée à cette question n'est pas évidente ; les deux pays essayant de réussir leurs expériences en les suivant de plus près. Par exemple, lors d'une réunion, organisée en février 2015 par le ministère de l'Équipement, des Transports et de la Logistique marocain pour communiquer autour de l'étude lancée par son département sur les impacts de la réforme portuaire et à laquelle ont pris part l'ensemble des partenaires concernés, le ministre a souligné que l'avènement de la réforme portuaire mise en place par la loi 15-02, a constitué un moment fort de l'histoire récente du secteur portuaire marocain. Cette réforme, a-t-il-précisé, est une politique publique qui a introduit des mutations profondes dans le système de gestion et d'exploitation du secteur des ports.

Le ministre n'a pas manqué d'indiquer que les premiers résultats qui ressortent de l'étude d'évaluation des retombées et impacts de cette politique publique, confirment la pertinence des choix opérés et les bénéfices de ce nouveau mode de gouvernance qui a donné un nouvel élan au développement du secteur portuaire national. L'effort engagé au cours des huit dernières années -2007 à 2015- a permis d'installer les bases et les fondements de la compétitivité des ports et ce, grâce à la persévérance des acteurs publics et des services du Ministère, à l'accompagnement des divers intervenants portuaires, et grâce également à la préservation des acquis. Il a été noté que les conclusions de la première phase de cette étude confirment que le mode de gouvernance du secteur portuaire matérialisé par la loi 15-02, constitue un préalable précurseur dans la mise en place d'une logique Partenariats Public Privé (PPP) pour s'inscrire dans la réalisation et l'exploitation des infrastructures portuaires. Il permettra de faciliter le déploiement de la mise en œuvre de la stratégie portuaire nationale à l'horizon 2030, à travers la promotion des PPP par l'association du secteur privé au financement, à la gestion et à l'exploitation des infrastructures portuaires.

De même, le ministre a annoncé la création et la mise en place de l'observatoire de la compétitivité des ports marocains (OCPM), dont l'objet est d'entériner les résultats des premières phases de l'étude d'impact de la réforme et de présenter la feuille de route pour les autres phases restantes de l'étude. Mais ceci ne veut nullement dire les objectifs escomptés ont été réalisés mais juste que les choses sont en bonne voie.

Pour ce qui est de la France, la situation est celle relatée par la Cour des Comptes dans son rapport annuelle de 2017 sur « le bilan de la réforme des grands ports maritimes: une mise en œuvre inégale, des effets modestes, une attractivité insuffisante » dans lequel cette instance a soulevé certains points – négatifs ainsi que positifs- sur la réforme portuaire du pays. Les constats ont trait à une gouvernance, selon la cour, réformée et une stratégie des ports redéfinie même si elle est à parfaire, à l'existence des projets stratégiques pluriannuels mais de portée limitée, aux dispositions non entièrement mises en œuvre par l'État (l'État n'a signé aucun contrat pluriannuel, absence de suivi de mise en place des projets stratégiques, etc.), Un transfert coûteux des outillages réalisé dans des conditions difficiles pour les ports, des négociations et une mise en œuvre difficiles des conventions de terminal. La cour a posé, également, des axes de progrès à poursuivre tel que l'aménagement du domaine des ports à rénover et des outils de coopération interportuaire inégalement mis en œuvre à poursuivre.

Ce qui précède concerne les volet organisationnel et de gouvernance des réformes. Or, la refonte de la gestion des ports comporte un aspect important qui est le domaine contractuel de la gestion des ports. Depuis quelques années, des régimes proches de la concession sont utilisés comme le contrat de gérance ou la convention de terminal dans un Grand Port Maritime. Actuellement, le régime des concessions connaît un regain d'intérêt depuis la définition, par le législateur français, des conditions de délégation de service public *par la loi n° 93-122, 29 janv. 1993 modifiée ainsi que les nouvelles dispositions du 03/02/2016* et à travers la jurisprudence administrative. Sur le plan communautaire, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé les modalités de conclusion des concessions plus la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 du Parlement Européen et du Conseil sur l'attribution des contrats de concession.

L'environnement portuaire est changeant et oblige les ports à avoir une veille sur toutes les variables stratégiques pour garder et renforcer leur compétitivité. La compétitivité d'un port peut être appréhendée au niveau des coûts, des prix, des technologies, de la qualité, L'inter modalisme, les services autour du monde, les puissants armements indépendants, les consortiums, les Non Vessel Operating Common Carriers (NVOCC) et les firmes multinationales (ou globales) mettent les ports en concurrence acharnée. Les ports sont amenés à s'adapter à ces contraintes imposées par leurs clients (chargeurs et armateurs ou organisateurs de chaînes logistiques).

Par ailleurs, en sus de ces aspects, la réglementation et les principes de droit participent amplement asseoir cette compétitivité surtout dans une économie mondialisée où le droit doit être avant tout une technique fiable permettant de valoriser le patrimoine public en partenariat avec les entreprises du secteur privé qui sont les principaux investisseurs.

Par leur rôle déterminant pour l'économie nationale et régionale, les ports maritimes sont des infrastructures de transport dont la gestion doit être transparente et consensuelle. Il y a lieu de conforter, sans excès, le pouvoir régalien de l'autorité portuaire et ce, afin de sécuriser les intérêts nationaux. Toutefois, un équilibre doit être assuré entre les intérêts en présence et des garanties doivent être accordées aux investisseurs notamment par la

reconnaissance de droits réels sur le domaine public portuaire au profit des occupants. Même dans le silence des textes, l'innovation en matière de gestion domaniale est possible dès lors que les principes fondamentaux du droit sont respectés. Ainsi, d'autres régimes juridiques peuvent coexister avec les concessions portuaires.

A ce sujet, on notera que si la délégation de service public, avec ses formes juridiques diverses, est la convention la plus employée en matière de PPP, de nombreuses autres conventions sont utilisables ³⁴⁸ comme les contrats de partenariat public-privé.

L'aspect contractuel fera l'objet de la seconde partie de ce travail avec un focus sur les contrats les plus usités par les opérateurs marocains et français.

³⁴⁸ Il peut s'agir également des conventions d'occupation du domaine public, des marchés publics, des baux emphytéotiques ou d'autres types de montage conventionnel complexes. Cf. P. Lignières, « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », dans *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?* Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003, p. 9-20, p. 12.

Deuxième partie

Les montages contractuels des Partenariats Privés-Publics portuaires au Maroc et en France : Vers une richesse juridique, vecteur de l'émergence économique :

La gestion des installations portuaires et les activités qui s'y attachent sont empreintes de l'exercice des missions revêtant le caractère de service public ainsi que des principes de la domanialité publique. Sur le plan juridique, cet état des faits implique l'existence d'un régime dérogatoire au droit commun dans diverses circonstances. Ainsi, les rapports entre le gestionnaire d'un service public et les usagers peuvent être contractuels ou réglementaires.

Partant de ces principes et des nouveaux modes de gestion publique dont la promotion a été conduite par les organisations financières internationales qui assuraient la promotions de nouveaux montages contractuels, les contrats de partenariat public-privé désignent constituaient une nouvelle forme de contrat public qui a vu le jour au Royaume-Uni et qui fut transposée dans de nombreux pays et constituant une modalité de partenariat parmi d'autres.

En réalité, ces contrats de partenariat public-privé forment une nouvelle configuration de contrats qui sont à la fois complémentaires et distincts des anciennes formules contractuelles dominantes telles les délégations de service public. Comme le souligne F. Marty, V. Arnaud et S. Trosa, cette nouvelle formule « vise à réaliser un partage optimisé des risques. Celui-ci doit permettre d'allouer les responsabilités à la partie qui sera à même de les assumer le plus efficacement. Ensuite, elle ouvre la possibilité d'avoir comme client principal du service fourni une collectivité publique et de ne plus être ainsi tenue de tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers ».

Conscient de ces aspects, et depuis un peu plus d'une décennie, le gouvernement Marocain a décidé d'adopter une politique de désengagement progressif de la gestion des services publics en vue de permettre à l'Etat de recentrer son action sur ses missions régaliennes tout en accroissant la participation des acteurs privés dans le développement économiques du pays. Cette politique s'est matérialisée, dans un premier temps, par un vaste programme de privatisation mené durant les années 1990 et, par la suite, via la conclusion de nombreux contrats de gestion déléguée dans les domaines des infrastructures et des services publics. Dans ce sens, différentes initiatives ont été mises en œuvre pour renforcer la concertation entre le gouvernement et le secteur privé afin d'encourager les partenariats public privé. Ce nouveau cadre contractuel devait permettre un développement massif des contrats de partenariat public-privé et constituer « une nette évolution dans les principes mêmes du mode de passation de la commande publique³⁴⁹ », cette orientation « se justifie à la fois par la contrainte budgétaire à laquelle est confronté le pays et la nécessaire modernisation-rationalisation des interventions de l'Etat et des collectivités».

Dans ce mouvement global de l'Etat, le domaine portuaire n'a pas échappé à la règle et ce, à l'instar de ce qui se passait dans d'autres pays. En effet, on assistait dans le monde entier, à un vaste mouvement favorable à la « privatisation » et à la gestion déléguée des services portuaires, notamment dans les pays en voie de développement où l'on assistait à des lancements d'appels d'offres visant à introduire la gestion privée dans des ports anciennement

³⁴⁹ M. Khanchi, « Le partenariat public-privé : un outil à manier avec précaution », *L'Economiste*, édition n° 4079 du 22 juillet 2013.

gérés par l'Etat ou des établissements publics. Il faut signaler, cependant, que l'expérience Marocaine du partenariat entre le public et le privé, selon cette nouvelle forme juridique, et dans ce secteur, est assez récente.

Pour ce qui est de la France, l'influence communautaire était présente. Ce mécanisme contractuel ayant été étendu, en Europe, dans plusieurs secteurs, y compris ceux qui relevaient de la compétence exclusive de la collectivité publique et ce, en obéissant à un cadre juridique spécifique. Aussi, ce type de contrat « a été conçu pour s'insérer entre la commande publique traditionnelle mettant en œuvre une maîtrise d'ouvrage publique (MOP) s'exprimant dans le cadre du Code des marchés publics (CMP), et la concession ³⁵⁰ » depuis une trentaine d'années, le régime juridique des infrastructures de transports a évolué et particulièrement pour ce qui concerne la décentralisation portuaire.

La réforme portuaire de 2008 a transformé les Ports Autonomes en Grands Ports Maritimes, rénovant la domanialité publique³⁵¹. Le code de la propriété des personnes publiques qui contribue à cette évolution limite, par contre, la définition du domaine public et le Conseil Constitutionnel est allé jusqu'à admettre le déclassement du domaine public, même lorsqu'il sert de support à des services publics (portuaires en l'occurrence), dès lors que la continuité de ces services est assurée.

On assista alors, à la naissance d'un nouveau mode de gestion des infrastructures de transport qui privilégie le partenariat «public-privé» et libéralise leur condition d'exploitation. C'est dans cette optique qu'évolue la gestion des ports maritimes Français et Marocains.

Ceci étant, et face aux craintes liées à la privatisation, le législateur a conservé le statut de droit public pour les Grands Ports Maritimes en France. La même démarche a été adoptée au Maroc. La décentralisation a entraîné une évolution vers le secteur privé. Les services publics portuaires ont dû s'ouvrir à la concurrence afin de devenir performants. Cette ouverture à la concurrence a été perçue comme une certaine forme de privatisation, même si en France, cette expression n'est guère appréciée car source de déclin du service public « à la française ». Néanmoins, adjoindre un partenaire privé était une solution pour l'Etat afin de mieux gérer les services publics.

Se pose alors la question, qu'est-ce que le Partenariat Privé - Public ? Et que couvre cette notion ?

Le partenariat est, par définition, une forme de coopération entre les personnes publiques entre elles ou avec implication des personnes de droit privé dans la gestion proprement dite ou l'exploitation d'une activité ayant le caractère de service public ou d'un service d'intérêt général leur permettant, ainsi, de faire face à l'augmentation des besoins liés à la satisfaction de l'intérêt général. Ce partenariat constitue, également, un moyen, pour ces deux protagonistes, de travailler ensemble. Il trouve son origine, dans le monde de l'économie qui insister largement sur la complémentarité dans le souci d'une meilleure adéquation entre

³⁵⁰ X. Bezancon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *Les Nouveaux contrats de partenariat public-privé*, Paris, Editions du Moniteur, 2005, p. 49.

³⁵¹ Art L. 1331-2 du code général des collectivités territoriales permettant de conclure des baux emphytéotiques, conclus exclusivement sur le domaine public des collectivités territoriales. Il est possible également de reconnaître des droits réels au profit des occupants, la cession ou l'échange sans déclassement du domaine public et la possibilité pour l'occupant de recourir au crédit-bail.

l'investissement et le marché, entre le donneur d'ordre et le sous-traitant et qui fait que les relations ne soient pas fondées sur des rapports de force, comme il était le cas dans le passé quand l'Etat était le seul garant du service public.

Pour les pays de l'OCDE³⁵² par exemple – dont la France est membre fondateur - le recours au partenariat a été encouragé par l'Union Européenne dans le but de maintenir le développement de nouvelles infrastructures de réseaux qui ne peuvent être incessamment réalisés par les seuls investissements publics manifestement insuffisants.

Ce développement s'est inscrit, également, dans le cadre général de la réforme profonde de l'action publique commune à l'ensemble des pays de l'OCDE et entrepris dans les pays anglo-saxons - qui étaient les acteurs- déjà au début des années 1980.

Le livre vert de la Commission européenne du 30/04/2004³⁵³ et l'ordonnance française n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats témoignent de la diffusion à la quasi-totalité des pays de l'OCDE du modèle de PPP³⁵⁴ anglo-saxon dérivé de la « *private finance initiative* » britannique (PFI).

Cependant, les PPP ne constituent pas le privilège des pays industrialisés, vu que les pays en développement constituent la principale aire géographique de recours à ces contrats. Les institutions financières internationales (FMI et Banque Mondiales) ont activement promu les PPP, les considérant à la fois comme l'un des principaux instruments de réforme de la gestion publique dans tous les domaines de l'économie et comme l'un des moyens de mobiliser les ressources financières mondiales en vue d'atteindre les objectifs escomptés.

Or, les contrats de partenariat n'ont accédé au statut de catégorie juridique consacrée par la législation ou la jurisprudence (en France comme au Maroc) que récemment et dans quelques pays d'économie libérale. De ce fait, ils ne sont pas définis par la plupart des législations, de même que pour la législation Marocaine³⁵⁵ jusqu'à une date récente ; c'est un concept imposé par la pratique des opérateurs économiques, il est entré dans le vocabulaire public depuis deux décennies à peu près. En France par exemple, l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat les définit comme « *des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipement nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et,*

³⁵² L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) dont le rôle est de promouvoir les politiques qui amélioreront le bien-être économique et social partout dans le monde.

³⁵³ L'objet principal du Livre Vert est de veiller au respect des principes communautaires dans les opérations de PPP et de concessions sous leurs différents aspects, tels qu'ils résultent des traités des autres règles législatives et réglementaires de l'EU, notamment les arts. 43 et 49 du traité.

³⁵⁴ «Des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service?».

³⁵⁵ Au Maroc, le partenariat public privé, avant la promulgation de la loi, prenait plutôt une forme de coopération entre secteur public et privé, incorporée dans un support contractuel bien ficelé.

le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée »³⁵⁶.

C'est dire que le terme de partenariat public privé recouvre l'ensemble des modes de participation du secteur privé au financement et à la mise en œuvre (conception, construction, et surtout gestion) des infrastructures et des services publics³⁵⁷. Mais le contrat de partenariat nommément réglementé constitue l'un des modes contractuels de ce partenariat.

La loi 86-12 sur les contrats de PPP au Maroc définit le contrat de Partenariat Public-Privé comme étant « *un contrat administratif, de durée déterminée, par lequel une personne publique confie à un partenaire privé la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service public.* »

Le PPP est un concept assez large et qui recouvre plusieurs institutions juridiques ; Au Royaume-Uni par exemple, considéré comme le « berceau du concept du partenariat », la PFI (Private Finance Initiative) est fondée sur le recours au financement privé de la commande publique, tandis que le concept Français de gestion déléguée met davantage l'accent sur l'exigence de performance vis à vis d'un opérateur privé en ce qui concerne la conception, souvent intégrée à la construction, le montage du financement et surtout la gestion des ouvrages et services. Le contrat PPP, quant à lui, ne couvre que des projets spécifiques d'une ampleur et portée particulières (voir supra).

Par ailleurs, et si l'on veut faire un tour d'horizon sur les PPP comme concept générique comportant une multitude de montage contractuels , une rapide référence au droit comparé montre que l'expression « partenariat », appliquée aux modes de mise en œuvre des politiques publiques tend, en général, à recouvrir l'ensemble des moyens qu'utilisent les administrations pour associer à leur action des partenaires privés (Concessions, Marchés publics, Délégations de Service Public, Affermage, BOO, BOT,BOOT, BOOST, DBFO, PFI, ROT, etc...)³⁵⁸. Le contrat de partenariat, quant à lui, en droits Français et Marocain, correspond à un type de contrat spécifique qui, pour être « récent » sur le plan de la législation, a déjà connu une évolution importante dans la pratique économique. Elle apparaît à travers les définitions qui en furent données en 2004, puis en 2008 en France et en 2015 au Maroc.

La loi Française n° 2008-735 du 28 juillet 2008, relative aux contrats de partenariats a pour objet d'étendre le recours aux contrats de partenariat déjà créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Alors que l'ordonnance en faisait un outil d'exception, la loi de 2008 en élargit les possibilités d'y recourir. Nous observerons l'évolution de sa définition et les éléments du discours mis en avant pour justifier son instauration.

³⁵⁶ « Le PPP en France », in Legifrance.fr. – Mission d'appui aux partenariats privés-publics, <http://www.economie.gouv.fr/ppp/accueil>

³⁵⁷ http://www.europe-international.developpement-durable.gouv.fr/rubrique.php?id_rubrique=94.

³⁵⁸ Il s'agit des variantes du montage financier et juridique des concessions : BOOST (Build Own Operate Subsidize transfer : construire, être propriétaire, exploiter, subventionner, transférer), le BBFO (Design, Build, Finance and Operate : concevoir, construire, financer et exploiter), etc.

Pour ce qui est du continent Africain, ce sont les institutions de Bretton Woods, en particulier la Banque Mondiale, qui étaient les premières à alerter les Etats africains sur la nécessité d'une révision de leurs politiques et leurs stratégies en matière portuaire. Parallèlement, le Fonds Monétaire International fera du partenariat public privé l'une des conditions de la mise en place des plans d'ajustement structurels.³⁵⁹

Les partenariats privé-public sont présentés comme un modèle contractuel en vue d'attirer des investisseurs privés, un outil de développement économique (Titre I) et qui peut prendre diverses forme juridiques et contractuelles (Titre II).

³⁵⁹ « La participation du secteur privé à la gestion et à l'exploitation des ports en Afrique de l'ouest et du centre » Colloque LEGIPORT du 18-19 septembre 1997.

Titre I : Les PPP : un modèle contractuel promoteur de l'émergence économique :

Comme précédemment indiqué, le PPP, notion en vogue ces dernières années ou même décennies est un concept employé pour évoquer un style nouveau de relations établies entre plusieurs personnes publiques entre elles ou entre celles-ci et les personnes privées. Il engendre une nouvelle conception des rapports entre l'Etat et les autres intervenants dans le domaine économique, social, voire même politique.

Les pays en développement constituaient, au début de l'expérience PPP, la principale aire géographique de recours à ce procédé contractuel. La définition des partenariats retenue par les institutions financières internationales recouvre l'ensemble des solutions contractuelles d'associations du public et du privé autour de la réalisation d'une mission de service public. Elle englobe à la fois les formes anciennes (concessions) et d'autres nouvelles adaptées aux besoins actuels de financement (contrat de partenariats public privé d'origine anglo-saxonne). De ce fait, les formes juridiques et contractuelles des partenariats publics privés élaborées dans les pays en développement connaissent une variété et une expansion considérable, même si certains pays, comme l'Argentine et la Bolivie en 2005, ont remis en cause le rôle des grands groupes internationaux fournisseurs de services publics.

Comme souligné ci-dessus, dans sa définition la plus large, le terme de Partenariat Public Privé couvre toutes les formes d'association du secteur public et du secteur privé destinées à mettre en œuvre tout ou partie d'un service public. Ces relations s'inscrivent dans le cadre de contrats de long terme : elles se distinguent en cela des privatisations et de la sous-traitance. Les investissements (infrastructures, matériel, immeuble, logiciels...) nécessaires à la fourniture du service sont financés pour tout ou partie par le prestataire privé. Le paiement, assuré par les usagers ou par une collectivité publique, permet de couvrir l'amortissement de ces investissements et leur exploitation.

Au-delà de cette définition très générale, le terme de partenariat public-privé est, de plus en plus, utilisé pour désigner une nouvelle forme de contrats publics née au Royaume-Uni et transposée dans de nombreux pays (France, Belgique, ...). Reprenant des techniques de financement de projet venues du secteur privé, elle se distingue de formes plus anciennes de partenariat – notamment les délégations de service public françaises – sur deux points principaux. Tout d'abord, elle vise à réaliser un partage optimisé des risques. Celui-ci doit permettre d'allouer les responsabilités à la partie qui sera à même de les assumer le plus efficacement. Ensuite, elle ouvre la possibilité d'avoir, comme client principal du service fourni, dans certaines formes contractuelles, une collectivité publique et de ne plus être ainsi tenue de tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers.

Ces nouveaux partenariats publics privés s'inscrivent dans le cadre des principes appelé le « nouveau management public », promus dans les pays anglo-saxons et diffusés par les organisations financières internationales. Les recommandations qui en découlent versent dans la réduction du périmètre des activités réalisées en régie, dans une gestion et un contrôle centrés sur les résultats et non plus sur les ressources consommées et, enfin dans la mise en place d'une organisation comptable fondée sur le modèle du privé. Cette nouvelle approche de la gestion publique est née dans un contexte des difficultés budgétaires qui frappaient les collectivités publiques des pays industrialisés depuis les années 1970 et de la perte

progressive de la légitimité accordée aux gestionnaires publics en matière de gestion efficace des ressources.

Ainsi, le développement de l'approche partenariale constitue-t-il, à la fois, une répercussion de la montée en puissance de l'exigence de transparence et du partage équitable et équilibré de responsabilité, traduite en anglais par le concept de « l'accountability »³⁶⁰. De même, et dans un contexte de réduction des ressources publiques, en raison de l'accroissement important des déficits et de la dette, l'évaluation du bien fondé de l'action publique dépend de ses résultats. Les logiques d'évaluation publique et privée se rapprochent, ouvrant, ainsi, la voie à la dynamique portée par les partenariats publics privés (PPP) prônant une approche renouvelée de la gestion publique, cherchant à bénéficier des capacités de financement et d'innovation du secteur privé.

Pour avoir une idée sur l'ampleur de l'approche partenariale, d'après les statistiques de la Banque Mondiale, 2 500 projets d'infrastructures en PPP ont été lancés dans les pays en développement entre 1990 et 2001, pour un montant de 750 milliards de dollars. Dans les pays industrialisés, le seul gouvernement du Royaume-Uni a signé 665 contrats de PPP entre 1987 et 2005, suscitant un investissement privé de 62 milliards d'euros. Les perspectives du développement des partenariats public-privé au sein de l'Union Européenne se situent non seulement au niveau des États, mais aussi des collectivités territoriales.³⁶¹

Les domaines couverts par les PPP sont extrêmement variés. Les infrastructures de transport représentent une part importante de ces contrats, concernant aussi bien les lignes ferroviaires que les transports urbains et les installations portuaires. Viennent ensuite les services aux collectivités (gestion de l'eau et des déchets), les hôpitaux et les établissements d'enseignement. Dans les domaines d'activité régaliennne de l'État, le recours aux contrats de partenariat public privé concerne une partie des activités de Défense et les établissements pénitentiaires³⁶².

Pour mieux appréhender les PPP **dans le secteur portuaire au Maroc et en France**, il convient d'envisager la naissance de ce concept (Chapitre I), les paramètres de son étendue et ses difficultés (Chapitre II) ainsi que ses caractéristiques majeures (Chapitre III).

Chapitre I : Le commencement des PPP au Maroc et en France

Tous les observateurs des secteurs des ports au Maroc et en France reconnaissent au partenariat un caractère mitigé entre ce qui est ancien et contemporain à la fois. En effet, puisant ses origines dans l'économie de marché, la notion est très ancienne mais au-delà de sa dimension étymologique, il existe plusieurs définitions (*stricto sensu* ou *lato sensu*) du terme partenariat et ce, en raison de la diversité des situations juridiques qu'il traduit et de l'interdépendance des acteurs secteurs publics et opérateurs privés qu'il rassemble.

Cependant, on peut classer les partenariats sur trois niveaux, d'abord, selon leur dimension contractuelle les considérant comme étant une vente d'actifs, une privatisation, une fourniture ou prestation de services dans le cadre de marchés publics, une gestion déléguée ou un contrat de partenariat public-privé, ensuite, selon leur portée institutionnelle représenté

³⁶⁰ Sous-entendre responsabilité.

³⁶¹ Rapport de la CNCED op cit.

³⁶² Ce type de partenariat ne porte pas sur le service public e, lui-même mais seulement sur des missions périphériques.

par l'actionnariat public-privé au capital d'une entreprise et, enfin, selon leur étendue participative ressortie par l'apport de capitaux publics, les subventions, les co-investissements, etc.

Au niveau contractuel, ce sont les conventions de concession et les contrats de partenariat qui ont attiré le plus d'intérêt vu leur originalité et le contexte de leur émergence incitant à nouveau management public. La gestion axée sur les résultats est devenue ainsi le leitmotiv du nouveau discours politique et technocratique, et les défenseurs de la bonne gouvernance évoquent la transparence et la responsabilité comme vertus inspiratrices de ce modèle d'action publique désormais partenarial.

Les domaines investis par ces supports contractuels reflètent leur succès. Il s'agit notamment, des infrastructures de transport, de santé, de services publics locaux et autres et dont le développement ne s'est pas accompagné systématiquement d'une réglementation spécifique, étant donné que c'est la pratique qui l'emportait sur tout encadrement juridique. L'expérience marocaine en témoigne puisque le partenariat public-privé a été expérimenté depuis longtemps à travers des formes contractuelles comme les concessions, en dehors de tout cadre normatif, avant que des textes de loi ne consacrent cette orientation.

Le législateur a, en effet, innové en la matière en habilitant, dans le cadre de la charte communale de 2002, les communes de manière explicite à engager toute action de partenariat avec l'administration et les acteurs économiques et sociaux privés et en adoptant en 2005 une loi sur la gestion déléguée des services publics locaux.

Toutefois, même si ce cadre juridique confère une légitimité relativement suffisante aux différents modèles de PPP qu'il régit, les pouvoirs publics se sont dotés d'une nouvelle législation spécifique mieux adaptée aux nouveaux contrats de partenariat public-privé considérés comme des modèles contractuels hybrides étant donné la présence de caractéristiques propres aux marchés publics et au modèle concessif.

Section I : Le cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc et en France :

L'encadrement juridique des partenariats public-privé au Maroc comme en France a permis de consacrer l'existence juridique de partenariats à dimension contractuelle et institutionnelle. Les partenariats public-privé à dimension contractuelle tels que régis par le droit positif dans les deux pays concernent les contrats de gestion déléguée et les contrats de partenariats public-privé proprement dits. Les marchés publics constituent, eux aussi, une forme juridique de ce partenariat contractuel mais n'entrent pas dans le champ de la présente recherche.

Ces formes contractuelles recherchent l'efficacité juridique (§1) et prennent diverses formes (§2).

§1- A la recherche d'une efficacité juridique des contrats PPP :

Les défis auxquels les services publics locaux font face remettent à l'ordre du jour leur professionnalisation qui reste dépendante de la maîtrise des montages contractuels en cas de délégation. En effet, la qualité des contrats de gestion déléguée conclus conditionne la qualité des prestations fournies aux usagers et s'apprécie en termes d'efficacité du processus contractuel entier de la négociation au suivi et contrôle du contrat en passant par le contenu des clauses contractuelles.

D'abord, la réussite des négociations contractuelles passe par l'instauration d'un climat de confiance entre les futurs partenaires, par l'expertise et l'exhaustivité des formulations, autrement dit, le dossier d'appel d'offres et le contrat doivent être établis par des experts spécialisés dans les domaines liés à l'activité concernée et comprendre des dispositions aussi complètes et précises que possible.

Autre élément à vérifier, la tarification et les mesures à prendre en cas de dépassement des seuils d'augmentation des tarifs prévus initialement au contrat. De même, le document contractuel doit prévoir des modalités de suivi et de contrôle des engagements à honorer par le délégataire, notamment l'exécution effective des investissements à sa charge. Ces engagements doivent être mesurables et quantifiables selon des critères convenus à l'avance en évitant les formulations vagues, imprécises et sujettes aux mauvaises interprétations.

Portant essentiellement sur l'activité déléguée, ce contrôle doit être exercé par une structure dédiée devant « accéder à tout moment à toutes les sources d'informations techniques et financières en rapport avec le service délégué ; le délégataire s'interdisant d'user de toute forme d'obstruction qui empêcherait l'organe de contrôle de mener à bien sa mission ³⁶³ ».

Par ailleurs, se doter d'une loi (suivie d'une réglementation appropriée) sur les partenariats public-privé « peut contribuer à rendre un pays attrayant pour les investisseurs en ce qu'elle enrichit ou clarifie le cadre législatif applicable aux partenariats public-privé. Cela permet également d'éviter d'avoir à s'appuyer sur des lois générales qui n'ont rien de spécifique et d'adapté aux PPP. Investisseurs et bailleurs de fonds chercheront à être rassurés par l'existence d'une loi applicable à leurs contrats qui leur procure une protection adaptée et par la possibilité de régler les litiges de façon impartiale et efficace ³⁶⁴ ».

Sur le plan contractuel, cette efficacité juridique doit se traduire par « la clarté absolue quant à la capacité juridique d'une autorité à passer contrat, la capacité de la société de projet à accorder une sûreté appropriée concernant son actif, ses parts de capital et ses flux de revenus, la capacité des bailleurs de fonds à intervenir dans le projet pour le sauver, le paiement d'un dédommagement adéquat en cas de résiliation, la capacité de l'État à garantir les obligations contractuelles du pouvoir adjudicateur si ce dernier ne présente pas une solvabilité suffisante à lui seul et le degré de certitude concernant les droits contractuels (y compris la clause pénale et les indemnités de résiliation) ³⁶⁵ ».

Cette même efficacité du cadre juridique se mesure à l'aune d'un système transparent, impartial et fiable en matière de règlement des différends et ce, en offrant aux co-contractants le choix de l'option la plus pertinente et des modalités de sa mise en œuvre. A cet égard, l'arbitrage (national ou international) doit être prévu par la législation (au même titre que la solution juridictionnelle) pour le règlement définitif des différends en raison de la souplesse de cette procédure jugée « indépendante du droit local dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable est complet » et du fait qu'elle « préserve la confidentialité et [que] ses règles plus établies présentent l'avantage de l'expérience passée ».

³⁶³ BERRADI M., « L'expérience de la ville de Casablanca », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future*, sous la direction de A. Sedjari, Paris, le Harmattan, 2005.

³⁶⁴ Idem

³⁶⁵ Banque européenne d'investissement, *Étude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéens*, volume 1, Une approche régionale, mars 2011.

Le contrat doit, également, stipuler la liberté des parties de choisir l'arbitre et le siège de l'arbitrage, procurant ainsi une souplesse supplémentaire et permettant de « s'assurer que toute lacune dans le règlement d'arbitrage sera comblée par la loi applicable au lieu de l'arbitrage ». Par ailleurs, une loi spécifique ne peut apporter, à elle seule, toute la précision nécessaire au processus contractuel devant permettre aux parties co-contractantes de faire aboutir leurs négociations. Une expertise appuyée sur des règles et normes internationales s'impose donc en cas d'opérations partenariales complexes souvent formalisées par des contrats de partenariat public-privé.

En effet, en raison de cette complexité, « il est de l'intérêt de la puissance publique de se faire accompagner par une expertise externe indépendante, qui accompagne les services techniques concernés, tout en mettant en place une cellule dédiée au pilotage-surveillance de l'exécution du projet, notamment pour accumuler l'expérience du privé et éviter certaines erreurs qui ont tendance à se répéter³⁶⁶ ».

Plus particulièrement, les parties doivent être conseillées pour optimiser la répartition contractuelle des risques et assurer l'équilibre des engagements à prendre. Une identification suivie d'une classification des risques étant un préalable à toute affectation de responsabilités pour éviter les problèmes d'interprétation des termes du contrat. Il peut s'agir de risques inhérents au projet lui-même liés à la conception et à la mise en œuvre, au financement, à l'inexécution des travaux, aux retards d'exécution, à la non-atteinte des objectifs de performance et à l'observation des critères de qualité, aux aléas macroéconomiques, aux difficultés procédurales, aux modifications du cadre juridique, à l'insolvabilité du partenaire public, aux cas de résiliation du contrat etc. et qui doivent être répartis en fonction de la capacité réelle et objective du partenaire le mieux à même de les assumer ou encore partagés et gérés conjointement par les deux parties (dans le cas d'une réforme juridique d'ordre général).

A ce titre, « l'expérience montre que la tentation d'affecter trop de risques soit au secteur public soit au secteur privé alors qu'il est incapable de les gérer efficacement nuit au rapport coûts résultats et à la rentabilité et risque, justement, de conduire à l'échec du projet³⁶⁷ ».

De même, des stipulations claires doivent porter sur les effets juridiques des risques répartis entre les parties et de ceux ne pouvant être maîtrisés ainsi que sur les modalités de leur atténuation, notamment en cas de survenance d'événements imprévisibles ligotant le partenaire privé dont celui-ci n'a pas la maîtrise mais pouvant donner lieu à une « compensation équitable (en temps et en argent) fondée sur la définition, dans le contrat, de principes de « mesures libératoires » ou « d'événements donnant lieu à une indemnisation » ou sur l'identification d'une indemnisation convenue entre les parties et à laquelle on puisse faire appel en cas d'application de la théorie de l'imprévision issue du droit civil (rééquilibrage économique)³⁶⁸ ».

Ceci dit, l'efficacité juridique est aussi dépendante de la forme du contrat ou le montage adoptés.

³⁶⁶ M Khanchi op.cit.

³⁶⁷ Banque européenne d'investissement op.cit

³⁶⁸ Banque européenne d'investissement op.cit.

§2- Les PPP : des contrats classiques aux montages contractuels :

Les services publics peuvent être gérés différemment selon le choix fait par la collectivité. Ce choix repose sur plusieurs critères, essentiellement d'ordre technique et financier, et consiste en une gestion directe ou une forme contractuelle PPP.

Avant de nous consacrer aux différentes variantes de la gestion déléguée, il nous paraît judicieux de rappeler le contenu du mode de gestion directe. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une gestion directe (ou régie simple) par laquelle la collectivité assure elle-même les fonctions de production ou de distribution avec ses propres biens et son propre personnel.

La régie autonome s'inscrit dans ce cadre et se déploie à travers un établissement public, créé à l'initiative et pour le compte d'une seule collectivité locale ou en association avec d'autres collectivités locales pour la gestion ou l'exploitation d'un service public intercommunal. Dans le cadre de l'intercommunalité, la charte communale marocaine prévoit que des groupements de communes ou de collectivités locales puissent être créés pour la réalisation d'une œuvre commune ou pour la gestion d'un service d'intérêt général du groupement. La charte introduit également la possibilité de groupements d'agglomérations (groupements de communes) créés à l'initiative de communes avoisinantes, situées dans un espace territorial continu dont la population est supérieure à 200 000 habitants, pouvant également comprendre une ou plusieurs communes rurales dans le but de s'associer pour la réalisation et la gestion de services d'intérêt commun. A signaler, à ce niveau, que, contrairement à ce qui se passe en France, les autorités locales au Maroc ne sont pas en charge du secteur des ports ni de sa régulation.

La collectivité ou les pouvoirs publics peuvent, également, recourir au régime de délégation des services publics. Ce régime, dont la genèse est revendiquée par le droit administratif français et transposé dans l'ordre juridique marocain, recouvre un certain nombre de procédés contractuels et de situations juridiques alternatives variant entre délégation totale et délégation partielle. On y retrouve notamment la concession et ses dérivées, à savoir la régie intéressée, la gérance et l'affermage.

La régie intéressée permet à une personne (le régisseur) de gérer un service public pour le compte de la collectivité en contrepartie d'une rétribution variable, ce qui explique que le régisseur ne subit pas les risques et charges de l'exploitation du service. En effet, il s'agit d'« un contrat par lequel la collectivité confie l'exploitation d'un service public à une personne qui en assure la gestion pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération calculée sur le chiffre d'affaires réalisé et fréquemment complétée par une prime de productivité et, éventuellement, par une fraction du bénéfice ». Cette définition nous renseigne sur la mission de direction ou d'exploitation assumée par la collectivité qui assure elle-même l'établissement du service, les investissements nécessaires ainsi que la responsabilité de gestion.

Autre procédé contractuel spécifique combinant des traits propres à d'autres contrats voisins, l'affermage est un mode contractuel de gestion qui a pour objet de confier à une personne l'exploitation sous sa responsabilité d'un service public, exclusion faite de toute autre prestation. En effet, il s'agit d'une délégation de courte durée allant de sept à douze ans et à caractère partiel puisque ne se portant que sur le service, la réalisation des infrastructures

nécessaires à l'exploitation étant à la charge de la collectivité délégante qui en est propriétaire et gestionnaire, la gestion du service restant de la responsabilité du fermier qu'il assume à ses risques et périls en se rémunérant des redevances perçues sur les usagers.

Quant à la convention de concession, elle est, de loin, la plus utilisée pour déléguer un service public industriel et commercial telles que les activités portuaires. Ce mode classique de délégation des services publics est formalisé par un contrat par lequel une collectivité publique confie à une personne -le plus souvent privée- la responsabilité de la gestion d'un ouvrage public ou d'un service public à ses frais, risques et périls, avec en contrepartie le droit de percevoir des redevances sur les usagers du service public ou de l'ouvrage public.

En vertu dudit contrat portant le plus souvent sur la construction d'un ouvrage et l'exploitation d'un service public et en confiant au concessionnaire la totalité des tâches relatives à l'activité, l'autorité concédante lui confère la responsabilité juridique et financière de gérer le service public en son nom propre et pour son propre compte et non pas en qualité de mandataire ou de gérant. En effet, et pendant la durée de du contrat, le concessionnaire assume toutes les charges du service (investissement, maintenance), supporte les aléas de son exploitation, conserve les bénéfices résultant de sa gestion, et, afin de lui permettre d'amortir les investissements qu'il a effectués pour le service, les contrats sont conclus pour une longue durée. A travers ce mode de gestion formalisé par un contrat dit de transfert, il s'agit de transférer le rôle de producteur à une entreprise, publique ou privée, qui devient non seulement offreur du service mais également propriétaire, durant la durée du contrat- et gestionnaire des infrastructures associées.

Enfin, le dernier corpus ayant rejoints le montage PPP est le contrat de partenariat qui est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée, dépendamment de la durée d'amortissement, des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

§3- La qualification du contrat :

L'article 1105 du code civil français stipule que « *tous les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre sont soumis à des règles générales* ». Le code précise que « *Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Les principes ci-dessus s'appliquent aux contrats de droit privé et peuvent s'ériger en principes généraux du droit à appliquer aux contrats administratifs du moment qu'ils ne sont pas opposés à la loi ou contraires à l'ordre public et conciliables avec les objectifs d'intérêt général poursuivis par les personnes publiques.

La pratique, pour ce qui est des contrats publics, a précédé le droit et plusieurs principes juridiques peuvent émerger. Pour qualifier un contrat, plusieurs indices doivent être regroupés ; A cet effet, si rien ne s'oppose à ce que des prestations de nature juridique différente, comme c'est le cas dans les PPP portuaires, soient prévues dans un seul contrat, en cas de litige, la compétence juridictionnelle dépendra de l'objet principal du contentieux. De même, c'est l'objet principal du contrat qui précise sa qualification juridique de celui-ci (exemple : le contrat portant sur l'occupation du domaine public conclu avec une personne de

droit public est, incontestablement, un contrat de nature administrative). Il existe divers contrats d'occupation de ce domaine dont les formalités préalables à leur conclusion sont différentes. Le juge n'est pas tenu de retenir la qualification donnée par les parties, il dispose du pouvoir de requalifier lesdits contrats. cet état de fait est valable au Maroc.

Autres élément important pour effectuer la qualification d'un contrat, qu'il porte sur la réalisation de travaux portuaires ou de prestations de services, le mode de rémunération et le régime de la responsabilité sont des critères essentiels de la détermination de la nature du contrat. Ainsi, on est en présence d'une concession lorsque l'opérateur se rémunère par des redevances perçues auprès des usagers et qu'il assume la responsabilité de son activité, alors qu'on est plus tôt devant un marché public si l'autorité portuaire rémunère le prestataire de services en assumant la responsabilité de l'opération. Certains contrats font partie d'une catégorie définie par la loi, mais n'en respecte pas tous les principes au regard du contexte dans lequel ils sont conclus.

Le même principe s'applique à la convention de terminal. Si le juge est saisi au sujet de cette convention sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, il lui appartient de rechercher si cette convention, compte tenu de son objet et des contreparties prévues, peut être qualifiée, ainsi que le prévoit l'article L. 551-1 du même code, de « contrat administratif ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation... ».

Section II : Les restrictions à la liberté contractuelle :

A la question, les contrats PPP comportent-ils des restrictions à la liberté contractuelle ? le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État en France ont établi une jurisprudence différente à l'égard de ce sujet. Selon le juge constitutionnel, « *Le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle* », il ajoute : « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle... des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »³⁶⁹, tandis que le juge administratif considère que « *La liberté contractuelle est au nombre des principes de valeur constitutionnelle auxquels seule la loi est, le cas échéant, susceptible d'apporter des restrictions et limitations* »³⁷⁰. Ceci étant, on peut considérer que l'existence d'un motif d'intérêt général ou d'ordre public peu motiver une limitation à la liberté contractuelle si la loi, entendu comme toute règle normative obligatoire découlant du domaine législatif ou réglementaire ne comporte aucune atteinte excessive considérant l'objectif poursuivi. La Cour de Justice de l'Union Européenne a, dans ce sens, estimé que : « *la notion d'ordre public suppose l'existence, en dehors du trouble à l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* ».

Les exemples des restrictions imposées par le dispositif législatifs existent aussi bien en France qu'au Maroc. L'article 1102 du code civil français dispose que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Autres exemple, aucune disposition n'oblige le gestionnaire du domaine public portuaire d'accorder des autorisations d'occupation du domaine public et en cas de refus de contracter, sa décision n'est pas obligatoirement motivée, même si l'article 1 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs stipule clairement que « *Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui ... refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour les obtenir* ». Donnant son avis sur la question, le Conseil d'État avait conclu que : « *l'autorisation d'occuper une dépendance du domaine public n'est pas un avantage dont l'attribution constitue un droit* »³⁷¹, et que par conséquent, le gestionnaire dudit domaine n'est pas tenu de motiver son refus. La Haute Juridiction ajoute : « *il appartient à l'autorité chargée du domaine public de délivrer des autorisations d'occupation en considération tant de l'intérêt général que de l'intérêt dudit domaine ; que ni le principe de la loyauté de la concurrence, ni le respect des règles applicables aux installations classées ne sauraient faire obstacle à l'exercice de ces pouvoirs de gestion* ».

Cette liberté de contracter est cependant bien encadrée eu égard aux principes d'égalité des candidats et de l'exigence de la transparence des procédures. Aussi bien les concessions

³⁶⁹ Décision du conseil constitutionnel n° 2015-515 QPC du 14 janvier 2016, suite à sa saisine par le Conseil d'Etat par décision n° 392257 le 14 octobre 2015.

³⁷⁰ Conseil d'État, Décision N° 384297 du 20/06/2016, 9ème - 10ème chambres réunies

³⁷¹ Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, décision n° 348909 du 23/05/2012.

que les conventions de terminal en France font l'objet d'un appel public à candidatures. La loi permet au juge administratif de remettre en cause un contrat conclu en méconnaissance de ce principe. En effet, selon l'article L 551-20 du code de justice administrative « *Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L 551-4 ou à l'article L 551- 9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière* ».

Au Maroc, le même dispositif juridique est applicable avec le code des obligations et contrats ainsi que la loi imposant aux administrations de motiver leurs décisions. Toutefois, nous n'avons pas pu trouver la position de la jurisprudence marocaine pouvant nous aider à voir son interprétation des textes existant.

Les positions jurisprudentielles françaises notamment, peuvent être considérées comme des restrictions mais s'explique par le fait que la plupart des activités portuaires sont soumises à diverses prescriptions législatives et réglementaires dont l'homogénéité et la rapprochement des intérêts de toutes les parties prenantes sont souvent garanties par le juge dans le cadre des différends qui lui sont soumis. La Cour de Cassation avait mis en avant l'exigence de la cohérence dans la procédure d'octroi de l'OTDP, tandis que le Conseil d'État, en livrant ses conclusions a jugé que ladite exigence était une condition de légalité des décisions.

Chapitre II : Genèse et formes des partenariats public-privé au Maroc et en France :

Face à des besoins en investissements de plus en plus importants et, dans une conjoncture où les budgets publics des pays - toutes catégories confondues - sont indisponibles, le recours aux Partenariats Public-Privé (PPP) par les gouvernements est devenu une nécessité plus qu'un libre choix. Il constituait une alternative nécessaire aux marchés publics qui ne permettaient plus de mener à bien tous les projets, notamment ceux liés à la gestion d'un service public. En théorie, les principaux avantages des PPP et non des moindres, selon les observateurs, sont primo une optimisation du rapport coûts/résultats, secundo, la répartition des risques entre l'autorité publique et l'opérateur privé, Tercio, la conservation, par l'entité publique, du contrôle stratégique du service et, enfin, le gain engendré par l'expérience du secteur privé. L'intérêt pour l'État Marocain de promouvoir ce type de rapport avec le privé était particulièrement de « *développer une infrastructure économique pour assurer le développement d'un pays, tout en réduisant son emprunt et les risques associés* ». ³⁷²

Il est certain que tous les pays n'ont pas les mêmes moyens financiers et technologiques indispensables pour faire face aux attentes sociales et de service des citoyens. Aussi, le partenariat public-privé constitue-t-il une alternative et une réponse à ce besoin via une association entre les secteurs public et privé dans le cadre d'un accord contractuel à long terme portant sur la réalisation d'une infrastructure ou la gestion d'un service public.

³⁷² Le ministre de l'économie et des finances.

Certes, la distribution des rôles entre acteurs publics et privés présente un intérêt manifeste pour faire réussir les projets de sociétés, mais elle est tributaire, plus particulièrement, de la volonté des pouvoirs publics.

Le PPP est né, à l'origine, dans le monde de l'économie - avant d'être en quête de l'habillage juridique adéquat - où il visait à instituer, entre le donneur d'ordre (Etat et ses collectivités) et le sous-traitant (entreprise publique ou privé), des rapports fondés beaucoup plus sur la complémentarité et la concertation que sur la « force ». Le but étant d'atteindre une meilleure adéquation entre l'investissement et le projet final, dont la réalisation est escomptée.

Il a été introduit ultérieurement dans le vocabulaire public et ce, depuis un peu plus de trois décennies où il est apparu au niveau de l'Etat et des collectivités locales.

Le changement progressif de l'état d'esprit dans les apports des personnes publiques avec les autres intervenants a permis de substituer, à l'unilatéralité et à la normativité qui caractérisaient jusque-là l'action de l'administration, des relations basées sur la coopération et la concertation.

Le partenariat représentait, également, un nouveau style d'administration moins directif, où se transfèrent, des compétences pour « faire », mais également pour imaginer, créer et choisir la direction à prendre dans la gestion des services concernés. L'originalité de ce nouveau style résidait, pour les observateurs, dans la multiplicité de ses formules et de ses domaines d'action.

Vu sous cet angle, le partenariat s'est développé rapidement au sein de l'administration des pays développés. Aux pays anglo-saxons et au Japon, par exemple, l'expérience a conduit à l'apparition d'un PPP fondé sur un partenariat de la recherche du moindre coût pour l'Etat. Au Royaume Uni, la PFI³⁷³ n'a pas été envisagée comme un moyen de désengager l'Etat de ses pouvoirs de puissance publique mais elle a été conçue, plutôt, comme une alternative à la privatisation dont les limites commençaient à se manifester dès les années 1980.

Pour les Etats Unis, la situation est différente ; le pays pratiquait, à la fois, la privatisation et l'externalisation de l'activité revêtant le caractère de service public sans mettre en place un cadre contractuel adéquat, tel que les PPP. En effet, la complexité du cadre institutionnel explique l'absence du développement d'ensemble des solutions partenariales. Par ailleurs, à l'instar des Etats fédéraux, ce sont les collectivités locales qui recourent aux PPP. L'Etat fédéral noue des partenariats dans ses activités régaliennes, telle la défense.

Le Maroc comme la France, dont les systèmes de PPP font l'objet de notre recherche, ont essayé, chacun selon ses spécificités juridiques, économiques et sociales, de s'inspirer d'un modèle particulier proche de leur ordre juridique et économique interne, de le développer avant de l'ériger en tant que concept juridique approprié via des législations dédiées.

³⁷³ Private finance initiative

Section I- PPP : signification du concept et cas de recours au montage contractuel :

Il y a quelques années à peine, l'expression «Partenariat Public-Privé» ne renvoyait à aucune notion juridique précise au Maroc, comme ce fut le cas en France avant l'ordonnance de 2004. Aussi, l'idée que la sphère publique, qui recouvre les personnes publiques et plus généralement l'ensemble des organismes contrôlés par des autorités publiques, et la sphère privée, entendue comme celle des particuliers et des organismes qui en émanent, ne peuvent fonctionner en complète indépendance l'une par rapport à l'autre était inconcevable.

On est donc, en présence de deux entités différentes (une entité publique et une entité privée) qui collaborent entre elles mais qui gardent leur autonomie les unes des autres. Le PPP peut prendre plusieurs formes suivant la nature et la conception de chaque projet.

Si la plupart des pays avaient eu recours au partenariat public-privé à un certain moment ou tout au long de leur histoire, ce concept de partenariat n'est pas, pour autant, une notion standard pour l'ensemble de ces pays et n'est pas défini de la même manière.

Ce n'est que vers les années 1980 que ce terme va être désigné en tant que tel avec une certaine précision dans les pays anglophones, notamment le Royaume uni sous l'appellation « Private Finance Initiative » (PFI). Force est de constater que tous ces pays n'auront pas forcément la même perception de la notion de PPP, ni les mêmes expériences, le même cadre juridique, la même répartition sectorielle en terme de priorité, les mêmes évolutions et les mêmes résultats. Le contexte politico-économique serait déterminant pour distinguer un pays par rapport à l'autre en matière de recours au PPP.

Bien que certains pays se soient inspirés de l'expérience d'autres pays qui les ont devancés dans ce domaine, des adaptations à leur propre contexte s'imposent nécessairement sous peine d'être une perte d'énergie et un échec quasi certain.

Au Maroc, le Partenariat Public Privé était régi jusqu'à la promulgation de la loi 86-12 précitée par une loi générale considérée comme étant incomplète et qui ne constituait pas un cadre juridique adéquat pour leur réussite. En effet, le texte de la loi n° 54-05 ne réglemente que la gestion déléguée des services publics, il n'accorde pas, selon une large doctrine, de l'importance au partenaire privé. Depuis 1997, date du premier contrat de gestion déléguée au Maroc³⁷⁴, à aujourd'hui, le pays a recouru à ce type de contrat pour la réalisation de grands projets d'une enveloppe globale de 67 milliards de DHS. Adoptée en 2006, cette loi visait à harmoniser et à rationaliser les réglementations sectorielles et surtout elle permet de recourir à une procédure d'arbitrage en cas de litige. Chaque secteur a été doté d'une agence spécialisée assurant sa régulation : l'Agence nationale de réglementation des télécommunications pour les télécommunications ou l'Agence Nationale des Ports pour les infrastructures portuaires, etc.

Mais, la loi n° 86-12, une fois promulguée complétera l'arsenal juridique régissant les PPP en instaurant un contrat spécial permettant, tel que stipulé dans l'article premier, à une personne publique (Etat, établissement public de l'Etat ou entreprise publique) de *«confier à un partenaire privé la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de*

³⁷⁴ Contrat de gestion déléguée conclu avec la Lydec pour la gestion de l'eau et l'électricité à Casablanca.

financement, de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service».

Il faut, toutefois, noter que le projet de ladite loi a connu, durant son examen par les instances compétentes, des modifications qui l'ont clarifié. La première mouture, Elaboré par la Direction des établissements publics et des participations relevant du ministère de l'Economie et des Finances, étant inspirée fortement de la législation française et jugé en déphasage avec la réalité économique du Maroc.

§1-Les PPP : une variété de formules:

La typologie du PPP peut différer d'un pays à l'autre, et ce, suivant le contexte économique où évolue ce procédé. Les PPP recouvrent ainsi des montages très différents, parmi lesquels figurent la concession et le contrat de partenariat.

On distingue, généralement, deux types de PPP, celles de type concession et les PPP basés sur la disponibilité des services.

Pour les premières, l'autorité publique accorde à un partenaire privé le droit de concevoir, construire, financer et/ou exploiter un élément d'infrastructure appartenant au secteur public, et gérer un service public. Le contrat de concession est, généralement, conclu pour une période déterminée (par exemple, 25-30 ans) au-delà de laquelle la responsabilité de l'exploitation revient à l'autorité publique.

Pour recouvrer ses coûts d'investissement, d'exploitation et de financement et dégager un bénéfice, le partenaire privé facture au public l'accès au service ou à l'infrastructure. Il assume habituellement le risque lié à la demande d'utilisation de l'infrastructure, en plus des risques relatifs à la conception, au financement, à la construction et à l'exploitation.

Cependant, ce risque lié à la demande peut être assumé en partie par l'autorité publique en garantissant par exemple un niveau d'usage minimum. (Exemples: distribution d'eau et d'électricité, routes à péage, liaisons ferroviaires, transport urbain, ports, aéroports...).

Quant aux PPP basés sur la disponibilité des services, ce type de partenariat engage l'autorité publique à effectuer le paiement au partenaire privé à partir du moment où un service public ou un élément d'infrastructure est fourni. Le risque lié à la demande ou à l'utilisation reste assumé par l'autorité publique (Exemples: construction de centrales électriques, d'hôpitaux, d'écoles...).

Pour ce qui est du cadre contractuel des PPP, jusqu'à une période récente, que l'on peut situer au début des années 1980, dans plusieurs pays, le développement des projets publics s'opérait, globalement, sur la base de deux modèles contractuels nommés et bien connus que sont le marché public et la concession de travaux et de services publics : notions au contour et aux régimes juridiques relativement bien définis.

Pour réaliser un ouvrage public, l'autorité administrative concluait en principe un marché de travaux publics selon les dispositions du code des marchés et de certaines législations y afférentes accessoirement et où cette administration assure la maîtrise

d'ouvrage. Le prestataire est rémunéré au fur et à mesure de la réalisation des prestations objets du contrat.

Dans certains cas où l'administration envisage de réaliser un ouvrage public et confier à un tiers l'exploitation du service public, cette dernière concluait des contrats dits de « gestion déléguée » qui, eux aussi, sont encadrés par une loi spécifique fixant les modalités de recours à ce type de partenariat, mais qui présente une souplesse par rapport au code des marchés publics dans la mesure où les prérogatives de la puissance publique se trouvent relativement limitées. Il y avait dans ce cas un rééquilibrage des rapports entre la collectivité publique et le partenaire privé.

La caractéristique majeure de la gestion déléguée d'un service public est le transfert de responsabilités et de risques de la collectivité publique à l'opérateur privé qui l'endosse à ses risques et périls. En effet, l'opérateur privé prend en charge un grand nombre de risques dans sa gestion du service public délégué.

Néanmoins, le recours aux PPP – de la nouvelle génération- va donner lieu à une mutation profonde du droit public des contrats dès lors qu'on va assister à des montages financiers complexes à la hauteur des grands projets structurants où les juristes sont en quête des solutions et des montages contractuels adaptés aux contraintes que rencontrent les collectivités publiques dans la mise en œuvre de leurs projets.

La pratique des PPP diffère d'un pays à l'autre, chacun selon le contexte économique-politique qui lui est propre. La France, par exemple, qui a longtemps opté par le système de concession en matière de gestion des services publics, s'est vite adaptée aux nouvelles techniques contractuelles étrangères. Elle va s'inspirer, notamment, de l'expérience du Royaume Uni à travers les contrats concernant le PPP connus sous l'appellation « Private Finance Initiative » (PFI). Pour encadrer le recours au PPP, la France a adopté l'ordonnance du 17 juin 2004 qui a fixé les modalités et conditions du recours des collectivités publiques aux contrats de partenariat.

Au Maroc, jusqu'au début de janvier 2015, il n'y avait pas de cadre juridique, pour le moment, pouvant fédérer le recours au PPP. Hormis la loi 54.05 du 14 février 2006 sur la gestion déléguée des services publics qui exige pour le délégataire de respecter les principes d'égalité des usagers, de continuité du service public et d'adaptation (technologiques, économiques et sociales) et permet de donner une sûreté sur les biens de retour. Il n'y a que des textes sectoriels, tel que la loi n° 4-89 sur les autoroutes, la loi 15-02 sur les ports et portant création de l'Agence Nationale des Ports et de la société d'exploitation des ports. Ce constat amène à déduire que le pays avait besoin d'une législation servant de cadre juridique à même de fédérer ce mode de financement et de contractualisation afin d'aider les pouvoirs publics lors du recours à ce procédé pour mener à bien les négociations avec les partenaires privés et assurer les garanties des deux parties le long de la vie du contrat et l'amélioration soutenue des services concédés, et ce, à l'instar des initiatives entreprises par plusieurs pays à travers le monde.

Pour ces raisons, à juste titre, un projet de loi en matière de PPP a été initié au niveau de la Direction des Etablissements Publics et des Privatisations (DEPP) relevant du Ministère de l'Economie et des Finances et qui a été promulguée par dahir n° 1-14-192 du 24/12/2014 publié au BO n° 6332 du 05/02/2015.

§2- Les arguments en faveur du Partenariat Public-Privé :

Le recours au secteur privé pour le développement d'infrastructures publiques n'est pas nouveau et les raisons pour le justifier ne manquent pas. Dans le contexte de la conceptualisation de ce procédé dans le texte de la loi de 2008 sur le contrat de Partenariat en France, ont été invoquées les nécessités d'un assouplissement et d'une forme d'assainissement du mode de gestion des activités de l'Etat sur le modèle entrepreneurial du secteur privé: rapidité, efficacité, efficience et responsabilité.

L'argument qui est souvent mis en relief lorsque l'on veut promouvoir le recours au PPP est celui de la bonne gestion et du savoir-faire reconnu du secteur privé. Il apparaît dans le discours des économistes et des juristes dès la mise en place de la Private Finance Initiative (PFI) Anglaise. Apparue en 1992 sous les gouvernements conservateurs anglais de Margareth Thatcher et John Major, elle répondait alors, selon ses promoteurs, à des objectifs idéologiques de réduction du rôle de l'Etat et d'instauration d'un procédé de privatisation d'entreprises nationalisées et de services publics. Mais la question posée était de savoir si, au terme du processus de mise en place du partenariat ou de l'externalisation, le concept de service public est identifiable au concept de service commercial et la prestation de service public à la prestation marchande? (voir supra)

En tout état de cause, le premier argument avancé pour justifier le recours au PPP, notamment par la Banque mondiale, l'OCDE ou la Banque Européenne d'Investissement c'est de diminuer la dette publique. En effet, certains pays européens avaient dépassé la barre de 60% de PIB d'endettement imposé par la capitale européenne Bruxelles. La France était à 64.2% à la veille de la publication de la loi de 2008 sur les PPP, l'Allemagne à 65%, l'Italie à 104%, et d'une manière plus générale, la zone Euro à 66.4%. Donc, en ayant recours à l'investissement privé pour les équipements publics, on visait à diminuer l'endettement national³⁷⁵. Le second argument avancé et qui revêt, également, une importance primordiale c'est le coût maîtrisé. Il est vrai que lors de leur construction, les équipements publics voient souvent apparaître des surcoûts, généralement conjoncturels (prix du foncier, coût de la construction, etc.). Ordinairement, dans le cas d'un PPP, la situation est semblable et les clauses du contrat prévoient automatiquement tous ces cas. Par ailleurs, la Cour des Comptes en France a mis fin à ce que certains qualifiaient de « mythe ». En effet, dans rapport de 2008, ladite instance a fortement critiqué les partenariats public-privé. Elle s'est basée sur des cas concrets de partenariat qui ont généré un surcoût important dans des opérations pour l'Etat allant jusqu'à 40 à 50%.

Le troisième argument avancé en faveur des PPP concerne la diminution de la durée des travaux. En effet, le recours au PPP permettra d'accélérer la réalisation des projets en réduisant leurs coûts sur l'ensemble de leur cycle de vie. Le raisonnement est simple ; en recourant aux PPP, comme mode de prestation, le gouvernement désigne un partenaire privé (une entreprise ou un consortium) à qui il transfère une partie des risques du projet durant les phases de conception, construction, mise en opération, exploitation, maintien et entretien. Par conséquent, le partenaire privé, désigné au terme du processus, aura la liberté des procédés et des méthodes d'exécution du projet pour contrôler ses coûts tout en respectant les exigences de performance définies préalablement par les administrations ou les collectivités publiques l'ayant désigné.

³⁷⁵ Statistiques de 2008 publiés dans le blog de Jacques Boulesteix. <http://boulesteix.blog.lemonde.fr>

D'autres arguments liés à la gestion, par l'Etat, de la chose publique peuvent être mis en avant et que l'on peut présenter comme suit:

A- Une gestion des entités étatiques selon les critères de l'entreprise privée :

Plusieurs questions se posent quand on essaie d'étudier l'intervention du privé dans le PPP est la suivante : une entreprise dont la finalité est de faire du profit peut-elle se substituer à l'administration dont la fonction première est de pourvoir à l'intérêt général y compris en assumant le caractère non rentable de certaines de ses prestations au nom de la solidarité nationale ou dans l'intérêt général ? Une autre question s'impose, également : dans le partage des risques, le risque de non rentabilité doit-il être assumé par le seul partenaire public? La réduction de l'intervention étatique doit-il aller de pair avec son appauvrissement et la prise en charge des seuls secteurs non rentables? Le transfert opéré des activités rentables de l'Etat, ne se fera pas énormément vers les entreprises que vers les particuliers auxquels seront plus ou moins directement facturées les prestations de service public prises en charge par le secteur privé. Enfin, dans un contexte économique où le secteur privé, avec la crise qu'il a vécu et enduré depuis 2008, ne serait plus "bankable"³⁷⁶, selon l'expression de Jean-François Auby³⁷⁷, le Partenariat Public-Privé, a-t-il encore le sens que souhaitaient lui donner ses promoteurs?

La question qui se posera, également, est celle relative à la rémunération de ces capitaux et de son incidence possible sur la notion de service public. Apparaissent alors les interrogations sur certains risques. De même, le projet de mise en place d'un service public non rentable ne sera pas éligible au PPP, alors qu'il pourrait l'être au titre de la redistribution, de la solidarité nationale, de l'intérêt général.

En guise de réponse à toutes ses questions, il est souligné que face aux difficultés de maîtrise des coûts dans les contrats d'acquisition traditionnels, les contrats de partenariats sont communément présentés comme susceptibles d'apporter des réponses aux dérives constatées en matière de marchés publics dans la mesure où leur caractère global et forfaitaire garantit théoriquement l'acheteur public contre tout risque de dérives des coûts. De la même façon, le partage des risques entre partenaires privés et publics est censé permettre de responsabiliser les cocontractants de l'Etat en cas de retards de mise en service de l'actif support de la prestation. En effet, les flux de paiements de l'Etat ne sont déclenchés que lors de la délivrance du service.

C'est dire que les PPP permettent d'augmenter la productivité des administrations publiques et leur permet de moderniser et renouveler leurs infrastructures tout en profitant des solutions innovatrices issues d'un marché concurrentiel. Par conséquent, le développement des PPP permettrait aux entreprises privées de développer un savoir-faire en la matière. Cette expertise pourrait être par la suite capitalisée et généralisée aux autres secteurs de l'économie.

De ce fait, les administrations publiques, tout comme les partenaires privés désignés, tireraient réciproquement avantage des PPP.

³⁷⁶ Anglicisme provenant du verbe to bank ; c'est un terme emprunté du jargon cinématographique qui signifie, selon les occurrences, « qui rapporte de l'argent ».

³⁷⁷ « *Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaire ?* », Cf. JF.Auby, RFDA, novembre décembre 2004, pp.1095 et Ss.

Dans cette optique, les PPP constitueraient un moyen de réponse efficace, à déployer par les administrations publiques afin d'optimiser leur dépense tout en répondant adéquatement aux besoins des collectivités locales sur le long terme. Il s'agirait d'une façon de répondre à la demande sociale tout en favorisant la maîtrise de leurs finances publiques. Vu sous cet angle, les PPP permettront aux collectivités publiques de dégager de nouvelles sources de financement et de nouvelles méthodes de gestion pour développer les grands projets de l'État, allégeant ainsi la charge fiscale des administrations publiques sur le long terme. Par conséquent, l'objectif n'est pas de réduire le périmètre de l'action publique, mais d'augmenter sa capacité à financier et gérer plusieurs grands projets en même temps.

B- Optimisation des ressources et transfert des risques :

S'agissant du premier aspect se rapportant à l'optimisation des ressources, il est important de signaler que du moment que les gouvernements peuvent emprunter à des taux moins élevés que ceux consentis au secteur privé, le seul moment où le recours au financement privé est justifié est lorsqu'il permet d'accroître l'efficacité et l'optimisation des ressources dans la prestation des services publics. Selon les règlements de l'IFP, avant qu'un contrat ne soit signé, il doit être clairement démontré que le projet offre une meilleure optimisation des ressources que celle des accords de financement traditionnelles. Pour y parvenir, en théorie, la plupart des gouvernements qui pratiquent le PPP font appel à ce qui est appelé « test comparatif du secteur public » qui est une analyse complète des coûts et des bénéfices et qui a pour but de comparer le coût de la soumission du secteur privé avec le coût ajusté en fonction des risques de la réalisation du projet par le secteur public. Des recherches avancent que les collectivités locales, sachant que l'IFP est la seule option offerte, ont un intérêt à s'assurer que le « comparateur du secteur public » ait calculé de manière à produire un plan d'optimisation dont l'efficacité est supérieure à la soumission du secteur privé .

Les recherches avancent, également, que bien qu'il soit possible de dresser au préalable la liste des risques, il est loin d'être facile de s'assurer que les risques prévus sont transférés en pratique par le biais du contrat. Et même lorsque les risques sont transférés par contrat, il n'est pas toujours possible de faire respecter le contrat pour diverses raisons pratiques.

Ceci fait que la décision de s'engager ou pas sur la voie du PPP – par opposition aux marchés publics traditionnels – devra être édictée par le principe de la *value for money*³⁷⁸. Le PPP sera en effet sélectionné s'il offre une meilleure optimisation des ressources que celle de l'option publique. Toutefois, il subsiste de grandes incertitudes quant aux critères permettant de définir ce principe du « En avoir pour son argent ». Pour l'OCDE, les gouvernements devraient procéder en trois étapes. Ils doivent d'abord vérifier :

- Si, en comparaison avec l'option des marchés publics, la solution PPP est compatible avec les limites budgétaire et, partant de là
- Si elle génère des gains en efficacité, ces gains reposant sur l'ampleur des transferts de risques de la puissance publique vers l'opérateur privé et enfin,
- Le degré de concurrence qui prévaut lors des appels d'offre et l'exploitation des contrats.

Les enquêtes que le Bureau National de la Vérification anglais (National Audit Office) qui examine les dépenses publiques pour le Parlement britannique et le Comité des Comptes Publics de la Chambre des Communes ont menées des audits sur des projets de l'IFP qui se

³⁷⁸ Qui a été traduite par l'expression « en avoir pour son argent ».

sont révélés des échecs. Ci-après un extrait du rapport du Comité des comptes publics concernant l'optimisation des ressources de l'IFP élaboré en 2003 :

«Pour justifier l'option IFP, les ministères (le gouvernement) ont trop fait référence aux comparateurs du secteur public (CSP). Ces comparateurs ont souvent été utilisés de façon inappropriée comme test de réussite ou d'échec. Ils ont reçu une précision douteuse qui n'est pas justifiée en raison des incertitudes intervenant dans leurs calculs ou ils ont été manipulés pour obtenir le résultat souhaité [...] Le contribuable ne tire pas toujours le meilleur des contrats de l'IFP parce que les bonnes pratiques d'approvisionnement ne sont pas suivies. Nous avons observé des cas où la pression concurrentielle n'était pas maintenue, où il n'y avait qu'un seul soumissionnaire et où l'entrepreneur augmentait le prix une fois désigné soumissionnaire privilégié [...] Les ministères sont trop empressés de tirer d'affaire les entrepreneurs qui, une fois engagés dans des projets de l'IFP, se trouvent en difficulté. Les entrepreneurs devraient s'attendre à perdre quand les choses vont mal tout comme ils s'attendent à gagner quand les projets sont des réussites. Les ministères doivent s'assurer que les contrats de l'IFP protègent la position du contribuable dans les cas où l'entrepreneur n'est plus en mesure de satisfaire les exigences du contrat [...] Le contribuable ne doit pas s'attendre à payer la note lorsqu'un projet connaît des difficultés ».

Quant aux risques liés aux projets conduits par collaboration entre privé et public, les raisons de cet engouement pour les PPP ont tenu principalement aux innovations permises par ce contrat global de longue durée instaure un partage des risques entre le public et le privé qui ouvre la possibilité d'instaurer un véritable partenariat sur le long terme qui a séduit les acteurs publics.

En effet, si le coût de financement est une mesure quantifiable et objectivement vérifiable, il n'en est pas pareil en ce qui concerne la notion d'efficacité. Selon l'OCDE, l'option PPP devrait se révéler supérieur en terme « d'efficacité technique ». Cette supériorité sera reconnue si un « transfert suffisant de risques » vers l'opérateur privé est de mise et ce, selon une répartition adéquate des risques à la partie qui est « la plus apte à gérer le risque » (qu'elle ait le statut public ou privé).

A signaler que les risques d'un projet quelconque comportent les risques commerciaux et d'autres politiques et ceux liés à la réglementation. Le secteur privé est présumé être plus apte à gérer les risques commerciaux, laissant le risque politique, par exemple, à l'Etat. Les risques commerciaux sont ceux liés à la production (les coûts du projet) ou à la demande et qui concernent les revenus du projet. Les risques de production, quant à eux, sont relatifs à la construction, les procédés de production, les changements technologiques etc. Les risques liés à la demande se rapportent aux revenus générés par le projet (changements dans les choix et Comportements des consommateurs, dans la concurrence) ainsi que les risques macroéconomiques (croissance, démographie, taux d'intérêt, taux de change, inflation).

De manière générale, les risques de production seront attribués à l'opérateur privé. Les PPP impliquent, de facto, un transfert du risque social – salaires, santé et sécurité au travail, si ce n'est les droits à la retraite – du gouvernement à l'opérateur privé. Les risques liés à la demande seront aussi considérés comme mieux gérés par le secteur privé. Cependant, en pratique, l'opérateur privé tentera le plus souvent d'obtenir des concessions lors de la phase de négociation pour limiter son exposition à la volatilité des revenus (et aux risques liés à la demande). A signaler que, pour les entreprises, l'attrait principal du PPP est lié à l'accès à un flux de trésorerie constant et prévisible. L'allocation des risques peut aussi être analysée sous

l'angle des risques « à la baisse » (probabilité de pertes) et des risques « à la hausse » (probabilité de plus-value sur la revente des actifs PPP et profits). Si les risques à la baisse sont en effet partagés entre parties publique et privé, ceux « à la hausse » peuvent très bien être supportés par l'opérateur privé uniquement.

Allouer les risques PPP selon le principe de la partie la « plus apte à les gérer » soulève un certain nombre de questions. L'OCDE note qu'il n'y a pas forcément de consentements sur cette conception du plus apte à gérer les risques : est-ce celui qui saura mieux comment prévenir la réalisation du risque ? Ou est-ce celui qui saura au mieux comment gérer les conséquences en cas de réalisation du risque ? Sachant qu'il est aisément démontré que l'Etat demeure la partie la mieux à même de gérer les risques de la demande. La répartition et le transfert des risques dépendra aussi de la capacité à mesurer le risque – ce que l'OCDE et d'autres appellent le « profil de risque ». C'est un travail particulièrement difficile pour ce qui est de grands projets complexes engageant différentes formes de financement, d'activités et de services comme cela est souvent le cas des PPP.

Cet état de fait peut être attribué à plusieurs facteurs ; le premier a trait à la complexité inhérente au financement PPP et ce, compte tenu de son ingénierie financière et de la très longue période de financement (contraignante du point de vue du secteur privé); le second à la distinction entre propriété économique et propriété juridique quand cette dernière ne reflète pas les dispositions réelles de partage des risques. L'opérateur privé peut certes revendiquer la propriété juridique des actifs du projet (tel que défini par contrat), mais si les risques de la demande sont conservés par l'Etat, cette propriété est fictive, d'un point de vue particulièrement économique; le dernier est lié à la mesure du risque des services publics est problématique. Pour ces services la réalisation du risque n'est pas forcément acceptable pour l'Etat (par ex. un arrêt de travail dans un terminal portuaire par exemple ou la perte de cadence.) et ainsi les méthodologies de mesure standard des risques se trouve inadaptées.

C'est dire que les PPP au Maroc se ressemblent sur les principes généraux et du cadre juridique applicable mais sont différents pour ce qui est des modalités d'application. D'où l'utilité de voir ces montages dans leurs ordres juridiques respectifs.

Section II : Origine et contexte des PPP au Maroc :

Le recours au Partenariat Public Privé (PPP), dans son sens le plus large, se pratiquait, au Maroc depuis fort longtemps et sous différentes formes dont la concession était la plus répandue, mais il se faisait en l'absence d'un schéma juridique préétabli et rigoureusement encadré.

Ce type de partenariat, servant à réaliser des projets d'une grande envergure, est revenu sur scène avec acuité ces dernières années sous la pression des exigences de l'économie internationale, que ce soit dans les pays occidentaux fragiles ou fragilisés par la conjoncture économique mondiale, ou dans les pays dits émergents ou en voie de développement comme ce fut le cas du Royaume du Maroc. Le pays a une longueur d'avance en matière de PPP par rapport à ses voisins, étant donné que le recours croissant aux PPP, même s'il ne se fait pas sans obstacle; ce mode de financement et de gestion étant nouveau dans toute la zone méditerranéenne dont fait partie le Maroc, c'était une solution préconisée pour solutionner plusieurs difficultés des pouvoirs publics pour le financement des projets stratégiques du pays.

Déjà en 1914, cette formule a été pratiquée par la Société Marocaine de Distribution (SMD) qui se chargeait de la fourniture de l'électricité de la ville de Casablanca. Cette expérience a duré jusqu'au lendemain de l'indépendance. Par la suite, après la vague de nationalisation adoptée par le gouvernement allant de 1961 à 1970, le Maroc est passé au régime de la régie. Commença alors une longue bataille de l'Etat pour prendre en charge tous les projets d'infrastructures avec ce que cela engendre comme charges financières. L'étape de privatisation des entreprises publiques, procéda à la mode à l'époque, s'en est suivi, durant les années 1990, mais a, vite, démontré ses limites. C'est alors que l'approche PPP a commencé à susciter de l'intérêt. Cette formule, qui s'est décliné essentiellement sur la concession et la gestion déléguée, n'a touché que quelques secteurs dont les principaux relèvent de l'infrastructure ou du service public de proximité comme l'assainissement ou la distribution de l'eau et de l'électricité.

A signaler que si de nos jours, la formule PPP porte essentiellement sur les secteurs dits marchands tels que les services, ceci se justifie par le fait que ce sont ces services qui constituaient une priorité étant donné leur forte contribution à la prolifération de l'économie nationale.

§-1- L'évolution du cadre réglementaire :

Pour ce qui est du domaine portuaire qui nous intéresse, la réforme a permis de séparer les trois fonctions liées à ce secteur, dont la fonction commerciale confiée à des opérateurs privés ce qui a réduit considérablement le poids des finances publiques à ce sujet. De plus, l'implication du privé a permis d'améliorer la qualité et l'efficacité du service portuaire. Ceci a permis de lancer le projet de Tanger Med avec l'essor qu'a connu ce complexe portuaire au niveau international.

Pour remonter à l'histoire du PPP dans le Royaume Chérifien, depuis le début du XXe siècle, le Maroc disposait d'une expérience en matière de concessions, fondée sur le modèle français. En effet, dès 1906, l'Acte d'Algésiras encadra la conclusion des premiers contrats de concession prévoyant le recours à des capitaux étrangers pour l'exploitation des services publics et la fixation des mécanismes d'adjudication publique pour toute concession de services publics. L'Accord international de 1911 signé entre la France et l'Allemagne stipulait que l'exploitation des services publics est réservée à l'État ou librement concédé par lui à des tiers.

Le Traité du protectorat de 1912 a favorisé la mise en place de concessions, principalement par l'intermédiaire de sociétés françaises : à titre d'exemple, la Société Marocaine de Distribution (SMD) avait pris en charge la production et la distribution d'eau potable dans quatre villes marocaines dès 1914, les lignes ferroviaires Tanger- Fès (1914) puis Fès-Marrakech (1920) sont réalisées sous forme de concessions et à partir de 1916, les ports de Casablanca, Fdala et Tanger sont exploités dans le cadre de concessions. Lors de l'indépendance du Maroc, en 1956, l'État avait procédé au rachat des entreprises concessionnaires et avait privilégié la création de monopoles publics et nationaux locaux tels que l'Office national de l'électricité (ONE) ou l'Office national des chemins de fer (ONCF) ou encore la Régie d'Aconage du Port de Casablanca (RAPC).

À partir des années 1980, le Maroc amorce une libéralisation de son économie afin de rétablir la stabilité du cadre macroéconomique (maîtrise du taux d'inflation, du déficit budgétaire). Cette restructuration économique s'est traduite par un désengagement de l'État au profit d'une gestion privée de certains services publics, le secteur privé étant perçu comme un moteur économique créateur d'emplois. Jusqu'à aujourd'hui, les concessions portent essentiellement sur les services et les ouvrages publics relevant des secteurs marchands (transports urbains, distribution d'eau et d'électricité, assainissement, collecte et traitement des déchets). Ce retour des PPP dans le giron de la gestion public des services s'est fait via l'évolution du cadre réglementaire permettant de garantir un avenir réussi.

Les résultats des concessions réalisées étant estimé, par les pouvoirs publics, comme étant probants, l'État marocain a souhaité développer les investissements dans des projets de plus grande envergure, posant ainsi la question de la nécessité de l'adoption d'un nouveau cadre légal. En effet, la réglementation en vigueur datant du protectorat, elle présentait peu de clarté et de garanties de stabilité pour les investisseurs et semblait difficilement applicable aux nouveaux projets qui exigeaient des financements importants et comportaient plus de risques. Les règles étant rigides et fragmentées selon les secteurs, il était difficile de mettre en œuvre des montages juridiques et financiers innovants. À cela s'ajoutaient la lourdeur de l'appareil administratif, la méfiance des investisseurs à l'égard de la juridiction administrative et une insuffisance en matière d'obligations de transparence et de concurrence. Les contrats impliquant la coopération du public et du privé mis en place relevaient donc du droit commun et non d'une réglementation spécifique aux concessions ou à la gestion déléguée et étaient donc sujets à de longues négociations qui engendraient des coûts élevés. En plus des difficultés liées à la mise en place des contrats, le suivi de leur mise en œuvre était également difficile à assurer.

Face à cette nécessité de changement du cadre légal, la loi n°54-05 relative à la gestion déléguée des services publics est adoptée en février 2006. Elle s'inspire des législations européennes récentes, en les adaptant à des spécificités du Maroc et vise à rationaliser et harmoniser les réglementations sectorielles.

Elle garantit aux opérateurs privés nationaux et étrangers la clarté et la transparence des procédures et l'égalité d'accès et de traitement. Elle prend, également, en compte les intérêts des usagers et les impératifs de service public et assure un partage équitable des risques liés aux projets de PPP entre la puissance publique et son délégataire. Les principales dispositions novatrices introduites par cette loi sont la possibilité de recourir à une procédure d'arbitrage pour le règlement des litiges, voire de se référer à l'arbitrage international dans le cas d'investissements étrangers. Les droits du délégataire ne sont pas omis, puisqu'il peut recourir à la sous-traitance et constater les infractions commises par les usagers. Ses obligations sont également clairement spécifiées en matière d'assurance, de reprise du personnel et de préservation de ses droits.

La régulation et le suivi de la performance des PPP sont assurés par des agences spécialisées dans le secteur concerné par le projet comme l'ANRT (Agence nationale de réglementation des télécommunications) pour les télécommunications ou l'ANP (Agence nationale des ports) pour les infrastructures portuaires.

Enfin, avec la publication de la loi n°86-12 sur les contrats de PPP, le Maroc a introduit un certain nombre de principes et de mécanismes destinés à optimiser le partage des risques et à concilier les exigences respectives de la personne publique (qualité des infrastructures), du partenaire privé (sécurité juridique) et des bailleurs de fonds participant au financement du projet (bancabilité). Ainsi, le droit Marocain de la commande publique présente désormais un cadre clair, cohérent et complet : aux côtés des marchés publics et de la gestion déléguée des services publics, les contrats PPP sont de nature à faciliter la réalisation d'infrastructures de qualité déterminante pour la croissance du Royaume.

§2- Enjeux et perspectives d'avenir:

Même si la mise en place d'un cadre juridique favorable a entraîné une progression du recours à la gestion déléguée et un rattrapage des retards d'investissement, la perception des PPP par les usagers Marocains reste mitigée concernant l'évolution des tarifs et le concept de gestion déléguée. En outre, on observe toujours une faible participation du secteur privé national au profit d'une forte présence de groupes privés internationaux.

Le rapport de la Cour des Comptes au titre de l'année 2015 est éloquent à ce sujet, il a soulevé une faiblesse, voire absence de planification stratégique. En effet, selon ledit rapport, les délégataires n'ont pas entièrement honoré les termes de leurs contrats. Ils ont ainsi procédé, de façon anticipée, à la distribution des dividendes, en méconnaissance des termes des conventions les liant aux autorités délégantes, souligne la Cour des Comptes. Il y a aussi, la libération tardive du capital, conjuguée à la distribution anticipée des dividendes qui a eu pour conséquence l'affaiblissement de la capacité de financement. De ce fait, la capacité de réalisation des investissements que le délégataire devait réaliser selon l'échéancier du contrat s'est vue sérieusement amoindrie.

Cette situation a amené certains délégataires à recourir au marché financier pour faire face à ses besoins de financement. Le rapport critique, également, la *«faiblesse, voire l'absence de la planification stratégique»* en matière d'investissement. De plus, il constate que *« les écarts d'investissement non réalisés sont nettement importants »*. Le rapport n'a pas manqué de relever que *« la réalisation de projets non contractuels se fait au détriment de projets contractuels structurants »*.

Autre aspect pointé du doigt, le fait que *« les trois délégataires³⁷⁹ paient indûment à leurs maisons mères des frais dits d'assistance technique »*. Il s'agit de frais *« non prévus par les contrats de gestion déléguée, non appuyés de pièces justificatives et dont l'effectivité et l'utilité ne sont pas démontrées »*. Dans certains cas, cette assistance a été même considérée comme un apport en capital.

Dans ce sens, Lydec, par exemple, avait, selon le rapport, conclu une convention d'assistance technique *« hors contrat avec ses actionnaires fondateurs »*. En contrepartie, *« elle verse une redevance forfaitaire assise sur la base du chiffre d'affaires HT pour l'assistance continue, et des frais et charges facturés au titre de l'assistance ponctuelle et la formation »*.

³⁷⁹ Le rapport fait référence aux sociétés délégataires de la distribution d'eau et d'électricité, notamment la Lydec, Amendis et Redal.

Ce rapport va guider l'action du gouvernement Marocain qui souhaitait, par le biais de la législation, développer des contrats de partenariats dans les services publics locaux à caractère non marchand (éclairage, ports, santé) et créer, en coopération avec l'Union Européenne et la Banque Mondiale, une entité dédiée à la gestion des PPP et chargée d'une régulation globale de ces partenariats.

Le développement économique dans les pays de la région de la Méditerranée a soulevé avec acuité la problématique de la réalisation des projets d'infrastructure. Mais le principal obstacle était le financement de ces projets. Après études, ce problème incommode a trouvé en partie son dénouement dans la formule de PPP.

Pour ces considérations et pour régler les problèmes posés dans la gestion de la chose publique, durant la dernière décennie, d'autres formes de PPP contractuels se sont développées au Maroc, inspirées fondamentalement de l'expérience Française et britannique (Project Finance Initiative). Ces récents modes de mise en œuvre des services publics visent à répondre à différents besoins, tels que la diminution des contraintes de ressources humaines et financières, l'acquisition d'une nouvelle expertise ou l'optimisation des ressources de l'Etat, etc.

Sur le plan des perspectives d'avenir pour les PPP dans le domaine des ports, et selon le Ministère de l'Équipement, des Transports et de la Logistique, ce processus connaîtra un grand essor. La preuve en est les projets structurants qui sont envisagés. En effet, trois projets portuaires sont actuellement prêts pour être lancés avec des PPP ; il s'agit des projets inscrits sur le carnet de la stratégie portuaire à l'horizon de 2030, en l'occurrence, Le port de Kenitra Atlantique dont les études sont achevées. D'un investissement de 8 MMDH, ce port vraquier permettra de connecter la nouvelle zone industrielle (AFZ) située sur l'axe routier Kenitra et Sidi Yahya, Le port de Dakhla Atlantique dont les études seront achevées vers 2017. Ce port a pour but de développer l'activité de la pêche dans la région du Sud et le port de Jorf Lasfar dont les études sont quasi-finalisées. Le lancement de ce projet gazier est prévu en 2017.

Des études seront, également, lancées pour la réalisation des ports de plaisance destinés à promouvoir le tourisme. Ces projets devraient être, également, réalisés dans le cadre de PPP.

Par ailleurs, il est à signaler que le port de Safi est en cours d'exécution pour un lancement des appels d'offres le concernant en 2017. Ce port est à vocation énergétique et minière pour l'importation du charbon nécessaire à la centrale thermique de Safi ainsi que l'exportation des phosphates. Il s'agit d'un marché d'environ 4 MMDH. Les travaux de construction d'un port prennent généralement 4 à 5 ans a indiqué le ministère.

Eu égard à ce qui précède, il s'avère nécessaire, pour les pouvoirs publics, de choisir la relation de partenariat en fonction de la nature de la coopération escomptée (contrat de concession, gestion déléguée, etc.) mais le plus important est de fournir au secteur concerné un cadre réglementaire, juridique et institutionnel permettant de prendre en compte les intérêts de tous les acteurs et de garantir la transparence entre les parties aux partenariats.

Tel est la situation au Maroc, qu'en est-il de l'évolution des PPP en France ?

Section III : Les PPP en France : un héritage du droit public Français et une inspiration de la pratique britannique :

Le recours de l'Etat français au secteur privé pour le développement des infrastructures publiques n'est pas récent. S'il est généralement admis que des formes de partenariat entre le pouvoir en place et des entreprises privées ont existé depuis la plus haute antiquité jusqu'au 19^{ème} siècle où une longue période de libéralisme économique et une prolifération de découvertes technologiques qui ont modifié le mode de vie des français. L'ouvrage de Xavier Besançon intitulé « 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé » fournit un inventaire historique dans lequel il évoque les nombreux travaux qui ont permis à la capitale de devenir une ville moderne recevant l'eau potable, le gaz et disposant de canalisation d'égouts grâce à quarante-deux contrats de partenariat.

Par ailleurs, l'opportunité de créer un nouveau type de contrats publics remédiant aux discontinuités entre les marchés publics et les délégations de service public, était source de débat entre les juristes et les économistes de l'hexagone depuis le milieu des années 1990. Initialement envisagés sous forme de dérogations sectorielles au code des marchés publics, les partenariats public-privé ont fait l'objet de l'ordonnance du 17 juin 2004, créant les contrats de partenariat, suivi par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008.

Sous-section 1 : Genèse des PPP en France :

Selon la définition retenue par le livre vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 sur les PPP, les partenariats public-privé englobent l'ensemble des modalités de « *coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service* ». Si la coutume française de la gestion déléguée donne au pays un caractère de précurseur en matière d'association du public et du privé autour des contrats de concession, il s'est avéré que les instruments du droit des contrats administratifs – que sont le marché public et la délégation de service public – ne permettaient pas le bon aboutissement de certains projets publics structurants portant sur le financement, la construction et l'exploitation d'infrastructures publiques nécessaires à la réalisation des missions incombant aux collectivités publiques. En effet, si on fait un tour dans l'horizon juridique des « PPP » de l'époque on trouvera les contrats suivants :

A- Les contrats administratifs classiques :

En tête de ses contrats, figure le marché public qui est un type d'accord relevant du droit administratif conclu par une personne publique (Etat, collectivité locale, établissement public) avec des personnes publiques ou privées. Son domaine d'application est étendu : réalisation de travaux de bâtiment ou de génie civil, prestations de services, achat ou location de produits ou de matériel. La passation de ces marchés est régie par le code des marchés publics. L'administration dispose d'un droit de direction et de contrôle de l'exécution du contrat lui permettant, entre autre, de vérifier l'état d'avancement des travaux. Elle peut aussi sanctionner l'entreprise défaillante par des pénalités de retard ou par la résiliation du contrat.

Les marchés publics reposent sur une logique de paiement immédiat d'un prix par l'administration en contrepartie de la prestation fournie. Aucun risque n'est alors supporté par le fournisseur de la personne publique. Outre cette insuffisance qualifiée d'« incitative », le droit des marchés publics présente plusieurs caractéristiques préjudiciables à l'acquisition de

prestations globales, comme la prohibition des paiements différés ou encore l'obligation de dissocier les phases de conception, de construction et d'exploitation.

Le deuxième contrat utilisé par les pouvoirs publics était la délégation de service public qui est *«un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »* (loi du 29/01/1993). La différence fondamentale entre un marché public et une délégation de service public résulte du mode de rémunération retenu : pour le premier, le paiement est intégral, immédiat et effectué par l'acheteur public ; pour la seconde, la rémunération est tirée principalement de l'exploitation du service.

Les délégations de service public se distinguent donc des marchés par le critère du transfert du risque au prestataire, mais elles ne peuvent répondre à l'ensemble des besoins des collectivités du fait de l'existence de deux conditions restrictives. Primo, il est nécessaire que la prestation concernée relève d'un service public déléguable, ce qui ne saurait être systématiquement le cas, notamment pour des opérations dans le domaine immobilier. Secundo, le critère de qualification de la délégation repose sur l'existence d'une rémunération provenant substantiellement des revenus liés à l'exploitation de l'infrastructure. Cela suppose non seulement que les services soient destinés à des usagers et non à l'administration, mais aussi que le risque de demande soit obligatoirement attribué au prestataire, ce qui peut s'avérer contre-productif dans certains types de partenariat public-privé.

B- Les contrats dérogatoires :

Ces types de contrats ont été imaginés et développés pour pallier les limitations posées par les contrats publics déjà existants dans l'environnement juridique Français. En effet, l'éventail des contrats administratifs disponibles n'était pas assez large pour permettre la mise en place en droit français de contrats de partenariats sur le modèle de ceux développés dans les pays anglo-saxons, pour lesquels, particulièrement, le faible développement du droit administratif offrait des marges de manœuvre bien plus étendues.

Les signes distinctifs du nouveau contrat administratif qui est projeté et jugé nécessaire pour s'adapter aux besoins des protagonistes réunissaient de nombreuses caractéristiques que le droit français de la commande publique empêchait de réunir sur un seul et unique support contractuel. De prime abord, la mise en œuvre d'un partenariat présupposait l'établissement d'un contrat global intégrant l'ensemble des phases allant de la conception à la maintenance, lesquelles étaient obligatoirement scindées dans le droit de la commande publique. Ensuite, le contrat devait avoir une durée en rapport avec la durée de vie des équipements ou d'amortissement financier des emprunts. En matière de partenariat, il s'agit plus de partage que de transfert des risques. De la même façon, le partenariat public-privé suppose de mettre en place un mécanisme de paiements différés, strictement prohibé par le Code des Marchés Publics. Enfin, le contrat doit reposer sur des mécanismes incitatifs associant aux paiements différés de la personne publique une part variable liée à la qualité du service, prévoyant la possibilité de revenus additionnels provenant de l'utilisation de l'infrastructure pour compte de tiers et organisant l'adaptation du contrat aux aléas pouvant affecter son exécution (clause de partage des profits non anticipés en cas de refinancement, modalités de renégociations et ouverture de la possibilité d'un recours à des procédures d'arbitrage).

Tous les types de PPP contractuels (concession de service, délégation de service public, contrat de partenariat institué en 2004) font l'objet, en France, d'un encadrement législatif.

Sous-section 2 : L'introduction du partenariat public privé dans la tradition juridique Française:

La source et l'origine du contrat de partenariat en droit français se trouve aussi bien dans la tradition ancienne du droit administratif Français que dans des politiques publiques suivies à l'étranger qui l'ont inspiré, et particulièrement celles adoptées en Grande-Bretagne.

§1- Les diverses conceptions du partenariat public privé :

Au préalable, il faut préciser les contours de cette notion qui est resté, pendant longtemps, très vague, tant en droit Français qu'en droit communautaire, exerçant une influence sur la pratique des PPP en France, ou en droit comparé. A cet effet, il faut lever tout amalgame causé par l'importation du concept de la langue anglaise au français. *Public private partnership* (PPP), ou *Private participation in (public) infrastructure* (PPPI ou PPI) désigne l'ensemble des modalités d'intervention d'un opérateur privé dans la gestion, voire la fourniture, du service public. Ces termes incluent, également, les *privatisations* stricto sensu, lorsque le capital d'une entreprise publique gérant un service public (y compris sous la forme d'un établissement public) est majoritairement cédé à un opérateur privé.

Le constat est éloquent lorsque l'on fait des distinctions dans la pratique Française, notamment entre des instruments emportant des effets juridiques aussi différents que le contrat et l'autorisation unilatérale qui ne sont pas pris en compte par le droit de Common Law³⁸⁰. Même le droit communautaire, si l'on examine certaines de ses dispositions, particulièrement, celles du *Livre vert sur les partenariats public-privé*, elles traitent indifféremment des deux instruments et vise les schémas contractuels comme les partenariats institutionnels³⁸¹. Ceux-ci renverraient, en droit Français, aux sociétés d'économie mixte locales, qui sont considérées comme appartenant à « l'économie mixte ». Ce type de société traduit, plutôt, la forme la plus médiate de l'intervention directe de la puissance publique pour fournir un service, par opposition à la forme la plus immédiate que représenterait la régie.

Pour ce qui nous concerne, on prendra en compte l'acception du Partenariat Public Privé qui confère à l'intervention de capitaux privés dans le fonctionnement des services collectifs un rôle central dans la notion de partenariat public privé. Celui-ci peut se définir comme *l'ensemble des techniques de création et/ou de gestion des services publics qui reposent sur l'intervention directe de financements privés pour réaliser les investissements nécessaires, par opposition à un financement purement budgétaire éliminant tout risque économique pour l'opérateur*.

Comment se présente alors les PPP tout au long de l'histoire Française de gestion des services publics ?

³⁸⁰ Voir B. du Marais, « Contrat et autorisation unilatérale : quelques éléments de comparaison entre deux modalités de partenariat avec un opérateur privé pour fournir le service public », *La Gazette du Palais*, 12 au 14 mars 2006, n° 71 à 73, p. 3s.

³⁸¹ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM (2004) 327 final.

A- Les PPP en France : une consécration juridique de la tradition :

Comme précédemment souligné, le droit administratif Français connaît le partenariat public privé depuis de longue date. En premier lieu, il a été développé un long usage de partenariat contractuel à travers les contrats de concession avec ou sans paiement de l'utilisateur. Le contrat réglait, d'une façon exhaustive, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant. Le concessionnaire est tenu de créer les ouvrages publics nécessaires et d'exploiter « à ses risques et périls », le service concédé dans les conditions du contrat.

Dans le premier cas, sa rémunération est constituée –en partie - par la perception sur les usagers des redevances pour services rendus, en application d'un tarif fixé par la collectivité publique. À présent, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, le critère du paiement *direct* par l'utilisateur définit une catégorie d'instruments contractuels, appelés *délégations de service public* (DSP). Cette catégorie a été créée, en France, par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite « loi SAPIN » dont les dispositions sont insérées dans le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) aux articles L1411-1. Elle inclut, outre la concession stricto sensu, l'affermage et la régie intéressée, le bail emphytéotique administratif créé par la loi 88-13 du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation³⁸².

a) L'origine récente du contrat de partenariat :

Parallèlement à l'utilisation du contrat de délégation de service public, les années 1990 ont vu se développer, en France, des montages contractuels dans lesquels des organismes publics - collectivités locales ou même l'Etat- ont cherché à incorporer leurs actifs immobiliers pour réaliser des infrastructures nécessaires à des services publics pour lesquels il n'est pas indiqué de faire contribuer financièrement les usagers³⁸³.

Le traitement juridique de ce besoin a connu une grande évolution durant les décennies 1980 et 1990 et les pouvoirs publics ont marqué un temps d'hésitation entre une limitation draconienne de ces pratiques, au nom d'une conception prudente et de la transparence, d'une part et des flexibilités ponctuelles qui manquaient des fois de cohérence, d'autre part.

Pour réguler ces pratiques, la jurisprudence a commencé à en restreindre le champ, en interdisant, notamment, la pratique des baux emphytéotiques et plus généralement des droits réels sur le domaine public, ainsi que de clauses prévoyant à l'avance et de façon automatique les modalités de substitution, notamment pour les bailleurs de fonds.

Or, il fallait octroyer un cadre aux exigences et contraintes des collectivités locales. Le *bail emphytéotique administratif (BEA)* a donc été institué au profit des seules collectivités locales et de leurs établissements publics par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation. Puis a été promulguée la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public (avec la décision du Conseil Constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet

³⁸² Codifiée aux arts. L 1311-2 du CGCT.

³⁸³ « Les montages contractuels complexes », Ph Terneyre, in *AJDA*, 1994, n° spécial, p. 43 ; « Les virtualités du système des droits réels mis en place par la loi du 25 juillet 1994 : des montages habiles mais risqués », G. Pietri et C. de Bernis, *LPA*, 142, 27 novembre 1998, p. 4-11.

1994). Cependant, les possibilités, ouvertes seulement pour l'Etat et ses établissements publics, sont conçues de façon restrictive.

Par ailleurs, la jurisprudence est venue, également, apporter des assouplissements aux principes fixés par la loi MOP. Elle a ainsi reconnu la possibilité, pour la collectivité publique, de ne pas être qualifiée de maître de l'ouvrage même si elle donne un mandat de conception et de construction dès lors qu'elle n'est pas juridiquement propriétaire du bien construit³⁸⁴. Cette solution était confirmée et confortée par un avis du Conseil d'État en formation administrative³⁸⁵.

Cependant, sous l'effet de prolifération des pratiques contractuelles et au moment où le législateur et le juge ouvraient certaines possibilités de montage inventif ainsi que complexe, l'enjeu d'une exacte qualification de chacune de ces opérations était renforcé avec la pénalisation du droit de la commande publique et l'introduction, au début des années 1990, du délit de favoritisme. Celui-ci faisait courir le risque d'une lourde amende voire une peine d'emprisonnement pour une simple méconnaissance, non intentionnelle, des procédures de mise en concurrence. Ceci incitait les décideurs publics à la prudence, voire à l'immobilisme. Or, une évolution nettement contraire se déroulait de l'autre côté des frontières.

Quelles sont alors les implications de ces contrats ?

b) L'impact dû à l'essor de la Private Finance Initiative (PFI) britannique :

Lorsqu'on traite de l'histoire du PPP en France, souvent, le contrat de partenariat est présenté comme directement inspiré de la PFI britannique. Il a même été parfois critiqué comme une simple importation de us anglo-saxonnes. Or, certains auteurs Français estiment que c'est l'inverse qui s'est produit. Selon eux, les schémas concessifs instaurés en France préexistaient bien avant la vague de « privatisation » et d'externalisation qui a prévalu dans le monde anglo-saxon à partir des années 1980 et 1990.

A ces auteurs de continuer que ces techniques concessives ont accompagnées les opérations d'équipement de la France dans la gestion de la plupart des grands services publics en réseau, notamment sur le plan local. Elles ont eu un succès tel que le terme générique de « concession » est parfois utilisé, dans la littérature anglo-saxonne, comme synonyme de partenariat public privé contractuel, en faisant référence explicitement au « modèle français »³⁸⁶. En effet, la France a longtemps été parmi les pays de l'OCDE et dans lequel la gestion privée des services publics a été le plus développé, y compris dans des secteurs réputés « monopolistiques par nature », comme l'eau et l'assainissement.

Ce qui s'est passé, selon les observateurs Français notamment, c'est que courant des années 1990, l'industrie du *Project finance* et le gouvernement Britanniques ont communiqué largement sur leur nouvelle pratique, au point de l'ériger en standard mondial, voire en

³⁸⁴ Affaire « SA SOFAP-Marignan immobilier », décision du CE du 25 février 1994, *Rec. Leb.*, p. 94 RFDA 1995, p. 515, concl. J. Arrighi de Casanova

³⁸⁵ CE, Avis, Sections de l'Intérieur et des travaux publics, 31 janvier 1995 (commentaire E. Fatôme et P. Terneyre, *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2002, p. 344).

³⁸⁶ Voir par exemple, World Bank: *World development report*, 1994; *Toolkits for Private Participation in Water and Sanitation*: <http://www.worldbank.org/html/fpd/water/wstoolkits/index.html>.

précurseur³⁸⁷. Cependant, cette évolution sur la scène mondiale du partenariat public privé se comprend aisément dès lors que d'un côté de la Manche, les acteurs Français se tenaient relativement discrets, plus ou moins pris dans les affaires et que, de l'autre côté, leurs homologues britanniques déployaient leur savoir-faire traditionnel en termes de communication.

Pour la définir, la PFI constitue une politique publique active visant à relancer l'investissement dans les services public plus, qu'une réforme juridique. Elle a été menée par tous les gouvernements Britanniques successifs à partir de 1992. Elle visait à encourager la réalisation de travaux et la gestion des services dont ils sont le support, grâce à un financement ou un préfinancement privé.

Ce programme a été lancé en 1992, à l'occasion du discours du budget du Chancelier de l'Echiquier de l'époque Norman Lamon. Il a pour principaux objectifs d'augmenter la capacité de financement du secteur public, d'améliorer la qualité des services publics et surtout de diminuer la dépense publique. Un élément important à signaler, il ne s'agissait pas seulement de bénéficier d'investissements privés mais aussi du savoir-faire des entreprises privées, chose qui manquait fortement à l'administration.

Quant à l'outil ou le support utilisé pour mettre en place cette politique et qui est le contrat, chaque opération s'organisait autour d'un montage contractuel comprenant au moins trois contrats, qui forme une « matrice contractuelle » :

- Le contrat principal liait l'administration à un consortium d'entreprises auquel est confié la construction d'un équipement et son exploitation, à travers une société de projet ad hoc (*Special Purpose Vehicle*, ou *SPV*). Les financiers de l'opération, souvent des organismes bancaires ou des fonds d'investissements, avaient la possibilité de participer au *SPV*. Cette société de projet ne réalise pas directement l'objet du contrat ; elle en servait seulement de support ou en terme technique (véhicule) et en confiait l'exécution même aux entreprises membres ou à des sous-traitants.
- Un ou plusieurs contrats liait la société de projet avec les entreprises nécessaires à la construction et à l'exploitation ;
- Le contrat de financement est tripartite : il liait la société de projet aux financiers qui procuraient les fonds nécessaires au préfinancement de l'équipement, mais aussi, directement, ces deux cocontractants avec la collectivité publique, notamment pour prévoir les éventuelles garanties apportées par celle-ci et en sens inverse, les conditions de transfert du contrat en cas de défaillance, à travers des clauses dites de « *step in* »³⁸⁸.

B- L'évolution des contrats de partenariat : émergence de contrats spécifiques :

Forts de ces constats tels que développés ci-dessus – besoin constant des collectivités de disposer d'un instrument de partenariat public privé de type « marché concessif » – le gouvernement Français, issu des élections de 2002 n'avait pas d'autres solutions que de légiférer le concept contractuel. Il l'a fait dans la précipitation à tel point que la doctrine,

³⁸⁷ « Délégations de service public : la leçon britannique », B. du Marais, P. Cossalter, in *Les Échos*, 4 septembre 2001.

³⁸⁸ Prise en compte des droits connexes et le bénéfice d'une clause de substitution de l'opérateur comme moyen d'exécution.

même en saluant ses pas, a estimé que la cohérence d'ensemble n'a pas été totalement garantie³⁸⁹.

En effet, il est éloquent de constater que depuis les élections présidentielles de 2002, cinq textes se sont succédé pour permettre l'intervention d'opérateurs externes dans la fourniture des services publics : quatre textes sectoriels et un texte dont le champ d'application est général :

- **L'article 3 de la Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002 :**

Au terme de cet article et par dérogation aux dispositions de la loi MOP de 1985 (*la maîtrise d'ouvrage publique*), l'Etat peut confier à une personne publique ou privée, une mission portant aussi bien sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationale. L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat ou l'une des Entreprises Publiques ou privée ou leur groupement, le cas échéant, en suivant les procédures prévues par le code des marchés publics.

Ce texte ouvre, en outre, la possibilité pour l'Etat de recourir au crédit-bail et à la location avec option d'achat combinée avec une autorisation domaniale (régime dit de l'AOT-LOA de l'article L 34-3-1 nouveau du code du domaine de l'Etat, actuellement inséré dans le code général de la propriété des personnes publiques par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006).

- **L'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système santé :**

L'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 a modifié spécialement l'article L.6148-7 du code de la santé publique. Celui-ci prévoit que, par dérogation aux dispositions de la loi MOP, un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice de ses missions ou sur une combinaison de ces éléments. Ici encore, l'exécution de cette mission résulte d'un marché passé selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Ce texte régit ce que les praticiens appellent communément « le bail emphytéotique hospitalier » (BEH), selon un dispositif qui s'apparente au BEA.

Enfin, et pour mémoire, la loi de programmation militaire n° 2003-73 du 27 janvier 2003 mentionne comme « alternatives à l'acquisition patrimoniale » la nécessité de rechercher « des solutions innovantes », allusion faite, de manière subtile au partenariat public privé avec ses différentes formes.

³⁸⁹ Voir A. Ménéménis, art. Précité.

• **La création du contrat de partenariat et les innovations de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004**³⁹⁰ :

Par son article 6³⁹¹, la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, et dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution Française, le Parlement a autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), et de créer de nouvelles catégories de contrats à conclure par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public et portant sur la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics ou encore la gestion et le financement de services, ou même une compilation de ces différentes missions.

Le groupe de travail, réuni à Matignon pour examiner ce projet de texte, avait bien noté concernant cette habilitation qu'il fallait mieux opter pour la création d'un nouveau contrat, plutôt que pour un assouplissement des textes en vigueur et particulièrement de la loi MOP. Selon ce groupe, il eût été plus rationnel et judicieux de procéder par l'octroi de plus de liberté contractuelle plus large aux collectivités publiques. Une telle démarche de libéralisation aurait eu, selon le groupe, l'avantage d'éviter les éventuels conflits de limites entre les différents contrats publics disponibles. Ceci aurait, également, permis de créer un ensemble d'instruments et de montages contractuels, comme il en existe en Grande-Bretagne.

La conclusion du groupe de travail est donnée par l'exemple des DSP qui est éloquent et démontre que les contrats globaux, qui sont utilisés pour des opérations complexes, ne peuvent se satisfaire d'une procédure d'appel à concurrence simple, sélectionnant l'opérateur sur quelques critères et passent seulement par quelques étapes. Les raisons invoquées expliquant ce raisonnement c'est qu'entre 2002 et 2003, époque de la réflexion sur la relance du partenariat public privé, le fait d'ouvrir une large marge d'appréciation contractuelle était considéré comme une source d'insécurité juridique. Aussi, a-t-il été jugé qu'il valait mieux, pour rassurer les décideurs publics, créer un contrat spécifique, précisant le régime de mise en concurrence des partenaires potentiels.

Un autre constat s'est imposé et consiste à dire que dès lors que l'on accepte la complexité, il y a nécessairement une part de dialogue qui doit être instauré. Ce constat s'est

³⁹⁰ Ordonnance du gouvernement Jean-Pierre Raffarin, instaurant une nouvelle forme de partenariat avec le secteur privé aux côtés des marchés publics et délégations de services publics. Ce nouveau contrat administratif est, au sens du droit communautaire, une forme des marchés publics.

³⁹¹ Cet article stipule que : « Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des 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, ou une combinaison de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article »

traduit, également, dans les dispositions des articles 5 et 7 de l'ordonnance de 2004 pour l'Etat lui-même. Ces dispositions rappellent la procédure de « dialogue compétitif » prévue à l'article 29 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services pour ce qui est de l'ancien mode de la commande publique que sont les marchés publics et dont la nature est singulièrement complexes. Les observateurs ont regretté que l'ordonnance ne renvoie pas purement et simplement au dispositif du code des marchés publics qui, dès le décret 2004-15 du 17 janvier 2004, introduisait déjà le dialogue compétitif par ses articles 36 et 67.

Enfin, compte tenu de l'objectif d'offrir aux collectivités publiques un ensemble d'instruments permettant une allocation optimale des risques, il y avait l'appréhension de voir disparaître la catégorie des DSP à la faveur d'un rapport de force qui aurait permis aux opérateurs de s'affranchir de tout risque de la demande.

C- Les limites apportées par le Conseil constitutionnel : le risque de la corruption.

L'habilitation citée ci-dessus a été considérée comme conforme à la Constitution par une décision du Conseil Constitutionnel n° **2003-473 DC du 26 juin 2003**, dans laquelle le Conseil a émis d'importantes réserves d'interprétation. Le raisonnement purement économique de sa thèse a été contesté³⁹², mais sa décision a été qualifiée de courageuse ayant soulevé un point considéré comme tabou s'agissant de la commande publique et, plus généralement, de la vie politique Française en l'occurrence la question de la corruption.

En effet, le Conseil Constitutionnel avait réduit substantiellement le champ d'application du nouveau contrat. Aussi, a-t-il limité l'emploi du PPP « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence (...) qui s'attache à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »³⁹³. En effet, la généralisation de ce type de montage est contraire à trois principes de nature constitutionnelle : l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et, ce qui est considéré comme innovation à ce sujet, « le bon usage des deniers publics ».

Cependant, certaines contradictions ont été soulevées dans cette décision qui était motivée par l'efficacité économique, la défense des PME et la lutte contre la corruption³⁹⁴. Or, les juges constitutionnels réservent le PPP à de grosses opérations, très complexes, qui peuvent au contraire faire craindre le maximum de déviations.

Pour certains, il était regrettable que le Conseil Constitutionnel intervenait par une réduction du champ d'application de la future ordonnance au lieu de procéder par des conseils de méthode faites au Gouvernement, comme ce fut le cas notamment, dans sa décision sur les privatisations.

De même, et en vertu de l'article 2 de l'ordonnance, « *les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : a)*

³⁹² « Des limites au partenariat public-privé » B. du Marais, in *Les Echos*, 27 novembre 2003, rubrique Droit.

³⁹³ Voir la note de J-E Schoettl, *AJDA*, 2003, p. 345.

³⁹⁴ Voir la note de J-E Schoettl, *AJDA*, 2003, p. 345.

montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou bien que le projet présente un caractère d'urgence.(...) ». Cette disposition est reprise pour ce qui est des collectivités locales à l'article L 1414-2 du CGCT, dans des termes presque identiques, à une exception importante : l'absence d'homologation des organismes qui effectuent l'évaluation préalable.

Celle-ci avait été envisagée, par certains auteurs, qui avaient beaucoup insisté pour l'introduction d'une telle innovation dans le droit administratif Français et dans les méthodes de la décision publique. C'est une inspiration de l'exemple britannique qui l'imposait déjà sous la forme d'un « *public sector comparator* »³⁹⁵. Même si la réalité est souvent différente de la théorie dans la pratique britannique, l'évaluation a pour but de rendre objectif le choix de la collectivité et de démontrer que le recours au PPP, par comparaison aux opérations classiques de régie par exemple, dégage une plus-value suffisante encore appelée chez les britanniques « *Value for money* ».

Les auteurs de l'ordonnance en ont fait une condition permettant de démontrer que le contrat de partenariat satisfait aux critères émis par la décision du Conseil Constitutionnel du 2003-473 DC du 26 juin 2003 précitée.

§2- La concrétisation via l'ordonnance du 17 juin 2004 :

En vertu de la loi d'habilitation ci-dessus développée, le gouvernement Français avait publié l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dont la légalité a été confirmée par une décision du Conseil d'État³⁹⁶ après le rejet d'une procédure engagée devant le juge administratif statuant en référés. L'ordonnance fut définitivement ratifiée par une loi que le Conseil Constitutionnel a déclarée conforme à la Constitution par une décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004. Ainsi se terminait le cycle particulièrement long et conflictuel de la mise en œuvre de l'habilitation originelle.

Au-delà de ses éventuels effets macro-économiques sur l'investissement public, ce texte peut constituer une incitation à adopter de nouvelles méthodes et approches pour concevoir les politiques publiques. Au moins un de ses dispositifs attire particulièrement l'attention, en termes de pédagogie de la décision publique : l'évaluation préalable.

En effet, le groupe de travail réuni fin 2002, pour l'examen de ce texte, avait conçu une politique d'ensemble sur la gestion en partenariat entre secteur public et privé. A cet égard, il avait été envisagé de créer un organisme qui s'apparente à un « observatoire » indépendant des services publics en partenariat public privé. Sans prétendre jouer le rôle d'un régulateur indépendant comme c'est le cas dans les pays anglo-saxons, il aurait l'avantage de combler, à l'égard des collectivités locales, des lacunes en termes de diffusion de l'information et des bonnes pratiques.

³⁹⁵ La comparaison avec le secteur publique (CFP) est un outil utilisé par les gouvernements pour déterminer le fournisseur de service approprié pour un projet du secteur public. Il se compose d'une estimation du coût que le gouvernement paierait s'il devait fournir un service par lui-même. La Banque mondiale a sa propre définition, dans laquelle un CFP est utilisé par un gouvernement pour prendre des décisions en testant si une proposition d'investissement privé offre une valeur ajoutée par rapport à la forme la plus répandue qu'est le marchés publics. En général, la CFP permet aux gouvernements de déterminer si un partenariat public-privé ou autre arrangement serait plus rentable.

³⁹⁶ CE, décision du 29 octobre 2004, Affaire M. Sueur et autres, req. 269814

Certes, il est difficile de qualifier s'il s'agit-il d'un retour aux sources du droit administratif Français ou de l'émergence d'un nouveau modèle d'économie mixte. Toujours est-il qu'après la fougue qui a animé le débat public pendant la préparation de l'ordonnance puis la relative difficulté des projets à voir le jour, l'évolution actuelle paraît durable.

Par ailleurs, la vraie concrétisation juridique fut la loi du 28 juillet 2008, relative aux contrats de partenariats qui a pour objet d'étendre le recours aux contrats de partenariat créés par l'ordonnance du 17 juin 2004³⁹⁷. En effet, si l'ordonnance en faisait un outil d'exception, la loi de 2008 en élargit les possibilités d'y recourir. Il n'y a qu'à observer l'évolution de sa définition et les éléments du discours mis en avant pour justifier son instauration pour le comprendre.

Ainsi que l'explique l'exposé des motifs de la loi du 28 juillet 2008 :
« *Le Président de la République a (...) demandé au Premier ministre de mettre en place un plan de stimulation du partenariat public-privé dont le présent projet de loi constitue le volet législatif.* ». Il a donc été décidé d'élargir le recours à ce nouveau mode contractuel dans le respect du cadre fixé par le Conseil Constitutionnel³⁹⁸. La loi en projet ajoutait deux nouvelles voies d'accès : celle de l'intérêt économique et financier pour la personne publique, au regard de l'ensemble des outils de la commande publique, et une voie d'accès sectorielle pour un temps limité. Il procédait en outre à plusieurs aménagements techniques pour assouplir le régime juridique applicable à la mise en œuvre de ces contrats.

La nouvelle définition du contrat de partenariat, donnée par l'article 1er de la loi traduira cette évolution.

« *I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.*

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

« *II. - Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser.*

Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par la personne publique pouvant concourir à l'exécution de sa mission.

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

Le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière.

³⁹⁷ La loi élargit notamment, la notion d'urgence. L'urgence sera reconnue lorsqu'il s'agira de faire face à des situations imprévisibles, mais aussi en matière de rattrapage de retard d'équipement. La loi crée également le critère de "bilan avantageux". Il suffira que la mise en balance coût/avantage, par rapport aux mêmes prestations effectuées par la personne publique, fasse apparaître un avantage objectif pour que la procédure soit retenue. Par ailleurs la loi crée une voie d'accès sectorielle temporaire pour les contrats passés avant le 31 décembre 2012, dans le domaine des grandes politiques publiques.

³⁹⁸ Cf. décision du Conseil Constitutionnel n°2008-567, du 24 juillet 2008

« III. - Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme. »

L'article 2 disposant;

“I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte.

“II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

“1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

“2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ;

“3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. ».

§3- Les implications communautaire et du droit comparé européen des PPP :

Le dispositif PPP en France s'imprègne du droit dérivé (A) et reste sous l'influence des pays riverains constituant l'UE (B).

A- Les PPP en droit communautaire :

La publication du Livre Vert sur les partenariats public-privé (PPP) et le droit communautaire des marchés publics et des concessions se concentrent sur les problèmes juridiques et techniques des PPP. Le Livre Vert a bien noté que le droit communautaire des marchés publics ne prévoit pas de régime englobant l'ensemble des PPP. C'est pourquoi, son dispositif vise à apporter les clarifications nécessaires et à inscrire les PPP dans le cadre général de la commande publique en Europe.

L'objet essentiel du Livre Vert et les raisons de sa rédaction résident dans le souci, pour les pays de la Communauté Européenne, de veiller au strict respect des principes communautaires dans les opérations de PPP et des concessions projetées sous leurs différents formes, tels qu'ils résultent des traités et des autres règles législatives et réglementaires de

l'Union Européenne, notamment les articles 43 et 49 du traité. Ces articles instaurent la liberté d'établissement, de prestation, de circulation des capitaux, la libre concurrence s'appuyant sur la transparence, l'égalité de traitement, la non-discrimination, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle.

Le Livre Vert a fait le constat selon lequel en matière de PPP, toutes formes confondues, plus particulièrement le contrat de concession, le dispositif juridique européen est peu clair et manque d'homogénéité.

Le constat datant de quelques années déjà, le Parlement Européen, en 2002 et le Conseil Economique et Social Européen en 2001 avaient demandé à la Commission d'examiner la possibilité d'adopter une proposition de Directive visant à réglementer de manière homogène les PPP de type concessions.

La Commission européenne a dû prendre position à travers le livre vert ; Pour ne reprendre que les derniers développements, postérieurs à l'accueil plus que réservé donné à sa communication sur les concessions de 2001, la Commission avait inauguré un nouveau schéma représentatif en intitulant le livre vert du 30 avril 2004, « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ». Dans celui-ci, la Commission annonce qu'elle « *pourrait envisager de soumettre la passation de tous les PPP contractuels, qu'ils soient qualifiés de marchés publics ou de concessions, à un régime de passation identique* » en se fondant pour cela sur l'éventualité d'une « insécurité juridique, liée à la difficulté d'identifier *a priori* la répartition des risques d'exploitation entre les partenaires » qui serait « fréquemment présente dans le cadre de la passation de certains PPP de type purement contractuel ».

Certes, la Commission indique, dans une communication ultérieure³⁹⁹, qu'elle y a renoncé pour l'instant, mais le motif invoqué tiré des consultations menées auprès des Etats membres à la suite de la publication du livre vert, est à l'évidence sujet à des évolutions au gré du temps et des intérêts des Etats. Dans une communication, elle ne manquait pas de souligner que l'expérience des PPP est en constante évolution. L'ensemble des parties prenantes, y compris les autorités nationales et la Commission, tirent en permanence des enseignements de l'expérience pratique acquise à la suite de l'application du droit communautaire à ces partenariats, ce qui n'est qu'une façon de rappeler que, à tout moment la concession peut faire l'objet d'une inclusion dans un ensemble plus vaste que seraient les PPP au sens européen et d'une soumission à un régime commun aux marchés publics.

En réalité, c'est par le biais des concessions que la Commission entend reprendre la main en matière de la législation sur les PPP et c'est justement l'objectif des PPP auquel se retrouve assujettie la forme concessive. En effet la consultation du livre vert a fait apparaître la nécessité d'un cadre législatif stable et cohérent pour l'attribution de concessions au niveau de l'UE, notamment en vue de réduire le coût des transactions (en faisant diminuer les risques juridiques) et plus généralement en renforçant la concurrence. De nombreuses parties prenantes ont fait valoir qu'une sécurité juridique et une concurrence renforcées dans le domaine des concessions représenteraient un moyen pratique de promotion des PPP, ce qui permettrait d'accroître la contribution financière privée au projet à une période où les budgets publics sont soumis à des Contraintes sévères. Ces contraintes sont imposées par l'Union alors

³⁹⁹ Communication de la Commission du 15 novembre 2005 « concernant les partenariats public-privé et le droit Communautaire des marchés publics et des concessions », COM (2005), 569 final, 2.1.

même que la Commission a rappelé que « *une grande partie des PPP dans l'UE sert à financer des projets d'infrastructure et majore l'investissement public. Pour les finances publiques, la conséquence principale d'un tel choix par rapport à l'investissement public traditionnel est la transformation de dépenses fixes à effectuer d'avance en flux de créances à venir. Cette pratique est fondée sur le plan microéconomique puisqu'elle permet une efficacité accrue sans compromettre les objectifs publics. Il est important d'éviter que le recours aux partenariats en question soit de plus en plus motivé par la volonté de contourner les contraintes budgétaires en faisant « sortir » les dépenses en capital des budgets publics. Ce faisant, le coût total des projets peut augmenter, et aller donc à l'encontre de l'objectif de viabilité des finances publiques.* »⁴⁰⁰.

Par ailleurs, ne pouvant pas obtenir immédiatement l'inclusion qu'elle souhaite dans un droit unique de la commande publique et devant faire face à la jurisprudence de la Cour (l'arrêt *Telaustria*⁴⁰¹ à l'arrêt *Parking Brixen*), la Commission envisage comme une étape de produire un encadrement juridique unique pour toutes les concessions. Selon elle, « *il est probable que les principes généraux découlant du Traité CE devront être explicités clairement au moyen d'une législation communautaire sur l'attribution des concessions. La législation, qui couvrirait à la fois les concessions de travaux et de services, fournirait une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics. Elle nécessiterait une publicité adéquate de l'intention d'attribuer une concession et définirait les règles applicables à la sélection des concessionnaires sur la base de critères objectifs et non discriminatoires. D'une manière plus générale, ces règles viseraient à appliquer le principe d'égalité de traitement à l'ensemble des participants à la procédure d'attribution.* »⁴⁰². C'est dire que la concession pourrait se voir rapidement dotée d'un régime juridique de droit européen contraignant, de nature à durcir un peu plus son caractère normatif et à reporter l'intérêt et la créativité des juristes sur des formules inédites.

Si on fait un tour des principaux pays européens faisant recours au PPP, on notera que le modèle Français de concession ne se distinguera plus clairement dans un régime général de droit européen. En revanche, les potentialités de la notion juridique de PPP englobent, au-delà des rapports contractuels entre entreprises privées et personnes publiques, des formes institutionnelles (personnes juridiques communes) et unilatérales, ce que valorise la Commission dans son livre vert. D'autant plus que, en dehors de la seule concession, il ne faut pas sous-estimer l'originalité de la pratique contractuelle et de la législation Françaises qui sont en réalité, avec celles de l'Italie, de l'Espagne et du Royaume-Uni, à la fois les plus abouties relativement aux PPP, et les moins connues dans les autres Etats membres, notamment d'adhésion récente à l'UE.

Aussi, en réaction à ce livre vert, de nombreuses demandes ont été formulées en faveur d'une initiative de l'Union Européenne pour statuer sur la réglementation applicable en la matière et particulièrement sur le choix des partenaires du privé dans les « PPP institutionnalisées » (PPPI). Néanmoins, pour préserver la souplesse indispensable au développement de cette forme d'investissement, la Commission Européenne a décliné l'option législative et a opté pour une clarification des règles applicables dans le domaine des marchés publics et des concessions dans une communication officielle en 2008. Cette

⁴⁰⁰ Communication de la Commission du 21 mai 2003, Les finances publiques dans l'UEM, COM(2003) 283 final.

⁴⁰¹ CJCE, Affaire « *Telaustria et Telefonadress* », décision du 7 décembre 2000.

⁴⁰² Communication de la Commission du 15 novembre 2005.

déclaration rappelait la nécessité du respect des principes d'égalité de traitement, de libre-circulation et de non-discrimination, impliquant une obligation de transparence.

A la fin de l'année 2009, le président de la Commission Européenne José Manuel Barroso, encourageait le recours aux PPP en déclarant : « ... *les partenariats public-privé peuvent aider les autorités publiques à créer de l'emploi en continuant à investir dans le futur (...). S'ils sont correctement planifiés et exécutés dans le respect de l'intérêt public à long terme, les PPP peuvent augmenter les investissements dans les soins de santé, l'enseignement et les systèmes de transport durables de qualité. Ils peuvent aider à lutter contre les changements climatiques et à améliorer l'efficacité énergétique. Nous souhaitons que les autorités publiques utilisent davantage et plus efficacement les PPP* ».

Mais, il faut signaler que le manque de clarté associé aux processus PPP handicape sa progression ; l'engagement dans ce type d'investissement nécessitant une expertise spécifique en la matière, que les responsables des pays émergents ne contrôlent pas nécessairement. Ajoutée à la difficulté d'être en concurrence avec des opérateurs locaux bien implantés et l'incertitude juridique pesant sur ce modèle ne favorise pas l'accès aux marchés étrangers des entreprises internationales par ce processus.

B - Les PPP en France et l'influence des pays européens :

À côté de la définition large de ces opérations entendues au sens du *Livre vert* de la Commission Européenne, les législateurs de l'Europe ont introduit, dans leur droit et à côté des formes juridiques traditionnelles susceptibles de faire l'objet de « financement de projet » (*project financing*) au sens évoqué ci-dessus, des régimes spécifiques différents des contrats de partenariat tels que prévus en droit Français. On y trouve les dispositions de la loi espagnole sur le « contrat de collaboration entre le secteur public et le secteur privé » (*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*), celles adoptées par la loi italienne sur la « finance de projet » (*finanza di progetto*) qui se greffent au régime général des concessions et, bien entendu le régime phare des PPP qui est celui applicable en Angleterre qui comporte davantage de normes publiées par le Trésor britannique que de règles prises par l'intervention du législateur. Ces trois exemples confirment l'appréciation d'une publication, selon laquelle « *l'existence d'une législation spécifique aux PPP n'est pas une condition nécessaire à leur développement* »⁴⁰³.

Comment s'articulent alors ces législations ?

a) Les expériences italiennes

En Italie, le recours au partenariat public-privé a été permis par la loi dite « d'objectif » (*legge obiettivo*) datant de 2001. Ce cadre législatif partait du fait d'un fort sous-investissement public, induisant un retard dans le développement des projets économiques du pays, du fait de la faiblesse des infrastructures existantes, notamment dans le domaine des transports. Sur la décennie 1990/2000 par exemple, l'Italie n'avait consacré que 1,6 % de son PIB aux investissements publics, alors que la moyenne des 15 pays européens, dans le temps, avait atteint 2,6 %. Le respect des critères d'entrée dans la monnaie unique, l'instabilité

⁴⁰³ Mission d'appui aux partenariats public privé, European PPP Expertise Center, Le Guide EPEC des PPP. Manuel de bonnes pratiques, Luxembourg, 2012, p. 56.

législative créée par les réformes successives du secteur public et le transfert de compétence vers les collectivités locales expliquaient, en partie, ce retard. Dans ce contexte, les partenariats public-privé (*finanza di progetto*, financement de projet) ont été perçus comme un moyen de pallier l'insuffisance de l'investissement public.

En dehors du régime ancien de la concession de travaux publics, l'Italie connaissait cinq formes de partenariat public-privé :

- Les sociétés de transformation urbaine, créées afin de réhabiliter les centres historiques des villes ;
- Les fondations de participation pour la gestion des complexes culturels ou des établissements hospitaliers ;
- Les sociétés mixtes ou les concessions à des tiers en charge de la gestion des services publics locaux ;
- Les *leasings* opérationnels (le leasing, ou crédit-bail, permet à l'utilisateur de louer un équipement avec la possibilité de l'acquérir ultérieurement) ;
- Les contrats de *promoteur*.

Ce dernier contrat est, sans doute, l'instrument contractuel le plus original. Il pourrait être rapproché à un contrat de concession dans lequel l'initiative de la délégation de la gestion ne viendrait pas du concédant, mais au contraire d'une candidature spontanée d'une firme se proposant de devenir concessionnaire. L'administration rend compte de ses orientations en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire. Dans ce cadre, un entrepreneur est fondé à proposer la réalisation d'un projet d'équipement ou d'infrastructure. L'unité technique de financement de projet (*Unita tecnica di finanza di progetto*) du Trésor Italien a recensé des centaines d'initiatives. Par ailleurs, cet organisme ayant un rôle consultatif et de conseil recensait les projets ayant bénéficié de son assistance.

D'un point de vue sectoriel, il apparaît, sur la base des partenariats bénéficiant de l'assistance de l'unité dédiée du Trésor, que 55 % des projets concernent les bâtiments à vocation publique et sociale, tandis qu'en valeur, les transports et les nouveaux axes routiers concentrent 42 % des investissements. Par ailleurs, le secteur de la Santé est également concerné par les partenariats public-privé. Le Nord de l'Italie représente près des deux tiers des projets et environ 80 % des investissements qui y sont associés⁴⁰⁴.

b) Les mutations de la politique de « Private Finance Initiative » en Grande Bretagne :

Officiellement lancée par le gouvernement conservateur de John Major en 1992, la *Private Finance Initiative* (PFI) existait réellement dans l'économie britannique depuis 1987, date de signature du contrat du Pont Queen Elisabeth II. Elle s'inscrivait dans la lignée des réformes du secteur public lancées par Margaret Thatcher, fondées sur le principe d'une concurrence public-privé pour la fourniture de la plupart des services publics.

Le recours à la PFI se développait réellement à partir de 1995. En 1997, le gouvernement du premier Ministre Blair avait poursuivi et amplifié cette politique jusqu'à ce que la PFI devienne une des formes du *Public-Private Partnership* promu par le

⁴⁰⁴ « Les partenariats public-privé », Frédéric Marty, Arnaud Voisin et Sylvie Trosa, in Éditions La Découverte, Paris, 2006.

gouvernement. Dans la perspective d'un recours accru à ces contrats, des structures publiques de conseil étaient mises en place (*Treasury Task Force*, devenue depuis l'*Office of Government Commerce*), ainsi que des règles de gestion des projets, notamment dans le domaine des comparaisons de coût (*Public Sector Comparator*). Entre 1997 et 2000, le nombre de contrats signés a augmenté.

Le principal utilisateur des PFI est le ministère des Transports, lequel représente plus de la moitié du montant consacrés aux investissements résultant des contrats signés. La plupart de ces opérations sont assimilables aux délégations de service public françaises et concernent les infrastructures autoroutières ou de transport tel le métro londonien. Vient ensuite la Santé, dont les PFI portent essentiellement sur les établissements hospitaliers. Le ministère de la Défense, quant à lui, a eu recours à ce type de contrats pour des services aussi variés que les systèmes d'information, les navires de transport, l'entraînement ou les logements militaires. L'Écosse, du fait des pouvoirs qui lui ont été dévolus, utilise la PFI dans le cadre de la fourniture de services publics locaux.

La politique britannique de PFI est entrée dans une phase de maturité, après une quinzaine d'années de sa mise en œuvre. Les opérations les plus rentables ont déjà été signées et l'ensemble des domaines d'application ont été couverts, même dans des domaines dits régaliens et difficilement privatisables, comme la Défense. Par ailleurs, certains des premiers contrats arrivaient à échéance et les limites de la PFI se sont révélées, avec des montages financiers de plus en plus risqués.

La *Private Finance Initiative* et les dispositifs institutionnels qui l'accompagnent (organismes publics de conseil, méthode de calcul d'un coût public de référence, mise en place de structures de pilotage...) inspiraient largement les réformes escomptées partout dans le monde surtout les pays développés tel l'Australie, le Canada ou même en Europe continentale, comme en atteste, sans équivoque, le cas de la France.

La politique de PFI ne repose pas sur un mécanisme unique appliqué à toutes les opérations mais se décline, au contraire, en fonction des circonstances et des spécificités de chaque projet. De ce fait, quatre types de PFI peuvent être distingués :

- Certaines opérations se rapprochent du modèle Français de la concession de service public (délégation de service public à un opérateur qui assume les charges d'investissement ainsi que les risques et se rémunère par les péages versés par les usagers) ;
- D'autres mettent en place un partenariat public-privé sous la forme d'une *joint-venture* (co-entreprise, ce qui implique le partage des risques et des gains) ;
- D'autres encore portent sur des infrastructures publiques et visent à fournir des prestations à un acteur public ;
- Enfin, certaines opérations associent à cette prestation un usage commercial pour compte de tiers.

Le recours à la PFI concerne aussi bien l'État que les collectivités locales. Le Trésor britannique effectue un suivi des PFI. En avril 2005, le montant des capitaux privés investis dans les 665 contrats de « *Private Finance Initiative* » britanniques s'élevait à près de 62 milliards d'euros (42,4 milliards de livres), pour une valeur moyenne de 107 millions d'euros par opération. L'évolution projetée des dépenses publiques britanniques et de la PFI sur la

période 2000-2003, réalisée en 2001, prévoyait que 11 % des dépenses à finalité d'investissement public proviendraient de ces financements privés⁴⁰⁵.

Section IV : Caractéristiques juridiques et économiques des contrats de partenariat public privé :

Pour répondre durablement à toutes les attentes des parties prenantes et des citoyens, le partenariat entre l'autorité publique et le partenaire privé repose, avant tout, sur un contrat caractérisé par des conditions qui posent une limite claire entre partenariat et privatisation.

L'opérateur privé participe, pour le compte de l'autorité publique, à la gestion des services qui relèvent de la responsabilité de la puissance publique, ainsi qu'à la réalisation éventuelle des infrastructures nécessaires à l'exercice du service public escompté.

A cet effet, il prend en charge une part ou la totalité des risques liés à la gestion du service. S'il le fait sans transfert d'une part de risque à l'opérateur public, il s'agit d'un marché d'une autre nature que celui des travaux ou de services.

L'autorité publique, quant à elle, reste propriétaire des actifs industriels, y compris des actifs financés par l'opérateur qui lui sont remis en fin de contrat ; si tel n'est pas le cas, il est clair qu'il s'agit d'une privatisation et non d'un partenariat public privé.

Enfin, Le contrat qui lie l'autorité publique au partenaire privé doit être d'une durée assez significative : plus elle sera longue, plus l'opérateur privé pourra prendre de risques financiers pour investir et améliorer le service mais surtout à amortir ses investissements.

§1- : Le Partenariat public privé, un procédé de plus en plus contractuel :

La technique du contrat administratif, au Maroc comme en France, est aussi ancienne que le droit administratif lui-même surtout pour ce qui est du domaine des prestations de services extérieurs et celui des travaux publics ou encore de celui de la concession des services publics industriels et commerciaux. Ce qui est nouveau dans le partenariat public privé dans sa nouvelle mouture, c'est la contractualisation de l'action publique elle-même qui touche tous les secteurs d'activité de l'administration.

A- Les prérogatives du partenaire public dans le contrat PPP :

Dans le rapport contractuel du PPP, Le partenaire public impose un résultat à son partenaire (a) privé et réalise un étroit contrôle sur les missions qui lui sont confiées (b).

a) Une garantie de résultat qui pèse sur le privé et protège l'autorité publique :

Formaliser un accord contractuel entre une collectivité publique et un opérateur privé permet de définir les objectifs à atteindre et d'accompagner la démarche d'une garantie de résultats.

⁴⁰⁵ Idem

Préalablement à la conclusion du contrat, et afin de mettre en concurrence des candidats opérateurs, les objectifs quantitatifs et qualitatifs de la prestation attendue sont identifiés et arrêtés par la puissance publique, puis repris dans le contrat définitif lui-même. En cours de réalisation du contrat, et en cas de manquement aux engagements formalisés, l'autorité publique peut appliquer des pénalités et même prononcer la cessation d'un contrat : c'est la garantie que le partenaire privé respectera scrupuleusement les objectifs et les conditions stipulées et convenues et sur lesquels il s'est engagé.

A l'échéance du contrat, la mise en concurrence et le risque de non-renouvellement du contrat constituent une menace importante pour le partenaire privé : avant l'échéance, elle l'incite donc à satisfaire son client en allant au-delà de ce qui était strictement prévu par le contrat.

Enfin, la plupart des formes de partenariat public-privé offrent à l'autorité publique la possibilité de reprendre la gestion du service, à tout moment, si elle l'estime nécessaire, ceci est quasi-souvent régi par le contrat à passer.

Le PPP, de type contrat de service ou de gestion, permet d'améliorer l'efficacité de la gestion. Ceci s'explique par la volonté du secteur public de bénéficier davantage du savoir-faire et des méthodes de fonctionnement du secteur privé pour mieux gérer les infrastructures existantes. Dans ce cas, l'État ou l'autorité publique, recourt à des professionnels qui lui permettent d'optimiser le rapport qualité/prix. Pour des raisons dues à la connaissance des marchés ou à la structure des incitations, les bonnes décisions technologiques et managériales sont souvent plus facilement prises lorsqu'un capital privé est en jeu. Ce qui devrait induire une réduction des coûts, à qualité constante, dont le contribuable entend bénéficier.

Comparées à l'investissement public et aux prestations rendues ou prises en charge par l'État, les prestations fournies aux consommateurs et à l'État dans le cadre d'un PPP conjuguent une meilleure qualité à un coût réduit.

L'une des clés de la réussite des PPP tient à la qualité contractuelle des services. Les pouvoirs publics peuvent spécifier la qualité des prestations qui sont requises du secteur privé et y associer des indicateurs de production et de performance mesurables ; un contrat pouvant être conclu avec le secteur privé, liant la rétribution des services à une prestation déterminée.

Ceci étant, moins précis est le cahier des charges, plus on court le risque d'une renégociation coûteuse du contrat durant la période d'exploitation.

Pour réduire ces prérogatives des pouvoirs publics et empêcher qu'en soit fait un usage abusif, il faut aussi qu'il existe des conditions de concurrence ou une réglementation fondée sur les incitations. Or, la concurrence paraît faible en matière de réalisation des infrastructures et de prestation des services, du fait que les coûts irrécupérables sont généralement élevés, que les prestations reposant sur des infrastructures nécessitent la mise en place de vastes réseaux de distribution (ce qui introduit un élément de monopole naturel) et que l'État est dans bien des cas le principal client. Aussi, des appels d'offres ouverts constituent le seul moyen de promouvoir la concurrence dans le cadre des PPP. Lorsqu'un secteur privé monopolistique est libre de vendre des prestations au public (péage routier par exemple ou même exploitation portuaire), une réglementation s'impose aussi pour encadrer les profits réalisés par le monopole et protéger les intérêts du consommateur.

Ceci est un ensemble d'outils juridiques et économiques pour protéger l'autorité publique de tout dérapage du partenaire privé et qui sont parachevés par un contrôle de ce dernier.

b) Un contrôle étroit sur les missions confiées au partenaire privé :

Un partenariat public privé ne prive pas l'autorité publique de ses prérogatives, bien au contraire. Celle-ci conserve un contrôle étroit sur l'exercice des missions confiées au partenaire privé, grâce aux instances de contrôle de la prestation, au plan technique, financier et économique ainsi que d'autres engagements et garanties exigés.

De plus, le partenaire privé est obligatoirement tenu de remettre des rapports réguliers et détaillés qui rendent compte de la qualité du service aux clients et de l'impact environnemental du service, en fonction d'indicateurs de performance, conjointement définis par l'autorité publique et son partenaire privé.

L'Etat voit, en effet dans le cadre d'un PPP, son rôle redéfini : il passe d'un rôle d'opérateur direct et fournisseur de service public à un rôle d'organisateur, de régulateur et surtout de contrôleur. Pour accomplir ce nouveau rôle, l'Etat doit veiller à mettre en place un environnement favorable aux affaires; à minimiser les risques de non mise ou de mauvaise mise en œuvre des contrats, à adopter des règles comptables et financières publiques conformément aux législations applicables, à fournir des garanties dans l'exécution du contrat.

La rentabilité, souvent différée des projets PPP et expliquée notamment par les délais longs de récupération des investissements, exige davantage l'adoption, la mise à niveau ou la remise en cause des dispositions législatives ou réglementaires non favorables au développement d'un PPP. L'amélioration de l'environnement général des affaires constitue un préalable au développement des PPP. En effet, l'enquête annuelle « Doing Business » réalisée régulièrement depuis 2004 par la Banque Mondiale permet de désigner avec précision, d'année en année, les points faibles et forts de la réglementation régissant le domaine des affaires dans les pays concernés. Ainsi, les nombres de procédures et de jours pour créer une entreprise sont importants à ce sujet et il en est de même pour le règlement d'un conflit (le domaine judiciaire est, également, un critère d'un bon climat des affaires).

A côté de cette amélioration générale du climat des affaires⁴⁰⁶, il apparaît souvent nécessaire de mettre en place des lois et réglementations spécifiquement élaborées pour mieux encadrer les PPP. En effet, les lois sur les contrats et services avec l'Etat ne sont pas toujours suffisamment souples pour répondre à toutes les particularités des PPP. La réglementation des contrats existant insiste davantage sur la place des intrants que sur la livraison des produits

⁴⁰⁶ Les différentes évaluations faites du climat des affaires au Maroc montrent que le pays se rapproche, de plus en plus, des meilleures pratiques internationales. Parmi les mesures prises, figurent, au plan institutionnel : la création, en février 2009, de l'Agence Marocaine de Développement des Investissements (AMDI) dont le rôle principale est de soutenir et optimiser les efforts de promotion du Maroc en tant que bonne destination des Investissements Directs Etrangers (IDE), elle assure l'accueil des investisseurs et contribuer à anéantir les entraves à l'investissement . pour ce faire, il y a eu la création, en septembre 2009, d'un Comité Interministériel pour l'Amélioration du Climat des Affaires (CNEA), ayant pour mission d'établir des plans d'actions garantissant une meilleure coordination entre les différents ministères, la simplification et le renforcement de la transparence des procédures administratives , suivi par la création de 16 centres régionaux d'investissement qui jouent le rôle de guichets uniques décentralisés.

attendus par les usagers ou l'entité publique. Elle précise rarement le lien entre le paiement et la qualité des services rendus et repose, la plupart du temps, sur un horizon temporel court (généralement moins de cinq ans). De ce fait, elle reste imprécise sur le partage du risque entre secteur public et secteur privé, alors que le partage des risques est un élément de comparaison qui doit faire l'objet d'une analyse systématique.

L'optimisation du partage des risques est en effet une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat. La personne publique peut être tentée de chercher à transférer le maximum de risques sur le partenaire privé, dans l'espoir de réduire l'incertitude à laquelle elle est confrontée, mais cette attitude n'est pas pertinente. D'où l'intérêt d'avoir une réglementation et des lois spécifiques sur les PPP, notamment pour les concessions et les contrats d'affermage, sont alors nécessaires.

A- Le PPP : Un régime contractuel controversé :

Domaine de prédilection du partenariat selon ses diverses formes, la démarche contractuelle n'est pas toujours aussi certaine ni sûre autant que souhaitable ; l'émergence des contrats pose des problèmes.

D'abord, se pose la question de leur qualification juridique. En effet, il s'agit dans la plupart des cas de contrats d'adhésion pour ce qui est des aspects liés à l'exécution des services publics. Même si le contrat consacre, en principe, l'égalité des parties et l'équilibre contractuel ainsi que des clauses de rendez-vous, il faut admettre que la liberté contractuelle permet à la partie la plus puissante de faire adopter par la plus faible des clauses comportant des dispositions qu'elle n'aurait pas pu imposer par la négociation libre et équilibrée. A signaler à ce sujet que la plupart des formes de partenariat se conclue par ce type d'accord.

Dans ces contrats – sous-entendre « d'adhésion »- la majorité des stipulations et exigences ayant trait à la réalisation du service public, ne font pas l'objet d'une véritable négociation et l'effet de domination de l'autorité publique est assez puissant, posant le partenaire privé dans une situation désavantageuse pour négocier les modes de fixation des tarifs, des conditions de paiement ou de l'institution de garanties portant sur le volume et la durée.

Ces contrats posent un autre problème, celui de leur régime juridique. En effet, la question qui se pose : quelles est la nature de ces contrats et quel régime juridique doit-il leur être appliqué ? Est-ce toujours le droit administratif ou relèvent-ils du droit privé ?

Si le partenariat contractuel concerne des personnes publiques entre elles, les jurisprudences Marocaine et Française s'accordent à considérer que le droit applicable est le droit administratif.⁴⁰⁷ Le problème se pose lorsque le partenariat contractuel met en présence des personnes publiques et des personnes privées. Le droit applicable dans ce cas est le droit administratif (en vertu de la jurisprudence sur le critère du contrat administratif) si le contrat contient des clauses exorbitantes du droit commun ou s'il existe un lien étroit entre l'objet du contrat et un service public.

⁴⁰⁷ TC, décision du 21 Mars 1983, AJDA 1983.

§2 - Le Partenariat public privé : un procédé à risques intrinsèques :

À l'instar de tout contrat de long terme qui porte sur des prestations complexes, les partenariats public-privé ne sont pas exempts de risques. Si certains de ces risques tiennent au montage contractuel et financier de ces contrats, d'autres sont davantage liés à l'impact budgétaire et à la durée des engagements contractuels qu'ils engendrent.

A- Les risques financiers liés aux montages en PPP :

L'expérience accumulée par les Britanniques en matière de partenariats public-privé donne une indication précise sur la fragilité financière, à moyen et long terme, de ces nouvelles formes de contrat. Cette fragilité peut tenir à un transfert de risques jugé parfois excessif, dans la mesure où certains de ces aléas ne sont que difficilement maîtrisables par le prestataire privé. On peut citer, à titre d'exemple, la capacité de ce dernier à faire face au service de sa dette qui peut être remise en cause si les prévisions de recettes assurant l'équilibre économique du contrat reposent sur des hypothèses de trafic irréalistes ou irréalisables. De même, imposer des pénalités excessives en cas de non-réalisation des objectifs de performance ou de qualité du service peut conduire à la cessation de paiement d'un prestataire déjà en difficulté ce qui peut remettre en cause la continuité du service public. Un autre élément de fragilité croissante tient à la recrudescence de la concurrence autour des partenariats public-privé. Les prestataires sont incités à construire des montages financiers de plus en plus audacieux. Ces montages à très fort effet de levier contribuent à réduire la marge de sécurité entre les flux de revenus et le service de la dette et, par conséquent, à accroître le risque de défaillance en cas de survenance d'un aléa d'exploitation.

Cette sensibilité est en outre accrue par deux tendances lourdes de conséquences dans la stratégie des pouvoirs publics. Primo, la progressive extensions du modèle du partenariat vers des domaines de plus en plus risqués, pour lesquels il n'est pas acquis que le secteur privé dispose d'une supériorité sur le secteur public. Secundo, la volonté des pouvoirs publics de scinder les contrats de partenariats en deux volets, organisant une mise en concurrence autonome en matière de financement. L'objectif est alors de réduire la marge que le prestataire privée pourrait appliquer au volet financier de l'opération, en le plaçant sous la surveillance d'un acteur financier. Aussi intéressante que peut être cette manière de procéder, elle éloigne le partenariat public-privé du modèle du contrat global et induit l'effet pervers d'inciter les compétiteurs à proposer des montages financiers de plus en plus risqués.

Comment s'articule concrètement ce type de risque ?

a)Risques liés au remboursement de la dette : Le risque de voir la difficulté du consortium à faire face au service de sa dette peut venir de deux raisons différentes. Soit, les flux de ressources dégagés de l'exploitation ne permettent pas de faire face aux échéances du fait d'hypothèses de constructions contractuelles trop optimistes ou même d'un incident macroéconomique bouleversant les conditions d'exploitation. Soit, la non-réalisation des objectifs exigés par les clauses contractuelles en relation avec la qualité ou la performance ce qui se traduit par l'application, par l'administration, de pénalités sur les flux de paiement versés à tel point que ces derniers ne suffisent plus pour permettre au consortium d'honorer ses échéances.

b) Risque de demande et vulnérabilité du consortium titulaire du contrat : Le risque que les ressources dégagées par le consortium ne lui permettent pas de faire face à ses échéances de remboursement est tellement fort que ce dernier est exposé à un risque de demande. Il s'agit, en l'occurrence, d'une situation comparable à la délégation de service public à la Française dans laquelle le concessionnaire doit tirer une part substantielle de ses revenus de la vente des services liés à une infrastructure qu'il exploite à ses risques et périls. Le risque est donc réel dès lors que les hypothèses de trafic retenues initialement sont démenties par les faits.

L'un des exemples les plus significatifs de PPP ayant dû être complètement renégocié du fait d'hypothèses de trafic trop optimistes est le *Channel Tunnel Rail Link* (ligne à grande vitesse entre Douvres et Londres). Le consortium en charge de la construction de cette liaison n'était plus, à certain moment, en mesure de faire face au service de sa dette ni de réaliser les investissements requis en raison de la faiblesse des redevances liées au trafic. La déconfiture du prestataire fut évitée par une mise à disposition indirecte de capitaux publics dans le cadre de la constitution d'une société commune. Ce fut le cas dans plusieurs projets structurants.

Il est à signaler que défaillance liée à l'insuffisance des ressources provenant de l'exploitation ne peut être écarté, même lorsque les paiements ne viennent pas principalement des usagers mais de l'administration. Cela peut être le cas pour les concessions à péages dans lesquelles l'administration rémunère le prestataire en fonction du trafic enregistré, comme cela est le cas pour certaines autoroutes. Une même situation peut se produire lorsqu'il est espéré que des revenus commerciaux liés à l'utilisation des capacités excédentaires par des tiers permettent de garantir l'équilibre économique de l'opération.

c) Les risques liés à l'application de pénalités en cas de sous-performance : Si les risques de demande peuvent être qualifiés de facteur exogène, d'autres risques susceptibles de réduire les flux de paiement du prestataire peuvent être tenus comme étant *endogènes*, dans la mesure où sa responsabilité est engagée.

En premier lieu, le prestataire privé peut devoir faire face à des pénalités liées au non-respect de ses obligations contractuelles dans la phase de construction de l'infrastructure, notamment en matière de retard de mise en service. En effet, au Royaume-Uni, les paiements ne commencent généralement qu'à la délivrance de la prestation. Le prestataire peut être ensuite confronté à des risques de performance liés à la gestion et surviennent si les coûts du prestataire s'élèvent au-dessus des paiements de l'administration publique. L'acheteur public est contractuellement en position de décréter à son prestataire des pénalités financières liées à la non-réalisation d'objectifs de performance ou de qualité tels que convenus dans le contrat ce qui peut déclencher un problème de solvabilité chez un contractant en difficulté. Ceci peut accentuer la défaillance de ce dernier et placer le cocontractant public dans une situation difficile. Certains contrats de PPP, dits de première génération, prévoyaient des procédures d'avertissement assortis de délais permettant au prestataire de remédier aux carences constatées. L'application des clauses contractuelles de pénalité par la partie publique contribue à augmenter les risques liés aux opérateurs.

d) Risques engendrés par la complexité des montages : L'équilibre économique des PPP est fragilisé plus par les évolutions des prestations que par la structure financière des projets. La dégradation des notations par les grandes agences internationales, doublée de la désaffection des entreprises pour les appels à concurrence pourraient constituer un facteur d'éventuelles défaillances. Au Royaume-Uni, de récents PPP n'ont reçu qu'une à deux propositions industrielles. Cette désaffection de l'offre est peut-être appelée à se confirmer du fait d'un

déplacement du centre d'intérêt des PPP vers des projets plus complexes et dont l'association rentabilité/risque est peu attractif. De la même façon, un nombre croissant d'entreprises restructure ou se sépare de leurs actifs investis en PPP.

L'ensemble de ces facteurs conduit à augmenter le risque pesant lié aux PPP, par rapport à des opérations similaires mais de moindre ampleur. L'augmentation de la concurrence autour des volets financiers des partenariats public-privé se traduit par la diminution des ratios de couverture du service de la dette et accroît de ce fait la sensibilité des opérations au moindre aléa sur les recettes. Cette sensibilité est d'autant plus exacerbée que les financements bancaires sont peu à peu abandonnés au profit de financements obligataires, lesquels sont beaucoup moins coûteux mais aussi difficilement renégociables et beaucoup moins flexibles en cas de difficultés.

B- Les risques liés à la durée des contrats :

Outre les enjeux liés aux dimensions concurrentielles des partenariats ou les enjeux financiers traités ci-dessus, le recours à de tels montages contractuels introduit par lui-même de nouveaux facteurs de risques. D'abord, il est très difficile, sinon puéril, de spécifier, même en termes de résultats à atteindre, des objectifs sur trente ans et plus. Ceci étant, il est impossible de conclure un contrat complet sur une telle durée, l'acheteur public s'expose à des coûts de renégociation des contrats voire même à des contentieux avec ses prestataires.

Même si des indicateurs de performance et de qualité sont correctement spécifiés en début de contrat, des évolutions dans les normes environnementales, légales ou autres peuvent conduire à la nécessité de les réviser ou les revoir.

La prise en compte de la durée dans l'exécution des contrats, rapproche la problématique des partenariats public-privé de celle de l'externalisation pour les entreprises privées. L'acquisition de prestations sur le marché constitue une option efficace lorsque les biens et services concernés peuvent être précisément spécifiés de manière relativement stable dans le temps et que les coûts des transactions liés à la négociation et au contrôle du contrat sont relativement limités. À l'inverse, il est préférable d'opter pour la « régie » lorsque les caractéristiques de la fonction concernée sont difficiles à spécifier ou dans le cas où ils sont appelés à évoluer de manière sensible dans le temps et que les coûts de négociation, de renégociation et de contrôle des contrats deviennent excessifs. Le second problème tient à l'impossibilité de prévoir, au moment de la négociation initiale du contrat, l'ensemble des événements susceptibles de survenir durant son exécution. Cette impossibilité tient aussi bien à des aléas imprévus et à l'évolution des besoins de la personne publique dans le temps.

a) L'engagement de l'entreprise portuaire concessionnaire se décline sur le long terme :

L'opérateur portuaire est une entreprise qui cherche à maximiser son profit, mais d'abord à assurer une rentabilité minimale acceptable à l'opération afin de rémunérer les bailleurs de fonds. Toutefois, les investissements qu'il est conduit à réaliser peuvent présenter des caractères spécifiques, en particulier lorsqu'il a la charge de financer et de réaliser des infrastructures.

Il doit avoir la capacité de faire des investissements lourds à durée de vie très longue, qui ne peuvent s'amortir et se rentabiliser que sur des périodes dépassant souvent 20 ans. Ces investissements non récupérables, soit qu'ils soient physiquement non démontables soit que le

concessionnaire n'en ait pas la propriété.⁴⁰⁸ Il est donc légitime d'exiger une rentabilité à l'opérateur dans la durée. Cependant, les caractéristiques précitées interdisant, le plus souvent, à l'opérateur portuaire une sortie anticipée sans conséquences importantes. Cette pérennité de l'engagement de l'opérateur portuaire est souvent un souci majeur de l'autorité concédante. Il convient donc logiquement, dans l'intérêt des deux parties, de rechercher une sécurité juridique à travers une bonne adéquation entre la durée du contrat (concession, autorisation) et les caractéristiques du projet, l'octroi de véritables droits réels à l'entreprise en matière de propriété des équipements installés sur le domaine public (voir infra) et la garantie d'un environnement général réduisant les incertitudes et donnant plus de visibilité.

A signaler qu'en matière contractuelles, la sécurité juridique est capitale car elle est la base du consentement libre des parties. Elle l'est encore davantage dans les contrats publics et plus particulièrement les contrats portant un enjeu tels les contrats de concession. Ce type de contrats dont l'exécution s'étale dans le temps est particulièrement avide en sécurité ; les parties contractantes ont besoin d'un cadre juridique stable et digne de confiance pour pouvoir fixer leurs stratégies et leurs engagements en toute connaissance de cause.

Cependant, le contrat de concession est exposé aux imprévus et baigne dans une conjoncture fluctuante. Pour préserver aussi bien l'intérêt général que l'intérêt privé, le cadre juridique des concessions doit contenir une flexibilité suffisante capable de contenir les mutations. Cependant, la sécurité juridique ne doit pas devenir une obsession et un obstacle à l'évolution de droit du contrat sinon, l'administration ne se lancera pas dans une concession qui pourra s'avérer en cours d'exécution inefficace et les investisseurs ne se précipiteront pas pour investir dans le secteur public sans la garantie d'une évolution continue de leur contrat en fonction de l'évolution de la conjoncture.

Aussi le succès du contrat de concession tient au bon dosage entre deux impératifs contradictoires : la sécurité juridique des parties d'une part et la flexibilité du contrat d'autre part.

b) L'entreprise portuaire et la gestion des risques :

En prenant en charge la gestion ou l'exploitation du service public portuaire, l'entreprise de manutention encourt un certain nombre de risques dont les principaux se rapportent aux aspects suivants:

1- Le risque pays :

Il s'agit de risques dont la cause réside dans l'environnement national et international sous ses différentes composantes que l'on peut résumer comme suit :

► Le risque juridique :

Le risque juridique porte sur l'ensemble des paramètres relatifs à l'insuffisance de la précision des textes législatifs et réglementaires en vigueur ou leur fréquente refonte. Ce risque se compose, pour l'entreprise, de deux éléments principaux :

⁴⁰⁸ Au Maroc comme en France, les biens de retour de la concession sont propriété du concédant dès leur réalisation.

- L'insuffisance des textes du droit interne crée un facteur de complexité, non seulement au niveau des lois et règlements applicables et de leur interprétation plus ou moins claire mais aussi de leur application par la jurisprudence. De même, les usages constituent des fois des règles incontournables dans le fonctionnement des ports (cas de jurisprudence). Une solide étude préalable à la réalisation du projet est indispensable.

La meilleure solution pour les entreprises étrangères qui veulent gérer un service portuaire est de faire appel à des conseillers juridiques spécialisés dans les diverses disciplines concernées par le projet portuaire concerné. Le risque de non-respect par l'entreprise, de la législation ou de la réglementation en vigueur pour cause de méconnaissance est supporté par elle⁴⁰⁹.

- Le risque d'évolution de la législation et de la réglementation provient du fait que ces éléments, relevant de la souveraineté du pays d'accueil, sont susceptibles d'évolution ultérieure. L'entreprise est fondée à demander des garanties de stabilité de son environnement juridique équivalente à la théorie de l'imprévision, puisque ce risque provient de décisions du secteur public sur lesquelles l'entreprise n'a aucun contrôle. Dans le cas de la gestion déléguée, la pérennité de l'activité de l'entreprise est nécessaire pour assurer la continuité de service public et parce que la régulation peut lui interdire les adaptations nécessaires pour faire face à ces modifications. C'est dans cet esprit qu'il est prévu, dans la plupart des conventions, des clauses de révision des contrats pour les cas où la viabilité financière du contrat est remise en cause⁴¹⁰.

► Le risque économique :

L'activité portuaire s'inscrit dans un service de transport national ou international qui reste le support des échanges commerciaux dont le volume dépend de données macro-économiques, notamment la population, la consommation, la production, le commerce extérieur, le change, etc. De ce fait, il est important de prendre en considération le contexte macro-économique lors de l'étude de marché réalisée pour l'estimation du risque trafic.

► Le risque d'interférence ou « le fait de prince »⁴¹¹ :

Cette catégorie de risque regroupe les interventions spécifiques des pouvoirs publics dans la gestion du projet concerné.

Les contraintes de la concession sont normalement définies dans les cahiers des charges et le concédant ne devrait pas interférer au cours des phases de construction ou d'exploitation dès lors que l'entreprise concessionnaire respecte les termes de ce cahier des charges. Or, il se peut que l'autorité concédante intervienne au nom du service public ou de la protection des usagers, de la protection de l'environnement ou d'impératif de sécurité ou selon la notion de fait du prince en imposant des adaptations ou des investissements

⁴⁰⁹ La loi 15-02 renvoie à un arsenal réglementaire important, pris pour son application. Pour les textes régissant les divers aspects de la gestion portuaire (police des ports, domaine public, etc.), leur refonte est prévue pour répondre aux nécessités du service portuaire.

⁴¹⁰ Dans la plupart des conventions de concession on trouve les clauses appelées « clauses de rendez-vous » ou encore dite « clauses hard ship ». Ces mêmes clauses figurent dans les conventions de concession des deux opérateurs portuaires exerçant dans les ports Marocains. (cf. supra. régime juridique de la concession).

⁴¹¹ Cas de force majeure consistant dans une prescription de la puissance publique aboutissant à renchérir le coût d'exécution des prestations contractuelles.

supplémentaires ou des contraintes nouvelles de nature à accroître les charges d'exploitation ou à réduire les revenus.

Pour atténuer ce risque d'interférence, il est essentiel d'avoir un contrat qui rappelle les objectifs des parties, prévoit le maximum de situations possibles et définit leurs conséquences pour les deux parties : formules de révisions tarifaires, obligation d'augmenter la capacité au-delà d'un certain seuil de trafic, etc.

Cependant, il n'est pas possible de tout prévoir à l'avance d'où l'intérêt de prévoir des clauses de rencontres périodiques permettant une renégociation du contrat et visant à ajuster les conditions de la concession aux évolutions constatées (voir supra, la clause de rendez-vous).

2- Le risque d'exploitation :

En étant adjudicataire d'une concession d'exploitation ou de gestion portuaire, l'entreprise s'engage à exploiter les installations à ses risques et périls. Le risque exploitation est entièrement affecté à l'entreprise au moins pour sa part endogène c'est à dire à l'exclusion du risque pays.

Les risques endogènes d'exploitation se composent, principalement, des éléments suivants :

- ▶ Le risque de non performance : Ce risque peut entraîner le paiement de pénalités à l'autorité concédante si l'entreprise n'atteint pas le seuil de trafic exigé par les documents de concession ce qui engendre des conséquences commerciales et financières pour l'entreprise.

- ▶ Le risque de dépassement des coûts d'exploitation : ce risque provient d'une erreur d'appréciation du coût d'exploitation au moment de la remise de l'offre ou d'une mauvaise gestion du projet par l'exploitant ;

- ▶ le risque de perte de recette non lié à la baisse du trafic : il s'agit à ce niveau du non recouvrement, fraude, vol alors que l'exploitant n'a pas respecté les procédures imposées par les assurances.

Ces risques peuvent être dépassés par les pouvoirs publics déléguant, en confiant l'exploitation à une société dont l'expérience est reconnue dans la gestion de terminaux portuaires.

3- Les risques contractuels :

Le partenariat entre une autorité portuaire et un concessionnaire d'une part et celui liant le concessionnaire et ses fournisseurs, bailleurs de fonds, clients ou sous-traitants d'autres part, sont formalisés par des contrats de natures diverses et différentes.

A rappeler, à ce sujet, que même s'il comprend des clauses réglementaires portant sur l'organisation du service public, le cahier des charges des concessions a une nature contractuelle comme l'a si bien annoncé le *CE par sa décision du 13 juin 1997, n° 167907 et 167940 dans l'affaire Sté des transports pétroliers par pipe-line*. L'autorité concédante peut toutefois, en cours de contrat, apporter, de manière unilatérale des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation. L'usage de cette prérogative peut

entraîner une révision des conditions financières du contrat, mais les modifications apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi.

S'il est toujours possible, de nos jours, de changer par un avenant le cahier des charges d'une concession en respectant le principe de parallélisme des formes, encore faut-il que les modifications insérées ne bouleversent pas l'économie générale du contrat⁴¹².

Au-delà des clauses mettant en place les modalités du partenariat, le contrat passé entre l'autorité portuaire et l'entreprise doit, également, définir les principes régissant sa gestion qui sont également une source de risque pour les parties. Les principaux risques concernent :

► Les clauses de révision : il est impossible pour les parties de prévoir dès l'élaboration du contrat l'ensemble des dispositions qui s'appliqueront pendant toute la durée de la concession (relativement longue ; de 30 à 50 ans). Dès lors, des révisions de contrat sont nécessaires pour ajuster ses conditions aux évolutions. Les conditions et modalités de ses révisions doivent être définies : révisions périodiques, révisions prévues à des dates clés du projet (changements substantiels), révisions à la demande des parties, etc.

► Les clauses de fin ou de renouvellement du contrat : La durée initialement prévue pour le contrat est un élément. Les possibilités de renouvellement ou de prolongation éventuelles doivent être définies, de même que les modalités de reprise ou de rachat des différents actifs du projet à l'expiration du contrat.

► Les clauses de résiliation anticipée : elles définissent les causes de déchéance ou de résiliation anticipée à la demande de l'une ou l'autre des parties ainsi que les modalités applicables en matière de pénalités ou d'indemnisation. Elles doivent, également, être cohérentes avec les conventions de prêt lorsque celles-ci prévoient un droit de substitution des prêteurs en cas de défaillance de l'entreprise. (Voir supra).

► Les modalités de règlement des litiges : ces modalités portent sur l'organisation de règlements amiables, avec une éventuelle intervention d'experts indépendants préalablement acceptés par les parties et concernent également les clauses d'arbitrage.

⁴¹² CE, décision n° 209319 du 21 juin 2000, Aff. Synd. intercnal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise, in Juris Data n° 2000-060640.

Chapitre II : Le parcours des Partenariats Privé-Public :

L'étendue du développement des contrats PPP et l'éventail de leurs domaines d'application ne va pas sans susciter des craintes mais, également, des espoirs. Certains de leurs échecs emblématiques, enregistrés dans les pays aussi bien industrialisés que ceux en voie de développement, ont contribué à forger l'image d'ententes opaques, très favorables aux intérêts privés et, par conséquent, constituent une source de corruption des pouvoirs publics.

D'un autre côté, les succès constatés ont suscité des enthousiasmes des partisans de ces modes contractuels les considérant comme une solution venue palier l'ensemble des limites de la gestion des finances publiques. Cette polémique – entre partisans et détracteurs des PPP- s'est étendue en France au cours de l'année 2004, lors de l'adoption d'une législation introduisant le contrat de partenariat dans l'arsenal juridique du pays.

L'enjeu pour le pays était d'anticiper le risque de détournement de ces contrats de leurs objectifs pour lancer des investissements que les finances publiques ne peuvent prendre en charge et de prévenir le risque d'une dérivation progressive du service public.

Le premier risque s'est traduit par un report – jugé des fois rationnel ou non selon les appréciations des uns et des autres- du financement des investissements publics sur les générations futures, qui n'en bénéficieront pas ou ne profiteront que peu. Le second risque mettait en cause le service public proprement dit dont la nécessaire adaptabilité se verrait réduite par la conclusion de contrats à long terme avec le privé, qui va assurer à minima la prestation demandée par une entreprise privée, incitée ou engagée par le seul accroissement de sa marge d'exploitation.

Le changement de la perception des rapports entre personnes publiques et les intervenants privés a permis de substituer le caractère unilatéral et normatif qui caractérisait l'action de l'administration par des relations basées sur la coopération et la concertation visant un bon aboutissement des projets structurants de l'Etat.

Le partenariat a, de ce fait, donné à l'Etat la faculté de multiplier ses moyens d'action en rassemblant, dans la gestion de la chose publique, des intervenants externes qui sont traités en décideurs responsables et disposant d'un certain degré d'autonomie tout en maintenant des systèmes de contrôle et d'évaluation des résultats.

L'originalité de ce style de relation réside dans la multiplicité de ses formules contractuelles (concession, affermage, amodiation, etc.). Au cours des dernières années, avec la création du contrat de partenariat, le recours au secteur privé a été étendu à de nombreuses activités qui relevaient, traditionnellement, du secteur public tel que l'énergie, l'eau, les transports ou encore les télécommunications.

L'amplification du partenariat apparaît, également, au niveau de la décentralisation qui a permis de rapprocher les centres de décision des citoyens intéressés et, par ricochet, d'améliorer, autant que faire se peut, la transparence et le contrôle des usagers et des personnes intéressés sur le fonctionnement du travail de l'Administration.

Pour ce qui est des formes contractuelles que peut revêtir le partenariat en se référant à la définition générique donnée par la Commission Européenne, le service de la présidence du Conseil des Ministres Italien qui était chargé de promouvoir les PPP Européens avait considéré, à juste titre, que ceux-ci concernent « *une vaste gamme de modèles de coopération entre le secteur public et le secteur privé* » auquel on peut recourir « *dans tous les cas où une administration publique entend confier à un opérateur privé la mise en œuvre d'un projet pour la réalisation d'ouvrages publics ou d'utilité publique et pour la gestion des services y afférent* »⁴¹³.

Parmi les formes de PPP, dans son sens le plus large, figurent notamment la concession de travaux, la concession de services, la sponsorship, le crédit-bail, la promotion de travaux d'urbanisation ou d'équipement touristiques, la concession de biens immobiliers pour leur valorisation à des fins économiques et la création de diverses formes de sociétés (sociétés par action mixte à capital majoritairement public ou majoritairement privé, sociétés de transformation urbaine, notamment).

Il est à constater que certaines formes sont plus prisées que d'autres, notamment :

La concession qui est une formule très ancienne de la gestion des services publics et de la réalisation et l'exploitation des infrastructures. Elle repose sur une logique de transfert maximale des risques vers l'opérateur privé, qui prend également le risque de fréquentation (appelé « *risque trafic* » pour les infrastructures de transport comme les autoroutes ou les lignes ferroviaires ou même les terminaux portuaires), et se rémunère directement auprès des usagers-clients (péage d'autoroute, redevance d'infrastructure pour les aéroports et les lignes ferroviaires et tarifs des prestations pour les ports).

Le contrat de partenariat a, quant à lui, été créé, en France, par une ordonnance du 17 juin 2004 et au Maroc via la loi n° 86-12, et repose sur une logique de répartition optimale des risques entre secteur public et secteur privé. Ainsi, un opérateur privé se voit confier une mission globale de construction, d'exploitation, d'entretien et de financement d'infrastructures. Le contrat de partenariat prévoit la mise à disposition de cette infrastructure, selon des critères de performance prédéterminés, au profit de la personne publique pendant une durée assez longue (de 15 à 40 ans), l'opérateur privé étant rémunéré par des « *loyers* » payés par l'autorité contractante publique. A la différence de la concession, le titulaire du contrat de partenariat ne porte pas le risque de fréquentation.

Par ailleurs, lorsque l'on évoque le concept de « *Partenariat Public-Privé* », il ne faut pas penser, automatiquement, aux « *contrats de partenariat* » instaurés par la réglementation spéciale sur les contrats de partenariat. Cette appellation de PPP est plus large ; elle englobe les nouveaux contrats de partenariat mais, également, d'autres types de contrats plus anciens ou classiques.

Le Maroc a eu recours à plusieurs types de contrats de partenariat ayant trait aux volets d'infrastructure ferroviaire, portuaire, énergétique pour le traitement de l'eau et de l'assainissement etc. 45% de sa production énergétique se fait dans ce cadre et les pouvoirs

⁴¹³ Unità tecnica finanza di progetto, *100 domande e risposte*, 2009, p. 15. Cette unité technique « *Finance de projet* » (*Unità tecnica finanza di progetto*) est une des composantes du département pour la Programmation et la Coordination de la politique économique de la Présidence du Conseil des ministres.

publics comptent bien l'élargir à d'autres domaines où les besoins d'ordre social sont les plus attendus (l'éducation, la santé, projets structurants, etc.) et ce, depuis 1913⁴¹⁴.

En effet, déjà sous le protectorat certains services publics, notamment des ports, ont fait l'objet de concessions confiées aux différents acteurs. Dans leur conception classique, les PPP contractuels recouvrent la concession et toutes autres formes de gestion déléguée de service public (affermage, régie intéressée ; contrats assimilés: les baux emphytéotiques administratifs etc.).

Aussi, et pour pouvoir appréhender les diverses formes et facettes juridiques et contractuel du PPP au Maroc comme en France avec un accent mis sur les principaux véhicules contractuels utilisés, nous proposons de voir les aspects suivants :

Section I : Les étendues du déploiement et les difficultés des PPP :

Comme précédemment souligné, le développement qu'ont connu les partenariats public-privé est étroitement lié à la difficulté grandissante des collectivités publiques, des pays industrialisés comme des pays en développement, à financer les investissements pouvant contenter la demande sociale des citoyens. L'augmentation des dépenses de fonctionnement et d'intervention a mené les pouvoirs publiques, au niveau national ou locale, à différer les investissements et l'entretien des infrastructures existantes. Dans ce contexte, les partenariats public-privé apparaissent comme un moyen de canaliser les attentes sociales et la maîtrise des finances publiques. Le recours aux partenariats a été encouragé par l'Union Européenne afin de favoriser le développement de nouvelles infrastructures de réseaux qui ne pouvaient être exécutées par les seuls investissements publics, manifestement insuffisants.

Ce développement soutenu des PPP s'inscrivait, aussi, dans le cadre général de la réforme profonde de l'action publique, commune dans l'ensemble des pays de l'OCDE et entreprise dans les pays anglo-saxons dès le début des années 1980. Elle trouve ses origines dans le contexte budgétaire et les contestations de l'efficacité de l'action publique traditionnelle. Les contraintes surchargeant les finances publiques ont conduit à une évolution du rôle des autorités publiques dans le contrôle de la vérification de la régularité de l'utilisation des ressources et l'évaluation de l'efficacité et de l'efficience de l'action publique en termes de fournitures de biens et services. L'accent mis sur la transparence et la responsabilisation (*accountability*) de l'action publique était envisagé sous cet angle.

Quelles en sont les conséquences ?

§1 - Les PPP : vers une nouvelle économie de la gestion publique :

Dans la logique de la nouvelle économie publique dont les règles s'appliquent à tous les domaines et secteurs, y compris celui de la gestion des ports, il était nécessaire de confronter aux défaillances du marché, justifiant l'intervention publique, l'existence de défaillances de l'État lui-même dont les origines sont, en grande partie, liées à la faiblesse du cadre incitatif dans lequel agissent les agents publics.

⁴¹⁴ « Droits et pratiques des services publics au Maroc », Mohammed Hajji, édition Zaouia, 2007.

Parmi les difficultés essentielles à la gestion publique, susceptibles d'être à l'origine d'une moindre performance des prestations réalisées, l'on peut invoquer, entre autres, l'absence de contrôle externe de la performance, l'absence du risque de faillite, la faiblesse des incitations à l'investissement pour le manager public, la difficulté d'obtenir des objectifs clairs et cohérents de la part de la tutelle publique et la sensibilité de la tutelle publique aux groupes de pression.

Dans ce contexte, la mise en place de partenariats public-privé devait participer à une transition générale de l'action publique, passant notamment par l'adoption d'un référentiel comptable de type privé, par l'octroi de l'indépendance des banques centrales ou par la mise en place de nouvelles règles applicables aux acteurs de l'investissements publics. Le « *Nouveau Management Public* » tel qu'il a été développé, particulièrement, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et en Australie, en constitue l'exemple car on l'estime le plus cohérent et le plus achevé de cette mutation de l'action publique qui met l'accent sur l'efficacité de la fourniture des biens et services publics liés à la gestion des services publics. Il s'agit, le secteur public et l'opérateur privé, d'augmenter, conjointement, l'efficacité des dépenses publiques et de se doter de garanties contractuelles en termes de qualité et d'effectivité de la fourniture des prestations.

Au final, le Nouveau Management Public repose sur un ensemble de prescriptions consistant, d'une part, à réduire le périmètre des activités directement prises en charges par les personnes publiques en recourant aux privatisations, aux partenariats public-privé, à la dévolution de certaines responsabilités de régulation à des agences indépendantes et, d'autre part, à introduire des mécanismes de gouvernance issus des entreprises privées au sein de la sphère publique tels que le développement des relations de marché entre les différentes structures publiques, la responsabilisation des agents, l'évaluation à partir des résultats et non plus en prenant en compte des ressources consommées, en instaurant l'obligation de rendre des comptes, l'adoption de normes comptables privées, soumissions aux règles de la concurrence, etc.

De façon générale, le nouveau management public peut s'envisager, à la fois, sous les angles macro et microéconomiques. Dans ce contexte, le point de vue macroéconomique concerne le fonctionnement global de l'action publique et ses dimensions budgétaires, tandis que le point de vue microéconomique porte sur l'évaluation d'un contrat public donné ou d'un service précis de l'administration. Dans son acception macroéconomique, il s'agit d'appliquer les prescriptions issues de la nouvelle économie publique, en l'occurrence la théorie des incitations au fonctionnement de l'État et des différentes administrations publiques afin d'assurer un bon usage des deniers publics. Dans son aspect microéconomique, le nouveau management public conduit à l'adoption, au sein des administrations publiques, d'outils de management issus des entreprises privées, notamment en matière de contrôle et d'incitation à la performance.

Au-delà de la seule opportunité budgétaire, la maîtrise du risque est la principale raison pour laquelle une collectivité publique peut décider de s'engager dans un contrat de partenariat. Contrairement à la délégation de service public, où l'opérateur privé exploite une activité « à ses risques et périls », le partenariat correspond plus à une répartition des risques qu'à un simple transfert de ces derniers. En effet, chaque risque est attribué à la partie qui est la plus à même de le gérer et le supporter.

§2 - L'approche budgétaire des partenariats public-privé :

Le recours au partenariat public-privé vise souvent à répondre à une contrainte de triple nature. Il s'agit tout à la fois de réaliser des investissements publics dans un contexte budgétaire contraint, de bénéficier des savoir-faire et capacités des firmes privées et, enfin, de s'assurer d'une répartition optimale des risques entre entité publique et prestataire privé.

A- La gestion de la contrainte budgétaire :

La contrainte budgétaire, résultat de l'accroissement de la dette et des déficits publics, aboutit à des arbitrages pouvant des fois être défavorables à l'investissement. En effet, les dépenses courantes qui représentent la grande masse des dépenses publiques, sont beaucoup plus difficiles à réduire que les dépenses en capital. Ces dernières ont une moindre sensibilité politique et leurs conséquences ne sont visibles qu'à long terme. Au sein de l'investissement public même, la réduction des budgets se traduit par une priorité aux investissements nouveaux, au détriment de l'entretien des infrastructures existantes. En l'absence d'une comptabilité patrimoniale, qui permettrait de constater la perte de valeur de ces infrastructures mal entretenues (par exemple terminaux, quais, etc.), leur dégradation n'a pas d'incidence budgétaire et reste de ce fait une stratégie de gestion courante. Si l'on veut prendre un exemple concret, le Royaume-Uni a connu, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, un sous-investissement chronique dans le domaine des transports et des infrastructures publiques. Vu de cet angle, la politique de « *Private Finance Initiative* » constitue une réponse à une situation de dégradation générale et de besoin de renouvellement urgent des infrastructures. Plus encore, l'imagination de montages contractuels peut s'y développer sans contraintes, en s'appuyant sur les techniques de *Project finance*, utilisant elles-mêmes la souplesse d'un contrat de nature privé.

Il va sans dire qu'il faut, en parallèle, replacer cette politique dans son cadre juridique d'origine. Celui-ci ne connaît pas de problèmes liés à la domanialité publique stricto sensu. Les terrains et immeubles utilisés par le service public y sont considérés comme de simples actifs dont les cocontractants peuvent disposer au mieux des contraintes financières et techniques de l'opération, selon une infinité de combinaison⁴¹⁵.

Pour ce qui est de la société de projet ou la SPV (Special Purpose Vehicle), elle n'est parfois qu'une sorte de coquille vide au milieu d'un enchevêtrement de contrats. Si cette situation peut entraîner des risques, notamment dans la conduite opérationnelle du projet, elle a deux conséquences intéressantes d'un point de vue macroéconomique. D'une part, l'approche en termes de *project finance* conduit le délégataire à ne pas être nécessairement une entreprise intégrée mais un simple ordonnateur, voire un pur financier. D'autre part, le mécanisme de « *step in* » facilite certaines opérations financières telles que la titrisation de l'opération puisque les conditions de la cession du contrat et de la subrogation des apporteurs de capitaux sont prévues à l'avance par des clauses spécifiques. Des opérations de *PFI* individuelles peuvent donc être financées par émissions de titres sur les marchés financiers.

⁴¹⁵ Voir notamment : J. Fox et N. Tott, *The PFI Handbook*, Londres, Jordans, 1999, p 360.

Certaines font l'objet ainsi de notation par les agences financière spécialisées, apportant d'intéressantes informations sur leur viabilité.

A ce sujet, certains observateurs ont insisté pour que l'ordonnance de 2004 sur les PPP prévoie des mécanismes facilitant le financement, notamment par titrisation, des contrats de partenariat. Ce souci se sentait à travers plusieurs innovations introduites par l'ordonnance dans le droit Français. En premier lieu, le paragraphe h) de l'article 11 permet de négocier les conditions de l'évolution du contrat et aussi de toute mise en œuvre du principe d'adaptabilité et les effets éventuels de ce que les juristes appellent « l'imprévision ». Le paragraphe i) leur ouvre la possibilité de négocier les conditions de cession ultérieure du contrat, sous réserve du respect des principes généraux en matière de cession des contrats publics⁴¹⁶. Enfin, le paragraphe j) permet de prévoir, d'un commun accord, les mesures à prendre en cas de défaillance et les conditions de résiliation du contrat ou d'exécution forcée.

En second lieu, l'article 28 a pour objet de faciliter le financement de ces opérations en prévoyant un dispositif spécifique pour mobiliser la créance née du contrat, en introduisant un article L 621-19 dans le Code monétaire et financier.

Néanmoins, l'évolution de la PFI depuis 2000 montre que cette politique semble atteindre une phase de rendements décroissants. L'intérêt économique du recours à l'investissement privé diminue et on assiste à une montée des risques. Dans une certaine mesure, ces deux phénomènes sont logiques. Les projets les plus favorables aux deux parties ont été déjà réalisés et ne restent que les projets les moins rentables et les plus risqués. A cet égard, les quelques sinistres enregistrés ont montré qu'en pratique la collectivité publique était toujours garante en dernier ressort, les clauses de *step in* n'ayant pas été utilisées⁴¹⁷.

Ces deux caractéristiques, en favorisant la « bancabilité » des opérations, conduisent notamment à ce que « l'offre » d'opérateurs soit potentiellement plus large qu'en France. Cet aspect était pour la situation française très intéressant, car une de ses difficultés est l'asymétrie qui existe entre les collectivités locales et les grandes entreprises concessionnaires de service public. En outre, une analyse économique de ce qui est appelé la « matrice contractuelle » montre le rôle déterminant du contrat direct entre l'organisme public et les financiers pour l'équilibre général du montage. Selon les cas, l'intérêt des financiers recouvre celui du SPV ou au contraire celui de l'organisme public. Ces incitations contraires, sans être à l'opposé, peuvent donc leur faire jouer un rôle déterminant en termes de contrôle des risques et d'optimisation de l'ensemble des phases de l'opération projetée.

A- Le traitement des partenariats public-privé dans les comptes publics :

En contrepartie d'une optimisation du cycle budgétaire, le partenariat public-privé peut affranchir les pouvoirs publics de la détention – et donc de la comptabilisation – d'actifs, qui contribuent à accroître leurs dettes. Par exemple, lorsqu'un ministère ou collectivité achètent un service à un prestataire au lieu de faire directement l'acquisition des machines ou matériels correspondants, il peut sous certaines conditions ne pas les intégrer comme des immobilisations dans les comptes publics (déconsolidation).

⁴¹⁶ Voir CE, Avis, Assemblée générale, 8 juin 2000, n°364.803.

⁴¹⁷ Voir F. Marty et A. Voisin, « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : la montée des risques », Rev. Française de finances publiques, 94, mai 2006, p.109-120.

En Europe, cette déconsolidation dépend des règles édictées par l'office européen des statistiques (Eurostat). Ce dernier a retenu comme principal critère le transfert du risque. La déconsolidation n'est admise que lorsque le prestataire privé prend à sa charge, d'une part le risque de construction, et d'autre part le risque de disponibilité et/ou le risque de demande. Si ces conditions ne sont pas réunies, le contrat de partenariat sera consolidé dans la dette publique. Les investissements correspondant au contrat affecteront le solde budgétaire. En contrepartie de la dépense de l'État, la dette publique augmenterait du même montant et affecterait, par conséquent, les critères retenus pour le Pacte de Stabilité et de Croissance⁴¹⁸. En outre, les flux de paiements annuels de l'entité publique seront intégrés dans les comptes publics aux titres des achats de services et des intérêts imputés.

Parmi les trois risques envisagés par Eurostat, figurent les risques de construction, de disponibilité et de demande ; le prestataire doit assumer le premier et au moins l'un des deux autres pour que le contrat puisse faire l'objet d'une déconsolidation. Le risque de construction correspond aux cas de livraison tardive, de non-respect des normes spécifiées, de surcoûts ou de défaillances techniques. De manière basique, l'intérêt de tout PPP se situe dans le fait que les flux de paiements ne commencent qu'à la mise en service de l'équipement. Deux avantages sont alors réunis. D'une part, l'acteur public n'a pas à dégager immédiatement les ressources budgétaires pour financer l'investissement. D'autre part, le prestataire privé voit son paiement conditionné à la délivrance du service, ce qui l'incite à éviter tout retard. Le cas échéant, s'il s'avère que les paiements de l'acteur public ne sont pas conditionnés à la mise en service effective de l'actif, le risque de construction ne peut en aucun cas être réputé transféré au prestataire privé.

Le risque de disponibilité, quant à lui, correspond à la situation dans laquelle le contractant n'est pas en mesure de livrer le volume de service ou de respecter les normes contractuelles de qualité ou de performance. Eurostat considère que l'acteur public demeure en charge du risque dès lors qu'il est impossible de réduire les paiements de façon significative, sous forme de pénalités. Il s'agit ici de s'assurer de l'existence de mécanismes de sanctions proportionnés et crédibles. Le risque de demande est réputé être pris en charge par l'acteur public dès lors que les paiements versés au prestataire privé s'avèrent être faiblement dépendants du niveau d'utilisation du service.

§3- L'intérêt microéconomique des PPP : la réduction des incertitudes de coût :

La réduction des coûts, difficile à évaluer, peut être appréhendée soit comme une économie budgétaire comme développé ci-dessus soit comme une garantie contre les dépassements de coûts.

Généralement mise en avant, la réduction des coûts est un argument qui est à nuancer selon les observateurs notamment les économistes. Les économies espérées au moment du lancement de la politique britannique de *Private Finance Initiative* (PFI) par exemple devaient atteindre jusqu'à 30 % du coût en régie. Compte tenu de la durée des contrats, il

⁴¹⁸ Le Pacte de stabilité et de croissance est l'instrument dont les pays de la zone euro se sont dotés afin de coordonner leurs politiques budgétaires nationales et d'éviter l'apparition de déficits budgétaires excessifs. Il impose aux États de la zone Euro d'avoir à terme des budgets proches de l'équilibre ou excédentaires.

n'est pas possible d'estimer les gains réels permis par les partenariats public-privé. À défaut de telles données, le Trésor britannique avait calculé, dans un rapport de 2001, « *Value for Money Drivers in the PFI* » l'écart de coût existant entre le coût de référence public (*Public Sector Comparator*) et le prix du contrat signé. Ces économies théoriques s'élèvent à 17 % dans le secteur des transports, qui représente près de la moitié du montant des investissements dans les PFI. Tous domaines confondus, les gains sont souvent bien plus modérés, s'établissant en règle générale autour de 10 %. Ce chiffre global masque une grande disparité et ce, si l'on raisonne par projet.

Le montant des gains de productivité chiffrés s'explique par la conjonction de deux phénomènes. D'une part, les économies réalisées dans le cadre d'un partenariat sont plus fortes si le service public est mal géré, ce qui ne pourrait être le cas général pour les projets conduits selon cette forme. D'autre part, le recours à une solution privée présente un coût additionnel, celui du financement intermédiaire, réalisé par un opérateur privé. Par convention, le coût des fonds publics est égal au coût des emprunts publics. Or, la prime de risque demandée par les prêteurs – banques ou marchés de capitaux — à une entreprise est plus élevée que celle appliquée à un emprunt public émis par un État solvable. La prime de risque appliquée à l'emprunteur privé dépend de nombreux paramètres : santé financière de l'entreprise, viabilité financière et technique du projet, garanties de remboursement, etc.

L'intérêt principal des PPP n'est pas que de tempérer la contrainte budgétaire ou de transférer la dette en hors-bilan. Ces effets sont des conséquences du choix de la solution partenariale et se révèlent, de plus en plus, trompeurs, eu égard au contrôle exercé par les marchés financiers et aux règles comptables publiques en vigueur. La qualité et le caractère évolutif du service et aussi la gestion du risque sont les principaux déterminants du choix d'un partenariat public-privé, bien plus que la seule économie de coût. En fait, les partenariats ne sont réellement efficaces que lorsqu'ils organisent un partage des risques entre entités publiques et privées bien plus qu'un simple transfert au privé, lequel ne manquerait pas, le cas échéant, d'exiger une prime de risque. Par exemple, le risque de construction pourra être mieux assumé par l'opérateur privé que par l'État, le premier ayant une meilleure connaissance technique de son projet. En revanche, le risque de renforcement de la législation sur l'environnement par exemple, qui peut avoir des conséquences financières sur la construction, revient à l'État.

Le déport des risques vers le consortium constitue une caractéristique majeure de ces nouveaux contrats. Ils sont assumés exclusivement par la personne publique dans les contrats traditionnels et confiés de manière presque exclusive à la personne privée dans les contrats de type PPP. En effet, la réussite du contrat de partenariat repose sur la recherche de la meilleure allocation des risques.

Dans le cadre d'une acquisition classique, l'acteur public est exposé à trois risques de surcoûts. Les deux premiers concernent l'évaluation des coûts d'acquisition. Il s'agit d'une part de l'élévation des coûts par rapport aux estimations et d'autre part du coût financier lié aux retards pris dans le programme. Le dernier facteur de surcoût concerne un éventuel alourdissement des coûts d'exploitation par rapport aux prévisions initiales. À l'inverse, dans le cadre d'une PFI, l'acheteur public ne supporte aucun coût dans la phase de construction de l'infrastructure. Le consortium privé doit non seulement absorber d'éventuels surcoûts mais ne peut, en outre, aspirer à recevoir un paiement tant que l'équipement n'est pas en exploitation. Ce faisant, la structure contractuelle lui fournit les incitations nécessaires pour limiter au maximum ces dépassements. En outre, lors de la phase d'exploitation, d'éventuels

surcoûts ne seront pas pris en compte dans la fixation des paiements de l'acteur public. Ceux-ci se font, en effet, selon un tarif comprenant une partie fixe, correspondant à la mise à disposition de l'équipement et une partie variable, fonction de son utilisation.

L'apport des partenariats en la matière est qu'ils cherchent à prévenir les conséquences financières de ces dépassements, sans pour autant induire une perte de la maîtrise de la définition de la prestation.

Quand bien même le recours au partenariat public-privé présente-t-il un surcoût vis-à-vis d'une acquisition classique, la collectivité publique peut rationnellement s'engager dans ce type de contrat. Elle peut le faire sur la base d'un arbitrage selon lequel elle doit choisir de fournir une prestation plus rapidement au prix d'un coût global plus élevé sur le long terme ou d'une réduction de cible. Elle peut aussi le faire en considérant que le surcoût lié au financement privé peut apparaître comme une prime d'assurance face à d'éventuels risque de dérives des coûts.

Notons, par ailleurs, que le partage des risques et l'aboutissement à un contrat équilibré sont des éléments clés des contrats de gestion déléguée. Initialement ce partage des risques distinguait les différents types de concession ; on trouvait des concessions à risque intégral, des concessions à risques partagés et les concessions à risques limités. Il s'agit en fait de maîtriser le risques de construction (conception, dépassement de délai, non performance, etc.), le risque d'exploitation (les écarts éventuels entre les prévisions ayant servi de base à la viabilité économique de l'opération et la demande réelle des biens et services et le risque lié aux financements. Ceci dans un but d'atténuer l'impact de ces risques sur l'équilibre contractuel entre les parties.

Enfin, il est à noter que dans le cadre des PPP, la constitution d'une matrice des risques du projet doit être élaborée par les personnes publiques sur l'ensemble des prestations confiées au partenaire. D'autant plus qu'il n'y a pas un modèle de montage contractuel valable à toutes les opérations. En revanche, il est aisé d'identifier un ensemble de paramètres techniques, juridiques et économiques communs à tous les contrats. Ces paramètres interagissent les uns sur les autres et sont utilisés par les parties pour fonder un équilibre réglementaire et financier du contrat.

§4- Le contexte financier favorable à la promotion des PPP:

Ce contexte a changé au gré du temps :

A- La phase précédant la crise de 2008 :

Au-delà de l'ingénierie contractuelle et financière qu'ils ont instaurée, le développement des PPP a bénéficié, principalement entre 2001 et 2008 d'un contexte financier particulièrement favorable à leur mise en œuvre et promotion. En effet, la croissance du portefeuille de PPP signés et ceux encore en phase d'exploitation, a eu pour effet de réduire les primes de risques exigées par les investisseurs pour la dette obligataire émise par les sociétés supportant les projets. En outre, l'essentiel des risques dans les projets se concentre souvent dans les phases initiales de construction et de mise en service. Une fois celles-ci réalisées, les risques liés à l'exploitation deviennent maîtrisables. Ainsi, les titres émis par les sociétés de projets sont particulièrement attractifs pour les fonds de pension qui doivent disposer de flux de ressources stables pour faire face à leurs engagements de paiement.

L'attractivité de la dette liée aux PPP favorisait, avant la crise, les opérations de refinancements. Celles-ci permettaient de réduire significativement le taux de la dette dès lors que l'opération intervenait après l'étape initiale de levée des risques. Les contrats de PPP insèrent communément, dans leurs clauses, des règles de partage des gains liés à ces refinancements entre contractants public et privé. Le refinancement de la dette n'était pas la seule option possible.

La structuration en société de projet permettait, également, une fluidité du capital conduisant les commanditaires à céder, de manière progressive, leurs parts à d'autres investisseurs, ce qui avait pour principal effet d'accroître le taux de rendement interne de leur investissement de manière significative. Ceci étant, il s'est développé au Royaume-Uni un marché secondaire des titres liés aux sociétés de projets dont l'évolution était de nature à peser favorablement sur le niveau des primes de risques exigées par l'ensemble des investisseurs, qu'il s'agisse d'investisseurs en fonds propres ou de souscripteurs de la dette projet. Ce marché secondaire, qui permet la cession des parts de fonds propres des sociétés de projets, avait également pour effet positif d'accroître la concurrence pour le marché dans la mesure où les sponsors n'étaient pas tenus à demeurer dans les instances délibérantes de ses sociétés tout au long de l'exécution. Ils avaient donc la capacité de s'investir et d'investir dans d'autres contrats de PPP.

En sus de ce contexte favorable s'ajoutait une volonté politique ferme de soutenir le développement des PPP. Les tendances à un recours croissant aux PPP telles qu'observées au Royaume-Uni jusqu'à la fin de la dernière décennie s'expliquaient par ce support politique qui conduisait certains départements ministériels ou certaines collectivités locales à considérer le PPP comme *le seul scénario possible*. Non seulement le recours aux montages propres à ce modèle contractuel permettait d'éviter de consolider les actifs et la dette correspondante dans les comptes publics, de disposer de marges de manœuvres vis-à-vis des règles déterminants les budgets pluriannuels d'investissements mais aussi pour certaines collectivités de disposer de fonds de garanties spécifiques voire de subventions additionnelles.

Le développement des PPP au Royaume-Uni peut être résumé en quelques chiffres. Même en excluant les trois contrats initialement conclus pour l'exploitation du métro de Londres et qui représentaient un investissement privé (capital value) de 18 milliards de £, le montant total des investissements privés en PFI s'élevait à près de 62 milliards de £. La charge budgétaire liée aux paiements au titre des PFI en cours d'exécution était de 8, 57 milliards de £ pour l'exercice 2011- 2012 et devrait atteindre 9,75 milliards en 2017-2018. Entre 1998 et 2007, le nombre de PFI signées se stabilisa sur une moyenne de plus de cinquante contrats annuels. Les montants d'investissements privés furent croissants jusqu'à la veille de la crise.

B- La nouvelle donne financière fruit de la crise de 2008 :

La crise financière de 2008 et ses conséquences ont significativement bouleversé les conditions de financement des contrats de partenariat public-privé. En effet, ces changements ne sont pas simplement conjoncturels mais aussi structurels et ont induit des transformations significatives de l'économie générale des contrats de PPP, notamment en matière de répartition des risques.

Comment s'est alors concrétisé cet effet ?

a) Des conditions d'accès aux financements moins favorables :

Alors que les montages à fort effet de levier financier avaient été favorisés par l'abondance des liquidités disponibles et l'abaissement généralisé des primes de risque sur les dettes, la crise financière se traduit par un effet de levier inversé. De façon simple, la baisse de la valorisation des titres financiers dus à l'incertitude croissante de la capacité des emprunteurs à honorer leurs dettes, obligeaient les banques à déprécier leurs créances dans leurs comptes. En effet, les normes comptables IFRS imposent de les valoriser à leur *fair value* qui peut-être leur valeur de marché ou la valeur qui ressort de modèles d'évaluation financière. Dans la mesure où les ratios de solvabilité financière mettent en relief l'encours de crédits accordés et la valeur de l'actif, les établissements financiers devaient, au mieux restreindre l'octroi de nouveaux crédits ou même céder certaines de leurs créances sur le marché pour améliorer leur bilan. Ces cessions aggravant la chute des cours qui s'amorce conduisant, ainsi, à un phénomène de *crédit Crunch*. Ce phénomène s'est traduit dès le début de la crise par un assèchement des financements bancaires aux projets de PPP mais en contrepartie une très nette élévation des taux d'intérêts exigés. Dans ce contexte, la hausse des taux d'intérêts exigés par les investisseurs financiers est bien moins liée à une élévation des risques intrinsèques du projet qu'au renchérissement des liquidités bancaires. Ce phénomène revêtait de plus un caractère structurel dès lors que le resserrement des règles prudentielles applicables au secteur bancaire rend particulièrement onéreux les prêts de long terme. Ainsi, la crise s'est traduite par une nette augmentation des *spreads*,⁴¹⁹ c'est-à-dire du différentiel par rapport au taux sans risque, à la fois sur la dette projet mais aussi sur la dette dont le remboursement est garantie par le contractant public lui-même. Un tel surcoût peut être de nature à mettre en cause l'attractivité du modèle des PPP pour de nombreux projets d'investissement public. Les évolutions britanniques se sont reproduites quasiment à l'identique en France, le *spread* sur la dette projet passant de 60 à 250 points de base entre 2007 et 2009. Si les différentiels de taux se sont réduits depuis le plus fort de la crise, il n'en demeure pas moins que le renchérissement des ressources bancaires n'est pas seulement conjoncturel mais s'avère être structurel.

La nouvelle donne financière conduit à de nettes pressions sur la dette. Les apporteurs de ressources externes sont de plus en plus attentifs au profil de risques de la société de projet et requièrent des marges de sécurité additionnelles en matière de couverture du service de la dette.

Ceci s'est traduit par une élévation des taux d'intérêt sur la dette bancaire mais aussi par une nécessaire réduction de sa part vis-à-vis de celle des fonds propres ou d'autres sources de financement de long terme. La conséquence directe en est une hausse significative des coûts de financement mettant en question la capacité des montages de PPP à atteindre la *Value for Money*. Dans le même temps, substituer des fonds propres à la dette accroîtrait de façon excessive le coût moyen des capitaux investis et mettrait en cause l'opportunité même de ces contrats.

⁴¹⁹ Spread est un mot anglais utilisé en finance pour désigner, de manière générale, l'écart ou le différentiel entre deux taux. Sa définition précise varie en fonction du type de marché sur lequel on se trouve.

Quand bien même les surcoûts de financement n'annuleraient pas les gains d'efficience liés aux PPP, ces derniers conduisent à une augmentation des flux de paiement de la personne publique contractante qui, dans un contexte de forte pression sur les comptes publics est de nature à mettre en cause la rentabilité budgétaire des engagements liés au PPP.

De la même façon, la crise a ébranlé les conditions d'accès au marché des fonds nécessaires pour l'aboutissement des projets. D'abord, l'analyse des risques du projet se fait de façon beaucoup plus serrée qu'auparavant. Les taux proposés reflètent de moins en moins les résultats de l'évaluation des risques intrinsèques au projet et de plus en plus les contraintes liées aux procédures internes des comités d'engagements des prêteurs. Si au niveau international, certains projets ont été annulés suite à la crise⁴²⁰, d'autres sont revenus à des schémas d'acquisition publique classique⁴²¹. D'autres projets ont connu de longs décalages pour parvenir à leur clôture financière. Plus encore, les projets lancés depuis lors présentent des amplitudes financières plus réduites.

L'aversion au risque des investisseurs est encore renforcée par la disparition des garanties financières de la dette émise par les sociétés de projets. Les assureurs ayant perdu leur 3 A, leurs réserves financières s'étant effondrées du fait de nombreux appels de garantie durant la crise de 2008, les rehaussements de crédit au travers d'instruments de marché sont devenus impossibles. Les apporteurs de capitaux demandent automatiquement des garanties croissantes tant aux sponsors qu'aux contractants publics eux-mêmes, voire à leurs ministères de tutelle quand il s'agit d'établissements publics. Par conséquent, si les montages de financement sur projets étaient traditionnellement des montages sans recours, ils deviennent des montages avec recours, d'autant plus que l'exposition financière des contractants ne se limite plus aux seuls apports en fonds propres dans la société projet.

Enfin, la crise s'est traduite par une nette transformation des conditions d'accès au financement.

Les conditions de financement proposées par le privé ont connu une grande transformation avec la généralisation des clauses de « market flex »⁴²² et de *market disruption*⁴²³. Avant la crise les différents groupements en compétition garantissaient un financement à taux ferme et à conditions définies à l'avance. Au cœur de la tourmente financière, le secteur privé ne pouvait plus prendre de tels engagements. Ces derniers induisaient, d'autant plus de risques que la durée des négociations avec la personne publique était longue. Le législateur dû donc accepter que non seulement les offres financières aient une durée limitée dans le temps mais que les groupements puissent ne plus s'engager sur des taux fixes en introduisant dans leurs offres des clauses de market flex. Celles-ci conduisent à formuler l'offre financière en termes de taux variables. Ainsi, la personne publique prend à sa charge les risques de montée des taux durant la phase de contractualisation.

⁴²⁰ En 2008, un premier projet d'extension en mer de la Principauté de Monaco, à hauteur d'une dizaine d'hectares était annulé.

⁴²¹ Le *Hartlepool NHS Foundation Trust* anglais initialement programmé comme une PFI fit l'objet d'un contrat de construction à prix forfaitaire pour 450 M£

⁴²² Clause de « Market Flex » : permet aux prêteurs d'apporter des changements à la structure de financement et notamment, de la marge si les prêteurs ne parviennent pas à syndiquer le crédit.

⁴²³ Clause de perturbation du marché permettant aux établissements prêteurs de refuser un tirage ou de le conditionner à un taux d'intérêt de substitution lorsque les conditions de marché ne permettent pas d'obtenir pour les établissements prêteurs, qui se refinancent sur le marché, des capitaux correspondant au montant demandé par l'emprunteur pour la durée souhaitée par ce dernier, ou si le taux d'intérêt prévu au contrat ne reflète pas les conditions de refinancement sur le marché pour un montant important de banques prêteuses.

De la même façon, des clauses de *market disruption* ou de *market-out* permettent aux prêteurs de retirer leur offre si les évolutions de marché dépassent des limites de taux prédéfinies.

Une autre conséquence notable du changement des conditions de financement des PPP depuis 2009, à l'origine de l'élévation des coûts de financement, est la quasi-disparition de la « syndication »⁴²⁴ et la multiplication des *club-deals*⁴²⁵. Avant, la crise, il était souvent possible de bénéficier de mécanismes de syndication par lesquels un acteur financier, souvent l'un des sponsors, souscrivait l'ensemble de la dette émise par la société de projet et se chargeait ensuite de la placer sur le marché. De ce fait, la disponibilité du financement était acquise dès la signature du contrat et son taux est certain. Ce mécanisme est devenu particulièrement difficile voire même impossible, à mettre en œuvre depuis que les banques ne disposaient plus que de liquidités onéreuses et plus limitées. Ainsi, le modèle de la « syndication » a dû céder la place aux « club-deals » dans lesquels, le financement n'est plus apporté par un seul acteur financier mais par un « pool » d'établissements bancaires. L'émergence des *club-deals* était la conséquence de la réduction draconienne des capacités d'engagements personnelles des acteurs financiers. Un groupement de banques peut être nécessaire pour apporter tous les capitaux requis par des projets de PPP de grande ampleur. Ce phénomène s'est traduit inéluctablement par un accroissement du coût du financement. La raison tient aussi bien à une altération irréversible de la concurrence pour le financement et au fait que les conditions de financement appliquées par toutes les banques sont déterminées par la banque marginale dont les apports sont indispensables au bouclage du financement

Aussi, la crise financière amorcée en 2008 a remis en question le modèle des PPP en provoquant la réapparition d'un surcoût significatif du financement privé et en conduisant à une réallocation des risques entre contractants publics et privés. Dans la mesure où les outils fournis par l'ingénierie contractuelle et l'ingénierie financière ne permettaient plus de couvrir la majeure partie des risques, ces derniers sont en grande partie repris en charge par le contractant public.

C'est dire que non seulement un nombre réduit de projets sont encore éligibles du point de vue financier à des montages de type PPP mais le contractant public peut moins facilement opter pour ces derniers dans une optique assurantielle, dans la mesure où il joue de façon croissante le rôle de garant en dernier ressort des flux de remboursements de la dette émise par la société de projet.

b) La redistribution des risques issue des nouveaux équilibres contractuels:

Durant la crise financière, penser à des montages de projet sur le modèle de ceux qui préexistaient serait forcément traduit par des nets surcoûts financiers. En effet, moins de projets auraient été éligibles aux montages partenariaux et aux modes d'acquisitions publiques et de financements budgétaires traditionnels devraient s'y substituer. Cependant, cela aurait imposé de renoncer aux gains d'efficacité potentiels liés aux PPP et aussi à apporter un financement purement public aux investissements concernés à un moment où les marges de manœuvres budgétaires étaient en baisse. Ainsi, la nécessaire pérennisation du

424 Regroupement de banques pour la réalisation d'une ou plusieurs opérations financières.

425 Le club deal correspond à des termes anglo-saxons qui qualifient les relations étroites qui lient des banques de proximité avec des entreprises de différentes tailles. Le club deal fait aussi référence aux crédits distribués par ces banques et à la mutualisation entre-elles des risques associés à la dette des sociétés ainsi financées.

modèle est passé par une multitude de moyens pour un soutien public visant à réduire les risques pesant sur les souscripteurs de la dette émise par les sociétés de projet ou même à limiter la part de cette dette dans le financement de l'opération.

En effet, la limitation du coût du financement privé et la facilitation de la souscription de la dette émise par la société de projet peut passer par deux principaux moyens. Le premier a trait à une participation financière de la personne publique aux montages financiers, le second à la prise en charge d'une part croissante des risques pour les minimiser.

Par ailleurs, le bouclage financier des opérations de PPP est facilité par un ensemble d'initiatives publiques, se traduisant par un net assouplissement des exigences quant aux conditions d'apport des financements. Dans les mises en concurrence, il n'est plus requis que les groupements candidats apportent dès le dépôt des offres un plan de financement complet à des conditions, notamment de taux, fermes. Des offres présentant des financements partiels (souvent assortis de clauses de *market-flex*,) sont acceptées. De ce fait, la personne publique s'expose à un risque de constater l'incapacité de son contractant potentiel à disposer des fonds nécessaires à une phase très avancée des négociations, rendant très difficile un éventuel retour en arrière au vu du temps écoulé et des coûts engagés. De même, refuser de telles offres conduirait, dans un contexte financier difficile, à réduire fortement le degré de concurrence pour le marché.

De la même façon, les risques de refinancement sont partagés entre contractant publics et privés de façon à concilier l'intéressement de la personne publique en cas d'évolution favorable des conditions de marché et le plafonnement des risques encourus par le contractant.

C - La particularité du Maroc :

La crise économique et l'assèchement des liquidités ont poussé les grands investisseurs à augmenter leurs exigences et à être, de plus en plus, regardants sur le montage des projets. Depuis, les aspects juridiques et financiers des PPP sont scrutés par les experts. Dans ce contexte précis, les pays de la Méditerranée et plus particulièrement ceux de l'Afrique du Nord se font une guerre pour offrir un cadre attractif à ces entreprises. Dans cette bataille, le Maroc dispose d'atouts indéniables mais doit veiller à activer le volet législatif via la loi sur les PPP (partenariat public/privé) qui, plus qu'une disposition juridique, constitue un signal fort très attendu par la communauté des affaires.

Sur ce volet, le Maroc a élaboré une loi dédiée. En effet, dans les pays de l'Afrique du nord, le Maroc et la Tunisie ont des lois sur les concessions, mais leur applicabilité aux projets PPP, à travers lesquels le secteur privé n'assume pas le risque lié à la demande, ne présente pas les niveaux de garanties requis par les bailleurs de fonds internationaux. En effet, la Banque Européenne d'Investissement (BEI) a fortement recommandé «l'application de loi claire et dédiée» aux PPP. La loi devra offrir plus de garanties et un degré de certitude supérieur quant à la capacité de la personne publique à s'acquitter de ses paiements pendant la phase d'exploitation du projet.

Pour ce qui est du financement, il faut dire que dans la plupart des pays de la Méditerranée, les marchés financiers locaux sont liquides et financièrement solvables, mais ils ne peuvent fournir qu'un volume limité de prêts pour des grands projets en PPP. Le Maroc dispose de deux ou trois grandes banques capables de fournir des prêts relativement

importants en faveur de ces projets sans se constituer en consortium. Les grandes banques locales bénéficient d'une expertise dans le domaine du montage des PPP qui requièrent un niveau important de maîtrise technique.

Le montant des primes d'assurances, quant à lui, varie d'un pays méditerranéens à l'autre. En comparaison avec les normes internationales en la matière, les taxes sur les primes d'assurances sont encore élevées au Maroc (14% pour l'assurance tous risques construction et les assurances couvrant les biens immobiliers), ce qui majore le coût des projets tout en restant fiscalement neutre pour l'Etat», révèle le rapport de la BEI. Pour améliorer l'attractivité de la destination Maroc, certains observateurs proposent que les taxes sur les primes d'assurances soient arrimées au contexte international.

Il est à signaler que les financements en monnaie locale sont disponibles pour les PPP, mais pas à taux fixe pour toute la durée du prêt. Pour cause : l'absence de marchés des contrats d'échange de taux à long terme. Les autres pays de la Méditerranée, dans lesquels les taux de change sont formellement arrimés à une monnaie comme en Jordanie, au Liban ou dont le secteur bancaire privé est réduit comme la Syrie, estiment que les financements en monnaie étrangère sont plus avantageux sur le plan coûts. De plus, le secteur public est mieux placé pour assumer le risque de change. Si le secteur privé est prié d'assumer ce risque, le pouvoir adjudicateur risque de devoir faire face au paiement de montants plus élevés pendant la phase d'exploitation.

De ce qui précède, il s'avère clairement que les ports sont des outils au service de la collectivité aussi bien au niveau nationale que régionale permettant l'ouverture des régions à des obligations de service public qui leur sont attribuées avec les contraintes et difficultés que ceci engendre, notamment l'exigence d'un support contractuel bien ficelé. En effet, tout PPP doit être réalisé par une relation contractuelle en vue d'exploiter les meilleures compétences et capacités de chacun des partenaires. D'autant plus que le recours au PPP se fait dans le cadre de projets structurant intégrant des montages modernes et novateurs qui, par la force des choses, coûtent chers et comportent plus de risques que la participation du secteur privé rend moins accrue. Ceci pose la polémique des organismes privés qui gèrent la chose publique.

Chapitre III Les PPP : des organismes privés gérant un service public :

Les capitaux et les méthodes d'intervention des secteurs publics et privés sont complémentaires et de ce fait, ils peuvent se substituer les uns les autres pour répondre aux mêmes objectifs. Un même service qui aurait été assuré à travers les époques et selon les pays ou les régions tantôt par les organismes publics tantôt par le secteur privé, font ressortir une certaine supériorité des entreprises privées sur les administrations en matière de gestion et de résultats.

Le concept de service public portuaire tel que discuté de nos jours, au Maroc comme en France, est de création récente . en France, à la fin du second conflit mondial et plus précisément le 05/05/1944, le CE avait rendu un arrêt concernant les activités de manutention portuaire, considérant que le remorquage et la manutention constituaient des éléments de service public. Cette décision intervenait dans une époque où les ports jouaient un rôle primordiale dans la défense et la construction du pays. Dans le temps, les pays européens avaient des souveraineté étendues et pouvaient adopter des mesures de

protectionnismes économiques ce qui n'est plus le cas depuis la création du marché commun consacrant la liberté des prestations de services. La définition du service public n'a aucune assise légale en France ni au Maroc. Le code des ports maritimes français ne donne aucune définition du service public ; il se contente d'évoquer les autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. Pour avoir le caractère de service public, l'activité concernée doit présenter un caractère d'intérêt général, impliquer l'exercice des prérogatives de puissance publique et être contrôlée par une puissance publique. Le professeur Delvolvé a déclaré que « le service public se définit moins par son objet que par son régime... Est service public l'activité que les pouvoirs publics ont entendu considérer comme tel »⁴²⁶

La conception classique du service public prônait l'exclusion de l'initiative privée pour son exercice ou sa direction au profit des seules autorités administratives. Aussi, même dans le cas où des personnes privées recevaient la mission de faire fonctionner le service public dans le cadre de concession de service public, l'autorité administrative conservait de larges pouvoirs pour décider de l'organisation et des conditions de fonctionnement du service public.

La conception extensive de l'intérêt général – corollaire du service public- a eu pour conséquence une atténuation progressive de la frontière qui séparait, autre fois, les activités privées et les activités publiques. Nombreuses sont les activités laissées à l'initiative privée qui touchent de très près la satisfaction des besoins collectifs des citoyens.

Au Maroc, la participation des personnes privées à la gestion des services publics ne connaît cependant pas encore le même essor que l'on constate en France par exemple. Diverses raisons expliquent cette différence : la faiblesse du secteur privé marocain en est essentielle et aussi l'existence encore, jusqu'à des dates récentes, d'une tradition centralisatrice de l'Etat héritée du protectorat.

Or, lorsque la puissance publique ne désire pas prendre directement en charge une activité, mais qu'elle souhaite la contrôler ou l'orienter dans le sens de l'intérêt général, elle fera, de facto, recours à l'initiative privée. Pour ce faire, elle trace le cadre dans lequel s'inscrit l'action de l'organisme privé qui se trouve ainsi associé à la puissance publique dans la mise en œuvre d'une véritable mission de service public.

Cette association de la collectivité publique et des particuliers se manifeste soit dans la gestion d'un service public industriel et commercial soit dans celle des services publics administratifs.

Cette association a été mal jugée par certaines instances même en France. C'est pour cette raison qu'il y a quelques années, le Conseil d'Etat Français s'interrogeait sur l'avenir du service public, en posant clairement la question de savoir si l'on assistait à son déclin ou à son renouveau. S'agissant du déclin, la crainte de la Haute instance était en partie fondée sur l'attitude des institutions communautaires : *«L'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics... »*.⁴²⁷

⁴²⁶ Cité in « droit maritime », op Cit

⁴²⁷ « La délégation de service public et les concessions portuaires », Robert REZENTHEL, DMF n° 583 Juin 1998 ;

Le Conseil d'Etat s'est, en effet, interrogé sur l'avenir du service public dans son rapport au titre de l'année 1994⁴²⁸, en posant la question sous forme d'options: déclin ou renouveau ? En plus de l'aménagement et l'exploitation de grandes infrastructures de transport (ports, réseaux ferrés, aéroports, autoroutes...) qui ont été qualifiés de missions de service public, d'autres activités accessoires comme le remorquage et la manutention portuaires l'ont été également. Les activités économiques contrôlées par une personne de droit public étaient aussi pour une large part soumises à ce régime. Plus encore, l'influence du droit communautaire a conditionné, ne serait-ce qu'en partie, l'évolution du droit des services publics en France.

Par ailleurs, le régime juridique du service public présente une exception aux principes fondamentaux de l'économie de marché. Ce mécanisme juridique est dérogoratoire aux règles du droit commun, générateurs d'un pouvoir régalien dans l'organisation du service ou même dans sa gestion.

Il est vrai que le législateur peut créer un service public et exclure d'autres dudit régime, mais c'est la jurisprudence qui détermine effectivement et concrètement par l'examen, cas par cas, l'existence ou non d'un service public. Les effets juridiques qui en découlent sont importants pour le cas de la France parce que ceci touche, non seulement l'ordre juridique interne, mais également communautaire ou même international. C'est ainsi que la Cour de justice des communautés européennes s'est interrogée à la suite d'informations données sur les conditions d'attribution d'une partie importante d'une taxe portuaire à une entreprise privée, en déclarant : « *De telles indications ne suffisent pas à répondre à la condition susmentionnée. En particulier, elles ne font pas ressortir en quoi consiste précisément le prétendu service public* »⁴²⁹.

Concernant le renouvellement d'une concession de service public, la Cour avait jugé qu'il fallait respecter le principe de sécurité juridique, lequel « *exige notamment, que les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables* »⁴³⁰.

Les activités portuaires, bien que présentant, au Maroc comme en France, un caractère d'intérêt général pour l'économie nationale et s'exerçant sur le domaine public, constituent-elles, pour autant des missions de service public ? A la suite de cette question, il convient également de s'interroger dans quelle mesure les activités exercées par les gestionnaires de ports sont-elles soumises au droit de la concurrence ?

Section I - L'évolution de la qualification du service public en France et au Maroc :

Il existe plusieurs significations de la notion de « service public ». Généralement ? L'on distingue le paramètre organique de cette notion du paramètre fonctionnelle ou matérielle. La signification organique décrit le service public comme une institution ou un organisme constitutif d'un ensemble de moyens matériel et humain chargé de garantir une mission au profit de la personne publique à laquelle l'institution ou l'organisme est rattaché.

⁴²⁸ « Service public, déclin ou renouveau », in Rapport public 1994 – EDCE n° 46 – 1995 – p. 15 et suiv.

⁴²⁹ CJCE 27 novembre 2003 – Enirisorse SpA – Aff. n° C-34/01 à C-38/01 point 37.

⁴³⁰ CJCE 7 juin 2005 Aff. n° C-17/03, Rec. p. I-4983 point 80.

La signification matérielle ou fonctionnelle renvoi, quant à elle, à la prestation elle-même qui est fournie à la population afin de satisfaire l'intérêt général ; le service public, selon cette définition, n'est plus l'institution mais plutôt le service rendu.

Quel est le régime juridique de service public au Maroc et en France ?

Sous-section 1- Le régime actuel du service public en droit interne Marocain et Français :

Si la notion de service public connaît des développements spécifiques en droit interne, ces contours restent encore incertains. Elle est tributaire de l'évolution jurisprudentielle qui s'est accélérée depuis la consécration législative de la délégation de service public.

§1- La position jurisprudentielle :

S'agissant de la gestion portuaire au Maroc et en France, les missions de service public ont tantôt un caractère administratif et tantôt un caractère industriel et commercial.

Pour la jurisprudence administrative Française, revêtent notamment le caractère de service public administratif les activités suivantes : l'aménagement portuaire, la police au sens du livre III du Code des ports maritimes, l'entretien, des ouvrages portuaires, la gestion du domaine public portuaire et l'organisation de l'embauche des dockers intermittents.

Pour ce qui est de la réglementation portuaire au Maroc, l'article 9 de la loi 15-02 énumère ces activités, l'article traitant de la notion d'exploitation portuaire avance que celle-ci englobe :

« 1) *L'exploitation des activités portuaires revêtant le caractère de service public industriel et commercial telles que le pilotage, le remorquage, le lamanage, le magasinage et l'entreposage portuaire* ».

L'exploitation des outillages publics portuaires constitue, également, une activité de service public à caractère industriel et commercial dominante et la Cour de Cassation française s'est appuyée sur elle pour qualifier les ports maritimes autonomes d'établissements publics à caractère industriel et commercial. De même, le Conseil d'Etat a confirmé que le remorquage portuaire, en raison des conditions d'agrément imposées par l'autorité portuaire et du contrôle de celle-ci sur les entreprises exerçant cette activité, relevait de cette catégorie de service public de même que pour le pilotage portuaire et l'exploitation des ports de plaisance.

De même, l'exercice d'une activité sur le domaine public n'implique pas automatiquement sa soumission au régime du service public, même s'il existe un intérêt public d'ordre économique ou touristique. Selon la jurisprudence française, la qualification de service public dépend, essentiellement, des personnes de droit public concernées. Ainsi, lorsqu'une activité d'intérêt général est exercée à l'initiative d'une personne de droit privé, elle « peut ... se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'une délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne

publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements »⁴³¹. L'on comprend de cet argumentaire que l'exercice de prérogatives de puissance publique ne constitue plus un critère déterminant pour la qualification du service public.

Le Conseil d'Etat a ébauché une définition du service public portuaire en considérant qu'il inclut à la fois « la sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port ». La manutention portuaire en elle-même n'est pas évoquée dans cette définition et il semble logique de considérer, qu'à l'exception de l'exploitation des outillages publics, cette activité ne relève pas du service public.

Toutefois, au début du 20ème siècle, on a assisté à l'avènement des services publics « industriels et commerciaux ». En effet, avec la première guerre mondiale, la ligne de partage instaurée entre les actions du secteur privé et public a commencé à s'estomper ce qui va emmener le tribunal des conflits, dans le temps, à admettre l'existence de service public de nature industrielle et commerciale, géré dans les conditions de droit privé. Cet avènement ce produisit avec l'arrêt rendu par le du Tribunal des Conflits en date du 22 janvier 1921 « *Société commerciale de l'ouest africain* »⁴³². Dans le cas d'espèce, le commissaire du Gouvernement avait alors essayé de démontrer que certains services sont administratif par nature alors que d'autres ne sont qu'occasionnellement pris en charge par la collectivité public. Et ceci car il devrait relever de l'initiative privé. Le Tribunal des Conflits va considérer que l'activité apparaissait comme une activité industrielle et commerciale et qui aurait pu être exercé par une personne privé et qu'il n'y avait, par conséquent, aucune raison de la soumettre au droit administratif. C'est ainsi que la compétence de trancher ce litige revenait au juge judiciaire.

Aujourd'hui la doctrine se rallie à une conception fonctionnelle du service public. C'est donc une activité d'intérêt général sans considération particulière pour la nature de l'organisme en charge de l'activité. Ce n'est pas la personne publique qui est le facteur déterminant de la notion de service public mais le fait qu'une activité est gérée par une personne publique engendrera une présomption. Cette présomption pouvant être levée devant l'argumentaire du juge qui pourra adopter, pour clarifier les choses, la méthode du faisceau d'indice.

Le droit communautaire est plus rigoureux à l'égard du service public car celui-ci ne doit pas servir de prétexte pour déroger aux libertés et principes fondamentaux du traité sur l'Union Européenne.

Quelles sont alors, les règles du droit communautaires régissant le service public ?

⁴³¹ CJCE 18 juin 1998 – société Corsica ferries France – Aff. n° C-266/96 point 45

⁴³² La société commerciale de l'Ouest africain était propriétaire de l'une des voitures qui furent gravement endommagées dans l'accident survenu au bac dit d'Eloka, service de liaison maritime situé sur la lagune du littoral de Côte d'Ivoire et exploité directement par la colonie. Aux fins de déterminer le juge compétent pour désigner l'expert dont la société demandait la nomination, le Tribunal des conflits a été amené à se prononcer sur la question de savoir si des services entiers de l'administration peuvent être regardés comme fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, auquel cas le juge compétent est le juge judiciaire.

§2- L'impact de la notion de « service économique d'intérêt général » du droit communautaire en France :

Le traité de l'Union Européenne ne traite pas de la notion de service public, sauf pour examiner les cas des aides aux transports. Aussi, la jurisprudence communautaire considère-t-elle que « les exigences relatives au service public s'interprètent au niveau national », et rappelle, toutefois que « l'existence d'un besoin réel de service public doit pouvoir être démontrée ». Plus encore, les obligations de service public doivent être proportionnelles au but poursuivi pour son instauration. Selon la Cour de justice statuant sur l'application d'obligations de service public : « *un tel régime ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions communautaires, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que celle en cause au principal, de leur effet utile* »⁴³³.

Le constat est que le droit communautaire utilise des concepts proches de ceux propres au service public, il s'agit, en l'occurrence, du service d'intérêt économique général et du service universel. A ce sujet, l'article 86 du traité stipule: « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général...sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».

Ceci a fait que le droit de l'UE s'est inscrit dans une interprétation restrictive du concept de service public tel que connu en droit Français – droit administratif notamment – pour qui la notion de *service d'intérêt économique général* semble obscure et la satisfaction de l'intérêt général constitue un élément essentiel mais pas suffisant du service public. Elle estime que le service public doit répondre aux cinq critères : l'universalité, la continuité, la satisfaction d'intérêt public, la réglementation et la surveillance.

Par ailleurs, l'approche du service public par la jurisprudence européenne est plus restrictive, la Cour de Justice de l'Union Européenne estime que les contraintes liées à une telle mission ne peuvent être imposées que pour une raison impérieuse d'intérêt général. Selon la cour, l'existence d'un service public ne doit pas servir de prétexte à une dérogation aux libertés et principes consacrés par le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). En effet, la jurisprudence administrative française, jusqu'à récemment, que la manutention portuaire constitue un élément de service public tandis que le juge communautaire refuse d'y voir un service d'intérêt économique général⁴³⁴.

Par conséquent, pour les juridictions de l'UE, un service public ne peut déroger aux principes fondamentaux et aux libertés consacrées par le traité de la CE que dans le cas d'une raison impérieuse d'intérêt général. Autrement dit, la référence au

⁴³³ CJCE 18 juin 1998 – société Corsica ferries France – Aff. n° C-266/96 point 45.

⁴³⁴ Les obligations revêtant le caractère de service public ne sont pas définies par le droit portuaire. Pour l'UE, il ne s'agit de ce genre d'obligation que si l'opérateur ne les aurait pas assumé s'il avait considéré son propre intérêt commercial. Ceci dit, les obligations de service public doivent répondre à un besoin impérieux d'intérêt général pour déroger à la liberté de prestations de services.

service public ne doit pas permettre une protection abusive d'un service portuaire menant à des situations non objectives et discriminatoires.

En pratique, la Cour avait dans une décision du 18/07/1998 indiqué que les activités de lamanage portuaire, par exemple, constituaient un service d'intérêt économique général et également un service universel tout en insistant sur le fait que les opérations de lamanage revêtent un intérêt économique général vu la spécificité de cette profession, obligée de fournir, à tout moment et à tout usager, un service universel pour des considérations notamment de sécurité dans les eaux portuaires. Dans cette décision, au niveau du point 60, la Cour a défini les critères du service public qui sont, selon elle : « *l'universalité, la continuité, la satisfaction d'exigences d'intérêt public, la réglementation et la surveillance par l'autorité publique* ».

Ce qui est important dans l'étude de la position de la cour sur le service public est que la jurisprudence communautaire considère que la manutention portuaire⁴³⁵ ne constitue pas un service d'intérêt économique général et, plus encore, que la gestion d'un port⁴³⁶ ne relève pas systématiquement de ce régime.

Comme l'a si bien expliqué J.V. LOUIS et S. RODRIGUES⁴³⁷ « Il est habituel de considérer que le droit communautaire n'envisage le service public que de manière négative, c'est-à-dire, comme un motif justificatif permettant aux Etats membres de s'affranchir des principes consacrés par le Traité.

Il est vrai que le Traité de Rome n'envisageait le service public que dans sa dimension économique puisqu'il ne traitait que des services d'intérêt économique général et non, plus globalement, des services d'intérêt général. Par ailleurs, le Traité n'abordait ces services que sous un angle dérogatoire aux principes et grandes libertés qu'il consacrait. A cet égard, seul l'article 90 paragraphe 2, devenu 86 paragraphe 2 dans la nouvelle numérotation, traitait la question en prévoyant que : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté».

Cette analyse démontre également que le juge communautaire ne souhaite pas définir les critères du service public du moment qu'ils sont définis par le droit interne, néanmoins, il doit vérifier l'existence et la justification de raisons solides d'intérêt général, en constatant une dérogation aux libertés et principes fondamentaux consacrés par le traité de l'Union Européenne à ce sujet. Parmi ces raisons figure la sécurité maritime avec l'assistance à la navigation par VTS, ou la protection des marins au regard de la création de « pavillons de complaisance ». Autrement dit, des considérations d'ordre purement et uniquement économiques ne sauront constituer cette raison impérieuse d'intérêt général ; c'est ainsi que la Cour avait jugé en 2000 que : « *le fait de garantir aux titulaires d'une concession la continuité, la stabilité financière et un rendement correct des*

⁴³⁵ CJCE 10 décembre 1991 – Mercati Convenzionali porto di Genova – Aff. n° C-179/90, Rec. p. I-5889 point 27

⁴³⁶ CJCE 27 novembre 2003 – Enirisorse SPA – Aff. n° C-34/01 à C-38/01 point 33

⁴³⁷ « *Service d'intérêt économique général, obligation de service public, service universel: où en est le droit communautaire ?* », in Question d'Europe n° 61, Fondation Robert Schuman.

investissements réalisés dans le passé »⁴³⁸ ne saurait être assimilé à une telle justification. Selon la Cour, il faut, en sus, démontrer concrètement l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général, la nécessité de la restriction en cause et son caractère proportionné par rapport à l'objectif poursuivi comme elle l'a si bien précisé en 2003.⁴³⁹

L'existence et les critères des services publics engendrent des effets de droit liés à la compétence juridictionnelle, mais également du respect des principes d'égalité et de continuité et du droit de la concurrence. Mais ce dernier point constitue une polémique autour de la compatibilité entre le service public et le droit de la concurrence.

Sous-Section 2- Le service public et sa compatibilité avec le droit de la concurrence :

Les règles de la concurrence sont, en principe, envisagées dans le cadre d'une économie de marché, exercées en dehors de toute intervention des pouvoirs publics susceptible de fausser la libre concurrence.

Ceci étant, la question qui a commencé à émerger avec les changements et les nouveaux partenariats est de savoir si les missions de service public sont soumises au droit de la concurrence dès lors qu'elles sont exercées par ou sous le contrôle des personnes de droit public ?

Il résulte de l'examen et l'étude de la jurisprudence communautaire⁴⁴⁰ qu'une entité qui assume des obligations de service public peut exercer une activité économique. Il n'y a pas d'incompatibilité inacceptable entre cette dernière et la fonction régaliennne, cependant, il existe des limites au droit de la concurrence au regard des missions de service public.

§1- L'application du droit de la concurrence aux personnes assurant une mission de service public :

L'article L 410-1 du Code de Commerce Français constitue le fondement de la soumission des personnes chargées d'une mission de service public au droit de la concurrence. Selon ce texte: « *Les règles définies au présent livre, relatif au droit de la concurrence, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

Non seulement le droit de la concurrence s'applique aux missions de service public à caractère industriel et commercial, mais également à celles ayant un caractère administratif. C'est ainsi que le Conseil d'Etat avait jugé que le gestionnaire du domaine public devait prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie, mais également respecter le droit de la concurrence.

⁴³⁸ CJCE 6 juin 2000 – Verkooijen – Aff. n° C-35/98, Rec. P. I-4071 point 48 ; CJCE 13 septembre 2007 – Commission c/ Italie – Aff. n° C-260/04 point 35

⁴³⁹ CJCE 8 mai 2003 – ASTRAL SA – Aff. n° C-14/02 point 69.

⁴⁴⁰ CJCE 26 mars 2009 – SELEX Sistemi integrati SPA – Aff. n° C-113/07 P point 119.

En règle générale, les activités économiques sont soumises au droit de la concurrence, c'est-à-dire celles qui doivent être appréciées de manière objective sans tenir compte de leurs buts ou de leurs résultats ou encore du régime de l'entité qui les exploite. Dans le contexte du droit de la concurrence par exemple, la notion d'entreprise concerne toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement.

S'agissant des concessions d'outillages publics ou de ports de plaisance, leur attribution doit respecter le principe de transparence et faire l'objet d'un appel à la concurrence. La Cour de Justice estime que : « Il appartient à l'autorité publique concédante d'apprécier, sous le contrôle des juridictions compétentes, l'adéquation des modalités de mise en concurrence aux spécificités de la concession de services publics en cause. Toutefois, l'absence totale d'une mise en concurrence dans le cas de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal (gestion de parkings publics) n'est pas conforme aux exigences des articles 43 CE et 49 CE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ».

Ainsi, on peut en déduire que la cession d'une concession d'outillage public à une société portuaire sans mise en concurrence est contraire au droit communautaire, dès lors que potentiellement, au cours de l'exploitation des installations, des actionnaires de droit privé peuvent prendre des participations dans le capital de la société.⁴⁴¹

Pour sa part, le concessionnaire ne bénéficie pas de plein droit d'une protection contre la concurrence. En effet, pour le Conseil d'Etat aucun principe général du droit ne contraint l'autorité concédante à accorder ou garantir cette protection, toutefois elle peut résulter d'une clause du contrat de concession, mais encore faut-il qu'une raison impérieuse d'intérêt général le justifie.

On peut dire, pour conclure sur ce point, que les gestionnaires de ports, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, sont tenu de respecter le droit de la concurrence, et ce particulièrement en s'abstenant d'abuser de leur position dominante, situation répréhensible en France comme au Maroc notamment par les Autorités de la concurrence. Ainsi, le placement des navires à quai ne peut pas faire l'objet de discriminations susceptibles de fausser la concurrence. Plus encore, en droit communautaire, la théorie des facilités essentielles⁴⁴² s'imposent aux autorités portuaires qui ne peuvent pas refuser discrétionnairement à certains armements l'utilisation de leurs ouvrages, et ce, afin de protéger leurs concurrents.

⁴⁴¹ La loi française prévoit que seul le capital initial de la société est intégralement public, c'est-à dire que des actionnaires de droit privé peuvent participer ultérieurement au capital. Pour la Cour de Justice, « Dès lors, pour autant que la société concessionnaire est une société ouverte, même en partie, au capital privé, cette circonstance empêcherait de la considérer comme une structure de gestion « interne » d'un service public dans le chef de la collectivité territoriale qui détient » CJCE 21 juillet 2005 – Coname – Aff. n° C-231/03 point 26 ; CJCE 6 avril 2006 – ANAV – Aff. n° C-410/04 point 32.

⁴⁴² Cette théorie a été posée afin de lutter contre l'abus de position dominantes des autorités portuaires. Dans ce sens, la Commission Européenne a estimé que les gestionnaires des ports de Holyhead (au Royaume Uni) et de Rodby (au Danemark) ne pouvaient refuser l'exploitation des de lignes maritimes régulières, via leurs ouvrages, à des armateurs tiers pour protéger les armement les desservant. (cf. . commission, décision IV/34.689 du 21/12/1993, JOCE L 15 du 18/01/1994.

Enfin, certains Etats de l'UE peuvent consentir des aides via des personnes de droit public, notamment, pour développer le trafic portuaire ce qui est passible de fausser la concurrence. Pour prévenir cette situation, la Commission des Communautés a ouvert une enquête afin de vérifier que la mise en œuvre de la réforme portuaire en France résultant de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 est compatible avec les dispositions du traité de l'Union européenne relatives aux aides d'Etat⁴⁴³.

L'application du droit de la concurrence connaît cependant des limites à l'égard d'activités relevant des missions de service public, et ce, afin de leur permettre de réaliser les objectifs d'intérêt public.

§2 - Les limites au droit de la concurrence des activités de service public

L'existence d'un service public ou d'obligations de service public justifie certaines exceptions aux règles requises de l'économie de marché. C'est ainsi qu'une panoplie de décisions émanant de la CJCE a permis de fixer sa position à ce sujet. En effet, pour ce qui est, par exemple, de la surveillance antipollution dans un port pétrolier, la Cour de Justice a considéré qu'il s'agissait d'une mission d'intérêt général qui relève plutôt des fonctions essentielles de l'Etat en matière de protection de l'environnement du domaine maritime. La Cour ajoute que : « *une telle activité de surveillance, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache ainsi à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elle ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité* »⁴⁴⁴.

Quant à l'obligation pour les autorités portuaires de mettre leurs ouvrages d'accostage à la disposition des usagers qui en font la demande et quand les caractéristiques techniques le permettent, la jurisprudence de la cour considère que « *si ces collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires... il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public* »⁴⁴⁵. Au titre de ces facilités, l'on peut prévoir la réservation de créneaux horaires d'accostage plus favorables ou toute autre mesure susceptible de garantir la continuité du service public sous réserve du respect du principe de proportionnalité.

L'une des questions qui préoccupaient le plus les gestionnaires de ports maritimes concerne la nécessité ou non d'un appel à la concurrence pour l'octroi des autorisations domaniales. Certains auteurs⁴⁴⁶ estiment que les autorisations d'occupation du domaine portuaire doivent faire l'objet d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence. Les concessions d'outillage public ou de port de plaisance doivent, en principe et selon une partie

⁴⁴³ Communication de la Commission des Communautés Européennes du 8 avril 2009

⁴⁴⁴ CJCE 18 mars 1997 – Diego Cali & Figli – Aff. n° C-343/05 point 23.

⁴⁴⁵ CE 30 juin 2004 – département de la Vendée – req. n° 250124, DMF 2004 p. 956 note R. Rézenthel. (59) CJCE 26 mars 2009 – Commission c/ Italie – Aff. n° C-326/07 point 45

⁴⁴⁶ « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale » C. Vautrot-Schwarz – AJDA 2009 p. 568.

de la doctrine, faire l'objet d'une telle procédure, non seulement au regard de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée dite loi dite « SAPIN », mais, également, de la jurisprudence communautaire qui impose le respect de l'obligation de transparence et de mise en concurrence pour l'octroi des concessions de service public.

Il y a, cependant, deux situations dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, c'est, d'une part, lorsque les mesures prises pour assurer la transparence permettent de garantir « *un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des concessions de services publics à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution* »⁴⁴⁷ et d'autre part, lorsque l'autorité concédante exerce sur le concessionnaire un contrôle analogue à celui existant sur ses propres services. La jurisprudence a évolué récemment concernant cette seconde hypothèse, en effet, la Cour de justice estime que lorsque l'entité concessionnaire est détenue par plusieurs autorités publiques, le contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services n'implique pas qu'il « *soit en tout point identique à celui-ci* », il suffit que le contrôle soit assuré collectivement par lesdites autorités⁴⁴⁸.

Section II : Les PPP portuaires et les défis du service public et de l'intérêt général :

L'intérêt général est, par définition, un intérêt supérieur à celui d'un individu ou d'un groupe déterminé et qui résulte d'un arbitrage, opéré par le législateur et par les pouvoirs publics sous le contrôle des juges, des intérêts particuliers. Ces derniers temps on parle, plutôt d'intérêts communs.

La satisfaction de l'intérêt général serait la raison d'être de l'action des organismes publics. Comme la notion de service public, celle d'intérêt général est difficile à cerner puisqu'elle repose sur une appréciation subjective ; elle évolue avec le temps, le contexte économique, l'environnement international et les besoins des usagers.

Cette notion d'intérêt général peut justifier les décisions de l'administration et entraîner l'application d'un régime juridique particulier qui n'est pas celui du service public.⁴⁴⁹

Par ailleurs, la concurrence n'a pas pour simple vocation d'enrichir la notion d'intérêt général, elle conduit aussi à en ajuster les fonctions par une réorientation des personnes publiques quant à leur rôle dans l'économie, s'accompagnant d'un soulignement de la pluralité des intérêts publics qu'il revient tout naturellement au droit public de tenter d'harmoniser. S'agissant des acteurs publics, leur redéploiement s'illustre en premier lieu par leur perception en tant qu'opérateurs comme d'autres en économie de marché : généralisation du service public à caractère industriel et commercial (SPIC), diversification des entreprises publiques, développement d'un actionnariat public et surtout émergence d'une libre concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés sous l'œil vigilant notamment du droit interne et droit communautaire pour ce qui est de la France. Mais il s'agit aussi de

⁴⁴⁷ CJCE 13 novembre 2008 – Coditel Brabant SA – Aff. n° C-324/07 point 25.

⁴⁴⁸ CJCE 13 novembre 2008 – Coditel Brabant SA – Aff. n° C-324/07 points 46 et 47

⁴⁴⁹ Une entité publique peut exercer un service d'intérêt général mais pas forcément soumis au régime juridique de service public, Ex : une caisse d'épargne.

constater la rénovation de la qualité même de puissance publique traditionnellement attachée à la personne publique, le droit public n'hésitant plus à s'approprier le droit du marché comme instrument de son action. Toutefois, l'exercice de rénovation ne se traduit pas uniquement par une réduction du champ d'intervention du secteur public ; elle permet tout autant de lui donner un renouveau, en mettant la liberté contractuelle des personnes publiques et l'efficacité économique au service de l'action administrative, comme l'illustre par exemple les développements législatifs récents relatifs à la valorisation du domaine public ou aux contrats de partenariat à l'heure de pleine croissance du PPP (partenariat public-privé).

Pour le secteur portuaire, il appartient à l'autorité portuaire d'assurer la satisfaction de l'intérêt général, c'est-à-dire de garantir dans son domaine la liberté de commerce et de l'industrie et de coordonner l'organisation des activités qui s'y déroulent.

En effet, face à la multiplicité des intérêts en cause, la coordination et l'animation des activités portuaires par une autorité publique sont indispensables pour le développement harmonieux des opérations commerciales. Ce rôle comporte, également, la contribution au rayonnement du pôle économique que constitue un port et sa valorisation dans le cadre d'une économie de marché.

En France par exemple, des activités portuaires comme l'amarrage des navires ou leur avitaillement en carburant sont des activités d'intérêt général mais ne rentrent pas dans le régime juridique de service public.

Sous-section 1 : Les défis du service public

Le service public est, par définition, une activité qui doit être réglée et contrôlée par les pouvoirs publics parce qu'elle est indispensable à la vie sociale. Revêt, de ce fait, le caractère d'activité de service public toute activité suffisamment essentielle à la collectivité pour être considérée comme un service public par l'autorité publique soumise, à cet effet, à un régime juridique spécifique et exercée directement par l'administration (en régie)⁴⁵⁰ ou sous son contrôle (concession, autorisation, permission).

Dans sa conception classique, le service public est défini comme une activité d'intérêt général assurée par une collectivité publique et soumise à un régime juridique spécial, qui est le droit administratif.

La notion de service public est très ancienne et s'est dégagée en droit dès le moyen âge, qui connaissait des services d'intérêt collectif servant le bien commun et gérés comme des monopoles, moyennant redevances avec des obligations similaires à celles qu'on retrouve dans les services publics modernes.⁴⁵¹

Les obligations de service public sont réciproques et s'imposent à l'usager comme au prestataire qui utilise la puissance publique pour en appliquer les règles de fonctionnement à tous dans l'intérêt de tous.

En plus, la théorie du service public s'appuie sur celle du domaine public qui en constitue l'assiette privilégiée. Le droit administratif est, de ce fait, constitué autour de

⁴⁵⁰ Voir définition infra.

⁴⁵¹ « Introduction au droit administratif français », J-L Mestre, Paris, PUF 1985

l'ensemble composé du domaine public, du service public et la puissance publique, sous le contrôle du juge qui veille à l'intérêt commun et protège les intérêts particuliers contre les abus éventuels de l'Etat.

A cet effet, le service public est un des concepts fondamentaux du droit portuaire au Maroc. L'article 9 de la loi 15-02 précise que « *L'exploitation portuaire englobe : 1- l'exploitation des activités portuaires revêtant le caractère de service public telles que le pilotage, le remorquage, le lamanage, le magasinage et l'entreposage portuaire* ».

A signaler que les services publics portuaires regroupent deux catégories : la première catégorie concerne des services publics administratifs tels la police des ports, la réalisation des aménagements portuaires, le balisage et l'entretien des ouvrages et la sécurité dans les ports. Il y a, également, des services publics portuaires à caractère industriel et commercial-dits aussi marchands -, on y trouve le pilotage portuaire, le remorquage des navires, l'exploitation des outillages publics portuaires, etc.

Par ailleurs, il est important de définir le service public dont l'existence permet de définir les règles de fond et de compétence juridictionnelle applicables.

Quel est alors le régime juridique du service public ?

§1 : Le régime juridique du service public :

L'article 3 de la loi n° 54-05 sur la gestion déléguée des services publics au Maroc résume, à lui seul, le régime juridique des services publics. Cet article précise que les principes de service public impliquent l'égalité de traitement des usagers, la continuité du service ainsi que son adaptation à l'évolution technologique, économique et sociale.

La règle de continuité de service public impose que le service soit assuré en permanence ; si une activité est érigée en service public c'est qu'elle présente un caractère particulièrement indispensable. Pour emprunter le jargon économique, on peut dire que le service public doit toujours satisfaire la demande.

Un gestionnaire auquel est délégué un service public, même s'il perd de l'argent, doit continuer à assurer le service public quelle qu'en soit les circonstances, quitte à se faire indemniser de ses pertes. Il ne peut suspendre l'exécution même si des difficultés s'élèvent entre lui et l'autorité concédante. L'interruption du service par un concessionnaire portuaire entraîne l'application immédiate des pénalités par l'autorité concédante voire la déchéance rapide de la concession qui lui est attribuée.

L'annexe n° 1 à la convention de concession entre ANP et la SODEP définit le service public comme « *L'obligation de l'exploitant (portuaire) d'assurer l'égalité de traitement des usagers et la continuité de la prestation et de mettre à la disposition des usagers ses installations et ses services* »; C'est pour ces raisons que de plus en plus d'autorités portuaires décrètent le travail 24/24 dans les ports maritimes. Au Maroc, le décret Royal n° 543-62 du 11/07/1966 publié au BO n° 2802 du 13/07/1966, portant fixation des horaires de travail au port de Casablanca limitait les horaires de travail dans les ports à deux shifts. Un décret pour l'application de la loi 15-02, publié en avril 2016 a fixé de nouveaux horaires selon l'importance de chacun des ports du Royaume et l'on peut dire que la tendance générale va vers l'ouverture des ports de commerce 24/24. Par ailleurs, le service public ne peut être

interrompu que par cause de force majeure et doit reprendre dès que cette circonstance ait cessé de se manifester. Selon les clauses de la convention de concession entre la SODEP et l'ANP, il est clairement prévu que la force majeure dispense les parties de leurs obligations réciproques mais encore faut-il que la force majeure réponde aux exigences légales telles que spécifiées par le code des obligations et contrats dans son article 269⁴⁵².

Le principe d'adaptabilité ou de mutabilité, quant à lui, fait que l'organisation du service public, les modalités de son fonctionnement doivent pouvoir être modifiées de manière à tenir compte des exigences variables de l'intérêt général.

D'après cette règle, le service doit s'adapter aux besoins du public. Si ces besoins augmentent ou se modifient, les moyens doivent suivre le même élan. A titre d'exemple, un opérateur portuaire qui assure le remorquage peut être amené à augmenter le nombre des unités assurant cette activité ou employer des remorqueurs plus modernes s'il constate que le trafic augmente. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat français a condamné l'administration de la Sté "British Airways Board" pour ne pas avoir adapté un quai à l'accostage de navire d'un type nouveau⁴⁵³.

C'est pour ces raisons que la SODEP par exemple, a adopté suite à l'instauration de la réforme portuaire, un plan d'investissements étalé sur des années visant l'acquisition de matériel et équipements dans le but d'assurer la compétitivité de ses services et pour pouvoir faire face à la demande générée par l'augmentation du trafic et par le changement de certains mode de gestion des services aux ports (conteneurisation, changement des niveaux de gerbage des conteneurs, etc.).

Enfin, le principe d'adaptation donne un fondement incontestable au pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs passés avec les fournisseurs du service. En effet, l'adaptabilité du service peut intervenir à travers la modification des contrats de partenariats. C'est dans cet esprit que le conseil d'Etat Français a jugé que « *les règles générales applicables au contrats administratifs permettent à l'administration, seule compétente pour régler l'organisation du service public, de modifier unilatéralement de tels contrats* »⁴⁵⁴.

La règle d'égalité, pour finir constitue un principe (a) qui connaît des exceptions (b).

a) Le principe :

Elle découle du principe d'accessibilité de tous les usagers potentiels au service public. Ce principe implique que tous les usagers se trouvant dans une même situation jouissent d'un traitement égal, qui est une application générale de l'égalité devant la loi.

⁴⁵² La force majeure, appréciée par les juges au cas par cas en fonction des circonstances, se présente comme un événement que le transporteur n'a pu ni prévoir ni surmonter malgré les soins et les diligences dont il a fait preuve. Traditionnellement, la jurisprudence fixe trois critères pour l'appréciation de la force majeure : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité de l'événement. Dans un arrêt de 1997, la cour de cassation Française a opéré un revirement en affirmant que l'irrésistibilité de l'événement peut parfois à elle seule, être constitutive de la force majeure malgré sa prévisibilité latente. L'arrêt de la cour estime que « l'irrésistibilité de l'événement est à elle seule constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets et si du moins, le débiteur a pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation du dommage ».

⁴⁵³ Conseil d'Etat 11 Juin 1982, Affaire ministre des transports contre Sté British Airways Bord.

⁴⁵⁴ Conseil d'Etat, Ministre des PTT contre Richard- rec., le 06/05/1985, AJDA 1985.

Par application de ce principe, un opérateur portuaire ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, réserver à une seule entreprise, même chargée d'un service public de transport maritime, l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires.

La règle d'égalité joue essentiellement en matière de tarifs. Certaines réglementations portuaires la formulent expressément ; c'est le cas de la loi 15-02 qui donne à l'ANP le droit de veiller au respect, par les concessionnaires portuaires, de cette règle. Elle a pour mission « *d'assurer le suivi du respect des termes desdites autorisations et concessions et des cahiers des charges correspondants* » (art 33 de la loi 15-02).

Il n'est pas interdit au gestionnaire du service public d'accorder des services spéciaux à des catégories d'usagers mais il ne lui est pas permis de consentir un tarif spécial à un usager et de le refuser à d'autres se trouvant dans la même situation. Dans tous les documents et actes de concession et quel que soit le pays, on trouve mention de l'obligation qu'a le concessionnaire de traiter tous les usagers de manière égale et équitable.

Ce principe d'égalité a été formulé en matière d'utilisation des ports maritimes par la Convention internationale sur le statut du régime international des ports maritimes faite à Genève le 9 décembre 1923 et publiée au BO du 09/01/1974. Les grandes puissances maritimes de l'époque se sont interdites d'appliquer aux navires utilisant leurs ports des tarifs discriminatoires en fonction des pavillons, la convention parle de « ports d'intérêt international ». Les Etats signataires ont donc abandonné leur droit de favoriser leurs propres pavillons.

Or, se pose la question sur les alliances commerciales qui peuvent avoir lieu entre entreprises portuaires et leurs clients, conclues dans le but de fidéliser ces derniers et les inciter à faire recours à leurs services prioritairement à la concurrence. Portent-elles préjudice à ce principe ou sont-elles considérées comme faisant partie des règles de la concurrence ?

Au Maroc, les alliances commerciales de ce type entre exploitants portuaires et clients sont très contrôlées et l'autorité portuaire, de par son pouvoir de régulation, est très regardante sur ce type d'accord incompatibles avec certains principes du secteur portuaire notamment, le principe du « premier arrivé, premier servi ».⁴⁵⁵

b) Exception au principe : la convention de fenêtrage :

Cette égalité ne signifie pas que tous les individus doivent toujours être traités de la même façon. Aussi, ce principe connaît quelques exceptions qui se formalisent surtout par les exigences de l'aspect commercial des relations entre intervenants. Pour la concession accordée à la SODEP, par exemple et afin de remédier aux problèmes de décongestion du des ports, le règlement d'exploitation des ports de Casablanca a instauré ce qui est appelé le « régime de fenêtrage », permettant aux navires de la ligne concernée (lignes régulières) de bénéficier d'une priorité en termes de poste à quai, ainsi que de moyens de manutention affectés par shift.

De ce fait et conformément au règlement, l'exploitant, en accord avec l'armateur ou son agent maritime et/ou consignataire, doit faire une demande de fenêtrage à l'autorité portuaire

⁴⁵⁵ Les alliances commerciales accordent souvent au cocontractant de l'exploitant portuaire une priorité d'accostage aux quais.

et présenter à cette dernière un projet de convention de fenêtrage avec l'armateur concerné et ce, pour approbation.

Le règlement d'Exploitation ne fixe pas le contenu de cette convention tripartite ni les conditions et les modalités d'octroi de son approbation. Cependant, ce régime ne pose pas de problème pratique et permettrait de résoudre les difficultés liées à la congestion du port. De même, cette solution, a le mérite de **fidéliser** les clients de la SODEP et c'est ce qui constitue son principal but.

Pour le moment, Marsa Maroc n'a pas encore recouru à cette pratique. Mais le moment où elle décidera de la faire, il faut penser à la mouture du contrat tripartite.

§2- Le recours d'une Entreprise Publique portuaire au contrat de PPP : cas de la Société d'Exploitation des Ports :

L'espace portuaire n'est pas seulement le lieu d'exercice des missions de service public dévolues à l'administration portuaire. Il accueille plusieurs entreprises portuaires, spécialisées, entre autres, dans le stockage des marchandises ou la manutention.

Concrètement, le problème est de savoir si ces entreprises gèrent un service public ou non. Cette question est délicate et n'est pas seulement théorique : les activités revêtues de caractère de service public sont soumises aux lois du service public (continuité, égalité, adaptabilité).

En France, On est passé d'une conception large du service public portuaire à une conception plus étroite, notamment sous l'influence du droit communautaire. A la fin de la seconde guerre mondiale, les juges et la doctrine avaient une conception particulièrement large du service public portuaire, en effet, l'arrêt de référence en la matière a longtemps été une décision du Conseil d'Etat du 5 mai 1944 : *Cie maritime de l'Afrique orientale*. Cet arrêt affirmait, à l'époque, et sans explication particulière, que la manutention portuaire (l'activité consistant à charger et décharger les navires) revêtait le caractère d'activité de service public.

Cette conception de la manutention portuaire a longtemps perduré. Elle était contestable, car lorsqu'une activité est gérée par une institution privée, pour que cette activité soit considérée comme un service public, trois conditions doivent être remplies : l'activité doit être d'intérêt général (ce qui peut être retenue pour la manutention), elle doit faire l'objet d'un contrôle public particulier et elle doit bénéficier de prérogatives de puissance publique (comme l'existence d'un monopole). Ces deux dernières conditions ne sont pas réunies s'agissant de la manutention. Aujourd'hui, en France, on ne peut plus considérer la manutention portuaire comme un service public, d'autant plus que le droit européen n'autorise pas une telle conception.

A rappeler que si la manutention n'est plus un service public, en revanche, le pilotage est très certainement une activité de service public, liée à la sécurité portuaire. De ce fait il n'est pas très facile de définir précisément le service public portuaire.

L'expansion du partenariat s'est répandue dans le domaine de la restructuration de l'entreprise publique au Maroc. Pour ce qui est du domaine portuaire Marocain par exemple,

cette restructuration devait porter, initialement, uniquement sur un changement de la forme juridique de l'Ex Office d'Exploitation des Ports en une Société Anonyme dans le but d'alléger le mode de gestion et de fonctionnement du secteur. Les démarches de changement de la forme juridique sont parvenues à un stade avancé avant que la réforme portuaire ne change l'itinéraire des choses.

La dénationalisation en matière d'entreprises publiques, entamée par les pouvoirs publics, marquait un retour complet dans la sphère des intérêts privés et de la libre concurrence d'organismes ou groupe d'organismes dont l'activité est naturellement régie par le droit privé, mais dont la direction avait été appréhendée par l'Etat pour des raisons stratégiques ou politiques.

La dénationalisation prend des formes partenariales dans lesquelles l'Etat s'assure de la stabilité de la direction de l'entreprise en imposant la création d'un noyau d'actionnaires stables qui constituent le partenaire privilégié de l'Etat. C'est cette même démarche qui a prévalu pour la création de la société d'Exploitation des Ports dont le tour de tables des actionnaires se compose de partenaires crédibles.

Selon la loi sur les PPP au Maroc, l'organisme qui peut passer un contrat de partenariat peut être l'Etat, un établissement public ou une Entreprise Publique (EP).

L'organisation d'un contrat de partenariat, par l'Entreprise Publique, diffère selon que celle-ci est promoteur du projet ou titulaire du contrat. Mais, le seul fait que l'EP soit partie prenante à un PPP ne change pas le processus à suivre tel que prévu par la législation en vigueur.

Si l'EP est candidate à un contrat PPP, elle est admise à concourir avec une société privée ou un organisme public et il s'agira, dans ce cas, d'un Co-contrat de PPP qui permettra par exemple à deux personnes publiques de mettre en commun leurs opérations de travaux.

Dans ce cas, il y a lieu, pour l'EP, après avoir discuté et validé le projet dans ses instances délibérantes, de passer les étapes suivantes :

- L'évaluation préalable :

En pratique, avant le lancement d'un contrat PPP, des audits sont de plus en plus demandés par les banques, par principe réticentes à s'engager dans le financement des projets et ce, afin de vérifier que les entreprises candidates ont les moyens financiers appropriés. Au-delà de cette pratique, une évaluation préalable est indispensable afin de vérifier que les conditions nécessaires à l'utilisation du contrat PPP sont réunies.

- La définition complexité du projet :

La complexité revêt différentes formes : elle peut être technique (ex. le caractère novateur du projet) fonctionnelle (ex. la multiplicité des fonctions confiées), juridique, économique.

Il y a donc complexité quand la personne publique n'est pas capable de déterminer les moyens techniques ou quand elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier adéquat.

- L'urgence :

Elle est liée à la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave et préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation des ouvrages.

- Le bilan cout-avantage :

Pour établir ce bilan et démontrer que le contrat PPP serait le contrat le plus avantageux une évaluation comparative est réalisée. L'évaluation doit expliquer pourquoi le projet a été retenu, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des responsabilités.

Le plus souvent il s'agira de comparer le contrat PPP avec les autres contrats éligibles selon le projet et de définir quel contrat est le plus avantageux pour réaliser le projet voulu.

- Le choix de la procédure de passation et la publicité :

La procédure à suivre lors de la mise en œuvre du contrat de PPP dépend des conditions qui ont été démontrées auparavant.

Ainsi, si la complexité du projet a été prouvée, les participants au contrat auront le choix entre la procédure du dialogue compétitif et l'appel public d'offre à la concurrence. A contrario, si ce n'est que l'urgence ou le bilan couts-avantages qui justifie le choix du contrat PPP, seule la procédure d'appel d'offre pourra être employée.

Il semble logique que la réalisation du dialogue compétitif ne soit possible qu'à condition qu'une complexité ait été prouvée puisque cette procédure repose sur des négociations dans lesquelles la personne publique va pouvoir poser des critères précis. Le recours à ces critères semble justifié par le fait qu'en raison d'une complexité, la personne publique cherche une prestation particulière afin de satisfaire au mieux à ses besoins.

Comme le démontre le projet de loi, le dialogue compétitif débute par une discussion soumise au principe de confidentialité et portant sur un projet de contrat. La confidentialité des discussions entre les candidats et la collectivité publique est vitale car il est demandé aux candidats de fournir un travail de réflexion et d'imagination souvent coûteux. Une fois la discussion arrivée à son terme les candidats déposent une proposition d'offre.

Les candidats retenus disposent d'un délai pour déposer une offre sur la base de leur proposition. A ce stade la personne publique peut préciser les critères d'attribution du contrat. Certains critères tels que le coût global de l'offre ou les objectifs de performance sont obligatoires mais l'entreprise publique initiatrice du projet peut, également, se fonder sur d'autres critères. Ces critères d'attribution doivent être pondérés ou, en cas d'impossibilité, hiérarchisés.

§2- Le régime juridique et financier du Partenariat Public-Privé :

Le contrat liant les deux partenaires doit fixer les conditions dans lesquelles sera établi le partage des risques, et ce, même dans les cas imprévisibles ou de force majeure. Les risques liés aux différentes phases du projet doivent être identifiés et décomposés. Ils sont pris en charge par la partie jugée en mesure d'assumer cette responsabilité.

La mission de l'Etat est double, il doit fixer les objectifs au préalable et puis assurer le contrôle de l'exécution du contrat. L'article 18 de la loi 86-12 sur les contrats PPP au Maroc prévoit que « *la personne publique contrôle l'exécution du contrat et la façon dont le partenaire respecte, notamment, les objectifs de performances et la qualité de service convenus...* ». En fait, cette loi s'inspire des pratiques internationales et en particulier de l'ordonnance française de 2004 sur les partenariats publics privés. Sa particularité c'est d'avoir introduit l'obligation de l'évaluation des projets. Une cellule partenariat public-privé a été nouvellement créée au sein de la Direction des Etablissements Publics et des Privatisations (DEPP) relevant du Ministère des Finances et qui devra assurer, entre autres, la tâche d'évaluation.

Les partenariats public-privé sont définis comme des contrats portant sur des opérations globales et de longues durées d'externalisation d'activités publiques et incluant tout ou partie du préfinancement des investissements nécessaires à ses opérations. En raison de la diversité des pratiques des PPP dans les différents Etats, l'on distingue deux catégories : la première concerne les PPP de type contractuel, dans lesquels le partenariat entre secteur public et secteur privé se fonde sur des liens exclusivement contractuels et la seconde, les PPP de type institutionnalisé. Elles impliquant une coopération entre le secteur public et le secteur privé au sein d'une même entité distincte. Les partenariats public-privé à dimension institutionnelle reconnus par le droit marocain concernent les sociétés d'économie mixte « formules classiques » et les sociétés de développement local considérées comme la nouvelle génération de ce type de partenariat.

Pour donner une qualification juridique au contrat de PPP, l'on retient la définition du lexique des termes juridiques, il s'agit d'une catégorie de contrats administratifs soumise à un régime juridique propre, conçue pour permettre, essentiellement, à l'Etat et ses établissements publics, en vue de projets complexes ou urgents répondant à des conditions précises, et en pratique de grande envergure, de confier à des partenaires privés une mission globale comprenant principalement le financement d'investissements matériels ou immatériels nécessaires à l'exécution du service public par la personne publique elle-même. »

Face à l'unité du phénomène des partenariats public-privé s'oppose la diversité des instruments juridiques de mise en œuvre, il va de soi que les formes contractuelles se sont multipliées selon les besoins et les circonstances dans chaque pays. Cela induit la multiplicité des règles de passation et la diversité des règles d'exécution.

Selon la définition retenue dans le livre vert de la Commission européenne (30Avril 2004) les partenariats public-privé recouvrent l'ensemble des modalités de « *coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service* ».

En définitive, il ne peut y avoir un contrat standard à adopter dans le cadre des PPP mais une variété de contrats selon le domaine d'activité et ses caractéristiques et spécificités. Cependant ces contrats ont des caractéristiques communes telles que une longue durée, une prestation de service globale, une allocation de risques partagée entre public et privé et une évaluation du contrat par la performance tout au long de sa durée d'exécution.

Pour ce qui est des secteurs d'activité concernés par le recours aux PPP, la réponse de la DEPP à ce sujet informe que la loi n 86-12 concerne aussi bien les secteurs marchands que non marchands et il a prévu le principe de l'évaluation préalable permettant de vérifier la pertinence du recours ou non au PPP.

Ceci fait que le financement de projet est particulier vu la diversité des montages financiers. Face à la complexité des contrats et à l'ampleur des investissements nécessaires, rares sont les firmes qui peuvent être en mesure de porter seules de tels projets. De ce fait, un groupement d'entreprises se forme pour répondre à l'appel à concurrence public. Le consortium retenu opte alors dans la majeure partie des cas pour la constitution d'une société projet ad hoc (Special Purpose Vehicle : SPV) dont le financement n'est que marginalement apporté par les sociétés membres nommées « sponsors ». La recherche d'un fort effet de levier financier pour l'opération et la volonté de ne pas dégrader les ratios d'endettement de ces dernières les conduit alors à recourir significativement à des financements externes.

Quelle est alors la structuration des montages financiers ?

Le montage contractuel standard des PFI et du contrat PPP tel que régi en France et au Maroc s'écarte du modèle de la délégation de service public tel que nous le connaissons dans les deux pays. Il ne s'agit pas, en effet, d'une relation bilatérale entre le concédant et le concessionnaire : le contrat est conclu entre l'entité publique et une société de projet (SPV). Celle-ci est constituée en vue de la conception, de la construction, du financement et de l'exploitation de l'infrastructure support du service. Son capital est en partie constitué d'apports en fonds propres réalisés par les entreprises membres du consortium désigné après la mise en concurrence, ainsi que par leurs sous-traitants. Ces sociétés sont appelées les « sponsors ».

La société de projet supporte l'ensemble du risque lié à l'opération. La responsabilité des sponsors n'est engagée que dans la limite du capital apporté. Un partenariat public-privé se caractérise habituellement par un rendement assez modéré, mais présentant un faible risque pour les investisseurs. Le coût du capital est donc un paramètre essentiel des montages. L'entreprise recourant à la fois à ses fonds propres et à l'endettement calcule un coût moyen pondéré des capitaux, prenant en compte le coût de chaque source de financement en fonction de sa part dans le montage financier.

Sous-section 2 - Les entreprises publiques revêtues d'une mission de service public avec soumission au droit de la concurrence :

L'éventualité de la soumission des Entreprises Publiques au droit de la concurrence avait été considérée comme invraisemblable pour la raison que les entités publiques auxquelles elles appartiennent sont, par leurs statuts, leurs pouvoirs et leurs fonctions considérées comme étant de facto hors du champ de la concurrence. Mais ce paradoxe disparut dès lors que l'on commence à considérer que les entreprises publiques sont d'abord des entreprises. A ce titre, comme les entreprises privées, elles sont, en principe, soumises au droit de la concurrence. Si ledit principe venait à être tempéré, ils tiennent exclusivement aux missions particulières dont elles peuvent être investies.

§1- Le principe de sujétion des entreprises publiques au droit de la concurrence :

A- Le principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence :

Ce principe est affirmé soit à titre de principe général soit confirmé dans le cadre de certains régimes spéciaux.

Pour ce qui est du cas de la France, en droit commun de la concurrence, le traité de Rome pose expressément à son article 86 (ex article 90) le principe de la soumission des entreprises publiques aux règles de la concurrence. En effet, Selon l'alinéa 1 de l'article précité « *Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques..., n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus* ». Toutefois, il est à signaler que cette précision ne concerne pas seulement les entreprises publiques; elle s'étend même aux entreprises auxquelles les Etats accordent des droits spéciaux ou exclusifs et qui sont, selon l'alinéa 2 du même article, les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal* ». C'est dire que les entreprises publiques ne sont pas les seules à présenter des particularités justifiant un rappel à la nécessité de les soumettre au droit de la concurrence.

D'ailleurs elles peuvent elles-mêmes être titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, être chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présenter le caractère d'un monopole fiscal et de ce fait, elles sont soumises normalement aux règles de la concurrence déterminées par le droit communautaire.

En droit interne français, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'a pas fait référence expressément aux entreprises publiques. Elle a utilisé une formule plus générale dans son article 53 en stipulant que : « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques...* ». Cela concerne automatiquement les entreprises publiques, quelle que soit leur forme. A remarquer que le champ d'application de l'ordonnance a été défini en termes d'activité et non d'entité chargée de l'assumer, et que les entreprises publiques n'ont pas, à cet égard, fait l'objet d'un traitement particulier, ce qui confirme leur soumission de principe au droit de la concurrence.

Au Maroc, le débat a été posé sur un autre registre. La question posée concerne la soumission ou non des entreprises publiques au droit administratif ou au droit privé.

Dans le pays, comme dans tout autre pays, à côté de l'Etat régulateur, il y a l'Etat entrepreneur sous la forme d'entreprise publique. Il n'y a pas de statut unique de l'entreprise publique. Ainsi il existe un certain nombre de formes et de fonctionnement de ces organismes qui peuvent prendre la forme d'établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), de droit public, qui ne sont pas ouverts sur le marché des titres et n'ont pas de capital ; des sociétés nationales de droit privé mais dont le capital appartient entièrement à l'Etat ou encore des sociétés d'économie mixte qui sont des entreprises privées dans lesquelles l'Etat ou les collectivités territoriales investissent, mais ne possèdent pas plus de 50% du capital.

La forme juridique prise des entreprises publiques lors de la création ou par transformation de leur statut est la Société Anonyme ; le droit des sociétés étant constamment adapté aux réalités de la vie économique. Cela soumet clairement l'entreprise aux règles du droit commun en matière comptable, fiscale et sociale.

A signaler à ce sujet que la première définition juridique de l'entreprise publique au Maroc est celle donnée par le dahir du 14/04/1960 organisant le contrôle financier de l'Etat sur les offices, établissements publics et sociétés concessionnaires ainsi que sur les sociétés et organismes bénéficiant du concours financier de l'Etat ou de collectivités publiques. L'article 1^{er} de ce texte met dans la catégorie des entreprises publiques : « 1- les offices et établissements publics dotés de l'autonomie financière ; 2- les sociétés concessionnaires ou gérantes d'un service public de l'Etat ou d'une collectivité publique ».

L'article 1^{er} de la loi n° 69-00, abrogeant la loi précitée, relative au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes, quant à lui, traite des sociétés d'Etat qu'il définit comme des « sociétés dont le capital est détenu en totalité par des organismes publics », c'est le cas de la société d'Exploitation des Ports (SODEP). Ces derniers temps, il arrive très fréquemment que l'Etat transforme un EPIC en société nationale puis cède des titres (privatisations). Ainsi, des EPIC deviennent des entreprises publiques, puis de simples sociétés privées dans lesquelles l'Etat investit.

Il arrive, également, que l'Etat décide de donner un service public à une entité public dans le cadre d'un contrat de concession de service public. On parle alors d'entreprises publiques concessionnaires de service public. La structure interne de chaque entreprise publique ainsi que la structure des règles applicables à son personnel, sont généralement fixées par ses dispositions statutaires en fonction de la nature de société commerciale ou établissement public.

Face à cette situation où prédomine la libéralisation des économies, il convient de se demander si le droit économique rapproche la condition de l'entreprise publique et celle de l'entreprise privée. Autrement dit, quelles sont les règles du droit administratif devant recevoir application à l'encontre d'une entreprise publique ? Et selon quelles modalités ?

La SODEP, comme toute entreprise publique est confrontée au dilemme des règles du droit applicables (administrative ou du droit commun) dans certains litiges touchant son activité et ses missions et, par conséquent, des juridictions compétentes pour trancher ses litiges. Il faut dire que la création des tribunaux administratifs a apporté une dimension nouvelle à cette question, les dispositions de l'article 8 de la loi n° 41-90 instituant ces juridictions, précise les limites et les contours de leur compétence. Cet article stipule que « Les tribunaux administratifs sont compétents, sous réserve des dispositions des articles 9 et 11 de la présente loi pour juger, en premier ressort, les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives, les litiges relatifs aux contrats administratifs et les actions en réparation des dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques, à l'exclusion toutefois de ceux causés sur la voie publique par un véhicule quelconque appartenant à une personne publique. ».

La notion de service public, quant à elle, n'est définie par aucun texte en droit interne Marocain. Mais, on peut dire qu'il y a des services publics qui, en raison de la nature de leur activité s'accommodent mal des règles du droit administratif. Ce sont les services dits publics à caractère industriel et commercial dont la raison d'être est de fournir des prestations, de participer à des activités de marché, d'acheter et revendre systématiquement. Ils n'ont besoin qu'exceptionnellement de bénéficier d'un pouvoir de commandement ou de prérogative de puissance publique. On admet naturellement qu'en règle générale, l'activité de ses services est soumise au droit privé et donc aux dispositions de la loi sur la concurrence, entre autres. C'est dire que les relations avec les utilisateurs, fournisseurs ou le personnel se feront sur la base de contrats de droit privé. Par conséquent, en cas de litige il y aura lieu de saisir les tribunaux ordinaires ou même le conseil de la concurrence ou le régulateur sectoriel. Ce n'est qu'exceptionnellement, si ces services bénéficient pour une opération déterminée, de prérogatives de puissance publique comme le droit d'exproprier pour s'installer, qu'ils seront soumis aux règles du droit administratif.

B- Les conséquences des sujétions des Entreprises Publiques au droit de la concurrence :

La première conséquence concerne les mesures que prennent les pouvoirs publics à l'égard des entreprises publiques qui ne doivent pas violer le droit de la concurrence. Elles ne peuvent être dans une position dominante les mettant en état d'en abuser. La Cour de justice a eu l'occasion de condamner des Etats membres pour l'avoir toléré⁴⁵⁶. Le Conseil d'Etat Français a déjà vérifié plusieurs fois si l'attribution d'une position dominante à une entreprise privée concessionnaire de service public ne lui permettait pas d'en abuser⁴⁵⁷ ; le conseil aurait agi de la même manière si l'entreprise concessionnaire avait eu le statut de publique.

Les pouvoirs publics ne peuvent aider les entreprises publiques relevant de leur tutelle, au même titre que les entreprises privées, que dans les conditions prévues par les textes (art. 87 et s. - ex article 92 et s. - du traité de Rome ; les lois du 2 mars 1982 et du 5 janvier 1988, reprises par le code général des collectivités territoriales, notamment dans ses articles L. 1511-1 et s.). La Commission Européenne est particulièrement vigilante en la matière. C'est ce qui l'a conduite à adopter la directive du 25 juin 1980 sur les relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. Les aides peuvent apparaître non seulement lorsqu'elles sont accordées par l'Etat et les autres collectivités publiques aux entreprises qu'ils contrôlent directement, mais encore par ces entreprises elles-mêmes à leurs filiales.

De même, la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence dirige leur comportement ce qui fait qu'elles ne doivent pas abuser de la position, pouvant être dominante, dont elles disposent. Plusieurs affaires récentes ont conduit à leur condamnation de ce chef et si l'on veut rester dans le secteur des transports, l'on cite le cas d'Aéroports de Paris au sujet duquel la Cour d'appel de Paris a jugé que le refus de signaler les hôtels situés hors de la périphérie de la plate-forme aéroportuaire, au bénéfice de ceux qui se trouvent sur la plate-forme et lui versent des redevances, « *fausse le droit de la concurrence sur le marché*

⁴⁵⁶ C.J.C.E. 23 avril 1991, HÖFNER, note 9 ; 18 juin 1991, ERT, Aff. C- 260/89, Rec.I.2925, concl. Lenz ; 10 décembre 1991, Merci Convenzionali (Port de Gênes), Aff. C-179/90, Rec.I.5889, concl. Van Gerven ; 8 juin 2000, Giovanni Carra, Aff. C-258/98.

⁴⁵⁷ C.E. Sect. 3 novembre 1997, Société Millon et Marais, Rec.406, concl. Stahl ; Les grands arrêts p.816 ; 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, C.E. Sect. 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurances.

de l'hôtellerie et doit être qualifié d'abus de position dominante », justifiant une sanction pécuniaire de 500 000 F⁴⁵⁸.

Il va sans dire que si un litige sur les pratiques commerciales susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, imputées à une entreprise publique, oppose celle-ci à des entreprises privées, il relève normalement de la compétence des juridictions judiciaires.

Cependant des régimes spéciaux sont venus garantir l'effectivité de la concurrence soit pour certaines modalités soit dans certains secteurs d'activité. Les modalités concernent principalement les « *contrats publics* » auxquels les entreprises publiques peuvent être parties et dont l'attribution est soumise à une mise en concurrence.

C'est le cas d'abord, des conventions de délégation de service public consenties par les collectivités publiques selon une « *procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* » qu'a imposée la loi du 29 janvier 1993. Le législateur a voulu écarter l'application de cette procédure pour l'attribution d'une convention de délégation de service public non seulement à une entreprise bénéficiant d'un monopole ou à un établissement public spécialement créé pour assurer l'activité déléguée, mais encore à des sociétés dont le capital est directement ou indirectement majoritairement détenu par la collectivité délégante, à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts. Le Conseil Constitutionnel a considéré que cette seconde catégorie d'exceptions était contraire au principe d'égalité et que les sociétés du secteur public devaient être mises en concurrence avec les entreprises privées pour obtenir ces conventions.

Les entreprises publiques passent aussi des marchés pour leurs propres besoins dans la gestion desquels, elles doivent chercher, par le biais du libre jeu de la concurrence, les meilleurs fournisseurs, entrepreneurs et prestataires.

Cela s'explique par la particularité des secteurs d'activité dans lesquels ces marchés sont conclus. Elle justifie aussi l'aménagement d'un régime de concurrence dépassant les seuls marchés. Le droit communautaire a été aussi déterminant.

C- Les exceptions au principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence :

Si des exceptions sont nécessaires, ils tiennent aux missions particulières qui sont confiées aux entreprises publiques qui ne sont pas les seules auxquelles de telles missions puissent être confiées. Elles peuvent l'être aussi bien dans certains cas assumées par des entreprises privées dans le cadre de relations particulières, notamment celles des contrats de concession de service public, conclus avec les pouvoirs publics. Dans ce cas, ce n'est pas le statut d'entreprise publique qui justifie ses exceptions du régime de la concurrence mais plutôt la mission particulière attribuée à des entreprises publiques.

Si l'on prend les activités autres que celles liées à la production ou la distribution des biens ou des services, elles présentent un caractère administratif qui relève du droit administratif et exclut l'application des règles applicables aux entreprises. La jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu'un même organisme peut remplir, à la fois, des fonctions

⁴⁵⁸ C.A. Paris 8 février 2000, B.O.C.C.R.F 7 mars 2000, p.135 ; rectificatif B.O.C.C.R.F. 21 avril 2000, p.245. V. aussi au sujet des services d'escalier C.A. Paris 23 février 1999, B.O.C.C.R.F. 18 février 2000.

administratives à côté de fonctions industrielles et commerciales et en tire les conséquences quant au droit applicable et aux juridictions compétentes en cas de litige.

Il en est ainsi notamment des fonctions de police portuaire, qui, même si elles portent sur une activité économique, en en assurant la « régulation », sont inhérentes aux attributions de l'Etat et de ses démembrements. Les mesures de gestion du domaine public restent, également, des actes administratifs, dont le contentieux appartient, non aux autorités de concurrence et aux juridictions judiciaires, mais aux juridictions administratives. Le Tribunal des conflits l'a reconnu particulièrement à propos d'Aéroports de Paris : la décision de regrouper à Orly Ouest les activités du groupe Air France et de refuser à une autre compagnie l'ouverture d'une ligne à partir de cette aéroport constitue un acte administratif dont seule la juridiction administrative peut connaître⁴⁵⁹.

Ceci ne veut pas dire que dans l'adoption de telles mesures les entreprises publiques n'aient pas à respecter le droit de la concurrence. On retrouve à ce sujet les mêmes exigences que celles qui pèsent sur les pouvoirs publics qui ne peuvent favoriser les entreprises, publiques ou les mettre en état d'abuser d'une position dominante, les entreprises publiques, dans l'exercice des missions administratives qui leur sont confiées, ne peuvent méconnaître le droit de la concurrence.

La constitution d'autorités de régulation distinctes des entreprises publiques visait à mettre fin à la dualité des fonctions de ces dernières en limitant leurs missions à des fonctions industrielles et commerciales, de les soumettre entièrement au contrôle des autorités de concurrence.

Ceci dit, les règles de concurrence auxquelles sont, en principe, soumises les entreprises publiques peuvent être altérées pour leur permettre de remplir les missions particulières dont elles sont chargées. C'est ce qui ressort de l'article 86.2 (ex article 90.2) du traité instituant la Communauté Européenne. Après avoir affirmé le principe de leur application, il reconnaît que c'est « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'application en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Mais ces limites sont confrontées elles-mêmes une restriction : « Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ». Cela implique un délicat équilibre, que la Cour de Justice a contribué à déterminer.

Dans l'arrêt Corbeau du 19 mai 1993 elle a jugé qu'il est permis « aux Etats membres de conférer à des entreprises qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux titulaires de droits exclusifs... L'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs

⁴⁵⁹ T.C. 18 octobre 1999, Aéroports de Paris et Air France c/ TAT European Airlines, A.J.D.A.1999.996, chr. Fombeur et Guyomar, et 1029, note Bazex. Sur les services d'escale, v. aussi C.A. Paris 23 février 1999, B.O.C.C.R.F. 18 février 2000, p. 65

économiquement rentables »⁴⁶⁰. Ces principes ont fondé l'argumentaire du juge dans l'arrêt du 27 avril 1994, Almelo : « *il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise* ».

Ce ne sont pas seulement des droits dérogatoires aux règles de la concurrence qui peuvent être ainsi reconnus au bénéfice des entreprises chargées d'un service rentrant dans la catégorie des services publics, universels, d'intérêt économique général. Des contraintes pèsent sur elles, non seulement quant au service à rendre, mais également pour ce qui est de certaines modalités qui s'y ajoutent.

§2- Les entreprises publiques et le bénéfice du droit de la concurrence :

De même qu'il n'est invraisemblable de soumettre les entreprises publiques au droit de la concurrence, il ne l'est pas qu'elles réclament l'application à leur profit des règles de la concurrence. C'est toujours leur qualité d'entreprise Assurant, comme les entreprises privées, des fonctions de production et de distribution de biens ou de services qui le justifie. En effet, elles doivent, comme toutes entreprises, bénéficier du droit de la concurrence. Cela implique qu'elles soient dans une situation d'égalité par rapport aux entreprises privées (A) et qu'elles puissent exercer un droit de concurrence (B).

A- L'égalité de concurrence au profit des entreprises publiques :

Il y a quelques années, il y avait une tendance considérant que le jeu de la concurrence est faussé beaucoup plus par les entreprises publiques, de par leur appartenance même au secteur public et du soutien des pouvoirs publics, que par les entreprises privées. Or, c'est l'inverse qui s'est avéré ; les entreprises publiques peuvent se trouver dans une situation défavorable par rapport aux entreprises privées et ce, soit en raison des missions particulières qui leur sont confiées soit même en dehors de ces missions. Dans les deux cas, l'égalité doit être instaurée et maintenue.

En effet, certaines missions particulières confiées à des entreprises publiques au titre d'un service public universel ou d'intérêt général constituent, pour elles, plus des charges que des avantages qui les favorisent. Leur identification peut s'avérer meilleure avec l'obligation de tenir une comptabilité particulière à chaque type d'activité ou de mission. Cette obligation permet de relever les coûts qui dépassent ceux de l'entreprise dans son activité normale de production ou de distribution de biens ou services. Le rapport NORA⁴⁶¹ sur les entreprises publiques l'a souligné il y a quelques décennies déjà.

L'égalité n'est pas assurée seulement par la compensation des charges pesant sur une entreprise publique, elle l'est par la répartition de ces charges entre toutes les entreprises. Comme déjà souligné ci-dessus, les exceptions au régime de concurrence ne bénéficient pas aux entreprises publiques en tant que telles, mais au vu qu'elles exercent des missions pouvant aussi bien dans certains cas être assurées par des entreprises privées. De la même manière, la compensation des charges pesant sur les entreprises publiques n'est pas propre à celles-ci. Elle

⁴⁶⁰ Dans un sens voisin C.J.C.E. 10 février 2000, Deutsche Post, Aff. C-147 et C- 148/979 à propos du « repostage ».

⁴⁶¹ Rapport sur les entreprises publiques, établi par le groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, avril 1967.

joue aussi pour des entreprises privées dans tous les cas où les entreprises publiques sont mises à égalité avec les entreprises privées.

B-Le droit de la concurrence « favorise » les entreprises publiques :

La concurrence des entreprises publiques constitue, pour les entreprises privées, une cause de défiance : elles sont toujours accusées de la fausser en raison de leurs liens avec les pouvoirs publics et des avantages qu'elles peuvent en tirer. Mais dès lors que les entreprises publiques sont soumises au droit de la concurrence, qu'elles exercent leurs activités dans les conditions du droit commun, à égalité avec les entreprises privées, elles devraient pouvoir les concurrencer. Cela a été soutenu pour les personnes publiques proprement dites. Cela devrait, normalement, valoir à plus forte raison pour les entreprises publiques, qui sont d'abord, pour ce qui est de leur nature, des entreprises. Il n'en existe pas moins des obstacles dont la levée conditionne l'exercice d'une pleine concurrence par les entreprises publiques.

Les obstacles tiennent à la spécialité et à la spécificité des EP. La spécialité des entreprises publiques a parfois été niée parce que considérée comme contraire à leur nature même d'entreprise. Elle n'en a pas moins été affirmée comme interdisant à l'entreprise publique de sortir de l'objet que ses statuts lui ont donné, quelle que soit sa nature.

Si elle est constituée sous forme d'établissement public, « *le principe de spécialité qui régit cet établissement lui interdit d'exercer des activités étrangères à (sa) mission* »⁴⁶². Cette position qui a été prise à propos de la RATP va dans le même sens que celle que le Conseil d'Etat avait utilisées pour ce même organisme dans un avis du 15 juillet 1992 et à propos d'EDF et GDF dans celui du 7 juillet 1994 et qui précise que : « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'EDF et GDF signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* »⁴⁶³. Ainsi a été rejetée la prise de participation d'EDF dans une société exerçant une activité d'ingénierie générale ne se rattachant ni de manière directe ni par voie de connexité aux missions essentielles de cet établissement.

La spécificité des entreprises publiques est particulièrement marquée lorsqu'elles sont constituées en personnes publiques. Alors même qu'elles exercent une activité industrielle et commerciale, leur personnalité publique entraînant, dans le temps, des conséquences incompatibles avec les usages du commerce : les voies d'exécution du droit commun ne pouvaient être dirigées contre elles; elles ne pouvaient recourir à l'arbitrage; elles bénéficiaient automatiquement de garanties de la personne publique à laquelle elles sont rattachées⁴⁶⁴ ; mais elles ne peuvent être mises en faillite. Il ne s'agit pas nécessairement d'un avantage pour elles : la perspective de ne pas pouvoir utiliser les mécanismes usuels des relations industrielles et commerciales retenait des partenaires privés de s'engager avec une

⁴⁶² C.E. 29 décembre 1999, Société Consortium français de localisation.

⁴⁶³ E.D.C.E. 1994, n°46, p. 409 ; C.J.E.G. 1994.1156, note S. Rodrigues.

⁴⁶⁴ Cf. Rapport annuel du Conseil d'Etat pour 1995 (E.D.C.E. 1995, n°47, p.219) établi à propos de l'établissement public créé pour servir de support au soutien financier apporté par l'Etat au redressement du Crédit Lyonnais : « la garantie de l'Etat à cet établissement découlera, sans disposition législative explicite, de la nature d'établissement public de l'organisme »; V. D. Prétat, « L'aide de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? », L.P.A. 26 janvier 2000.

entreprise publique. Il en va de même pour la gestion des contentieux engageant ce type de société et où les modes normaux de gestion de différends ne sont pas toujours faisables.

A ce sujet, il est à signaler que pour ce qui est du Maroc, la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du code de procédure civile a posé un nouveau cadre des modes alternatifs de règlement des litiges. L'article 311 de ladite loi donne la possibilité aux entreprises publiques soumises au droit des sociétés commerciales (le cas de la SODEP) de recourir à l'arbitrage à condition que la convention d'arbitrage fasse l'objet d'un accord du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. La même possibilité est accordée aux établissements publics ; une délibération spéciale du conseil d'administration est requise.

Cependant, même lorsqu'elles sont constituées sous forme de sociétés privées, les entreprises publiques restent marquées par les contraintes résultant soit des contrôles particuliers exercés sur elles, soit de la participation des représentants des personnes publiques à leurs organes d'administration. Ce sont autant d'obstacles pour qu'elles se lancent pleinement dans la concurrence.

Par ailleurs, la spécialité peut être assouplie pour atténuer son aspect contraignant et ce, par l'interprétation des missions statutaires de l'EP. Le Conseil d'Etat l'avait affirmé dans ses avis. Elle « *ne saurait être interprétée comme... interdisant d'exercer... des activités qui sont le complément de la mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci* ». Le principe de spécialité « *ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités à la double condition :- d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale... ou au moins connexes à ces activités ; - d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs de bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal* ». A fortiori un simple réaménagement des activités complémentaires que l'entreprise publique est déjà autorisée à exercer n'est pas contraire au principe de spécialité.

Pour conclure ce premier titre, on peut dire que la création d'un cadre précis pour les PPP dénote l'engagement du gouvernement et des pouvoirs publics envers les supports contractuels possibles. Ceci permet aussi de définir clairement comment les projets seront mis en œuvre, contribuant à la bonne gouvernance du programme de PPP, en promouvant l'efficacité, la reddition de comptes, la transparence, la décence, l'équité, et la participation dans le processus de mise en œuvre des PPP. Ceci aidera à susciter l'intérêt du secteur privé et à gagner l'approbation du public vis-à-vis du programme de PPP.

Titre II : La gestion contractuelle des PPP : concession, gestion déléguée et contrat de partenariat :

Même si la participation du privé dans la gestion du service public est un système de gestion très ancien comme précédemment souligné, ce n'est réellement qu'au 17^{ème} siècle puis, avec plus de concentration, au 19^{ème} siècle qu'a vu le jour l'essentiel des infrastructures et grands services publics en France – et à moindre mesure au Maroc- par le recours à l'initiative privée.

Si on remonte à l'Histoire, on trouve que dès le règne de l'Empire Romain, tous les types de contrats associant les partenaires publics et privés existaient déjà. Ainsi on peut dénombrer dès lors à cette époque, des marchés de travaux publics et des concessions de travaux publics, notamment pour la construction des ports.

Plus encore, déjà au Moyen Age, les autorités des « seigneuries » signaient des « baux» qui enchevêtraient, à la fois, des dispositions d'occupation des domaines et de passation des marchés publics. Les communes, dans le temps, utilisaient le même procédé pour obtenir des ressources en « concédant » par adjudication, « les banalités », tels les fours, pêches, moulins, halles, boucheries, etc., sous une forme contractuelles accordant l'exclusivité aux exploitants. Les ressources qui en résultaient permettaient de payer quelques travaux ou prestations collectives, principalement la construction et l'entretien de ponts, quais, routes, remparts, halles aux prisons, fontaines et autres infrastructures jugées indispensables.

Du 16^{ème} au 18^{ème} siècle, la société civile Française s'est considérablement développée. Il est devenu essentiel de transporter les individus, communiquer via la poste, disposer des services urbains de base tels l'eau et l'assainissement. Avec le temps, et à fur et à mesure que les besoins de la communauté augmentent, on a assisté à la naissance des contrats de concessions de travaux et de services publics dont l'objet principal était d'équiper le pays en moyens de communication de tout genre et de faire progresser les villes en leur assurant les prestations exigées par les usagers.

Au 19^{ème} siècle, la société française développa son urbanisation et son fonctionnement autour du concept de la concession et ce, dans plusieurs domaines allant du transport ferroviaire au métro en passant par la construction des villes selon les nouveaux modèles, construction des routes, installation de l'éclairage public, des réseaux d'eau, d'électricité et de téléphonie, etc.

Au 20^{ème} siècle, les conséquences des deux conflits mondiaux sur les contrats de concessions étaient désolantes car ils ont entraîné la remise en cause de tous les contrats et du principe même de la délégation des services publics. L'Etat-providence, ayant pris le dessus dans la plupart des pays, privilégia l'initiative publique et la prise en charge publique des secteurs d'infrastructures et de services collectifs sans, toutefois, ignorer totalement les mécanismes de gestion déléguée.

Ceci a fait que le renouveau de la gestion déléguée et, de manière générale, du partenariat public-privé n'aura lieu que dans les années 1980 quand la France développera son propre modèle de gestion via la DSP et à un moment où apparaîtront les premiers jalons du partenariat public-privé à travers l'aménagement de la domanialité des collectivités publiques.

Pour illustrer la réalité de l'origine des partenariats public-privé, les propos tenus par le Professeur Jacqueline Morand-Deville lors du discours de clôture du colloque sur les Partenariat public-privé⁴⁶⁵ qui s'est déroulé à Toulouse en juin 2005 et qui coïncidait avec le premier anniversaire de la création du contrat PPP et qui était qualifié par certains de « jeune enfant ». Le professeur a affirmé que *« Jeune enfant, le terme est impropre. Le contrat de partenariat est plutôt un vieillard car l'association des forces vives du secteur public et du secteur privé pour l'administration des choses et des hommes est à l'origine même de l'histoire des sociétés organisées »*. Ceci a fait dire à certains qu'en raison des différentes évolutions économiques, sociales et culturelles, il s'agirait plus d'une opération de « toilettage » que d'une naissance.

Sur le plan contractuel, les contrats de la gestion déléguée, tous montages confondus, ont régis l'ensemble des projets d'infrastructures (chapitre I) avant qu'un renouveau ne soit enregistré avec la mise en avant du contrat de PPP (Chapitre II).

Chapitre I : Les délégations des services publics : forme privilégiée de gestion de services publics au Maroc et en France :

En général, l'Etat a le choix entre trois formules de gestion des services publics : La première consiste à gérer directement le service public en exécutant lui-même l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation du service et en confier une partie à un prestataire dans le cadre des marchés ; la seconde consiste à *faire le choix de* Transférer sa compétence à une autre structure publique tel un établissement public ou entreprise publique, ce transfert non soumis à la concurrence, met l'entité qui en bénéficie devant la problématique du choix du mode d'exécution, la troisième solution consiste à confier la gestion du service public à un prestataire public ou privé dans le cadre de « La gestion déléguée des services public » (DSP). Et c'est cette dernière voie qui est la plus usitée actuellement partout dans le monde.

Section I : Délégation de service public : notion ambiguë :

La DSP est une notion juridique qui a marqué les paysages administratifs Marocain et Français ces dernières années. La doctrine administrative Marocaine voit dans ce mouvement, qui connaît de nos jours un développement exceptionnel, un renouveau de la concession dont l'illustration la plus médiatisée *« a été la concession de la distribution de l'eau, de l'assainissement et de l'électricité à la Lydec »*⁴⁶⁶.

L'expression de gestion déléguée de service public a été reçue, sur le plan de la pratique administrative des collectivités locales au Maroc, sans que ladite expression soit

⁴⁶⁵ Colloque sur le contrat de Partenariat, Les 2 et 3 juin 2005 à Toulouse organisé par l'Institut Juridique de l'Urbanisme et de la Construction (IEJUC), sous la direction de Françoise FRAYSSE.

⁴⁶⁶ M. Rousset, Garagnon Jean « Droit administratif marocain » page 351.

consacrée, dans le temps, ni par un texte ni par une jurisprudence. Cette réception est l'œuvre du contrat passé en 1997, entre la communauté urbaine de Casablanca et la Lyonnaise des eaux pour la gestion des services publics collectifs, suivie en 1998, par la ville de Rabat et, en 2001 par les villes de Tanger et Tétouan.

Ce n'est qu'après la promulgation de la nouvelle charte communale⁴⁶⁷, publiée en 2002 et entrée en vigueur en 2003, qu'a été donnée à la notion de gestion déléguée sa première consécration législative au Maroc et dont l'article 39 dispose que le conseil communal doit décider entre autres, des modes de gestion des services publics communaux « *par voie de régie directe, de régie autonome, de concession et de toute forme de gestion déléguée des services publics conformément à la législation et à la réglementation en vigueur* ». A la lecture de cette rédaction, il s'avère que le législateur Marocain s'est contenté, en premier lieu, d'introduire la notion dans l'ordonnancement juridique, sans aller jusqu'à la définir. Mais il précise, à titre indicatif et non limitatif, les modes constituant une forme de gestion déléguée des services publics.

La première définition jurisprudentielle de cette notion date du 08/12/2004 dans le litige opposant Alkhatib Abdelmajid et Consorts à la Société Lyonnaise des eaux Casablanca SA devant le tribunal administratif. Le juge a considéré que « *le concept de gestion déléguée est un contrat administratif par lequel le délégant confie au délégataire, à l'intérieur d'un espace territorial limité dans le périmètre de la délégation, l'exploitation et la gestion du service public pour une période prédéterminée qui prend fin avec l'expiration du contrat* »⁴⁶⁸

Sur le plan de la réglementation, ce n'est que le 14 /02 /2006 que le Maroc a adopté le dahir n°1-06-15 portant promulgation de la loi n°54-05 relative à la gestion déléguée des services publics, publiée au Bulletin Officiel n°5404 du 16-03-2006 page 506, largement inspirée de la loi française dite loi « SAPIN » de 1993. Remontant à la période coloniale, la pratique des délégations de services publics au Maroc se faisait en l'absence d'un cadre juridique spécifique. Après l'indépendance, cette expérience a cédé la place au système de la gestion directe via la création des régies, comme ce fut le cas pour les ports de la Régie d'Acconage du Port de Casablanca (RAPC). Toutefois, ces entités ne disposaient pas des moyens, en termes de financement et de savoir-faire, nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. Les contraintes budgétaires, la qualité des services offerts et les exigences des usagers ont donc rendu nécessaire le retour au régime de la gestion déléguée. En effet, dans une perspective d'amélioration des services publics locaux relatifs à l'eau, l'électricité et l'assainissement liquide, le mouvement d'ouverture au secteur privé lancé à la fin des années quatre-vingts a été acté par la signature des premiers contrats de gestion déléguée formalisant la concession desdits services.

Ces contrats ont été conclus en l'absence de toute loi et le processus contractuel a été élaboré en l'absence de procédure obligatoire quant à la mise en concurrence en matière d'attribution des conventions, de mécanisme de suivi et de contrôle des gestions déléguées, conduisant les délégataires à ne pas respecter leurs engagements et des cahiers des charges et, particulièrement l'obligation légale de reprise du personnel, même si les conventions conclues y faisaient référence. Cette absence d'encadrement juridique a poussé le législateur à poser un cadre juridique et à assigner au nouveau dispositif une série d'objectifs tel la moralisation de

⁴⁶⁷ Dahir n° 1-02-297 3 octobre 2002, portant promulgation de la loi n° 78-00 portant charte communal. Bulletin Officiel n° 5058 du 21 novembre 2002.

⁴⁶⁸ Jugement du tribunal administratif de Casablanca n 1286 du 08 /12/2004, revue marocaine des contentieux, n° 3-4 de 2005 page 294.

la vie publique et incitation à la transparence dans l'attribution des conventions de gestion déléguée à travers la mise en concurrence et le traitement égalitaire des candidats, encouragement d'une véritable démarche de partenariat basée sur une relation contractuelle équilibrée entre délégant et délégataire et mettre en place un cadre normatif permettant aux autorités délégantes d'assurer le suivi et le contrôle des gestions déléguées.

Au sens de l'article premier de cette loi, les dispositions de cette dernière s'appliquent « aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics ». La loi exclut ainsi de son champ d'application les contrats passés par l'Etat, tout en permettant aux investisseurs privés de proposer spontanément leurs offres.

Selon l'article 2 de la loi 54-05, la gestion déléguée « est un contrat par lequel une personne morale de droit public, dénommée « délégant » délègue, pour une durée limitée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à une personne morale de droit public ou privé, dénommée « délégataire » en lui reconnaissant le droit de percevoir une rémunération sur les usagers et / ou de réaliser des bénéfices sur la dite gestion ». L'intérêt de cette définition réside dans l'affirmation du caractère contractuel de la délégation du service public. Or, jusqu'à la promulgation de cette loi, rien n'interdisait de confier la gestion d'un service public par un acte unilatéral. Il reste à voir si le juge marocain va suivre son homologue français et décider que la loi ne s'applique qu'aux délégations contractuelles (conseil d'Etat du 03/05/2004, n° 249832). Le caractère non restrictif de cette définition est confirmé par l'article 24 qui précise que « le délégataire gère le service public à ses risques et périls et en bon père de famille ». Aucun critère – autre que la simple rémunération sur les usagers et/ou la réalisation des bénéfices – n'est exigé dans cet accord, contrairement à la définition française de la délégation de service public. Cette dernière exige que « la rémunération du délégataire soit substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service » et en fait un critère de distinction jurisprudentielle de ce mode de gestion des services publics par rapport aux marchés de service public. En outre, dans son article 12, la loi 54-06 apporte une autre innovation relative à la structure du contrat de gestion déléguée. Ce dernier « est composé, par ordre de primauté, de la convention, du cahier des charges et des annexes ». La première composante définit les principales obligations contractuelles du délégant et du délégataire, la seconde est constituée des clauses administratives et techniques définissant les conditions d'exploitation et les devoirs et obligations en matière d'exploitation du service délégué ou de réalisation des travaux et ouvrages, la troisième est constituée de toutes les pièces jointes à la convention et au cahier des charges et mentionnées comme telles à la convention ou au cahier des charges.

D'autres dispositions ont été introduites par la loi comme l'énumération d'obligations importantes mises à la charge du délégataire, notamment justifiées par les impératifs du service public et l'intérêt général, une précision sur le régime de mise à disposition du domaine public pour les besoins de la gestion déléguée, une ébauche de régime juridique et comptable applicable aux biens de la gestion déléguée, la possibilité d'un recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges entre délégant et délégataire et à des modalités permettant le suivi et le contrôle des gestions déléguées par les autorités délégantes.

Aussi la notion de gestion déléguée a-t-elle été consacrée par un autre texte juridique. La charte communale octroie, en effet, au Conseil Communal le pouvoir de décision relatif à la création et à la gestion des services publics communaux par voie de régie directe, de régie

autonome, de concession ou de tout autre forme de gestion déléguée des services publics, conformément à la législation et à la réglementation en vigueur.

En sus de la loi précitée, le domaine portuaire est régi par des dispositions spéciales contenues dans la loi 15-02 portant création de l'Agence Nationale des Ports et de la Société d'Exploitation des Ports. Cette loi a consacré une bonne partie de ses dispositions (une douzaine d'articles : de l'article 16 à l'article 27) au régime de la concession comme mode de gestion et d'exploitation portuaire. A souligner, à ce sujet, que pour les besoins de l'interprétation du contrat de concession entre l'autorité concédante, l'ANP et l'opérateur portuaire, la SODEP comme, de façon générale, pour son exécution, les deux textes sont d'application obligatoire. Cependant, le texte particulier (loi 15-02) l'emporte sur le texte général (loi 54-05) qui ne reçoit application que pour les aspects dont la loi portant réforme portuaire a été muette ou comportant des dispositions incomplètes.

Pour ce qui est de la France, la notion de « délégation de service public » est apparue, pour la première fois, dans le dispositif législatif français via la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et, ensuite de manière plus apparente, dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. D'autres lois ont été promulguées et ont concouru à établir un régime juridique de la DSP⁴⁶⁹ avant que celle-ci ne soit reprise, avec de légères modifications, par la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001 et dont l'article 3, dispose qu'une DSP « est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Deux circulaires du ministre de l'intérieur du 13 décembre 1975 et du 7 août 1987 avaient, auparavant, utilisé ce concept, qui permettait une distinction aisée entre la gestion indirecte ou « déléguée » et la gestion directe ou en régie.

La DSP, que ce soit au Maroc ou en France, n'est pas un nouveau mode de gestion d'un service public mais constitue, plutôt, une catégorie transversale qui regroupe la concession, l'affermage, la régie intéressée. Toutefois, devant la difficulté de trouver la réelle et explicite intention du législateur, le travail de la jurisprudence était très attendu pour apporter les éclaircissements, explications et surtout interprétations du sens de dispositions réglementaires.

Des trois formes de gestion déléguée de service public ci-dessus mentionnées, on traitera dans ce premier chapitre la concession comme forme de la gestion déléguée vu leur récurrence avant de traiter le contrat de PPP. Mais préalablement, nous consacrerons une section à la problématique de la définition juridique de la délégation de service public qui s'est posée en France. Le Maroc, pour sa part, il a eu un recul par rapport à l'expérience législative Française et en a tiré les conclusions qu'il faut pour l'élaboration de son arsenal juridique en la matière.

⁴⁶⁹ Il s'agit notamment la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

Section II : La DSP entre incertitudes de la notion et garanties juridiques :

Les difficultés survenues à la promulgation de dispositions relatives aux subventions, aux DSP et aux marchés publics, ont imposé une recherche de clarification pour chacune de ces institutions évitant toute confusion ou équivoque les concernant.

Les efforts de clarification ont porté, non pas sur la définition des marchés publics, notion dont les textes successifs ont apporté des éclaircissements, mais surtout sur la DSP dont certains critères continuent de soulever des questionnements ainsi que sur la subvention dont aucune définition dans un texte officiel n'est donné. Nous nous contenterons, dans la présente section de la problématique de définition de la DSP.

Sous-section 1 : Clarification de la de DSP sur fonds d'affaiblissement :

La première difficulté soulevée à ce sujet est liée au fait que la DSP n'a pas été pensée et présentée comme telle à son instauration par le législateur; Elle a été consacrée par ce dernier sans que ne soit posée la question sur la teneur de l'institution juridique créée. Selon les observateurs notamment, les juristes et économistes, ce n'était pas la première fois que ceci arrive ; ils mettent en avant le cas des GIP qui est éloquent par exemple. Ces institutions ont vu le jour, sans réflexion sur ce qu'ils pouvaient représenter sur le plan juridique.

L'autre difficulté pour ce type de contrat réside dans les incertitudes liées au projet mené par ledit contrat et qui sont, les couts d'investissement et de fonctionnement des services et leur évolution dans le temps, les modalités de financement des ouvrages et les questions fiscales correspondantes, les clauses de garanties appliquées aux parties, les clauses définissant les apports respectifs des parties, la durée de la délégation liée à la durée de l'amortissement des investissements apportés par le délégataire, les clauses relatives au suivi et au contrôle de la délégation et les clauses d'arbitrage en cas de divergence d'interprétation des termes du contrat, etc.

Devant cet état de fait, doctrine et jurisprudence ont commencé à chercher des critères pour poser les contours de l'institution.

§1- Les critères de qualification d'une DSP :

L'ouverture des collectivités locales au champ de l'initiative privée et à l'économie déléguée n'est pas une entreprise simple, particulièrement dans un environnement désencadré, déréglementé et insuffisamment préparé. Les collectivités locales qui envisagent de s'engager dans une opération de gestion déléguée doit impérativement allier une capacité d'expertise technique, financière et juridique avec la capacité de dialoguer et de négocier avec le délégataire pressenti. Le contrat doit donc résulter d'une négociation sur la base d'une étude approfondie validée par les deux parties et visant à réduire les risques qui entourent le projet.

Les critères pour identifier une DSP, tels que recensés, sont au nombre de cinq et ils sont cumulatifs. Il s'agit du contrat dont les clauses définissent, entre autres, le périmètre

technique et financier d'exécution du service public et d'intervention de l'exploitant, de la qualité du délégant qui est une personne morale de droit public, que ce soit l'État ou ses émanations ; une collectivité territoriale ou un établissement public, de la qualité de délégataire qui peut être soit une personne privée, soit une personne physique et morale de droit privé ou, encore, une personne morale de droit public, de l'objet du contrat qui porte sur l'exploitation d'un service public par lequel la convention de la délégation confie la gestion de tout ou partie d'un service public au délégataire et du mode de rémunération déterminé selon des modalités propres et que l'on développera dans les paragraphes qui suivent.

A signaler que le critère le plus déterminant parmi ce qui est cité ci-dessus, est celui lié à la rémunération et qui continue à enrichir la polémique et susciter des débats. En effet, s'il est admis que le législateur est compétent pour créer de nouvelles catégories juridiques, la difficulté qui peut en résulter est que la notion ou l'institution à créer n'est que rarement précisée ou même définie dans le texte légal et il incombe au juge, le cas échéant, d'interpréter le sens, le contenu et la portée de la notion ainsi instituée. Dans le domaine de la DSP, le législateur français a été clair en reprenant dans la loi le critère de la rémunération substantielle préalablement consacré ou retenu par le juge administratif. Mais, en même temps, ainsi qu'on l'a vu précédemment, tout en le consacrant, le législateur semblait ne pas avoir eu une idée très nette ou complète de ce qu'était la DSP en tant qu'institution juridique.

Pour rappel, le critère de la rémunération substantielle est présenté comme le critère principal de qualification de l'intervention dans le cadre de ce contrat. D'autant plus que, si la rémunération du cocontractant est effectuée par la collectivité sur la base d'un prix sans lien avec les résultats de l'exploitation, le contrat doit être regardé comme un marché et non comme une DSP⁴⁷⁰.

Dans de nombreuses affaires, l'interrogation est posée par les requérants, la contestation de la qualification donnée par une personne publique au rapport contractuel est soulevée par ces derniers, et ceci concerne les contrats les plus divers pouvant être recensés comme faisant partie de la DSP. Il reste que le critère de la rémunération substantielle demeure d'une application délicate et il s'avère dans certains contrats que ce n'est pas ce que l'on pensait réellement au départ et ce, de l'aveu même des pouvoirs publics. Ainsi que le déclare une réponse ministérielle à la question d'un parlementaire⁴⁷¹, si l'on retient une approche quantitative du critère de rémunération, « celui-ci dépend finalement de l'appréciation du juge au cas par cas en fonction des circonstances de fait propres à chaque espèce, et notamment de l'économie de la convention ». Cela ne constituera aucune gêne pour le juge de qualifier le contrat de DSP, mais il est contraignant pour les cocontractants de l'administration qui ne sauront pas à l'avance dans quel cadre juridique ils se trouveront en cas de litige.

⁴⁷⁰Le Conseil d'Etat a déclaré dans l'affaire, *Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique décision du 20 mars 1998*, req. n° 157586 que « les motifs invoqués par la ville de Nice ne suffisent pas à établir que la prise en charge par la ville, sur son budget propre, serait justifiée par l'une des raisons mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 322-5 du code des communes, alors applicable (article repris à l'article L. 2224-2 du CGCT), que la délibération ne précise pas les « règles de calcul » de la participation financière accordée à la SEMSAT (Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique) et que, « dans ces conditions, celle-ci doit être regardée comme destinée à assurer la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement de cette société ».

⁴⁷¹ Question n° 40230 de M. Jean Jacques Urvoas à l'Assemblée Nationale. Question publiée au JO du 15/10/2013 page 10727 et Réponse publiée au JO du 07/01/2014 page 166

Dans l'arrêt « *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais* » (SMITOM)⁴⁷², le Conseil d'Etat avait jugé que la part de recettes incertaines qui était de presque 30% des recettes globales du délégataire, laissaient entendre que le risque d'exploitation était bien réel. On peut lire dans son résumé « *Dès lors que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par la personne publique est d'environ 30 % de l'ensemble des recettes perçues par son cocontractant, la rémunération prévue pour ce dernier est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service. Il en résulte que le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public* ». Le « Guide », élaboré en 2007 conjointement par le ministre de l'intérieur et le ministre de l'économie et des finances, sur la subvention publique, le marché public et la délégation de service public⁴⁷³, commente cet arrêt en précisant que « *le Conseil d'État a précisé que la part de recettes aléatoires, environ 30 % de l'ensemble des recettes, était suffisante pour considérer que le risque d'exploitation était réel. Le Conseil d'État a procédé à une évaluation au cas d'espèce. Cependant, ce pourcentage ne doit pas être considéré comme une valeur absolue. Ni la jurisprudence, ni les textes n'ont défini un mode de calcul ou d'évaluation des risques d'exploitation au regard des résultats d'exploitation. Il existe donc un risque de requalification a posteriori des contrats* ».

Cette affirmation s'est avérée juste à l'examen de la position de la jurisprudence dans d'autres affaires où le juge n'a pas retenu le même pourcentage. C'est le cas, notamment dans une décision du Conseil d'Etat du 28 juin 2006⁴⁷⁴ relative à un contrat ayant pour objet l'exploitation des réseaux et ouvrages de production et de traitement de l'eau potable appartenant à un syndicat intercommunal, ainsi que la vente de cette eau aux communes, membres du syndicat. A cette occasion, le juge avait déclaré que « *Considérant, d'autre part, que si les communes ne sont pas les usagers du service public de la distribution de l'eau potable, il ressort, ainsi qu'il a été dit, des stipulations combinées des articles 29 et 62 du cahier des charges du contrat que le cocontractant du syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du gier perçoit une rémunération qui se compose en une partie fixe qui est constituée par un abonnement et une partie variable qui dépend de la quantité d'eau consommée dans les communes ; que la rémunération calculée dans ces conditions est substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service* ».

Cette situation de flottement a poussé des auteurs dans une chronique publiée en 2007⁴⁷⁵ de faire la conclusion selon laquelle « *Cinq ans après la loi MURCEF, on ne sait toujours pas (...) en quoi consiste exactement le critère financier de la délégation de service public. Tandis que certaines cours l'identifient dans le risque d'exploitation à la charge du cocontractant (...), d'autres paraissent ne voir aucune incompatibilité entre la qualification de délégation de service public et la couverture des déficits d'exploitation par la personne publique (...). Quant au Conseil d'Etat, il n'a pas fait pas référence, dans ses arrêts rendus durant les années 1990 et début des années 2000, à la notion de risque et faisait revêtir la qualité de délégations de service public à des contrats qu'il aurait autrefois classés dans la*

⁴⁷² Conseil d'Etat, 30 juin 1999, n° 198147.

⁴⁷³ Il s'agit d'un guide destiné à clarifier les termes de subvention, de marché public et de délégation de service public, afin de leur permettre de choisir la procédure la mieux adaptée à chaque situation et d'identifier, notamment, les conditions dans lesquelles la technique de la subvention peut être utilisée sans encourir un risque de requalification par le juge.

⁴⁷⁴ Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 28/06/2006

⁴⁷⁵ Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics. Par. Jean-Marie PONTIER. Professeur à l'Université d'Aix-Marseille.

catégorie des marchés publics et ce, parce que ces contrats ne faisaient pas peser le risque d'exploitation sur le cocontractant ».

Il résulte ce qui précède qu'il n'est pas aisé de fixer un pourcentage déterminé pour qualifier un contrat de DSP, que le critère de la rémunération substantielle tel que développé ci-dessus ne peut être exclusivement quantitatif mais qu'il doit incorporer d'autres paramètres pour éviter de tomber dans des incohérences et, le plus important, il convient éventuellement de faire adapter le critère en fonction des domaines ou secteurs concernés et qui ne peuvent être appréhendées de la même manière .

En droit Marocain par contre, la référence à la notion de rémunération substantielle est totalement absente du texte régissant la gestion déléguée et a cédé la place à l'article 24 de la loi 54-05 précisant que « *le délégataire gère le service public à ses risques et périls et en bon père de famille* ». De ce fait, la législation ne lui permet que de percevoir une rémunération sur les usagers et/ou de réaliser des bénéfices et il n'est pas nécessaire qu'elle soit substantielle pour la qualification du contrat comme comportant une délégation de service public ou un marché de service public.

La distinction n'est pas sans intérêt. Alors que dans le marché de service public la contrepartie rémunératrice est certaine et émerge au budget de la collectivité, dans la gestion de service public sa part essentielle pour l'opérateur provient des résultats de l'exploitation du service public. Ainsi, peut-on relever que le législateur Marocain a fondé la gestion déléguée du service public non pas sur l'apport substantiel du prestataire, mais essentiellement sur l'engagement du délégataire à gérer le service dont l'administration lui est déléguée. Il y a donc une volonté manifeste de ne pas faire dépendre le résultat de la gestion du service public de l'apport substantiel du prestataire.

Les efforts fournis pour clarifier la notion de DSP se sont confrontés à la réalité de la fragilité de cette institution.

§2- La DSP : un mode de gestion du service public fragilisé :

La France, comme il a été affirmé et réaffirmé dans nos précédents développements, a une forte expérience dans les divers modes d'intervention du secteur privé dans la gestion de ses services publics. Cette expérience a instauré un équilibre entre la gestion privée et les exigences du service public ce qui a donné une certaine prééminence à la gestion déléguée dans la fourniture de services à la communauté locale attribuant ainsi une originalité au modèle français. Ce modèle a été rendu plus attractif suite à sa modernisation par la loi dite « loi SAPIN ». En effet, si cette manière de faire demeure compétitive sur le plan communautaire et même à l'internationale et si elle résiste à l'influence de processus similaires adoptés par les autres pays faisant partie ou pas de l'UE, c'est grâce à la place qu'occupe le secteur privé dans la gestion des services publics locaux, à l'environnement juridique et culturel favorable à la gestion déléguée et à la diffusion à l'international du savoir-faire français acquis en la matière.

Toutefois, la délégation de service public se voit affaiblie par les évolutions que connaît le droit interne ainsi que l'impact de la réglementation communautaire quoique celle-ci se veuille porteuse d'enjeux juridiques et financiers prometteurs mais qui demeurent difficiles à maîtriser pour les collectivités délégantes.

Quelles sont alors les raisons de cette faiblesse et leurs conséquences sur les montages contractuels de cette institution ?

A-Une recrudescence du recours à la formule de gestion déléguée :

Mise en avant en France avec la promulgation de la « loi SAPIN », la délégation de service public est définie comme « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service* »⁴⁷⁶. Elle regroupe une multitude d'outils juridiques et contractuels, largement inspirés du contrat de concession tels qu'utilisés depuis de longue date par les collectivités publiques en France.

En effet, l'expérience française comprend trois principaux types de contrats inclus dans la DSP :

- **La concession de service public** : par laquelle la collectivité confie à un tiers - personne public ou privé- la gestion opérationnelle d'un service public. Le concessionnaire prend en charge l'ensemble des investissements. Il exploite ce service à ses « frais et risques », dans le respect des documents de concession qui se composent d'un contrat plus un cahier des charges et leurs annexes, et se rémunère directement ou indirectement auprès des usagers.

- **L'affermage** : contrairement à la concession ci-dessus présentée, le fermier « délégataire » ne réalise pas les travaux d'établissement mais le contrat peut, cependant, prévoir que tout ou partie des travaux d'entretien, de renouvellement ou d'extension lui incomberont. Il est fréquent qu'une convention d'affermage suive une concession venue à échéance. Sa durée est généralement réduite (7 à 12 ans en moyenne contre 20 à 50 pour la concession). La mise à disposition des ouvrages a pour contrepartie une redevance versée par le fermier à la collectivité délégante (« surtaxe d'affermage »).

- **La régie intéressée** : dans ce contrat, le régisseur « délégataire » est chargé, par un contrat, d'entretenir les relations avec les usagers du service en contrepartie d'une rémunération perçue par la collectivité, qui est la résultante d'une formule d'intéressement aux résultats. Les collectivités y recourent pour minimiser le solde négatif d'un service dont les charges ne peuvent couvrir les produits. Dans ce type de contrat, la rémunération comporte une part fixe ainsi qu'un élément variable lié aux performances de gestion.

Si le recours à la gestion déléguée a connu des variations au gré des périodes, il ne représente pas moins une constante de l'histoire administrative française qui a concouru à la réalisation de plusieurs infrastructures (ports, aéroports et autres). La gestion déléguée a répondu à la montée de nouvelles exigences des collectivités (enlèvement d'ordures, distribution d'eau potable et aussi la gestion des ports sous leurs diverses formes (plaisance, commerce)). En effet, la délégation de service public prédomine dans cinq catégories majeurs de services collectifs locaux : l'eau, les déchets, la distribution d'énergie en réseau, le stationnement et le transport tous modes confondus.

Pour ce qui est du Maroc et pour l'histoire, on retiendra que la pratique a devancé la loi pour ce qui du recours à ce procédé contractuel. En effet, au lendemain de la vague de

⁴⁷⁶ Définition introduite par la loi n°20016-1168 du 11 décembre 2001, dite loi « Murcef ».

privatisation annoncée à la fin des années quatre-vingts, le désengagement de l'Etat de la gestion des services publics s'est accentué en faveur du secteur privé. Ceci étant, plusieurs contrats de gestion déléguée ont été conclus alors qu'aucun texte de loi n'existait encore.

C'est le cas particulièrement des services publics locaux où plusieurs partenariats ont eu lieu dans les domaines de distribution d'eau et d'électricité par les villes de Casablanca en 1997, Rabat en 1999, Tanger et Tétouan en 2001. Ce n'est donc que bien plus tard, en 2006, que la loi a vu le jour pour finalement consacrer juridiquement une pratique qui s'était imposée avec force.

Les raisons ayant justifié le recours à la gestion déléguée sont fort nombreuses mais on peut les résumer comme suit : les plus fortes sont sans aucun doute à caractère financier dans la mesure où il est avéré que les modes classiques, tels la régie directe ou la gestion par un établissement public local, n'échappaient pas toujours à des déficits budgétaires et créaient des problèmes de trésorerie que la collectivité avait du mal à surmonter (Cas de la RAPC pour le secteur des ports). A cela, s'ajoutait, également, des problèmes de savoir-faire en matière de services publics nécessitant une certaine expertise technique comme le transport collectif, la collecte et le traitement des ordures ménagères, l'assainissement liquide ou même la gestion portuaire.

Toutes ces données justifiant le recours à la DSP, ne doivent pas occulter l'importance des offres globales et optimales que peuvent faire les entreprises privées comportant le processus de l'amont à l'aval allant du financement, à la construction, passant par l'exploitation et la maintenance des équipements. Tout cela a dû stimuler les divers protagonistes à militer pour instituer un mode qui permet d'assurer la prestation de service public et, en même temps, de rendre la gestion des services publics plus rationnelle et à moindre coût.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la promulgation de la loi relative à la gestion déléguée des services publics par dahir du 14 février 2006. Aussi essentiels que soient jugés les éléments innovants de la loi, celle-ci, dans la pratique du moins, n'est pas sans receler des limites non négligeables. Ceci n'empêche pas le constat qu'il y a eu un engouement vers la DSP expliquée par plusieurs raisons dont on peut citer :

a) Un environnement juridique et culturel favorable à la gestion déléguée :

L'élan qu'a connu, en France, la gestion déléguée a été favorisé par deux principaux facteurs: la liberté des collectivités publiques dans le choix du mode de gestion des services publics qu'elles dirigent et le compromis culturel installé entre la gestion privée basée sur le principe libéral et le service public basé sur le principe républicain, équilibrés par le système contractuel de la concession.

Pour ce qui est du premier facteur relatif à la liberté du choix entre les modes de gestion des services publics, il est à signaler que ce principe est corroboré par la Constitution du pays. La liberté de choix entre gestion directe ou gestion déléguée d'un service public fait partie du pouvoir réglementaire d'organisation du service public. Pour l'Etat, elle résulte des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution traitant de « *de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* », qui a fondé la compétence exclusive du pouvoir réglementaire lui permettant de « *pourvoir, par toutes les mesures appropriées, à l'organisation des services publics* ». La nature administrative ou

industrielle et commerciale du service en question n'intervient pas dans cette liberté de principe. De même, l'existence d'une offre privée pouvant satisfaire les besoins publics n'impose aucune externalisation. Autrement dit, si l'Etat est libre de « *satisfaire, par ses propres moyens, aux besoins de ses services* »⁴⁷⁷, il l'est aussi de déléguer à un tiers la gestion de certaines activités.

Pour les collectivités territoriales, cette liberté de choix entre gestion privée ou publique des services – qui est antérieure aux lois de décentralisation – fait partie de leur administration autonome et du pouvoir réglementaire local qui leur est reconnu par l'article 72 de la Constitution. A cet effet, comme c'est le cas pour l'Etat, la détermination du mode de gestion d'un service public constitue une question de conjoncture et de pertinence dans la prise de décision.

Il faut spécifier, toutefois, que c'est une liberté qui comporte certaines restrictions ; Contrairement à certains pays de l'UE tels que l'Espagne, l'Italie ou encore l'Allemagne, la France n'avait établi aucune liste des activités pouvant être « déléguables ». Cependant, certaines activités sont, du fait de leur nature ou par détermination de la loi, insusceptibles d'externalisation et doivent, par conséquent, être directement assumées par la personne publique. S'agissant des activités exclues par nature, ce sont notamment celles revêtent un caractère jugé régalien. Il s'agit, par exemple, de la police administrative ou de la surveillance des établissements pénitentiaires. L'obligation de recourir à un mode particulier ou déterminé de gestion peut résulter, pour d'autres activités, de la volonté du législateur : les communes doivent ainsi confier les services publics relevant des centres communaux d'action sociale ou de la caisse des écoles à des établissements publics locaux. Toutefois, le fait que certains services ne soient pas déléguables dans leur intégralité n'exclut pas que des éléments de ces services puissent être délégués. Dans le cas du service public de l'éducation par exemple, la restauration scolaire est déléguable, mais la surveillance des enfants pendant le temps de repas ne l'est pas. Ces situations se retrouvent en matière de service public hospitalier ou de police administrative. La distinction, au cas par cas, de fonctions détachables des missions de souveraineté, permet une divisibilité des activités publiques particulièrement favorable au développement de la gestion déléguée.

Au Maroc, la situation est un peu différente ; la Cour des comptes a soulevé dans son rapport de 2014 sur les contrats de gestion déléguée les remarques suivantes :

- La liberté du recours à la DSP est établie par plusieurs dispositions, l'article 39 de la charte communale dispose que le conseil communal décide de la création et de la gestion des services publics communaux et des modes de gestion des services publics communaux, par voie de gestion directe, de régie autonome, de concession ou toute autre forme de gestion déléguée des services publics conformément à la législation et la réglementation en vigueur ;
- L'article 36 de la loi n° 79-00 relative à l'organisation des collectivités préfectorales et provinciales dispose que le conseil préfectoral ou provincial décide de la création et des modes de gestion des services publics préfectoraux ou provinciaux, par voie de régie directe, de régie autonome, de concession ou toute autre forme de gestion déléguée des services publics conformément à la législation et la réglementation en vigueur ;
- L'article 9 de la loi n°47-96 sur la région dispose que le conseil régional a la compétence de proposer la création et les modes d'organisation de gestion des services publics régionaux, notamment par voie de régie directe, de régie autonome ou de concession .

⁴⁷⁷ Affaire «*Société Unipain. C.A. » contre* MINISTRE DES ARMEES, décision du CE, 29 avril 1970 N° 77935, Publié au recueil Lebon.

Le rapport constate de l'ensemble de cet arsenal, qu'au-delà des pouvoirs attribués aux acteurs locaux, la gouvernance de la gestion des services est caractérisée, au niveau de l'Etat, par la multiplicité des intervenants. En effet, la tutelle technique est assurée par le Ministère de l'intérieur qui dispose du pouvoir d'approbation préalable du mode de gestion du service public et des contrats conclus avec les délégataires. Les travaux de suivi et de révision des contrats en vigueur par la cour ont permis de constater que, sur plusieurs aspects, il y a des confusions des rôles de chacune des parties contractantes en plus du fait que le rôle de l'autorité de tutelle n'est pas clairement précisé en la matière.

Si l'on prend l'exemple du ministère de l'intérieur, plusieurs directions interviennent, à différents niveaux, parfois sur les mêmes services publics, dans le processus de gestion déléguée des services publics locaux, à savoir : la Direction Générale des Collectivités Locales (DGCL), la Direction de l'Eau et de l'Assainissement (DEA), la Direction des Régies et des Services Concédés (DRSC), la Direction des Affaires Juridiques, des Etudes, de la Documentation et de la Coopération (DAJDC), la Direction des Finances Locales (DFL) et la Direction de la Planification et de l'Equipement (DPE).

b) La DSP : Instauration d'un équilibre entre gestions privée et publique :

En déléguant la gestion des services publics à un prestataire privé, l'autorité publique tente de transférer certaines de ses missions au délégataire privé qui est présumé être capable de mieux gérer ces services en introduisant de nouvelles méthodes permettant d'améliorer la productivité et la qualité du service et de rationaliser les coûts de production et les tarifs appliqués aux usagers. Ceci ne veut nullement dire que la collectivité n'est plus concernée ou de dégage complètement du service public dont elle demeure responsable.

Dans ce domaine, l'autorité publique et l'opérateur privé concluent un contrat de gestion déléguée en vertu duquel la puissance publique vise, via ce prestataire, son savoir-faire et sa capacité financière, à apporter à la collectivité un service public de qualité dont elle est responsable au meilleur coût et l'opérateur privé cherche un profit en rapport avec l'importance des capitaux investis dans la gestion des services publics locaux, de ses compétences et de sa prise de risques. Cette différence d'objectifs n'exclut cependant pas une communauté d'intérêts dans la réussite du partenariat mais favorise même un équilibre de deux gestions – privée et publique- qui se trouvent convergentes vers l'intérêt commun.

La gestion déléguée des services publics est appelée à se développer en raison des avantages qu'elle procure par rapport à la gestion directe et aux possibilités qu'elle offre à la partie publique, en libérant des ressources de plus en plus rares affectées à ces secteurs souvent capitalistiques pour les allouer plus avantageusement à 'autres missions d'intérêt général.

Les débats menés ont conduit au constat du caractère artificiel de toute frontière entre gestion publique et privée chacun s'accordant à reconnaître poursuivre un même objectif d'efficacité et utiliser les mêmes méthodes de gestion. Seulement, une adaptation de ces méthodes demeure nécessaire afin de concilier défense des intérêts collectifs et efficacité économique.

Trois avantages sont généralement attendus de la gestion déléguée des services publics au secteur privé: primo, l'externalisation des charges d'investissement et de fonctionnement du

service délégué, secundo, un environnement de gestion plus incitatif qu'en périmètre public et enfin la possibilité de disposer d'une offre globale ; allant de la conception, passant par la construction et l'exploitation et qui sont intégrées et optimisées, réduisant, ainsi, les coûts de transaction pour la collectivité publique.

De même, quand l'activité confiée à un opérateur privé présente les caractéristiques d'un monopole naturel, le système de la DSP - mode concession- présente, également, l'avantage d'organiser une mise en concurrence régulière des opérateurs portant sur l'attribution de droits d'exploitation exclusifs et temporaires du service en question. Dans ces secteurs, la concurrence permanente entre opérateurs offre de résultats moins concluants qu'une mise en concurrence périodique telle qu'elle est organisée dans le cadre de la concession.

Plus encore, en sus des arguments économiques évoqués plus haut s'ajoute une donnée de nature culturelle en faveur de la gestion déléguée qui, étant libérale dans son principe, elle représente en effet un modèle d'externalisation compatible avec le maintien d'un contrôle public. Le procédé concessif, par exemple, est perçu depuis très longtemps comme un moyen de « faire-faire » sans « laisser-faire ». Autrement dit, la collectivité peut intervenir dans le fonctionnement du service public délégué. Si les pouvoirs de gestion du service sont conférés au délégataire, le pouvoir d'organisation du service et de contrôle reste attaché au délégant.

B- La DSP en France : un processus juridique modernisé par la loi SAPIN :

Cette modernisation a été permise par plusieurs facteurs :

a- Une forme contractuelle édifiant plus de transparence :

Il est à rappeler que la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République avait utilisé, pour la première fois, la formule « contrat de délégation de service public » tout en définissant les conditions et les procédures suivies pour la passation de ces contrats. L'avènement de la loi SAPIN, a couronné cette mutation. Ce texte, applicable aux collectivités locales ainsi qu'à l'Etat et à ses établissements publics, pose leur régime juridique complet et exhaustif tel qu'on le détaillera ci-dessous.

Pour ce qui est de la transparence du processus contractuel, il se décline sur les étapes suivantes :

► Le stade de passation :

La loi a instauré l'obligation de mise en concurrence en aménageant une étape de présélection des candidats et des offres qu'ils présentent, effectuée par une commission d'ouverture des plis qui se prononce sur la liste des candidats admis à présenter leurs offres, « *après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* » (article L. 1411-1 alinéa 3).

La commission transmet aux soumissionnaires un dossier de consultation définissant les caractéristiques techniques des prestations attendues dans le cadre de la délégation et rédige, à la fin, un rapport sur les offres déposées.

La Commission Consultative des services publics locaux doit systématiquement être consultée pour avis par l'assemblée délibérante (article L. 1413-1 du C.G.C.T.) avant la délibération de principe de l'assemblée délibérante sur le choix de la délégation. La saisine ne peut pas émaner de l'autorité exécutive seule. Cette consultation est considérée comme une formalité substantielle dont l'absence entache d'irrégularité l'ensemble de la procédure de délégation. Si la consultation de la commission est obligatoire, l'avis qu'elle rend n'a pas de force juridique obligatoire.

La composition de la Commission Consultative des services publics locaux est sommairement fixée par l'article L. 1413-1 du C.G.C.T. selon lequel elle est présidée par le maire et comprend des membres de l'assemblée délibérante « désignés dans le respect du principe de la représentation proportionnelle, et des représentants d'associations locales, nommés par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant⁴⁷⁸ ».

Pour le cas du Maroc, la particularité du principe de l'appel à la concurrence qui demeure la règle est atténuée par la possibilité ouverte à la négociation directe. Sur ce point, autant le législateur a insisté sur l'obligation pour le délégant de faire appel à la concurrence en vue d'assurer l'égalité des candidats et la transparence des opérations, autant il a tout de suite prévu dans un article dédié la procédure de la négociation directe justifiée soit par l'urgence, soit par des raisons de défense nationale ou de sécurité publique, ou encore par des activités dont l'exploitation est exclusivement réservée à des porteurs de brevets d'invention ou pour les prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un délégataire déterminé. D'autre part, il est précisé que si le délégant est une collectivité locale et lorsqu'aucune offre n'a été présentée ou lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux, il peut recourir à la négociation directe sous réserve de l'approbation de l'autorité de tutelle.⁴⁷⁹

Il est clair que le législateur souhaitait trouver des issues quant à un souci capital ayant trait au service rendu dans le cadre du contrat afin de permettre la conclusion du contrat de gestion déléguée non seulement sur la base de la concurrence mais, surtout, dans le but d'avoir comme cocontractant de la collectivité locale ou de l'établissement public le partenaire le plus à même de présenter efficacement et durablement la prestation objet du service public. C'est d'ailleurs dans le même esprit qu'il est mentionné que le contrat est conclu « intuitu personae » considérant, également, les qualités personnelles du délégataire qui ne peut céder s'il est passé par une collectivité locale. Comme, c'est le cas, s'il est passé par un établissement public, il ne peut l'être sans l'accord écrit de celui-ci et que dans les conditions fixées dans le contrat de gestion déléguée.

⁴⁷⁸ Une circulaire ministérielle du 7 mars 2003 incite à ce que le nombre des représentants d'associations locales- qui peut contenir des associations de contribuables- soit égal à celui des élus mais ceci n'est pas une obligation.

⁴⁷⁹ Art 6 de la loi 54-05 sur la gestion déléguée stipule « Le délégataire peut être sélectionné par voie de négociation directe dans les cas exceptionnels suivants :

- a) lorsqu'il y a urgence à assurer la continuité du service public ;
- b) pour des raisons de défense nationale ou de sécurité publique ;
- c) pour les activités dont l'exploitation est exclusivement réservée à des porteurs de brevets d'invention ou pour les prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à un délégataire déterminé.

Si le délégant est une collectivité locale et lorsqu'aucune offre n'a été présentée ou lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux, ledit délégant peut recourir à la négociation directe. Dans ce cas, il doit établir un rapport précisant les raisons qui ont conduit au recours à cette voie et au choix du délégataire proposé. Ce rapport est soumis à l'approbation de l'autorité de tutelle des collectivités locales pour décider de la gestion déléguée du service public en cause

Plus encore, un autre avantage est accordé aux délégataires, qui est celui de la proposition directe (article 8 de la loi n° 54-05). Selon cet article, toute personne maîtrisant une technique ou une technologie utile à la gestion d'un service public peut soumettre, de manière spontanée, sa candidature accompagnée d'une offre composée d'une étude de faisabilité technique, économique et financière à l'autorité compétente qui pourra décider la délégation de la gestion du service public concerné. L'autorité saisie est tenue d'examiner l'offre et d'informer le candidat de la suite qui lui a été réservée. Dans le cas où elle décide de déclencher une procédure de délégation de la gestion du service sur lequel porte la proposition spontanée, elle peut utiliser l'offre du candidat pour faire appel à la concurrence, en informant ledit candidat dans le respect des brevets et droits de propriété industrielle liés à sa proposition.

C'est dire que tout en insistant sur le principe d'égalité des candidats, le législateur a pris la précaution de permettre la négociation directe et ainsi il n'a fait que consacrer la pratique qui avait précédé la loi avec les contrats conclus entre 1997 et 2001.

► La phase du suivi et du contrôle des conventions contrats :

Il est incontestable que la gestion déléguée a renforcé les contrôles externes des contrats conclus et ce, par l'instauration de certaines obligations dont on peut citer :

- Obligation de transmettre la convention conclue au préfet: En effet, dès que la convention est signée, l'autorité exécutive doit transmettre au représentant de l'Etat en la personne du préfet, l'accord signée ainsi que l'ensemble des pièces relatives à la procédure et ce, dans un délai de 15 jours à compter de la date de signature.

L'autorité exécutive procède, ensuite, à la notification de la convention qui lui est parvenue au délégataire en lui certifiant, par une annotation apposée sur cette convention, que l'obligation de transmission à la préfecture a été respectée en indiquant la date de cette transmission (Cf. article L. 1411-9 du CGCT).

En plus, l'autorité exécutive doit informer le Préfet, de la date de notification de la convention dans un délai de 15 jours ce qui constitue le point de départ du délai de recours dont dispose le Préfet dans l'exercice de son contrôle de la légalité de l'accord conclu et pour déférer au Tribunal administratif la convention, le cas échéant⁴⁸⁰.

Enfin, la convention conclue doit être publiée conformément aux règles jurisprudentielles établies⁴⁸¹ et qui exigent que les contrats administratifs passés suite à une procédure mettant en concurrence des candidats, fassent l'objet de « *mesures de publicité appropriées* » consistant notamment en un « *avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation* ». Cette exigence a été instaurée pour faire courir le délai de deux mois dont disposent les concurrents évincés pour former un recours de plein contentieux directement à l'encontre des clauses du contrat. A signaler à ce sujet que seule la légalité de l'acte est appréciée, le contrôle du Préfet ne peut porter sur des motifs tenant à l'opportunité de la conclusion de la convention.

⁴⁸⁰ Voir décision du C.E. du 15 avril 1996 dans affaire « Préfet des Bouches-du-Rhône », Rec. p. 137

⁴⁸¹ Voir décision du CE. Assemblée 16 juillet 2007 affaire « Tropic Travaux Signalisation », req. n° 291.545, *AJDA* 2007, p. 1577

- La création d'un référé précontractuel : selon le dispositif de l'article L.551-1 du code de justice administrative, le président du tribunal administratif, ou tout magistrat qu'il délègue à cet effet, peut être saisi en cas de défaillance aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise certain nombre de contrats administratifs y compris les conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à la conclusion du contrat et qui sont susceptibles de subir un préjudice par ce manquement ainsi que le représentant de l'Etat dans le département concerné dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat, auquel cas, il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et décider de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut aussi annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat en toutes méconnaissances desdites obligations. A signaler que le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés

- la création d'un référé préfectoral suspensif : il s'agit d'un recours proche du recours pour excès de pouvoir qui est ouvert à tout citoyen. Le délai de ce recours est de deux mois et peut-être interrompu par une demande gracieuse du Préfet au responsable local de modifier ou de retirer l'acte. La demande peut, également, être adressée dans le délai de recours contentieux par un usager au Préfet afin qu'il utilise la procédure de référé, ce qui interromp également le délai de recours dont dispose l'usager. Pour qu'un acte soit susceptible de recours, il faut qu'il fasse grief c'est à dire créer des droits et/ou imposer des sujétions à son destinataire.

La procédure du référé peut revêtir soit le caractère contentieux ou gracieux :

Le déclenchement du contentieux est réservé au représentant de l'Etat qui le diligente par le dépôt d'une requête introductive d'instance et des mémoires complémentaires signés par le Préfet ou tout membre du corps préfectoral.

La procédure gracieuse, quant à elle, n'est pas obligatoire et peut être introduite auprès de la collectivité locale par le biais d'une lettre de recours gracieux exposant les motifs d'illégalité retenus par le préfet dont le retrait est demandé expressément. Cette lettre peut être signée par toute personne régulièrement déléguée par le préfet (directeur départemental de l'équipement, chef de service, chef de bureau...).

Dans le même sens, l'article 1^{er} de la loi SAPIN met en place les infractions pénales que le service central de prévention de la corruption est chargé de centraliser les informations nécessaires à leur détection : il s'agit principalement de la concussion (432-10 CP), de la corruption passive et du trafic d'influence (432-11 CP), de la prise illégale d'intérêts (432-12 et 432-13 CP), du délit de favoritisme, de l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les délégations de service public, appelé, également, délit de favoritisme (432-14 CP).

De même, dans le cadre de ses obligations d'information auprès du public, le délégataire doit produire chaque année, avant le 1er juin un rapport « comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. L'article 42 de la loi stipule « Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public

local. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ». Le contenu de ce rapport, à l'origine très lacunaire, a été précisé par le décret du 14 mars 2005⁴⁸²; le maire, selon ce texte, doit présenter chaque année un rapport à l'assemblée délibérante.

La loi a, également, préservé l'originalité de ce modèle ; consacrée par la confirmation de la distinction entre marchés publics et concessions et par préservation de la place de la négociation dans la procédure de passation.

Il est à signaler qu'au Maroc, le contrôle des contrats de gestion déléguée entre dans le champ de compétences des Cours régionales des comptes et fait l'objet, à ce titre, d'un contrôle a posteriori par ces juridictions financières.

En effet, constatant l'absence du contrôle a priori des contrats de gestion déléguée à l'instar de ce qui se passe en France tel que détaillé ci-dessous, la Cour des Comptes a proposé dans son rapport la création d'une instance indépendante « *dont la forme juridique reste à définir, qui jouerait le rôle d'une structure de veille et d'assurance/qualité, d'un centre d'expertise diffuseur de normes et d'une plateforme de coordination et de suivi* ».

La création de cet organe permettrait d'atténuer les problèmes de gouvernance que rencontrent les entités du ministère de l'intérieur et du ministère des finances intervenant dans les services publics locaux. Elle facilitera la tâche des décideurs politiques en les rendant mieux outillés pour équilibrer les objectifs sociaux avec les exigences d'une bonne gestion.

Parmi les missions à confier à cet organe on trouve celle d'apporter un appui aux collectivités territoriales et à l'ensemble des acteurs engagés dans la préparation, l'exécution et le suivi des contrats de gestion déléguée ; d'aider les collectivités territoriales à procéder à l'étude et à l'évaluation de l'opération de gestion déléguée envisagée ; de rendre une expertise sur les aspects économiques, financiers et juridiques relatifs à la gestion déléguée des services publics locaux.

Si cette instance est à doter des prérogatives décisionnelles, elle pourra assurer le pouvoir de règlement non juridictionnel des litiges nés à l'occasion de la passation, de l'exécution et du contrôle des contrats de gestion déléguée ; l'auto-saisine, sur le fondement d'informations obtenues auprès de l'autorité délégante, des délégataires, des candidats ou des tiers et sur les questions ayant trait à la régularité ou à la transparence des opérations.

Dans l'attente de l'exécution de ces recommandations, seul le juge a un pouvoir de contrôle a priori, selon les procédures du droit administratif en vigueur.

b-Un modèle contractuel trouvant des échos à l'étranger :

Le cadre juridique adapté et la pratique contractuelle rodée ont fait que les DSP françaises notamment connaissent un renforcement au sein de la communauté européenne.

Si l'on remonte dans l'histoire des institutions, le modèle français de la gestion privée du service public n'a formé qu'un modèle marginal pour les pays de l'Europe. En effet, la tradition de la gestion directe des services collectifs par l'Etat ou ses émanations dominait

⁴⁸² Décret n° 2005-236 du 14 mars 2005 relatif au rapport annuel du délégataire de service public local.

pendant longtemps notamment en Allemagne et au Royaume-Uni. De ce fait, la concession ne se pratiquait au début qu'en Belgique, en Espagne ou en Italie. Ce n'est que durant les années 1980 que le modèle de gestion directe par l'Etat a été remis en cause par certains pays.

L'Europe a, alors connu une présence progressive mais accrue du secteur privé dans la gestion des services publics structurants à tel point que même si le modèle de gestion directe prévalait encore dans certains pays tels que Allemagne et certains pays du nord, l'intervention d'opérateurs privés se développait via les deux modèles de gestion privée concurrents : le modèle français et le modèle britannique de la Project Finance Initiative.

Cependant, même avec le dynamisme du modèle britannique, ceci n'a pas empêché les anglais de manifester de l'intérêt, également, au système français de délégation de service public qui a fait l'objet d'adaptations. En effet, les Britanniques se sont inspirés du modèle français durant les années 1980, quand ils projetaient privatiser les transports urbains et ferroviaires et ils ont utilisé des contrats, dits de « *franchise bidding* », qui s'apparentent étroitement avec le système de la concession où les opérateurs privés négocient avec un régulateur sectoriel un droit d'exploitation exclusif remis en concurrence à intervalle de temps régulier qui allait, à l'époque, de 6 à 8 ans. De même, la délégation de services publics selon le modèle français s'est étendue dans certains pays d'Europe centrale, comme la Pologne, la Hongrie, la Bulgarie et la Slovaquie.

Par conséquent, que les Etats retiennent le modèle concessif français ou le modèle britannique de PFI, l'ouverture des services publics à la gestion privée bénéficiait en tout état de cause aux entreprises françaises. Le Maroc, pour sa part s'est inspiré, également, des pratiques juridiques françaises et britanniques en matière de DSP et a capitalisé sur leurs expériences pour asseoir un modèle le plus complet possible.

Sous-section 2 : La DSP un modèle affaibli par les changements du droit interne et communautaire :

Malgré toutes les évolutions qu'a connues le modèle Français de la DSP, il s'est heurté à des remises en cause ; Primo, il fallait surmonter les faiblesses entourant sa définition et rendant difficile sa pratique. Secundo, il fallait être vigilant quant à l'attention grandissante des institutions communautaires qui teste ses fondements et ses modalités de mise en œuvre.

§1- Les indicateurs de reconnaissance et de qualification des contrats DSP :

Qualifier un contrat comme étant une délégation de service public incite le juge à se demander avant tout sur son objet avant d'examiner ses autres paramètres significatifs liés notamment, au risque supporté par le partenaire privé, particulièrement d'ordre financier.

Il faut dire que des incertitudes entourant les critères de l'objet et de la rémunération que le juge Français s'est chargé de clarifier à fur et à mesure ; Si le juge recherche successivement la présence du service public et l'existence réelle d'une délégation, ces deux indicateurs présentent une certaine imprécision :

Pour ce qui est de l'existence d'une mission de service public, les éléments généralement recherchés par le juge sont actuellement moins influents sur la reconnaissance de la DSP. Dans l'arrêt *Narcy*, le Conseil d'Etat avait posé trois conditions pour que l'activité

d'une personne privée soit revêtue du caractère de service public : l'existence d'une activité ayant un objet d'intérêt général, le contrôle par une personne publique et la détention de prérogatives de puissance publique. Or, la présence d'un intérêt général n'est plus déterminante puisque, aux termes de la décision *UGC Ciné-Cité*⁴⁸³, elle ne conduit plus nécessairement à la présence d'un service public. Il en va de même de l'existence d'obligations mises à la charge du partenaire privé, une personne publique pouvant rendre une personne privée sujette à des obligations en l'absence même de service public (c'est le cas, par exemple dans la plupart des subventions accordées par les pouvoirs publics, souvent associées avec des obligations à respecter par le bénéficiaire de l'aide).

Quant à la détention, par la personne privée, de prérogatives de puissance publique, elle non plus n'est plus nécessaire à la reconnaissance du caractère de service public de l'activité gérée par le partenaire privé⁴⁸⁴.

S'agissant de l'existence réelle d'une délégation, celle-ci suppose normalement la création préalable du service par la personne publique. Or, des confusions sont nées des interprétations jugées hâtives de certaines décisions du Conseil d'Etat. On peut citer l'exemple de la décision *Commune d'Aix-en-Provence*⁴⁸⁵ ayant admis l'existence d'un service public même sans intention préalable de la personne publique, certains commentateurs ont pu croire, au vu de ces décisions, que cette intention ne jouerait plus comme un critère déterminant dans le cas des DSP. Toutefois, tel n'est pas le cas, en effet, l'intention de la personne publique, matérialisée par la création préalable du service, a vocation à demeurer un critère obligatoire pour identifier une délégation de service public.

Pour sa part, le critère de la rémunération du cocontractant ne joue plus le rôle clarificateur qui fut le sien au cours des années 1990. En l'absence de définition législative de la DSP, le juge s'était alors servi de ce critère comme d'un élément, permettant de préserver la distinction entre marchés publics et délégations de service public.

Concernant les impacts du droit communautaire, il est à signaler que les compensations versées par une collectivité publique à un délégataire soumis à des obligations de service public sont encadrées par les articles 86 et 87 du traité, relatifs aux aides d'État. Les conditions posées par la jurisprudence étant restrictives, la plupart des compensations versées

⁴⁸³ Conseil d'État, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 05/10/2007, 298773, Publié au recueil Lebon. Le CE a estimé que « *Considérant qu' indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* »

⁴⁸⁴ L'arrêt A.P.R.E.I. complète la méthode d'identification par la jurisprudence du service public géré par une personne privée. Le Conseil d'État réaffirme son attachement à la méthode du faisceau d'indices, ainsi qu'à la présence de trois critères cumulatifs : l'activité d'intérêt général, le contrôle d'une personne publique et la détention de prérogatives de puissance publique. Toutefois, il confirme que l'existence d'un service public peut être reconnue malgré l'absence de prérogatives de puissance publique. Dans cette deuxième hypothèse, l'arrêt A.P.R.E.I. innove en dégagant de nouveaux indices d'identification.

⁴⁸⁵ Décision du CE en date du 6 avril 2007, affaire *Commune d'Aix-en-Provence*

dans le cadre des DSP sont, aujourd'hui, constitutives d'aides d'État⁴⁸⁶. Deux pratiques courantes dans le cadre de la délégation de service public posent aujourd'hui problème au regard du droit communautaire :

- un problème réel, concernant le versement des compensations en cours d'exécution du contrat, sans définition exhaustive préalable des paramètres de calcul ;
- un problème éventuel, concernant les modalités de fixation du montant des compensations versées, étant donné que ce montant n'est pas déterminé au vu des standards de bonne gestion mais au terme d'une négociation entre la collectivité délégante et le délégataire.

Contrairement à l'évolution amorcée par la Commission Européenne après l'arrêt Altmark⁴⁸⁷ où La Cour de justice précise les conditions de financement des services d'intérêt économique général, le parquet fait du critère de la définition préalable des paramètres de calcul de la compensation une condition de compatibilité de l'aide versée par la collectivité publique. Un effort non négligeable est donc demandé aux collectivités délégantes afin d'établir à l'avance les modalités de la compensation de service public.

En ce qui concerne le critère de proportionnalité posé par l'arrêt Altmark précité, il a été ouvert le débat de l'appréciation de l'efficacité des services publics. En l'état actuel du droit communautaire, rien n'interdirait en effet à la Commission de procéder, par exemple, à l'étude des coûts d'une entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée en moyens de transport pour déterminer si l'aide qui lui est allouée par la collectivité est compatible ou pas avec le traité de la CE.

D'autre part, les tentatives de clarification apportées par les autorités européennes à la question de la gestion des services publics locaux⁴⁸⁸ sont fragmentaires et reflète l'image du droit dérivé qui multiplie les régimes juridiques applicables (concessions de travaux, concessions de services, concessions en matière de transport encadrées par le règlement OSP)⁴⁸⁹. Plus encore, en l'absence d'un droit positif communautaire des concessions, les initiatives sectorielles de certaines directions de l'UE n'arrangent pas la logique concessive. Ainsi en est-il des conditions posées pour l'octroi de certains fonds européens.

L'incomplétude du droit dérivé et les incertitudes générées par l'application du droit primaire sont ainsi renforcées par la dimension sectorielle de l'action de la Commission européenne, résultant du mode d'organisation de l'institution. Dans ce contexte, il apparaît nécessaire d'élaborer un instrument communautaire de droit positif, définissant la nature et les principes fondamentaux de la DSP.

⁴⁸⁶ La circulaire de la DGCL du 4 juillet 2008 relative à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG)

⁴⁸⁷ La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) confirme que le droit communautaire ne s'oppose pas à la mise en place ou la subvention de services d'intérêt économique général, mais détermine quatre conditions de transparence qui doivent être remplies pour que les aides n'aient pas à être justifiées.

⁴⁸⁸ Le livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2004).

⁴⁸⁹ Règlement n° 1370/2007/CE du Parlement européen et du conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) N° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, JOUE n° 315/1, 3 décembre 2007.

Outre les incertitudes entourant la notion, la pratique des DSP fait apparaître certaines limites. En premier lieu, l'abondance des voies de recours contentieuses qui est source d'insécurité juridique pour les acteurs. Par ailleurs, les spécificités liées aux contrats de DSP et les limites de la loi Sapin en matière de mise en concurrence conduisent à un équilibre économique souvent non-optimal.

§2- Une facilité de saisine de la justice :

Le contentieux des contrats concessifs repose sur deux fondamentaux. Le premier, le contentieux de la responsabilité contractuelle entre le concédant et le concessionnaire –ouvert également aux candidats évincés - engagée sur le terrain de la faute, l'absence de faute ouvrant également droit à l'indemnisation du cocontractant dans le cas de circonstances exceptionnelles⁴⁹⁰. A ce recours de pleine juridiction s'ajoute, pour les tiers, les recours pour excès de pouvoir relatifs aux actes détachables du contrat et à ses clauses réglementaires. Plus récemment, de nouveaux acteurs se sont vus reconnaître un accès privilégié au contentieux des délégations: le préfet, par la voie du déféré préfectoral, et les candidats évincés qui peuvent, avant la conclusion du contrat, exercer un référé précontractuel.

Pour le cas du Maroc, l'élément à retenir au sujet du contentieux, c'est celui du recours, pour le règlement des litiges, à **la voie de l'arbitrage**. Il s'agit de l'innovation majeure de la loi 54-05 sur la gestion déléguée ; d'autant plus que, postérieurement à celle-ci, en 2007, le chapitre VIII traitant de l'arbitrage dans le code de procédure civile a été enrichi de plusieurs articles le renforçant en le détaillant⁴⁹¹. Pour être une réussite, un contrat de gestion déléguée – qui est un contrat d'adhésion- doit impérativement se distinguer par un équilibre dans la relation contractuelle entre les parties et révéler une véritable démarche de partenariat entre les parties surtout que dans la pratique l'expérience a montré que les contentieux en ce domaine n'étaient pas rares.

A ce titre, comme partout ailleurs, les litiges relatifs à ce type de contrats sont du ressort des juridictions administratives, mais, soucieux de rassurer les investisseurs et partenaires, notamment étrangers, le législateur a institué le recours à l'arbitrage. A cet égard, l'article relatif au règlement des litiges, précise que le contrat de gestion déléguée peut prévoir cette possibilité soit selon la législation en vigueur, soit en vertu d'une convention internationale bilatérale ou multilatérale.

On précisera, également, que le recours à la procédure d'arbitrage était déjà prévu dans certains contrats de concessions de service public avant même la promulgation de la loi sur la gestion déléguée, mais son insertion dans le texte constitue un encouragement à y recourir

⁴⁹⁰ Arrêt du CE dans l'affaire « Société Tropic Travaux Signalisation » qui a instauré le principe selon lequel « Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif peut former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Il peut être dérogé au principe de l'application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, s'il a pour conséquence de méconnaître rétroactivement le droit au recours ou encore, en raison de l'impératif de sécurité juridique, s'il a pour effet de porter une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles en cours ».

⁴⁹¹ M. Rousset, La nouvelle loi 08-05 du 30 novembre 2007 sur l'arbitrage et les collectivités publiques, REMARC n° 10, 2010, p. 11.

surtout que la procédure arbitrale est tenue par des délais courts de procédure qui diffèrent énormément de ceux des juridictions.

Outre cela, il est à mentionner que dans le même esprit, l'article traitant du règlement des litiges, précise que le contrat de gestion déléguée prévoit une procédure de conciliation préalablement à tout recours arbitrale ou judiciaire.

On assiste, également, à une multiplication des motifs d'annulation. En effet, la superposition des voies de recours, associée à la nature essentiellement formelle des obligations posées par la loi SAPIN font peser sur le contrat une menace réelle d'annulation. Les différents stades de son existence sont sujets à risque, qu'il s'agisse de la phase préalable à sa conclusion (référé précontractuel), de celle qui la suit immédiatement de contrôle (déféré préfectoral, théorie des actes détachables, du recours de plein contentieux des candidats évincés...) ou encore de toutes les étapes de son exécution (responsabilité contractuelle, action en annulation).

Ceci a causé une certaine extension de la portée des annulations par voie judiciaire qui fait que l'action en nullité contre le contrat, formée à l'occasion d'un recours de plein contentieux, engendre une insécurité juridique que le juge et le législateur s'efforcent de dissiper. En effet, cette voie d'action, qui constitue un moyen d'ordre public, peut revêtir des conséquences particulièrement lourdes puisque le juge peut prononcer la nullité des clauses litigieuses, voire du contrat tout entier. Le délai de prescription longtemps fixé à 30 ans a été ramené à 5 ans par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. Il fait peser un risque d'annulation plusieurs années après la conclusion du contrat.

§3- Une défektivité du suivi, impactant les enjeux financiers des délégations :

Au-delà des questions de moyens, l'intensité des contrôles exercés par la collectivité est, dans les faits, fortement dépendante de la volonté des élus locaux de rééquilibrer les relations avec le délégataire. Malgré la diminution des marges financières des collectivités territoriales, il apparaît que l'attention des élus reste, parfois, concentrée sur des objectifs de qualité du service rendu aux usagers, au détriment de la notion d'efficacité et du contrôle financier.

Ce manque d'attention des élus à l'égard des conséquences financières a été souligné à maintes reprises par les chambres régionales des comptes. L'analyse des avis et rapports d'observations produits depuis 2002 permet de constater un meilleur respect des procédures de dévolution par les collectivités locales, atténuées par des déficiences sérieuses en matière d'équilibre des clauses financières des conventions et de contrôle des délégataires.

Les CRC observent, par exemple, des durées de contrat excédant la durée normale d'amortissement des installations. Par ailleurs les risques encourus par le délégataire sont très atténués, voire inexistant, alors que l'exploitation aux risques et périls du délégataire constitue l'un des principes de l'économie de la délégation de service public. Les CRC ont ainsi relevé la présence de subventions d'équilibre d'exploitation, ou de clauses de garanties sur les recettes. Les chambres relèvent, également, l'insuffisance des dispositions contractuelles ou leur non application : les comptes d'exploitation prévisionnels sont parfois dépourvus de tout mécanisme d'amortissement et les inventaires des biens sont souvent incomplets, voir absents.

Le dernier élément relevé par les CRC tient au défaut de contrôle par l'autorité délégante. Les chambres constatent régulièrement l'absence ou le retard de transmission du rapport annuel au délégant, qui comporte, en outre, des informations lacunaires. Les comptes d'exploitation accompagnant ces rapports font parfois état de provisions pour renouvellement des équipements qui ne sont pas justifiées ou de dépenses étrangères à l'objet de la délégation. Ces comportements des opérateurs sont facilités par les insuffisances des contrôles et la rare application des sanctions prévues par les contrats de délégation de service public.

a) L'utilisateur n'a pas de rôle effectif dans le contrôle des délégations :

Les usagers sont, en théorie, représentés dans la commission consultative des services publics locaux. Mais dans les faits, cette commission n'est pas toujours réunie ou – dans certains cas – même pas constituée ; lorsqu'elle l'est, sa consultation reste essentiellement formelle. Quant aux recours contentieux devant le juge administratif ou judiciaire, les résultats qui peuvent en être escomptés - annulation du contrat ou indemnisation d'un préjudice civil - incitent rarement les usagers à s'en prévaloir, au regard, notamment, du coût d'une procédure judiciaire.

Il faut souligner, également, l'inefficacité des voies de recours collectives ouvertes aux consommateurs sur le terrain judiciaire par le code de la consommation : l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'action en cessation d'agissements illicites et en suppression de clauses illicites ou abusives, l'action en intervention volontaire devant les juridictions civiles et l'action en représentation conjointe. Les trois premières ne permettent que la réparation d'un préjudice collectif et sont donc inadaptées pour réparer les préjudices individuels. La quatrième, qui permet aux particuliers de demander à une association agréée d'agir en leur nom par mandat ne fonctionne pas en pratique du fait de la lourdeur administrative qu'implique la gestion des mandats individuels et des règles très restrictives visant la publicité de l'appel aux victimes. Le rôle des associations de consommateurs s'en trouve d'autant réduit.

b) Ressusciter la DSP par un meilleur équilibre entre service public et gestion déléguée :

En France, il y avait souvent une tendance à confondre un service public et la situation de monopole. Alors que de nombreux services publics sont exercés dans un cadre purement concurrentiel. Dans les cas où il y a effectivement monopole, le service utilise des infrastructures qu'il serait trop onéreux d'en multiplier l'installation à des endroits différents pour introduire la concurrence. Dans ce cas, on parle d'une situation de monopole naturel.

La jurisprudence européenne fait référence dans ce cas aux droits exclusifs et spéciaux. Ainsi, était le cas dans l'arrêt *GT Link*⁴⁹² relatif à la fixation de tarifs, par une entreprise propriétaire d'un port maritime et exploitant une ligne de ferry en concurrence avec d'autres opérateurs, la Cour a rappelé l'exigence posée dans l'arrêt du port de Gênes⁴⁹³ selon laquelle une entreprise titulaire d'un droit exclusif ne peut pratiquer des prix excessifs ou discriminatoires et doit opter pour une politique de prix transparente. Mais l'arrêt ne permet pas de remettre en cause l'existence même de ces droits étatiques.

⁴⁹² CJCE *GT Link*, 17 juillet 1997, aff C-242-95, Rec f, p.449 point 26.

⁴⁹³ CJCE *Port de Gênes*, 10 décembre 1991, C-179-90, Rec p. I-5889

La règle qui prévoit que l'autorité administrative ne peut établir un monopole soit au profit de l'Etat, d'une collectivité locale ou d'un établissement public, soit au profit d'une personne privée qui gère un service public, dans le cas où ce monopole n'a pas été consacré par la loi, demeure applicable lorsque le siège du service dépasse le cadre du domaine public. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a jugé que la chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var n'avait pu légalement consentir à une entreprise chargée d'un service public de transport maritime l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires pour assurer la liaison entre le continent et l'île de Porquerolles. En effet, la mer reste une « chose commune » au sens de l'article 714 du code civil.

L'autorité portuaire peut réglementer l'usage des installations pour répondre aux nécessités du fonctionnement du port mais non pour protéger de la concurrence un service public de transport maritime. L'intérêt principal d'un service public assuré par l'Etat réside dans le fait que ce service ne peut être rendu dans les mêmes conditions par des acteurs privés. En revanche, la gestion publique de certains secteurs économiques peut conduire à des monopoles d'Etat pouvant nuire à l'efficacité. Le service rendu serait alors de moindre qualité et plus cher que s'il était soumis à la concurrence⁴⁹⁴.

Pour conclure cette section, on peut dire qu'au Maroc, en quelques années d'expérience, la gestion déléguée a permis, sans doute de tirer plusieurs enseignements permettant son amélioration. Toutefois, s'il est certain que le recours au partenariat privé peut contribuer à une plus grande efficacité dans la gestion du service public, on ne doit pas perdre de vue la mission première de la fonction de service public où l'utilisateur doit, en principe, constituer l'élément essentiel. Tous les domaines qui jusqu'à maintenant ont fait l'objet d'une gestion déléguée ont révélé des insuffisances importantes quant à la satisfaction de l'administré. En effet, les projets entrepris sont d'un impact considérable sur le plan des infrastructures que les collectivités locales ne peuvent facilement réaliser, néanmoins, il est des défis à relever qui consistent à assurer aux populations nécessiteuses d'accéder aux prestations qui leur sont offertes. D'ailleurs, quelle utilité de confier en gestion déléguée des services publics vitaux si la majeure partie de la population ne peut à y accéder sans difficulté? C'est la question cruciale de l'accès au service public. D'où la problématique de la gestion déléguée dans les pays en voie de développement pour qui la nécessité du partenariat entre le public et le privé doit impérativement se conjuguer avec celle de la satisfaction réelle du besoin d'intérêt général.

⁴⁹⁴ CE 19 juin 1964, Shell Berre, Rec p.344; journal du droit international 1964, p.794.

Section III : La concession comme mode privilégié d'intervention du secteur privé dans la gestion des ports :

La concession, « l'un des plus vagues termes du droit administratif »⁴⁹⁵ est défini comme étant l'octroi de privilèges particuliers par l'autorité publique. Pour plus de précisions, relativement aux ports maritimes, on peut dire que la concession est « *l'acte par lequel la puissance publique, dite autorité concédante, confie, sous la forme d'un contrat, à une personne physique ou morale, dite concessionnaire, le droit de financer, construire et exploiter un ouvrage public dans un but de service public, à ses risques, pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante, au cours de laquelle le concessionnaire, pour recouvrer ses coûts d'investissement et de fonctionnement et pour se rémunérer, percevra des redevances sur les usagers de l'ouvrage et du service* »⁴⁹⁶.

Cette définition applicable, également, au domaine portuaire marocain n'est pas facile à appréhender vu le régime juridique qu'elle implique pour ce secteur.

Le contrat de concession sous-tend l'exercice d'un service public industriel ou commercial où une convention est à la base du système. L'Administration a le libre choix du concessionnaire mais la procédure imposée par la loi pour assurer la concurrence réduit le pouvoir discrétionnaire de la collectivité à ce sujet. La convention est assortie d'un cahier des charges (acte mixte qui comprend des clauses contractuelles et des clauses réglementaires).

L'exploitation du service est accomplie aux risques et périls du concessionnaire, qui reçoit des redevances versées par les usagers, mais l'Administration conserve la direction de l'activité.

Portant sur une mission d'intérêt général, elle impose, par conséquent, des contrôles administratifs et obligations pour le concessionnaire de respecter les principes du service public (égalité, continuité, adaptabilité), l'administration a aussi un pouvoir de sanction en cas de faute. Le concessionnaire bénéficie, dans certains cas, de certains privilèges de puissance publique (expropriation, gestion et éventuellement monopole d'exploitation).

Le fonctionnement du service repose sur des règles de droit privé, le rôle directif de l'Administration reste limité. Le juge a seul le pouvoir de prononcer la déchéance du concessionnaire (alors que pour les autres contrats administratifs, l'Administration peut prononcer elle-même la résiliation du contrat), l'autorité concédante le pouvant néanmoins pour des motifs d'intérêt général.

Toutefois, on a assisté, grâce au contrat de concession, à une transformation dans l'aménagement interne par l'établissement d'une véritable solidarité financière entre la collectivité conquérante et le concessionnaire : subventions, garanties de l'Administration, qui en contrepartie, participe aux bénéfices (mécanismes utilisés pour les concessions d'autoroutes ou de mise en valeur régionale). Cette évolution était inévitable vu le poids des investissements souvent nécessaires. Cette évolution rapproche la concession de la régie. L'adaptation au droit se fait de manière empirique et les frontières entre catégories juridiques sont incertaines.

⁴⁹⁵ Jean Grosdidier de Matons in « Droit, économie et finances portuaires » 1999, page 305.

⁴⁹⁶ Idem.

En droit Marocain, la concession de services publics est le contrat par lequel une collectivité publique (dite autorité concédante) confie à une personne morale ou physique (dit le concessionnaire) le soin d'exploiter un service public dans les conditions prévues dans un cahier des charges, à ses risques et périls, pour une durée déterminée, moyennant la perception d'une rémunération versée par les usagers du service.

Cette définition est proche de celle retenue par la jurisprudence française qui retient celle déjà donnée par le Conseil d'Etat Français en date du 30/03/1916 pour qui « *la concession est un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou ceux qui bénéficient du service public.* »⁴⁹⁷

La concession est différente des notions voisines telle que de la privatisation et le marché public. L'existence des concessions remonte à des siècles; le mot a des racines dans le droit romain qui consacrait la « *concessio* » qui a été pratiquée durant le moyen âge. En effet, des règlements de concession détaillés remontant au XIII siècle ont été localisés⁴⁹⁸. Pour ce qui est des ports, la concession a été au centre de leur exploitation depuis plus de 300 ans dans nombre de pays tel que la France, la Belgique, l'Italie, l'empire ottoman⁴⁹⁹ et autres. Selon M GRODIDIER DEMATON, « *une grande partie de l'excitation qui a agité les pays de droit anglais au sujet de la privatisation ou du dessaisissement vient de ce que certains, qui ignoraient tout de la concession, l'ont découvert sous le nom de « construction-exploitation-transfert » et ont cru l'avoir inventée* »⁵⁰⁰.

Le procédé de la concession est différente, également, des notions proches telles le contrat d'affermage, la régie intéressée ou les marchés d'entreprise de travaux publics. D'abord, le contrat d'affermage est différent de la concession des services publics car les ouvrages utiles à l'exploitation du service ne sont pas réalisés par l'exploitant mais par l'administration. De surcroît, le « fermier » ne conserve pas la totalité des rémunérations qu'il perçoit des usagers. Il verse à l'administration une somme forfaitaire en contrepartie du droit d'exploiter l'ouvrage.

En régie, l'exploitant intervient pour le compte de l'administration sans percevoir de rémunération des usagers. Il est rémunéré sur le budget de la collectivité qui a financé l'établissement du service. Alors que le concessionnaire jouit d'une entière autonomie, le régisseur agit pour le compte de l'administration qui demeure chargée de la direction et de l'exploitation du service.

Enfin, la technique de concession des services publics se distingue du marché de travaux publics. L'entreprise chargée du marché ne noue aucune relation avec les usagers desquels il ne perçoit pas de redevance. L'entrepreneur est payé forfaitairement par le maître

⁴⁹⁷ Contrat des collectivités locales- Francis Lefebvre.

⁴⁹⁸ J-L Mestre, Introduction historique au droit administratif français, Paris, PUF, 1985, P.41.

⁴⁹⁹ L'empire avait concédé l'administration des phares et balises, considérés comme un service administratif, à une société française.

⁵⁰⁰ « Droit, économie et finances portuaires », Jean Grodidier Dematons, IPER, le Havre 1999. L'auteur signale que R. Schano, dans son ouvrage intitulé « A revolutionary formula for developing airports », l'auteur s'est émerveillé de la découverte des concessions alors que le système de concession pour la construction et l'exploitation de l'aéroport turc a été introduit par aéroport de paris, lui-même concessionnaire.

d'ouvrage. Et, les règles du Code des marchés publics lui sont applicables lors de l'attribution du marché.

Si la concession doit être différente des notions voisines, comme souligné ci-dessous, il est parfois difficile de faire la distinction ; c'est le cas avec la location de longue durée avec mise en place d'outillage privé surtout que le terme concession est utilisé dans les deux cas notamment dans les pays anglo-saxons. D'autant plus que la concession peut porter sur un terminal partiellement équipé que le concessionnaire se chargera d'achever le développement par l'apport de son propre matériel qui s'ajoute à celui existant.

La loi 15-02 portant réforme du secteur portuaire au Maroc ne donne pas de définition au contrat de concession qu'elle régit pour la première fois dans la vie du secteur des ports au Maroc, dans ses articles 16 et suivants. Cependant, doctrine et jurisprudence ont donné certaines définitions dont la plus répandue décrit la concession, qui est un type de gestion déléguée de service public, comme un contrat par lequel une personne publique (concedant) confie à une personne morale (concessionnaire), de droit privé ou de droit public, l'exécution d'un service public à ses risques et périls pour une durée déterminée et généralement longue, moyennant le droit de percevoir des redevances sur les usagers du service public.⁵⁰¹

La concession du service public, est donc un contrat administratif par lequel une autorité publique charge, temporairement, un particulier de gérer un service public à ses frais, moyennant une rémunération qu'il doit, en principe, percevoir à charge des usagers.⁵⁰²

Tout contrat de concession de services publics contient à la fois des clauses contractuelles (celles qui concernent le concessionnaire, comme la durée de la concession et les conditions d'exploitation) et des clauses réglementaires (celles qui concernent les usagers du service public et celles relatives à l'organisation et au fonctionnement de ce service).

Aussi, et pour mieux appréhender le régime juridique de la concession portuaire, nous proposons de mettre en relief le régime juridique de contrat de concession avant de voir les caractéristiques des entreprises concessionnaires de service public pour, enfin, faire une lecture des principales clauses des documents de la concession (contrat de concession et ses cahiers de charge).

⁵⁰¹ « Concession et gestion déléguée des services publics », site Wikipédia.

⁵⁰² La concession se distingue du marché public par le mode de financement des prestations, dans le premier cas le concessionnaire perçoit une redevance de la part des usagers pour l'utilisation de ses installations, tandis que dans le second, le titulaire du marché est rémunéré par le maître d'ouvrage. Toutefois, se référant à la volonté du législateur, le Conseil d'Etat a admis que l'absence de rémunération du concessionnaire par des redevances n'exclut pas l'existence d'un contrat de concession.

Une autre distinction doit être faite entre la concession et l'affermage. Le concessionnaire a pour obligation de réaliser les ouvrages qu'il exploite, ce qui n'est pas le cas de la part du fermier. Ainsi, le droit d'exploiter des installations appartenant à une personne de droit public se traduit par un contrat d'affermage et non de concession, cependant, l'avenant par lequel cette entité charge son fermier de réaliser l'extension d'un ouvrage qu'elle lui a confiée, moyennant la perception d'une redevance sur les usagers, constitue une concession et non un marché de travaux publics.

Sous-Section 1 : L'intervention du secteur privé dans la gestion des services publics via le contrat de concession :

La loi 15-02, portant réforme portuaire au Maroc, ne définit pas le contrat de concession mais en donne des indications à travers les caractéristiques qu'elle lui attribue. En effet, la liberté rédactionnelle des parties est limitée par l'obligation d'insérer certaines clauses dans le contrat et le cahier des charges y afférent.

La directive européenne n° 2014/23/UE du 26 février 2014 définit la concession de travaux et celle de services. La concession de travaux est, selon ce texte, « *un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ». Dans la seconde hypothèse, le contrat a pour objet de confier à un ou plusieurs opérateurs économiques la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux, la contrepartie consistant soit, uniquement, dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat soit, dans ce droit accompagné d'un prix.

A cet égard, le contrat est animé par deux logiques difficilement conciliables, on a d'un côté les sociétés privées qui sont à la recherche d'une gestion performante et d'un maximum de rentabilité et un profit en immobilisant le moins possible de capital et, d'une part, les municipalités qui aspirent à céder rapidement les services défaillants .

De plus, on reprochait à ces montages concessifs leur imprécision juridique en ce sens où la difficulté à s'accorder sur une définition claire et précise des prérogatives de chacun des protagonistes, intervenant dans le contrat complique davantage la formulation d'un modèle de concession adapté à la situation marocaine.

Quel régime juridique est –il applicable à ces contrats dans le domaine portuaire ?

§-1 : Régime Juridique du contrat de concession portuaire :

La concession est un concept juridique multiforme ; Le mot « concession » ne recouvre pas les mêmes réalités juridiques d'un pays à l'autre. Certes, l'histoire montre que les droits nationaux des pays de l'Europe continentale par exemple ont la même idée de départ pour parler de ce procédé contractuel qui rappelle le concept de la vente ou du louage. Cette réalité ainsi décrite se résume bien dans le verbe latin «*concedere*» que certains ont traduit en français par « *mettre à la place de* ». Cette racine latine du terme d'où l'on tire en français le mot « concession » et en allemand «*Konzession*» n'est pas choisie au hasard puisque l'Antiquité romaine connaissait la pratique de contrats perpétuels de location d'installations et d'outillage portuaires sur le domaine public maritime, lequel était valorisé grâce à ces contrats de superficie, qui permettaient de réaliser des travaux publics d'une certaine ampleur⁵⁰³ .

⁵⁰³ Une technique analogue à la concession était utilisée également pour la mise en valeur par un particulier de terres incultes acquises par les collectivités publiques : c'est l'emphytéose des articles 1709 et suivants du code civil et de l'article L 451-1 et suivants du code rural. Concessions maritimes et emphytéose restent deux procédés très utilisés aujourd'hui.

Cela ne suffit pas, cependant, à lever l'ambiguïté intrinsèque qui s'attache à ce concept. Ainsi par exemple en Allemagne, le mot «*Konzession* » recouvre des réalités juridiques très diverses puisqu'il s'applique aussi bien à des contrats de droit public définissant le cadre juridique de construction et d'exploitation des réseaux routiers, ferrés, voire postaux et aussi à des contrats de droit privé définissant le cadre juridique de construction et d'exploitation d'autres réseaux, l'électricité et le gaz naturel en particulier. On ajoutera que, dans ce second cas de figure, le contrat comporte la mise en œuvre d'obligations réciproques relatives à l'occupation du domaine public, associée à une décision unilatérale d'autorisation d'exploiter et d'exercer une activité commerciale.

A- Le contexte juridique des contrats de concession :

Comme souligné précédemment, la fourniture d'un produit ou d'un service public par une entité privée présente un avantage majeur: le secteur privé étant généralement plus efficace. Les opérateurs privés se souciant de leurs bénéficiaires, ils ont tout intérêt à réduire leurs coûts. Mais il est bien entendu que les consommateurs ne tirent parti de ces efficacités que s'ils profitent de la diminution des coûts d'une façon ou d'une autre. Les prestataires privés ont, en outre, des incitations à innover, ce dont bénéficient les consommateurs.

Il peut, cependant, y avoir des situations où un prestataire privé peut réduire les coûts en diminuant la qualité du produit ou du service, au préjudice des consommateurs et surtout que le contrôle exercé par les pouvoirs publics ne peut pas remédier au problème. En effet, les pouvoirs publics ne sont pas nécessairement en mesure d'observer et d'évaluer les baisses de qualité. En pareil cas, si la concurrence n'est pas faisable ou si elle est inefficace, si les possibilités d'innovation sont limitées et si acquérir une réputation de prestataire efficace est sans importance dans le secteur, il vaut sans doute mieux que le secteur public continue de fournir le produit ou le service. Quant à la question de savoir si de telles situations sont fréquentes, on peut dire qu'elles suscitent des débats récurrents. Certains estiment que les instruments de mesure de la qualité se perfectionnent et que les risques associés à une concession bien conçue sont minimes.

L'essentiel est bien entendu que le contrat de concession soit convenablement établi et exécuté. Si ce n'est pas le cas, les consommateurs en subiront les conséquences et la réaction de l'opinion sera négative⁵⁰⁴ et vigoureuse, si bien que la résistance à l'octroi de concessions sera plus forte à l'avenir, même si les contrats sont bien faits.

Pour remonter un peu dans l'histoire des contrats de concessions au Maroc et qui datent du siècle dernier et plus précisément de l'acte d'Alger de 1906 qui les a consacré⁵⁰⁵, et en l'absence d'un dispositif réglementaire propre aux concessions avant 2005, le Dahir n° 1-99-296 du 10 décembre 1999, portant promulgation de la loi n° 17-98 complétant le dahir du 30 novembre 1918 relatif aux occupations temporaires du domaine public et le Décret n° 2-99-1123 du 4 mai 2000 pris pour l'application du dahir du 30 novembre 1918, relatif aux occupations temporaires du domaine public, comblaient relativement ce vide.

Le Décret précité stipulait que : « ... lorsqu'il y a lieu de mettre à la disposition d'un concessionnaire les parcelles du domaine public nécessaires à la réalisation de l'objet d'une

⁵⁰⁴ Les critiques formulées par l'opinion publique sur les contrats de concession accordés dans le secteur des transports en commun à Casablanca et Meknès.

⁵⁰⁵ Cet acte avait pour objet de faciliter la pénétration du capital étranger et plus particulièrement français dans le domaine des activités de service public et par-delà dans l'économie du pays.

concession de service public ou d'une concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'un ouvrage public, la convention de concession et le cahier des charges y afférent doivent être approuvés par décret pris sur proposition de l'autorité gouvernementale dont relève l'objet de la concession, après avis du ministre de l'équipement et du ministre de l'économie et des finances... ». De multiples conventions de concession étaient accordées pour divers services publics et même dans le secteur portuaire sans, pour autant veiller à remplir cette exigence d'approbation par la tutelle.

Le législateur marocain n'a pas défini le contrat de concession ; elle était le produit de la doctrine et résulte des principes du droit administratif (continuité, mutabilité et adaptabilité).

Avec l'avènement de la réforme portuaire, la loi n° 15-02 a consacré une sous-section composée de douze articles (de l'article 16 à l'article 27 de la loi) au régime de la concession comme mode de gestion et d'exploitation portuaire. Il est question dans cette section de la convention de concession (article 16 et suivants) et du cahier des charges à y annexer (article 24).

En effet, l'article 16 de la loi précise que le régime de la concession englobe la gestion d'un port ; l'exploitation des terminaux et de quais, l'exploitation de l'outillage portuaire public, l'exploitation de l'outillage portuaire privé et la manutention portuaire.

L'article 25 énumère, quant à lui, de manière non exhaustif ; les volets que doit contenir la convention de concession et qui regroupe, notamment :

- L'objet de la concession ;
- La consistance des biens concédés et, le cas échéant, les règles régissant les biens de retour et les biens de reprise ;
- La durée qui ne peut excéder trente ans prorogeable pour une durée supplémentaire qui ne peut excéder vingt ans ;
- Les conditions d'occupation temporaire du domaine public ;
- Le respect le cas échéant, des prescriptions exigées pour des raisons de défense nationale et de sûreté publique ;
- Le cas échéant, les conditions de renouvellement ou de prorogation ;
- s'il y a lieu les conditions de rachat, de résiliation et de déchéance

L'article 24 de la loi traite des clauses que doit contenir le cahier des charges ; ces clauses ont trait :

- à l'objet de la concession et la délimitation de la zone qu'elle couvre ;
- aux conditions et délais de réalisation des infrastructures, des superstructures, des équipements et des ouvrages lorsqu'il s'agit d'une concession d'exploitation et de construction ;
- aux normes et conditions de gestion, d'exploitation et d'utilisation desdits ouvrages, des équipements, infrastructures et superstructures ;
- à la ou les polices d'assurance que le concessionnaire doit contracter pour couvrir sa responsabilité pour les dommages causés aux tiers ;
- à la durée de la concession ;
- aux redevances de la concession, leur mode de calcul et les modalités de leur paiement ;
- aux charges et obligations particulières du concessionnaire ;
- au respect du principe de l'égalité de traitement des usagers ;

- aux qualifications professionnelles et techniques minimales ainsi que les garanties financières exigées du concessionnaire ;
- aux modalités de rémunération des services rendus par le concessionnaire ;
- au mode de calcul de l'indemnité à allouer au concessionnaire lorsqu'il est mis fin à la concession pour des raisons autres que l'inobservation des clauses de la convention de concession, le cas échéant.

En France, les règles de la concession étaient posées, à l'origine, par la loi du 20 janvier 1993 pour les délégations de service public et par le dispositif de l'ordonnance du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics. Actuellement, les règles applicables à l'ensemble des contrats de concession sont fixées par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er février 2016. L'ordonnance précitée a été ratifiée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui a, par la même occasion, habilité le Gouvernement à adopter, dans un délai de 24 mois, la partie législative du futur code de la commande publique. Ce dispositif a été transposé en droit interne français et provient de la directive n° 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession publiée Journal Officiel de l'Union Européenne du 28 Mars 2014. La directive reconnaît, pour la première fois, la spécificité des concessions en leur consacrant un texte spécial en droit communautaire. En effet, les concessions de travaux étaient jusqu'à présents soumises à des dispositions de base des directives relatives aux marchés publics.

L'article 5 de cette ordonnance définit les contrats de concession comme étant des contrats écrits par lesquels les autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Il précise que « *La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.* ».

Les contrats de concession doivent, selon les termes du texte, faire l'objet d'une procédure de publicité préalable comportant la présentation de plusieurs offres concurrentes, l'avis d'appels d'offres devant être publié, pour les concessions entrant dans le champ de la directive 2014/23/UE, au Journal officiel de l'Union européenne, ou dans un journal d'annonce légal ainsi que dans une publication spécialisée. Les obligations procédurales imposées aux autorités concédantes varient selon le montant et l'objet du contrat. Quand le seuil européen (5,225 millions d'euros) est dépassé, l'autorité concédante doit indiquer les critères d'attribution du contrat de concession en plus de les hiérarchiser et de publier, à la fin de la procédure de sélection du concessionnaire, un avis d'attribution.

B-La nature juridique du contrat de concession :

La question qui se pose à ce niveau est, concrètement, celle de savoir si la concession est un contrat ou s'agit-il, plutôt, d'un acte unilatéral ou revêt-elle les deux caractères à la fois ?

Avant d'essayer de répondre à cette question, il faut dire qu'elle fait objet de polémiques depuis longtemps sans arriver à une certitude ayant l'adhésion de tous. Le professeur Truchet a souligné que « *la volonté de l'administration de mettre un gant de velours à sa main de fer fait que l'on s'y retrouve mal entre l'unilatéral et le contractuel* »⁵⁰⁶.

On se retrouve alors devant la théorie envisageant la « double nature » - contractuelle et réglementaire - de la convention de concession de service public, théorie qui a l'avantage de trouver, actuellement, un fondement et une base juridiques aux orientations de la jurisprudence, notamment française (la jurisprudence marocaine n'ayant pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet). Elles ont permis d'établir la distinction selon les rapports contractuels établis : dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire, la concession est à appréhender comme étant un contrat. En revanche, dans les rapports entre le concessionnaire et les tiers usagers et non usagers, la convention doit être prise comme un acte administratif de nature réglementaire.

Ceci étant, cette double nature est dans l'intérêt des tiers usagers du service public et des tiers non usagers et ce, dans le sens où la nature réglementaire de la convention de concession a pour conséquence de leur donner le droit de contester, via la procédure de recours pour excès de pouvoir diligentée devant les juridictions administratives, toute décision prise par l'autorité concédante en méconnaissance ou irrespect des clauses de l'acte de concession. C'est dire que la nature mixte de la concession de service public offre aux tiers un gage de stabilité qui n'existe pas dans les contrats soumis, par leur nature, au droit privé.

Au vu de ces différents aspects, la question se pose de savoir s'il s'agit bien de la conclusion d'un véritable contrat. On constate, de prime abord, le rapprochement de l'acte unilatéral et du contrat dans la mesure où certains actes unilatéraux interviennent dans le pourtour du contrat (on parle d'actes détachables)⁵⁰⁷. De même, on constate que l'acte unilatéral se mêle aux clauses mêmes du contrat. Ainsi, il a été admis qu'un contrat puisse contenir des clauses de nature réglementaires. Il en va de même dans les contrats de concession. Les conséquences contentieuses de l'existence de ces clauses à caractère réglementaire sont essentielles.

Pour être plus exact et si l'on va à l'origine de ce contrat, il faut considérer la concession comme un contrat dont les différents aspects sont contenus dans les documents de concession que sont le contrat et le cahier des charges et qui sont tous les deux des documents contractuels ne pouvant être modifiés que par consentement mutuel. Ceci constituait une difficulté majeure vu que l'exécution d'un service public nécessite des ajustements ponctuels à chaque fois que les circonstances l'exigent. A cet effet, il est à signaler que le contrat de concession s'inscrit soit dans le cadre large du contrat administratif soit dans le cadre que la loi lui assigne ou encore par le règlement qui définit les clauses du contrat qui est en fait un contrat d'adhésion.

⁵⁰⁶ TRUCHET D., « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 158.

⁵⁰⁷ Un acte détachable d'un contrat est un acte administratif unilatéral adopté par la personne publique pour la conclusion du contrat ou pour son exécution. L'acte détachable ne peut être débattu devant le juge du contrat ou le juge de plein contentieux, il peut faire l'objet, par un tiers, d'un recours pour excès de pouvoir.

Les débats qui ont eu lieu à ce sujet⁵⁰⁸, ont abouti à la conclusion que la concession a un double caractère ; les clauses ayant trait aux droits du concessionnaire, les paiements, la durée du contrat, la garantie, les prêts et subventions sont des éléments purement contractuels qui ne peuvent, par conséquent, être modifiés de façon unilatérale par l'autorité concédante. Cependant, tout ce qui a trait à l'exécution du service public est un élément de l'autorisation administrative d'exploiter qui peut être modifiée unilatéralement. Il en est de même pour les horaires de travail, le rétablissement des ouvrages ou encore le contrôle de la concession par le concessionnaire.

En France, le caractère unilatéral du contrat de concession est avéré lorsque l'on voit des clauses selon lesquelles le concédant peut dénoncer le contrat de concession, quand il le souhaite, s'il estime que le concessionnaire ne respecte pas ses engagements contractuels ce qui s'apparente plus à l'acte unilatéral plutôt qu'à un contrat. Plus encore, certaines clauses des concessions portuaires donnaient droit aux concédants de retirer la concession avec un préavis de 3 mois. Il en va différemment au Maroc où la loi 15-02 a donné droit aux deux parties pour la fin anticipée de la concession qu'elle a encadré pour éviter tout abus tout en encadrant les cas de résiliation unilatérale, du rachat et de la déchéance.

En tout état de cause, la conception contractuelle de la concession doit être la règle et les mesures unilatérales l'exception. En effet, le contrat est par son essence une forme de liberté dont l'autonomie encadrée doit primer sur la contrainte, ce que n'assimilent pas encore les autorités concédantes qui retiennent, dans la concession, l'aspect unilatéral et négligent son côté contractuel.

Les juges français qui ont eu la possibilité de trancher ce point, ont eu des hésitations pour cantonner le contenu contractuel des contrats de concession et ils résistent à une extension du caractère unilatéral. La jurisprudence française n'a pas permis d'attaquer la concession par un recours en excès de pouvoir même si le contentieux de la concession est celui du contrat administratif.

Par conséquent, le contrat de concession constitue un acte mixte, incluant des clauses contractuelles (durée de la concession et avantages consentis) et des clauses réglementaires (tarif, continuité du service, déchéance, etc.). Les premières peuvent être modifiées par l'autorité délégante, usant du pouvoir de mutabilité contractuelle, sous réserve d'indemnisation du concessionnaire. Quant aux clauses réglementaires, elles représentent le règlement d'exécution du service public et fixent les conditions dans lesquelles le concessionnaire devra s'acquitter de sa mission, notamment les modalités de ses rapports avec les usagers. Ces derniers ainsi que les tiers peuvent invoquer ces clauses pour obtenir l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir des décisions du concédant les méconnaissant ou refusant de contraindre le concessionnaire à s'y conformer. Par ailleurs, ces clauses sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir⁵⁰⁹.

C- la Concession et les autres contrats similaires :

Une confusion peut être faite entre la convention de concession et les autres contrats tels les marchés publics et les contrats d'affermage. Le mode de financement du prestataire de service et la prise de risque liée à l'exploitation constituent les principaux critères de distinction entre la concession et les autres contrats notamment le marché public. En effet, la

⁵⁰⁸ Y. Madiot, « aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : l'acte mixte en droit public français », Paris, L.G.D.G, 1971.

⁵⁰⁹ CE, décision n°138536 du 10 juillet 1996, arrêt *Cayzeele*, le Conseil d'État a admis que puissent être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires d'un contrat administratif

rémunération substantielle par les usagers caractérise la délégation de service public et, par ricochet, la concession qui appartient à cette catégorie juridique. Les ressources de la concession peuvent provenir, pour partie, de subventions accordées au concessionnaire par des tiers. Le fait de confier l'exploitation d'ouvrages existants au profit d'un tiers constitue une convention d'affermage. La courte durée d'exploitation d'un ouvrage public peut constituer un critère supplémentaire de l'affermage.

Le juge administratif prête l'importance au contenu du contrat et non à son intitulé tel que donné par les parties. C'est ainsi qu'une concession peut être requalifiée en marché public ou en contrat d'affermage. Parfois, plutôt qu'une requalification, c'est une double qualification qui est faite. Ainsi, un bail emphytéotique administratif conclu par une collectivité territoriale a été requalifié en tant que concession⁵¹⁰.

Le contrat de gérance constitue l'une des quatre catégories de contrats de délégation de service public qui peut être un élément de la confusion. Le gérant dispose d'un pouvoir propre de gestion et d'organisation du service, mais le financement des ouvrages et de l'activité est assuré par la collectivité publique. Le gérant est rémunéré par cette dernière. Si les critères sont réunis, un contrat dénommé de gérance peut être requalifié en marché public.

En droit portuaire, il existe un régime d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public qui emporte une autorisation du domaine public portuaire donnant à l'occupant la possibilité de mettre ses installations à la disposition des tiers. Les installations appartiennent à l'occupant et l'exercice de son activité pour ses propres besoins n'est pas soumis au contrôle du gestionnaire du domaine public. Le titulaire d'une telle autorisation paie une redevance domaniale et les résultats financiers de l'activité dépendent des conditions du marché.

D-Droit applicable et cadre juridique des concessions :

De prime abord, il y a lieu de rappeler les règles fondamentales du droit des concessions que ce soit au Maroc ou en France et qui sont :

- 1) La concession est, à la base, un contrat comportant des obligations mutuelles entre les parties mais, sur certains aspects, c'est un acte de nature unilatéral donnant des prérogatives à l'autorité concédante ;
- 2) Le concessionnaire est, certainement, choisi par le concédant selon les conditions fixées par la législation dédiée du pays d'accueil mais il n'est pas exclu qu'il y ait de l'intuitu personae, autrement dit, le contrat est conclu en raison des qualités personnelles du concessionnaire. Toutefois, d'autres dispositions législatifs atténuent ou tiennent en échec la rigueur de ce principe ; Il y a lieu de voir, à ce sujet, les exceptions apportées par les législateurs au principe du recours à la concurrence pour l'octroi des concessions ou encore les cas de propositions spontanées par des candidats aux services publics. On peut, également citer, comme exception le cas de cession du contrat de concession où l'on assiste à la substitution du concessionnaire sans que ne soit établi un nouveau lien contractuel. A signaler que la cession étant une remise en cause de l'obligation d'exécution personnelle du contrat, elle est soumise à l'autorisation préalable du concessionnaire ;
- 3) La concession porte sur des services et sur l'utilisation d'ouvrages ou d'équipements qui font retour au concédant en fin de concession. En effet, les biens de la concession ont des régimes juridiques appropriés ;

⁵¹⁰ CE, décision du 10/06/1994, Aff. Cne Cabourg, Juris Data n° 1994-052435.

- 4) La concession est soumise à la réglementation du pays où elle fonctionne et au régime de droit par lequel elle a été constituée et qui la régit ;
- 5) La concession est soumise au droit du service public et donc aux règles d'égalité, de continuité, d'adaptabilité, d'accessibilité et de publicité qui caractérisent ce droit dans la plupart des régimes juridiques de droit latin. Ces règles sont transposées dans le cahier des charges. En effet, la règle d'égalité de traitement des usagers et la garantie du caractère multi usagers du terminal portuaire sont les plus fréquemment utilisées même si elles sont difficilement conciliables avec l'exploitation commerciale de la concession.
- 6) Déléguer ne veut pas dire céder au sens de la privatisation ou de tout transfert de propriété et de gestion du service public. L'autorité concédante garde les facultés d'infléchir les orientations liberticides ou débridées suivies par le concessionnaire et ce, pour sauvegarder l'intérêt du service délégué. Le concédant assume l'obligation de surveiller la bonne exécution du contrat et la bonne gestion du service et d'en sanctionner éventuellement les défaillances du concessionnaire. Dans ce cas, les pouvoirs publics imposent des pénalités, voire même mettent des clauses leur permettant de résilier la concession en reprenant le projet sans compensation ou de déchoir le concessionnaire. Ce dernier a, par contre, l'assurance d'une juste rémunération étant donné que le service concédé doit être organisé pour permettre une exploitation rémunératrice, qui lui assure la couverture de ses coûts réels. Si le concédant remet en cause unilatéralement cet équilibre, il a le devoir de le rétablir dans l'intérêt du service concédé et des usagers et dans celui de son cocontractant.

Quelles sont alors les lois applicables à la concession au Maroc et en France ?

a) La législation française des concessions :

Ayant une longue tradition historique profonde, la « concession à la française », comme aiment l'appeler les juristes et économistes français, a graduellement été reconnue comme étant « *un modèle de développement des infrastructures et des équipements publics. La Banque Mondiale, en 1994, devait ainsi en reconnaître les mérites pour les pays en voie de développement* »⁵¹¹. Ceci est dû au fait que les groupes français bénéficient d'une réputation internationale dans ce secteur et d'un savoir-faire particulier⁵¹². A ce titre, on peut citer des grandes entreprises telles que Vinci, Suez, EDF, Bouygues, Veolia et d'autres.

De même, la France a marqué sa volonté de donner un contenu concret et une valeur juridique fondamentale au mot « concession », auquel est rattaché automatiquement le terme de « service public », à connotation française propre et ce, aussi bien lors des négociations européennes en marge de l'adoption des directives dites du « marché intérieur », ou celles faites à l'internationales menées au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce, à l'occasion de la signature, en 1994, de l'accord sur les marchés publics (accord dit AMP ou *Government Procurement Agreement*, GPA). Pour en être convaincus, il n'y a qu'à voir les débats parlementaires précédant le vote du projet de loi relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi SAPIN »)⁵¹³. Une lecture globale de ces débats et des rapports y afférents démontre que le recadrage appliqué par le droit communautaire et par le droit international des procédures des contrats liés à la commande publique menace l'existence des

⁵¹¹ Institut de la Gestion Délégée, « *Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures*, Proposition de solutions », Rapport du groupe de travail, av 1999, P. 5

⁵¹² « Partenariats public-privés », P. LIGNIERES, 2ème éd. Litec, p. 44.

⁵¹³ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *Journal officiel* n° 25 du 30 janvier 1993, p.1.

concessions de service public appelant le gouvernement à faire preuve de prudence dans sa façon de moraliser les abus pouvant survenir dans la passation de certains contrats à long terme liant des collectivités publiques à de grandes entreprises.

Les débats législatifs, ont mis en avant les inconvénients d'un alignement systématique du régime d'attribution des concessions sur les procédures d'appels d'offres, pour les motifs suivants :

- Primo la transparence démesurée des procédures, appliquée uniformément à tous les contrats publics de travaux, de fournitures ou de services déstabiliserait l'action des grandes entreprises françaises de renommée internationale vu que leur réussite commerciale et les progrès technologiques apportés par celles-ci se posent précisément sur la liberté que leur offre le cadre juridique de la concession de travaux publics liée fondamentalement à leur activité;
- Secundo, la transparence juridique recherchée par le législateur de 1993 et exercée sur l'ensemble des contrats qualifiés de « délégations de service public », et par ricochet, aux concessions de service public, mènerait à une forme de tutelle, exercée par le juge administratif, qui renforcerait le contrôle de la légalité exercé par le préfet sur les actes des collectivités décentralisées ayant la qualité de concédantes (la région, le département, la commune et les groupements) que ces collectivités ont constitués pour effectuer certaines tâches spécifiques à caractère économique et social. Les parlementaires ont précisé, à la fin que la tutelle de l'Etat remettrait en cause les progrès politiques réalisés par l'abolition, par les lois de décentralisation, en 1982 et 1983, des contrôles *a priori* que le préfet exerçait – seul – au nom du gouvernement sur les actes des collectivités avant l'entrée en vigueur de ceux-ci.

Ces deux désagréments remontés par les représentants de la nation, au moment du vote du texte initial de la loi voté en 1993 et qui a été modifié par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes d'ordre économique et financier, dite loi MURCEF, n'ont pas cessé de ressortir au fil du temps et repris par une grande partie de la doctrine administrative qui s'intéressait à cette technique juridique.

Paradoxalement, le droit public en France est souvent considéré par les opérateurs étrangers comme étant *archaïque, rigide et peu transparent*. En effet on peut lire dans un rapport que « *La législation instable des marchés publics, la question lancinante du champ d'application de la loi SAPIN ou des questions pointilleuses de nature procédurales concernant l'octroi des délégations de service public, les limitations posées par le droit de la domanialité publique quant à la possibilité d'octroyer des garanties, les risques fréquents de gestion de fait, la cadre contraignant et incertain du contrôle de légalité et le manque de volonté politique d'engager des partenariats public-privé (forte culture d'interventionnisme direct) sont autant de freins à la réalisation de projets* »⁵¹⁴.

Pour remédier à cette situation et au 23ème anniversaire de la promulgation de la loi SAPIN régissant le régime juridique des délégations de service public (DSP) en France, a vu le jour un nouveau droit des concessions, engendré par l'élaboration de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (Journal Officiel du 30 Janvier 2016,) qui transpose le volet législatif de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Elle est complétée par le décret n° 2016-86 du 1er

⁵¹⁴ « Les partenariats public-privé », P. LIGNIERES Litec, 2ème éd, P 44.

février 2016 (Journal Officiel du 2 Février 2016). Avec ces textes, une nouvelle opportunité vient de s'ouvrir à ces contrats.

L'ordonnance a pour objectif de rassembler, dans un même texte les règles applicables aux contrats qui constituent des concessions du point de vue du droit de l'Union Européenne. L'ordonnance avec son décret d'application ont abrogé partiellement la loi du 29 janvier 1993 fixant le régime des délégations de service public (dite loi SAPIN), ainsi que l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics. Ainsi, les contrats préalablement soumis aux dispositions de ces deux textes sont envisagés comme des contrats de concession au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

En effet, avec la loi SAPIN, la législation Française était l'une des rares, en Europe, à exiger la publicité et la mise en concurrence de contrats ne pouvant être qualifiés de marchés publics au sens de la pratique européenne. La transposition de la directive sur les concessions n° 2014/23 du 26 février 2014 emportait plus qu'une simple adaptation des pratiques professionnelles et juridiques antérieures. L'adaptation au nouveau régime instauré par la nouvelle réglementation se fera certainement à la lumière de la culture déjà acquise pour les DSP. Ceci sans perdre de vue que pour les autres questions cruciales posées dans le cadre de l'expérience législative précédente, il sera nécessaire de changer la logique adoptée par la DSP par celle de la concession tout en dépassant la simple mise à jour des données précédentes.

A rappeler que les principes communs aux marchés et aux concessions reposent essentiellement sur la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures d'octroi permettant d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. L'ordonnance sur les concessions reprend, en sus, le principe de la libre administration reconnu par l'article 2 de la directive 2014/23⁵¹⁵, le mode de gestion choisi devant permettre « *d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement ainsi que la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics* » (article 4 de l'ordonnance).

Et si chaque régime juridique instauré par la réglementation correspond bien à des contrats de nature différente, les modes de passation se relient considérablement, au point de tendre vers l'instauration d'un régime presque commun qui va dans le sens de la structuration qui a été adoptée par le nouveau Code de la Commande Publique, applicable à compter du 1^{er} avril 2016.

On peut dire que Le principe de cette nouvelle réglementation est que la délégation de service public a subsisté à la réforme et que la France se dirige vers une unification de des régimes de la commande publique et à ne pas oublier l'instauration de spécificités de l'exécution des concessions.

Autres innovations de la nouvelle législation, l'existence de deux procédures de passation : l'une applicable aux concessions dépassant le seuil européen (devant paraître au *Journal officiel*) et l'autre, simplifiée, applicable aux concessions d'un montant inférieur ou qui interviennent dans les domaines de l'eau potable, du transport de voyageurs ou de services sociaux ou spécifiques. Certaines innovations sont appréciables telle la possibilité de

⁵¹⁵ Directive n° 2014/23/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

constituer des groupements d'autorités concédantes ou encore les dispositions fixant les cas permettant donnant lieu à des modifications du contrat de concession en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence.

Les nouvelles dispositions contenues dans l'ordonnance et son décret, entrées en vigueur le 1er avril 2016, s'appliqueront aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à e cette date.

Pour ce qui est des règles relatives à la modification des concessions déjà en exécution, elles s'appliqueront aux contrats déjà conclus avant le 1er avril 2016.

- Les critères de la concession :

La concession de services ou de travaux publics donne lieu à un contrat administratif, elle fait partie de la catégorie des délégations de service public. Souvent ses conditions sont fixées par référence à un cahier des charges type, annexé à une circulaire ministérielle.

Certains éléments n'ont pas d'influence sur la définition de la concession ; c'est le cas notamment, de la qualification du contrat par les parties, du statut juridique du concessionnaire, de la gestion du service public ou de l'ouvrage public aux frais et risques du concessionnaire. La nature administrative ou industrielle et commerciale du service public ne constitue pas un critère déterminant de la concession, de même que le contrôle de l'activité par l'autorité publique, lequel peut seulement résulter de mesures de police. L'objet du contrat de concession doit porter sur gestion du service public et/ou l'exécution de travaux publics, c'est-à-dire que des activités ne poursuivant pas un but d'intérêt général ne donnent pas, nécessairement, lieu à une concession, même si cette activité est exercée sur le domaine public. Outre l'objet de l'activité, c'est son mode de gestion qui doit être pris en compte ; Si l'exploitation de l'outillage public d'un port ou constitue une mission de service public, la manutention en elle-même ne relève pas de ce régime. Le concessionnaire doit avoir la responsabilité de la gestion du service public et/ou l'exécution de travaux publics, mais cette condition n'est pas, à elle seule, suffisante.

La concession est une délégation de service public ; le concédant conserve le contrôle de l'activité concédée. Néanmoins, le concessionnaire agit pour son propre compte et sous sa responsabilité à la différence du contrat de mandat. Le mode de rémunération du cocontractant est un élément essentiel caractérisant la concession. En effet, le concessionnaire se rémunère sur le produit des redevances payées par les usagers, alors que le titulaire d'un marché public est rémunéré par le maître d'ouvrage. Le mode de rémunération contribue ainsi à la distinction entre la concession et la régie intéressée. La perception des redevances doit constituer la part la plus importante de la rémunération du concessionnaire; celui-ci peut, toutefois, percevoir des subventions compensant les sujétions de service public, mais également sa rémunération peut provenir d'activités annexes. Il a été jugé qu'un contrat de gestion d'un service public pouvait être considéré comme une concession dès lors que l'exploitant est rémunéré par le produit des redevances représentant au moins trente pour cent du résultat d'exploitation⁵¹⁶. Les redevances perçues par le concessionnaire couvrent la rémunération et les investissements des capitaux investis. La prise en charge des frais d'établissement constitue une caractéristique de la concession qui la distingue de l'affermage (CE, 29 avr. 1987, Cne Élan-court, cité supra n° 24). Ainsi, le renouvellement d'une

⁵¹⁶ CE, décision du 30 juin 1999, n° 198147, Aff. SMITOM : Juris Data n° 1999-050752 .

concession d'outillage public portuaire ne donnant pas lieu à la réalisation d'aménagements substantiels doit être qualifié de contrat d'affermage. La différence de régime entre ces deux catégories de contrats n'est pas vraiment significative ; le Code des transports vise la concession d'outillage public et l'affermage, mais le second n'est pas soumis à des conditions spécifiques.

Si le Conseil d'État a admis il y a plus d'un demi-siècle qu'une concession pouvait être de brève durée, dans sa décision du 21 /01/ 1944, affaire Sieur Leoni, il estime que la brève durée du contrat caractérise surtout l'affermage.

- L a Concession et le droit de l'Union Européenne :

En raison de la nature et du rayonnement économique des activités qui s'y développent, la gestion des ports est indiscutablement soumise au droit de l'Union Européenne. Avant que le texte régissant la matière ne voie le jour en 2014, c'est la jurisprudence qui avait précisé le régime des concessions. Les décisions des instances européennes rejoignent les avis émis par les instances judiciaires en France (conseil d'Etat et autres juridictions).

L'existence d'un contrat à titre onéreux conclu par un pouvoir adjudicateur n'est pas considérée, pour la jurisprudence européenne, comme critère de la concession. De même, le mode de rémunération du concessionnaire est un élément déterminant. Ainsi pour qu'il y ait concession, il doit être rémunéré sur le produit des recettes d'exploitation C'est également le cas concernant la mise à la charge du concessionnaire des aléas inhérents à l'exploitation des ouvrages qu'il réalise.

La directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, qui, en raison de son objet concerne les ports, ne contenait aucune règle spécifique ni sur les concessions de travaux ni sur les concessions de service public. Cette circonstance n'a pas pour effet de faire échapper ces concessions aux principes généraux du droit de l'Union européenne.

La publication de la directive 2014/23/UE sur les concessions vise à améliorer les possibilités d'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés, de favoriser le développement de l'innovation et d'inclure, parmi les critères d'attribution, des critères sociaux ou environnementaux. L'ordonnance du 29 janvier 2016, qui a transposé la directive dans le dispositif interne en France, prévoit que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation qui doit prendre en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le texte précise que les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles. Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde sur une pluralité de critères non discriminatoires, parmi lesquels « des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession ».

En sus dispositif de cette directive, les concessionnaires sont tenus de respecter la liberté d'établissement et des prestations de services et d'appliquer les règles du droit dérivé. En effet, les directives de l'Union Européenne peuvent être opposées aux concessionnaires des ports si elles sont suffisamment précises à leur égard. En effet, selon la Cour de Justice de l'Union européenne « *il y a lieu de préciser qu'une directive ne peut être invoquée à l'encontre de particuliers, alors qu'elle peut l'être à l'encontre de l'État, quelle que soit la*

qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive susceptibles d'avoir des effets directs, un organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers »⁵¹⁷.

b) Le Cadre légal de la concession au Maroc :

En nuanciant les différentes lois relatives à la concession au Maroc, l'on constate que le régime juridique de cette institution est prévu par plusieurs lois à caractère sectoriel dont les plus importantes sont :

► La loi 4-89 relative aux autoroutes :

Promulgué par le dahir du 6 août 1992, relatif aux autoroutes, elle prévoit la concession, sans lui donner aucune définition ni lui consacrer aucune réglementation, d'ailleurs il ne lui consacre qu'un seul article à savoir l'article 5, qui après avoir cités les terrains, ouvrages et installations et tous les autres immeubles nécessaires à la construction, l'entretien ou l'exploitation d'une autoroute comme partie du domaine public, prévoit dans son seconde aliéna « en cas de concession de la construction, l'entretien ou l'exploitation de l'autoroute les biens visés en premier aliéna sont mis à la disposition du concessionnaire dans les conditions fixées par la convention de concession et le cahiers des charges. »

De sa part le décret du 2 février 1993, pris pour l'application de la loi n° 4-89 relative aux autoroutes ne consacre que son premier article à la concession, il prévoit dans son premier alinéa la possibilité de concession des autoroutes, et laisse les détails de la concession à la convention de concession et autorise dans son troisième alinéa le concessionnaire à percevoir des péages et des redevances pour assurer la rémunération et l'amortissement des capitaux.

A noter que d'après la création de la Société Nationale des autoroutes, l'Etat lui a concédé la totalité de réseau des autoroutes du pays par des multiples conventions de concession.

► loi n° 10-95 sur l'eau :

La loi n° 10-95 sur l'eau promulguée par le dahir n° 1-95-154 du 18 rabii I 1416 en date du 16 août 1995 est le texte de loi qui a consacré plus d'articles et a organisé d'une manière détaillée la concession portant sur le domaine public hydraulique, sans, pour autant, donner une définition à cette institution. Pourtant l'article 41 prévoit des dispositions qui peuvent être considérés comme une tentative de définition de la concession du domaine hydraulique en prévoyant que « La concession constitue des droits réels de durée limitée qui ne confèrent à son titulaire aucun droit de propriété sur le domaine public hydraulique. »

Le même article fixe le domaine d'application du régime de la concession en stipulant : «Sont soumis au régime de la concession :

1 - l'aménagement des sources minérales et thermales, ainsi que l'exploitation des eaux desdites sources ;

2 - l'établissement sur le domaine public hydraulique, pour une durée supérieure à cinq ans, d'ouvrages destinés à la protection contre les inondations ou à l'accumulation et à la dérivation des eaux, ainsi que l'utilisation de ces eaux ;

⁵¹⁷ CJCE, décision du 19 /04/ 2007, aff. C-356/05, E. Farrell, pt 40

- 3 - l'aménagement des lacs, étangs et marais ;
- 4 - les prélèvements d'eau effectués sur la nappe ou les prises d'eau établies sur les cours d'eau, canaux dérivés des oueds ou sources naturelles, lorsque les débits prélevés dépassent le seuil fixé par l'agence de bassin ou lorsqu'ils sont destinés à un usage public ;
- 5 - les prises d'eau sur les cours d'eau ou canaux en vue de la production de l'énergie hydroélectrique. ».

Les autres articles de 41 à 48 donnent une réglementation riche de la concession de domaine public hydraulique, ainsi l'article 44 reconnaît au concessionnaire le droit d'occuper les parties de domaine public nécessaires à ces installations, et aussi de substituer à l'agence de bassin pour l'expropriation des terrains nécessaires aux mêmes installations.

Les articles de 45 à 48 traitent le droit de l'administration de mettre fin à la concession et le droit de concessionnaire à une indemnité.

► La loi régissant la concession dans le secteur portuaire :

La loi 15-02 portant réforme portuaire au Maroc est venue pour fixer un cadre légal régissant les **concessions** et les différentes activités portuaires annexes. Elle traite de la concession dans ses articles 16 et suivants. Cet article stipule que « *sont soumis au régime de concession la gestion d'un port, l'exploitation d'un terminaux et de quais, l'exploitation de l'outillage portuaire public ...* ».

Le principe avancé par la loi 15-02 ; est que la concession est attribuée après appel à la concurrence. Toutefois, il peut être fait recours à une procédure de négociation directe lorsque l'activité portuaire sera exercée pour le compte propre du demandeur de la concession ou lorsque, après mise en concurrence aucune offre n'a été proposée ou aucune offre n'a été retenue. Cependant, la loi ne comporte aucune disposition qui traite la procédure d'instruction de la concession.

Ceci dit, l'arsenal juridique sectoriel ci-dessus présenté bas en brèche l'unité du régime juridique applicable aux concessions au Maroc et n'aide pas à une visibilité global de la stratégie des pouvoirs publics en la matière. Ceci aura comme conséquence le manque de confiance par les investisseurs.

Sur un plan purement juridique, la multiplication des textes par le législateur ainsi que leur modification met les spécialistes devant un travail de consolidation fastidieux, complexe et éprouvant. En effet, d'aucuns peuvent dire les avantages d'un encadrement sectoriel tenant compte des spécificités de chaque branche, on ne peut négliger les dangers de la démarche fragmentaire sur la sécurité juridique tant attendue par les investisseurs.

Une question se pose quand on examine le cadre juridique des concessions au Maroc, quel arsenal appliquer quand il s'agit de concession portant exclusivement sur les travaux publics ? en effet, même si les frontières entre la concession des travaux publics et la concession de service public ne sont pas tangibles ; la concession peut avoir deux objets différents : soit elle porte sur la réalisation d'un ouvrage public par une personne privée à ses frais. L'exploitation de l'ouvrage lui sera ultérieurement confiée pour qu'elle puisse amortir ses investissements. On parle alors de « concession de travaux publics », ce type de contrats est exceptionnel au Maroc. Soit, la convention porte sur l'exécution d'une mission de service public et ce sera l'exploitation d'un service public (par exemple pour une collectivité locale). On utilise alors l'expression de « concession de service public ». Mais, le plus souvent, la

concession de service public s'accompagne d'une concession de travaux publics. L'objet de la concession sera donc la construction/exploitation d'un ouvrage et d'un service public⁵¹⁸.

On peut dire que la concession de travaux publics n'a pas eu d'intérêt au Maroc. Il est possible d'expliquer ce manque d'intérêt par l'influence du droit français qui a marginalisé, pendant longtemps la concession des travaux publics, avant que l'ordonnance relative aux concession de travaux publics ne voit le jour le 15/07/2009.⁵¹⁹

Le conseil d'Etat français, conscient de l'utilité d'une telle codification avait « recommandé donc au Gouvernement de changer de méthode et, pour introduire davantage de simplicité, de lisibilité et de sécurité dans notre droit des contrats, de remettre en chantier l'élaboration d'un code de la commande publique pour lequel il avait d'ailleurs sollicité du Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnance »⁵²⁰.

F- La concession en droit interne marocain et français :

A signaler de prime abord, que si l'objet de la concession concerne la réalisation de travaux publics ou l'exploitation d'un service public, il nous paraît judicieux de définir ces notions. En effet, même lorsque les critères les concernant sont réunis, on ne se trouve pas nécessairement en présence d'une convention de concession, d'autres conditions doivent, en sus, être prises en compte.

Dans le domaine portuaire, même si les quais sont réalisés par une personne de droit public, ils constituent des ouvrages de nature publique. Cependant, cette certitude diminue lorsqu'ils sont réalisés par une personne de droit privé sur le domaine public octroyé et régi par le régime de l'autorisation d'occupation temporaire. Selon le Conseil d'État, les ouvrages réalisés sur le domaine public dans le cadre d'une autorisation d'occupation temporaire appartiennent à l'occupant pendant la durée de ladite autorisation excepté s'ils participent directement au fonctionnement du service public⁵²¹

S'agissant de la notion de service public, en droit interne français, ce concept a été interprété pendant longtemps de manière extensive, l'élaboration par la jurisprudence de la théorie d'une approche virtuelle a poussé le Conseil d'État à admettre une présomption de « service public » en estimant que la manutention portuaire constituait un élément du service public (CE, sect., 5 mai 1944, affaire Cie maritime de l'Afrique Orientale : Rec. CE 1944, p. 129) et ce, essentiellement en raison de son exécution sur le domaine public. Comme déjà précisé tel n'est plus le cas aujourd'hui (CE, avis, sect. travaux publics, 14 avr. 2009).

Le Conseil d'État a été amené à préciser les conditions d'existence du service public assuré par une personne de droit privé. Il a jugé que, à ce sujet que « *indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître, ou à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique*

⁵¹⁸ Les concessions portuaires accordées après la promulgation de la loi 15-02, sont toutes des concessions de service public ; l'autorité concédante procédant toujours à la construction de l'infrastructure avant de la livrer au concessionnaire pour son exploitation après des travaux de superstructures.

⁵¹⁹ Ordonnance n° 2009-864 du 15/07/2009

⁵²⁰ Rapport d'activité juridictionnelle du CE en date au titre de l'année 2008.

⁵²¹ CE, décision du 21/04/ 1997, n° 147602, Aff. min. Budget c/Sté Sagifa, Juris Data n° 1997-047343

*est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission ».*⁵²² .

Toutefois, sous l'influence de la jurisprudence de la CJCE, le juge administratif met en avant le fait que l'existence d'un service public suppose, en principe, une raison impérieuse d'intérêt général. La définition du concept de service public est fondamentale pour qualifier ou écarter le régime de la concession pour des contrats autorisant l'exercice d'activités économiques sur le domaine public. C'est le cas, par exemple, pour la convention de terminal dans les GPM qui, outre le régime défini par le code des transports, elle est soumise au régime de la délégation de service public résultant des articles 38 et suivants de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 telle que modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures. Ceci étant, et du moment que la manutention portuaire exercée par des entreprises privées n'est plus considérée comme une activité de service public, la convention de terminal n'est pas soumise au régime édicté par ce texte, d'autant plus que le titulaire d'une telle convention organise librement sa politique commerciale et n'est pas assujéti à un contrôle rigoureux de l'autorité portuaire.

Sur le plan communautaire, et selon la Cour de Justice⁵²³, le service public doit répondre à certains critères que sont l'universalité, la continuité, la satisfaction d'exigences d'intérêt public, la réglementation et la surveillance par une autorité publique. Toutefois, pour imposer la création d'un service public ou des obligations de service public permettant de déroger aux principes et libertés consacrés par le traité TFUE, il faut une raison impérieuse d'intérêt général.

§ 2- : L'octroi des concessions : le cadre procédural :

En France, le code des transports définit la procédure d'octroi de la concession ou l'affermage de l'outillage public ainsi que la concession de port de plaisance.

Si, en France et au Maroc, les concessions portuaires sont soumises aux principes généraux des contrats administratifs et des délégations de service public, une procédure d'instruction spécifique est, en général, imposée par les textes. Les travaux d'aménagement ainsi que les conditions d'exploitation des activités sont, également, soumis aux procédures de droit commun telles la présentation de permis de construire, régime des installations classées pour la protection de l'environnement, etc., sous réserve parfois d'exigence particulière imposant de faire des étude d'impact, enquête publique et autres.

Le code des transports définit la procédure d'octroi des concessions d'outillage public même dans les ports maritimes autonomes et dans les autres ports maritimes qui relevaient de la compétence de l'État. La même règle est appliquée aux collectivités territoriales et leurs

⁵²² CE, décision n° 264541, sect., du 22 févr. 2007, Aff. Assoc. Personnel relevant des établissements pour inadapés : Juris Data n° 2007-071473 .

⁵²³ CJCE, décision du 18 juin 1998, Aff. C-266/96, Corsica Ferries France SA et Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl. Et a. : Rec. CJCE 1998, I, p. 3981, pt 60

groupements qui ont, depuis la réforme portuaire en France, substitués dans les droits et obligations de l'État. En effet, la même procédure est applicable aux concessions portuaires qu'ils attribuent.

Il est important de signaler, à ce niveau, que même si les articles R. 5313-81 et R. 5313-87 du code des transports n'envisageaient l'octroi des concessions qu'à des collectivités publiques, des établissements publics et des entreprises privées, il reste possible de concéder ou d'affermier l'exploitation des outillages publics à des groupements d'intérêt économique ou à des associations.

Par ailleurs, la gestion des ports via des contrats de concession est aujourd'hui généralisée même si les appels d'offre pour de nouveaux terminaux sont rares en Europe et sont plutôt situés dans les pays du sud qui deviennent un nouveau théâtre concurrentiel ce que l'on trouve dans les divers projets au Maroc par exemple. Dans un marché à maturité comme le marché Français, le jeu concurrentiel est très limité. La rareté des espaces fonciers disponibles dans les villes portuaires implique ensuite une rationalisation des espaces existants et une limitation des extensions portuaires. Le financement des nouveaux terminaux, la modernisation des terminaux existants dans un contexte d'accroissement de la taille des navires et des contraintes foncières fortes, impliquent des ressources financières immenses qui justifient des financements croisés.

Devant cet état de fait, entre compétition sur certains appels d'offres lancés et coopération sur des terminaux proposés à la concession, se développent des relations nouvelles dont l'analyse à l'échelle mondiale laisse apparaître des relations privilégiées entre certains armateurs et opérateurs portuaires. Comment se passe alors l'organisation contractuelle de ces relations ?

A- L'organisation des concessions :

La première étape de l'octroi d'une concession réside dans son organisation. En d'autres termes, la mise en place de la structure de la concession et la détermination des droits et obligations du concédant et surtout du concessionnaire. Cette organisation peut être un schéma très complexe particulièrement pour les projets structurants à grande valeur ajoutée pour l'Etat et les usagers du service publics tel le secteur des ports. Il importe de veiller à l'existence, dans la mesure du possible, d'une concurrence sur le marché après l'attribution de la concession. Cela suppose de mettre en place une structure de marché propice à la concurrence, ce qui comporte des aspects tant horizontaux que verticaux. C'est ce qu'ont essayé de faire les rédacteurs de la loi 15-02 pour le secteur des ports au Maroc et les lois sectoriels ci-dessus citées.

Sur le plan horizontal, plusieurs concessionnaires peuvent opérer sur un même marché. Dans le cas des ports, par exemple, si deux ou plusieurs ports d'une même côte peuvent se substituer les uns aux autres, il peut être judicieux de choisir différents concessionnaires pour les exploiter. Même au sein d'un même port, la concurrence est possible entre opérateurs intervenant sur différents terminaux. Tels sont les perspectives futures des grandes installations portuaires marocaines comme Casablanca et Mohammedia où plusieurs opérateurs doivent intervenir dans le respect des règles de la concurrence.

Cependant, la vigilance est de mise ; Un opérateur exploitant à la fois le réseau de transport et une installation de production peut profiter du réseau pour imposer des pratiques discriminatoires à ses concurrents sur le marché de la production, au préjudice de la

concurrence sur ce dernier. Il convient aussi de tenir compte des économies d'envergure, par exemple pour l'exploitation d'un port ou du chemin de fer monopolistique qui le desservent.

Un autre aspect de la conception d'une convention de concession réside dans la durée du contrat. La fixation de la durée d'une concession donne lieu à des arbitrages. Des concessions de longue durée ont l'avantage de pousser le concessionnaire à effectuer des investissements, notamment dans la maintenance, au début de la période de concession. Les concessions de courte durée accentuent le problème du manque d'incitation à investir en fin de contrat et, comme elles sont renouvelées plus fréquemment, elles alourdissent les coûts des soumissionnaires. Ceci étant, les concessions de courte durée permettent de procéder plus fréquemment à des appels d'offres concurrentes, ce qui peut faciliter les entrées sur le marché et faire apparaître plus rapidement les éventuels avantages d'une intensification de la concurrence. Des concessions de courte durée peuvent aussi être indiquées lorsqu'il existe des incertitudes sur l'évolution future du marché. À court terme, le raccourcissement de la durée fait peser l'incertitude sur les pouvoirs publics, mais il constitue un facteur de certitude en ce qui concerne la concurrence pour la concession suivante.

L'octroi d'une concession peut s'accompagner de l'introduction d'une réglementation. S'il doit y avoir une réglementation, il faut que la structure et l'organisme de cette réglementation soient convenables et être mise en place avant l'octroi de la concession afin de réduire l'incertitude pour les soumissionnaires. Les éléments qui affectent la rentabilité, comme des obligations de service universel, doivent être spécifiés par avance, de sorte que les candidats concessionnaires puissent préparer de façon intelligente et optimale leurs soumissions ou leurs stratégies de négociation. En outre, s'il doit y avoir une réglementation des prix, il convient d'étudier les arbitrages entre les différentes méthodologies, comme le plafonnement des prix ou la réglementation des taux de rendement.

Durant cette phase importante du contrat, il est important de prendre en considération certaines paramètres ayant un impact sur sa réussite :

a) l'attribution des concessions :

L'attribution de la concession, si on veut la définir, est le moment où intervient la concurrence pour le projet à concéder et c'est une phase essentielle. Les analystes économiques penchent fortement pour les adjudications qu'elles considèrent comme le moyen le plus efficace d'attribuer des concessions. L'organisation de l'adjudication est cependant déterminante. Si elle est mal dirigée, elle risque de réduire à néant les avantages potentiels du processus entier. Il existe différents types d'adjudications. Dans une adjudication sous forme d'enchère ascendante (dite à la criée), le prix augmente jusqu'à ce qu'il ne reste plus qu'un soumissionnaire et c'est ce dernier qui emporte l'enchère au dernier prix proposé. Dans une adjudication au premier prix par soumissions sous pli cacheté, aucun soumissionnaire ne voit ce que proposent ses concurrents et c'est le soumissionnaire le plus offrant qui l'emporte au prix qu'il a proposé. C'est le procédé normal prévu par la loi 15-02 et la loi 54-05 au Maroc et c'est également le procédé par lequel la SODEP s'est adjugé la concession du 3ème terminal à conteneurs au port de Casablanca. En effet, La concession prend la forme d'une convention à laquelle est joint un cahier des charges, cette convention est approuvée et un extrait est publié au bulletin officiel, la concession est faite par appel d'offre lorsque elle peut intéresser plusieurs personnes ou faite directement entre l'Etat et l'organisme lorsque les exigences de la concurrence ne sont pas manifestées, comme le prévoit d'ailleurs l'article 17 de la loi 15-02 relative aux port en stipulant que « *la concession est attribuer après appel à la concurrence. Toutefois il peut être fait recours à une procédure de négociation directe lorsque l'activité*

portuaires sera exercer pour le compte propre du demandeur de la concession ou lorsque après mise en concurrence, aucun offre n'a été proposé ni aucun offre n'a été retenue ».

Il existe des variantes de ces deux types d'adjudication. Cela étant, aucune formule d'adjudication ne convient à toutes les concessions et ce sont les circonstances qui dictent souvent le choix des différentes formules. Parfois, la loi exige une enquête préliminaire avant d'accorder toute concession c'est le cas de l'article 36 de loi 10-95 sur l'eau au Maroc qui prévoit *«Les autorisations et les concessions relatives au domaine public hydraulique, visées par la présente section et dont les formes d'approbation sont fixées par voie réglementaire, sont accordées après enquête publique».*

L'enquête publique est effectuée par une commission spéciale chargée de recueillir les réclamations des tiers intéressés. A cet effet, le projet d'autorisation ou de concession doit être porté à la connaissance du public, par voie de presse ou de tout autre moyen de publicité approprié, quinze jours avant le commencement de l'enquête publique dont la durée ne peut excéder trente jours. L'agence de bassin hydraulique est tenue de statuer sur la demande ou toute opposition d'un tiers, après avis de la commission d'enquête, dans un délai de quinze jours après la date de clôture de l'enquête.

Autre considération importante, il faut choisir le critère qui fera l'objet de l'adjudication. Les deux critères les plus fréquemment utilisés sont la redevance que le concessionnaire paiera à l'administration publique et le prix ou le tarif que le concessionnaire facturera à ses clients. L'expérience a montré que la redevance est le meilleur critère. En effet, les tarifs vont inéluctablement fluctuer en fonction de l'évolution des conditions commerciales, ce qui nécessitera de nouvelles négociations au risque de perdre une partie des avantages de la concurrence apportés par la formule de l'adjudication. Quoiqu'il en soit, de nombreux commentateurs considèrent que les deux clés du succès d'une adjudication, éléments bien connus des experts de la politique de la concurrence, consistent d'une part à empêcher les connivences et d'autre part à susciter l'entrée de nouveaux concurrents ou un élargissement du nombre de soumissionnaires.

La remise des offres sous pli cacheté peut, par exemple, être plus judicieuse qu'une enchère à la criée pour limiter les possibilités de communication entre soumissionnaires. D'autres mesures peuvent être prises, mais ici encore il faut le rappeler, chaque situation est unique et aucune approche n'est parfaitement adaptée à toutes les circonstances. Il existe une autre forme de connivence en matière de concessions : la complicité entre des agents publics corrompus et des intervenants privés. Naturellement, prévenir et sanctionner la corruption doit être prioritaire sur le plan de l'application du droit, non seulement dans le cadre de l'octroi de concessions, mais aussi sous tous les aspects de l'administration publique.

On peut décourager la corruption dans le domaine des concessions par l'utilisation d'un processus officiel et transparent d'attribution. Pour ce qui est de l'expérience portuaire marocaine, l'adjudication, qui a coïncidé avec la réforme du secteur, s'est faite par la voie directe (procédure de gré à gré prévue par la loi 15-02) et ce, pour des considérations particulières (contexte du secteur). C'est ainsi que la SODEP et SOMAPORT n'ont pas emprunté la voie de l'appel d'offres et d'adjudications habituelles. Il faut signaler également que la SODEP a bénéficié d'une dérogation spéciale prévue dans la loi 15-02 dans son article 42 qui stipule : *« Par dérogation aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 17 ci-dessus, une convention de concession passée entre l'agence et la société..... ».*

Cependant, il y a lieu de signaler que concernant les concessions projetées aux ports de Casablanca et Mohammedia, l'ANP compte emprunter la procédure légale d'appel d'offres et d'adjudication. C'était, effectivement le cas pour l'adjudication du troisième terminal à conteneurs du port de Casablanca (TC3), attribué à la SODEP et le nouveau terminal au port d'Agadir.

La seconde composante d'une adjudication concurrentielle réside dans le nombre de soumissionnaires. Intuitivement, il semble préférable de pouvoir compter sur de nombreux soumissionnaires et les publications économiques le confirment. L'organisme octroyant la concession doit, de ce fait, faire de son mieux pour attirer des soumissionnaires qualifiés à l'adjudication. Pour ce faire, il peut faire une large publicité sur l'adjudication et limiter le coût de la préparation des offres. Dans certains cas, le recours aux soumissions sous pli cacheté peut avoir pour effet d'attirer des soumissionnaires moins qualifiés, mais qui ont tout de même une chance de l'emporter. Ces soumissionnaires peuvent en revanche hésiter à participer à une enchère à la criée au cours de laquelle ils pensent abandonner à un stade assez tardif, tout en ayant supporté les coûts de préparation en vue de l'adjudication. Un autre problème peut se poser dans des situations de renouvellement de concessions dans lesquelles l'entreprise en place peut sembler disposer d'avantages en termes d'information de nature à décourager les nouveaux venus. On peut y remédier, au moins partiellement, en fournissant plus d'informations à tous les soumissionnaires. Enfin, les soumissions conjointes par deux ou plusieurs intervenants, chacun pouvant soumissionner séparément, ont pour effet évident de réduire le nombre de soumissionnaires. L'autorité compétente peut interdire purement et simplement ces soumissions conjointes, mais cela peut avoir pour effet négatif d'éliminer des soumissionnaires qui ne peuvent prendre part à l'appel d'offres que de façon conjointe. Un moyen terme peut consister à interdire la formation de dispositifs de soumissions conjointes à l'approche de l'adjudication.

Cela peut empêcher les accords stratégiques destinés à réduire la concurrence. Les adjudications sont parfois rejetées comme mode d'attribution de concessions lorsque de multiples critères doivent être pris en compte, comme l'offre présentant le meilleur compromis entre couverture, qualité et prix, et lorsqu'il paraît impossible de désigner « le plus offrant ». Les experts mettent cependant en garde les pouvoirs publics contre l'abandon des adjudications, car les autres méthodes aboutissent généralement à de moins bons résultats pour les consommateurs.⁵²⁴

De ce qui précède, on peut dire que la concession devrait toujours être accordée, dans la mesure du possible, par la voie d'appel à la concurrence pour assurer la préservation de

⁵²⁴ Les deux principales solutions de rechange aux adjudications sont la négociation et ce qui est appelé les « concours de beauté ». Les négociations peuvent être engagées simultanément avec plusieurs candidats à la concession ; ce processus est parfois qualifié de négociations concurrentes. Dans ce processus, plusieurs soumissionnaires potentiels sont contactés par l'autorité compétente et invités à ouvrir des négociations. Durant ces négociations, les candidats proposent des solutions pouvant répondre aux conditions de la concession. Puis, ils remettent leur offre définitive en fonction des solutions apparues au cours des négociations. Du point de vue de la concurrence, une méthode moins satisfaisante consiste à ne négocier qu'avec un seul fournisseur à la fois. Il faut également savoir que dans tout scénario de négociation, les possibilités de corruption sont plus grandes que dans le cadre d'une adjudication. Les « concours de beauté » présentent nombre de caractéristiques communes avec les négociations. Dans cette formule, les concurrents sont évalués sur la base de critères prédéfinis, comme la compétence technique, la viabilité financière ou la couverture de réseau. On a cependant critiqué les « concours de beauté » pour leur manque de transparence et pour les risques de lobbying et d'interventions politiques qu'ils comportent.

l'intérêt commun, obtenir les meilleures conditions financières et garantir la transparence du processus d'octroi.

Le document d'appel d'offres ou d'appel à la concurrence doit préciser l'objet et la durée de la concession, le prix que devra payer le concessionnaire, les cautions et autres garanties exigées, le montant du capital à investir, les modalités de la tutelle du concédant, les performances techniques et d'exploitation demandées au concessionnaire, les équipements que le concessionnaire doit mettre en œuvre, les conditions de suspensions, de retrait ou de déchéance de la concession, etc.

Pour le choix du concessionnaire en termes de processus d'appel à la concurrence, la banque mondiale a toujours recommandé d'adopter des critères de choix simples : le montant de la redevance par exemple. La CNUCED, pour sa part, propose dans sa directive d'adopter une évaluation objective des critères retenus telle l'évaluation des offres techniques, puis de l'offre financière, des redevances, de la valeur des équipements et loyers, etc. Sur ce créneau, chaque pays adopte les critères particuliers sur lesquels il base la relation future entre les parties.

b) Procédures spécifiques et issue de l'adjudication :

Si en France, la concession doit donner lieu à une convention et à un cahier des charges élaboré en conformité avec un cahier des charges- devant être défini par décret en Conseil d'État, ce cahier des charges est demeuré en veilleuse pendant plusieurs années. Pour les concessions d'outillage public dans les ports de commerce, le cahier des charges type résulte d'une circulaire ministérielle remontant au 30 janvier 1915 modifiée.

Le défaut de cahier des charges type ne fait pas obstacle à l'octroi des conventions de concession. a l'air de la décentralisation, la gestion de la plupart des ports maritimes passe sous l'autorité des collectivités territoriales ou de leurs groupements, et qu'en l'état actuel des textes en vigueur, les cahiers des charges type annexés à des circulaires ministérielles n'ont pas de valeur réglementaire qui peut les rendre opposables auxdites collectivités. De même, la législation et la réglementation susceptibles de s'appliquer aux concessions portuaires telles la concurrence, les règles de domanialité, les règles de police, sur l'urbanisme, la protection de l'environnement, etc. se sont étoffées depuis plusieurs décennies.

Les Grands Ports Maritimes métropolitains qui se sont substitués aux ports maritimes autonomes ne peuvent plus détenir ni exploiter des outillages publics comme le précisent les termes de l'article 7 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire en France. De ce fait, ces établissements publics n'ont plus le droit d'accorder de nouvelles concessions d'outillage public et même les concessions existantes deviennent caduques en raison de l'obligation qui leur est faite de céder lesdits outillages. L'activité des opérateurs ayant acheté ces outillages peut se poursuivre dans le cadre d'une convention de terminal.

Depuis l'entrée en vigueur de l'article 30 de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 transférant la propriété des ports d'intérêt national aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, l'octroi des concessions d'outillage public portuaire par les départements et les communes se fait via une procédure d'instruction prévues par l'article R 5314-4 du Code des transports.

Pour les grands ports maritimes, il y a lieu de consulter inévitablement, le conseil de surveillance de l'établissement public si le projet de travaux impacterait significativement, le projet stratégique ou qu'il nécessite une opération d'investissement dont le montant des

travaux dépasse le seuil de compétence du directoire. Pour les autres ports maritimes, la consultation comprend celle du conseil portuaire, et du concessionnaire (lorsqu'il n'est pas maître d'ouvrage) déjà en place.

Quelle est alors la mission de l'autorité concurrence à ce sujet ?

c) Le rôle de l'autorité de la concurrence en matière de concessions :

L'autorité de la concurrence doit jouer un rôle important dans l'octroi de concessions et elle doit être impliquée à un stade précoce du processus. Elle peut le faire en plaidant pour la concurrence au cours des phases d'organisation et d'attribution de la concession. Elle peut aider l'organisme concédant à organiser la concession de façon à maximiser la concurrence après attribution, par exemple en recommandant des formules appropriées de séparation horizontale et verticale, comme on l'a vu plus haut. Elle peut apporter des conseils sur le processus d'attribution, notamment sur le mode d'attribution le plus efficace et les moyens de minimiser les possibilités de complicité et de connivence. Si le processus prévoit l'introduction d'une réglementation, l'autorité de la concurrence peut y contribuer aussi, par exemple en ce qui concerne le type le plus efficace de réglementation des prix. En revanche, l'autorité ne peut pas se contenter d'inciter au respect des règles de la concurrence. Elle doit investir pour acquérir des compétences techniques sur le secteur concerné, à la fois pour asseoir sa crédibilité et renforcer l'utilité de ses avis. Enfin, l'autorité de la concurrence doit faire respecter sans faiblesse le droit de la concurrence durant tout le processus. Il ne doit pas y avoir d'exemptions ou d'exclusions vis-à-vis du droit de la concurrence dans des secteurs où il y a des concessions ; le droit de la concurrence doit leur être appliqué dans toute sa rigueur. L'autorité de la concurrence doit naturellement être consciente de la possibilité de complicité lors de l'attribution de la concession ainsi qu'après l'attribution dans les segments concurrentiels du secteur. Lorsque le concessionnaire est en situation de monopole, l'autorité peut occasionnellement sanctionner sa conduite en lui appliquant les dispositions sur l'abus de position dominante du droit de la concurrence, notamment lorsque cette conduite induit des exclusions.

Le Conseil de la concurrence au Maroc, n'a pas été impliqué dans les phases d'élaboration des concessions portuaires vu la démarche exceptionnelle adoptée pour leur attribution. Cependant, son président a laissé entendre sur les colonnes de la presse écrite Marocaine que parmi les grands chantiers futurs dudit conseil figure la coordination avec les quatre autres régulateurs du marché en l'occurrence : les télécoms, le marché financier, le secteur portuaire et l'audiovisuel⁵²⁵.

Autre élément important dans la démarche du nouveau président du conseil de la concurrence mérite d'être citée, il s'agit de l'attribution à cette entité d'un statut décisionnelle ce qui contribuera à mettre une assise solide de la concurrence dans tous les secteurs de l'économie. Ceci a été rendu possible suite à la promulgation du nouveau texte sur la concurrence au Maroc.

⁵²⁵ «Conseil de la concurrence des chantiers décisifs », L'économiste, édition du 25/06/2009.

d) Exigences de transparence :

À partir de 1991, le législateur français a imposé de manière subtile des règles et principes de transparence aux collectivités publiques dans leurs rapports contractuels avec des tiers. Mais c'est la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques qui a structuré cette transparence en fondant le régime des délégations de service public. La jurisprudence de l'UE confirme cette obligation. En effet, selon la CJCE, « *Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés* »⁵²⁶. Actuellement, il résulte du point 61 du préambule de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 que « *Pour lutter contre la fraude, le favoritisme et la corruption et prévenir les conflits d'intérêts, les États membres devraient prendre des mesures appropriées visant à assurer la transparence de la procédure d'attribution et l'égalité de traitement de tous les candidats et soumissionnaires. De telles mesures devraient en particulier viser à éliminer les conflits d'intérêts et les autres irrégularités graves* ». Le Conseil d'État a donné une interprétation extensive du concept de délégation de service public puisqu'il considère que même un sous-traité de concession conclu par une personne morale de droit public relève de cette catégorie⁵²⁷. Ce type de contrat est donc soumis à l'obligation de transparence et de mise en concurrence.

Mêmes exigences sont imposées au Maroc en vue d'assurer l'égalité des candidats, l'objectivité des critères de sélection, la transparence requise et l'impartialité des décisions, l'appel à la concurrence est obligatoire pour le délégant du service public.

e) Le financement des concessions :

L'exploitation des terminaux portuaires fait, de plus en plus, l'objet d'un partenariat dans le cadre de concessions ou d'opérations réalisées sous le régime du B.O.T. (*Build, Operate, Transfer*) qui correspond à un régime de concession mettant à la charge de l'opérateur la construction, la gestion et le transfert, à terme, au concédant des installations ou ouvrages réalisés. Cette solution permet de faire financer des ouvrages portuaires d'infrastructure par un opérateur public ou privé.

Le partenariat entre les autorités portuaires et le secteur privé est surtout développé à propos de l'exploitation de terminaux portuaires. Des appels d'offres sont lancés pour l'exploitation des terminaux à conteneurs, comme c'est le cas pour les ports du monde entiers. Dans certains pays ayant une économie collectiviste, comme en République Populaire de Chine, certaines structures parapubliques adoptent les méthodes du secteur privé. Parfois, la mise en œuvre du partenariat rencontre des difficultés dans le choix de l'opérateur, ainsi plusieurs adjudications peuvent avoir lieu pour l'attribution de la concession d'un terminal donné.

Tantôt, c'est l'ensemble du port qui fait l'objet d'une concession à une entreprise du secteur privé, comme était le cas des concessions accordées à la SODEP, même étant une entreprise publique. L'opération se déroulerait sous la forme d'un joint-venture avec d'autres

⁵²⁶ CJCE, décision du 6 avr. 2006, aff. C-410/04, ANAV, pt 21,

⁵²⁷ CE, décision du 21 juin 2000, Aff. SARL plage chez Joseph, in JurisData n° 2000-060639

entreprises et armements, comme a été le cas pour la concession des terminaux du port de Tanger Med I (voir supra).

Les armateurs s'intéressent à la maîtrise de la chaîne logistique de transport, c'est ainsi qu'ils acquièrent ou obtiennent la concession de terminaux spécialisés, on citera par exemple la gestion des terminaux à conteneurs du port de Casablanca par le groupe CMACGM, via sa filiale SOMAPORT. Ce groupe français est classé parmi les premiers opérateurs mondiaux.

Certains pays font appel à des entreprises étrangères pour l'aménagement et l'exploitation de nouveaux ports, comme cela est envisagé pour la réalisation du nouveau port de Tanger Med II. D'autres pays recherchent des financements auprès des établissements bancaires étrangers ou des institutions internationales, tel aurait été le cas de l'ex ODEP qui allait construire le port de Tanger Atlantic.⁵²⁸

On constate aujourd'hui que la concurrence et la coopération entre les ports ne connaissent pas les frontières. Les modes de financement publics et privés se complètent plus qu'ils ne se concurrencent. Parfois, le changement d'exploitant d'un terminal portuaire intervient de manière indirecte par la prise de participation majoritaire dans le capital de la société gestionnaire de l'installation.

Le procédé de concession porte sur la réalisation des projets dont le financement est assuré essentiellement par le concessionnaire. Ce dernier est appelé à réaliser des programmes d'investissements exigés par l'autorité concédante qui en contrôle le déroulement. Ceci étant, les recettes n'étant pas immédiates et leur montant étant limité, le concessionnaire apprécie la faisabilité de son projet sur la durée de l'exploitation. Plus elle est longue, plus l'amortissement est réalisable, plus les capitaux sont disponibles.

Par ailleurs, la durée du contrat étant longue, une relation de confiance s'instaure entre les parties pour la gestion du service. Outre sa soumission aux règles d'organisation contenues dans le cahier des charges, ce service peut être financé d'une façon dont seul le concessionnaire est redevable. Une liberté de gestion lui est, en conséquence, ouverte. Tant que l'objectif est atteint, l'administration n'a pas à se prononcer sur les procédés retenus à cette fin. De même, le rôle du concédant ne peut être joué que par une personne publique. Ceci offre, d'une part, une garantie de solvabilité du partenaire avec lequel l'entité concessionnaire contracte. D'autre part, consciente des difficultés de gestion et de rentabilité de certaines activités, l'administration a la possibilité d'intervenir pour soutenir financièrement son partenaire par des prêts à long terme ou par la prise des risques de refinancement et parfois même, par une participation au capital sous forme d'avance. Ce type de partenariat qui est très actif de la part du concédant est inéluctable si ce dernier cherche à réaliser des investissements lourds qui ont un coût élevé. Le concessionnaire, attributaire d'une telle politique, ne peut donc qu'en récolter les fruits.

Plus encore, la concession apparaît comme un outil intéressant, souple permettant l'abandon d'une exploitation en régie souvent lourde et coûteuse - comme était le cas pendant longtemps au Maroc - tout en laissant aux autorités publiques le moyen de contrôler les conditions d'exploitation de l'activité conférée .

⁵²⁸ Avant l'avènement de la réforme portuaire, Tanger était destinée à contenir un port maritime dont l'ex ODEP devait se charger de la construction.

B- Les types de contrats de concession :

La mise en concession d'un terminal portuaire se fait selon un procédé conventionnel qui est le contrat de concession. Cependant, la concession peut être accordée selon plusieurs modalités :

- « **Build-Operate-Transfer** » (**BOT**) : signifie (construction-exploitation-transfert) : désigne le contrat par lequel l'autorité concédante confie à un opérateur la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'infrastructures et perçoit, en contrepartie, sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers afin de recouvrer ses coûts, l'actif est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat.

C'est le scénario le plus fréquent en matière de concession de service public, son utilisation a pour résultat de faire réaliser, par le partenaire privée, des projets industriels, d'infrastructure ou d'équipement publics qui devaient être effectués et gérés par des établissements publics ou des entités du secteur public. La société privée bénéficie d'une convention de concession pour pouvoir financer, réaliser et assurer l'exploitation du projet concerné pendant la durée du contrat. A la fin de cette durée, le projet revient au gouvernement, selon les modalités convenues entre les parties. La période de concession est déterminée en fonction de la durée nécessaire pour que les revenus générés permettent à la société de rembourser sa dette avec un retour sur investissement compensant ses efforts et ses risques.

Les montages en concession type BOT ont, pour finalité, de faire payer le service rendu à l'utilisateur de l'infrastructure ou du projet plutôt qu'au contribuable. Ceci passe par une substitution de la gestion publique par une gestion privée mais sous contrôle public.

- « **Design-Build-Finance-Operate-Maintain-Transfer** » (**DBFOMT**) : signifie (conception- construction-financement-exploitation-maintenance-transfert) : désigne le contrat de concession par lequel l'autorité concédante confie à un opérateur, la conception, la construction, le financement, l'exploitation et la maintenance des équipements et biens de la concession et lui permet de percevoir, en contrepartie, sa rémunération sur les tarifs payés par les usagers afin de recouvrer ses coûts. L'actif, ainsi réalisé, est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat de concession selon les modalités convenues entre les parties ;

- « **Build-Own-Operate Transfer** (**BOOT**) : signifie (Construction-possession-exploitation-Transfert) : désigne le contrat de concession par lequel un opérateur se voit chargé du financement et de la construction d'un projet d'infrastructure qu'il possède et exploite et dont il pourra récupérer les coûts d'investissement, d'exploitation et d'entretien plus une marge bénéficiaire prédéterminée et ce, par l'application de tarifs, redevances et autres charges, aux usagers. L'actif est transféré à l'autorité contractante à l'expiration du contrat de concession.

D'autres formes moins usités et étant d'influence anglo-saxonne peuvent être employées tels le **DBFOM**, **Design-Build-Finance-Operate-Maintain** (conception-construction-financement-exploitation-maintenance) ou le **BOO- Build-Own-Operate** (Construction-possession-exploitation), le **BO - Build-Operate** (construction-exploitation) et le **LEASE-OPERATE (loue-exploite) qui désigne** un contrat par lequel l'opérateur loue à la personne publique un ouvrage ou équipement préexistant et l'exploite à ses risques et périls.

Sous-section 2 : Lecture des principales clauses contractuelles des documents de concession portuaire :

Comme précédemment souligné, la concession de services publics portuaires contient à la fois des clauses contractuelles contenues dans la convention et des clauses réglementaires faisant corps avec le cahier des charges y afférent. Il existe des clauses communes à ces concessions et d'autres qui ont un contenu spécifique eu égard aux caractéristiques des activités concernées. On observe toutefois une évolution commune de la législation en matière de sûreté ; ainsi ont été étendues aux ports maritimes quelques dispositions spécifiques tel le Code International pour la Sûreté des navires et des Installations Portuaires (Code ISPS) et l'extension de la convention pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (Convention SOLAS). S'agissant des marchés publics, les gestionnaires de ports maritimes ont la qualité d'opérateurs de réseaux au sens de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Avant de passer en revue ces clauses, nous estimons judicieux de voir, d'abord, la sécurité juridique qu'elles procurent.

§1- Sécurité juridique et efficacité des contrats publics

Les expressions « *contrats publics* » et « *sécurité juridique* » ne sont pas très anciennes dans les ordres juridiques marocain et français ; leur récurrence de nos jours n'est pas due à un effet de mode. Le principe est que faute de sécurité juridique garantie par les textes législatifs, c'est à la sécurité contractuelle qui prévaut via la bonne élaboration des documents de la concession et surtout ses clauses. En effet, l'établissement de l'équilibre contractuel pousse les parties à chercher à garantir leur sécurité par des engagements réciproques ; La force obligatoire du contrat étant le meilleur garant de cette sécurité, elle neutralise les aléas du futur « en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »⁵²⁹ et en assurant une « emprise sur l'avenir », comme l'a souligné P.HEBRAUD.

Pendant, pour maintenir cet équilibre contractuel pendant toute la durée de l'exécution de la convention de concession suppose un effort d'adaptation continu du contrat pour réussir à assurer continuellement la sécurité juridique. Pour sauver l'équilibre contractuel- élément essentiel de la concession- les parties, dans le cadre de leur négociation, peuvent être amenées à renoncer à une part de la sécurité qui est arrangée par leur soins lors de l'établissement contractuelle (A) et poussées des fois à la déjouer au nom du rétablissement de ce même équilibre(B).

A- L'équilibre contractuel : otage de la sécurité juridique

L'équilibre contractuel est celui établi entre les parties contractantes sur le plan des obligations et des droits réciproques. Lors de l'élaboration de clauses, les deux parties se projettent dans l'avenir et essaient de le contenir dans des stipulations contractuelles qui les protègent contre les mauvaises surprises. Chacune d'elles s'oblige à respecter ses engagements pour assurer la sécurité juridique de son cocontractant.

⁵²⁹ Cité par GHESTEIN, in « traité de droit civil : la formation du contrat », 3ème édition, 1993.

Il s'agit notamment, de l'exécution continue et équilibrée du contrat. Pour ce faire, la concession suppose la mise en œuvre des procédures de passation assez lourdes et la mobilisation de moyens d'exécution assez importants. Le Conseil d'État lui-même, lorsqu'il a, à maintes reprises, étudié la sécurité juridique, n'en a pas donné de définition : il a essentiellement dénoncé la prolifération des textes, l'instabilité des règles, la dégradation de la norme ; il en a identifié les causes et les effets, cherché les remèdes ; il est remonté aux exigences de l'État de droit. En 2008, il a indiqué que « *le principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel* », mais seulement dans le droit communautaire et dans celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tels qu'ils ont été développés par la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Cour Européenne des Droits de l'Homme. ».

Lorsqu'un contrat a été conclu et que sa validité n'est pas en cause, il assure aux parties la sécurité propre aux engagements qu'elles ont pris l'une envers l'autre. Elles ont assuré leur sécurité juridique par le contrat lui-même. La violation de leurs engagements entraîne leur responsabilité : leur condamnation doit réparer le désordre que constitue cette violation. Il peut y avoir matière à hésitation sur la portée des clauses convenues : la sécurité juridique peut néanmoins être assurée par une interprétation reprenant les principes formulés par l'article 1135 du code civil français et Article 231 du code des obligations et du contrat au Maroc, selon lesquels, *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage donnent à l'obligation d'après sa nature*. S'agissant plus particulièrement des contrats administratifs, doivent être prises en compte les exigences de l'intérêt général à la réalisation duquel ils contribuent directement ou indirectement. Il n'y a là rien de singulier ; il n'est pas nécessaire d'invoquer la sécurité juridique pour identifier ou adopter des solutions.

La question de la sécurité juridique ne se pose que lorsque la stabilité des relations résultant du contrat est menacée par la survenance d'événements nouveaux. Ne relèvent pas de la sécurité juridique ceux qui constituent des circonstances de fait : ils peuvent certes affecter l'exécution du contrat et conduire à le remettre en cause lui-même ; mais n'étant pas constitués par des changements de droit, ils ne peuvent pas être pris en compte au titre de la sécurité juridique. Ainsi les circonstances de force majeure et d'imprévision constituées par des phénomènes matériels ou financiers n'ont pas à être considérées ici.

Seules peuvent être analysées les modifications juridiques pouvant toucher les contrats publics. Les unes, extérieures aux parties, tiennent aux normes nouvelles concernant le contrat qu'elles ont conclu ; les autres, s'agissant seulement de ceux de ces contrats qui ont un caractère administratif, peuvent venir de la partie publique cocontractante. Ainsi doivent être distinguées les normes nouvelles adoptées de manière générale par voie législative ou réglementaire et qui affectent l'exécution des contrats en cours et les mesures prises isolément par une collectivité contractante au sujet du contrat qui la lie à une autre personne.

L'exécution équilibrée du contrat entre les parties est la seconde nécessité sécuritaire pour les parties. L'enjeu est le même que pour les contrats de nature privée, étant précisé que les contrats ont été régulièrement conclus sous l'empire d'une législation englobant le maximum de règles inspirées, à la fois, de la loi et des règlements. L'équilibre est mesuré par référence à la prestation fournie par le concessionnaire, d'une part, et par la rémunération de

ce dernier, d'autre part. Ces deux référentiels sont envisagés dans la perspective d'assurer la sécurité du concessionnaire et celle du concédant.

Un autre aspect est important à souligner à ce sujet c'est la sécurité juridique face aux décisions unilatérales du cocontractant public. En effet, l'administration contractante peut être tentée, dans certains contrats et de sa seule autorité, le modifier voire le résilier. Il s'agit en l'occurrence des pouvoirs de modification et de résiliations unilatérales dans les contrats administratifs et qui font peser sur ces derniers un risque de mutabilité et, par conséquent, d'instabilité. C'est une illustration de l'insécurité juridique qui pèse sur les contrats publics.

Le CE avait précisé à ce sujet « Au risque du paradoxe, c'est pourtant en cette matière que la sécurité juridique est le mieux assurée ; la raison première en est que l'existence de ces pouvoirs et la mutabilité qui en découle pour les contrats sur lesquels il porte, est aujourd'hui clairement établie et son exercice, rigoureusement encadré : si la stabilité des contrats se trouve affectée par la modification et la résiliation, le droit applicable à ces pouvoirs et aux contrats qu'ils affectent est certain : à cet égard, il n'y a pas d'insécurité juridique. ».

Toutefois, il faut noter que les pouvoirs, ci-dessus, ne peuvent être exercés pour les contrats administratifs qui relèvent du régime de droit privé ; ils ne sont reconnus que pour les contrats administratifs.

L'incertitude dans les contrats en général et ceux relevant du droit administratif en particulier, peut résulter des approximations touchant à la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun. Ceci renvoie, également, à un autre aspect des rapports entre sécurité juridique et contrats publics ; dès lors qu'un contrat « public » est un contrat de droit commun, il ne risque pas la mutabilité qui est propre aux contrats administratifs. Pour ces contrats, la mutabilité fait partie des règles générales qui leur sont applicables, comme l'ont reconnu, le Conseil d'État, le Tribunal des conflits et le Conseil constitutionnel. Ces caractéristiques sont inhérentes aux contrats administratifs.

B-La sécurité juridique déjouée lors du rétablissement de l'équilibre contractuel :

a) L'imprécision de la loi et la jurisprudence :

Depuis quelques années, sous l'influence du droit de l'UE, le principe de sécurité juridique a, petit à petit, été reconnu en droit interne français. Le Conseil Constitutionnel a consacré l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme législative. Il ajoute que cet objectif impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution et contre le risque d'arbitraire* ».

La question s'est posée, en France, pour l'institution du « port autonome », que la loi se contente d'indiquer qu'il s'agit d'un établissement public de l'État ; l'imprécision du texte a donné lieu à une jurisprudence hétérogène. Pour le Conseil d'État, il s'agit d'un établissement public à double visage exerçant à la fois des activités industrielles et commerciales et des missions de service public à caractère administratif, tandis que la Cour de Cassation estime que le port autonome est un établissement public industriel et commercial.

La même imprécision se retrouve dans la loi no 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire à propos des GPM qui sont des établissements publics de l'État. Le régime

juridique de certaines activités portuaires doit être, également, clarifié. Dans le silence de la loi, le Tribunal des Conflits avait estimé que les conditions d'accostage des navires dans les ports de commerce relevaient du service public à caractère administratif, tandis que dans les ports de plaisance, la répartition des postes d'amarrage constitue une mission de service public à caractère industriel et commercial.

Sur le plan litigieux, il y a des matières qui impliquent, parfois sur une même affaire, l'intervention des deux ordres de juridictions, c'est le cas par exemple des litiges relatifs à la consistance du domaine public. Si la compétence des juridictions administratives est exclusive quant à la qualification du domaine public, la question sous-jacente du droit de propriété relève de la compétence des juridictions judiciaires.

La jurisprudence a consacré, depuis longtemps, le principe de sécurité juridique, mais l'efficacité de sa mise en œuvre n'est pas toujours démontrée comme c'est parfois le cas à propos des ports maritimes. En raison de la multiplication des textes et des principes jurisprudentiels, la cohérence entre ces diverses dispositions devient une nécessité pour faciliter une gestion harmonieuse des ports. Le Conseil d'État a d'ailleurs estimé qu'elle constituait un critère de légalité des décisions prises par les pouvoirs publics.

b) Stabilité non garantie de la jurisprudence :

Même si la stabilité de la doctrine est, en principe, garantie à l'égard des usagers du service public via les dispositions de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, la Cour de Cassation considère, pour sa part, que les justiciables n'ont aucun droit acquis au maintien de la jurisprudence. Elle indique que « *si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges* ».

Une évolution jurisprudentielle a été enregistrée à propos de la manutention portuaire qui était considérée en France, il y a quelques années, comme un élément du service public. Aujourd'hui, le Conseil d'État siégeant en formation administrative considère que ce n'est plus le cas. La Cour de Justice considère, pour sa part, qu'il s'agit d'une activité de nature industrielle. Par ailleurs, le caractère économique de cette activité doit s'apprécier sous l'angle libéral de l'économie de marché.

En France, lorsqu'une situation n'est pas réglée par un texte ou par la jurisprudence, deux voies sont possibles, il s'agit d'une part des demandes d'avis contentieux de la part de juridictions du premier ou du second degré devant le Conseil d'État ou la Cour de Cassation lorsqu'une question nouvelle de droit est soulevée, ou d'autre part, des demandes d'avis peuvent être formulées par un membre du gouvernement au Conseil d'État statuant en formation administrative ou par le Préfet du département devant le tribunal administratif ou la Cour Administrative d'Appel.

Pour ce qui est de la situation au Maroc, la question n'a pas, à notre connaissance, été posé au juge.

L'équilibre contractuel dans une convention de concession peut être perturbé en raison du manquement de l'une des parties à ses engagements contractuels ou en raison d'un événement extérieur qui ne leur est pas imputable. Le cas échéant, deux situations sont

possibles : soit une modification est apportée au contrat pour rétablir l'équilibre rompu, soit il est mis fin à l'accord de façon anticipée. La modification peut intervenir soit d'un commun accord entre les parties soit émerger d'une décision unilatérale de l'autorité concédante, dans ce cas cette dernière a le pouvoir d'exiger que le cocontractant continue d'exécuter son contrat en dépit d'événements extérieurs (aléa administratif ou économique) modifiant l'équilibre contractuel, avec toutefois des contreparties financières dans les limites du bouleversement financier du contrat. La première solution a pour fondement la liberté contractuelle et elle est reconnue par la loi. Elle est même obligatoire lorsque l'équilibre financier est remis en cause. Quoique nécessaire pour le rétablissement de l'équilibre contractuel, la modification de la concession constitue, pour la sécurité juridique des parties, une atteinte sérieuse surtout lorsqu'elle intervient de manière unilatérale. Pour réduire cette atteinte, elle ne doit pas changer l'objet de la concession ni ses éléments essentiels tels que la durée ou le volume d'investissements.

Toutefois, et aussi paradoxal que cela puisse paraître et dépit du principe posé par le code civil et disposant que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel... », l'administration peut pour sa part modifier ou résilier unilatéralement un contrat administratif, cette faculté peut constituer en soi une garantie de la sécurité juridique. Elle est une garantie tant qu'elle reste en suspens et est utilisée comme moyen de faire face aux imprévus et si elle trouve sa justification dans la poursuite de l'intérêt public³¹⁴ ou les exigences du service public mais n'est pas sans limite : il doit « épargner les clauses financières du contrat qui appartiennent au noyau dur contractuel »³¹⁵. Son usage immodéré peut en outre entraîner la résiliation du contrat à la demande du contractant privé³¹⁶. Et l'administration doit alors intégralement compenser les charges financières en résultant.

En somme, le contrat peut être un cadre pour l'arrangement de la sécurité juridique et peut être, également, une menace pour la sécurité juridique. Il arrive que le concessionnaire renonce à une part importante de sécurité en reconnaissant au concédant la faculté de résilier à tout moment le contrat ou de racheter la concession sans préavis ce qui peut déjouer cette sécurité même en la présence des voies de recours ouvertes (voir supra).

Pour conclure, on peut dire que la sécurité juridique est un facteur de développement du contrat de concession dans la mesure où elle garantit aux parties un seuil de prévisibilité et de stabilité des règles applicables et un support sur lequel se forme la confiance mais elle demeure un moteur de développement parmi d'autres. La conciliation entre sécurité juridique et mobilité du contrat reste difficile à atteindre.

§2- : Les clauses relatives à l'exécution du contrat de concession

Il est à signaler qu'une rédaction correcte du contrat de concession revêt une importance primordiale dans son exécution. Le maître mot de cette rédaction est l'existence d'un équilibre. Cet équilibre doit couvrir tous les stades allant de la préparation, passant par l'attribution jusqu'au fonctionnement de la concession.

Cette rédaction comporte deux documents ; la convention et le cahier des charges qui constituent un tout⁵³⁰. En France, les cahiers des charges types pour les concessions portuaires

⁵³⁰ Ceci explique et a justifié l'élaboration d'un cahier des charges type spécifique

sont annexés à des circulaires et ne présentent pas le caractère d'acte administratif. En tout état de cause, bien que contenant des clauses de nature réglementaire portant sur l'organisation du service public, le cahier des charges de toute concession a, en principe, une nature contractuelle. La méconnaissance des stipulations d'un contrat de concession ne peut être utilement invoquée comme moyen de légalité à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir.

Quels sont alors les contenus de ces documents qui sont adjoints d'annexes faisant, également, partie des documents de concession ?

A - Objet et périmètre de la concession :

a-L'objet du contrat de concession :

L'objet de la concession détermine, généralement, le champ de compétence du concessionnaire et les zones nécessaires à l'exploitation des ports, terminaux ou quais attribués au concessionnaire ainsi que les activités qui lui sont concédées sur le périmètre accordé.

Si la concession peut porter sur tout ou partie des ouvrages et installations portuaires, elle ne peut conférer un monopole d'utilisation au profit d'un seul usager. Cependant, la Cour de Cassation française a jugé qu'un port autonome pouvait concéder à un opérateur la manutention et le stockage des conteneurs sur l'ensemble d'un terminal, sans que cette circonstance constitue une situation de caractère anticoncurrentiel. Toutefois, dans l'hypothèse d'un monopole d'exploitation des ouvrages, les usagers n'ont pas l'obligation de recourir à tous les services mis à leur disposition par le concessionnaire.

L'objet de la concession doit être compatible avec la destination du domaine public portuaire, ce principe est d'ailleurs rappelé par toutes les conventions de concession. En France, la plupart des concessions portuaires portaient uniquement sur l'outillage. Le principe était que l'Etat prend en charge l'infrastructure et le secteur privé la superstructure. C'était le cas, également, au Maroc au début du siècle dernier ce qui n'a pas favorisé la continuité de ces contrats qui étaient déficitaire pour l'Etat.

La définition de l'objet de la concession permet au concédant de contrôler la nature des activités du concessionnaire et, le cas échéant, leur niveau. En cas de non-respect des objectifs de la concession, la résiliation du contrat pourra être prononcée à l'encontre du concessionnaire défaillant. Il est cependant permis au concessionnaire d'exercer des activités annexes en raison de l'utilité qu'elles présentent pour les usagers⁵³¹. Enfin, le régime de la concession ne saurait permettre au concédant de déléguer tous les pouvoirs qu'il tient de la loi, et en particulier le pouvoir de police.

En matière portuaire, il se peut que la concession porte à la fois sur la réalisation des ouvrages et leur exploitation. Il s'agit d'une concession de service public d'une double nature, à caractère administratif pour la réalisation des ouvrages, mais à caractère industriel et commercial pour l'exploitation des outillages Publics aux outillages.

⁵³¹ Le décret n° 2-07-263 du 19-09-2008, publié au BO n° 5670 du 02/10/2008, relatif à l'application des dispositions des articles 5, 7, 9 et 60 de la loi 15 -02 fixe la liste des activités portuaires connexes.

En France, la plupart des concessions portuaires du siècle dernier ont été limitées aux outillages et ce, suivant le principe selon lequel, l'Etat prend en charge l'infrastructure et l'opérateur privé la superstructure.

Au Maroc, la concession du port de Tanger Med donne à la société TMSA, chargée de réaliser, au nom et pour le compte de l'Etat, le programme de développement du port, a le droit exclusif : *« la contribution à la recherche et à la mobilisation des financements nécessaires à la réalisation du programme précité, en concours avec les financements budgétaires ;*

2 - l'élaboration de l'ensemble des études ou plans généraux, techniques, économiques et financiers se rapportant à la conception, la réalisation et l'exploitation du port et des zones précitées ;

3 - la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre de la construction du port, ainsi que l'aménagement, l'exploitation et l'entretien dudit port ;

4 - la réalisation, l'aménagement, l'exploitation et l'entretien des zones prévues à l'article premier ci-dessus, en exerçant dans les zones franches d'exportation les compétences reconnues à l'organisme prévu aux articles 5 et 6 de la loi précitée n° 19- 94 et en accordant directement les autorisations d'installation dans lesdites zones franches, prévues à l'article 11 de la même loi ;

5 - la réalisation des infrastructures permettant de relier le port et les zones précitées entre elles et avec les réseaux routiers, autoroutiers, maritimes, aériens et ferroviaires, nationaux et internationaux, ainsi que les infrastructures permettant d'alimenter le port et lesdites zones en eau, sous réserve des compétences de l'Agence de bassin concernée ;

5bis - la réalisation d'infrastructures alternatives de télécommunications qu'elle pourra louer ou céder, après appel à concurrence, à un ou plusieurs exploitants de réseaux publics de télécommunications ou à un demandeur de licence dans le cadre d'un appel d'offres, sous réserve des dispositions de la législation réglementant le secteur des télécommunications ».

De l'objet de cette concession on se rend compte qu'il s'agit d'une concession de gestion et non pas de simple exploitation.

b-Le périmètre de la concession :

Il désigne le contour de la surface à l'intérieur duquel le concessionnaire réalise l'objet de la concession qui lui est attribuée. Le périmètre de la concession, tel que généralement spécifié par les conventions de concession, comprend deux volets : celui relatif à la liste des ports ou infrastructure et les installations portuaires (terminaux, quais, etc.) concernés par la convention de concession appelé, également, périmètre physique ou géographique de la concession ainsi que celui relatif à la liste des activités à exercer par le concessionnaire appelé périmètre fonctionnel.

La convention de concession liant l'ANP à la SODEP , pose les limites au périmètre donné à cet dernière ; en effet, elle agit dans les ports où intervenait l'ex ODEP à l'exception des ports de Kenitra et Tan Tan ; ports déficitaires que l'ANP doit gérer conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi 15-02 qui stipule que *« Elle exerce (ANP), en outre, toute activité d'exploitation portuaire n'ayant pu être confiée, dans les conditions fixées par les articles 12 et 17 de la présente loi, à un concessionnaire ou à un permissionnaire dans un port donné ».*

Pour ce qui est de la liste d'activités concédées à la SODEP, l'article 42 de la même loi précise que la convention de concession précise « *la liste des activités portuaires exercées par la société (sous-entendre SODEP), qui englobe l'ensemble des activités commerciales exercées par l'Office d'exploitation des ports à la date d'entrée en vigueur du présent titre* ».

Les documents de concession sont souvent adjoints des plans avec délimitation du périmètre de la concession. La prise en compte des aspects géographiques et économiques des infrastructures portuaires à concéder détermine le choix des périmètres de concession. L'on peut soit regrouper au sein d'un seul et même contrat de concession un ensemble des ports (cas de la concession accordée à la SODEP) soit réserver à chaque infrastructure (terminal, quai, etc.) une convention à part.

B- La formation de la convention de concession:

La concession est un contrat administratif qui contient des conditions générales de formation de tout contrat à savoir le consentement, l'objet et la cause, nous allons voir successivement les parties à la concession, son contenu et sa forme.

a) Les parties de la convention de concession:

La concession est un contrat dans lequel les parties contractantes sont le concédant et le concessionnaire.

1- Le concédant :

C'est l'autorité compétente représentant la personne publique ou ayant un droit lui conférant la latitude de consentir des occupations du domaine public à des tiers. Dans le cadre du contrat de concession, le concédant, personne publique, transfère son activité au concessionnaire, entité publique ou privée. Cette délégation de service public est un élément fondamental de la qualification de l'opération de concession. Ceci dit, le concessionnaire gère le service public en son nom et pour son compte, mais le concédant garde le contrôle sur l'activité via les outils prévus aux contrats. La nature même du service public oblige le concédant à garder le contrôle de l'activité.

La conclusion du contrat de concession présente des avantages pour le concédant que pour le concessionnaire. Pour le concédant, il lui permet d'enrichir son patrimoine, dans la mesure où le concessionnaire est rémunéré par les redevances versées par les usagers du service public. De même, les biens concédés retournent, en fin de concession dans son patrimoine, ce qui n'est pas dérisoire du moment que l'administration récupère les infrastructures qu'elle n'a pas financées et qu'elle a délégué sans les céder. L'autorité concédante, de par la réglementation et les clauses contractuelles, conserve la latitude d'orienter le concessionnaire dans l'intérêt du service délégué et ce, par les outils juridiques que lui confère le contrat de concession (respect du DP, respect des principes du service public, etc.). Il a l'obligation de surveiller la bonne exécution de la gestion du service public et d'en sanctionner les manquements ou défaillances, le cas échéant. En effet, dans tout contrat de concession, les pouvoirs publics ont le droit d'imposer des pénalités, voire même de résilier la concession en reprenant le projet sans compensation.

La mission de concédant d'un service public ne peut être assumée que par une personne publique. Ceci offre comme souligné ci-dessus, d'une part, une garantie de solvabilité du partenaire avec lequel l'entité concessionnaire contracte et, d'autre part, consciente des difficultés de gestion et de rentabilité de certaines activités, l'administration a la possibilité d'intervenir pour soutenir financièrement son partenaire par des prêts à long terme, par la prise des risques de refinancement, et parfois par une contribution au capital sous forme d'avance. Ce type de partenariat qui est très dynamique pour le concédant est inévitable si ce dernier cherche à réaliser des investissements à coût élevé.

L'État, en France, intervient comme partie prenante sur le plan économique dans de multiples domaines, afin d'assurer la cohérence de son action. Pour ce faire, il a institué l'Agence des Participations de l'État qui propose au ministre chargé de l'Économie la position de l'État actionnaire en ce qui concerne la stratégie des entreprises et organismes publics au nombre desquels il y a les Grands Ports Maritimes. L'agence est représentée au sein de leur conseil de surveillance.

Par ailleurs, entre certains établissements publics portuaires est créé un conseil de coopération interportuaire afin d'assurer la cohérence de leurs actions notamment en matière d'investissement et de promotion des ports. La loi sur l'économie bleue du 20 juin 2016 a instauré au sein du conseil de développement des GPM une commission des investissements comportant deux collègues, l'un pour les investisseurs publics et l'autre pour les investisseurs privés. Cette commission donne un avis sur le projet stratégique et sur les projets d'investissements publics d'infrastructures d'intérêt général sur le domaine public, et à inclure dans le projet stratégique. Selon l'article L 5312-11 du code des transports, si le conseil de surveillance du GPM ne suit pas un avis négatif de la commission, il doit motiver sa décision.

2- Le concessionnaire :

Le concessionnaire est de plus en plus une société d'Etat ou une société d'économie mixte ou l'administration dispose de la majorité, ce qui permet à l'Etat de disposer sur les entités des moyens d'action et de contrôles en plus des prérogatives prévues par les conventions de concession, et aussi lui permet l'accès aux financements des personnes privées.

Le concessionnaire peut être un établissement public tel les offices qui sont soumis au contrôle direct de l'Etat comme il peut être une personne cent pour cent privée auquel cas elle doit répondre à des critères particuliers. Le contrat de concession lui impose, notamment au de supporter les risques et périls de la concession. Le contrat conclu généralement avec un concessionnaire qui est une personne privée pose les règles d'un partage des risques financiers entre les cocontractants, une égalité entre les avantages accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées sur le long terme lui permettant d'assurer son équilibre contractuel.

► **Les caractéristiques des entreprises portuaires concessionnaires de service public portuaire :**

L'intervention du secteur privé dans les opérations portuaires consiste, le plus souvent, à exercer des activités à caractère industriel et commercial dont les plus importantes sont les opérations de manutention et de stockage des marchandises transitant par les ports. L'exercice de ces métiers portuaires comprend des aspects standards, communs à toutes entreprises. Il comprend, également, des aspects très spécifiques du secteur, qui résultent non pas d'une

grande complexité du métier ou des projets, mais de la multiplicité des acteurs concernés, de la dimension de service public que les autorités responsables confèrent souvent à l'activité et de l'éventuel caractère capitalistique de l'activité qui suppose souvent un engagement sur le long terme.

► L'environnement d'intervention de la société concessionnaire :

L'entreprise portuaire doit s'adapter à son environnement qui est décliné sur trois dimensions. Le premier se rapporte à son environnement national. Pour mettre en évidence la complexité de l'environnement de l'entreprise portuaire concessionnaire dont l'activité s'inscrit simultanément dans une communauté portuaire, dans une chaîne de transport et dans un environnement national ou international, tout en conservant les principales attributions d'une entreprise, nous allons passer en revue son environnement légal, économique, politique et social.

L'entreprise portuaire se trouve, comme toute entreprise privée, soumise à l'environnement du pays dans lequel elle exerce son activité. Cet environnement national comporte de multiples dimensions : juridique, économique, sociale et politique.

L'environnement légal et réglementaire est une donnée importante. Il comprend les règles de droit commun applicables, qu'elles relèvent du droit national ou de conventions internationales auxquelles le pays a adhéré⁵³² : droit des entreprises et de la concurrence, fiscalité, contrôle des changes, réglementation sur les prix de transfert, droit du travail, police et droit des concessions, réglementation domaniales, etc.

Il comprend, également, des dispositions sectorielles applicables aux ports, comme leur régime juridique ou les règles en matière de police et de sécurité, voire des dispositions spécifiques en matière de domanialité, du droit du travail (régime des dockers)⁵³³.

La législation portuaire marocaine, à l'exception de l'arsenal juridique mis par la loi 15-02, comporte encore des dispositions jugées archaïque et même en déphasage avec les objectifs de modernisation du secteur.

Ceci est emprunt d'une prédominance de la dimension industrielle et commerciale vu que l'activité de l'entreprise portuaire concessionnaire est une prestation de service mais elle présente une forte dimension industrielle et commerciale. C'est l'une des raisons de l'introduction de la gestion privée dans les ports, car il est couramment admis qu'une entreprise dispose d'une souplesse et d'une réactivité lui permettant d'exercer ces missions de façon plus efficace qu'un organisme public.

Sur le plan industriel, l'opérateur doit pour exercer son métier, financer, mettre en place, exploiter et entretenir les infrastructures et équipements nécessaires à son activité. Il est conduit, comme toute entreprise, à utiliser son savoir-faire et ses ressources propres et de mettre, également, en œuvre des relations contractuelles avec divers fournisseurs

⁵³² La loi 54-05 sur la gestion déléguée des services publics impose que la société concessionnaire soit une personne morale de droit marocain et régie par l'ordre juridique marocain.

⁵³³ Le régime des dockers au Maroc a disparu avec la réforme portuaire instaurée par la loi 15-02.

d'équipement ou de service ⁵³⁴ pour des opérations spécifiques et avec le système bancaire pour le montage financier de l'opération.

Sur le plan commercial, l'opérateur portuaire est en contact direct avec ses clients, armateurs ou chargeurs qui sont sensibles à la qualité de service fournis et aux tarifs pratiqués. Cette sensibilité dépend du degré de captivité du client, ce qui met l'évidence sur une autre dimension de la commercialité de l'activité portuaire, il s'agit de l'existence ou non de la concurrence entre ports et inter ports.

§2- Régime juridique des biens de la concession :

Toute concession portuaire mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public. L'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, acquis par le concessionnaire pose la problématique de leur régime juridique qui déterminera leur traitement tout au long de la concession et surtout à sa fin normale ou anticipée.

a- assiette de la concession :

Les ouvrages et outillages composant l'assiette de la concession se composent de biens de catégories déterminées. En effet, les cahiers des charges des concessions déterminent souvent trois catégories de biens : les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres.

► **Les biens de retour :**

Le doyen G. Vedel considérait que les biens de retour « *sont ceux dont le cahier des charges prévoit qu'ils seront, en fin de concession, de façon obligatoire et gratuitement, la propriété de la collectivité concédante* »⁵³⁵. En fait, la jurisprudence considère ces biens comme étant incorporés au domaine public du concédant dès leur réalisation ou leur affectation au service public géré par le concessionnaire.

En effet, le caractère de biens de retour était l'un des points primordiaux de contestations par la doctrine devant la jurisprudence, qui demandait une plus grande liberté des parties pour qualifier les biens de la concession de biens de retour ou de reprise. Le Conseil d'État n'a pas marqué de révolution à ce sujet. Ces décisions rappellent que l'ensemble des biens, meubles et immeubles, créés ou acquis dans le cadre de la concession et « *nécessaires au fonctionnement du service public* » ou « *indispensables au fonctionnement du service public* » sont des biens de retour.

C'est dire qu'aucune marge de manœuvre n'est ouverte aux cocontractants, puisque la détermination des biens de retour est purement objective et dépend de leur nécessité pour le service public. C'est dans ce sens qu'est allé le Conseil d'État en réaffirmant le principe selon lequel dans le silence de la convention, les biens de retour appartiennent « *dès leur acquisition ou leur réalisation* », à la personne publique.

⁵³⁴ Il s'agit essentiellement de contrats de construction, acquisition d'outillage, contrats de sous-traitance, etc.

⁵³⁵ « Les conditions d'exploitation des concessions portuaires », Robert REZENTHEL DMF n° 569 Mars 1997.

Les biens de retour se composent généralement, des terrains, constructions, bâtiments, ouvrages, installations, matériels et objets mobiliers et équipements lourds et fixes mis à la disposition du concessionnaire et nécessaires à l'exploitation de la concession. Ils se composent, également, des biens du domaine public.

Le concessionnaire, même si c'est lui qui finance ces biens, n'en est pas pour autant propriétaire. Ceci a des implications sur les garanties bancaires et les hypothèques ce qui a pour conséquences de réduire la capacité du concessionnaire à mettre en place un plan de financement. Il est recouru des fois à une garantie de l'Etat aux prêts octroyés au concessionnaire ce qui constitue une garantie bien meilleure qu'une hypothèque.

A la fin de la convention de concession, tous les biens qualifiés de biens de retour reviennent, à ce moment gratuitement à la personne publique. Il en va de même aussi bien de ceux établis sur la propriété de cette personne publique que de ceux établis sur la propriété du concessionnaire et qui sont demeurés sa propriété, en vertu des clauses contractuelles, pendant toute la durée du contrat. Cela découle du fait qu'ils « *ont été amortis au cours de l'exécution du contrat* ». En effet, la circonstance que le contrat de concession prévoit le versement au concessionnaire, à l'expiration de la concession, d'une indemnité destinée à compenser la valeur non amortie des biens nécessaires au fonctionnement du service public ne fait nullement obstacle, à ce que ces biens appartiennent dès leur réalisation ou leur acquisition, à la personne publique concédante .

Pour ce qui est du régime du retour des biens, la liberté contractuelle est strictement limitée. Elle ne peut s'exercer que dans un sens : le contrat peut ainsi prévoir que le concessionnaire doit reprendre les biens qui ne sont plus nécessaires au fonctionnement du service public concédé.

Deux hypothèses sont prévues où le retour de ces biens ne se fait pas à titre gratuit : La première est celle où le contrat est résilié avant son terme auquel cas, le concessionnaire est indemnisé à hauteur de la valeur non amortie des biens concernés. Cela ne pose pas de problème quand la durée d'amortissement des biens était inférieure ou égale à la durée du contrat. Dans ce cas, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable inscrite au bilan. Lorsque, au contraire, la durée d'amortissement était supérieure à la durée du contrat, l'indemnisation équivaut « *à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat* ».

La seconde hypothèse est celle où les parties ont convenu, en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée normale d'amortissement, une indemnité pour le concessionnaire à l'issue du contrat. Cette possibilité existe, comme l'a confirmé le Conseil d'État⁵³⁶.

► Les biens de reprise :

Par définition, ce sont des biens qui sont utiles mais non indispensables au fonctionnement du service public. Ils sont la propriété du concessionnaire. Pour ce qui est de leur régime, contrairement aux biens de retour, le principe pour ces biens est le paiement d'un *prix en contrepartie* si la personne publique concédante exerce son droit de reprise.

⁵³⁶ CE, 4 juill. 2012, n° 352417, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, Véolia Eau – CGR, Rec. CE tables 2012, p. 842

En effet, dans le cas des biens de reprise et contrairement aux biens de retour, un transfert de propriété est opéré et résulte d'un échange de nature «commercial » donnant lieu à la fixation et le paiement prix.

Pour le calcul du prix de reprise à payer par le concédant, en pratique l' on considère la part non amortie du coût initial des installations en l'absence de clauses contractuelles contraires, on effectue une évaluation « réelle », effectuée par des experts comptables qui prennent en considération la valeur du bien au moment du rachat en comparaison avec la valeur économique réelle du bien ne tenant pas compte de son amortissement.

Comme pour les biens de retour, si les biens de reprise n'ont pas fait retour au concédant en bon état d'entretien et de renouvellement, il a la latitude de prélever une somme déterminée sur le prix dû.

Il faut signaler que le droit de reprise étant facultatif, la personne publique concédante peut décider de ne pas exercer cette faculté, auquel cas, le concessionnaire doit enlever, à ses risques, frais et sans indemnités les installations qualifiées de biens de reprises effectuées sur le domaine public de la concession.

Les biens de reprises sont de deux catégories ; des biens de reprise automatique et des biens de reprise éventuelle :

Pour les premiers, il faut dire que depuis la réforme portuaire au Maroc permettant l'octroi de droits réels sur le domaine public de l'Etat et de ses établissements publics, de tels droits peuvent être reconnus sur les ouvrages et installations réalisés ou acquis par le concessionnaire. Selon la doctrine : *« les ouvrages réalisés sur le domaine public dans le cadre d'une concession autorisant l'occupation dudit domaine sur lesquels le concessionnaire dispose d'un droit réel... ne constituent pas des biens de retour puisqu'ils sont la propriété du concessionnaire pendant toute la concession ; ils ne constituent pas non plus de biens de reprise ou des biens propres du concessionnaire (puisque à l'issue du titre ils doivent être démolis ou abandonnés)...Ils constituent en réalité ce que l'on pourrait peut-être appeler "des biens de reprise automatique « puisque ce qui les caractérise, c'est qu'ils sont la propriété du concessionnaire pendant toute la durée de la concession et qu'ils deviennent automatiquement, sauf démolition, propriété du concédant au terme de celle-ci »⁵³⁷.*

Pour ce qui est des biens de reprise éventuelle, ce sont les biens, propriété du concessionnaire, affectés au service de la concession pouvant être repris à sa fin par l'autorité concédante moyennant paiement de leur pris selon une évaluation convenue entre les parties.

Pour ce qui est de l'évaluation des biens de reprise en fin de concession, celle-ci peut être source de quelques difficultés ; les cahiers des charges ne prennent pas en compte le caractère mouvant des biens de la concession et, par conséquent, la rédaction des clauses contractuelles considère que ces biens vont rester au même état durant toute la période de la concession. Dans ses cahiers des charges, l'on considèrerait que l'amortissement des biens coïncide avec la durée de la concession et par conséquent, la reprise des biens doit se faire sans indemnité à verser par le concédant.

⁵³⁷ Idem

Cette vision n'est plus d'actualité ; les biens de la concession sont constamment renouvelés- ce renouvellement fait partie des obligations contractuelles du concessionnaire- ce qui fait que leur valeur résiduelle est importante. Les cahiers de charge commencent à prévoir les indemnités à payer, leur mode de calcul et même les délais et modalités de leur paiement.

► Les biens propres :

La catégorie des biens propres pose moins de problèmes car elle correspond aux biens acquis ou construits par le concessionnaire qui font partie de son domaine privé. Ce sont des biens propriété du concessionnaire, non financés par les ressources de la concession et n'ont pas une utilité pour l'exploitation de la concession et ne sont grevés d'aucune clause de retour obligatoire.

Ces biens ont été acquis ou construits pour l'exercice d'activités indépendantes de la concession mais ils peuvent, également, être affectés à l'exploitation du service concédé.

En revanche, s'ils sont édifiés sur le domaine de la personne publique concédante, sans faire réellement partie de la concession, la personne publique peut demander la démolition de ces biens, qui appartiennent en pleine propriété au concessionnaire, à la fin de la délégation.

► Les biens du domaine public :

En cas de concession emportant occupation du domaine public, les biens du domaine public sont nécessaires pour la réalisation de la concession. Aussi, trouve-t-on souvent dans les conventions, une obligation du concédant pour les mettre à la disposition du concessionnaire. Ce dernier est, réciproquement, obligé de respecter les règles d'occupation du domaine public.

- Mise à la disposition du concessionnaire des biens du domaine public :

Durant toute la période de la convention de concession qui s'étale sur des années, le concédant autorise le concessionnaire à occuper les parcelles du domaine public portuaire, nécessaires à l'exploitation des terminaux et quais objet de la concession. Ces parcelles font la plupart du temps l'objet d'une annexe à la convention de concession, comportant un plan déterminant leur emplacement et leur consistance. Cette remise fait l'objet, généralement, de PV faisant ressortir l'état des lieux, signé contradictoirement par les deux parties.

Des modifications dans la consistance du domaine public portuaire mis à la disposition du concessionnaire peuvent se faire moyennant un avenant à la convention initiale.

La mise à disposition du domaine public est accompagnée dans la plupart du temps par un engagement du concessionnaire à occuper les parcelles du domaine public portuaire mis à sa disposition dans le respect des dispositions de la législation en vigueur sur le domaine public (que ce soit les textes de 1914 et 1918 ou l'article 29 de la loi 15-02 pour ce qui est du cas au Maroc).

- Occupation du domaine public par le concessionnaire :

L'article 18 de la loi 15-02 pose le principe selon lequel la concession peut emporter occupation temporaire du domaine public. La convention de concession liant l'ANP à la

SODEP comporte une clause engageant le concédant à mettre à la disposition de Marsa Maroc les biens du domaine public nécessaires à l'exploitation des infrastructures concédées.

Cette occupation comporte des obligations du concessionnaire. Le cahier des charges liant la SODEP à l'ANP rappelle les dispositions de l'article 29 de la loi 15-02 incitant au respect des conditions de l'autorisation d'occupation du domaine public: (acquiescement des redevances, utilisation de la parcelle du domaine public conformément à l'objet de l'autorisation, commencement des travaux dans les délais....).

Le même article met à la charge du concessionnaire, l'entretien des ouvrages et installations existantes ou à édifier sur les superficies constituant le domaine public.

§3- Régime de responsabilité et d'assurances :

Quand l'autorité portuaire décide de gérer le service public à caractère industriels et commercial via le montage contractuel des délégations ou des conventions de concession, le concessionnaire assume la responsabilité de l'exploitation du service. Le concédant n'est responsable qu'en cas d'insolvabilité du concessionnaire.

La détermination de ce régime de responsabilité implique, d'une part l'existence d'un service public et d'autre part le caractère industriel et commercial de celui-ci ; certaines activités exploitées par des établissements publics peuvent être de nature économique sans qu'il ait lieu de se référer au service public.

L'exécution de la concession intervient aux frais et risques du concessionnaire. Selon la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession « La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice » (point 18 du préambule).

Parmi les obligations imposées au concessionnaire, il y a celle d'assumer la responsabilité des dommages occasionnés par les ouvrages et services concédés. L'article 41, alinéa 2, du cahier des charges type de 1997 stipulait que « Les dommages causés aux personnels, aux matériels ou aux tiers à l'occasion d'opérations assurées par le concessionnaire sous sa responsabilité et les frais et indemnités qui en résulteraient, sont à la charge du concessionnaire dans les conditions du droit commun ». Le texte ajoute : « Toutefois, les dommages qui pourraient survenir aux ouvrages, installations et matériels réalisés ou acquis par le concessionnaire pour l'exécution des missions qu'il assure ainsi que les dommages qui pourraient résulter de l'utilisation de ces ouvrages, installations et matériels n'engagent pas la responsabilité du concessionnaire si leur entretien et leur fonctionnement sont assurés par les services de l'État ».

En matière de responsabilité dans l'exploitation d'une concession, le concessionnaire s'engage à faire fonctionner le service public à ses frais ainsi qu'à ses risques et périls. Ajoutons qu'il résulte des obligations habituellement mises à la charge du concessionnaire que ce dernier est tenu de remettre les ouvrages et installations en parfait état d'entretien à l'issue

de la concession. L'application du principe de la responsabilité du concessionnaire doit, toutefois, être nuancée compte tenu de la particularité des rapports juridiques entre les protagonistes et de la pluralité des régimes de responsabilité concernant les activités portuaires.

Il y a d'une manière schématique dans ce domaine deux catégories de rapports, d'une part, les relations entre le concessionnaire et le concédant, et d'autre part, celles entre les parties à l'acte de concession et les victimes d'un dommage résultant de l'existence et de l'exploitation des ouvrages et installations concédées.

Le Conseil d'Etat considère que « *à moins de stipulations contraires dans le contrat de concession, la remise d'ouvrages au concessionnaire a pour effet, sauf en cas d'insolvabilité du concessionnaire, d'affranchir le concédant de toute responsabilité à l'égard des tiers en raison de dommages imputables aux modalités d'exécution ou à l'existence d'ouvrages* »

De manière générale, le concessionnaire est responsable des dommages causés aux personnes et aux biens à l'occasion des opérations effectuées par lui et sous sa responsabilité (chargement, déchargement, stockage, etc.). Il est tenu des frais et indemnités qui en résultent.

Il reste pleinement responsable vis-à-vis du concédant même si les polices d'assurance souscrites par ses soins comportent une limitation de sa responsabilité. En effet, le concessionnaire a l'obligation de souscrire régulièrement et pour toute la durée du contrat de concession du service public, des polices d'assurances couvrant sa responsabilité civile et les risques inhérents à ses activités.

La souscription des polices d'assurance par le concessionnaire, même si ces assurances comportent des exclusions ou des limitations, ne constitue pas une limitation de sa responsabilité envers le concédant, il restera pleinement responsable de l'indemnisation du concédant au titre du cahier des charges.

Les polices d'assurance prévues par la convention de concession doivent couvrir toute la période de la concession. Et le concessionnaire fournit au concédant copies des polices d'assurances souscrites par lui ainsi qu'une copie des certificats de renouvellement, d'éventuels avenant et des délégations desdites polices.

§4 - Relations entre les parties au contrat de concession:

Dans une convention de concession de service public, la relations entre les parties est particulière vu la nature des parties (une personne public au moins) et la nature de l'activité (service public).

A- La place des cocontractants dans la convention de concession :

L'octroi d'une concession relève de l'autorité publique compétente pour autoriser la réalisation d'ouvrages et d'installations et leur exploitation dans le cadre du service public. Dans les ports maritimes c'est l'Etat, représenté par l'autorité portuaire ou le ministère de tutelle, qui a la qualité de concédant.

Pour ce qui est du Maroc, l'ANP, Etablissement public soumis à la tutelle de l'Etat, est dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière qui est habilitée à octroyer des concessions portuaires. Elle a pour première prérogative de faire respecter les dispositions de la nouvelle loi. L'Agence exerce, selon l'article 32, ses attributions sur l'ensemble des ports à l'exception du port de Tanger Med. Elle devra disposer de structures administratives dans chaque port ou groupe de ports pour mieux honorer les missions qui lui incombent. Parmi ces missions, on trouve le développement et la modernisation des ports, la simplification des procédures, la définition des activités à exploiter et le nombre d'autorisations et de concessions à accorder et leur suivi. Elle joue par ailleurs un rôle de régulation du secteur désormais livré aux lois de la concurrence.

Le concessionnaire est, de plus en plus, une société d'Etat ou une société d'économie mixte dans laquelle l'administration dispose de la majorité, ce qui permet à l'Etat de disposer sur les entités des moyens d'action et de contrôles en plus des prérogatives prévues par les conventions de concession, et aussi lui permet l'accès aux financements des personnes privées.

Le concessionnaire peut être un établissement public comme les offices (ONFEC, ONEP, ...) qui sont soumis au contrôle direct de l'Etat comme il peut être une personne cent pour cent privée.

En France, Les Grands Ports Maritimes (GPM), sont des établissements publics de l'Etat ; ils exercent la fonction d'autorité portuaire ayant pour mission principale la régulation et la police du trafic maritime dans les zones portuaires et leurs accès via les services des capitaineries. De plus, le GPM a l'obligation d'assurer l'aménagement et l'entretien des infrastructures portuaires (chenaux, digues, écluses, quais, accès routiers et ferroviaires...), la gestion et la valorisation du domaine portuaire, la promotion générale du port, et le développement de l'offre de service portuaire et de ses dessertes terrestres, ferroviaires et fluviales. Le GPM fait exploiter ses équipements et terminaux par le recours à la concession au privé.

Le concessionnaire, quant à lui assure l'exploitation portuaire commençant par développement des équipements, passant par la valorisation des installations et finissant par le service final fait au navire et au passager sans oublier la promotion commerciale et les relations avec les partenaires et les divers corps professionnels. En effet, le caractère des missions exercées par l'autorité portuaire ayant le caractère de services d'intérêt général ne doit pas camoufler l'importance des acteurs professionnels publics ou privés dans le processus complet de la fourniture de services portuaires.

Il s'agit des services aux navires, des services à la marchandise comme la manutention portuaire, ou des services aux opérateurs de transport (routier, ferroviaire ou fluvial). Les ports accueillent par ailleurs diverses fonctions commerciales liées au transport maritime et au commerce international : agents maritimes, consignataires, avitailleurs, et, pour la plaisance, les acteurs de l'industrie nautique qui y interviennent.

En conclusion, dans le cadre de leurs relations contractuelles à obligations mutuelles avec des intervenants multiples, chacune des parties au contrat de concession assure ces obligations dans le respect de la loi et des clauses contractuelles ainsi que des us et coutumes portuaires.

B) Les rapports juridiques entre les parties :

La convention de concession prévoit les engagements du concédant et du concessionnaire à travers la fixation d'un certain nombre d'obligations imputées à l'un et à l'autre.

Dans le cahier des charges, relatif à l'exploitation des outillages publics portuaires en France, seules les obligations du concessionnaire et des usagers sont expressément envisagées. Toutefois, cette absence de précisions n'implique pas une dispense d'obligations pour le concédant, notamment sur le fondement des principes généraux des contrats administratifs qui sont généralement repris dans les cahiers des charges particuliers propres à chaque concession.

a) Les obligations du concédant :

Le terme obligation désigne les exigences auxquelles le concédant doit satisfaire pour assurer le succès d'une convention de concession. Certaines de ces exigences peuvent revêtir un caractère obligatoire, autrement-dit, elles peuvent avoir pour contrepartie des droits pour le concessionnaire.

Que l'autorité concédante participe ou non au financement de l'ouvrage ou du service concédé, elle ne peut s'appuyer totalement sur le concessionnaire en vue d'exécuter l'ouvrage ou de gérer le service. En effet, tel que l'a si bien confirmé le Conseil d'Etat à partir de 1910, « *la concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte ; elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement* ». L'autorité concédante a donc la responsabilité supérieure d'assurer le bon fonctionnement de la concession. C'est pourquoi elle a des obligations qu'elle doit assumer aussi bien avant la conclusion de la convention de concession qu'au cours de l'exécution de la convention.

1-Les obligations du concédant avant la conclusion de la convention :

La première obligation pour le concédant dans cette phase du projet de concession est celle relative à la définition des besoins et des critères d'un projet viable pour une convention de concession réussie. En effet, ceci consiste, avant toute conclusion d'une convention, de bien définir les grandes lignes du projet qui fera l'objet de concession de la réalisation et l'exploitation. C'est ce qui fait l'objet d'habitude d'une étude de faisabilité, puis, si elle est probante, donnera lieu à la rédaction d'un cahier des charges.

L'autorité concédante peut faire l'étude de faisabilité et élaborer le cahier des charges soit avec ses seuls moyens, soit en recourant à l'appui de consultants extérieurs spécialisés. L'étude de faisabilité doit permettre de démontrer la possibilité du projet de générer des recettes suffisantes, sur une durée à déterminer, pour attirer un investisseur par sa rentabilité tout en lui permettant de rembourser les emprunts qu'il aura dû contracter pour financer le projet.

L'autorité concédante peut aussi se contenter d'une définition vague de ses attentes et faire jouer la concurrence entre les entreprises appelées à faire des offres proposant, également, la conception d'une réponse pour la réalisation de ses attentes et ses besoins de la concession projetée.

En second lieu, l'autorité concédante doit choisir entre divers modes de gestion du service public à déléguer ; elle doit choisir entre la gestion directe, d'une part, c'est-à-dire la gestion assurée directement soit par la collectivité elle-même soit par un organisme qui dépend directement d'elle, et la gestion déléguée, d'autre part.

En résumé, l'autorité concédante doit informer de son intention de déléguer une mission de service public, analyser les différentes offres reçues et motiver le choix de celle qu'elle retient mais elle demeure en principe libre de ce choix.

2- Les obligations découlant de la convention :

Dans toute convention de concession, l'autorité concédante doit veiller à la préservation de ses intérêts – découlant de ceux des pouvoirs publics- en garantissant autant que possible que la convention soit équilibrée pour être stable dans la durée. En effet, un contrat qui est trop déséquilibré au profit du concessionnaire risquerait fortement d'être annulé s'il est jugé contraire aux intérêts de la communauté. C'est cette raison, entre autres, qui a poussé la juridiction administrative à se prononcer contre la délibération par laquelle la communauté urbaine de Lyon avait attribué au consortium Lyonnaise-Dumez et Bouygues la concession du tronçon nord du périphérique de Lyon. Il est vrai que le fondement juridique de son annulation a été le non-respect de la directive européenne de 1989 ordonnant une obligation de publicité en phase de sélection des candidats soumissionnaires, mais c'est, plutôt, le caractère excessivement déséquilibré et défavorable de la convention de concession qui a fondé cette décision.

En revanche, si la convention de concession est déséquilibrée au profit du concédant, elle ne sera pas viable pour le concessionnaire et l'usager se trouvera contraint d'assumer les conséquences financières des décisions tarifaires des pouvoirs publics

Il est essentiel à toute gestion déléguée que l'activité du concessionnaire dégage un minimum de profit, au moins sur l'ensemble de la durée de la convention. L'autorité concédante doit conserver la maîtrise du prix que vont payer les usagers de l'ouvrage ou du service public. En tout cas et quel que soit le mode de fixation de ce prix, le concédant doit contrôler le montant des redevances perçues par le concessionnaire ainsi que leur évolution.

Autre obligation du concédant dans cette phase c'est de mettre à la disposition du concessionnaire les biens constituant l'assiette de la concession; Il s'engage, également, à effectuer l'entretien et la maintenance des ouvrages communs (ouvrages de protection, chenal, plan d'eau du port, les équipements de l'aide à la navigation, etc.). Il doit coordonner avec le concessionnaire de manière à ce que les opérations citées ci-dessus n'aient pas d'incidences sur l'activité de celui-ci. (Programme arrêté de commun accord entre les parties pour ne pas perturber l'exploitation du port concerné).

Le concédant dispose d'un pouvoir de contrôle général sur le concessionnaire (contrôle permanent sur place et sur pièce). Le contrat doit préciser la périodicité et les modes de ce contrôle ainsi que les documents techniques, comptables et financiers qui doivent être communiqués au concédant, ce dernier peut procéder à tout moment à des audits ou contrôles externes. Il peut également, sauf dispositions contraires de la convention, assister aux travaux des organes délibérants du délégataire.

Pour les ports maritimes, les modalités de contrôle par le concédant sont beaucoup moins précises ; L'article 26 du cahier des charges type des concessions d'outillage public portuaire en France, prévoit un contrôle technique qui donne lieu à rémunération, tandis que l'article 39 de ce texte impose la transmission au concédant d'un état détaillé des produits bruts de toute nature de l'exploitation de la concession et un état des frais d'entretien et d'exploitation des ouvrages et installations concédés.

Tout manquement, entrave au contrôle ou manquement à l'obligation de communication à la charge du concessionnaire peut faire l'objet de pénalité à prévoir par le contrat. Le concédant et le concessionnaire doivent prévoir dans le contrat de gestion la tenue de réunions régulières dans le but d'examiner l'état de son exécution.

Pour les contrats à durée supérieure à dix ans, une évaluation commune doit se faire tous les cinq ans avec, éventuellement, une révision de certaines dispositions du contrat sans préjudice des clauses contractuelles à ce sujet (loi 54-05). De même, il est possible de réexaminer les conditions de fonctionnement de la concession afin de les adapter aux besoins du service public tout en respectant l'équilibre financier du contrat.

Enfin, l'autorité concédante doit prendre en charge le risque de nature "réglementaire", qu'il soit la résultante de son propre fait qui est communément appelé le "fait du prince", ou la conséquence de modifications législatives ou réglementaires.

Ce sont des cas de responsabilité qui n'engendrent pas de faute incombant à la collectivité concédante sauf que ceci incite à considérer qu'une mesure prise par une collectivité publique dans l'exercice normal de ses pouvoirs et qui est instauré dans un domaine étranger au contrat et qui peut porter atteinte à un élément essentiel dudit contrat et qu'il en résulte un préjudice certain, l'on ne peut exiger de l'autorité d'arrêter ses prérogatives parce que cela pourrait déséquilibrer les conditions d'un contrat de concession qu'elle a conclu ,mais si le cas se présente, la solution idoine est qu'elle indemnise son co-contractant.

b-Obligations du concessionnaire :

Le concessionnaire est attiré par les éventuels profits générés par l'exploitation du service public. Pour le succès du contrat, ces intérêts doivent être maintenus tout au long de la période d'exécution du contrat. Chacune des parties doit être rassurées que ces droits soient respectés que son cocontractant s'acquittera de ses obligations et que les règles juridiques applicables à son contrat de concession soient aisément identifiables. Autrement dit, le succès de la concession est subordonné à la sécurité juridique des parties.

La principale obligation du concessionnaire est d'accomplir les prestations selon les performances prescrites par le cahier des charges et sur lesquelles il s'est donc engagé. Ces prestations revêtent le caractère de service public ; elles doivent être assurées dans le respect du principe sacro-saint de la continuité du service.

En cas de défaillance du concessionnaire dans l'accomplissement de ses fonctions, le concédant peut mettre en demeure le concessionnaire pour leur respect avant de prendre des mesures plus contraignantes telles les renégociations des clauses de la convention ou la poursuite judiciaire du concessionnaire pour dédommagement. A signaler que le non-respect

d'objectifs fixés par le cahier des charges (obligations de performances) peut être sanctionné financièrement dans les conditions prévues par la convention.

Sur un autre registre et en vertu du principe selon lequel chaque risque incombe à celui des deux co-contractants qui peut le mieux le contrôler, il revient au concessionnaire d'assumer les risques normalement inhérents à l'exploitation du service ou à la construction de l'ouvrage et à son exploitation. En effet, comme précédemment souligné, la concession est gérée aux risques, frais et périls du concessionnaire.

On se trouve devant un critère d'identification d'une gestion déléguée ; la convention dont les termes couvrent le concessionnaire de toute menace ou risques d'ordre financier, économique ou technique et l'exempterait de toute responsabilité devant les usagers ne pourrait pas être qualifiée comme relevant de la gestion déléguée.

Sur le plan exploitation portuaire, le concessionnaire s'engage à exploiter les infrastructures portuaires concédées dans le respect des obligations de service public et en conformité avec le règlement d'exploitation en vigueur et le plan d'aménagement interne du port concerné, le cas échéant. En outre, le concessionnaire s'engage à exploiter les zones concédées, selon les règles de l'art et les standards internationaux applicables en la matière et conformément aux exigences de performance relatives aux rendements exigés par les documents de concession.

Le concessionnaire s'engage à respecter les prescriptions relatives à la police des ports telles que stipulées, au Maroc, par le dahir n°1-59-043 du 28-04-1961 et l'arrêté du ministre des travaux publics n° 90-59 du 28 Avril 1961 sur la police des ports maritimes de commerce, tels que modifiés et/ou complétés et dans le code des ports maritimes pour ce qui est de la France.

Le concessionnaire est tenu de mettre en place toutes les mesures organisationnelles et les moyens pour la sécurité des personnes à l'intérieur du périmètre de la concession et mettre en place toute mesure de sécurité spécifique qui pourrait être imposée par les lois ou les règlements en vigueur.

De même, le concessionnaire assume des obligations de nature informationnelle vis-à-vis du concédant ; il doit rendre compte régulièrement au concédant des activités du port, de l'exécution du budget validé et de l'avancement des investissements, selon le plan d'investissement convenu au début de la concession. Un rapport d'exécution de la concession est établi ponctuellement et porte sur les aspects convenus contractuellement entre les parties.

Le concessionnaire a aussi l'obligation de se s'adapter aux modifications de la convention que le concédant peut lui imposer de façon unilatérale. De même, le principe de mutabilité des contrats de concession, incite à insérer, dans la rédaction des conventions, la possibilité ouverte à tout moment, pour le concédant et le concessionnaire, de réexaminer les conditions de fonctionnement de la concession en vue de l'adapter aux besoins actuels.

Enfin, le concessionnaire ne peut en aucun cas librement et de sa propre gouverne, céder le contrat de concession à un tiers. Il doit obtenir, au préalable l'accord du concédant pour le faire avec les conditions et modalités à préciser par les parties ou selon celles déjà définies au contrat. C'est une conséquence de l'intuitu personae de la convention de concession. Le concessionnaire peut, toutefois, sous-traiter une partie de ses obligations découlant du contrat de concession. Dans ce cas l'accord de sous-traitance , à l'instar de la

cession, doit être autorisé par le concédant⁵³⁸. Dans ce cas, et contrairement à la cession du contrat, en cas de sous-traitance, le concessionnaire conserve la direction générale du contrat et la responsabilité de l'entreprise et demeure personnellement responsable envers le concédant et les tiers de l'accomplissement de toutes les obligations que lui impose le contrat.

Indépendamment des règles relatives à la concession, les prescriptions en matière de police s'imposent de plein droit aux concessionnaires ainsi qu'aux usagers. Notamment pour des raisons de sécurité, de sûreté ou de protection de l'environnement, l'exploitation de la concession peut être temporairement suspendue ou modifiée

En cas de cession totale ou partielle de la convention sans l'accord du concédant, non seulement, la cession est nulle et inopposable au concédant mais elle peut, également, emporter l'application d'une sanction pour faute ou même le prononcé, par le juge, de la déchéance du concessionnaire. Toutefois, le concédant ne peut refuser son agrément que pour un motif d'intérêt du service⁵³⁹.

§5- Durée et prorogation de la concession : pivot de l'économie du contrat

A) La durée de la convention de concession :

Si le cahier des charges ou la convention de concession fixe habituellement la durée de cette dernière, le législateur peut intervenir pour la modifier ou la limiter.

Pour ce qui est de la France et dès lors que la concession porte sur l'occupation du domaine public de l'État ou de ses établissements publics, l'article L. 2122-6, alinéa 3, du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques dispose que « *Le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans* ». En effet, la durée de la concession ne doit pas être anormalement longue afin de ne pas créer une rente de situation qui serait préjudiciable à la libre concurrence. Il a été jugé par la Cour de Justice de l'Union européenne que « *une mesure nationale réservant les services de transport maritime... à une seule entreprise par une concession administrative d'une durée de vingt ans renouvelable pour une période de dix ans est de nature à gêner, voire prohiber la prestation de ces services par des entreprises situées dans d'autres États membres et constitue, dès lors, une restriction à la libre prestation des services* »⁵⁴⁰.

Il résulte du préambule de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et la liberté d'établissement* ». L'article 18 de ce texte dispose que « Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels

⁵³⁸ La convention de concession entre la SODEP et l'ANP énumère une liste d'activité que le concessionnaire ne peut sous-traiter qu'après accord préalable du concédant (Cf. article 9 du cahier des charges

⁵³⁹ C.E., 5 juillet 1935, Commune de Reuilly, p. 771.S. 1935, 3, 121, note Alibert

⁵⁴⁰ CJCE, décision du 9 mars 2006, aff. C-323/03, Comm. .C/ Espagne, pt 44,

spécifiques. Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession ».

Un principe général a été dégagé par la jurisprudence française surtout celle émanant du Conseil d'Etat s'agissant de la durée des autorisations d'occupation du domaine public dont font partie les concessions portuaires, à savoir, qu'il doit y avoir une adéquation entre la durée d'occupation et l'importance des ouvrages réalisés.

En effet, le contrat de concession doit fixer sa durée. L'article 25 de la loi 15-02 laisse comprendre que le contrat de concession est conclu pour une durée limitée, ce qui est normal ; le législateur dispose que « la durée qui ne peut excéder trente (30) ans prorogeable pour une durée supplémentaire qui ne peut excéder vingt (20) ans ». Il est clair que la durée de la concession tient compte de la nature des prestations demandées au concessionnaire et de l'investissement qu'il doit réaliser à cette fin. Ceci étant, avec la loi 15-02, le principe de la liberté de fixation de la durée a été abandonné.

Ceci étant et en général, la concession est accordée pour une durée relativement longue. Le renouvellement ou la prorogation se font selon une procédure convenue entre les parties et faisant l'objet de clauses spéciales des documents de concession.

Cette durée plus ou moins longue des conventions de concession s'explique par la durée d'amortissement des ouvrages et outillages inclus dans la concession qui sont proportionnelles aux coûts d'investissements.

Les durées des conventions de concession conclues partout dans le monde, varient entre neuf et quatre-vingt-dix-neuf ans avec des périodes de renouvellement. En France, la période maximale d'une convention est 70 ans.

Outre l'évidente importance de la durée dans la pratique contractuelle, si l'on s'interroge sur les fondements de la limitation de la durée, des raisons d'ordre théorique peuvent être proposées. Certaines de ces raisons peuvent être partagées par le droit privé, « car la loi ne veut pas de contrats perpétuels, qui sont attentatoires à la liberté individuelle »⁵⁴¹. D'autres ont trait à la conception de ce qu'est un contrat administratif⁵⁴².

La durée serait « *une composante de l'équilibre global des droits et obligations des contractants* ». L'étude de l'économie du contrat apparaît comme essentielle pour déterminer l'importance de la clause relative à la durée, celle-ci conditionnant l'ensemble du contenu de la délégation de service public car elle est « la caractéristique essentielle de la délégation »⁵⁴³.

Néanmoins, la limitation de la durée d'une convention de concession ne peut être assimilée à celle d'un contrat de droit privé. En effet, le service public modifie, substantiellement, le régime juridique de l'acte emportant sa dévolution. De la sorte, « *les contrats de gestion déléguée ne sauraient trouver leur terme dans la réalisation de leur objet, puisque ce dernier, relatif au fonctionnement du service public, est appelé à durer autant que l'intérêt général auquel il répond. Toutefois, la durée de ce type de convention ne saurait être perpétuelle et définitive : les contrats de gestion déléguée entraînent en effet une certaine*

⁵⁴¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, « Les obligations », Paris, Defrénois, 2007, n°419.

⁵⁴² Il est entendu, ici, que le contrat administratif constitue une sous-catégorie des contrats publics, ceux-ci rassemblant l'ensemble des contrats conclus par les personnes publiques

⁵⁴³ CE ord. 23 mai 2008, Musée Rodin, AJDA 2008. 1768.

aliénation de la puissance publique qui ne peut être que temporaire ou qui doit pouvoir être remise en cause »⁵⁴⁴. Sur ce point, une assimilation au droit privé est impossible.

À l'approche de l'expiration normale de la convention de concession, le concessionnaire doit remplir un certain nombre d'obligations conformément à ce qui est convenu entre les parties dans les documents de concession. Ces obligations ont, en général, pour but de protéger le concédant des gaspillages de dernières minutes auxquels peut s'adonner le concessionnaire et lui permettre d'être au courant de la gestion dans le cas où il sera amené à assurer le service en attendant une nouvelle adjudication.

Dans la plupart des cas le concessionnaire doit :

- Avoir l'accord du concédant pour tout projet d'investissement dépassant la durée de la concession,
- Maintenir les infrastructures et les biens de reprise en bon état compatible avec leurs âges et leur entretien,
- Communiquer au concédant les marchés et engagements en cours et le sort des biens faisant l'objet de dispositions particulières dans les cahiers des charges.

B) Prorogation de la durée de la concession:

Sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où le concédant promet expressément le renouvellement de la concession, en règle générale, il résulte des principes généraux de la domanialité publique que les occupants du domaine public n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre. Le refus de renouvellement d'une concession ne donne pas lieu à indemnisation, même si les ouvrages et installations sont exploités par un nouveau concessionnaire.

En principe, la prorogation de la durée du contrat n'est possible que pour motif de bonne exécution du service public ou pour des raisons ayant une incidence sur l'économie générale de la convention (extension du champ géographique, réalisation de travaux non prévus par le contrat initial). De ce fait, la prorogation doit se limiter à la durée nécessaire pour la continuité du service et le rétablissement de l'équilibre financier de la gestion déléguée et des conditions de service public. La prorogation est limitée à une seule fois moyennant un rapport établi par le concédant joint à un avenant.

La prorogation de la durée de la concession est possible dès lors qu'elle ne porte pas atteinte à l'économie du contrat. C'est ce qu'a jugé le CE dans, dans sa décision du 27 oct. 1993, n° 140301 dans l'affaire *Sté Électricité de Tahiti*. À propos des délégations de service public accordées avant l'entrée en vigueur de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, le Conseil d'État avait jugé que *« la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation ; qu'un tel motif d'intérêt général ne saurait, pas plus que la nécessité d'assurer l'égalité de tous les opérateurs économiques délégataires de service public au regard des exigences de la loi, entraîner la nullité des contrats de délégation de service public conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pour des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40, ni contraindre les parties à de tels contrats à modifier leur durée ; qu'il implique en revanche, non seulement qu'aucune stipulation relative à la*

544 Chr. Bonnotte, « Les conventions de service public et le temps », RFDA 2005. 90.

durée du contrat, convenue entre les parties après la date d'entrée en vigueur de la loi, ne peut méconnaître les exigences prévues par son article 40, mais en outre que les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte » (CE, décision du 8/04/2009, n° 271737, Aff. Cie générale des eaux).

De même, si le concessionnaire doit, à la demande de la collectivité concédante, réaliser des investissements non prévus au contrat initial, il lui est possible d'obtenir une prolongation de durée. Cette possibilité est dépendante de certaines conditions : les travaux supplémentaires demandés doivent être de nature à modifier l'économie générale de la convention et son équilibre et ne doivent pas pouvoir être amortis pendant la durée qui reste de la convention.

L'article 26 de la loi 15-02 prévoit, parmi les clauses du cahier des charges de la concession, « les conditions de renouvellement et de retrait », ceci sous-entend que la prorogation de la concession est possible. L'article de la 54-05 sur le contrat de gestion déléguée précise que « La durée ne peut être prorogée que lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des travaux non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la gestion déléguée et qui ne pourraient pas être amortis pendant la durée du contrat restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive.

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. Le législateur pose deux critères pour encadrer la durée du contrat de concession ; le premier critère fait que le contrat doit tenir compte de la nature des prestations demandée au concessionnaire. Il s'agit d'un critère vague parce qu'il laisse au concédant une grande liberté d'appréciation. Toutefois, on peut entrevoir derrière ce critère la volonté du législateur d'introduire un rapport de proportionnalité entre durée et prestations, sans imposer d'inutiles contraintes aux parties contractantes. Le second critère entre en ligne de compte lorsque le contrat charge le concessionnaire de certaines installations auquel cas, le contrat fixe la durée tenant compte de l'investissement que le concessionnaire doit réaliser ce qui renvoi à la notion d'amortissement.

En France, L'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a supprimé l'ancien article L.1411-2 du CGCT qui permettait de prolonger la durée du contrat de DSP pour motif d'intérêt général, pour une durée maximale d'un an. Depuis le 1er avril 2016, la modification du contrat de DSP, quel qu'en soit le motif, doit être examinée au regard des articles 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et des articles 36 et 37 du décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession. Ces règles sont applicables aux contrats de DSP entrés en vigueur avant le 1er avril 2016 (art.78 ordonnance).

En outre, la prolongation du contrat pour une courte durée, sans remise en concurrence préalable, est légale dans certaines circonstances très spécifiques.

Ainsi, « en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance »⁵⁴⁵.

Pour pouvoir mettre en œuvre cette solution, il faut toutefois que la collectivité délégante soit en mesure de démontrer qu'elle s'est trouvée soudainement et de façon imprévisible dans une situation d'impossibilité d'assurer dans des conditions normales la continuité de l'exploitation du service public au-delà de la fin de la DSP en cours. Enfin, si les conditions précédemment indiquées ne sont pas réunies, ce qui rend impossible la prolongation de la DSP, la collectivité conserve la possibilité d'envisager un contrat de prestation de services passé dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence des marchés publics.

L'article 12 de la directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession permet aux Etats membres de tenir compte, lors de l'établissement de la procédure de sélection, de raisons impérieuses d'intérêt général telles la nécessité de protéger la confiance légitime des titulaires des autorisations de manière à ce que ceux-ci puissent amortir les investissements qu'ils ont supporté. Toutefois, de telles considérations ne peuvent justifier une prorogation automatique lorsque la procédure de sélection n'a pas été organisée au moment de l'octroi initial des autorisations.

La CJCE avait précisé que, dans le cas où la directive ne serait pas applicable et que la concession présente un intérêt transfrontalier certain, la prolongation automatique de sa durée au profit d'une entreprise située dans un Etat membre introduit une différence de traitement au détriment des entreprises situées dans les autres Etats membres et potentiellement intéressées par ces concessions, cette différence de traitement étant, en principe, contraire à la liberté d'établissement.

Enfin, il est important de noter que toute clauses de renouvellement tacite sont illégales et nulles de plein droit.

Sous-section 3 : Clauses relatives à la fin de la concession :

La concession peut prendre fin de manière normale à son terme si le renouvellement ou la prorogation ne sont pas accordées au concessionnaire ou si les négociations prévues avec le concédant sur les termes de prorogation n'aboutissent pas. Il se peut, également, que le concessionnaire juge mieux de participer à un nouvel appel d'offres, jugé plus avantageux pour lui.

⁵⁴⁵ CE, décision du 04 avril 2016, CA du centre de la Martinique, n°396191.

La concession peut aussi, prendre fin de manière anticipée, la convention contient souvent des dispositions relatives à l'expiration anticipée. Les cas donnant lieu à l'expiration sont les suivants :

- Le rachat de la concession par le concédant après l'expiration d'une période fixée par le contrat ;
- La déchéance du concessionnaire pour faute grave ;
- La résiliation du contrat en cas de faute grave du délégant ;
- La résiliation d'un commun accord ;
- Le retrait de la concession.

Nous allons voir, dans les développements qui suivent chacun de ces cas :

§-1 Rachat et retrait de la concession:

La notion de retrait est en pratique employée pour les concessions accordées aux personnes de droit public, tandis que le rachat intervient pour celles exploitées par des personnes de droit privé. Le cahier des charges fixe, en principe, les conditions du retrait ou du rachat.

Dans la plupart des conventions de concession, et en dehors de toute faute et de tout pouvoir de sanction, le concédant a le droit de racheter la concession à partir d'une date anniversaire de sa mise en service moyennant un préavis convenu entre les parties. Si le concédant exerce cette faculté, le concessionnaire a droit à des indemnités payables (au plus tard six mois après la date du rachat). Des intérêts moratoires sont, également prévus, par le cahier des charges, en cas de retard de paiement.

Le contrat de concession doit prévoir et organiser le droit pour le concédant d'exercer le rachat en cours d'exécution. La doctrine appelle cette modalité le rachat contractuel. Il ne s'agit pas dans ce cas de résiliation conventionnelle décidée d'un commun accord par les parties. Quoique prévu par le contrat, le rachat demeure une décision unilatérale de par sa nature juridique ; c'est une manifestation du pouvoir de résiliation unilatérale de la concession qui est reconnue à l'administration.

La loi 15-02 est muette sur les motifs pouvant justifier le rachat, ceux-ci devant être prévues dans les clauses du contrat de concession ce qui pousse à poser la question de savoir si le concédant peut mettre en œuvre le droit de rachat quel que soit le motif ? en réalité, il faut appliquer les principes qui régissent le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration pour dire que le rachat ne peut être exercé que pour des motifs tirés de l'intérêt général.

Le retrait « sanction » d'une concession doit respecter les droits de la défense en permettant au concessionnaire de présenter ses observations, c'est ce qu'a décidé la CAA Marseille, 7 janv. 2008, décision n° 04MA02134, aff. Sté du port de Beaulieu.

En principe, toute décision d'une autorité publique doit être prise au regard de l'intérêt général de la communauté portuaire. Ceci étant, le rachat de la concession doit prendre en compte l'intérêt général (A) et le renouvellement doit se faire dans le respect des règles de la concurrence (B).

A- Le rachat des concessions et l'intérêt général :

L'existence d'un motif d'intérêt général contribue à soutenir la pérennité des missions de service public. Le Conseil d'Etat en France a affirmé que : *«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, dès 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 abandonnée ou établie 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»*⁵⁴⁶.

C'est dire que le rachat de la concession peut être énoncé par exemple pour accorder une nouvelle concession ayant un objet plus ou moins large, ou pour ouvrir les activités à la concurrence, ou même pour exploiter le service, selon un autre mode plus approprié, en régie par exemple. Il s'agit, dans ce cas, d'une volonté de réorganisation du service public qui constitue un motif d'intérêt général.

Le Conseil d'Etat⁵⁴⁷ a jugé, également, que le rachat d'une concession d'outillage public portuaire était légalement justifié vu la nécessité de mettre fin à la mésentente opposant le concessionnaire aux usagers du port et pour pouvoir confier la concession à un établissement public local à but non lucratif. De même, la modification significative de l'actionnariat de la société concessionnaire peut justifier le rachat de la concession, en raison notamment des risques de conflits d'intérêts que cette situation est susceptible d'entraîner entre les parties au contrat.

Lorsque la décision de rachat de la concession, répond aux critères de protection de l'intérêt général et devient exécutoire, elle peut donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. De même, le juge des référés peut être saisi et il a la compétence pour consentir des mesures d'urgence permettant au concédant de réorganiser le service public. Toutefois, il n'est pas toujours de mise de diligenter une procédure d'urgence pour entreprendre le rachat d'une concession de service public ; dans la plupart des cas, un délai de préavis est en générale convenu entre les parties. La décision informant le concessionnaire de la décision de rachat n'est pas susceptible de recours⁵⁴⁸.

La régularité du rachat d'une concession a été admise par le Conseil d'Etat dans les termes suivants *« considérant qu'il résulte de l'instruction que la mésentente opposant le requérant aux usagers du port et le désir de confier le service à un établissement public local sans objet lucratif ont été à l'origine de la décision contestée qui n'a pas été déterminée par une préoccupation d'ordre financier ; que ces motifs sont au nombre de ceux qui permettaient de prendre une telle décision »*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Décision du CE du 31 juillet 1996, Affaire « - société des téléphériques du massif du Mont-Blanc » - Rec. p. 334, A.J.D.A. 1996 p. 788 note J.P. Gilli.

⁵⁴⁷ Décision du C.E du 26 février 1975, Affaire « société du port de pêche de Lorient », in req. n° 86.185 et la décision du C.E du 13 juin 1980, affaire « société du port de pêche de Lorient », in req. n° 10.739.

⁵⁴⁸ Décision du C.E du 26 février 1975, Affaire « société du port de pêche de Lorient », in req. n° 86.185

⁵⁴⁹ CE, décision du 13 juin 1980, n° 10739, Aff. Sté du port de pêche de Lorient.

Il faut dire que l'intérêt général ne permet pas systématiquement le rachat total de la concession ; il est possible de préconiser un rachat partiel auquel cas, l'indemnisation du concessionnaire prend en considération ce qu'il supporte dans la gestion de la partie restante qu'il continue à exploiter ce qui peut lui causer un préjudice spécifique dont la prise en charge peut ne pas être prévu par le contrat dont certains se contentent de prévoir la possibilité du rachat de la concession et le moment à partir duquel elle peut intervenir. A ce sujet, la jurisprudence notamment en France, considère que le rachat de la concession peut intervenir à tout moment de la vie de la convention dès que l'intérêt du service public le requiert. Il faut nuancer en affirmant que si le rachat intervient à peu de temps après l'octroi de la concession, et en l'absence de toute faute ou défaillance du concessionnaire, ce dernier peut avoir droit à des dommages-intérêts à son profit en sus des indemnités du rachat. De même, en cas de reprise d'une concession, par le concédant pour un motif d'intérêt général, le cahier des charges d'une concession portuaire ne peut avoir pour effet d'exclure toute indemnisation du concessionnaire ou de prévoir une indemnisation manifestement disproportionnée au préjudice subi.

Si le cahier des charges de la concession ne traite pas des modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas du rachat de la concession, il est recommandé de faire appel des dispositions de l'article L 34-3 alinéa 3 du code du domaine de l'Etat qui stipule : *«Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée. Les règles de détermination de l'indemnité peuvent être précisées dans le titre d'occupation. Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité»*. Autrement dit, le retrait de la concession et l'indemnisation y afférente ne sont pas exclusifs à la concession, mais ils peuvent être généralisés à tous les régimes d'occupation du domaine public. Les modalités d'indemnisation varient en fonction du régime juridique des ouvrages et installations concédées.

Un dernier point doit être éclairci à ce sujet relativement au sort du personnel. En cas de rachat de la concession. La solution se trouve dans les dispositions du droit commun du travail, notamment l'article L 122-12 alinéa 2 du code du travail Français précisant que: *«S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise»*, on trouve les mêmes dispositions au niveau de l'article 19 du code de travail Marocain. La Cour de Cassation française, ayant à se prononcer sur ce point a estimé que l'article précité permet le transfert du contrat de travail du moment qu'il est corrélatif au transfert «d'une entité économique autonome».

Ceci nous conduit à poser une question très importante à notre sens, le rachat- une fois décidé- a-t-il un impact sur les contrats périphériques à la concession dits sous-traités déjà passés par le concessionnaire ? Pour répondre à cette question, il y a lieu de préciser que le concessionnaire ne peut accorder à ses co-contractants plus de droits que ce qu'il n'en dispose et à condition qu'il soit autorisé à conclure des sous-traités. Le cas échéant, c'est sous réserve des conditions prévues par les documents de la concession et dans le respect des principes admis de la domanialité publique qui consacrent le principe du retrait ou du rachat pour les concessions portant occupation du domaine public. Dans ce sens, il a été jugé que la substitution d'une commune à l'Etat concédant, à la suite de la décentralisation, était opposable

aux sous-traitants du concessionnaire qui ne peut pas ignorer le cahier des charges dont son propre contrat s'y réfère.

A signaler enfin que le concessionnaire demeure tenu à l'égard du concédant et garantie le fonctionnement normal de la concession et tout comportement d'un sous-traitant du concessionnaire qui compromettrait l'exploitation du service public peut justifier le retrait ou le rachat de la concession.

B - Le renouvellement des concessions et l'intérêt général :

Pour la jurisprudence française, le renouvellement de la convention de concession résulte à la fois des textes que des principes généraux de la domanialité publique que les titulaires d'autorisation n'en ont pas de droit acquis au renouvellement; qu'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.

L'octroi d'une concession constitue un choix d'un mode d'organisation et de gestion du service public mais ne peut pas être considérée, au regard du droit interne, comme une gestion d'une activité économique ordinaire. Il faut reconnaître que le refus de renouveler une concession est une décision qui est susceptible de recours devant le juge compétent mais sans cette mesure n'aie le caractère d'une sanction. Toutefois, il n'est pas exigé du gestionnaire du domaine public ou du concessionnaire de respecter la procédure contradictoire avant de la prendre. Toutefois, la demande de renouvellement de concession constitue souvent une demande d'occupation du domaine public, et le refus doit être motivé dans l'intérêt du domaine occupé.

La recherche de l'intérêt général peut ramener l'autorité concédante à prévoir de nouvelles modalités de gestion du service public telle que l'exploitation en régie, le regroupement de plusieurs concessions ou, au contraire, l'attribution, par lots, d'une concession. Lorsque la gestion des équipements ne nécessite pas la réalisation de nouveaux ouvrages, il pourrait être plus opportun d'accorder un contrat de gérance, par exemple que de renouveler la concession.

Dans le cas où le concessionnaire arrive à avoir le droit du renouvellement de sa concession, il se pose la question de savoir s'il va conserver les droits résultant de la convention de concession initiale? Il faut tout d'abord préciser que le renouvellement entraîne l'octroi d'une nouvelle concession normalement indépendante de la première. On peut toutefois s'interroger sur la situation juridique des ouvrages réalisés initialement par le concessionnaire.

Dans certains ports, les conventions d'occupation du domaine public adossées à la concession admettent le droit de propriété des occupants sur les ouvrages qu'ils avaient réalisés, et ce, même durant la période de renouvellement de la durée de leur contrat. Mais actuellement, à l'échéance de la concession, cette pratique n'est plus envisageable. En effet, il résulte de l'article L 34-2 alinéa 2 du code du domaine de l'Etat que *«Les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'Etat, francs et quittes de tous privilèges et hypothèques»*.

Le renouvellement n'étant pas un droit acquis pour le concessionnaire, ce dernier doit malgré cela assurer la continuité du service public jusqu'à l'échéance prévue par le contrat de concession initial. Il est tenu d'entretenir les ouvrages, et même de remplacer les installations défectueuses si elles sont nécessaires à l'exploitation du service public. Ainsi, si l'on traite l'exemple de la gestion des stocks en pièces de rechange ou de matières consommables, elle est un peu difficile à assurer en fin de la période de concession, il faut penser à la continuité de l'exploitation sans toutefois, disposer de réserves excessives.

Pour ce qui est du personnel de la concession, des garanties lui sont assurées par le législateur dans l'hypothèse d'une reprise de l'activité soit par l'autorité concédante ou un tiers en cas de substitution, sinon en cas de cessation définitive de la société concessionnaire, elle supporte les conséquences financières du licenciement.

La question se pose, également, au sujet de la portée des engagements et des obligations du concessionnaire à l'égard des tiers. Le nouveau concessionnaire, ou le concédant lui-même, s'il n'y a pas de renouvellement de la concession, sont-ils subrogés dans les droits et obligations de l'ancien concessionnaire ? Si cette question est tranchée pour le personnel par le droit du travail, pour les autres engagements, le doute persiste. Le principe de l'effet relatif des contrats résultant de l'article 1165 du code civil français et l'article 230 du code des obligations et contrat au Maroc règle, en partie, le cas des obligations contractuelles. La théorie du mandat tacite a été mise en avant par une partie de la doctrine française, mais la jurisprudence a toujours affirmé que, dans le doute, la représentation ne se présume pas. Le Conseil d'Etat a jugé que : «*à moins de stipulations contraires dans le contrat de concession, la remise d'ouvrages au concessionnaire a pour effet, sauf en cas d'insolvabilité du concessionnaire, d'affranchir le concédant de toute responsabilité à l'égard des tiers en raison de dommages imputables aux modalités d'exécution ou à l'existence d'ouvrages*».⁵⁵⁰

En matière sociale, bien que chargées d'un service public, les salariés des concessions portuaires bénéficient d'une protection juridique de portée général. Ainsi en cas de reprise de la concession, par la personne publique concédante, le transfert des contrats de travail intervient au profit de cette dernière⁵⁵¹. Cependant, le CE avait jugé que ce principe ne s'applique pas au directeur d'une concession en raison de ses fonctions le conduisant à exercer des prérogatives de puissance publique. La loi (code des transports art L-5312-11) précise que les salariés des GPM sont soumis, sauf exception légale expresse, au droit du travail, cette règle s'applique aux fonctionnaires en position de détachement au nombre desquels il y a les officiers de port. Les conventions de concession portuaires au Maroc comportent des clauses protégeant les salariés ; L'article 19 du cahier des charges précise que «*Le personnel du concessionnaire est repris par le concédant ou l'exploitant futur des terminaux concédés à compter de la date d'expiration de la concession conformément à la législation en vigueur. En contre partie, les parties commanderont, 24 mois avant l'échéance de la concession, à un cabinet d'audit indépendant spécialisé en ressources humaines, choisi d'un commun accord, une revue de la situation du personnel du concessionnaire devant établir :*

1) *l'état d'acquittement des cotisations obligatoires relatives au dit personnel,*

⁵⁵⁰ Décision du C.E du . 30 mai 1980 - M. Fréry - Rec. p. 256. Le Conseil d'Etat a jugé que si la responsabilité des dommages se prolonge après le transfert de la concession, les concessionnaires successifs pourront voir leur responsabilité engagée (C.E. 11 octobre 1985 - Mme Bouillon - req. n° 18.118).

⁵⁵¹ **Il s'agit d'une application de l'article L-1224 du code du travail Français et de l'article 19 du code de travail Marocain.**

- 2) *le niveau de rémunération du personnel par rapport à la qualification et à l'ancienneté au regard des conditions de marché,*
- 3) *l'adéquation du nombre du personnel par rapport aux besoins du concessionnaire au regard de l'exploitation normale du terminal et de la continuité de service public.*

L'étude devra, également, porter sur le coût associé aux mesures rectificatives à prendre, éventuellement au regard des critères exposés ci-dessus.

Le concédant pourra exiger du concessionnaire, qui s'y engage, de prendre toute mesure rectificative appropriée et préconisée par l'étude au plus tard six mois avant l'échéance de la concession.

A défaut du respect par le concessionnaire de l'ensemble des obligations visées ci-dessus, le concessionnaire s'engage à indemniser le concédant à hauteur du coût associé aux mesures préconisées et qui n'auraient pas été prises dans les délais fixés ».

§-2-Clauses relatives à la fin anticipée de la concession:

Les circonstances de l'exploitation d'une concession portuaires peuvent dicter que cette dernière connaisse une fin anticipée pour des raisons diverses. Le contrat de concession doit comporter des stipulations relatives à sa fin normale ou anticipée. Les clauses relatives à la fin de la concession ne sont pas des clauses essentielles à son existence. Leur insertion obligatoire vise à protéger le concédant contre ses propres errements. Dans ce cas, il est important de savoir le traitement juridique de cette fin qui peut prendre la forme d'une résiliation (A) ou d'une déchéance qui peut constituer la sanction suprême (B).

A-La résiliation de la convention de concession :

La résiliation d'une concession d'exploitation portuaire met fin aux relations contractuelles établies entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Cette rupture pose la question du sort des contrats conclus par ce dernier avec d'autres prestataires et les usagers pour la réalisation de la mission de service public ainsi que le sort du personnel à la fin de la concession.

Deux modes de résiliation sont prévus en général :

a- Résiliation à l'initiative de l'une des parties :

Eu égard aux règles et principes généraux applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, mettre fin à un contrat en procédant à sa résiliation, sans préjudice des droits d'indemnités dus au concessionnaire. C'est ce qu'a indiqué le conseil d'Etat en spécifiant que « *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 dès 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 doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice* »⁵⁵².

⁵⁵² CE, décision du 22/04/ 1988, n° 86241, 86242 et 88553, Aff.Sté France 5.

A signaler que les principes généraux ci-dessus cités, ne laissent pas la main libre au concessionnaire à ce sujet, par exemple, il n'est pas autorisé à mettre fin, avant son terme, au contrat de concession pour l'unique raison de cession d'actions de la société concessionnaire n'entraînant ni la dissolution de la société, ni la création d'une personne juridique distincte. Pour qu'il en aille autrement, il faut que le concédant établisse que la modification de l'actionnariat conduise à la disparition des garanties que le concessionnaire offrait lorsque la concession lui a été attribuée⁵⁵³.

En contrepartie du pouvoir de résiliation dont est doté le concédant, le concessionnaire peut, lui aussi, demander la résiliation du contrat de concession en cas de non-respect par le concédant de ses obligations contractuelles substantielles. Quoique l'exercice d'un tel pouvoir par le concédant est enserré dans des limites rigoureuses qui interdisent le bouleversement de l'économie du contrat et l'atteinte aux clauses financières, la reconnaissance au concessionnaire dénote un respect d'une sorte d'« équité » entre les parties au contrat.

Dans la pratique juridique, si le concessionnaire décide de résilier la convention, il en informe le concédant à l'avance par voie légale de notification dans les délais convenus entre les parties. Il doit, également comme c'est prévu dans la plupart des conventions de concession, payer au concédant une indemnité équivalente à la somme des annuités restantes (cette indemnité plafonnée à 3 ans dans la convention passée par la SODEP). Ce paiement doit se faire sans délai ou dans un délai de 6 mois moyennant une garantie bancaire.

Certains ordres juridiques comme la loi du 01/04/2008 sur les concessions en Tunisie, permettent au concessionnaire qui a déclenché la résiliation pour défaillance du concédant, de demander des indemnités pour le préjudice subi du fait de la faute du concédant qui l'a emmené à demander la résiliation. Cette demande est précédée d'une mise en demeure fixant un délai au concédant pour remplir ses engagements.

La situation est différente en cas de résiliation prononcée par l'autorité concédante. Ainsi, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat français que : « *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, dès lors qu'il existe un motif d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice* »⁵⁵⁴.

Le concessionnaire a droit à une indemnité lorsqu'il est mis fin à la concession avant que les biens soient entièrement amortis. Ce droit est reconnu même si la résiliation anticipée du contrat est prononcée pour faute du concessionnaire.

Si une concession de travaux et de service publics est résiliée après l'achèvement des ouvrages mais en début ou en cours d'exploitation, le concessionnaire a droit au rachat de ces ouvrages par le concédant.

⁵⁵³ CE, décision du 4 /04/. 1997, n° 137065, Aff. Sté Le doyen.

⁵⁵⁴ Décision du CE du 2 février 1987, Affaire « Société TV6 », req. n° 81131 82432 .

L'autorité concédante a le droit de résilier unilatéralement la concession en vue de reprendre en régie l'exploitation du service ou de l'ouvrage public. Une telle résiliation entraîne indemnisation du concessionnaire et rachat des ouvrages s'ils n'ont pas encore pu être amortis.

Dans un arrêt rendu le 4 mai 2015 dans l'affaire « *Société Domaine Porte des neiges c/ Commune de Porta* » le Conseil d'Etat a remis en avant le principe classiquement adopté selon lequel en cas de résiliation d'une convention de concession avant son terme et pour quelque motif que ce soit -même dans le cas d'une résiliation due à la faute du concessionnaire- ce dernier est en droit d'obtenir l'indemnisation, équivalente à la valeur non amortie des biens de retour.

Par cet arrêt, cette Juridiction considère comme non fondé le motif selon lequel l'exploitation déficitaire de la concession pendant la durée restant à courir enlève le droit du délégataire d'obtenir l'indemnisation de la valeur non amortie des biens de retour au jour de sa résiliation anticipée. Le Conseil estime que cette circonstance est sans incidence sur ce droit.

En général, les conventions de concession précisent quels paiements seront effectués au profit du concessionnaire en cas de résiliation de la concession par l'autorité avant le terme.

b-Résiliation d'un commun accord :

La fin des concessions peut résulter de la résiliation de la convention à la suite d'un accord entre les parties. En effet, à tout moment, le concédant et le concessionnaire peuvent convenir d'un commun accord d'une résiliation de la convention dans les conditions arrêtées par eux. A rappeler, à titre préliminaire, que le juge administratif exerce un contrôle sur le contenu des clauses envisageant et encadrant le pouvoir de résiliation sans faute pour motif d'intérêt général.

Cette situation qui se présente rarement dans les contrats administratifs de manière générale est bien circonscrite par les clauses contractuelles qui posent les modalités de la résiliation (préavis, durée à compter de laquelle elle est possible, etc.) et les méthodes adéquates de la fin des relations contractuelles (indemnisation du concédant, régime des biens de la concession et le sort du service public).

Il a été jugé qu'en alléguant du mauvais état d'un ponton pour résilier, unilatéralement la concession dont il était titulaire et sans établir que cette situation exigeait l'arrêt de l'exploitation du port ou bouleverserait l'économie du contrat de concession, le concessionnaire a commis une faute en suspendant de manière unilatérale l'exploitation de la concession (Cf. CAA Nancy, décision du 2 août 2007, n° 06NC00299, Aff. SARL Franche Comté Nautic).

B-La déchéance du concessionnaire :

Pour garantir l'exécution du contrat, ce dernier dote le concédant d'un pouvoir général de contrôle économique, technique et financier. Ce pouvoir s'exerce de manière permanente. De ce contrôle émerge un pouvoir de sanction en cas de manquement grave du concessionnaire à ses obligations.

L'exemple vivant de ce pouvoir du concédant on le trouve dans la possibilité de déchéance qui est une sanction du concessionnaire défaillant et qui n'entreprend pas les démarches nécessaires pour remédier à cette défaillance dans le délai imparti.

La clause relative à la déchéance est une clause obligatoire du contrat de concession portuaire au Maroc. Le contrat doit déterminer les cas de manquements graves qui conduisent à la déchéance du concessionnaire (interruption de service ou son fonctionnement durablement défectueux ou encore le manquement aux obligations contractuelles. L'article 26 de la loi 15-02 précise de manière exhaustive ces cas dont référence est faite dans les conventions de concession portuaires accordées par l'ANP.

Pour ce qui de la concession, il a été jugé que dans le silence du contrat, seul le juge pourrait prononcer une résiliation anticipée du contrat aux torts du concessionnaire - appelée déchéance - et que si le contrat prévoyait un tel droit au profit de la personne concédante, seule cette dernière peut, le cas échéant, la prononcer sans pouvoir la solliciter du juge.

S'agissant des modalités de la déchéance pour faute du concessionnaire, la déchéance du concessionnaire étant une sanction résolutoire, le législateur l'a entouré de certaines garanties. Le principe est que, conformément aux droits de la défense, la déchéance du concessionnaire ne peut être prononcée directement, il est nécessaire que le cocontractant soit au préalable mis en demeure en lui accordant un délai fixé par le contrat afin de remplir ses engagements et rétablir le respect de ses obligations contractuelles; la mise en demeure doit obligatoirement recenser précisément les manquements et défaillances du concessionnaire⁵⁵⁵ et pour lesquelles la mise en demeure est restée sans effet. Il ne peut être passé outre la mise en demeure que si la convention prévoit que la résiliation pour faute pourra intervenir sans mise en demeure préalable.

A la prononciation de la déchéance du concessionnaire, l'autorité concédante est substituée dans ses droits et obligations au titre de la convention. Toutefois, si le concédant est, tenu conformément aux stipulations du cahier des charges de la concession, des engagements que le concessionnaire aurait souscrits avec des tiers, pendant l'exécution du contrat et qui sont en cours à la date de la déchéance, de telles stipulations n'ont pour pas pour objet ou pour effet d'obliger le concédant à prendre en charge le règlement des dettes nées de l'exécution de travaux accomplis antérieurement à la date à laquelle la déchéance de la concession a été prononcée C'est ainsi qu'il a été jugé que l'autorité concédante n'est pas substitué au concessionnaire défaillant pour le paiement des travaux réalisés avant la résiliation de la concession⁵⁵⁶. Pour la convention de concession de la SODEP avec l'ANP, il est stipulé qu'en cas de déchéance du concessionnaire, le concédant « *se substitue dans les obligations du concessionnaire au terme des contrats des prêts qui auront été approuvés par le concédant préalablement à leur conclusion, par la reprise de l'encours (à la date de la prononciation de la déchéance de la concession) de la dette du concessionnaire au terme desdits contrats/dudit contrat, déduction faite des montants en principal, intérêts, intérêts de retard et coûts échus préalablement à la date de déchéance de la concession et restant impayés à cette date* ».

⁵⁵⁵ Décision du CE du 26 novembre 1993, affaire « *Société anonyme du nouveau port de Saint-Jean-Cap-Ferrat* », in req. n° 85161.

⁵⁵⁶ CAA Nantes, décision du 6 /02/ 2009, n° 08NT01870, Aff. Sté Éco systèmes de dragage.

L'arrêt du Conseil d'Etat en marge de l'affaire « *Société anonyme du nouveau port de Saint-Jean-Cap-Ferrat* » a posé les principes suivants :

► Il n'est pas obligatoire que le délai imparti dans la mise en demeure au concessionnaire pour respecter ses obligations expire pour pouvoir saisir le juge d'une demande de résiliation du contrat aux torts dudit concessionnaire, le juge doit, pour statuer, attendre que le délai soit expiré et que le non-respect soit constaté ;

► Même dans le cadre d'un contrat de concession, le concédant peut résilier unilatéralement le contrat pour faute et sans indemnité en l'absence de clause stipulant expressément une telle faculté à son profit ;

Le seul point sur lequel l'arrêt ne se prononce pas expressément c'est celui de savoir si, lorsqu'une clause prévoit que le concédant pourra résilier pour faute le contrat, il peut néanmoins saisir le juge ou si, comme par le passé, lui seul peut alors prononcer la déchéance. On peut toutefois penser, puisqu'un tel pouvoir existe désormais même dans le silence du contrat, et que l'arrêt précise quand le juge peut statuer lorsqu'il est saisi, qu'en pareille hypothèse, le concédant aura désormais le choix entre prononcer lui-même la déchéance ou s'en remettre à la justice.

Pour ce qui est du Maroc Le concédant pourra prononcer la déchéance en cas de survenance de l'un des événements cités dans l'article 26 de la loi 15-02⁵⁵⁷ et si le concessionnaire ne se serait pas conformé aux injonctions du concédant pour mettre fin aux manquements de ses obligations.

Le concédant pourra, également, prononcer la déchéance totale ou partielle dans les huit cas cités par l'article 13-3 de la convention de concession liant l'ANP à la SODEP (mise en demeure à la première infraction, 50.000 dhs à la constatation de la deuxième infraction et 100.000dhs à la constatation de la troisième infraction). Dans ce cas, le concédant doit payer au concessionnaire les indemnités prévues à l'article 13-4 de la convention.

C- La substitution du concessionnaire:

Les dispositions concernant le droit de substitution prévues au contrat de concession sont des dispositions originales qui ne se trouvent pas dans la pratique des contrats administratifs.

Il s'agit d'un procédé permettant, dans le cadre de la rédaction d'un contrat de concession, de prévoir un consentement des parties sur le transfert de la concession à un tiers pour assurer sa gestion et ce, en cas de défaillance du concessionnaire.

⁵⁵⁷ Si le concessionnaire « ne démarre pas l'activité pour laquelle il a été autorisé dans les délais fixés et ne le fait pas après un délai qui lui est fixé ;

2 - ne remplit plus les conditions exigées pour l'exercice de son activité ;

3 - a cessé son activité pour une durée supérieure à six mois ;

4 - ou son représentant légal, a fait l'objet d'une condamnation judiciaire pour des délits compromettant l'activité exercée ou la réputation du port ;

5 - est mis en liquidation judiciaire par un jugement définitif. »

Concrètement, s'il est établi que le concessionnaire n'est plus en mesure de se conformer à ses obligations après une mise en demeure du concédant, les prêteurs peuvent proposer une entité substituée pour succéder aux droits et obligations du concessionnaire.

La clause de substitution permet aux investisseurs qui ont participé à l'acquisition de l'assiette matérielle de la concession par le biais de financement ou l'octroi des prêts d'avoir des garanties de leurs fonds via la participation dans la gestion si le concessionnaire ne peut plus continuer l'exploitation de la concession.

Les prêteurs peuvent avoir un droit de créances privilégié sur les recettes de la concession. Cette procédure a été utilisée dans plusieurs concessions financées par la banque mondiale où une partie des recettes est versées à un administrateur qui désintéresse les créanciers à fur et à mesure des échéances et verse le surplus au concessionnaire.

Il est possible, également, que cette clause donne droit au créancier de se substituer au concessionnaire défaillant dans la gestion ; La procédure dans pareil cas est simple: les prêteurs notifient aux parties leur intention de mettre en œuvre la substitution et communiquent au concédant toute information relative à l'entité substituée et les termes de la substitution.

Par ailleurs, en sus des stipulations obligatoires imposées par la loi, le contrat de concession peut prévoir d'autres clauses consenties par les co-contractants dont celles donnant la possibilité aux parties de demander la révision en cas de bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

§3-: Le régime financier de la concession :

Assurer l'équilibre financier de la concession est de principe dans les conventions de ce genre. Il doit prendre en considération les contraintes de service public et la rémunération juste du concessionnaire. Ce dernier est tenu d'assurer l'équilibre de ses comptes, garantir la couverture de ses charges par les produits générés par les services rendus et mettre en place une tarification appropriée. Ce droit, reconnu par la jurisprudence, varie selon le type de contrat de concession. Il assure au concessionnaire un minimum de garanties financières dans le cadre de l'exécution du contrat. Le concédant doit veiller, sous le contrôle du juge administratif, à la préservation de ce droit.

Le régime financier de la concession, traduit par la convention et le cahier des charges y afférent englobe, en général, des prescriptions relatives aux volets suivants :

A- Les dispositions financières d'ordre général :

Elles ont pour objet de poser les principes fondamentaux du régime financier de la concession, en l'occurrence :

- L'obligation pour le concessionnaire d'assurer les prestations objet de la concession ;
- La latitude pour le concessionnaire de percevoir des rémunérations en contrepartie des services rendus par ses soins dans le cadre de la concession ;
- L'obligation pour le concessionnaire de payer au concédant, différentes redevances au titre de la concession.

Les documents de la concession passée entre la SODEP et l'ANP définissent les tarifs minima et maxima que doit appliquer le concessionnaire pour l'usage des installations portuaires. Les documents de concession prévoient souvent des modalités de révision de ces tarifs (taux, période). A cet effet, le concessionnaire s'engage à adopter une structure tarifaire simple et facile à comprendre et de faire apparaître d'une manière claire sur chaque facture les tarifs appliqués.

En France, la jurisprudence a consacré l'importance que doit revêtir le régime financier du contrat et ce, via l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 mars 1910 opposant la Compagnie générale française des tramways à son concédant. Le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions développées dans cet arrêt, reconnaissait « l'équation financière » devant exister entre le concédant et le concessionnaire. Cette concept d'équation aussi, équilibre financier tel que reconnue permet de relier les deux axes du contrat de concession en l'occurrence l'exploitation d'un service public avec tout ce que ceci comporte comme exigences notamment, celles liées à la satisfaction des besoins des usagers et la gestion d'une entreprise concessionnaire avec ses impératifs, en termes surtout de rentabilité financière. En effet, si dans le cadre d'une concession ou d'un affermage, l'exploitant doit supporter un risque de gravité jugé normal et pour lequel les prévisions des parties s'avèrent vraies, il a droit obligatoirement à un équilibre financier qui lui assurera une certaine sécurité dans l'exercice de son activité d'exploitation du service public. Ce droit à l'équilibre financier peut justifier le versement d'aides et de concours de la part de l'autorité concédante au concessionnaire dont la forme diffère.

B – Les clauses relatives aux Redevances, à la rémunération du concessionnaire et aux droits de ports :

a- Les redevances :

Le concessionnaire est tenu de payer au profit du Concédant, une redevance communément appelée « Redevance de la concession ». Cette redevance de concession comprenant deux termes l'un fixe appelé redevance foncière et l'autre variable selon le trafic concerné ou le résultat de l'exploitation (Conteneur, marchandises diverses, etc.). Cette redevance est convenue d'un commun accord entre les parties sauf si elle a été choisie comme critère d'adjudication auquel cas le concessionnaire applique la redevance proposée par lui. Le paiement est indexé dans plusieurs contrats.

L'article 29 de la loi 54-05 sur le contrat de gestion déléguée précise que « Le contrat de gestion déléguée peut autoriser le délégataire à collecter, pour le compte du délégant ou de l'Etat des taxes, redevances, fonds ou participations. Le contrat précise, le cas échéant, les modes de calcul ainsi que les modalités de paiement de droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire ainsi que les contributions ou les participations au financement du service public qui pourraient être versées par le délégant au délégataire. »

La catégorie des redevances la plus importante est celles des redevances d'occupation des dépendances du domaine public auquel cas, le montant de la redevance doit être proportionnel à l'avantage offert au concessionnaire occupant le domaine public. Le contrat peut prévoir des redevances aussi au vu d'associer le concédant aux résultats de l'exploitation

dans le cadre de partage des risques. Entrent également dans le champ des redevances les frais de contrôle du concessionnaire par le concédant.

En France, le concessionnaire peut être soumis, outre ces deux variantes, au paiement d'une participation au financement des opérations dont l'Etat ou l'autorité concédante assure la maîtrise d'ouvrage. Le cas est pareil au Maroc où l'on peut trouver des conventions dans lesquelles, le concessionnaire est appelé à participer, à concurrence d'un montant déterminé ou équivalent à un pourcentage du Chiffre d'affaire, dans les projets de la communauté portuaire par exemple.

Dans la majorité des cas, le concessionnaire constitue un déport des garanties ou se procure une caution. Tout retard de paiement génère des majorations convenues entre les parties. L'article L. 6325-1 du Code des transports français dispose que « Le montant des redevances tient compte de la rémunération des capitaux investis. Il peut tenir compte des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service ». Cette conception du calcul de la redevance semble s'écarter de la jurisprudence de l'Union Européenne. La Cour de justice considère « qu'il est nécessaire qu'il y ait une corrélation entre le coût que représente le service dont bénéficie l'utilisateur et le montant de la redevance qui lui est imposée »⁵⁵⁸.

b- La rémunération du concessionnaire :

La définition classique de la concession en droit Marocain et français est un contrat par lequel une personne publique, le concédant, confie à une personne privée ou publique, le concessionnaire, l'exécution à ses risques et périls d'une infrastructure publique et/ou d'un service public, en contrepartie du droit de percevoir des redevances sur les usagers. Il s'agit plus précisément de la concession à paiement des clients, dont les revenus viennent pour l'essentiel du paiement des services par les clients, par opposition à la concession à paiement public, dont les revenus viennent pour l'essentiel de paiements du concédant. Il est question, également, de la rémunération à percevoir en contrepartie des prestations qu'il fournit appelés tarifs à la charge des usagers.

Le Cahier des Tarifs de l'Agence Nationale des Ports au Maroc (ANP) présente les tarifs publics plafonds qui rémunèrent la manutention, les services rendus à la marchandise, le magasinage, l'Ad Valorem, les droits de ports sur les marchandises et les passagers, les services rendus aux navires ainsi que les droits de port sur les navires.

Le concessionnaire ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour fixer les tarifs d'usage des équipements et installations portuaires ni pour les opérations de manutention. L'autorité concédante en assure le contrôle.

Dans la convention de concession entre la SODEP et l'ANP, la rémunération du concessionnaire fait l'objet d'une annexe tarifaire qui fixe les tarifs publics plafond qui ne peuvent être modifiés que d'un commun accord des parties.

c- Les droits de ports :

Les droits de port et de navigation sont régis en France par le livre II du Code du Domaine Public Maritime notamment, sa partie législative où il est spécifié que le droit de

⁵⁵⁸ CJCE, décision du 13 juin 2002, Aff. C-430/99 et C-431/99, Sea-Land Service.

port peut être perçu dans les ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leur groupements, à raison des opérations commerciales ou des séjours des navires. Pour ce qui est du Maroc, ils sont spécifiés dans le cahier des tarifs publics qui revêt une nature réglementaire, édité par l'Agence Nationale des Ports.

Le principe est que le concessionnaire les factures aux usagers pour le compte du concédant, les modalités de calcul des droits de port et les tarifs maxima sont notifiés au concessionnaire et portés à la connaissance du public.

Plus encore, certaines conventions imposent au concessionnaire de constituer au profit du concédant une garantie bancaire dite aussi garantie de bonne exécution couvrant la durée de la concession ou pour une durée déterminée, en garantie du respect de ses engagements. Elle peut être remplacée par un engagement moral du concessionnaire dans certains accords.

L'assiette des droit de port renferme plusieurs aspects et la fixation des taux y afférent est effectuée par voie réglementaire. Les droits de port se composent de plusieurs rubriques ; il s'agit des redevances sur les navires, des redevances sur le stationnement, redevance sur la marchandise, redevance sur les passagers et une redevance sur les déchets d'exploitation des navires.

En France, la fixation des taux des redevances de droits de ports diffère selon que le port relève de la compétence de l'Etat auquel cas, ils sont fixés par l'instance délibérante compétente du GPM ou le port ne dépend pas de l'Etat et dans ce cas, le préfet procède à leur fixation.

Le droit de port s'applique à tous les navires de commerce qui accèdent au port à l'entrée et à la sortie. La redevance sur les déchets d'exploitation, quant à elle, n'est appliquée qu'à la sortie. La redevance sur le navire et sur le stationnement sont à la charge de l'armateur.

La redevance sur le navire n'est pas applicable, cependant, pour certaines catégories de navires notamment, pour les navires d'assistance, les navires de lutte contre la pollution ou de récupération des déchets, les dragues, les navires des services administratifs, etc.

Pour ce qui est des Redevance sur les marchandises, leurs taux sont fixés soit selon leur poids soit à l'unité et, à l'instar de ce qui a été dit pour les droits de ports sur navire, Elles ne sont pas dues dans les cas listés au CDPM tels que l'avitaillement, lestage, marchandises en rapport avec des navires de guerre ou d'Etat, etc.

S'agissant des redevances sur les passagers, elles sont dues à raison de chaque passager débarqué, embarqué ou transbordé. Elles sont, également, supportées par l'armateur et sont payable en même temps que la redevance sur le navire. Elles ne sont pas applicables aux enfants de moins de 4 ans, au personnel de bord, aux agents de l'armateur voyageant pour les besoins de service et muni d'un titre de transport gratuit et aux agents publiques dans le cadre de leurs missions à bord.

d) La redevance domaniale :

Toute occupation permanente du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance dite redevance domaniale ou foncière. Donc, ces redevances sont dues dès qu'il y a occupation privative du domaine public portuaire. Le concessionnaire du service public

portuaire est soumis comme les autres occupants privatifs du domaine public au paiement d'une redevance au profit de la personne publique concédante. Le montant de la redevance doit être pris en compte pour évaluer le coût du service. Ces redevances ne revêtent pas de caractère fiscal. Selon la Commission des Communautés Européennes, les redevances dont le niveau est inférieur à celui du marché constituent des aides d'Etat⁵⁵⁹ susceptibles de fausser la concurrence au sein du marché commun.

Le montant de la redevance est fixé par le gestionnaire du domaine public portuaire. Elle peut être calculée non seulement en fonction de la valeur locative du terrain ou de l'immeuble au prix du marché mais également, elle doit tenir compte de l'avantage particulier dont profite le concessionnaire de l'occupation privative du domaine public. Elles ne constituent pas un loyer au sens juridique du terme mais plutôt une contrepartie du droit donné au concessionnaire d'occuper le domaine public. C'est ce qu'a confirmé le Conseil d'Etat Français⁵⁶⁰ dans l'affaire Commune du Barcarès et qui a précisé dans l'un de ses attendus que « *Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les requérants sont redevables de la redevance dont s'agit à raison de leur occupation du domaine public maritime au droit des quais dont ils sont propriétaires et où ils disposent d'une autorisation d'amarrer un bateau ; que cette redevance est due alors même qu'ils n'utiliseraient pas effectivement l'autorisation de stationnement dont ils sont titulaires ; que la redevance en cause étant due non pour service rendu, mais pour occupation du domaine public, les requérants ne peuvent utilement soutenir qu'elle ne trouve pas sa contrepartie dans la fourniture de services effectifs autres que celui que leur procure ladite autorisation ; qu'il n'est pas allégué que la redevance litigieuse serait sans rapport avec l'avantage que retirent les requérants de la mise à leur disposition du domaine public maritime ; qu'en n'assujettissant pas à la redevance les usagers du plan d'eau qui ne sont pas propriétaires d'une portion de quai ou d'une autorisation d'amarrage, la commune n'a pas méconnu le principe d'égalité ; qu'une telle redevance domaniale n'ayant pas le caractère d'une imposition, les requérants ne peuvent, en tout état de cause, soutenir qu'ils subissent une double imposition dès lors qu'ils acquittent déjà la taxe foncière et la taxe d'habitation à raison des immeubles dont ils sont propriétaires sur le port du Barcarès, ni invoquer le principe d'égalité devant l'impôt* ».

C- Dispositions comptables et fiscales de la convention de concession :

Le concessionnaire doit tenir une comptabilité conformément à la législation en vigueur, communiquer au concédant toute information lui permettant de s'enquérir des conditions d'exécution de la concession (tableau de bord, états financiers, rapports annuels de l'entreprise, etc.).

En France les obligations comptables du concessionnaire sont celles prévues à l'article 621 du recueil des normes comptables intitulé « **Concession de service public** » qui précise que « *Les immobilisations faisant l'objet d'une concession de service public ou de travaux publics sont évaluées dans les conditions suivantes.*

Art. 621-7 - *Le droit exclusif d'utilisation de biens du domaine public ou le droit exclusif d'exploitation est porté pour mémoire à l'actif du bilan de l'entité concessionnaire. Exceptionnellement, lorsque le droit du concessionnaire sur les immobilisations non renouvelables mises en concession par le concédant a fait l'objet d'une évaluation, soit dans le contrat de concession, soit à l'occasion d'un transfert, son montant constitue un élément*

⁵⁵⁹ Commission, décision n°85/515/CEE du 11 février 1987, JOCE L295, 20 octobre, 25.

⁵⁶⁰ Conseil d'Etat, décision du 29 novembre 2002, Affaire « Commune du Barcares (redevance pour occupation du domaine public) »

amortissable sur la durée de la concession. Dans ce cas, la valeur des biens en pleine propriété est portée au pied du bilan.

Art. 621-8- Les biens mis dans la concession par le concédant ou par le concessionnaire sont inscrits à l'actif du bilan de l'entité concessionnaire.

L'inscription à l'actif du bilan du concessionnaire de la valeur des biens mis gratuitement dans la concession par le concédant comporte une contrepartie au passif du bilan, classée dans les autres fonds propres ».

Enfin, le concessionnaire, étant soumis à la législation fiscale en vigueur, doit payer tous impôts et taxes liés à l'exécution de la concession. Il bénéficie, en contrepartie, de tout régime fiscal préférentiel mis au profit des sociétés concessionnaires de service public.

Sous-section 3 : La spécificité des entreprises portuaires en leur qualité de concessionnaires:

les Nouvelles méthodes de gestion des services publics ; appelé, également, « Management Public » sont basées sur une panoplies de règles visant d'une part à réduire le périmètre des activités directement prises en charges par les personnes publiques et, d'autre part, à introduire des mécanismes de gouvernance issus des entreprises privées au sein de la sphère publique tels le développement des relations de marché entre les différentes structures publiques, la responsabilisation des agents, l'évaluation à partir des résultats et non plus des ressources consommées, l'obligation de rendre des comptes, l'adoption de normes comptables privées, etc.

Dans ce sens, le transfert des concessions attribuées aux sociétés portuaires en France a suscité des réserves quant à la compatibilité de cette démarche eu égard au droit de l'Union Européenne, d'autant plus qu'il est loisible, pour ces sociétés, de devenir des sociétés d'économie mixte, voire des sociétés ayant un capital totalement privé et que les collectivités publiques n'exercent pas un pouvoir de contrôle sur elles comme elles peuvent le faire pour leurs propres services .

Ceci fait que le partenaire privé qui est l'entreprise portuaire a un statut particulier et entreprend des relations de partenariat spécifiques. C'est ce que l'on développera dans les paragraphes suivants.

§-1 : Les aspects spécifiques du partenariat dans le secteur portuaire :

A-Un partenariat vertical avec l'autorité concédante :

En plus de l'environnement juridique, l'autorité portuaire impose à l'entreprise, par voie contractuelle, un ensemble de dispositions afin de définir, d'orienter, de réguler ou simplement d'autoriser son activité pendant une période donnée. C'est cette forme de relations entre l'autorité portuaire et l'entreprise exploitante que désigne le partenariat vertical.

Ce partenariat vertical reflète le caractère marqué de la gestion déléguée de service public que comporte l'activité de l'opérateur portuaire. Cette intervention du secteur public se justifie pour diverses raisons :

- l'activité portuaire comporte des enjeux ; en matière d'aménagement du territoire d'une part, par les effets structurant qu'ont les activités portuaires sur le tissu industriel ou leur impact sur l'aménagement urbain ; un enjeu en matière d'acheminement du commerce extérieur d'autre part ;

- les missions exercées par l'entreprise peuvent avoir des caractéristiques de service public. Il est alors nécessaire de lui imposer les obligations inhérentes à cette notion de service public.⁵⁶¹

- l'activité de l'opérateur peut nécessiter des investissements publics en appui des investissements privés. Les investissements nécessaires à l'activité de l'entreprise peuvent, en effet, présenter une rentabilité économique satisfaisante pour la collectivité sans présenter une rentabilité financière suffisante pour l'investisseur. C'est le cas lorsque le projet présente des externalités positive et qu'il n'est pas possible de faire contribuer directement tous les bénéficiaires indirects de ces effets externes.

B- Un partenariat « horizontal » avec des acteurs multiples :

Une autre spécificité jugée forte de l'activité de l'opérateur portuaire qui réside dans la prestation qu'il fournit à son client, armateur ou chargeur. Cette activité s'intègre toujours dans un service plus global dont elle ne constitue qu'une partie. De ce fait, l'opérateur se trouve en situation de partenariat avec les prestataires des autres composantes de ce service global. C'est ce que l'on appelle le « partenariat horizontal ». Ce type de partenariat existe avec l'autorité portuaire comme avec d'autres acteurs de nature très diverses. Il peut s'agir d'un partenariat subi, car non formalisé par des liens contractuels directs entre les partenaires.

L'étendue de ce partenariat et l'identification des partenaires dépendent de la situation juridique du client et de son activité. Deux approches de ce service global attendu du client :

► Le client est un armateur :

Le service attendu est constitué de toutes les opérations nécessaires à l'escale du navire. La prestation du gestionnaire du terminal (manutention et stockage) reste la partie la plus sensible et la plus coûteuse de l'escale, mais une escale performante nécessite aussi des accès nautiques adaptées, un balisage opérationnel, des bassins entretenus et protégés de la houle, des services aux navires performants (pilotage, remorquage, lamanage), voire des systèmes modernes d'échanges de données informatiques ou de gestion de trafic (VTS) etc. au-delà de la prestation du gestionnaire du terminal, l'armateur est sensible à l'ensemble des facteurs constituant la compétitivité du port (horaire, tarifs, etc.). Ce qui met en évidence un premier niveau de partenariat horizontal au sein de la communauté portuaire⁵⁶², les partenaires pouvant être d'autres sociétés publics ou privés mais aussi l'autorité portuaire elle-même. Les modalités de ce partenariat sont formalisées de façon bilatérale dans les contrats passés entre

⁵⁶¹ Il s'agit à ce niveau des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité du service public (voir infra).

⁵⁶² Un projet de décret pris pour l'application de la loi 15-02 prévoit des dispositions relatives à la communauté portuaire, soumise à la réglementation relative aux associations. La communauté portuaire a pour but la coordination du travail portuaire entre les intervenants aux ports.

l'autorité portuaire et les entreprises de la place ou de façon multilatérale dans les règlements d'exploitation du port.⁵⁶³

► **Le client est un chargeur ou réceptionnaire :**

Pour le chargeur, le service pertinent consiste dans une prestation de transport de bout en bout sur une chaîne de transport dont le passage portuaire n'est qu'un maillon, ou plutôt un nœud. Cela signifie qu'il est sensible à l'existence et à la compétitivité des modes de transports terrestres qui desservent le port, ainsi qu'à leur coordination avec les services portuaires. Celles-ci dépendent de multiples facteurs, contrôlés par de multiples acteurs : niveau des infrastructures de transport routier, ferroviaires, prestation des opérateurs de transport pour ces différents modes, dispositions réglementaires diverses d'où un deuxième niveau de partenariat horizontal avec des partenaires de nature variée, souvent plus éloignés de l'activité portuaire proprement dite. Cette situation conduit certaines entreprises à rechercher une intégration des métiers d'opérateur portuaire et de transporteur terrestre afin de mieux maîtriser l'ensemble de cette chaîne de transport.

Il est clair donc, que l'entreprise assurant la gestion ou l'exploitation portuaire ne maîtrise pas l'ensemble des prestations qui constituent le service attendu par son client. Le choix de son client de faire appel à ses services dépend de facteurs exogènes à l'entreprise, ces facteurs étant maîtrisés par de multiples intervenants avec lesquels elle n'est pas nécessairement en relation directe.

C-L'engagement de l'entreprise portuaire concessionnaire se décline sur le long terme :

L'opérateur portuaire est une entreprise qui cherche à maximiser son profit, mais sa priorité est d'abord d'assurer une rentabilité minimale acceptable à l'opération afin de rémunérer les bailleurs de fonds. Toutefois, les investissements qu'il est conduit à réaliser peuvent présenter des caractères spécifiques, en particulier lorsqu'il a la charge de financer et de réaliser des infrastructures. En effet, on est en présence :

- d'investissements lourds à durée de vie très longue, qui ne peuvent s'amortir et se rentabiliser que sur des périodes dépassant souvent 20 ans ;
- d'investissements non récupérables, soit qu'ils soient physiquement non démontables soit que le concessionnaire n'en ait pas la propriété.⁵⁶⁴

Il est donc légitime d'exiger une rentabilité à l'opérateur dans la durée, les caractéristiques précitées interdisant le plus souvent une sortie anticipée sans conséquences importantes. Cette pérennité de l'engagement de l'opérateur portuaire est souvent un souci majeur de l'autorité concédante. Il convient donc logiquement, dans l'intérêt des deux parties, de rechercher une sécurité juridique à travers une bonne adéquation entre la durée du contrat (concession, autorisation) et les caractéristiques du projet, l'octroi de véritables droits réels à l'entreprise en matière de propriété des équipements installés sur le domaine public (voir infra) et un environnement général réduisant les incertitudes et donnant plus de visibilité.

⁵⁶³ Le règlement d'exploitation du port est un document qui englobe des dispositions d'ordre général régissant l'exploitation portuaire. Il est prévu dans l'article 7 de la loi 15-02. Cette loi a instauré l'obligation de doter l'ensemble des ports d'un règlement d'exploitation établi et validé par l'Agence Nationale des Ports

⁵⁶⁴ Au Maroc comme en France, les biens de retour de la concession sont propriété du concédant dès leur réalisation.

Il semble, au regard de la loi, que l'objet principal de la société portuaire consiste dans l'exploitation de la concession. Même si elle peut exercer des activités annexes ou connexes, à l'instar de ce qu'admet le Conseil d'État pour la spécialité des établissements publics, le retrait de la concession aurait vraisemblablement pour effet d'entraîner la dissolution de la société

§ 2- L'entreprise portuaire et la gestion des risques :

Les pouvoirs publics au Maroc qui ont été pris de court par la vitesse et l'étendue de processus de privatisation et de gestion déléguée, ont engagé la réflexion sur l'ensemble des modalités, conditions et procédures relatives aux nouvelles formes de PPP en matière de conception, de financement, de réalisation et de gestion des infrastructures et des équipements publics. L'étude de diagnostic des conditions d'octroi et de suivi des concession au Maroc- durant les début des années 2000 - élaborée par le cabinet Price WATER House Coopers avec le concours financier de la Banque Mondiale a abouti à un ensemble de conclusions qu'on peut résumer comme suit :il y avait, comme points forts, une formule juridique bien installée, un certain recours à l'appel d'offres international et du recours aux services de conseils extérieurs, des stipulations contractuelles conformes aux standards internationaux et un cadre fiscal souvent adaptés pour les projets les plus importants.

Cependant l'étude a ressorti des points faibles dont le plus importantes, une absence de cadre juridique et fiscal dédié à la gestion déléguée, le cadre juridique existant contraignant et éclaté, une transparence insuffisante pour l'octroi des contrats, une articulation incertaine entre concurrence et régulation, une grande lourdeur bureaucratique, une organisation institutionnelle inadaptée. Pour dépasser cette situation, un projet de loi-cadre sur la gestion déléguée de services publics a été élaboré pour combler ces lacunes.

Actuellement, en prenant en charge la gestion ou l'exploitation du service public portuaire, l'entreprise de manutention encourt un certain nombre de risques que l'on peut résumer comme suit :

1- Le risque pays :

Il s'agit de risques dont la cause réside dans l'environnement national et international sous ses différentes composantes que l'on peut résumer comme suit :

► Le risque juridique : il porte sur l'ensemble des paramètres relatifs à l'insuffisance de la précision des textes législatifs et réglementaires en vigueur ou leur fréquente refonte. Ce risque se compose, pour l'entreprise, de deux éléments principaux :

- L'insuffisance des textes du droit interne crée un facteur de complexité, non seulement au niveau des lois et règlements applicables et de leur interprétation plus ou moins claire mais aussi de leur application par la jurisprudence. De même, les usages constituent, des fois, des règles incontournables dans le fonctionnement des ports (cas de jurisprudence). Une solide étude préalable à la réalisation du projet est indispensable. La meilleure solution pour les entreprises étrangères qui veulent gérer un service portuaire est de faire appel à des conseillers juridiques spécialisés dans les diverses disciplines concernées par le projet

portuaire concerné. Le risque de non-respect, par l'entreprise, de la législation ou de la réglementation en vigueur pour cause de méconnaissance est supporté par elle⁵⁶⁵.

- Le risque d'évolution de la législation et de la réglementation provient du fait que ces éléments, relevant de la souveraineté du pays d'accueil et il est susceptible d'évolution ultérieure. L'entreprise est fondée à demander des garanties de stabilité de son environnement juridique équivalente à la théorie de l'imprévision, puisque ce risque provient de décisions du secteur public sur lesquelles l'entreprise n'a aucun contrôle. Dans le cas de la gestion déléguée, dans toutes ses formes, la pérennité de l'activité de l'entreprise est nécessaire pour assurer la continuité de service public et parce que la régulation peut lui interdire les adaptations nécessaires pour faire face à ces modifications. C'est dans cet esprit qu'il est prévu dans les conventions des clauses de révision des contrats pour les cas où la viabilité financière du contrat est remise en cause⁵⁶⁶.

► Le risque économique et commercial :

L'activité portuaire s'inscrit dans un service de transport national ou international qui reste le support des échanges commerciaux dont le volume dépend de données macro-économiques, notamment la population, la consommation, la production, le commerce extérieur, le change, etc. De ce fait, il est important de prendre en considération le contexte macro-économique lors de l'étude de marché réalisée pour l'estimation du risque trafic.

Ces risques contiennent, également, les risques liés à l'offre et à la demande de services assumés par le concessionnaire. Le risque lié à l'offre est ordinairement divisé en risque de construction et risque d'exploitation ; il comprend, par exemple, les risques liés à l'évolution du coût du capital pour la société de projet ou aux modifications des taux de change et d'inflation. Le risque de demande porte, quant à lui, sur la variabilité de l'utilisation des services rendus par le projet, ainsi que sur leur prix.

► Le risque d'interférence ou « le fait de prince »⁵⁶⁷ :

Cette catégorie de risque regroupe les interventions spécifiques des pouvoirs publics dans la gestion du projet concerné.

Les contraintes de la concession sont normalement définies dans les cahiers des charges et le concédant ne devrait pas interférer au cours des phases de construction ou d'exploitation dès lors que l'entreprise concessionnaire respecte les termes de ce cahier des charges. Or, il se peut que l'autorité concédante intervient au nom du service public ou de la protection des usagers, de la protection de l'environnement ou d'impératif de sécurité ou selon la notion de fait de prince en imposant des adaptations ou des investissements supplémentaires ou des contraintes nouvelles de nature à accroître les charges d'exploitation ou à réduire les revenus.

⁵⁶⁵ La loi 15-02 renvoie à un arsenal réglementaire important, pris pour son application. Pour les textes régissant les divers aspects de la gestion portuaire (police des ports, domaine public, etc.), leur refonte est prévue pour répondre aux nécessités du service portuaire.

⁵⁶⁶ Dans la plupart des conventions de concession on trouve les clauses appelées « clauses de rendez-vous » ou encore dite « clauses hard ship ». Ces mêmes clauses figurent dans les conventions de concession des deux opérateurs portuaires exerçant dans les ports Marocains. (cf. supra. régime juridique de la concession).

⁵⁶⁷ Cas de force majeure consistant dans une prescription de la puissance publique aboutissant à renchérir le coût d'exécution des prestations contractuelles.

Pour atténuer ce risque d'interférence, il est essentiel d'avoir un contrat qui rappelle les objectifs des parties, prévoit le maximum de situations possibles et définit leurs conséquences pour les deux parties : formules de révisions tarifaires, obligation d'augmenter la capacité au-delà d'un certain seuil de trafic, etc.

Cependant, il n'est pas possible de tout prévoir à l'avance d'où l'intérêt de prévoir des clauses de rencontres périodiques permettant une renégociation du contrat et visant à ajuster les conditions de la concession aux évolutions constatées (voir supra, la clause de rendez-vous).

2- Le risque d'exploitation :

Le risque d'exploitation signifie une réelle exposition, par le concessionnaire, aux aléas du marché. Ceci signifie que, dans des conditions d'exploitation normales, le concessionnaire n'est pas certain de pouvoir amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service concédés.

En étant adjudicataire d'une concession d'exploitation ou de gestion portuaire, l'entreprise s'engage à exploiter les installations à ses risques et périls. Le risque exploitation est entièrement affecté à l'entreprise au moins pour sa part endogène c'est à dire à l'exclusion du risque pays. Il revient, à cet effet, au concessionnaire d'assumer les risques normalement inhérents à l'exploitation du service ou à la construction de l'ouvrage et à son exploitation. Celle-ci s'opère "aux risques et périls du concessionnaire" ou, autrement dit, à ses frais et risques.

Les risques endogènes d'exploitation se composent principalement des éléments suivants :

► Le risque de non performance : Ce risque peut entraîner le paiement de pénalités à l'autorité concédante si l'entreprise n'atteint pas le seuil de trafic exigé par les documents de concession ce qui engendre des conséquences commerciales et financières pour l'entreprise.

► Le risque de dépassement des coûts d'exploitation : ce risque provient d'une erreur d'appréciation du coût d'exploitation au moment de la remise de l'offre ou d'une mauvaise gestion du projet par l'exploitant ;

► le risque de perte de recette non lié à la baisse du trafic : il s'agit à ce niveau du non recouvrement, fraude, vol alors que l'exploitant n'a pas respecté les procédures imposées par les assurances.

Ces risques peuvent être dépassés par les pouvoirs publics déléguant, en confiant l'exploitation à une société dont l'expérience est reconnue dans la gestion de terminaux portuaires.

3- Les risques contractuels :

Le partenariat entre une autorité portuaire et un concessionnaire d'une part et celui liant le concessionnaire et ses fournisseurs, notamment ses bailleurs de fonds, ses clients ou ses sous-traitants, sont formalisés par des contrats de natures diverses et à montages juridique pouvant être des fois complexe.

Au-delà des clauses mettant en place les modalités du partenariat, le contrat passé entre l'autorité portuaire et l'entreprise doit, également, définir les principes régissant sa gestion qui sont également une source de risque pour les parties. Les principaux risques concernent :

- ▶ Les clauses de révision : il est impossible pour les parties de prévoir dès l'élaboration du contrat l'ensemble des dispositions qui s'appliqueront pendant toute la durée de la concession (relativement longue allant de 30 à 50 ans). En effet, elles ne peuvent prévoir toutes les contingences futures pouvant avoir des répercussions sur la relation et la façon dont elles devraient y faire face sur toute la durée de la convention. Dès lors, des révisions de contrat sont nécessaires pour ajuster ses conditions aux évolutions. Les conditions et modalités de ses révisions doivent être définies : révisions périodiques, révisions prévues à des dates clés du projet (changements substantiels dans l'économie du contrat), révisions à la demande des parties, etc.
- ▶ Les clauses de fin ou de renouvellement du contrat : La durée initialement prévue pour le contrat est un élément parmi d'autres. Les possibilités de renouvellement ou de prolongation éventuelles doivent être définies, de même que les modalités de reprise ou de rachat des différents actifs du projet à l'expiration du contrat (voir supra).
- ▶ Les clauses de résiliation anticipée : elles définissent les causes de déchéance ou de résiliation anticipée à la demande de l'une ou l'autre des parties ainsi que les modalités applicables en matière de pénalités ou d'indemnisation. Elles doivent, également, être cohérentes avec les conventions de prêt lorsque celles-ci prévoient un droit de substitution des prêteurs en cas de défaillance de l'entreprise. (Voir supra).
- ▶ Les modalités de règlement des litiges : ces modalités portent sur l'organisation de règlements amiables, avec une éventuelle intervention d'experts indépendants préalablement acceptés par les parties et concernent également les clauses d'arbitrage.

Enfin, il y a lieu de préciser qu'en raison de son objet particulier portant transfert de l'exploitation d'un service public par une collectivité publique à une entreprise privée, le contrat de concession n'est pas uniquement « la loi des parties », il a, en sus, des effets sur des tiers au contrat que sont les usagers du service public délégué, ces derniers devant être assurés que les principes fondamentaux d'égalité et d'adaptabilité du service public soient toujours respectés.

Les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public constituent des garanties, pour les usagers, les assurant que le service délégué demeure bien un service public. Elles constituent des règles obligatoires pour assurer la prestation objet de ce service et qui sont opposables aussi bien par le délégant que par le délégataire aux usagers, mais, en contrepartie, invocables par ceux-ci à l'encontre à la fois de l'autorité délégante et de l'entreprise délégataire, d'où la spécificité de ce partenariat.

Il faut dire, également, que la spécificité de certains projet portant sur le service public ajoutée aux attentes des pouvoirs publics ont poussé ces derniers à chercher d'autres montages contractuels à même de mettre en place un modèle de coopération encourageant la participation du privé dans des projets d'infrastructures plus structurant et plus coutant. La concession a connu aussi une période de récession dans la mesure où elle se trouvait dans une situation latente. De nos jours, il y a un regain d'intérêt pour ce mode de gestion car il semble

répondre à un besoin de désengager l'Etat de plus en plus de l'activité économique et de permettre à des entreprises privées de prendre la relève.

Pour conclure sur ce chapitre sur les conventions de concession, on reprochait à ces montages concessifs leur imprécision juridique en ce sens où « *la difficulté à s'accorder sur une définition claire et précise des prérogatives de chacun des protagonistes intervenant dans la gestion déléguée contribue à compliquer la formulation d'un modèle de concession adapté à la situation marocaine* ⁵⁶⁸ ».

« La loi marocaine relative à la gestion déléguée a apporté des innovations à ce niveau, mais ce texte n'a pas pris en considération les attentes des investisseurs nationaux, particulièrement en matière de préférence nationale à compétence égale. Il ne prévoit pas, non plus, un système de régulation basé sur la création d'organes de régulation dotés de la personnalité morale et de l'autonomie de gestion, ni un conseil consultatif des gestions déléguées ⁵⁶⁹ ».

Quoiqu'il en soit, le bilan mitigé des concessions expérimentées pourrait être justifié en partie par l'aléa financier supporté par les délégataires devant couvrir le financement de leurs investissements et par la faiblesse des prestations conduisant souvent à l'insatisfaction des usagers.

Le modèle français a également fait l'objet de critiques. Au niveau du contenu, d'aucuns reprochent au droit applicable son caractère rigide, flou et sanctionné pénalement, « *ne fournissant pas le meilleur cadre pour le développement de projets novateurs* ⁵⁷⁰ ». Ajouté à cela le cadre contraignant du contrôle de légalité et la pénalisation de l'action publique locale en particulier liée aux sanctions pénales attachées au non-respect des procédures liées au code des marchés publics et à la loi SAPIN et qui fige les comportements, freine les initiatives et crispe les acteurs privés ou publics. Les critiques vont jusqu'à souligner que la spécificité française « *est de nature à freiner les initiatives et dissuader les acteurs publics et privés de prendre des risques dès lors que le montage n'est pas d'une parfaite clarté juridique* ⁵⁷¹ ».

Pour preuve, un manque de lisibilité du cadre juridique se traduit par des incertitudes sur le champ d'application respectif du droit des délégations de services publics et du code des marchés publics, une remise en cause par la Commission européenne de certaines dispositions de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ou du code des marchés publics et une distinction floue entre les contrats d'occupation du domaine public et les délégations de service public.

C'est dans cet esprit qu'un nouveau contrat a vu le jour au Maroc et France désigné sous le vocable « contrat de partenariat ». Comment se présente ce contrat et quel est son régime juridique ? C'est ce qui fera l'objet du 2^{ème} chapitre de ce titre.

⁵⁶⁸ M. Benahmed, A. Zahidi, La Gestion déléguée au service de l'utilisateur, édition Dar Al Qalam, 2007, p. 49.

⁵⁶⁹ M. Benahmed et A. Zahidi, op. cit.

⁵⁷⁰ Lignièrès P, « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », dans Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ? Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003.

⁵⁷¹ P. Lignièrès., « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », op. cit.

Chapitre II : Le contrat de partenariat : le renouveau des PPP :

Le contrat de partenariat, qui vient d'être réglementé au Maroc en 2016 et régi en France par une ordonnance de 2004, modifiée en 2008, est venu compléter la multitude de moyens et outils contractuels dont disposaient les administrations publiques et les collectivités pour rendre encore plus efficace et économe la commande publique. Il n'a pas pour but de suppléer des outils juridiques qui ont fait leurs preuves, tels que le marché public ou la délégation de service public avec tous ces supports contractuels. Mais, ce contrat, considéré comme étant un outil comblant un manque s'il est utilisé à bon escient, permettra, surtout, à l'État et aux collectivités territoriales de rendre aux citoyens un meilleur service à un meilleur coût.

Le contrat de partenariat sera, également, vecteur d'innovations dans la gestion des projets économiques d'envergure dont la gestion publique tirera un grand profit (exemple ; le projet NOOR au Maroc instaurant la plus grande centrale solaire en Afrique ou les projets de mise en exploitation de nouveaux ports selon la stratégie portuaire à l'horizon 2030).

De prime abord, deux éléments – sur le plan du processus d'octroi- de cette innovation méritent d'être cités à ce sujet : l'évaluation préalable et le dialogue compétitif prévus par les lois sur les contrats PPP au Maroc et en France.

En effet, selon l'exposé des motifs de l'ordonnance du 17 juin 2004 régissant les contrats de partenariat en France, parmi les relations contractuelles conclues par les collectivités publiques, les contrats de partenariat sont une forme contractuelle nouvelle qui vient s'ajouter aux deux formes traditionnelles que connaissait le droit français avant leur introduction à savoir, d'une part, les marchés publics et, d'autre part, les délégations de service publics.

Au Maroc, La loi n°86-12 relative aux contrats de partenariat public-privé promulguée par le Dahir n°1-14-192 du 24 décembre 2014, est entrée en vigueur le 4 juin 2015, date de publication du Décret pris pour son application (Décret n°2-15-45 du 13 mai 2015). Ces contrats ne portent pas sur le transfert, par l'autorité publique, de l'exploitation d'un service public mais plutôt sur la réalisation, le financement et la gestion d'infrastructures ou d'autres moyens utilisés par l'autorité publique pour rendre un service public ou exercer une activité publique, dont l'autorité publique demeure responsable.

Sur le plan communautaire, Le simple rapprochement des législations montre que les répartitions retenues par les différents États ne concordent pas en ce qui concerne les contrats de PPP.

À côté de la définition générale de ces opérations entendues au sens du *Livre vert* de la Commission européenne, les législateurs des pays de la communauté européenne ont introduit dans leurs droits internes, à côté de formes juridiques traditionnelles susceptibles de faire l'objet de « financement de projet » au sens de la réglementation britannique, des régimes particuliers et différents des contrats de partenariat tel que connu en droit français. On peut citer à cet effet les dispositions de la loi espagnole sur le « contrat de collaboration entre le

secteur public et le secteur privé » (*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*) ou encore les dispositions de la loi italienne sur la « finance de projet » (*finanza di progetto*) qui se greffent au régime général des concessions. Le régime applicable en Angleterre a, quant à lui, subi l'influence des normes publiées par le Trésor britannique plus que de l'intervention du législateur. Ceci dénote que l'existence d'une législation spécifique aux PPP n'est pas une condition nécessaire à leur développement.

A signaler à ce niveau que les nouveaux contrats de partenariat font que le partenaire a les mêmes missions qu'un concessionnaire (financement, conception, construction, exploitation) mais sa rémunération provient d'un loyer versé par la puissance publique.

Quel est le régime juridique de ce contrat ?

Section I- Le régime juridique des contrats de partenariat :

Introduit en droit français par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat telle que modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008, le contrat de partenariat est défini comme étant un contrat administratif par lequel « *l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* ».

Ledit contrat peut, également, avoir pour objet « *tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ». Le contrat de partenariat ne peut être conclu que :

- si « *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » ;
- ou bien si « *le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible* » ;
- ou encore si « *compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique* ». ⁵⁷²

Le contrat de partenariat est conclu en passant par plusieurs étapes, commençant par une procédure de dialogue compétitif qui, selon les dispositions de l'article 29 de la directive n° 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux de fourniture et de services. Le contrat de partenariat, auquel sont applicables les règles relatives aux marchés publics que fixe le texte précité, peut être conclu

⁵⁷² La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

selon la procédure du dialogue compétitif dès lors que, le marché portant sur un projet particulièrement complexe, il ne peut pas être attribué au moyen d'une procédure d'appel d'offres ouverte ou restreinte. Le contrat PPP, selon le texte l'ayant institué, peut être passé dans le cadre d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée, selon les cas.

La Loi 86-12 régissant le contrat de partenariat au Maroc le définit comme étant « *un contrat de durée déterminée, par lequel une personne publique confie à un partenaire privé la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure ou de prestation de services nécessaires à la fourniture d'un service public.* » (Cf. article premier).

Reprenant l'essentiel des dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, l'article L. 1414-1 du code général des collectivités locales précise que, pour celles-ci, le financement définitif d'un projet menée par un contrat PPP doit être en majorité assuré par le partenaire privé, sauf si le projet en question porte sur un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

On constate que le régime du contrat de partenariat est très différent de celui de la convention de concession, que ce soit au regard du droit européen ; vu que la directive n° 2004/18 précitée consacre à celle-ci un titre spécifique (titre 3) ou du droit interne tel l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ou du régime des délégations de service public tel qu'il résulte du chapitre IV du titre II de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Enfin, le décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012 complétant les dispositions relatives à la passation de certains contrats publics prévoit que tout partenariat dont la conclusion est envisagée par l'État ou par un de ses établissements publics donne lieu à une « *étude réalisée par le pouvoir adjudicateur visant à évaluer l'ensemble des conséquences de l'opération sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* » et qu'il ne peut être signé qu'après accord du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé du budget.

Ceci étant, se pose la question suivante : les titulaires d'une mission de service public disposent de plusieurs modalités d'action : la régie, la création de structures dédiées ou le recours au secteur privé par la voie contractuelle. Depuis très longtemps sont nouées fréquemment des relations contractuelles avec des entreprises ou des groupes d'entreprises chargés de fournir aux collectivités publiques et aux citoyens des biens, des services et des travaux ou de gérer des services publics. Ces relations contractuelles prennent en droit français et marocains deux formes bien définies par la jurisprudence et depuis peu par les textes, celle des marchés publics ou celle des délégations de service public, tous contrats confondus qui constituent des formes traditionnelles d'association du secteur privé dont le régime est particulièrement abouti. Pourquoi penser alors à d'autres supports contractuels ?

§1- Les raisons d'instaurations des contrats de partenariat :

Certaines formes de relations contractuelles n'entrent, de par leur nature et objectifs, dans aucune des catégories communément admises vue les montages complexes et peu encadrés jusqu'à présent. Certaines font l'objet d'une réglementation spéciales, par exemple

les conventions domaniales ou, dans le cas des collectivités territoriales, les baux emphytéotiques, mais souvent une insécurité juridique préjudiciable aux personnes publiques comme aux entreprises, entoure ces contrats.

Après avoir largement adopté le modèle concessif français, les pays de la CE se sont engagés dans des formes contractuelles nouvelles qu'il est convenu de désigner sous l'appellation de partenariats public-privé. Ces contrats ont pour objet de faire appel à l'initiative et au financement privés pour faire naître des équipements nouveaux, ou assurer la mise à disposition de services, destinés à assister les autorités administratives dans l'exercice de leurs missions. Conçus et gérés selon les normes propres au secteur privé, ces équipements et services sont mis à la disposition des administrations selon un cahier des charges élaboré pour les besoins du service public. Néanmoins, c'est sous la responsabilité des opérateurs privés que ces équipements ou services sont gérés. La finalité de ces contrats est en effet de permettre à l'administration de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée, tenue de trouver les financements les mieux adaptés à son activité, voire d'assurer aux équipements en cause des débouchés autres que ceux qui répondent strictement aux besoins de l'administration contractante. C'est ce qui permet aux autorités administratives d'obtenir que la rémunération soit étroitement liée à des critères de performance dans l'exécution de la prestation et calculée sur l'ensemble de la durée du contrat. C'est aussi ce qui conduit à donner à ces contrats un caractère global. Lorsque ces contrats comprennent une part de construction, la contrepartie de la responsabilité de l'entreprise, c'est la latitude qui lui est laissée pour concevoir et bâtir l'équipement que l'administration utilisera. L'avantage pour l'administration, c'est que l'entreprise lui fournira un service complet pouvant aller de la conception et la construction de l'équipement jusqu'à son exploitation et sa maintenance.

Mais, là où le terme de partenariat prend tout son sens, c'est quand il s'agit d'équipements ou de services exigeant des investissements importants qui sont assumés par la personne privée et dont l'exploitation n'est pas destinée à assurer la rémunération. Dès lors, les financements privés ne seront mobilisables que si le contrat assure un partage des risques très rigoureux tout au long de la vie, nécessairement longue, du contrat. Ceci implique que toutes les parties (administration, banques, opérateurs...) tissent des liens contractuelles qui déterminent avec précision l'ensemble des risques identifiés et la partie qui les prend en charge.

Pour l'administration, il peut s'agir d'accorder des sûretés sur des biens domaniaux ou de prévoir de façon détaillée quelles garanties aura la banque si l'opérateur chargé du service vient à manquer à ses obligations. Cet ensemble contractuel complexe destiné à assurer un partage précis des risques distingue ces contrats de partenariat à la fois des marchés publics et des délégations de service public.

Enfin, ces contrats de longue durée – le plus souvent supérieure à cinq ans – sont conçus pour évoluer. Cette évolution est indispensable pour s'assurer que le partage des risques reste optimal pour l'ensemble des contractants.

Si les exigences de qualité du service évoluent, l'équilibre du contrat doit être rectifié. Si ces exigences ne sont pas remplies, le contrat doit être revu en tenant compte des intérêts de l'administration comme de ceux des investisseurs financiers. Des clauses de rendez-vous permettant d'apprécier, à intervalles réguliers, comment évoluent les équilibres complexes prévus par le contrat de partenariat sont donc essentiels et doivent conduire, le cas échéant, à des renégociations. C'est là une différence notoire avec le régime des marchés publics en droit

français mais un point commun avec certains contrats constituant les délégations de service public notamment, les concessions.

Pour ces considérations, il a paru utile aux législateurs de plusieurs pays, dont le Maroc et la France- d'habiliter le gouvernement à permettre le développement de ces nouvelles formes de contrats. Il convient à la fois de ne pas freiner des initiatives privées dans des domaines qui peuvent intéresser les administrations et d'améliorer la gestion des services tout en permettant aux administrations de mobiliser des financements privés dans des domaines nouveaux. Or ces contrats ne pourront se développer que s'ils font l'objet d'un encadrement particulier de nature à garantir la transparence lors de la passation et tout au long de la vie du contrat.

A-Les spécificités du contrat de partenariat :

Un rapide examen du droit comparé montre que l'expression générique de « partenariat », appliquée aux modes de réalisation des politiques publiques couvre l'ensemble des moyens qu'utilisent les administrations pour associer à leur action des partenaires privés (Concessions, Marchés publics, Délégations de Service Public, Affermage, etc...). Le contrat de partenariat proprement dit, en droits Français et Marocain, correspond à un type de contrat spécifique qui, tout en étant de création juridique récente, a déjà connu une évolution pratique importante. Elle apparaît à travers les définitions qui en furent données en 2004 puis en 2008 en France et récemment en 2016 au Maroc.

La loi française du 28 juillet 2008, relative aux contrats de partenariats avait pour finalité principale l'extension du recours à cette catégorie de contrats créés par l'ordonnance du 17 juin 2004. En effet, l'ordonnance précitée en faisait un outil d'exception, la loi de 2008 élargit les possibilités d'y recourir.

Aussi, les spécificités d'un tel contrat résident dans les aspects suivants :

a) Un contrat global :

Un contrat de partenariat est un contrat dit global parce qu'il comprend inévitablement au moins trois éléments :

- 1- le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ;
- 2- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;
- 3 - leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion.

Il attribue, de ce fait, au partenaire privé une mission globale ayant pour objet les éléments précités et d'autres selon les besoins de la collectivité et liant plusieurs phases d'un projet. En effet, en proposant un ensemble homogène de tâches à un opérateur unique, la puissance publique l'encourage à intégrer les réductions de coûts au niveau de l'exploitation du service ce qui peut être rendu probables par un investissement et une conception adéquats de l'infrastructure support. Autrement dit, lorsque les incitations sont difficiles à mettre en place pour un projet donné en raison d'une incertitude sur les coûts d'exploitation en cours d'exécution de la convention, le contrat global permet de générer une incitation forte pour l'opérateur privé et permet de réduire les coûts d'exploitation sans avoir à contractualiser sur ces coûts mais uniquement sur les objectifs à atteindre

Plus encore, ce contrat peut éventuellement, englober des prestations de service contribuant à l'exercice de la mission de service public qui est de la compétence de la personne publique cocontractante ainsi que tout ou partie de la conception des ouvrages.

Le conseil constitutionnel français avait déjà posé ce critère en spécifiant que *« considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour pré-financer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tel que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »*⁵⁷³.

b- Un contrat de longue durée :

Le contrat de partenariat est spécifique de par sa durée qui est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements effectués ou des modalités de financement retenues. En effet, ce contrat ne prend toute sa dimension que sur une certaine durée. Plus encore, il ne peut y avoir de justification économique pour les deux partenaires à recourir à un contrat de partenariat que sur la durée. La durée du contrat de partenariat doit permettre :

- 1- Une baisse du coût du service de la conception, la réalisation jusqu'à l'exploitation et la maintenance pris en charge par la même personne ;
- 2- Un meilleur entretien des ouvrages permettant d'étendre leur durée de vie ;
- 3- Une liberté laissée aux partenaires de convenir d'une durée tenant compte des spécificités du financement du projet. A cet effet, pour optimiser le financement on peut, par exemple, concevoir un contrat de partenariat conclu pour une durée plus courte que la durée d'amortissement du matériel ou de l'ouvrage construit et qui ouvre une possibilité de rachat de cet ouvrage à son terme en contrepartie de sa valeur résiduelle. Ceci suppose que la personne publique soit en mesure d'assurer le rôle d'exécution du contrat sur toute sa durée dont le minimum est de 5 ans. La réglementation Française des contrats de partenariat ne limite pas sa durée par un plafond, comme il est entrepris pour certains contrats composant les délégations de service public. La raison principale de cette différenciation n'apparaît pas clairement. En effet, si l'on considère des montages « complexes » dans des contrats qui sont de nature semblable à celle du contrat de partenariat mais qui sont toutefois, circonscrits dans des durées limitées en raison du principe d'inaliénabilité du domaine public ou pour des considérations de la protection des propriétés publiques, on peut être en droit de poser des

⁵⁷³ Décision n° 2003-473 en date du 26 juin 2003.

questions. En tout état de cause, le contrat doit comporter des clauses relatives à sa durée. Mais cette durée peut n'être que déterminable, et non pas nécessairement une durée strictement définie au jour de la signature du contrat.

La loi marocaine sur le contrat de PPP pose le principe selon lequel la durée doit tenir compte de l'amortissement des investissements, des modalités de financement et de la nature des prestations fournies mais son article 13 limite la durée du contrat entre 5 et 30 ans pouvant aller exceptionnellement jusqu'à 50 ans.

c- Un contrat avec un mode de rémunération originale :

La rémunération du co-contractant privé par la personne publique dans le contrat de partenariat présente trois spécificités :

1. C'est une rémunération étalée sur la durée du contrat ;
2. C'est une rémunération liée à des objectifs de performance ;
3. C'est une rémunération qui peut intégrer des recettes annexes.

Ceci dit, contrairement aux marchés publics, les contrats de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas nécessairement réglés à leur réception des travaux, mais donnent lieu à des paiements étalés sur la phase d'exploitation.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat en France pose une obligation de transparence en exigeant que le contrat de partenariat comprenne une clause relative à cette rémunération qui distingue, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement.

Les contrats de partenariats sont des contrats pour lesquels la rémunération du prestataire se fait au travers d'un paiement public, sous forme de loyers, en contrepartie de la mise à disposition de bâtiments, infrastructures ou équipements de service public. Ce sont donc des contrats dans lesquels le paiement public est différé et étalé dans le temps. Une partie de ce paiement est soumis obligatoirement à des objectifs de performance à atteindre. Ce mode de rémunération démarque les contrats de partenariat des contrats de délégation de service public, notamment la concession qui a pour principe qu'une partie substantielle de la rémunération du partenaire privé provient des recettes liées à l'exploitation.

Le deuxième élément caractérisant la rémunération dans le contrat de partenariat concerne la place prépondérante donnée à l'atteinte des objectifs de performance. Cet élément trouve sa raison dans le fait que l'objet principal d'un contrat de partenariat étant l'amélioration du service rendu aux usagers, il est compréhensible que la rémunération tienne compte des résultats obtenus en la matière. Il importe donc que ces objectifs fassent l'objet d'une négociation entre les deux partenaires. En effet, il ne s'agit pas seulement de répondre aux besoins propres de la collectivité et à ceux des usagers, mais, en plus, de s'interroger sur la manière d'améliorer la prestation rendue. Enfin, il est recommandé de penser à la souplesse laissée par l'ordonnance portant sur la possibilité de disposer de recettes accessoires. Le contrat de partenariat doit, également, permettre la mise en place de méthodes de financements innovantes ordonnant plusieurs éléments sous forme de versement direct par la personne publique, de revenus provenant de la valorisation du domaine public, de recettes supplémentaires d'exploitation. Sur ce dernier point, il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public, de percevoir une redevance directement liée à l'exploitation du

service public mais d'optimiser la gestion de l'ouvrage ou de l'équipement en autorisant le partenaire privé à tirer une rémunération d'une exploitation en dehors de la prestation de service public.

e- Un contrat de nature administrative :

La question de la nature juridique du contrat de partenariat a été tranchée explicitement ; C'est un contrat administratif par détermination de la loi. Aussi l'ensemble des règles et principes du droit administratif s'applique au contrat de partenariat, que ce soit les règles jurisprudentielles ou les mécanismes de contrôle.

De par sa durée, ses modalités de rémunération et les conditions de son exploitation, le contrat de partenariat n'est pas un marché public au sens du code des marchés publics. De ce fait, les dispositions dudit code ne lui sont donc pas applicables. En revanche, la question s'est posée de savoir leur qualification en droit communautaire. Celui-ci ne connaît, en matière de commande publique, que deux catégories de contrats : les concessions et les marchés publics et considère que ce qui n'est pas contrat de concession est un marché public. Ces derniers sont régis pour leur passation par la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004. Quant aux concessions de travaux et de services, la procédure négociée est la règle. Il n'est pas impossible que, marginalement, certains contrats de partenariat puissent être qualifiés de concessions mais d'une manière générale il s'agira de marchés publics au sens du droit communautaire. Aussi, afin de renforcer la sécurité juridique de ces contrats, l'ordonnance prend le parti de la plus grande prudence et applique à ces contrats l'ensemble des règles de passation des marchés publics communautaires.

f- Un contrat portant sur un projet complexe :

Quand on traite du contrat de partenariat, on dit qu'on est en présence d'un contrat portant sur un projet complexe parce que la personne publique n'est pas en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet en question.

Cette conclusion est une résultante des dispositions de l'article 29 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux⁵⁷⁴, de fourniture et de service qui définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure du dialogue compétitif qui est possible quand « un marché est particulièrement complexe ». Il apparaît, en effet, que les notions de complexité fait ancrer le contrat de partenariat dans la procédure de dialogue compétitif et répond à la réflexion menée par la Commission sur les PPP et le droit communautaire des marchés publics et des concessions dans son Livre vert du 30 avril 2004.

Le texte précise, à ce sujet, que *«les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques.»*

⁵⁷⁴ Journal Officiel de Union Européenne du 30 avril 2004 L. 134/114

Cette situation peut avoir lieu dans le cadre d'un projet portant sur la réalisation d'importantes infrastructures de transports par exemple ou de réalisation de grands réseaux ou encore la réalisation de projets comportant un financement avec des montages complexes ou structuré dans assemblage financier et juridique qui ne peut pas être prescrite à l'avance. La solution dans pareils cas, et étant donné que le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, est de prévoir une procédure souple qui préserve aussi bien la concurrence entre opérateurs économiques intéressés par les projets concernés et le besoin des pouvoirs publics de discuter avec chacun des candidats les divers éléments y afférents.

Ceci dit, la complexité du projet est une condition objective qui n'est pas liée à des défaillances du pouvoir adjudicateur qui doit, pour faire recours à ce type d'outil, démontrer la difficulté du projet au regard de la nature du contrat spécifique. La complexité du projet peut être due au fait que la personne publique n'est pas capable de définir le montage financier ou juridique idéal de l'opération projetée ou que le projet est tellement innovant qu'il faut attiser le sens de la compétition chez les candidats pour aboutir des solutions techniques convenables.

g- Un contrat qui peut être dicté par l'urgence :

La loi du 28 juillet 2008 a élargi la notion d'urgence, cette dernière sera reconnue lorsqu'il s'agira, pour les pouvoirs publics, de faire face à des situations imprévisibles ou en cas de nécessité de rattrapage d'un retard en équipement. La loi crée, également, le critère de « bilan avantageux » avec lequel, la mise en place de l'équation coût/avantage, par rapport aux mêmes prestations effectuées par la personne publique, fait apparaître un avantage objectif faisant que la procédure soit retenue.

L'urgence a été évoquée par le Conseil Constitutionnel Français dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 où le juge constitutionnel a circonscrit le recours aux contrats de partenariat. L'ordonnance tient compte de cette réserve d'interprétation en prévoyant que le recours aux contrats de partenariat n'est possible que dans certaines hypothèses. Ces hypothèses étaient initialement au nombre de deux (projet complexe ou urgent) n'est pas différente de celle traditionnellement admise par les juridictions administratives. Il s'agit d'une urgence « objective » qui ne doit pas résulter du fait de l'administration. Il y a urgence quand le besoin en construction ou rénovation d'équipements ou d'ouvrages résulte d'une cause extérieure à l'administration (par exemple, l'implantation d'un grand centre industriel qui nécessite la construction d'équipements publics : écoles, logements, rénovation après la survenance d'une catastrophe naturelle).

Cette appréciation peut toutefois s'avérer délicate lorsque l'urgence résulte d'une carence de la puissance publique. On peut faire l'hypothèse que le juge administratif fera preuve dans ce dernier cas d'un certain pragmatisme. Il y est invité par le Conseil Constitutionnel lui-même qui, dans sa décision sur la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI), a estimé que les dérogations aux articles 7 de la loi MOP et 10 du code des marchés publics introduites par celle-ci se fondaient sur des « raisons d'intérêt général » liées à la nécessité « de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale ». Les conditions d'un retard « préjudiciable » à l'intérêt général sont donc remplies alors même que la nécessité de relancer la construction de tels immeubles a pour origine une certaine carence de la politique

immobilière du ministère concerné. Dans cette hypothèse, il convient de se montrer prudent lorsque le recours aux contrats de partenariat est uniquement justifié par l'urgence.

À cet égard, il convient ici de citer un extrait de la décision du Conseil d'État en date du 29 octobre 2004 rejetant les recours contre l'ordonnance du 17 juin 2004. Après avoir rappelé les dispositions de la décision du 26 juin 2003 du Conseil Constitutionnel relatives aux motifs d'intérêt général auxquels répondent les contrats de partenariat, il est ajouté : « *qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que, sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat* ».

La rédaction du considérant n° 18 du Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 portant sur la « loi de simplification du droit », est quasiment la même que celle du Conseil d'État, il a précisé que : « *Considérant qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que, comme l'énonce le a) des deux articles critiqués, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.* »

h- Un contrat qui répond au critère de l'efficacité économique :

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté un autre critère de recours aux contrats de partenariat par laquelle le législateur a consacré la pratique de l'évaluation économique comparative en créant cette « troisième voie » d'accès au contrat de partenariat. Ce critère se rapporte à l'efficacité économique, dit aussi bilan coûts/avantages. En effet, la personne publique doit démontrer que le recours au contrat de partenariat présente un bilan plus adéquat entre les avantages et les inconvénients par rapport à d'autres contrats constituant la commande publique.

Les éléments de comparaison donnés à la personne publique pour ce faire, sont les caractéristiques du projet, les exigences du service public, les insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables. La loi précise que « Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

C'est une occasion pour les décideurs de justifier leur choix par une motivation économique et financière plutôt que par une motivation essentiellement juridique, comme dans le cas des critères de complexité ou d'urgence. C'est la traduction de l'exigence connue en droit administratif du « bon usage des deniers publics » comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

L'intérêt de ce critère trouve sa genèse dans la nécessité pour la collectivité de s'assurer que la décision des acteurs publics de faire appel à un schéma de contractualisation déterminé prenne en considération l'impact économique. C'est la raison pour laquelle l'évaluation économique-financière doit être plus approfondie.

Cette méthodologie s'inscrit dans une conception nouvelle pour les décideurs publics, axée sur le service. Cette approche fait que les coûts globaux actualisés ne suffisent pas à eux seuls à déterminer le schéma optimal, la comparaison devant également porter sur la production d'avantages rapportés à la durée de service. Il est bien entendu qu'il conviendra de compléter ce calcul de nature économique par des arguments à caractère qualitatif, qu'il s'agisse de développement durable ou de la nécessité de respecter des contraintes de délai dans le bénéfice du service mis en jeu.

Maintenant que les spécificités du contrat ont été mises en avant qui sont les parties au contrat de partenariat ?

B- Les parties au contrat de partenariat :

Les deux parties dans un contrat de partenariat public-privé sont, d'une part, une entité privée et une entité publique, de l'autre :

a) Le partenaire privé :

Le partenaire privé peut être une seule entité ou un groupement. Avant de faire partie d'un contrat de partenariat, le partenaire privé doit tenir compte, au préalable, de plusieurs éléments.

La question qui se pose à ce sujet est peut-on exiger du partenaire la création d'une société dédiée ?

Pour le Maroc, la réponse est affirmative au vu des derniers contrats de concession. La création d'une société dédiée est souhaitable dans la mesure où elle apporte plus de transparence au projet. En effet, les comptes d'une société dédiée (bilan, compte de résultat) retracent l'intégralité des flux financiers en dépenses et recettes du contrat. Le contrôle exercé par la collectivité ou le partenaire public est donc facilité avec un montage de ce type, surtout en ce qui concerne les modalités de financement, le niveau des dépenses et la rémunération du délégataire.

Une société dédiée permet, également, de mieux identifier les flux financiers avec la maison mère et notamment les frais de structure qui devront faire l'objet d'une facturation identifiable dans les comptes de la société dédiée. Il ya lieu d'être vigilant dans la création d'une société dédiée au coût pour le titulaire tels les frais d'immatriculation, frais comptable, etc. La mise en place d'une comptabilité par établissement sera, par conséquent, à privilégier dans le cadre de projets financièrement modestes afin de ne pas enchérir son coût.

Le partenaire privée peut être constituée soit sous forme d'entité sans montage particulier ou avec un montage élaboré. Dans le premier cas, il peut s'agir d'une personne physique, sachant que le texte sur le contrat de partenariat public-privé n'interdit pas à une personne physique de tenir le rôle de l'entité privée dans le contrat ou une personne morale étant donné que les textes sur le partenariat, au Maroc comme en France, ne requièrent pas que la personne tenant le rôle de l'entité privé dans un contrat de partenariat soit impérativement une personne morale revêtant une forme juridique déterminée. Toutefois, dans la pratique, les formes les plus usitées demeurent la forme S. A et la forme S.A.S.

Les montages susceptibles d'être mis à profit dans un contrat de partenariat, sont généralement :

1- Le montage de « société véhicule » :

Dans ce type de montage dit financement de projet, il est créée une société ad hoc dite société de projet et parfois appelée SPV (special purpose vehicle) qui est dédiée pour porter le financement de l'opération. Pour la déclinaison pratique de ce cas de figure, il est procédé à la mise en place d'une société par un groupe d'investisseurs intéressé par le projet de partenariat. Dans la pratique elle obéit aux critères suivants:

- Elle est Créée et dédiée spécialement au projet de partenariat et considérée comme SPV (Spécial Purpose vehicle). C'est cette société qui est signataire et titulaire du contrat de partenariat et aussi signataire et titulaire des conventions à signer avec les partenaires industriels en vue de réaliser les performances du partenariat et du prêt souscrit auprès d'un ou plusieurs établissements bancaires.
- Elle n'ouvre pas de recours contre les actionnaires qui ne fournissent aucune garantie aux engagements souscrits par la SPV. En cas de défaillance, ils perdent juste les capitaux investis.

Le financement du projet mobilise des ressources sous forme de dettes bancaires garanties grâce à une cession de créance acceptée, une dette bancaire de projet, des fonds propres et quasi-fonds propres. Ce montage est le plus fréquemment utilisé en matière de partenariat public-privé et ce, en raison de la séparation qu'il instaure entre les activités des investisseurs et celles de la société véhicule. Il permet aux différents groupes des investisseurs impliqués de défendre leurs intérêts particuliers dans le cadre d'un pacte d'actionnaires. C'est, également, le plus complexe sur le plan financier parce qu'il prévoit la mise en place d'un modèle financier, d'un schéma de garanties compliquées, pose la question de la permanence des actionnaires, appelle, de plus en plus, l'intervention de fonds d'investissement spécialisés, etc.

2- Le montage dit « Corporate » :

Il s'agit d'un financement apporté par la maison mère ou le groupe auquel appartient le candidat, en substitution ou en complément d'un financement bancaire. Il se traduit, en général, par des apports en compte courant d'associés, au profit du partenaire privé, qui sont régis par une convention définissant les conditions de financement dont le montant, la durée, le taux, la possibilité de retrait ou de remboursement. En pratique la notion de financement «corporate » recouvre des réalités diverses allant du simple apport en compte courant, par la société mère à la société dédiée jusqu'au financement, via des structures ad hoc au sein des groupes qui peuvent combiner ressources du groupe et ressources externes, via par exemple des fonds d'investissement. Aujourd'hui, la plupart des dispositifs ont pour objectif d'éviter une consolidation de la dette.

Dans ce scénario, un investisseur qui est constructeur-opérateur sous forme de société – mère crée une société de projet qu'il dote de capitaux propres entièrement libéré par lui-même ou, avec d'autres, mais dans une part largement majoritaire. En principe, il s'agit d'une société industrielle qui se porte candidate pour signer elle-même ce contrat, sans recourir à la création d'une société *ad hoc*. Elle peut bénéficier, selon les cas, en tout ou partie des conditions de financement du groupe auquel elle appartient .C'est même un montage auquel

on pense assez naturellement et qui reste encore le mode de financement le plus courant des concessions banalisées. Ce type de financement est, en revanche très rare pour plusieurs raisons, la plus importante étant le souci de déconsolidation des engagements exprimé avec de plus en plus de force par tous les groupes industriels. L'investisseur pourra ultérieurement soit conserver toute l'opération dans son bilan jusqu'à la fin du contrat de partenariat, soit - et c'est ce qui se fait souvent dans la pratique après la période de construction et les premières années d'exploitation - céder tout ou partie du capital de la société de projet à un autre investisseur, ce qui lui assure de dédier son bilan à d'autres usages.

Malgré tout, il arrive que ce schéma est adopté dans certains secteurs, notamment en matière de réseaux où la culture de la concession de service public est forte, et plutôt sur de petits projets de faible montant. Dépendant de la part financée en fonds propres et du coût de ces fonds propres, le coût d'un financement corporate est variable mais ce montage permet toujours de faire l'économie des coûts essentiellement fixes liés à la création ou à la vie d'une société *ad hoc*, économie non négligeable pour les petits projets. Ceci permet, en plus, un gain en termes de temps de bouclage du contrat de partenariat du fait que les contrats de financement ne sont pas négociés par une pluralité d'actionnaires et du fait que l'investisseur constructeur- opérateur n'a pas besoin de négocier un pacte d'actionnaires.

Enfin, les sous-contrats peuvent être rapidement finalisés par l'investisseur avec ses différentes filiales à impliquer dans la réalisation des performances requises par le contrat de partenariat public-privé. L'investisseur fournit sa garantie pour permettre à la société de projet de lever les fonds nécessaire auprès des établissements de crédit: le financement ainsi obtenu bénéficiera des conditions de financement de la société -mère. Il est consolidé dans le bilan de celle-ci.

3-Le montage « crédit-bail » :

Il s'agit de financement avec un établissement financier positionné en tant que signataire du contrat. Des sociétés spécialisées dans le crédit-bail et filiales de grands groupes bancaires peuvent développer cette offre. Le montage se réalise par le biais de la technique contractuelle du crédit-bail, technique fondée dans la pratique sur un contrat de crédit-bail présentant certaines caractéristiques. C'est un contrat de vente entre l'établissement de crédit (le crédit bailleur) et le vendeur et un contrat de location contenant une option d'achat liant le crédit bailleur au crédit-preneur. Il s'agit, également, d'un contrat tripartite pour clarifier les droits et les obligations du partenaire public, du partenaire privé et du crédit bailleur.

Ce montage présente l'avantage financier de mettre en place un mode de financement peu coûteux en raison d'une part, du fait que l'accord tripartite vaut une cession totale et sans conditions de la créance appartenant au partenaire privé sur le partenaire public au crédit bailleur et d'autre part, de l'absence de fonds propres à rémunérer.

Il s'avère que dans ce cas, l'établissement financier n'est pas dans la position classique d'un crédit bailleur mais plutôt d'un investisseur, théoriquement responsable de la globalité des prestations résultant du contrat. Ce montage devient plus rare avec le temps, peu d'établissements conservant ce type de positionnement. C'est le montage financièrement le plus simple et le moins coûteux, mais qui présente quelques limites :

- Il est inadapté aux grands projets et aux projets complexes ;
- Il ne couvre que la phase de la conception et de la construction ;

- Il assure un moindre transfert de risques comparativement aux montages de la société de projet ou véhicule sans recours et de la Corporate, car les seuls risques transférés demeurent ceux limités au projet immobilier.

Enfin, l'équipe de projet, peu importe la forme adoptée, doit être constituée de personnes suffisamment qualifiées et expérimentées et avoir des ressources financières nécessaires pour rémunérer des conseillers et financer les activités de marketing et d'autres fonctions essentielles à la préparation du projet. Il est important que la composition de l'équipe soit stable pour inspirer confiance aux investisseurs et faciliter la gestion des relations internes et externes.

4-Le groupement :

Dans ce scénario, le partenaire privé peut se présenter sous forme de groupement qui peut prendre deux formes. La première est le groupement conjoint pouvant prendre deux formes, soit avec solidarité du mandataire commun, auquel cas, chaque membre du groupement s'engage à réaliser seulement la part des prestations lui revenant, alors que le mandataire commun, quant à lui, souscrit un engagement supplémentaire consistant à remédier aux défaillances relevées à la charge des membres du groupement pendant l'exécution du contrat. Soit, sans solidarité du mandataire commun et dans cette configuration, le mandataire commun n'assume aucune obligation solidaire à l'égard du partenaire public en cas de défaillances relevées à la charge de l'un des membres du groupement.

La deuxième forme est le groupement solidaire où chaque membre est tenu solidairement envers le partenaire public même des défaillances relevées à la charge des autres membres quand bien même elles ne seraient pas en relation avec ses propres compétences et des missions qui lui sont assignées. Le mandataire commun n'a pas de situation particulière de solidarité dans la mesure où il est solidairement tenu au même titre que les autres membres du groupement même des défaillances ne lui revenant pas.

Il faut signaler que quelle que soit la forme de groupement retenue, il est nécessaire qu'il soit procédé à la désignation, par ses membres, d'un mandataire dont le rôle consiste à représenter l'ensemble desdits membres dans les rapports avec la personne publique et à coordonner les prestations fournies par ces membres et à réaliser les prestations qui lui reviennent et assumer des obligations spéciales inhérentes à sa qualité de mandataire déterminées dans le contrat de partenariat public-privé et dans la convention de groupement.

b- Une entité publique :

L'entité publique dans le contrat de partenariat est soit l'Etat, représenté par ses différents démembrements (ministères, administrations, etc.), les établissements publics de l'Etat: les hôpitaux ou les universités, les agences chargées dans la gestion d'un service public par exemple ou les entreprises publiques: les sociétés d'Etat ou à capital mixte et les établissements publics à caractère commercial et industriel.

Aucune autre entité publique, autre que celles spécifiées ci-dessus, ne peut recourir au partenariat public-privé. En France, le contrat de partenariat ne peut être signé par l'État ou un établissement public de l'État qu'après l'accord du ministre de l'Économie et des finances qui en vérifie la compatibilité avec l'objectif de maîtrise des finances publiques. Cette disposition

a pour objet de garantir que l'administration ne s'engage pas dans un contrat de long terme dont elle ne pourrait ensuite assumer la charge financière.

§2- La procédure de passation du contrat de partenariat_:

Il est important de rappeler, à ce sujet, que la personne publique, une fois clôturée la phase d'évaluation, doit se donner les moyens de mettre en place une procédure efficace et respectueuse des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats et de transparence. Il convient, également, de rappeler que la phase de réflexion préalable et d'élaboration du programme fonctionnel doivent être menées avec une grande rigueur et ce, pour éviter, d'une part des modifications tardives génératrices de prolongation des délais et, d'autre part de fournir aux candidats une information claire et crédible quant aux besoins et aux objectifs poursuivis par la personne publique. Ceci permettra un échange productif tout au long du dialogue compétitif et même facilitera aux candidats de formuler leurs offres de façon satisfaisante.

En conséquence, il s'avère fondamental pour la personne publique de bien se préparer en amont. Elle est appelée à faire des études approfondies de faisabilité du projet escompté et de programmer, préalablement au lancement de la procédure, la description des besoins et des attentes en termes qualitatifs et la justification des options éventuels permettant la définition précise des critères de sélection des candidats et d'appréciation des offres; A mettre en place une organisation appropriée, réunissant une variété de compétences au sein de sa structure ou à ses côtés, afin de maîtriser tous les éléments de négociation avec les concurrents et pour garantir le suivi et le contrôle des engagements pris par le contractant. Cette expertise devra pouvoir être assurée tant en matière technique, juridique, financière et, surtout, économique tout au long du processus de mise en place du contrat global, puis de son développement et, enfin, à assurer la mise en place d'un calendrier accordant un temps suffisant pour chaque étape du processus, bénéficiant ainsi à l'ensemble de la démarche.

De plus, il est, également, indispensable que la personne publique incite le partenaire à agir dans la transparence et le respect des procédures.

Dans les textes de loi sur les contrats de partenariat au Maroc comme en France, les procédures d'attribution à respecter sont des procédures qui donnent une place de choix à la concurrence. La soumission du processus entier aux principes de concurrence, de publicité a pour but d'assurer l'égalité des candidats, l'objectivité des critères de sélection, la transparence de sélection du partenaire privé et l'impartialité des décisions, ceci sous réserve du cas de l'offre spontanée. Pour ces considérations, la procédure de passation du contrat de partenariat public-privé doit faire l'objet d'une publicité préalable.

La loi sur le contrat de partenariat au Maroc prévoit que la procédure d'attribution des contrats et les formes et modalités d'établissement des dossiers d'appel d'offres y afférents fera l'objet d'un texte réglementaire. Le dossier d'appel d'offres doit, notamment mentionner les critères économiques et qualitatifs, qui, dans leur ensemble, doivent permettre de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse et présenter un meilleur rapport qualité/prix. Il doit indiquer s'il sera recouru à une phase de dialogue compétitif ainsi que ses modalités de mise en œuvre, le cas échéant.

L'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui répond aux critères cités par l'article 8 de la loi (capacité de réalisation des objectifs de performance, le coût global de l'offre, les exigences du développement durable, caractère technique innovant, etc.)

A signaler que ces critères ne sont pas exhaustifs et que le décret d'application sur les modes de passation des contrats PPP traitera des conditions de sélection des candidats.

A- L'évaluation préalable :

a-Définition de l'évaluation :

L'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, modifié par la loi du 28 juillet 2008, précise que :

« I. - Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte ».

La législation Marocaine, quant à elle, précise que le recours au contrat de partenariat public-privé ne peut voir lieu que sous réserve de deux conditions: le projet susceptible de faire l'objet d'un partenariat public-privé doit répondre à un besoin préalablement défini par la personne publique concernée et il doit faire l'objet d'une évaluation préalable. Cette évaluation préalable doit intégrer une étude comparative des autres formes de réalisation du projet pour justifier le recours au contrat de partenariat public-privé (art 2 de la loi 86-12).

Le décret d'application de la loi suscitée précise que « Cette évaluation préalable fait l'objet d'un rapport qui expose une analyse comparative des autres formes de réalisation du projet, pour justifier le recours aux contrats de partenariat public-privé ».

Cette évaluation doit prendre en considération, selon les termes du décret, un certain nombre de facteurs, notamment, la complexité du projet, le coût global du projet courant la durée du contrat, le partage des risques y afférents, le niveau de performance du service rendu, la satisfaction des besoins des usagers et du développement durable et les montages de financement du projet et ses modes de financement et ce, à l'instar de ce que prévoit la législation française. Le décret Marocain ajoute que « L'évaluation préalable peut également porter sur tout autre élément nécessaire pour justifier le recours au contrat de partenariat public-privé pour la réalisation du projet ».

b-Objet de l'évaluation :

L'évaluation préalable qui - il faut le spécifier- n'a pas pour objet de justifier l'intérêt socio-économique du projet considéré comme étant acquis à ce stade, ni d'apprécier la soutenabilité budgétaire des engagements souscrits au titre du contrat de partenariat, a deux objectifs :

1- Elle doit, au préalable, permettre de vérifier que le projet concerné répond à l'un des deux premiers critères cités dans la législation (complexité et urgence) ou que le bilan de l'évaluation rend le projet éligible au critère de « l'efficacité économique » précitée ;

2- Elle doit permettre à la personne publique d'expliquer les motifs qui pourraient fonder l'intérêt pour elle de recourir à un contrat de partenariat plutôt qu'à une autre modalité de passation de la commande publique ou d'exécution du service dont elle a la charge. Parmi ces motifs on peut annoncer le fait d'offrir une solution moins coûteuse et plus avantageuse pour l'atteinte des objectifs poursuivis par la personne publique ce qui sert l'intérêt général. C'est d'ailleurs en ce sens que la loi française du 28 juillet 2008 a ajouté, comme complément à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, le troisième critère d'éligibilité du contrat de partenariat, le critère du « bilan favorable », consacrant en cela l'exigence du « bon usage des deniers publics ».

Il faut, toutefois, noter que les paragraphes I et II de l'ordonnance n'imposent pas les mêmes contraintes juridiques. Le paragraphe II fixe les conditions juridiques devant être strictement respectées pour que la légalité du recours au contrat de partenariat ne puisse être contestée, tandis que le paragraphe I impose la réalisation d'une analyse comparative permettant de déterminer et d'exposer les motifs que retient la personne publique pour expliquer son choix de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

Le décret d'application marocain précise que « *Le rapport de l'évaluation préalable est soumis à la décision du ministre chargé des finances sur l'opportunité de réaliser le projet dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé. Le ministre chargé des finances notifie sa décision à l'autorité compétente concernée.*

La décision du ministre chargé des finances intervient dans un délai n'excédant pas deux (2) mois à compter de la date de réception de l'évaluation préalable. Ce délai est porté à quatre (4) mois si l'analyse de l'évaluation préalable présente une complexité particulière. L'autorité compétente concernée en est informée.

Au vu de la décision favorable du ministre chargé des finances, l'autorité compétente concernée peut lancer la procédure de passation du contrat de partenariat public-privé selon la procédure du dialogue compétitif ou de l'appel d'offres ou le cas échéant selon la procédure négociée ».

En revanche, sur la base des deux réglementations, si toute comparaison raisonnable suppose une quantification de ses résultats qui doivent être appréhendées avec beaucoup de prudence, la personne publique n'a pas toujours une perception exacte de ses propres coûts, au sein des services publics. Ceci étant, les économies ou gains en productivité escomptés pour une passation d'un contrat de partenariat sont, généralement, difficilement mesurables et ne se confirment, le cas échéant qu'au cours du dialogue avec les candidats si le contrat de partenariat a été retenu.

Au vu de ce qui précède, l'analyse comparative ne doit pas être limitée au seul critère de coût malgré son importance dans la prise de décision. Elle doit aussi accorder de l'importance à la performance et le partage des risques et les motivations sur lesquelles l'autorité publique pourra se poser pour justifier un recours à un contrat de partenariat qui ne se limitent pas à la matière économique et financière mais peuvent toucher d'autres domaines tels l'aspect juridique, administratif, ou se rapporter au concept de développement durable.

C'est dire que l'évaluation préalable et le dialogue compétitif, si c'est la procédure choisie, constituent les phases les plus délicates de la réalisation d'un projet de partenariat. Elles nécessitent, une forte expertise en matières juridique, financière, comptable et technique qui manque à une grande partie des acteurs de la commande publique. Il est donc fortement conseillé à la personne publique qui envisage de passer un contrat de partenariat de faire appel à des conseils extérieurs si de telles compétences lui manquent.

B- Le dialogue compétitif :

Lorsqu'il y a mise en concurrence et si la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet donnant lieu au service objet du contrat de PPP, elle peut recourir à un dialogue compétitif. Le recours au dialogue compétitif est considéré comme un mode de passation des contrats PPP. Son objet est de définir les moyens permettant de satisfaire au mieux les besoins identifiés.

La collectivité pourra entreprendre des discussions avec les opérateurs candidats à la gestion du service à confier, portant sur les contours du projet ainsi que sur le modèle économique du contrat. Il est évident que cette procédure ne pourra pas être choisie pour des projets simples pour lesquels il n'existe pas une panoplie de choix techniques ou encore si les choix financiers de la collectivité sont arrêtés par avance.

L'incorporation de la procédure de dialogue compétitif est de nature à faciliter la créativité sur ce type de projet et favoriser ainsi une approche versée dans la recherche de solution et la « best value-for-money » prônée par le new labour⁵⁷⁵ en grande Bretagne sur les PFI.

Concrètement, le dialogue compétitif se fait sur la base d'un programme fonctionnel et d'un règlement d'appel à la concurrence et suite à une publicité, un partenaire public engage une discussion avec des candidats en vue d'identifier la ou les solutions répondant à ses besoins techniques, financiers et juridiques. Après la discussion, les candidats doivent présenter leurs offres finales sur la base de la ou des solutions arrêtée(s) au cours du dialogue compétitif. Le partenaire public peut demander des clarifications, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats et la confirmation de certains engagements qui y figurent, notamment financiers.

Le partenaire public doit choisir l'offre la plus économiquement avantageuse dans les conditions de l'article 8 de la loi n°86-12 régissant le contrat de partenariat au Maroc. Cette procédure de passation de contrats est la résultante, en France, des dispositions de l'article 29 de la directive n° 2004/18/ CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, complétées par le considérant n° 31 de la même directive.

Le recours à la procédure du dialogue s'imposera chaque fois que la collectivité veut attiser la créativité du privé sur les moyens techniques, sur les montages juridiques ou le modèle financier envisageables.

⁵⁷⁵ L'expression « *New Labour* » vient d'un slogan utilisé par le parti travailliste de la grande Bretagne lors de son congrès de 1994 puis dans un document pré-électoral de 1996 appelé « *New Labour, New Life For Britain* » (« Un nouveau Parti travailliste, une nouvelle vie pour le Royaume-Uni »). Le *New Labour* se voulait alors la marque d'un Parti travailliste réformé, ayant modifié la clause IV de ses statuts pour accepter l'économie de marché. Elle a été largement utilisée lorsque le parti était au pouvoir à partir de 1997 puis réélu en 2001 et 2005.

A l'issue de la procédure, le partenaire public peut octroyer des primes aux candidats dont les offres ont été les mieux classées sans être retenues (limitées à 3 dans la loi marocaine). Si le montant de cette prime n'est pas encadré par les textes régissant le contrat en France, il est recommandé de permettre au candidat de couvrir au minimum les dépenses qui auraient été couvertes dans le cadre de la loi MOP (cas des dépenses de conception architecturale). Le montant annoncé déterminera la qualité du travail qui sera fourni pendant le dialogue compétitif.

Le décret d'application de la loi Marocaine sur le contrat PPP stipule à ce sujet que « En application de l'article 5 de la loi n° 86-12 susvisée, l'autorité compétente concernée peut prévoir l'allocation d'une prime aux candidats ayant remis une offre finale et jugée acceptable par ladite autorité compétente et non retenus pour l'attribution du contrat de partenariat public-privé. A cet effet, le règlement de consultation final fixe sur la base d'une décision conjointe de l'autorité compétente concernée et du ministre chargé des finances le montant de la prime. Ce montant peut être modulé selon le rang de classement du candidat par application des critères de sélection. Il peut être également fixé en prenant en considération, de manière raisonnable, les dépenses dûment justifiées par le candidat, ainsi que la nature du projet et de ses spécificités techniques et financières.

Le nombre de candidats primés ne peut être supérieur à trois (3) candidats, conformément aux dispositions de l'article 5 de la loi n° 86-12 susvisée »

Enfin, les informations confidentielles et les solutions proposées communiquées par un candidat ne peuvent être révélées aux autres candidats sans son accord préalable et écrit.

C- L'offre spontanée :

Pour ce qui est du Maroc, il est à signaler qu'à l'instar de la loi n° 54.05 sur la gestion déléguée, la première mouture de texte régissant les contrats PPP consacrait une disposition à l'offre spontanée émanant d'un opérateur privé. Dans ce cas de figure, les personnes publiques peuvent requérir du secteur privé des idées innovantes, sur le plan technique, économique ou financier en vue de la conclusion d'un contrat de partenariat public-privé.

L'offre dite spontanée doit être traitée selon les règles suivantes :

- Elle peut être acceptée, modifiée ou rejetée sans responsabilité pour la personne publique. Si l'offre spontanée est rejetée par ce dernier, sa décision doit être communiquée au candidat dans un délai déterminé;
- Lorsqu'une suite est donnée à l'offre par la personne publique, le contrat de partenariat devra être conclu, après la réalisation de l'évaluation préalable. De même, l'appel d'offres est nécessaire pour respecter les principes de transparence et de concurrence.
- Dans le cas où l'auteur de l'offre spontanée n'est pas retenu en tant qu'attributaire, la personne publique, à l'issue de l'appel d'offres, peut lui verser une prime forfaitaire à fixer dans le règlement d'appel d'offres. A signaler que le versement de cette prime n'est pas obligatoire de peur que les offres qui ne sont pas crédibles ou innovantes ne soient indemnisées ; cette prime étant censée encourager les porteurs d'idées innovantes.

Selon les termes du décret d'application de la loi 86-12, « *L'offre spontanée ne doit pas consister en un projet antérieurement présenté, en cours d'étude, d'élaboration ou d'exécution ou déjà exécuté sur le territoire national* ».

Pour ce qui est de la procédure du traitement de l'offre spontanée, l'article 38 du même décret précise que « 1. *L'autorité compétente concernée qui reçoit le dossier de l'offre spontanée prévu à l'article 37 du présent décret, dispose d'un délai de trois (3) mois pour évaluer l'offre spontanée et donner une réponse au porteur d'idée.*

2. *Si à la suite de l'examen du dossier de l'offre spontanée, l'autorité compétente concernée constate que l'idée proposée n'est pas innovante, ou si le dossier comporte des omissions auxquelles ladite autorité ne juge pas utile de demander au porteur d'idée d'y remédier, elle ne donne pas suite à cette offre et n'encourt de ce fait aucune responsabilité vis-à-vis du porteur d'idée. Dans le cas où l'offre spontanée présente une complexité particulière, l'autorité compétente concernée le notifie au porteur d'idée et peut alors bénéficier d'un délai supplémentaire de trois (3) mois pour étudier l'offre spontanée.*
3. *L'autorité compétente concernée qui reçoit l'offre spontanée informe le ministre chargé des finances du projet déposé par le porteur d'idée et de la réponse qu'elle y apporte. Toute décision prise par l'autorité compétente concernée est notifiée au porteur d'idée dans les délais mentionnés au présent article.»*

Pour ce qui est du cas de la France, si un projet est spontanément présenté par un opérateur privé ou public, la collectivité doit, conformément à l'article 10 de l'ordonnance sur le contrat PPP et à l'article L1414-11 du code général des collectivités territoriales, juger de son intérêt.

Si la collectivité décide suite à l'examen qu'elle a mené de réaliser le projet, elle doit recourir à une procédure de mise en concurrence sans donner un quelconque avantage à l'initiateur de la proposition sauf le droit de participer à la procédure s'il n'est pas visé par une clause d'exclusion, et s'il présente les garanties techniques, professionnelles et financières suffisantes requises.

Elle ne peut pas mener avec lui un dialogue sur le fond du projet ou des montages qui lui sont associés au risque de s'engager dans ses choix futurs et de faire ainsi échec au libre jeu de la concurrence.

En revanche, l'article 10 de l'ordonnance précitée donne droit à l'octroi d'une prime forfaitaire en cas de présentation d'une idée innovante à la personne publique qui serait suivie du lancement d'une élaboration et conclusion de contrat de partenariat. Dans le cas où le contrat est signé avec le groupement d'entreprises candidat et non avec une société de projet ou une entreprise unique, il est essentiel que le groupement revête un caractère solidaire ou, au minimum, que le mandataire soit solidaire des autres membres.

La problématique posée par l'offre spontanée est que si une entité privée a inventé un projet d'intérêt général considéré comme innovant et pouvant intéresser la collectivité publique et sachant que la collectivité ne peut contracter avec ce partenaire qu'après mise en concurrence, il y a un risque que les entités privées ne soient pas encouragées à présenter de nouveaux projets de crainte de les voir exécutés par un concurrent. Cette inquiétude a été mise en avant par le Comité économique et social européen dans son avis sur « le renforcement du droit des concessions et des contrats de partenariat public-privé » du 19 octobre 2000 ainsi que par la Commission européenne dans son « Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ».

D- La procédure d'appel d'offres :

Il s'agit de la procédure classique de mise en concurrence dans la commande publique et qui est comparable à celle décrite dans le code des marchés publics mais fait l'objet, pour les contrats de partenariat, de textes particuliers : le décret n°2009-243 du 2 mars 2009 pour les contrats passés par l'Etat ou ses établissements publics, l'article L. 1414-8 et les articles D. 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT pour les contrats passés par les collectivités territoriales.

La logique du partenariat à instaurer par le contrat implique que l'appel à concurrence se fasse sur la base non pas d'un cahier des charges détaillé à l'instar de ce qui est suivi pour les marchés publics, mais sur la base d'un programme suivant lequel la personne publique indique ses besoins et ses attentes, sans prévoir les moyens techniques proposés par les candidats pour y répondre. Si l'urgence est retenue, la collectivité pourra opter pour la solution d'un appel d'offres restreint. Mais en général, elle passera par la procédure de dialogue compétitif, introduite en droit européen par la directive 2004/18/CE telle qu'explicité ci-dessus.

Dans le cas d'appel d'offres à lancer, la personne publique procède à la publication d'un appel public à la concurrence qui doit fournir une description complète des objectifs et des performances attendues ainsi que des critères de sélection qui seront utilisés pour retenir les candidats qui seront impliqués dans la procédure de dialogue compétitif, dans le cadre de laquelle la collectivité publique engage une discussion isolément avec chaque candidat retenu. Le dialogue ne doit pas conduire à une modification substantielle des caractéristiques du projet et des critères de qualité et de performance inscrits dans l'appel d'offres initial. Lorsque la personne publique pensera avoir identifié la solution technique la plus apte à satisfaire ses besoins, elle devra inviter chaque candidat retenu à présenter une offre finale.

La procédure de concurrence ne doit être écartée que lorsqu'elle ne peut être mise en œuvre. A ce niveau, la loi sur les PPP prévoit qu'il peut être dérogé à l'égalité et à la mise en concurrence en adoptant l'attribution directe dans les cas où le service ne peut être réalisé ou exploité, pour des considérations techniques et juridiques, que par un seul opérateur privé ou en cas d'urgence résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs publics. Au sens de la loi sur les PPP au Maroc, les procédures d'attribution directe sont à fixer par voie réglementaire.

Il est à noter que les candidats peuvent ne pas avoir à déposer des offres sur une base identique. Si cette solution permet de prévenir les risques de « pillage » des propositions par les concurrents, elle n'en pose pas moins de redoutables difficultés en matière d'équité de la concurrence. La sélection devra se faire sur la base des critères annoncés dans l'appel à la concurrence. Il ne s'agit pas de sélectionner le moins disant, mais de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

A signaler, toutefois, que l'appel d'offres infructueux n'a pas été retenu comme critère justifiant le recours à la procédure négociée.

E- La procédure négociée :

En France, la loi du 28 juillet 2008 a ajouté une nouvelle procédure de passation du contrat de partenariat et à laquelle peut recourir la personne publique dès lors que le montant du contrat est inférieur aux seuils fixés par les décrets n°2009-243, pour l'Etat, et à l'article D. 1414-5 du CGCT pour les collectivités territoriales (cf. § 4.6.7.).

En effet, les pouvoirs adjudicateurs, peuvent recourir à la procédure négociée si le montant du contrat de partenariat est inférieur aux seuils suivants :

Pour l'Etat :

« 1° 4 845 000 € HT lorsque le contrat de partenariat a pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante ;

2° 125 000 € HT lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante.

II. - Pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices mentionnés à l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée, les seuils en dessous desquels ces personnes peuvent recourir à la procédure négociée, avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence, prévue au III de l'article 7 de cette ordonnance sont les suivants :

1° 4 845 000 € HT lorsque le contrat de partenariat a pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante;

2° a) 387 000 € HT pour les entités adjudicatrices lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante ;

b) 193 000 € HT pour les pouvoirs adjudicateurs lorsque le contrat de partenariat n'a pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne contractante.

III. - Le montant des contrats de partenariat mentionné aux I et II pour l'appréciation des seuils est calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de la signature du contrat ».

Pour les collectivités locales :

« I.- Les contrats de partenariat ayant pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 4 845 000 € HT.

II. - Les contrats de partenariat n'ayant pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante, peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 193 000 € HT.

III. - Le montant des contrats de partenariat mentionné aux 1° et 2° pour l'appréciation des seuils est calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de la signature du contrat » (article D1414-5 CGCT) ».

Ces différents montants ont tenu compte de la modification des seuils fixés pour l'application des directives communautaires du 1er janvier 2010 (décret n°2009-1702 du 30 décembre 2009). Etant donné que pour chiffrer ces seuils, la personne publique doit prendre en compte l'ensemble des prestations concernées par le contrat, sur toute sa durée, cette possibilité est très peu utilisée.

La loi 86-12 sur le contrat de partenariat au Maroc, précise les cas où la personne publique peut recourir à la procédure négociée ; il s'agit du cas où le service ne peut être réalisé ou exploité, pour des considérations techniques ou juridiques, que par un seul opérateur ou en cas d'urgence résultant d'un événement imprévisible pour la personne publique ou, enfin, pour des raisons de défense nationale ou de sécurité publique.

§3- La construction contractuelle du contrat de PPP :

Le contrat de partenariat doit comporter des clauses obligatoires permettant de définir son économie générale. Ces clauses sont relatives à sa durée, au partage des risques entre les parties, à la détermination des critères de performances, aux modalités de paiement du prestataire, aux éventuelles pénalités applicables en cas de non-respect des engagements contractuels et, enfin, aux modalités d'organisation de la fin de la relation contractuelle.

A -Le contrat de partenariat en France :

L'espace des contrats de partenariats en France a été précisé par le Comité Interministériel et de Compétitivité des territoires (CIAT)⁵⁷⁶ du 14/10/2005 dans les termes suivants : « *outre les huit projets dans le secteur des transports ce sont vingt-sept projets qui ont été identifiés par les ministères concernés comme pouvant donner lieu à des contrats de partenariats. Ils couvrent tous les cas de figure, de la rénovation à l'extension ou la construction de bâtiments, en passant par la fourniture d'équipements spécialisés, la production-distribution des fluides ou la mise à disposition de prestations informatiques*».

a-La durée du contrat :

La durée du contrat doit être spécifiée et fixée en fonction de l'objet à réaliser, de la nature des services liés au contrat en période d'exploitation et des modalités de financement du contrat. Il convient de prévoir, à cet effet, une durée assez longue pour que l'organisation mise en place pour rendre les services soit optimale et que l'exploitant ait la possibilité de

⁵⁷⁶ C' est un comité interministériel réuni en France par le Premier ministre et comprenant les ministres concernés par l'aménagement du territoire. Il fait suite au *Comité interministériel permanent pour les problèmes d'action régionale et d'aménagement du territoire* (CIAT) créé en 1960, remplacé en 1995 par le *Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire* (CIADT) puis en 2005 par le *comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires* (CIACT), qui retourne en 2009 à la dénomination de 1960.

maximiser le retour attendu des investissements et actions déployés tout au long de la période de mise en œuvre.

Dans le cas où le contrat de partenariat emporte constitution de droits réels, ces droits sont limités, d'une part, par le caractère inaliénable du domaine public et, d'autre part, par la durée maximale de 70 ans imposée à une autorisation d'occupation temporaire (AOT). Dans le cas contraire (AOT sans constitution de droits réels) l'autorisation d'occupation temporaire a par nature une durée limitée précisée dans le contrat lui-même.

b- Les conditions de partage des risques entre les contractants :

La définition du mode de partage des risques est une condition décisive pour la réussite du contrat de partenariat. Il n'est pas indiqué de transférer le plus grand nombre de risques sur le partenaire privé, mais d'optimiser ce transfert, sachant que tout risque que le partenaire n'est pas à même de mieux supporter sera provisionné à son coût maximal et refacturé à la personne publique. De plus, la répartition de certains risques (notamment les risques de construction, de demande et de disponibilité) est déterminante pour estimer la comptabilisation des engagements souscrits par la personne publique selon les normes comptables appliquées.

c- Les objectifs de performance :

L'article 11 de l'ordonnance de 2004, modifié par la loi du 28 juillet 2008, stipule dans son paragraphe (c) ce qui suit :

« *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives(...)* :

c) aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ».

Les objectifs de performance, qui changent d'un contrat à l'autre, sont nécessaires pour le choix du recours ou non au contrat de partenariat et pour le suivi ultérieur de son exécution. Une des raisons majeures de ce choix est, en effet, la qualité des services que la personne publique attend de la conclusion d'un contrat global tel que le contrat de partenariat, au vu du savoir-faire et des gains de productivité espérés du partenaire privé. Il est donc indispensable, pour la clarté et l'équilibre des relations contractuelles, que les performances attendues soient clairement définies et précisément quantifiées.

Deux types de performance peuvent être prévus dans le contrat, selon la nature du projet, en l'occurrence :

- les performances techniques mesurées en termes de qualité de service rendu à la personne publique (notamment le taux disponibilité de l'équipement et du matériel utilisé) ;
- les performances en termes de fréquentation des ouvrages et des services associés selon le principe du risque partagé.

A ce titre, il ne s'agit pas, comme en matière de délégation de service public, de transférer le risque de fréquentation vers le partenaire privé. Ce dernier assure une exploitation de service pour le compte de la collectivité. Il perçoit une rémunération qui peut comprendre un terme lié à un niveau de fréquentation indiqué contractuellement. A ce niveau, le contrat est alors adjoint d'un mécanisme de bonus-malus, système de rémunération

permettant de pousser le partenaire privé à faire des efforts pour amplifier le niveau de fréquentation de l'ouvrage, ce qui constitue un objectif fondamental pour certains projets, mais il doit toutefois être traité avec prudence.

De façon générale, les indicateurs posés pour mesurer la performance du partenaire doivent être mesurables de manière objective et ce, durant toute la période du contrat. Le soin attaché à la rédaction de ces clauses est d'autant plus important qu'une éventuelle défaillance dans la réalisation de ces objectifs cause la mise en jeu éventuelle des pénalités.

d- Les procédés de rémunération du partenaire privé :

Aux termes de l'article 11 d) de l'ordonnance sur le contrat de partenariat tel que modifié par la loi du 28 juillet 2008 : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives (...) :*

d) à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement - qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires -, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice...».

La distinction, dans le calcul de la rémunération, des éléments relevant de l'investissement, de ceux liés au fonctionnement et au financement est fondamentale dans le contrat. Il s'agit à ce niveau de veiller à ce que la rémunération soit la plus transparente possible. C'est la raison pour laquelle la loi du 28 juillet 2008 a fixé le contenu des coûts d'investissements ainsi que le coût des travaux et équipements, comme suit : « *les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires* ». La transparence dans la rémunération instaure la « bancabilité » du contrat en rendant plus facile sa cession, le cas échéant.

La date à partir de laquelle des paiements seront exigés de la personne publique est un critère essentiel de la répartition des risques et peut influencer sur la structure de financement. Les clauses du contrat de partenariat peuvent lier la rémunération due par la personne publique à la disponibilité de l'ouvrage. En règle générale le versement débute à la « constatation » par la personne publique de la conformité de l'ouvrage à sa destination telle que déterminée contractuellement entre les parties.

La deuxième partie de l'article 11 d) est rédigée comme suit :

« *... aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation* ».

Pour traiter des modalités de variation de la rémunération, généralement le contrat prévoit les conditions d'évolution - générée automatiquement- de la rémunération en fonction de la variation d'indices reflétant l'évolution des coûts des différentes composantes de la rémunération. Mais il peut s'agir, également, de clauses de clauses prévoyant et structurant les conséquences contractuelles éventuel de la variation de certaines données, tout en veillant au respect des principes gouvernant les évolutions possibles d'un contrat administratif.

Autrement dit, étant en présence d'un contrat dont la passation est réglementée, la variation ne doit pas entraîner de bouleversement de l'économie dudit contrat, conformément aux principes jurisprudentiels classiquement reconnus, ce qui risque d'imposer de passer un nouveau contrat respectant les formalités et les procédures prévues par la réglementation.

De même, le contrat de partenariat étant un accord de longue durée, il est recommandé de se mettre d'accord, au préalable, sur les variations prévisibles du contrat ; ce que préconise l'article dans son paragraphe h: « *h) aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ». Il faut insister, à ce niveau, sur le fait que ces clauses évolutives par nature doivent être rendues publiques au cours de la procédure de dialogue, afin de respecter les conditions de publicité et de mise en concurrence.

e- Les clauses liées à la protection du domaine public et du service public :

Le contrat de partenariat qui comporte la construction d'ouvrages et d'équipements pour les besoins du service public sur le domaine public de la personne publique cocontractante doit comporter les précisions suivantes :

- lorsque le projet emporte, pour sa réalisation, l'occupation de parcelles du domaine public gérées par la personne publique cocontractante, le contrat de partenariat équivaut, également et pour sa durée de vie, titre d'occupation du domaine public concerné ;
- le Co-contractant bénéficie, sauf clauses contractuelles contraires, d'un droit réel, sur les ouvrages et équipements réalisés, ce qui lui confère les prérogatives et obligations similaires à ceux du propriétaire sur les équipements et ouvrages réalisés tels que limités définies par les termes du contrat.

La loi du 28 juillet 2008 va plus loin en précisant que « *si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat* ».

Ces dispositions s'appliquent au domaine public de l'Etat, des établissements publics de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que sur celui des structures dotées de la personnalité morale publique.

De même, lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il est procédé à la détermination des conditions financières liées à cette occupation en collaboration avec le service compétent localement comme c'est le cas pour la concession de service public.

Lorsque des droits réels leur sont conférés, ils ne peuvent garantir que les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation domaniale en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée. En d'autres termes, les occupants du domaine public titulaires de droits réels ne peuvent pas hypothéquer leurs ouvrages et bâtiments en vue de garantir un emprunt contracté pour réaliser des aménagements dans un autre port, par exemple.

Toutefois, ce bénéfice de droits réels que consent le contrat de partenariat ne vaut pas un transfert de propriété au partenaire privé, d'autant plus qu'il sera opposé au principe de l'inaliénabilité du domaine public applicable en la matière.

Selon l'article 11 de l'ordonnance de 2004, le contrat doit comporter des clauses « *relatives aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public* ». Les exigences de la protection due à la propriété publique sont évoquées mais l'affectation des biens à l'utilité publique (affectation aux besoins d'un service public ou à l'usage direct du public) est une des conditions essentielles de l'appartenance d'un bien au domaine public qu'il faut s'assurer que des clauses dans le contrat permettent de garantir cette affectation. Sur le plan réglementaire, on retrouve cette obligation à l'article 13 de l'ordonnance de 2004, qui prévoit la constitution de droits réels sur des ouvrages construits sur le domaine public « *dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

f- Les modalités de contrôle :

L'article 11 ci-dessus cité impose, dans son paragraphe (f) de prévoir des clauses relatives : aux moyens de contrôle, par la personne publique, de l'exécution du contrat par le partenaire privé, en particulier les obligations liées au respect des objectifs de performance , de développement durable ainsi que des conditions dans lesquelles le partenaire fait appel à des entreprises pour l'exécution du contrat, et les conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans » .

Le même article modifié par la loi de 2008 précise que « *le titulaire du contrat de partenariat constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues. Ces prestations sont payées dans un délai fixé par voie réglementaire* ». en effet, dans ce type de contrat, il est judicieux pour la personne publique de ne pas se décharger de la mise en place du contrôle sur le partenaire privé et s'organiser en se donnant les moyens nécessaires à l'exercice de ce contrôle.

g- Les sanctions et pénalités :

Le dispositif de l'article 11 se poursuit comme suit dans son paragraphe (g) « *Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant.* ». En effet, tout en

garantissant l'équilibre contractuel du partenariat, les clauses concernées doivent poser concrètement le transfert des risques au partenaire privé surtout du risque de disponibilité durant la phase d'exploitation. De toute évidence, il s'agit de l'exhorter au respect, avant tout, des objectifs de performance avant de poser les pénalités en cas de défaillance. Toutefois, des pénalités démesurées pourraient avoir un effet contraire si le partenaire privé serait conduit à délaisser l'aspect qualitatif pour se focaliser uniquement sur certaines données quantifiables ou des dates de livraison à respecter.

Il conviendra, également, de déterminer la base de calcul de ces pénalités ou la partie de la rémunération du partenaire qui pourra être affectée par ces pénalités. Si le contrat prévoit une application des pénalités sur l'intégralité de la rémunération du cocontractant, ceci aurait vraisemblablement des effets négatifs sur la « bancabilité » du contrat.

Enfin, pour les cas où la défaillance du partenaire dépasse les possibilités des sanctions pécuniaires, le contrat doit apporter les précisions nécessaires. L'article 11 prévoit des clauses « *relatives aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification des aspects du contrat ou à sa résiliation...* ». Ceci n'enlève pas à l'autorité publique le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats qui est un principe fondamental du droit administratif, et ne pourrait être écarté par des clauses contractuelles contraires. Les motifs d'une telle résiliation unilatérale doivent être d'intérêt général, en rapport avec l'objet du contrat, la partie privée ayant droit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi et du manque à gagner, le cas échéant.

Ainsi, si la livraison de l'ouvrage intervient après la date prévue au contrat par exemple, la personne publique a la latitude, en sus de l'application des pénalités prévues au contrat, de ne pas verser la part du loyer correspondant à la durée du retard et de réduire la durée globale du contrat de la durée équivalente au retard et de laisser à la charge du partenaire privé les surplus de coûts générés par ce retard.

h- la cession du contrat :

La cession d'un contrat de partenariat emporte transfert de ce contrat à une personne morale autre que le cocontractant initial de l'administration et qui se trouve substituée au contractant en tous ses droits et obligations. Le conseil d'Etat a précisé⁵⁷⁷ que l'opération consistant en un « *changement de propriétaire des actions composant le capital social, même dans une proportion très largement majoritaire* » n'est pas considérée comme une cession de contrat. En revanche, « *la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles (...) ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, (...) un contrat de délégation de service public* » sont des cessions de contrats.

Dans cet avis, le Conseil d'Etat a défini le régime de la cession des marchés publics et des délégations de service public qui est sans doute applicable aux contrats de partenariat.

La cession de contrat doit, même en l'absence de clauses contractuelle expresse, faire l'objet d'une autorisation préalable de l'administration cocontractante qui ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser d'autoriser la cession de contrat demandée. En effet, il

⁵⁷⁷ Conseil d'Etat, avis du 8 juin 2000, n° 141654

ne peut être refusée que lorsque le cessionnaire affirmé ne présente pas les garanties techniques ou financières lui permettant d'assurer la bonne exécution du contrat dans le respect de la continuité du service public et de l'égalité des usagers ou si la cession envisagée peut avoir pour effet de remettre en cause des éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial.

A préciser, enfin, que la nécessité d'une autorisation préalablement à la cession précédée d'une appréciation préalable des garanties et compétences du cessionnaire a pour corollaire l'absence de publicité ou de remise en concurrence à la charge de l'administration pour le choix du nouveau titulaire. A préciser, également, que, conformément à l'avis du Conseil d'Etat précité, cette cession de contrat ne doit pas avoir comme soubassement une manœuvre ou un détournement de procédure dans le but d'échapper les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial.

Pour ce qui est du changement dans l'actionnariat du partenaire privé, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat rendue en matière de délégations de service public et qui peut être transposable aux contrats de partenariat que la personne publique cocontractante peut prononcer, dans l'intérêt général, la résiliation unilatérale d'un contrat dès lors que les garanties techniques et financières au vu desquelles le contrat a été conclu ont été substantiellement modifiées par le changement de l'actionnariat. Le Conseil d'Etat s'est fondé sur le risque de conflit d'intérêts que pouvait entraîner le changement de la détention du capital du cocontractant pour valider la résiliation d'un contrat de partenariat décidée par la collectivité locale.

A- Le contrat de partenariat dans la législation Marocaine :

Le texte de loi sur le contrat de partenariat est composé de 29 articles, il prévoit que le contrat de PPP doit avoir un contenu précis. Il doit nécessairement comporter, entre autres, les clauses habituelles telles l'objet du contrat et la désignation des parties, la durée du contrat qui doit être limité dans le temps. La durée doit tenir compte des caractéristiques techniques, économiques, comptables et financières du projet. Les critères devant permettre la fixation de la durée découlent des conclusions des études de faisabilité du projet et des négociations avec le partenaire privé.

La durée du contrat est fixée en principe entre 5 et 30 ans et portée exceptionnellement à 50 ans pour couvrir les travaux de renouvellement importants origine des risques pour les actionnaires et pour l'exploitant de la société de projet et la maturité des financements ne dépasse pas 30 ans en général.

La durée de la période de construction revêt une importance particulière, car l'allongement de la durée de construction induit des risques de dépassement et de retard. En outre, durant cette période de construction, la société de projet n'a aucun revenu et les prêteurs ne perçoivent aucun remboursement.

Si la durée globale du contrat est fixe: le partenaire privé subit trois types d'écueils: il ne perçoit pas les loyers originellement prévus en vue de rembourser les prêteurs et attendre la rentabilité retenue initialement, il assume les pénalités de retard et il doit supporter en outre les surcoûts induits par le retard y compris les intérêts intercalaires dus aux prêteurs.

Si la durée est définie à partir d'une durée d'exploitation à laquelle s'ajoute la période de construction, le partenaire privé subira moins de conséquences désagréables: il n'accuse pas de perte de rentabilité, mais il devra des pénalités de retard dimensionnées en fonction de clauses contractuelles et les loyers d'investissement et d'exploitation seront certes décalés, mais réglés intégralement: le projet est plus « bancable ».

Le contrat comporte, également, des clauses relatives aux objectifs de performance, la façon de les mesurer et les modalités de leur contrôle, notamment la qualité requise des prestations de services, des ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ;

Il est important de prévoir le partage des risques en fixant les conditions dans lesquelles est établi ce partage entre la personne publique et le partenaire privé y compris ceux résultant de l'imprévision et de la force majeure et ce, dans le respect de l'équilibre économique. Les risques liés aux différentes phases du projet doivent être identifiés et décomposés. Ils sont pris en charge par la partie jugée capable de les supporter à moindre coût en prenant en considération l'intérêt public et les caractéristiques du projet.

Les modalités de rémunération ne sont pas à négliger. Le contrat doit préciser les conditions dans lesquelles le partenaire privé est rémunéré pendant la durée du contrat, soit par la personne publique seule, soit par la personne publique et par l'utilisateur. Cette rémunération est liée à la disponibilité du service considéré et aux objectifs de performance assignés au partenaire privé.

Il est important aussi de maintenir l'équilibre économique du contrat en cas d'imprévision et de force majeure : Le contrat détermine les conditions dans lesquelles le partenaire privé a droit au maintien de l'équilibre économique du contrat en cas de survenance d'événements imprévus lors de la signature du contrat ou en cas de force majeure;

Le contrôle des obligations du partenaire privé et pénalités doit être prévu dans le contrat notamment, en ce qui concerne les modalités par lesquelles la personne publique contrôle l'exécution du contrat et la façon dont le partenaire privé respecte les objectifs de performance et la qualité de service convenu. Le partenaire privé rend compte, de façon périodique, de l'exécution du contrat. Le calcul des déductions, partielles ou totales, de la rémunération et des pénalités pouvant être appliquées au partenaire privé ainsi que les modalités de paiement de ces pénalités ;

Les conditions de sous-traitance peuvent paraître sans importance. Or, le partenaire privé peut sous-traiter les prestations qui lui ont été confiées dans les conditions fixées par le contrat. Il demeure, toutefois, pleinement responsable des obligations qu'il a contractées vis-à-vis de la personne publique. Ce principe exclut la sous-traitance de la totalité des prestations contractées dans le cadre du PPP. ;

Enfin, il est judicieux de consacrer des clauses à la cession du contrat de partenariat : Ledit contrat ne peut être cédé à un tiers en totalité ou en partie qu'avec l'accord écrit donné par la personne publique, dans les conditions fixées dans le contrat. Si la cession est autorisée, le partenaire privé cessionnaire est subrogé dans tous les droits et obligations qui s'appliquent au partenaire privé cédant. Le cas de cession à une filiale est soumis au même traitement et ce, pour s'assurer de la continuité du service public.

Une distinction doit être faite entre la cession du contrat de partenariat et le changement de l'actionnariat de la société cocontractante ; Dans le cas de la cession du contrat de partenariat, le titulaire du contrat de partenariat cède le bénéfice de celui-ci à une personne morale autre que celle qui était titulaire du contrat de partenariat. Ainsi, il y a cession du contrat de partenariat en cas de création d'une société nouvelle par fusion, scission ou encore de cessions d'actifs. A l'opposé, il n'y a pas cession dans tous les cas de changement de dénomination sociale, de cessions d'actions, de prise de participation ou de modification totale du capital de la société cocontractante du moment qu'il n'y a pas disparition de la personne de la société cocontractante rachetée. Dans tous les cas de cession du contrat de partenariat, l'accord du partenaire public est nécessaire.

En revanche, dans le cas de la modification de l'actionnariat de la société cocontractante, il n'y a pas cession du contrat de partenariat, car celui-ci demeure dans le patrimoine de la même société cocontractante, car la modification de l'actionnariat de la société cocontractante implique la cession des titres des actionnaires cessionnaires, laquelle n'équivaut pas à une cession du contrat de partenariat. Toutefois, la modification de l'actionnariat de la société cocontractante peut induire des effets significatifs sur l'exécution du contrat. A cet effet, il y a lieu de faire application des conditions prévues dans le contrat de partenariat en matière de modification de l'actionnariat.

La substitution, quant à elle, peut être prévue dans le contrat PPP, pour assurer la continuité du service public en cas de défaillance du partenaire privé. Dans ce cas, les contrats de sous-traitance sont automatiquement transmis aux entités financières ou à l'entité substituée ;

S'agissant des ressources du contrat de partenariat, la loi a abordé le volet financement de manière directe surtout par rapport à la possibilité de constituer des sûretés et des garanties permettant ainsi de faciliter le financement des projets.

En effet, le texte prévoit dans son article 25, par rapport à ce point, que des sûretés et garanties peuvent être consenties aux établissements financiers sur les actifs acquis ou réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat, et ce, sans préjudice de toute règle de droit interdisant la constitution de sûreté sur un bien public ou faisant partie du domaine public.

• **Les fonds propres :**

Généralement les fonds propres sont constitués par le capital social minimum d'une S.A ou d'une S.A.S et d'une dette subordonnée des sponsors. La répartition entre les deux types de fonds propres dépend de plusieurs facteurs ; le niveau minimum des fonds propres permet de mesurer le degré de risque que les sponsors veulent assumer.

Les prêteurs exigent, parfois, la mise en place de lignes « equity stand-by »⁵⁷⁸ afin de garantir un apport supplémentaire de fonds propres de la part des sponsors, en cas de survenance de certains risques tel que le risque de refinancement par exemple.

⁵⁷⁸ Désigne une ligne de crédit qui est ouverte à titre de garantie et qui, en principe, n'est destinée à être utilisée directement.

• **Le crédit-relais fonds propres**⁵⁷⁹:

La rémunération des actionnaires assurera aux actionnaires un taux de rendement intérieur (TRI) exigeant le versement d'une rémunération généralement supérieure au paiement d'intérêts relatifs à un crédit relais fonds propres en période de construction. Dans un but d'optimisation, il sera recouru à un crédit relais fonds propres pendant la phase de construction de manière à ce que les actionnaires n'aient à injecter le complément de capital et leur dette subordonnée actionnaire qu'une fois la construction est réalisée et garantissent le crédit relais fonds propres.

• **Les financements bancaires** :

C'est un prêt accordé par un ensemble de banques à la société de projet sans recours à l'encontre des actionnaires au-delà de leurs apports en fonds propres. Cette dette bancaire est scindée en plusieurs lignes de crédit selon l'objet du financement et le profil du risque du projet. Il y a une phase de construction et d'exploitation. Le crédit est adossé à une cession de créances professionnelles:

Pour la phase de construction, outre le crédit relais fonds propres, les financements suivants sont mis en place :

► La dette de préfinancement qui couvre les frais de construction et les frais financiers intercalaires. Elle a une maturité très courte, car elle est entièrement remboursée à la date de la réception de l'ouvrage par l'injection de la dette long terme (dette projet et dette cession des créances professionnelles cédées et acceptée).

► Le crédit relais T.V.A : pour assurer le préfinancement de la T.V.A réglée par la société de projet au constructeur dans l'attente de sa récupération auprès de l'administration fiscale. Le profil de tirages correspond aux décaissements T.V.A et ses remboursements sont consommés par la récupération de la T.V.A réglée.

► Le crédit relais taxes diverses : pour assurer le préfinancement des taxes diverses lorsque les frais de portage pour la société de projet sont importants. Le profil de tirages correspond aux décaissements et ses remboursements sont assurés par le paiement effectué par le partenaire public.

► La « facility stand-by »: pour assurer la couverture des surcoûts non prévisibles (tel l'augmentation de l'inflation imprévisible, l'augmentation des taux variables engendrant des frais financiers plus importants que prévu, etc.)

S'agissant de la phase de l'exploitation, il est mis en place, à la date de la mise à disposition de l'ouvrage, dans un projet de PPP des financements à long terme. Leur maturité est proche de celle de la durée du contrat.

• Le crédit adossé à une cession des créances professionnelles acceptée (à titre de garantie ou à titre d'escompte): la partie des créances de rémunération au titre du contrat de partenariat peut faire l'objet d'une cession de créances professionnelles acceptée par le partenaire public ;

⁵⁷⁹ Le crédit-relais est un crédit mis en place dans l'attente d'une recette future qui assurera son remboursement telle une augmentation de capital, un emprunt obligataire. Nécessairement à court terme, il est à titre onéreux, souvent utilisé pour des montants importants

• Le crédit projet: il s'agit de la fraction résiduelle des financements bancaires long terme non adossée à une cession de créances professionnelles acceptée est exposée aux dégradations financière du projet (la dette projet). Elle peut être adossée à une cession de créances professionnelles non acceptée, le paiement se faisant directement par le partenaire public aux banques sans passage par le partenaire privé, mais le paiement n'est pas « irrévocable ».

► Les conditions de modification du contrat : le contrat précise les conditions dans lesquelles il est procédé à une modification de certains de ses aspects. Toutefois, aucune modification ne peut être effectuée sans l'accord préalable de la personne publique. Toute modification apportée au contrat ne peut en aucun cas changer la nature du projet ou aboutir à un bouleversement de l'équilibre du contrat ;

► Le régime juridique des biens : A ce niveau et à l'expiration du contrat, quelle qu'en soit la cause, les biens réalisés ou acquis par le partenaire privé dans le cadre et pour l'exécution du contrat sont transférés, en pleine propriété, à la personne publique dans les conditions fixées par le contrat de partenariat public-privé ;

Les sûretés et garanties qui peuvent être consenties aux établissements financiers sur les actifs acquis ou réalisés dans le cadre de l'exécution du contrat et ne faisant pas partie du domaine public ;

► Le règlement des litiges : les parties peuvent convenir dans le contrat PPP de recourir à la procédure d'arbitrage pour régler un différend concernant un rapport de droit déterminé, selon la législation en vigueur. Le contrat prévoit une procédure de conciliation préalablement à tout recours arbitral ou judiciaire ;

► La résiliation anticipée. Celle-ci peut intervenir en cas de force majeure, de faute grave telle qu'elle est définie dans le contrat, d'un commun accord des parties ou par la personne publique si l'intérêt général l'exige ;

► Le personnel : le respect de la législation du travail doit être observé par le partenaire privé.

Enfin, la loi instaure une obligation de publication d'un extrait du Contrat avec le décret d'approbation et ce, pour les seuls contrats passés par l'Etat.

Cette loi prévoit, également, tout l'arsenal de contrôle et des garanties pour assurer la rentabilité du projet. En effet son article 14 stipule que « *le contrat fixe les objectifs de performance assignés au partenaire privé* », la façon de les mesurer et les modalités de leur contrôle, notamment la qualité requise des prestations de services, des ouvrages, des équipements ou des biens immatériels.

Section II : Les principales dispositions de la loi Marocaine sur les contrats PPP et ses apports :

§1- Présentation de la loi sur les PPP

Le cadre légal dans lequel se déploie, actuellement, les PPP au Maroc est généralement constitué par le code des marchés publics et la loi sur la gestion déléguée ou les textes de lois sectorielles, mis à part les cas de concessions des services publics mises en places que ce soit avant ou après la promulgation de la loi précitée et où l'on se réfère au droit Marocain en général comme cadre légal applicable pour gérer les relations entre les parties.

En revanche, le cadre juridique futur dans lequel se déploieront les P.P.P proprement dit au Maroc, vient d'être mis en place après la promulgation de la loi sur le contrat de partenariat, étant donné que la réglementation des marchés publics et la gestion déléguée des services publics, ne permettaient plus de répondre aux impératifs de certaines projets spécifiques et complexes intégrant, à la fois, la conception, le financement, la construction et l'exploitation des infrastructures publiques ; dits contrats globaux.

Il est expressément signalé, dans l'exposé des motifs de la loi sur le PPP, que des efforts doivent être multipliés pour répondre au mieux aux attentes des citoyens et des opérateurs économiques en infrastructures et services publics de qualité contribuant ainsi à améliorer les conditions de vie des populations et à développer la compétitivité de l'économie nationale.

Le recours au PPP est motivé aussi par les attentes, de plus en plus croissantes, en services publics et la limitation des ressources budgétaires disponibles. Il s'agit de mettre en place un droit commun en matière des contrats de PPP qui renvoi à un cadre juridique portant aussi bien sur les règles de formation des contrats que sur leur contenu et le régime de leur exécution.

Le partenariat se concrétise par la conclusion d'un contrat fixant en particulier les objectifs de performance à atteindre, les modalités de rémunération, les conditions d'équilibre et les modalités de contrôle, de modification et de terminaison du contrat.

Le contrat de partenariat public-privé est défini comme étant « *une forme de coopération par laquelle l'Etat, les collectivités locales ou leurs groupements, les établissements publics, les entreprises publiques et en général toute personne morale de droit public assignent à des partenaires de droit privé, dans le cadre d'un contrat administratif de longue durée dénommé «contrat de partenariat public-privé», la responsabilité de réaliser une mission globale de conception, de financement de tout ou partie, de construction ou de réhabilitation, de maintenance et/ou d'exploitation d'un ouvrage ou infrastructure nécessaire à la fourniture d'un service public* ».

Une évaluation préalable avant la passation du contrat de partenariat est requise aux fins de vérifier, en premier lieu, la pertinence du recours à cette forme de coopération et en deuxième lieu que le recours à un contrat de partenariat public-privé obéit aux principes de transparence et de mise en concurrence aboutissant au choix d'une offre à un meilleur rapport qualité-prix pour réaliser le projet par préférence à d'autres formes contractuelles. Les

conditions et les modalités d'évaluation préalable des projets PPP et leur validation seront fixées par voie réglementaire. Cette évaluation concerne aussi bien les secteurs marchands que non marchands.

Cette évaluation doit tenir compte des paramètres suivants :

1. la complexité du projet ;
2. le coût global du projet pendant la durée du contrat;
3. le partage des risques y afférents;
4. le niveau de performance du service rendu ;
5. la satisfaction des besoins des usagers.

§2- Spécificité du contrat de PPP comparé aux autres contrats assimilés

Le contrat de PPP est défini selon la loi comme étant un contrat administratif. En effet, dans une observation de la DEPP⁵⁸⁰, cette dernière a estimé que « *tant que les projets PPP sont liés à la fourniture d'un service public, et que l'Etat ou les organismes publics sont les co-contractants et qu'en cas de litige le recours se fait devant une juridiction administrative, le contrat doit être qualifié comme administratif* » et de continuer en précisant que :

« Parmi les règles générales applicables à l'ensemble des contrats administratifs, on trouve incontestablement, le pouvoir de résiliation unilatéral pour motif d'intérêt général, le pouvoir de modification unilatérale et probablement le pouvoir de contrôle, ainsi que le pouvoir de sanction. De même, figure au nombre de ces règles celle du droit pour le cocontractant au maintien (relatif) de l'équilibre financier de son contrat et qui se traduit par la théorie du « fait du prince » et celle de l'imprévision. Ces règles, en principe, couvrent tous les contrats administratifs, quelle que soit leur qualification. Par ailleurs, il ne peut en aller différemment qu'en cas de dérogation législative ».

En fait, toutes ces règles se trouvent réunies dans la mouture du texte de la loi sur les contrats PPP. La personne publique reste, dans tous les cas, le maître de la situation, c'est elle le sélectionneur, le donneur d'ordre pour la réalisation des objectifs bien définis, le contrôleur et en plus c'est elle qui peut mettre fin au contrat à tout moment, ne serait-ce qu'en invoquant l'intérêt général qui ne manque pas de motivation.

Cette loi sur les contrats PPP, maintenant qu'elle est adoptée, elle doit répondre à un certain nombre d'exigences édictés par l'évolution socio-économique du pays et combler un vide juridique en la matière.

Il convient, dorénavant, d'adopter une approche comparative avec l'existant pour identifier les points communs et les innovations de cette loi, surtout par rapport à la loi n° 54.05 sur la gestion déléguée, ayant pour vocation d'assouplir et d'élargir le champ de contractualisation de la personne publique avec ses partenaires privés pour mieux répondre aux attentes des citoyens de plus en plus croissantes face à des ressources budgétaires limitées.

⁵⁸⁰ La Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation relève du Ministère de l'Economie et des Finances elle se charge de l'exercice du contrôle de l'Etat sur les entreprises et établissements publics, de la surveillance du portefeuille public, du pilotage des audits internes des EEP, de la normalisation comptable et du transfert des entreprises publiques au secteur privé.

La différence du contexte de contractualisation dans le cadre du contrat de partenariat par rapport au décret relatif aux marchés publics est très nette dans la mesure où la personne publique à recours à ce dernier mode pour commander des prestations qu'elle finance directement après réception et qui portent sur des délais courts.

Il importe de noter, à ce niveau, que la particularité essentielle du contrat de partenariat par rapport à la gestion déléguée réside dans le champ d'intervention ouvert au partenaire privé qu'offre le contrat PPP et qui est un cadre plus large que le précédent, étant donné qu'il peut englober toutes les phases d'un projet, allant de la conception et du financement jusqu'à l'exploitation, l'entretien et la maintenance en passant par la phase de réalisation. Les partisans des PPP y voient une formule intermédiaire entre délégation simple de services publics et privatisation.

La deuxième démarcation de ce texte de loi est ressentie par rapport à l'introduction de la notion de partage des risques dans les contrats de partenariat pour que chacun des partenaires assume les risques qu'il est le mieux à même de maîtriser. Ce partage des risques se justifie par la nécessité de répondre à deux logiques :

- 1- Protéger les usagers contre les abus afin de respecter la continuité et l'égalité du service public ;
- 2- Assurer une bonne gestion commerciale afin que la rentabilité financière soit réalisée.

La qualification juridique du contrat de partenariat pose également, problème. Elle semble être tranchée en France où la législation est rodée, dans la mesure où après l'adoption de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les PPP, la qualification des formules contractuelles de façon globale distingue entre délégation de service public et contrat de partenariat. Du moins c'est ce qui ressort de l'avis de M. Nil SYMCHOWICZ, spécialiste en droit public. Pour lui « *Depuis l'ordonnance du 17 juin 2004, et ainsi que nous l'avons déjà évoqué, tout donne à penser que les formules contractuelles globales, qui répondent à la définition que donnent les articles 1er de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L.1414-1 du CGCT du contrat de partenariat, seront requalifiées par le juge comme tel. Il ne peut, à notre sens, qu'en aller ainsi, dès lors que le contrat de partenariat, comme la délégation de service public, ou comme le marché public, représente une famille de contrats. Dès lors, toutes les formules contractuelles répondant à sa logique et à sa définition ne devraient pas pouvoir échapper à la réglementation contraignante régissant cette nouvelle famille de contrats, à commencer par l'application des règles conditionnant la possibilité d'y recourir.....*

Les qualifications juridiques possibles, pour les formules contractuelles globales, résident désormais dans le choix entre la délégation de service public et le contrat de partenariat, selon l'application des critères de distinction existants et que la jurisprudence ne manquera pas d'affiner ».

Au Maroc, la qualification juridique du contrat de partenariat, stricto sensu, ne peut avoir lieu qu'après mise en application et expérimentation de cette nouvelle formule de contractualisation par les personnes publiques dans le cadre de la nouvelle loi. En effet, et malgré que cette loi a fixé les contours du cadre contractuel où évolueront les partenariats futurs avec le secteur privé, il y aura forcément des montages contractuels différents selon la nature et la dimension du projet en question.

De même, bien que les contrats de Partenariat soient inspirés des expériences étrangères, le droit Administratif au Maroc présente une richesse quant aux modalités de réalisation des services publics, notamment en matière de gestion déléguée. Le service public peut être dévolu à une personne privée sous forme de délégation contractuelle. Dans ce contexte, trois contrats traditionnels de l'expérience marocaine du PPP peuvent être envisagés à savoir : la concession, l'affermage et la régie intéressée.

Dans un contrat de concession, la personne publique concédante confie à une entité privée le soin de gérer un service public, à ses risques et périls mais sous le contrôle du concédant. Sa rémunération est essentiellement issue des résultats d'exploitation du service, provenant des paiements effectués par les usagers. A la fin du contrat de concession, certains biens reviendront gratuitement au concédant (les biens de retour) et d'autres biens, nécessaires à l'exploitation pourront être acquis à titre onéreux auprès du concessionnaire (les biens de retour).

► La différence entre le contrat de concession et le contrat de partenariat réside, essentiellement, dans la relation entretenue entre la personne publique et l'opérateur privé. Le conseil d'Etat Français a considéré que la délégation de service public est caractérisée, substantiellement, par la rémunération du prestataire, liée aux résultats d'exploitation alors que dans le contrat PPP, le risque d'exploitation est partagé avec la puissance publique : il est souvent lié à la disponibilité de l'infrastructure ou à l'atteinte d'objectifs de qualité du service. Cette forme de cogestion diffère de la philosophie de la délégation, le contrat de partenariat mettant seulement à disposition les moyens d'assurer le service public qui reste de la responsabilité de la puissance publique.

Dans la délégation, l'entité publique ne participe, généralement, pas à la gestion tandis que dans le Partenariat, le pilotage est une activité ponctuelle, assurée par une équipe de projet intégrée.

Au-delà du lien juridique et financier, les contrats de partenariat nécessitent une convergence entre l'entité publique et l'opérateur privé. Dans ce sens, une sorte de « PPP unit » rattachée à la DEPP (Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation) a été instituée par le texte de loi dont les principes de fonctionnement seront traités au niveau des textes d'application ou par circulaire du Chef du Gouvernement.

► Les contrats de partenariat doivent être distingués des contrats classiques de gestion déléguée qui sont l'affermage et la régie intéressée. Pour l'affermage, bien que le mode de rémunération du fermier soit identique à celui du concessionnaire, ce dernier doit rétrocéder à la collectivité publique une partie de sa rémunération dans la mesure où il n'assure que l'exploitation de l'infrastructure et non son développement. Dans la régie intéressée, les paiements versés par la collectivité ne sont pas liés à l'utilisation du service par les usagers, mais dépendent de critères de performance pouvant tenir aux gains de productivité constatés, aux économies réalisées ou la qualité du service rendu.

Ces contrats ne peuvent être qualifiés de contrats globaux dans la mesure où la mission du prestataire se limite à l'exploitation des ouvrages et non à leur conception, leur financement et leur construction.

Par ailleurs, on peut dire que le contrat de partenariat se rapproche plus, dans son objet, de la concession. En effet, à l'instar de cette dernière, le contrat de partenariat se conçoit comme un contrat global portant sur tout ou partie des phases de conception, construction, financement, exploitation, entretien et maintenance.

Pour ce qui est des marchés, destinés à donner à la collectivité un moyen de réaliser elle-même ses missions et d'acquérir l'actif dont l'exploitation permettra de fournir des prestations de service public, est un mode de partenariat.

Section III - Les difficultés de mise en œuvre des contrats de partenariat au vu de l'expérience Française :

La rupture de la croissance du nombre de contrats de partenariats signés et surtout les difficultés rencontrées qui font objet des débats soulevés, des rapports établis et dans une large mesure de contestations sociales liées aux partenariats, notamment dans certains pays en voie de développement, ont contribué à remettre en cause le modèle partenarial qui avait été en grande partie porté par les institutions internationales.

Au-delà de la question des rapports de complémentarité ou de l'alternative entre investissements publics et investissements privés, se pose, avec acuité, le problème des situations évolutives des termes contractuels dans le déroulement de la relation et de l'exécution altérée des contrats. Si les contrats de partenariats sont des contrats de très longue durée (pouvant aller jusqu'à trente ans et plus), il apparaît que les termes du contrat sont bien souvent remis en cause dans le courant de la vie ce dernier. En effet, une grande partie des contrats a fait l'objet de renégociations dans les divers secteurs de services publics.

Le principe de renégociation peut recouvrir des situations multiples et différentes. Dans une optique générale, il peut s'agir d'un nécessaire rajustement des clauses du contrat et leur adaptation aux évolutions économiques de nature extérieure indépendante de la volonté des parties ou des circonstances liées à des aléas pouvant en bouleverser l'équilibre économique voire d'en compromettre la bonne exécution. Si la renégociation d'un contrat ne remet pas obligatoirement en cause la continuité du service public, il n'en va pas de même en cas d'annulation ou rupture des contrats ou dans le cas d'infrastructures laissées *en déshérence* (pour reprendre les termes de la Banque Mondiale) suite à l'annonce de la volonté de retrait du prestataire privé⁵⁸¹.

Selon les données de la Banque Mondiale seuls 49 projets sur 2500 engagés entre 1990 et 2001 avaient fait l'objet d'une annulation. De telles annulations interviennent assez précocement dans le cycle de vie des contrats. L'annulation survient en moyenne au bout de 4 à 5 ans, soit peu de temps après le début de la phase d'exploitation de l'infrastructure. Un tel

⁵⁸¹ Pour la Banque Mondiale, une annulation d'un contrat de partenariat public-privé correspond à une cessation d'activité du prestataire privé (ou un abandon de la construction de l'infrastructure) ou à la reprise de l'infrastructure et des services par une entité publique. Un partenariat est dit *en déshérence* lorsque le prestataire privé en réclame l'annulation ou lorsqu'il demande un arbitrage international. Notons que le transfert d'un contrat d'un prestataire à un autre ne correspond pas à annulation de contrat.

phénomène pose la question de la robustesse de la construction contractuelle et du réalisme des hypothèses retenues lors de la rédaction du contrat.

Pour la Banque Mondiale, la majeure partie des échecs constatés dans les contrats de partenariats tiennent à la sensibilité de la garantie de l'équilibre économique des contrats face aux crises financières en raison du caractère incomplet des réformes ayant touché les cadres juridique et institutionnel des pays les ayant adoptés et de la faiblesse des masses des capitaux domestiques qui ne peuvent jouer un rôle d'amortisseur à l'invasion des capitaux étrangers qui sont, de par leur nature, instables et sujets à des mouvements d'appréhension ou soumis à des orientations spéculatives. La question de la faiblesse du cadre juridique, qui se trouve, le plus souvent à l'origine de l'insécurité juridique et pénalisant la bonne exécution des contrats, mérite une mure réflexion de la part des pouvoirs publics. Cependant, l'intégralité des difficultés ne saurait être attribuée aux insuffisances du seul cadre institutionnel ou juridique, les défaillances peuvent naître d'une construction contractuelle mal pensée, exposant les parties à des risques importants et difficilement gérables et dont les partenaires privés peuvent appréhender de manière non appropriée. D'où la question de savoir les raisons de comportements pouvant être considérés comme opportunistes des partenaires privés qui pourraient accepter, au début de la relation de partenariat, des conditions contractuelles pouvant rendre difficile ou même illusoire l'atteinte de l'équilibre économique du contrat passé avec l'administration mais permettant d'obtenir la gestion du projet en demandant, après une courte période d'exécution ou même dès que ce dernier leur est adjugé, une renégociation du contrat. Ceci explique la fréquence des renégociations en matière de contrats de partenariats.

§ 1– Les difficultés liées au partenaire public :

Il est admis que le coût du capital public est plus élevé dans les pays en voie de développement que dans les pays industrialisés ou développés et que l'abondance du capital étranger disponible ainsi que la possibilité d'utiliser, dans le cadre des partenariats, des instruments financiers tels que les financements structurés ou les effets de levier par les crédits, ouvrent la possibilité de résoudre le décalage de financement qui contraint l'offre de biens publics et, par conséquent, la croissance économique. Plus encore, le développement des contrats de partenariats est souvent présenté comme susceptible de favoriser l'émergence d'un marché financier domestique, attirant l'épargne locale en créant des titres financiers peu risqués et dont les revenus sont de nature récurrente.

Cependant, un tel scénario peut s'avérer sujet de doutes dès lors que le recours aux partenariats public-privé ne s'accompagne pas de la mise en œuvre d'un ensemble de règles et de dispositifs institutionnels permettant une exécution efficace des contrats.

Parmi ces exigences figure au premier rang la nécessité de disposer d'un cadre institutionnel stable, garantissant une sécurité juridique suffisante aux investisseurs. En effet, il est à noter que les débats autour des efficacités macroéconomiques des systèmes de Common Law à l'anglo-saxonne et du droit codifié à la française peuvent se retrouver dans le cadre de l'analyse des contrats de partenariat. En effet, de tels montages contractuels se situent au croisement du chemin du droit public et du droit privé. A ce titre, certains peuvent considérer que le déploiement des partenariats public-privé dans des pays de droit codifié, c'est le cas du Maroc également, peut s'avérer plus risqué pour les investisseurs dans la mesure où la mobilisation du droit administratif pourrait conduire à sacrifier l'intérêt des firmes au profit du principe de l'intérêt général. Ainsi, les nations ayant hérité d'un système

juridique de type romano-germanique seraient privées de l'ensemble des bienfaits micro et macroéconomiques des partenariats.

Cette exigence de la sécurité juridique passe notamment, par un cadre réglementaire compréhensible, en matière de procédures de mise en concurrence, de définition des droits de propriété et de procédures de résolution des litiges, mais aussi de mise en œuvre de dispositifs de régulation permettant l'activation des dispositifs juridiques durant l'exécution du contrat.

Sur le plan juridique, la première exigence tient à la transparence de la procédure concurrentielle d'attribution du contrat. Il s'agit, par exemple, de prendre en considération les risques de corruption ou de favoritisme. De façon simultanée, il s'agit pour la collectivité publique de se doter des moyens techniques, financiers et humains nécessaires pour spécifier correctement ses besoins et s'engager dans le dialogue compétitif avec le prestataire. La seconde exigence porte sur la définition des droits de propriété sur les infrastructures. Par exemple, de nombreuses difficultés ont été rencontrées en Amérique du Sud du fait de l'opposition entre les différents niveaux de gouvernement quant à la propriété des réseaux d'eau potable. Enfin, le troisième pré requis juridique porte sur l'inscription, dans la réglementation, des procédures de résolution des litiges.

Une exécution efficiente des contrats de partenariats public-privé passe par un effort préalable en matière de mise en place d'un cadre institutionnel adapté permettant à la fois d'assurer une réelle sécurité juridique pour le prestataire et un contrôle des engagements souscrits par la personne publique. A ce titre, les exemples du Brésil et du Chili sont particulièrement instructifs.

Le cas au Brésil présente l'intérêt de donner un point de comparaison assez proche du cadre institutionnel français. Une loi relative aux partenariats public-privé a été promulguée en décembre 2004. A l'instar de la situation française, les lois sur les concessions et les marchés publics ne permettaient pas de conclure des contrats globaux. Les lois sur les concessions empêchaient le gouvernement de procéder à des transferts financiers directs au profit du concessionnaire qui ne devait tirer ses ressources que des paiements des usagers. De plus la législation applicable aux marchés publics limitait la durée des contrats à cinq années. La loi sur les contrats de partenariat, prévoit que les paiements en faveur du prestataire devront être indexés sur la performance réalisée et que les biens devront retourner à l'échéance du contrat au domaine public, à titre onéreux ou gratuit. Outre ces dispositions, la loi pousse à affermir la sécurité juridique des contrats conclus en instaurant un organisme conseil, le « Conselho Gestor », destiné à soutenir l'expertise des négociateurs publics, en offrant des garanties aux contractants privés contre tout risque de nature réglementaire en limitant les engagements souscrits par les collectivités publiques en matière de contrats de partenariat et ce, afin de garantir la soutenabilité financière de ces derniers.

Le Chili, autre pays de l'Amérique latine, est considéré comme le pionnier en matière d'encadrement législatif des contrats de partenariat. Le programme de concessions, lancé en 1994, était régi par une loi de 1991 qui mettait les règles de mise en concurrence, de protection des investissements privés contre les risques d'expropriation sans compensation intégrale, les procédures de règlement des litiges et de transfert ou rupture anticipée des contrats. De plus, le programme de concessions de 1994 s'accompagnait d'un mécanisme original de garantie en faveur des opérateurs privés. Il y avait l'instauration d'un fonds de compensation permettant de garantir aux opérateurs un revenu minimum pour faire face au service de leur dette. En contrepartie, un accord de partage des revenus permettait de

rétrocéder au fonds une partie de l'excédent éventuel des flux de revenus par rapport aux prévisions. La construction institutionnelle chilienne a été renforcée à partir d'octobre 2003 par la publication d'un rapport sur les finances publiques indiquant l'espérance de coût des différentes garanties publiques apportées aux prestataires dans le cadre des contrats de partenariat. Etabli par la Banque Mondiale, ce rapport indique le coût potentiel de l'activation des clauses de revenu minimum au travers de techniques statistiques d'estimation et va même jusqu'à utiliser le modèle d'évaluation du prix des options de Black et Scholes pour estimer l'espérance de coût liée à la garantie offerte par l'Etat chilien en matière de risque de change.

Les difficultés discernées dans certains montages contractuels, comme ce fut le cas dans certains pays d'Amérique latine posent la question de l'acceptabilité sociale des contrats. L'objection des usagers et d'une partie de la classe politique peut jaillir de rumeurs de corruption, souvent entretenues par le manque de transparence des procédures d'attribution des marchés. Ce type de résistances peut donner lieu à des difficultés pour le prestataire dans le recouvrement des factures. Notons à ce titre que l'influence de l'instabilité macroéconomique sur l'exécution des contrats de partenariats peut passer par deux canaux distincts mais dont les effets peuvent se renforcer mutuellement.

§ 2– Les difficultés imputées aux partenaires privés :

Si les contraintes rencontrées dans le contrat de partenariat ne relèvent que d'une altération de l'équilibre économique du contrat lié à un choc macroéconomique, les co-contractants doivent réussir à aboutir à un compromis dans le cadre de la renégociation des termes contractuels. La renégociation, bien qu'elle apparaisse prématurément dans certains contrats est un évènement logique si, l'on considère, par principe qu'il s'agit de contrats incomplets. Elle permet d'ajuster les termes du contrat à des évènements non prévus lors sa rédaction et donc de redistribuer les excès ou les charges supplémentaires entre les parties. En ce sens, la renégociation ne peut être automatiquement tenue comme la manifestation d'une anomalie contractuelle.

L'incomplétude des contrats est liée à trois facteurs. Le premier tient à l'existence de coûts de liés à l'accord. La seconde a trait au raisonnement limitée des contractants. Le troisième, enfin, est attribué aux problématiques du système judiciaire. En effet, dans le cadre de la théorie des contrats incomplets, le juge est souvent incapable de vérifier les variables contractuelles dans la mesure où elles sont imperceptibles pour les tiers. Cette vision de l'action du juge pose cependant des problèmes tenant à la fois à la théorie du droit elle-même et au fonctionnement réel des tribunaux. En effet, il convient de ne pas considérer les règles de droit comme de simples d'injonctions, fonctionnant tels des algorithmes. Les contrats sont perfectibles par nature au travers des réponses que donnera le juge saisi par les parties du conflit d'interprétation les opposant. L'incomplétude du contrat ne correspond en rien à d'éventuelles lacunes contractuelles mais tout simplement à l'absence de dispositions spécifiques des parties sur certains aspects ayant trait à l'exécution des clauses et pour lesquelles elles s'en réfèrent au régime légal, lequel intervient alors à titre subsidiaire au travers des décisions de justice.

L'annulation du contrat, suite à un échec de la renégociation, pourrait être en partie expliquée par la mise en œuvre de stratégies opportunistes. Chaque partie peut être tentée d'imposer des conditions léonines en espérant leur acceptation par l'autre partie du fait des investissements non redéployables déjà engagés ou de l'obligation de garantir la continuité du

service. Le partenaire privé tirerait à la fois profit de la disparition de la pression de ses concurrents et de l'information acquise lors des premiers mois de contrats pour augmenter tant son pouvoir de négociation que son avantage informationnel pour saisir le régulateur.

L'analyse de l'exécution des contrats de partenariat dans les pays en développement laisse apparaître un ensemble de risques liés au comportement « opportuniste » des prestataires privés.

Il s'agit, par exemple, du refus des prestataires de prendre en charge certaines obligations contractuelles, l'instauration de tarifs excessifs eu égard à la nécessaire accessibilité financière du service public.

Les études effectuées sur les contrats de partenariats dans les pays en développement semblent conditionner l'efficacité économique réelle à la soumission des entreprises prestataires à une pression concurrentielle significative, comme cela est le cas dans des secteurs particuliers. A l'inverse dans les secteurs où la concurrence est réduite, l'efficacité de la gestion du contrat suppose un contrôle public plus rétréci par l'établissement d'une régulation incitative bien adaptée. Or, il apparaît que la principale faiblesse des pays en développement se trouve dans les défaillances ou la faiblesse du système de régulation publique dont les limites sont préjudiciables en matière de contrôle de l'accès des plus défavorisés aux services fournis dans le cadre de contrat de partenariat. Ce contrôle est insuffisant et ce sont les populations vulnérables qui sont les premières sacrifiées dans le cadre des renégociations.

Pour conclure ce deuxième titre on peut dire qu'un nombre croissant de gouvernements de pays en développement souhaite recourir aux partenariats public-privé (PPP) pour la réalisation d'infrastructures publiques et/ou la fourniture des services y afférents. Un déficit d'infrastructures constitue une entrave à la croissance partout dans le monde et tout particulièrement dans les pays en développement. Les services liés à l'infrastructure sont souvent déficients et ne permettent pas de répondre à la demande, entraînant une congestion ou un rationnement du service.

Les PPP s'inscrivent dans la mise en œuvre d'une nouvelle gouvernance de l'Etat. Bien que les contextes politiques au Maroc et en France ne sont pas comparables, l'évolution de leur gouvernance démontre l'image qu'ils veulent forger Comme des Etats modernes.

Les services liés à l'infrastructure sont souvent de faible qualité et peu fiables, tandis que de nombreux endroits ne sont tout simplement pas desservis. Cette mauvaise performance de l'infrastructure reflète les défis omniprésents auxquels les gouvernements se trouvent confrontés. Tout d'abord, la plupart des pays ne dépensent pas suffisamment afin de fournir l'infrastructure nécessaire. Deuxièmement, les ressources limitées peuvent être consacrées aux mauvais projets, du fait d'une planification et d'une coordination laissant à désirer, d'une analyse insuffisante lors de la sélection des projets, de la poursuite d'objectifs politiques, et de la corruption. Par ailleurs, la prestation de biens et services liés à l'infrastructure est souvent décevante, la construction de nouveaux actifs coûte plus cher et est plus longue que prévu, et la prestation du service laisse à désirer. Finalement, les actifs liés à l'infrastructure sont souvent mal entretenus, ce qui a pour effet d'augmenter les coûts et de réduire les profits.

Ces limites signifient que les PPP ne peuvent être envisagés comme une panacée permettant de résoudre les problèmes de performances de l'infrastructure. Les PPP ou les projets d'investissement public ne peuvent réussir que s'ils reposent sur une prise de décision judicieuse résultant d'une capacité suffisante et d'une bonne gouvernance. Des données disponibles laissent à penser qu'une gestion améliorée pourrait grandement contribuer à réduire les déficiences en matière d'infrastructure, en tirant meilleur parti de l'infrastructure existante et en utilisant à meilleur escient les ressources publiques dans le cadre de nouveaux projets. Finalement, la solution pour de nombreux gouvernements réside tout simplement dans un investissement plus important dans l'infrastructure.

L'infrastructure souffre généralement d'une insuffisance de fonds, en d'autres termes, la plupart des pays n'investissent pas suffisamment afin de répondre aux demandes dans ce secteur et de soutenir la croissance économique, suggérant que des projets avantageux sur le plan économique ne sont pas mis en œuvre. C'est un problème que l'on rencontre fréquemment dans les pays en développement.

Dans une optique d'évaluation du cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc, il y a énormément d'apports et aussi des limites qu'il faut relever. Il en ressort que ce cadre juridique offre, sans conteste, des atouts considérables aux partenaires, mais ces derniers se heurtent souvent à des problèmes d'ordre juridique et des contraintes peuvent ainsi peser lourdement sur les différents montages expérimentés. Parmi ces contraintes, on trouve celles liées aux caractéristiques du cadre juridique existant (dispositions juridiques incomplètes, imprécises, lacunaires, trop procédurales...) et aux conditions de mise en place et de suivi des montages contractuels et institutionnels. A noter, à cet égard, que, même lorsque des législations et des réglementations spécifiques efficaces sont adoptées, des contraintes sous forme de manques de capacités (en matière de préparation, de négociation et de mise en œuvre de ces montages) peuvent affecter les partenariats public-privé. Pour contourner ce type de barrière, le cadre juridique doit s'adapter constamment pour offrir aux partenaires les conditions et les garanties nécessaires au développement de leurs relations partenariales et pour leur permettre d'honorer leurs engagements dans un climat de confiance.

Concrètement, il est nécessaire d'adopter un cadre juridique clair et sécurisant en termes notamment de précision, de souplesse et de fiabilité du régime applicable en matière de passation des marchés, de répartition des risques et de résolution des différends. Il s'agit, également, de mettre en place un organisme dédié à la promotion des bonnes pratiques et à la mise en cohérence des initiatives et, de manière générale, de promouvoir le climat des affaires au profit des différents partenaires. La création d'un organe spécialisé ayant le statut d'agence rattachée au chef du gouvernement et chargée de la promotion des PPP traduirait la volonté politique du Maroc de développer les projets en mode partenariat. La question de l'efficacité juridique des partenariats reste toujours posée et elle ne manquera pas de stimuler le débat après l'application de la législation relative aux contrats de partenariat public-privé. L'enjeu étant de concilier entre, d'une part, des partenariats public-privé à promouvoir et, d'autre part, une logique d'intérêt général à défendre.

Néanmoins, si les PPP sont utilisés avec discernement devraient apporter un souffle nouveau aux investissements publics des collectivités territoriales confrontées elles aussi aux challenges de la gestion budgétaire par déport des compétences de l'Etat central.

Le droit en matière de contrat publics en général connaît actuellement d'importantes transformations à mesure qu'augmente à une vitesse considérable la tendance des administrations publiques à recourir à cette forme d'intervention dans l'économie. Il est de plus en plus, courant que les pouvoirs publics chargent des entreprises privées de la construction, de la prestation des services et de la gestion des services publics au lieu de satisfaire ces finalités par ses propres moyens personnels et matériels.

Conclusion générale :

L'infrastructure, portuaire y compris, est au centre des politiques publiques de tous les pays indépendamment de leur statut, développé ou en voie de développement ou même de ceux souffrant de difficultés structurelle. Cette importance est dictée par le rôle de ces infrastructures dans la contribution dans le développement économique du pays et la facilitation de la vie des usagers.

En 2010, la Banque Mondiale a mené une étude de diagnostic de l'infrastructure en Afrique lors de laquelle l'institution a estimé que le continent, notamment sa partie subsaharienne avait besoin de dépenser 93 milliards US\$ par an particulièrement dans le secteur de l'infrastructure. Paradoxalement, selon la même étude, les dépenses publiques, les redevances imposées aux usagers, l'investissement du secteur privé ajoutés à d'autres sources externes ne permettaient de couvrir que 45 milliards US\$, créant un déficit de financement total de 48 milliards US\$. De même, selon la stratégie d'infrastructure publiée par la BID en 2013, l'investissement supplémentaire nécessaire dans le secteur en Amérique latine s'élevait à 100 milliards US\$ par an, soit 2 % du PIB de la région.

Comme on peut le constater, le déficit de financement ne se limite pas aux pays en développement ; un rapport consacré à l'infrastructure jusqu'à l'horizon 2030 publié en 2007 par l'OCDE a identifié un écart grandissant entre les investissements en infrastructure requis à l'avenir et la capacité du secteur public à satisfaire à ces exigences à l'aide de moyens traditionnels.

Le cabinet McKinsey avait estimé qu'un investissement d'un montant de 57 trillions US\$ dans l'infrastructure sera nécessaire globalement entre 2013 et 2030, rien que pour soutenir la cadence de la croissance mondiale prévue du PIB ce qui dépasse très largement la valeur estimée actuellement de l'infrastructure mondiale.

Comme exposé dans l'étude précitée menée par la Banque Mondiale, le déficit de financement peut être un symptôme dévoilant d'autres problèmes dans la fourniture de l'infrastructure. Les auteurs ont conclu qu'une bonne partie du déficit de financement, sont imputables à une inefficacité dans les dépenses causée par une mauvaise gouvernance, une planification des investissements inadéquate, un investissement insuffisant en ce qui concerne la maintenance, de frais de services trop faibles et une inefficacité de l'exploitation. Ces études et leurs résultats peuvent aisément s'appliquer au secteur portuaire comme on l'a démontré tout au long de cette recherche.

Toutes les études menées dans le secteur portuaire ont suggéré, dans un premier temps, d'introduire des réformes structurelles et organisationnelles dans le secteur des ports sur la base des constatations effectuées et de conduire des changements dans la gouvernance avec ce qui cela implique en adaptations réglementaire et contractuelle par l'implémentation du modèle PPP dont les montages contractuels peuvent aider à résoudre le manque de liquidité à court terme, en permettant la construction de partenariat de type « usager payeur » stables du point de vue commercial. Engel, Fischer et Galetovic estimaient, quant à eux, que les PPP sont moins susceptibles d'être utiles lorsqu'un gouvernement ne peut pas emprunter en cas d'insolvabilité, auquel cas, il peut s'avérer difficile pour lui de conclure de manière crédible

un contrat à long terme tout en abandonnant une source éventuelle de revenus ; les investisseurs peuvent alors juger qu'un PPP n'est pas une solution viable.

Au Maroc, comme ailleurs, si l'on exclut les quelques voix discordantes, le débat ne porte plus sur l'opportunité de la gestion déléguée ou sur les contrats PPP ni sur l'opposition du secteur public au secteur privé, mais plutôt sur les modalités de la délégation et de partenariat et la manière la plus efficace d'évaluer les risques et d'en partager les conséquences et de monter des financements mixtes et des partenariats durables et équilibrés entre les pouvoirs publics et les partenaires privés. Aussi, même la notion de « risques et périls » attribuée au délégataire dans les anciens contrats devient obsolète et sans objet dans la mesure où il s'agit du principe de « l'équilibre financier » du contrat qui devient l'objectif commun des parties. Le capital expérientiel qui s'élargit chaque jour au pays et l'arrivée remarquée de grands groupements internationaux d'horizons et de cultures juridiques et économiques différentes bousculent nos incertitudes et nos canevas juridiques ou économiques qu'on croyait durablement établis.

Cela signifie-t-il que les pays devraient accroître l'investissement public dans l'infrastructure? Et dans l'affirmatif, comment peuvent-ils le faire d'une manière financièrement responsable? Les partenariats public-privé (PPP), tous modes confondus, représentent-ils une solution viable ?

Le FMI a consacré plusieurs études à ces questions. En mars 2004, il a publié « Public Investment and Fiscal Policy » et « Public-Private Partnerships ». Afin de tester les cadres analytiques élaborés dans ces deux essais, le FMI a procédé à huit études supplémentaires dans un groupe varié de pays en développement et d'économies émergentes en Afrique, en Asie, en Amérique latine et au Moyen-Orient. Les constatations des études ont été résumées dans deux articles qui ont été publiés en avril 2005, « Public Investment and Fiscal Policy—Lessons from the Pilot Country Studies », et « Public Investment and Fiscal Policy—Summaries of the Pilot Country ».

La résultante est que les PPP, qui peuvent être organisés au moyen de concessions et de baux d'exploitation, peuvent être créés pour toutes sortes de projets d'infrastructure économique et sociale, mais ont surtout servi jusqu'ici dans des projets d'infrastructure de transports (routes, ports et tunnels).

Mais ceci n'empêche qu'il faut examiner les risques que représentent pour le budget les garanties publiques. En effet, tout au long de notre étude, nous avons démontré comment une pensée globale aux problèmes liés aux prestations de services public portuaire combinés aux déficits budgétaire, aux lacunes réglementaires et au manque de gouvernance a abouti aux solutions allant des réformes menées jusqu'aux partenariats érigés comme solution idoine pour promouvoir les infrastructures. Mais le sont-ils vraiment ? La réponse à cette question par des certitudes nécessitera le temps nécessaire d'avoir du recul par rapport aux actuels projets PPP implantés aux ports du Maroc et de la France.

INDEX ALPHABETIQUE :

Contrat PPP
Contrat de concession
Contrat de partenariat
Convention d'exploitation du terminal
Domaine public
Service public
Concurrence
Régulation
Loi 15-02
Manutention
Ports maritimes autonomes
Conseil d'Etat
CJCE
Réforme portuaire
Occupation temporaire du domaine public
Convention d'exploitation portuaire
Droit réel
Gestion du domaine public
Grands Ports Maritimes
Autorité portuaire
Fonction régaliennne
Unicité de la manutention
Gouvernance
Unicité de commandement
Outils public
Partenariat
Sureté et sécurité au port
Code ISPS
Stratégie portuaire
Conseil de la concurrence
Autorité portuaire
Protection de l'environnement
PPP
Délégation de service public (DSP)
Risques du PPP
Cadre réglementaire portuaire
Private Finance Initiative (PFI)
Ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (France)
Droit communautaire
Livre vert sur les PPP
Entreprises publiques
Gestion déléguée de service public
Biens de retour
Bien de reprises
Régime juridique du contrat de partenariat

**Régime juridique du contrat de concession
régulation
Environnement
Entreprise portuaire
Sureté et sécurité portuaire
Privat finance initiative (PFI)
Commission européenne
Statut de la manutention
Dockers
Convention de terminal
Service public**

INDEXE JURISPRUDENTIEL :

- CE, Section, décision n° 16957 du 26 juillet 1982, publié au recueil Lebon ;
- Conseil d'État, 8ème et 3ème sous-sections réunies, décision n° 236827 du 17/12/2003, Inédit au recueil Le bon ;
- CE, décision du 19 octobre 1956, affaire Société Le Béton, Rec. p. 375, D. 1956, J, p. 681 ;
- CE, Section , décision du 5 mai 1944, affaire Cie maritime de l'Afrique Orientale, Rec. CE 1944, p. 129 ;
- CE, décision du 24 NOV 1993, req n° 124933 et 124934, affaire SA Atlantique bâtiment construction, inédit au recueil Lebon ;
- CJCE, décision du 16/09/1999, affaire n° C-22/98, procédure pénale contre Jean Claude BECU ;
- CE, décision du 23 juin 1993, affaire Société sicer, req no 111569 ;
- CE, ass 21 décembre 2012, affaire commune de Douai, req no 342788 ;

- CE, décision du 24 novembre 2014, affaire société des remontées mécaniques Les Houches- Saint-Gervais, req no 352402 ;
- CE, décision du 19 janvier 2011, Affaire commune de Limoges, req no 323924 ;
- Arrêt de la Cour du 4 avril 1974. affaire Commission des Communautés Européennes C/ République française, Affaire 167-73 ;
- Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, affaire Merci convenzionali porto di Genova SPA C/ Siderurgica Gabrielli SPA ;
- Demande de décision préjudicielle: Tribunale di Genova - Italie. Affaire Entreprises portuaires , Affaire C-179/90 ;
- CE, 8ème / 3ème SSR, décision n°352402 du 24/11/2014, affaire , Publié au recueil Lebon ;
- CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, décision n° 323924 du 19/01/2011 Affaire la COMMUNE DE LIMOGES C/ la société VMB;
- CE, 8ème et 3ème sous-sections réunies, décision n° 341173 du 29/10/2012 affaire Maire de la Commune de Nantes C/ l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) Photo Josse , Publié au recueil Lebon ;
- Conseil d'État, Section, décision n° 369558 du 19/06/2015, affaire la Société Immobilière du Port de Boulogne (SIPB) C/ la chambre de commerce et d'industrie de Boulogne-sur-Mer Côte d'Opale Publié au recueil Lebon ;
- CE, décision n° 388831 du 27/03/2015, affaire société Nautech C/ Grand Port Maritime de Marseille, Inédit au recueil Lebon ;
- CE, Section, décision n° 202260 du 26 mars 1999, affaire Société EDA C / Aéroports de Paris ,publié au recueil Lebon ;
- CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, décision n°341669 du 19/01/2011, affaire Chambre De Commerce Et D'industrie De Pointe-A-Pitre C/ Société de Restauration Industrielle,
- CE, 8 / 9 SSR, décision n°147602 du 21 avril 1997, affaire MINISTRE DU BUDGET C/ Société Anonyme Sagifa, inédit au recueil Lebon ;
- Conseil Constitutionnel, Décision n° 2015-515 QPC du 14 janvier 2016 (saisi le 14 octobre 2015 par le Conseil d'État -décision n° 392257 du même jour- d'une question prioritaire de constitutionnalité d'une disposition du code général des impôts ;

- CE, 9ème - 10ème chambres réunies, décision n° 384297 du 20/06/2016, affaire Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) C/ l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution sur les conventions ;
- CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, décision n° 348909 du 23/05/2012, Affaire Régie Autonome Des Transports Parisiens (RATP) C/ société Bolloré SA ,Publié au recueil Lebon ;
- Conseil d'État, décision n° 405157 du 14 février 2017, affaire La société Sea Invest Bordeaux C/ Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) et la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) ;
- CE, 8ème,3ème SSR, décision n°352402 du 24/11/2014, Affaire société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais C/ la société Champenoise , Publié au recueil Lebon ;
- CE, Section, décision n° 20180du 19 octobre 1956, affaire Sté le Béton , publié au recueil Lebon ;

BIBLIOGRAPHIE :

Ouvrages :

1- Ouvrage de droit Français :

- Jean François AUBY et Olivier RAYMONDIE, « Le service public », collection analyse juridique Ed, le Moniteur, 2003 (34.125.2 /55) ;
- Jean-Pierre Beurier, « Droits maritimes », 15 octobre 2014, (édition 2015-2016), Dalloz - Dalloz Action ;
- Jean DUFAU, « Le domaine public », collection l'actualité juridique, 5eme édition 2001 ;(34 124/66)
- Jean GROSDIDIER DE MATONS, « Droit, économie et finances portuaires », Presse de l'école nationale des ponts et chaussées 1999 ;
- Gaël HENNAF, « Concurrence et services publics enjeux et perspectives », Presses universitaires de Rennes, 2002 ;
- Khalifa Ababacar KANE, « Droit Portuaire en Afrique - Aspects juridiques de la gestion et de l'exploitation portuaires au Sénégal », Préface de Robert REZENTHEL, Études africaines, L'Harmattan, 2012.
- J.V. LOUIS et S. RODRIGUES, « *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne* », Bruylant, Bruxelles, 2006, 460 p.
- Gérard MARCOU et Frank MODERNE, « Droit de la régulation, service public et intégration régionale », collection logiques juridiques 2005, L'Harmattan;
- Christophe MONDOU, « Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales », Editions du Papyrus 2006 (34 123 2 /123) ;
- Michel ROUSSET et Jean GARAGNON, « Droit Administratif Marocain », édition la porte, 6ème édition 2003 ;
- Bertrand VENDÉ, « Les polices dans les ports maritimes » Préface Jean-Pierre BEURIER, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), collection Droit des transports maritimes, terrestres et aériens, 2005.
- « Pratique des partenariats public privé : choisir, évaluer, monter et suivre son PPP » ouvrage collectif, François LICHERE, Boris MARTOR, Gille PÉDINI et Sébastien THOUVENOT, Editions Lexis Nexis, Paris, 2006 ;
- Michel Lafitte, « Les partenariats public-privé : une clé pour l'investissement public en France », collection Marchés/ Finance, 2006 ;

2-Ouvrages du droit Marocain/ Maghrébins :

- Mohammed HAJJI, « Droit et pratique des services publics au Maroc de la concession à la gestion déléguée », édition Zaouïa 2007 ;
- Michel ROUSSET et Jean GARAGNON, « Droit Administratif Marocain », édition la porte, 6ème édition 2003 ;
- « **Le droit des contrats publics en Tunisie et en Espagne** », sous la direction de **Mustapha BENLTAIFE et Miguel SANCHEZ MORON**, centre de publication universitaire, 2012 ;

Actes de colloques :

- « Les mutations des relations entre l'administration et ses administrés » actes du colloque des 11 et 12 mai 2000, collection Forum des juristes, Tunis 2002 ;
- « Activités portuaires et transport maritime à l'épreuve des libertés économiques », Cécile De Cet-Bertin et Gaëlle Guéguen-Hallouet, colloque à Toulouse en mars 2016 ;
- Robert REZENTHEL, « la nature hybride du droit portuaire et les principes et droits fondamentaux », colloque droit des transport et principes fondamentaux, revue de jurisprudence commerciale septembre /octobre 2017, n° 5
- « La déréglementation et le financement des infrastructures » actes du colloque du 06 et 07 octobre 1994 organisé par l'association marocaine des anciens élèves de l'école polytechnique ;
- « Etat, régulation et autorités indépendantes », actes du colloque international de l'amicale des ingénieurs des ponts et chaussées du Maroc, 2003 ;
- « L'économie déléguée : un modèle de développement pour les pays émergents ? » ; actes du colloque internationale ISCAE/ ESSEC, Casablanca avril 2001 ;
- « Quels partenariats public-privé dans la France de demain ? », Lignières P, dans Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ? Les entretiens de la Caisse de dépôt et de gestion, Actes des cinquièmes entretiens sur le développement des territoires organisés par la CDG le 25 septembre 2002 à Paris, Paris, La documentation française, 2003 ;

Revue :

- Mustapha BEN LETAEIF et Miguel SANCHEZ MORON, « le droit des contrats publics en Tunisie et en Espagne », centre de publication universitaire, 2012 ;
- Me. Philippe S. Hansen, « L'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public », JCP / la semaine juridique – édition administrations et collectivités territoriales n° 36. 8 Septembre 2014 ;
- Adden Avocats le blog, « Domaine public, fonds de commerce et bail commercial avant la loi ACTPE », 09/12/2014 ;
- Van CAUWENBERGHE et Robert REZENTHEL « Le transport maritime et les activités portuaires dans le contexte du droit souple », DMF N° 791 — Mai 2017 ;
- Robert REZENTHEL, « la liberté contractuelle et les activités portuaires », DMF n° 788, 1^{ER} Février 2017 ;
- Robert REZENTHEL « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », DMF N° 792 — Juin — 2017 ;
- Robert REZENTHEL « La convention de terminal portuaire et les principes de la commande publique », DMF N° 792 , Juin 2017 ;
- Robert REZENTHEL « Les usagers des ports confrontés aux forces créatrices du droit », Le Droit Maritime Français, N° 775, 8 décembre 2015 ;
- Gaëlle GUEGUEN-HALLOUET, « Les activités portuaires à l'épreuve des règles de concurrence », Droit Maritime Français - 2008 - n°690 ;
- Robert REZENTHEL, « Le régime des ports maritimes en Italie et en France » Le Droit Maritime Français, N° 773, 1er octobre 2015 ;
- Robert REZENTHEL « Nécessité d'un titre pour occuper le domaine public portuaire », Le Droit Maritime Français, N° 785, 1er novembre 2016 ;
- Benoit neveu et Maité Cano, « Choix des délégataires de service public, vers une transparence accrue », chronique du 17/03/2015 ;

- Laurent FEDI « Le cadre juridique international de l'exploitation des installations portuaires ou comment passer d'une législation atomisée spécifique à un régime universel reconnu », Droit Maritime Français 2008 ;
- Robert REZENTHEL « Le nouveau régime des ports marocains : une adaptation au monde contemporain », Droit Maritime Français - 2007 - n°681 - 05-2007 ;
- Robert REZENTHEL « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence », Droit Maritime Français - 2006 - n°675 - 11-2006 ;
- Robert REZENTHEL « Les ports et la concurrence », Droit Maritime Français - 1998 - n°586
- Robert RÉZENTHEL, « L'exploitation des terminaux portuaires face aux enjeux maritimes du 21ème siècle », Droit Maritime Français - 2007 - n°685 ;
- Robert RÉZENTHEL, « La gestion du domaine public portuaire dans une économie de marché et le droit de la concurrence »,
- Robert RÉZENTHEL, « Le droit de propriété de l'occupant du domaine public », Droit Maritime Français - 2006 - n°675 ;
- Robert RÉZENTHEL, « Concession d'outillages publics portuaires : vers une libéralisation discrète », contrats publics n° 54 avril 2006;
- Robert RÉZENTHEL, «La décentralisation et place du secteur public en matière portuaire », Bulletin juridique des collectivités locales n° 3/07 ;
- Robert REZENTHEL « La création des grands ports maritimes », droit public de l'économie septembre/octobre 2008 ;
- Robert REZENTHEL, « Une nouvelle stratégie pour le développement des 'grands ports maritimes' français », la revue Port Littoral Plaisance, novembre 2008 ;
- Robert REZENTHEL, « les sociétés portuaires et aéroportuaires et le droit communautaire », la revue Port Littoral Plaisance Juillet – Août 2006 ;
- Robert REZENTHEL, « Le rachat et le renouvellement des concessions portuaires », DMF n° 570 Avril 1997 ;
- Robert REZENTHEL, «L'avenir des ports maritimes confronté à la protection de l'environnement », DMF n° 699 janvier 2009 ;

Rapports et études :

- « Les Partenariats public-privé au Maroc : soubassement juridique d'un mode de gouvernance alternatif », Zineb Sitri, Les Études et Essais du Centre Jacques Berque N° 26 – Février 2015 (Rabat – Maroc) ;
- « Partenariats public privé portuaires dans les pays en développement : analyse, partage et gestion des risques », rapport de Institut des Sciences et des Techniques de l'Équipement et de l'Environnement pour le Développement (ISTED) ;
- « Réformes et place du secteur privé dans les ports africains », Rapport du secrétariat de la CNUCED du 31/03/2003 ;
- « Les partenariats public-privé : partager les risques et optimiser les ressources », 37^{ème} session du comité de la gouvernance publique, avril 2008 ;
- Dossier de presse « Réforme des ports », 15 janvier 2008, Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement Durables ;
- « Rapport public thématique sur Les ports français face aux mutations du transport maritime : l'urgence de l'action », Juillet 2006, la Cour des Comptes Française ;
- « La gestion déléguée des services publics locaux », Rapport de la Cour des Comptes au Maroc, octobre 2014 ;

- « Le secteur des établissements et entreprises publics au Maroc : Ancrage stratégique et gouvernance », Rapport de la Cour des Comptes au Maroc, juin 2016 ;
- « Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures, Guide pratique à l'intention des décideurs publics », Jeffrey Delmon. Rapport de la Banque Mondiale de 2012 ;
- « Rapport d'activité 2006 de la direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation » du Ministère de l'Economie et des Finances, 11 décembre 2007 ;
- Note technique, l'AFD et les collectivités locales au Maroc, août 2012, publiée sur le site www.ambafrance-ma.org;
- Banque européenne d'investissement, Étude sur les cadres juridique et financier des PPP dans les pays partenaires méditerranéens, volume 1, Une approche régionale, mars 2011 ;
- « Cohérence des Politiques Sectorielles et Accords de Libre-Echange : Fondements stratégiques pour un développement soutenu et durable », Rapport du Conseil Economique Social et Environnemental (Maroc), auto-Saisine n°16/2014 ;
- « Orientations stratégiques de l'Initiative MENA-OCDE pour 2016 et au-delà », réunion du Comité de Pilotage sur « l'Intégration régionale pour une croissance inclusive » (9 novembre 2015, Rabat, Maroc) ;
- « Le transport maritime dans l'UE: un changement de cap s'impose – des investissements en grande partie inefficaces et précaires », rapport spécial de la Cour des Comptes Européenne pour 2016 ;
- Institut de Gestion Délégée, « Analyse juridique de la directive du parlement européen et du conseil relative à l'attribution des contrats de concession », adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 11 février 2014 ;
- « La gestion des biens du domaine public », Me Marc THEWES et Me Thibault CHEVRIER, THEWES&REUTER, 2006 ;
- « MAROC: document de stratégie pays 2012-2016 », rapport de la Banque Africaine De Développement, 2012 ;
- « Réussir le statut avance II », rapport de formulation Rédigé par Ivan Paneff , Jean-Pierre Pabanel, Patrick Perego et Damien Romestant, 2012 ;
- « La concurrence dans les ports et services portuaires », direction des affaires financières et des entreprises comité de la concurrence, juin 2011 ;
- « Stratégie nationale de relance portuaire », Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, Mai 2013 ;
-

Web graphie :

1-Au Maroc :

- www.sgg.gov.ma ;
- Bladi.net ;
- Site du ministère de l'Équipement et du transport (WWW.Met.gov.ma);
- www.leconomiste.ma;
- www.artemis.ma ;
- www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/index.htm;
- www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.

2-En France :

- www.légifrance.gouv.fr ;
- www.ccomptes.fr ;
- www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/index.htm;
- www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204;
- www.espo.be, site du European Sea Port Organization ;

Articles de presse :

1-Presses Marocaine/ Maghrébine:

- « Conseil de la concurrence : des chantiers décisifs », L'économiste, édition du 25/06/2009 ;
- « Concurrence ce qui doit changer dans la loi 06-99 » L'économiste, édition du 27/04/2009 ;
- « Réforme portuaire, un an après », L'économiste, édition du 30/11/2007 ;
- « Réforme portuaire : le compte à rebours a commencé », L'économiste, édition du 18/10/2006 ;
- « Réforme portuaire : les calculs de Ghellab », Aujourd'hui le Maroc, édition du 13-10-2006 ;
- « Réforme portuaire, Ghellab maintient le cap », Tel Quel Magazine Maroc, édition n° 252/2006 ;
- « Concession et domanialité publique », Amel AOUIJ MRAD, centre de publications universitaires, 2010 ;

2-Presses française/ européenne :

- « Ports français, de réels progrès », SUPPLY CHAIN MAGAZINE n° 40, MAI 2013 ;
- « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP : quels impacts de la crise financière ? », Frédéric Marty, EPPP DP N. 2013-03 ;
- Cour de Justice de l'Union Européenne, communiqué de presse n° 77/16, Luxembourg, le 14 juillet 2016 ;
- « Contrat de concession », Etude du conseil d'Etat, fiche version n° 17, juillet 2017 ;
- « Ports français De réels progrès », Supply Chain Magazine - mai 2013, n° 74 ;
- « L'évolution des conditions de financement des contrats de PPP : quels impacts de la crise financière ? », Frédéric Marty, chaire Eppp, novembre 2013 ;
- « 50 question sur la négociation d'une délégation de service public », in le courrier des maires et des élus locaux, n° 254 Février 2012 ;

Thèses :

- « La gestion des ports par une entité publique: aspects européens et environnementaux », présentée et soutenue par Gregory Guerlet, soutenue le 25 avril 2014 ;
- « Droit et libéralisation portuaire au Maroc autour de la loi 15-02 », présentée et soutenue par MOUSSA TAOUBI, sous la direction de Alain Degage, Soutenue en 2010;
- «Le régime de gestion et d'exploitation portuaire au Maroc : étude des aspects juridiques et économiques des ports de commerce », présentée et soutenue par Nabil Najih, Sous la direction de Alain Degage et de Joëlle Pralus, Soutenue en 2008 ;
- « Les contrats internationaux de concession de service public et de partenariat public privé dans les pays en voie de développement », présentée et soutenue par Monhom Tourki, Sous la direction de Jean-Marie Rainaud, soutenue en 2007 ;

- « Les autoroutes de la mer en Méditerranée : une stratégie juridique pour un transport durable et une régulation compétitive du transport maritime », présentée et soutenue par Estelle Loyer Sous la direction de Alain PIQUEMAL, soutenue en 2015 ;
- « Aspects juridiques de la gestion et de l'exploitation portuaire au Sénégal », présentée et soutenue par Khalifa KANE sous la direction de Marin NDENDE, soutenue le 07/01/2011 ;
- « Contribution à l'étude juridique des concessions portuaires », présentée et soutenue par Séka Clément ABA, soutenue le 12/04/2013 ;
- « Le régime social français des dockers emporté par le droit commun du travail ? », présentée et soutenue par Alexandre Charbonneau, soutenue le 8 Jun 2015 ;
- « Les autoroutes de la mer », présentée et soutenue par Khanh Linh DANG, soutenue le 25 novembre 2014, sous la direction de Benjamin STECK ;
- « Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels », présentée et soutenue par Frédéric Marty et Arnaud Voisin, soutenue le 7 février 2006 .

Réglementation:

1-Réglementation marocaine :

- Loi n° 78-00 portant charte communale ;
- Loi n° 15-02 relative aux ports et portant création de l'Agence nationale des ports et de la Société d'exploitation des ports ;
- Dahir du 1^{er} juillet 1914 relatif au domaine public ;
- Dahir du 30-11-1918 relatif aux occupations temporaires du domaine public ;
- Dahir du 25-01-1997 complétant le dahir de 1918 relatif aux OTDP ;
- Dahir du 10-12-1999 complétant le dahir du 30-11-1918 relatif aux OTDP ;
- Loi n°86-12 relative aux contrats de Partenariat Public-Privé ;
- Loi n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence ;
- Lois n°20-13 relative au Conseil de la concurrence

Réglementation française :

- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (articles 38 à 41) ;
- Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques;
- Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public ;
- Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) ;
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes d'ordre économique et financier, dite loi MURCEF
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ;
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ;
- Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux Libertés et responsabilités locales ;
- Décret n° 2008-1032 du 9 octobre 2008 pris en application de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire et portant diverses dispositions en matière portuaire ;
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatif aux contrats de concession ;
- Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

3- Réglementation européenne :

- Directive 2004/17/CE du parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux du 31 mars 2004 ;
- Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à la Coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004 ;
- Directive n° 2014/23/UE du Parlement Européen Et Du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ;
- Directive n° 2006/123/CE du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ;
- Directive n° 2006/11/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.

TABLE DES MATIÈRES :

PARTIE I : Les réformes des secteurs portuaires au Maroc et en France : un impératif commandé par des considérations économiques, juridiques et organisationnelles :

Titre premier : L'état des lieux des secteurs portuaires Marocain et Français, précurseur des réformes :

Chapitre I : Les systèmes portuaires marocain et français à la veille des réformes :

Section I : Caractère public et importance stratégique des ports marocains et français:

Sous-section 1 : Caractère public de la gestion des ports marocains et français : aspects communs :

Sous-section 2 : Les particularités du caractère public des ports au Maroc et en France :

§ 1- Les ports du Maroc : une gestion publique entre centralisation et délégation :

§2- : Les ports Français et l'expérience timide de décentralisation :

Section II- Importance stratégique des ports au Maroc et en France :

Section III –Les atouts des ports Marocains et Français : un potentiel pour la création de synergie :

Chapitre II : Les ports marocains et français : des systèmes forgés par les empreintes historiques :

Section I- Les étapes franchies par les ports Marocains :

Sous-section 1 : La phase d'avant 1963 et l'intervention du protectorat

Sous-section 2 : La phase de l'indépendance :

§1 La phase précédant la création de l'ODEP :

§2- La phase de gestion de Office d'Exploitation des Ports (ODEP):

Section II- Etapes décisifs dans l'histoire des ports français :

Sous-section 1 : Statut de la manutention en France

§1- La centralisation : un mode de gestion des ports maritimes français :

A- la gestion du personnel portuaire en France

B - La lutte des syndicats pour la réforme de statut de dockers :

C- Les éléments annonciateurs du changement dans la gestion des ports maritimes :

§2- L'instauration d'un régime d'autonomie de gestion dans les ports

Sous-section 2: Une réforme portuaire globale :

Chapitre III : Le contexte économique à la veille des réformes portuaires au Maroc et en France:

Section I- La réforme portuaire au Maroc : une nécessité de survie économique

Sous-section 1 : Préparation de la réforme portuaire de 2006 :

Sous-section 2 : Les défaillances décelées :

§1- Défaillance au niveau de l'Organisation :

§2- Défaillance au niveau de la Gestion :

§3- Fragmentation du cadre Juridique en vigueur

A-Caducité de l'arsenal juridique et réglementaire

B-Vide juridique dans les modes de contrôles des autorisations et des concessions :

Sous-section 3 : Les solutions recommandées par la loi :

§1- La séparation des missions et l'unicité de la manutention :

§ 2. L'introduction de la concurrence

§3. La mise à niveau du cadre juridique et réglementaire

Section II : la réforme portuaire en France : un moyen de repositionnement économique

Sous-section 1 : Les défaillances du système portuaire français

A- Les ports autonomes : missions et statut désuets :

B-Le défaut d'unité de commandement sur les terminaux : un frein organisationnel

C-La rigidité des relations entre l'Etat et l'institution des ports autonomes

D-Les ports français et les réseaux de desserte européenne : une modeste corrélation:

Sous-section 2 : Les Principaux axes adoptées dans le cadre de la réforme :

A- Le transfert de l'outillage public au secteur privé pour améliorer la productivité portuaire :

B- Evolution des missions des ports, optimisation des dessertes

C- Un plan d'investissement à la hauteur des ambitions des acteurs portuaires :

D- Moderniser la gouvernance des ports :

Titre II : L'achèvement des réformes des secteurs portuaires Marocains et Français :

Chapitre I : La mise en œuvre des lois portant réformes portuaires au Maroc et en France :

Section I : L'organisation de la réforme des ports au Maroc :

Sous-section 1 : La séparation des missions

§1-La fonction d'autorité portuaire :

§2- Les fonctions commerciales :

§3- La fonction régaliennne :

§4-Autres fonctions :

Sous-section 2 - La mise à niveau du cadre législatif et réglementaire :

Sous-section 3 : L'unicité de la chaîne de manutention :

Section II : L'organisation portuaire en France :

Sous-section 1 : Un statut et un fonctionnement constamment renouvelés :

§ 1- Les Ports Autonomes : vers l'autonomie de gestion :

A Nature juridique et composition du Port Autonome :

B-La gestion du Port Autonome

§2-Création des Grands Ports Maritimes: rationalisation de gestion et bonne gouvernance :

§3- Les GPM et le renouveau de la gouvernance:

A) Le directoire :

B) Le Conseil de Surveillance :

C) Le Conseil de Développement :

D) le Conseil de Coordination Interportuaire et la Coopération entre les ports

E) Les Groupement d'Intérêts Publics :

F) Les autres représentants de l'Etat :

G) Le Conseil Scientifique d'Estuaire :

§ 4- Spécialité et missions du GPM :

§5- Les défis stratégiques et sociaux des ports:

A- Les projets stratégiques :

C-L'unicité de commandement :

Sous-section 2- Nouvelles règles d'exploitation de l'outillage public :

§-1- Cession de l'outillage public

§- 2 : Etat des lieux après la cession de l'outillage : une continuité des acteurs :

A- Les résultats obtenus localement :

B- Les résultats escomptés au regard des systèmes de gestion portuaire étrangers

Chapitre II : Apparition de nouvelles règles de gestion du domaine public :

Section I : Aspects réglementaires du Domaine Public portuaire :

Sous-section 1 : Le régime juridique du domaine public en droit Marocain :

§ 1 : Réglementation marocaine du DP :

§ 2 - Aspects contractuels du DP :

Sous-section 2 : Le régime du domaine public en droit Français :

§1- Fondement juridique du domaine public en France :

A- L'occupation du domaine public portuaire et le droit communautaire :

B - Le port Français et le régime de domanialité publique

§2- L'aspect contractuel du domaine public en France :

A-La « convention de terminal » remplace la « convention d'exploitation de terminal » :

B-La Conventions d'Exploitation face aux défis du partenariat :

C- Les apports de la Convention de Terminal

Sous-section 2 : Les contraintes domaniales et les droits des occupants du domaine public portuaire :

§1- les principes fondamentaux du DP :

A- Le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité :

B- Les principes d'intangibilité et d'insaisissabilité :

C- Le principe de précarité de l'OTDP

§2- Les limites des conventions d'occupation du domaine public en France et au Maroc :

§-3 Les apports des lois au Maroc et en France :

§ 4- L'évolution législative et jurisprudentielle sur l'existence de droits réels sur le Domaine Public :

Chapitre III : l'impact des réformes sur les autres domaines de l'activité portuaire :

Section I : Le renforcement de la sûreté et la sécurité aux ports :

Sous-section 1- Les implications du code ISPS :

Sous-section 2 - L'impact sur la sécurité des ports :

Section II : Les perspectives concurrentielles du secteur portuaire au Maroc et en France subséquemment aux réformes :

Sous-section 1 : Les principales règles du droit de la concurrence au Maroc :

§1- Rappel des principales dispositions de la législation sur la concurrence au Maroc :

§2- Applicabilité des règles de la libre concurrence dans l'exploitation portuaire :

Sous-section 2 : Les règles de la concurrence en France :

§-1- Fondements de la politique de la concurrence en France:

§2- La concurrence dans la loi française sous l'influence communautaire :

A-Les ports maritimes et le principe de la libre circulation imposée par l'UE

B-Activités portuaires à l'épreuve de la libre concurrence

C-dispositif français sur la concurrence : soubassement européen ?

§3- Les institutions chargées de l'application de la loi sur la concurrence :

Sous-section 3 : Les règles de la concurrence et le secteur portuaire :

§-1 : Les défis de la concurrence portuaire :

§-2- Le rôle des compagnies maritimes dans l'ouverture à la concurrence du secteur portuaire :

§3- Les applications jurisprudentielles de la loi sur la concurrence dans le domaine portuaire :

§4- Gestion du domaine public et les règles de la concurrence :

A- Le contexte du droit de la concurrence pour les ports maritimes :

B- La compétence juridictionnelle du Conseil de la Concurrence à l'égard des pratiques portuaires anticoncurrentielles :

Sous-section 3: La régulation comme corollaire de l'instauration de la concurrence dans le domaine portuaire

§ 1- Paramètre de la régulation des services publics :

A- Les objectifs de la régulation :

A-Les fonctions de la régulation :

§2- Les défis institutionnels de la régulation :

A- Polémique autour des institutions de la régulation :

B- Vers des organes de régulation indépendants :

§- 3- Les finalités et formes de la régulation :

A- Principes généraux et portée de la régulation portuaire :

B-L'organisation autour des contrats :

Section III : Le nouveau rôle de l'autorité portuaire :

§-1- Les enjeux du commerce maritime, première contrainte pour les autorités portuaires :

§-2- Vers un modèle européen de l'autorité portuaire

§-3 - La participation de l'autorité portuaire au capital des opérateurs :

§4- Les missions des autorités portuaires en France :

Section IV : Importance de la contrainte environnementale dans la gestion portuaire :

Sous-section 1- Les ports : facteur de protection ou cause de dégradation du milieu marin :

§-1 - La contribution des ports à la protection des espaces marins :

§-2- Les dégradations dues à l'aménagement et l'exploitation des ports sur le milieu marin :

§-3- La difficile conciliation entre intérêts portuaires et environnementaux :

§-4- L'importance de la donnée environnementale dans l'entreprise citoyenne : expérience de l'exploitant portuaire au Maroc

A- Les aspects réglementaires de la protection de l'environnement :

B- Les aspects opérationnels de la protection de l'environnement :

Chapitre IV : Emergence de nouvelles Stratégies portuaires subséquentes aux réformes portuaires en France et au Maroc :

Section I : La stratégie portuaire Française :

Sous-section 1- Les axes de la stratégie portuaire Française :

§-1 – Les objectifs de la stratégie portuaire Française :

A-Objectifs provenant de la Politique Maritime Intégrée :

B-Objectifs découlant de la stratégie interne :

§-2- Les actions prioritaires de la stratégie française :

A- L'industrialisation des espaces portuaires:

B- L'aménagement des aires portuaires :

Sous-section 2 - La stratégie portuaire au Maroc à l'horizon 2030

§-1- La vision du secteur portuaire marocain :

§2- Les objectifs stratégiques des ports marocains :
§3- L'investissement au titre de la période 2012-2030
Conclusion de la première partie.

Deuxième partie

Les montages contractuels des Partenariats Privés-Publics portuaires au Maroc et en France : Vers une richesse juridique vecteur de l'émergence économique :

Titre I : Les PPP : un modèle contractuel promoteur de l'émergence économique :

Chapitre I : Le commencement des PPP au Maroc et en France

Section I : Le cadre juridique des partenariats public-privé au Maroc et en France :

§1- A la recherche d'une efficacité juridique des contrats PPP :

§2- Les PPP : des contrats classiques aux montages contractuels :

§3- La qualification du contrat :

Section II : Les restrictions à la liberté contractuelle :

Chapitre II : Genèse et formes des partenariats public-privé au Maroc et en France :

Section I- PPP : signification du concept et cas de recours au montage contractuel :

§1- Les PPP : une variété de formules:

§2- Les arguments en faveur du Partenariat Public-Privé :

A- Une gestion des entités étatiques selon les critères de l'entreprise privée :

B- Optimisation des ressources et transfert des risques :

Section II : Origine et contexte des PPP au Maroc :

§1- L'évolution du cadre réglementaire :

§2- Enjeux et perspectives d'avenir:

Section III : Les PPP en France : un héritage du droit public Français et une inspiration de la pratique britannique :

Sous-section 1 : Genèse des PPP en France

A- Les contrats administratifs classiques :

B- Les contrats dérogatoires :

Sous-section 2 : L'introduction du partenariat public privé dans la tradition juridique Française:

§1- Les diverses conceptions du partenariat public privé :

A- Les PPP en France : une consécration juridique de la tradition

B- L'évolution des contrats de partenariat : émergence de contrats spécifiques :

C- Les limites apportées par le Conseil constitutionnel : le risque de la corruption.

§2- La concrétisation via l'ordonnance du 17 juin 2004 :

§3- Les implications communautaire et du droit comparé européen des PPP :

A- Les PPP en droit communautaire :

B - Les PPP en France et l'influence des pays européens :

Section IV : Caractéristiques juridiques et économiques des contrats de partenariat public privé :

§1- Le Partenariat public privé, un procédé de plus en plus contractuel :

A- Les prérogatives du partenaire public dans le contrat PPP :

B- Le PPP : Un régime contractuel controversé :

§2 - Le Partenariat public privé : un procédé à risques intrinsèques :

A-Les risques financiers liés aux montages en PP :

B- Les risques liés à la durée des contrats :

Chapitre II : Le parcours des Partenariats Privé-Public :

Section I : Les étendues du déploiement et les difficultés des PPP :

§2 - L'approche budgétaire des partenariats public-privé :

A-La gestion de la contrainte budgétaire :

B-Le traitement des partenariats public-privé dans les comptes publics :

§3- L'intérêt microéconomique des PPP : la réduction des incertitudes de coût

§4- Le contexte financier favorable à la promotion des PPP:

A- La phase précédant la crise de 2008 :

B-La nouvelle donne financière fruit de la crise de 2008 :

C-Le cas particulier du Maroc :

Chapitre III Les PPP : des organismes privés gérant un service public :

Section I - L'évolution de la qualification du service public en France et au Maroc :

Sous-section 1- Le régime actuel du service public en droit interne Marocain et Français :

§1- La position jurisprudentielle :

§2- L'impact de la notion de « service économique d'intérêt général » du droit communautaire en France

Sous-section 2- Le service public et sa compatibilité avec le droit de la concurrence :

§1- L'application du droit de la concurrence aux personnes assurant une mission de service public :

§2 - Les limites au droit de la concurrence des activités de service public

Section II : Les PPP portuaires et les défis du service public et de l'intérêt général :

Sous-section 1 : Les défis du service public

§1 : Le régime juridique du service public :

§2- Le recours d'une Entreprise Publique portuaire au contrat de PPP : cas de la Société d'Exploitation des Ports :

§3- Le régime juridique et financier du Partenariat Public-Privé

Sous-section 2 - Les entreprises publiques revêtues d'une mission de service public avec soumission au droit de la concurrence :

§1- Le principe de sujétion des entreprises publiques au droit de la concurrence :

A- Le principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence :

B- Les conséquences des sujétions des Entreprises Publiques au droit de la concurrence :

C- Les exceptions au principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence :

§2- Les entreprises publiques et le bénéfice du droit de la concurrence :

A- L'égalité de concurrence au profit des entreprises publiques :

B- Le droit de la concurrence « favorise » les entreprises publiques :

Titre II : La gestion contractuelle des PPP : concession, gestion déléguée et contrat de partenariat :

Chapitre I : Les délégations des services publics : forme privilégiée de gestion de services publics au Maroc et en France :

Section I : Délégation de service public : notion ambiguë

Section II : La DSP entre incertitudes de la notion et garanties juridiques :

Sous-section 1 : Clarification de la de DSP sur fonds d'affaiblissement

§1- Les critères de qualification d'une DSP :

§2- La DSP : un mode de gestion du service public fragilisé

A- Une recrudescence du recours à la formule de gestion déléguée :

B- La DSP en France : un processus juridique modernisé par la loi SAPIN :

Sous-section 2 : La DSP un modèle affaibli par les changements du droit interne et communautaire :

§1- Les indicateurs de reconnaissance et de qualification des contrats DSP :

§2- Une facilité de saisine de la justice :

§3- Une défektivité du suivi, impactant les enjeux financiers des délégations :

Section III : La concession comme mode privilégié d'intervention du secteur privé dans la gestion des ports :

Sous-section 1 : L'intervention du secteur privé dans la gestion des services publics via le contrat de concession :

§-1 : Régime Juridique du contrat de concession portuaire :

A- Le contexte juridique des contrats de concession :

B- La nature juridique du contrat de concession :

C- La concession et les autres contrats publics :

D-Droit applicable et cadre juridique des concessions :

E- Critères de qualification de la concession en droit de l'Union Européenne :

F- La concession en droit interne marocain et français

§-2- : L'octroi des concessions : le cadre procédural :

A-L'organisation des concessions :

B- Les types de contrats de concession :

Sous-section 2 : Lecture des principales clauses contractuelles des documents de concession portuaire :

§1- Sécurité juridique et efficacité des contrats publics

A-L'équilibre contractuel : otage de la sécurité juridique

B- La sécurité juridique déjouée lors du rétablissement de l'équilibre contractuel :

§2- : Les clauses relatives à l'exécution du contrat de concession

A - Objet et périmètre de la concession :

B- La formation de la convention de concession:

§2- Régime juridique des biens de la concession :

§3- Régime de responsabilité et d'assurances :

§4 - Relations entre les parties au contrat de concession:

A-La place des cocontractants dans la convention de concession :

B) Les rapports juridiques entre les parties :

§5- Durée et prorogation de la concession : pivot de l'économie du contrat

B) Prorogation de la durée de la concession:

Sous-section 3 : Clauses relatives à la fin de la concession :

§-1 Rachat et retrait de la concession:

A- Le rachat des concessions et l'intérêt général :

A- Le renouvellement des concessions et l'intérêt général :

§-2-Clauses relatives à la fin anticipée de la concession

A-La résiliation de la convention de concession :

B-La déchéance du concessionnaire :

A-La substitution du concessionnaire:

§3-: Le régime financier de la concession :

A- Les dispositions financières d'ordre général :

B – Les clauses relatives aux Redevances, à la rémunération du concessionnaire et aux droits de ports :

C- Dispositions comptables et fiscales de la convention de concession :

Sous-section 3 : La spécificité des entreprises portuaires en leur qualité de concessionnaires:

§-1 : Les aspects spécifiques du partenariat dans le secteur portuaire :

A-Un partenariat vertical avec l'autorité concédante :

B- Un partenariat « horizontal » avec des acteurs multiples :

C-L'engagement de l'entreprise portuaire concessionnaire se décline sur le long terme :

§ 2- L'entreprise portuaire et la gestion des risques :

Chapitre II : Le contrat de partenariat : le renouveau des PPP :

Section I- Le régime juridique des contrats de partenariat :

§1- Les raisons d'instaurations des contrats de partenariat :

A-Les spécificités du contrat de partenariat :

B-Les parties au contrat de partenariat :

§2- La procédure de passation du contrat de partenariat :

A- L'évaluation préalable :

B-Le dialogue compétitif :

C- L'offre spontanée :

D- La procédure d'appel d'offres :

E- La procédure négociée :

§3- La construction contractuelle du contrat de PPP :

Section 2 : Les principales dispositions de la loi Marocaine sur les contrats PPP et ses apports :

§1- Présentation de la loi sur les PPP

§2- Spécificité du contrat de PPP comparé aux autres contrats assimilés

Section III - Les difficultés de mise en œuvre des contrats de partenariat au vu de l'expérience Française :

§ 1– Les difficultés liées au partenaire public :

§ 2– Les difficultés imputées aux partenaires privés :

Conclusion Générale

Bibliographie

Table des matières

Thèse de Doctorat

Résumé

La libéralisation d'un secteur économique quelconque consiste à faire passer dans le champ de l'économie de marché des activités qui étaient, auparavant, exercées par l'Etat ou par un monopole public. Il s'agit d'associer le secteur privé dans la gestion des activités publiques d'intérêt général. Dans ce contexte, la privatisation a cédé la place, ces dernières années, à un autre procédé de libéralisation de l'économie qu'on appelle communément « Partenariat Public Privé », visant à confier à une entité privée la gestion du service public.

Pour ce qui est du domaine portuaire, l'introduction de la gestion privée dans les ports est, depuis quelques années, une tendance dans les pays en développement ou même dans les pays développés. Elle concerne, principalement, les missions de manutention et stockage des marchandises transitant par le port ainsi que le financement et la mise en œuvre des infrastructures et équipements nécessaires à ses opérations. Cette tendance implique la mise en place d'un partenariat complexe et aux dimensions multiples entre une autorité portuaire, souvent publique, et l'entreprise de manutention gestionnaire d'un ou plusieurs terminaux portuaires.

Les mutations qu'ont connues les secteurs portuaires marocain et français à travers les réformes menées par leurs pouvoirs publics (par le biais de la loi 15-02 pour le MAROC et par la loi du 4 juillet 2008 en France) se sont faites sur des bases juridiques et réglementaires différentes certes (au MAROC, contrairement à la France, la délégation de service public est embryonnaire), mais la finalité demeure la même et les contraintes semblables.

L'importance du secteur portuaire et sa participation dans l'économie est indéniable pour les deux pays. Le Maroc, situé à 15 km de l'Europe, il est l'entrée principale de l'Afrique vers le nord. Sa situation géographique lui donne une importance économique ; donnant sur deux façades maritimes : méditerranéenne et Atlantique, la plupart des échanges commerciaux passe par lui, et avec le nouveau port de TANGER-MED, cela lui donne un autre avantage.

La France, pour sa part, bénéficie d'atouts géographiques inestimables pour devenir, avec ses trois façades maritimes, l'une des principales portes d'entrée en Europe des marchandises transportées par les lignes régulières des grands armements maritimes.

Mots clés

- Partenariat Public Privé, concurrence, régulation, domaine public, concession portuaire, règles communautaires, droit comparé.

Abstract

The liberalization of any economic sector is to move in the market economy of scope of activities that were previously performed by the state or by a public monopoly. This is to involve the private sector in the management of public activities of general interest. In this context, privatization has given way in recent years, with another method for economic liberalization is commonly called "Public Private Partnership" to entrust to a private entity managing the public service. Regarding the port area, the introduction of private management in ports is, in recent years, a trend in developing countries and even in developed countries. It relates mainly missions handling and storage goods through the port as well as the financing and implementation of infrastructure and equipment necessary for its operations. This trend involves the establishment of a complex and multidimensional partnership between a port authority, often public, and the company handling manager of one or more port terminals.

The changes experienced by the Moroccan and French port sector through the reforms carried out by their governments (through the 15-02 law MOROCCO and by the law of 4 July 2008 in France) were made on different legal and regulatory bases certainly (in MOROCCO, unlike France, the public service delegation is embryonic), but the purpose remains the same and similar constraints. The importance of the port sector and its participation in the economy is undeniable for both countries. Morocco, located 15 km from Europe, it is Africa's main entrance to the north. Its location gives it an economic significance; overlooking two seabords: Mediterranean and Atlantic, most trade passes through it, and with the new port of Tangier-Med, this gives it another advantage.

France, for its part, has become invaluable for geographical advantages, with its three coastlines, one of the main gateways into Europe for goods transported by regular lines of major shipping companies.

Key Words :

- Public Private Partnership, competition, regulation, public domain, port concession, Community rules, comparative law.