

## LA FOURNITURE DE SERVICES PORTUAIRES ET LA TRANSPARENCE FINANCIÈRE DES AUTORITÉS PORTUAIRES

**Laurent FEDI**  
Docteur en droit  
Professeur associé KEDGE BS

**Robert RÉZENTHEL**  
Docteur en droit  
Avocat au barreau de Montpellier

Le secteur portuaire est complexe et compétitif, il n'existe pas de statut uniforme des établissements portuaires ni en France, ni au sein de l'Union Européenne (UE). Ce constat peut paraître singulier considérant les 1200 ports européens qui accomplissent un rôle fondamental dans l'économie de l'Union. Ces ports représentent en effet plus de 70 % des importations et exportations de marchandises et près de 40 % des échanges entre les États membres<sup>1</sup>. Après deux tentatives infructueuses au début des années 2000<sup>2</sup>, un texte a été enfin adopté en vue d'harmoniser les règles pour la fourniture de services portuaires et renforcer la transparence financière des autorités portuaires. Il s'agit du règlement n° 2017-352 du 15 février 2017<sup>3</sup>. Ce nouvel instrument de la politique européenne vise à éliminer la concurrence déloyale et à améliorer l'efficacité commerciale des principaux ports maritimes européens qui doivent perpétuellement s'adapter à de nouvelles exigences telles que l'augmentation de la taille des navires, la réduction de l'empreinte environnementale ou le besoin grandissant de services à valeur ajoutée au sein de la zone portuaire. Sur le principe, on peut être satisfait du franchissement de cette étape, cependant son champ d'application est limité, car l'article 10 du règlement précise que ses dispositions relatives à l'organisation des services portuaires ne s'appliquent pas à la manutention des marchandises, ni aux services "passagers", ni au pilotage. Par ailleurs, la fiscalité des activités portuaires bien que facteur de concurrence, n'est pas prise en compte par le nouveau règlement et aucun texte de droit de l'UE – n'apporte de solutions communes en la matière. Il convient d'ajouter que certains concepts ne font l'objet d'aucune harmonisation entre les États membres, comme celle de "service public".

Le cadre juridique de la gestion portuaire en France est distinct de celui que dessine la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le Conseil d'État vient encore de rappeler que la gestion portuaire relève du service public<sup>4</sup>, concept peu répandu en droit européen.

Comment peut-on envisager l'application dans les ports français des dispositions du règlement n° 2017-352 du 15 février 2017 sur la fourniture de services portuaires et des règles communes à la transparence financière des ports au regard de notre droit positif et de la jurisprudence ? Le contexte de la concurrence pour les services portuaires **(I)**, les conditions de fourniture des services portuaires **(II)**, ainsi que la transparence et l'autonomie des autorités portuaires **(III)** retiendront principalement notre attention.

---

<sup>1</sup> Communication de la Commission : « Les ports : un moteur pour la croissance », COM(2013) 295 final, Bruxelles 23 mai 2013, 15 pages.

<sup>2</sup> En 2001 et 2004. Cf. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, COM(2001)0035 final, JOCE n° 154 E du 29 mai 2001 p. 290-296 et Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès au marché des services portuaires, COM(2004)0654 final, Bruxelles, 10 octobre 2004.

<sup>3</sup> Règlement (UE) 2017/352 du Parlement européen et du Conseil du 15 février 2017 établissant un cadre pour la fourniture de services portuaires et des règles communes relatives à la transparence financière des ports, JOUE L 57/1 du 3 mars 2017, p. 1-18.

<sup>4</sup> CE 14 février 2017, société Sea Invest Bordeaux, req n° 405157.

## I - Le contexte de la concurrence pour les services portuaires

S'agissant du champ d'application du règlement, il s'applique à tous les ports maritimes du réseau transeuropéen de transport énumérés à l'annexe II du règlement (UE) n° 1315/2013 du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport (RTE-T)<sup>5</sup>, c'est-à-dire qu'il ne s'applique pas à des ports fluviaux importants, mais seule l'exclusion du champ d'application des ports situés dans les régions ultrapériphériques donne lieu à une notification de la décision à la Commission.

Le règlement définit le port maritime comme étant : « *une zone de terre ferme et d'eau constituée d'infrastructures et d'équipements permettant essentiellement, l'accueil des bateaux, leur chargement et leur déchargement, le stockage de marchandises, la réception et la livraison de ces marchandises et l'embarquement et leur débarquement de passagers, de membres d'équipage et d'autres personnes, ainsi que toute autre infrastructure dont les transporteurs ont besoin dans la zone portuaire* ». Cette définition présente une portée juridique limitée et doit être complétée par celle résultant de l'article 1er de la Convention de Genève du 9 décembre 1923 portant statut international des ports maritimes. Selon ce texte : « *Sont considérés comme ports maritimes, au sens du présent statut, les ports fréquentés normalement par les navires de mer et servant au commerce extérieur* »<sup>6</sup>. C'est-à-dire que des ports comme ceux de Rouen, Nantes, Bordeaux, bien qu'implantés essentiellement sur un fleuve sont des ports maritimes en raison de la nature du trafic qu'ils accueillent.

Tous les services portuaires ne sont pas soumis au règlement n° 2017-352 du 15 février 2017, c'est le cas des autorisations d'occupation du domaine public portuaire, lesquelles n'entrent pas non plus en principe dans le champ de la directive n° 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (point 15 du préambule)<sup>7</sup>.

Les services visés par l'article 2 du règlement sont de nature économique. Selon la jurisprudence de la Cour de justice, « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »<sup>8</sup>. L'existence d'une rémunération contre un service permet de qualifier celui-ci d'activité économique<sup>9</sup>.

Par ailleurs, doit être qualifiée d'entreprise<sup>10</sup> toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement. La jurisprudence exclut toutefois des activités économiques celles qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>11</sup>. Pourtant, il a cependant été jugé<sup>12</sup> par la Cour de justice que l'exploitation d'un aéroport donnant lieu au paiement de taxes constituait une activité économique.

Les ports maritimes sont des entreprises qui exercent toutefois des prérogatives de puissance publique dans le cadre de la gestion du domaine public, de l'aménagement des infrastructures et de l'exercice de la police. La Cour de cassation a qualifié les ports maritimes autonomes d'établissements publics à caractère industriel

---

<sup>5</sup> Règlement (UE) n° 1315/2013 du 11 décembre 2013 sur les orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport et abrogeant la décision n° 661/2010/UE, JOUE L 348 du 20 décembre 2013, p. 1–128.

<sup>6</sup> JO du 11 décembre 1932, p. 9946. S.D.N., *Rec. des traités*, t. 28.

<sup>7</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE L 94 du 28 mars 2014, p. 1–64.

<sup>8</sup> CJCE 1er juillet 2008, MOTOE, aff n° C-49/07, Rec. p. I-4863 point 21.

<sup>9</sup> CJUE 19 décembre 2012, Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH, aff n° C-288/11 P.

<sup>10</sup> CJCE 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, ainsi que du 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 17.

<sup>11</sup> CJUE 2 juillet 2012, Compass-Datenbank, C-138/11, point 36 ; CJUE 12 décembre 2013, Ministero dello Sviluppo economico, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, aff n° C-327/12 point 40.

<sup>12</sup> CJUE 19 décembre 2012, Mitteldeutsche Flughafen AG, Flughafen Leipzig-Halle GmbH, aff n° C-288/11 P point 40.

et commercial<sup>13</sup>. Au regard de la loi portant réforme portuaire du 4 juillet 2008, les grands ports maritimes qui leur ont succédé ont le statut d'établissement public de l'État<sup>14</sup>.

A présent, les activités de pilotage<sup>15</sup>, remorquage<sup>16</sup> et lamanage<sup>17</sup> sont soumises à un agrément administratif préalable qui s'analyse comme une mesure de police. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé<sup>18</sup> que le lamanage constituait un service d'intérêt économique général et même un service universel, tandis que la jurisprudence administrative qualifie le remorquage<sup>19</sup> et le pilotage portuaire<sup>20</sup> de missions de service public. Ces trois activités ont un caractère industriel et commercial et n'échappent pas au droit de la concurrence. C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence s'est estimée compétente<sup>21</sup> pour examiner une plainte contre des pratiques prétendument anti-concurrentielles de la part d'une autorité portuaire et d'une société de remorquage.

Les « services passagers » sont définis par l'article 2 du règlement n° 2017-352 comme se rapportant à : « l'organisation et la prise en charge des passagers, de leurs bagages et de leurs véhicules, entre le bateau transporteur et la terre, y compris le traitement des données à caractère personnel et le transport des passagers à l'intérieur du terminal passagers concerné ». Pour que cette activité soit qualifiée de service public, il y a lieu d'apprécier l'implication de l'autorité portuaire dans son organisation et son contrôle<sup>22</sup>.

La manutention portuaire a été longtemps considérée comme un élément du service public<sup>23</sup>, mais cette jurisprudence a été adoptée à la fin de la seconde guerre mondiale, à une époque au cours de laquelle les opérations de ravitaillement étaient vitales pour la population. Au fil du temps, en l'absence d'organisation et de contrôle étroit par l'autorité administrative, cette activité n'avait qu'un caractère industriel et commercial. C'est ainsi que le Conseil d'État estime aujourd'hui que la manutention portuaire ne constitue pas une mission de service public<sup>24</sup>.

---

13 Cass. 1ère ch. Civ. 13 janvier 1982, M. Vingtrois e.a. c/ Port autonome de Rouen, arrêt n° 47 ; Cass. 1ère ch. Civ. 31 mai 1989, syndicat des manutentionnaires et employeurs de main d'œuvre du port de Rouen e.a. c/ Port autonome de Rouen, arrêt n° 805 D, *DMF* 1990 p. 374 note R. Rézenthel ; Cass. 1ère ch civ. 6 octobre 1993, Port Autonome de Rouen c/ syndicat des manutentionnaires et employeurs de main d'œuvre du port de Rouen e.a., arrêt n° 1169 D.

14 Loi n°2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, JORF du 5 juillet 2008, p. 10817. R. Rézenthel : « Une nouvelle stratégie pour le développement des grands ports maritimes français », *DMF* 2008 n°643 p. 943 et n° 698, p. 1060 du même auteur : « La création des grands ports maritimes », *RFDA* 2008, p. 969.

15 Selon l'article L 5341-1 du code des transports : « *Le pilotage consiste dans l'assistance donnée aux capitaines, par un personnel commissionné par l'Etat, pour la conduite des navires à l'entrée et à la sortie des ports, dans les ports et dans les eaux maritimes des estuaires, cours d'eau et canaux mentionnées à l'article L 5000-1* ». La licence de patron-pilote est délivrée par le préfet du département à l'issue d'un examen devant un jury. L'autorité administrative détermine les stations de pilotage (art. L 5341-10 du code des transports) et prend un règlement particulier pour chacune d'entre elles.

16 Art. D 5342-1 du code des transports.

17 Art. D 5342-2 du code des transports.

18 CJCE 18 juin 1998, Corsica Ferries France SA c/ Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl e.a., aff. n° C-266/96, Rec. p. I-3949, *DMF* 1998 p. 859 note P. Bonassies.

19 CE 21 mai 2008, société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH), req n° 291115.

20 CE Sect 2 juin 1972, Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes, req n° 78410, AJDA 1972 p. 646 concl. M. Rougevin-Baville, Rec. p. 407.

21 Décision du Conseil de la concurrence n° 08-D-18 du 30 juillet 2008 relative aux activités de remorquage par le port autonome du Havre et la société nouvelle de remorquage du Havre (SNRH).

22 CE sect. 6 avril 2007 – commune d'Aix-en-Provence – req. n° 284736.

23 CE sect. 5 mai 1944, compagnie maritime de l'Afrique Orientale, Rec p. 129.

24 Avis CE section des travaux publics 14 avril 2009 ; CE 14 février 2017, grand port maritime de Bordeaux et société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA), req n° 405157.

La collecte des déchets d'exploitation des navires et des résidus de cargaison doit être qualifiée de mission de service public à caractère industriel et commercial<sup>25</sup>. L'opérateur qui exerce cette activité ne bénéficie pas de prérogatives de puissance publique.

L'exercice de telles prérogatives pour exécuter les missions de service public constitue un critère déterminant permettant d'exclure l'application du droit européen de la concurrence, et pour écarter la compétence de l'Autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires pour statuer sur les litiges. Selon la Cour de justice : « ne présentent pas de caractère économique, justifiant l'application des règles de concurrence prévues par le traité de fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), les activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique »<sup>26</sup>. En outre, un sujet de droit, et notamment une entité publique, peut être considéré comme une entreprise uniquement en ce qui concerne une partie de ses activités, si les activités correspondant à celle-ci doivent être qualifiées d'activités économiques<sup>27</sup>.

En effet, dans la mesure où une entité publique exerce une activité économique qui peut être dissociée de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, cette entité, pour ce qui est de cette activité, agit en tant qu'entreprise, tandis que, si ladite activité économique est indissociable de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, l'ensemble des activités exercées par ladite entité demeurent des activités se rattachant à l'exercice de ces prérogatives<sup>28</sup>.

L'exploitation de l'outillage public par l'autorité portuaire propriétaire des installations constitue une mission de service public à caractère industriel et commercial<sup>29</sup> juridiquement dissociable du statut de la personne de droit public qui en assure la gestion. Cette activité de manutention entre dans le champ du règlement n° 2017-352, contrairement à l'octroi des concessions d'outillage public qui est soumis aux principes de la commande publique<sup>30</sup>.

## II - Les conditions de fourniture de services portuaires

Conformément à la conception européenne d'un marché libre de toutes entraves, le règlement 2017/352 consacre expressément la liberté de prestation des services dans les ports. Les articles 3 à 10 de ce texte portent sur la fourniture de services portuaires, toutefois ils ne s'appliquent pas à la manutention des marchandises, aux "services passagers" ni au pilotage.

Les dispositions du règlement n'ont pas toutes un caractère impératif, c'est ainsi qu'au titre de l'organisation des services portuaires l'article 3 dispose que « l'accès au marché de la fourniture de services portuaires dans les ports maritimes peut [...] être soumis à : des exigences minimales, à une limitation du nombre de prestataires, à des obligations de service public et à des restrictions applicables aux exploitants externes ».

L'alinéa 3 de l'article 3 du règlement résume la doctrine que les États membres doivent appliquer : « Les conditions d'accès aux infrastructures, installations et équipements du port sont équitables, raisonnables et non discriminatoires ». Cette disposition vient compléter la théorie des facilités essentielles<sup>31</sup>.

---

25 CE 25 juin 2003, communauté de communes de Chartreuse - Guiers, req n° 240411.

26 CJCE 11 juillet 1985, Commission/Allemagne, 107/84, Rec. p. 2655, points 14 et 15; CJCE 19 janvier 1994, SAT Flugesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, point 30.

27 CJCE 1<sup>er</sup> juillet 2008, MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863 point 25 ; CJCE 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, point 74.

28 CJCE 26 mars 2009, SELEX Sistemi Integrati c/ Commission, aff n° C-113/07 P, Rec p.I-2207 point 72 et suiv.

29 CE 26 juin 1974, Port autonome de Marseille, req n° 85687 ; CE 24 juillet 1987, société Carfos, req n° 69566 et 69577 ; CE 20 décembre 2000, C.C.I du Var, req n° 217639.

30 Le principe de libre accès à la commande publique a une valeur constitutionnelle (CE 23 décembre 2016, M. E... G... et M. F... D..., req n° 397096).

31 La théorie des facilités essentielles consiste à permettre l'accès des opérateurs à des ouvrages d'infrastructure, et à ne pas leur refuser ce droit, dès lors qu'aucun motif impérieux d'intérêt général ne le justifie et que la demande est

Le principe de cette théorie est formulé comme suit par la Cour de justice : « *pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs... pour pouvoir admettre l'existence d'obstacles de nature économique, il doit à tout le moins être établi que la création de ces produits ou services n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant* »<sup>32</sup>.

Le règlement n° 2017-352 est un texte de compromis entre les États membres de l'UE, c'est le constat que l'on peut faire à la lecture de certaines dispositions. Ainsi, selon l'article 4 - 1 du texte : « Le gestionnaire du port ou l'autorité compétente peut exiger que les prestataires de services portuaires, y compris les sous-traitants respectent des exigences minimales pour la fourniture du service portuaire correspondant... ». Ces exigences sont donc facultatives en totalité ou en partie et le gestionnaire portuaire garde ainsi une liberté décisionnelle dans l'organisation de la délivrance des services.

Ces exigences peuvent porter sur les qualifications professionnelles du prestataire, sa capacité financière, l'équipement adapté pour répondre aux demandes de prestations, la disponibilité permanente du service portuaire à tous les postes d'amarrage. Il faut ajouter le respect des exigences en matière de sécurité maritime, de sécurité et de sûreté du port ou de ses accès, des contraintes environnementales, ainsi que des obligations découlant du droit social et du droit du travail.

Ces prescriptions doivent se concilier avec les libertés fondamentales [circulation des marchandises, des travailleurs, des capitaux et liberté d'établissement] consacrées par le TFUE ~~traité UE~~. En effet, toute restriction significative à l'une ou plusieurs de ces libertés doit être motivée par une raison impérieuse d'intérêt général<sup>33</sup>, et en particulier pour « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* »<sup>34</sup>. Encore faut-il que la dérogation à une liberté fondamentale soit proportionnée à l'objectif à atteindre<sup>35</sup>.

En raison de la connaissance des particularités nautiques locales, le règlement ne s'oppose pas à l'existence d'une préférence nationale pour le pavillon de remorqueurs ou d'embarcations de lamanage sous condition de notification préalable à la Commission.

Lorsque des exigences minimales sont imposées aux opérateurs chargés des prestations énumérées à l'article 1-1 du règlement, il appartient à l'État membre de veiller à ce que les informations soient aisément accessibles dans des conditions transparentes et non discriminatoires. Ces critères, ainsi que ceux d'objectivité et de proportionnalité, s'imposent dans l'attitude de l'autorité portuaire à l'égard des opérateurs économiques.

---

techniquement réalisable. Le refus de l'autorité portuaire est parfois fondé sur la protection commerciale des opérateurs en place. Une telle mesure est contraire à l'art. 82 CE (art. 102 TFUE) et constitue un abus de position dominante (*Décis. com.* n° 94/19/CEE du 21 décembre 1993 concernant l'accès au port de Holyhead (R.U.) et n° 94.119/CE du 21 décembre 1993 concernant l'accès au port de Rødby (Danemark)).

32 CJCE 29 avril 2004, IMS Health, aff n° C-418/01, Rec p. I-5039 point 28.

33 CJUE 8 septembre 2016, Domenico Politano, aff n° C-225/15 point 43.

34 CJCE 24 novembre 2005, Georg Schawrz aff. n° C-366/04 point 33 et CJUE 28 janvier 2016, Rosanna Laezza, aff n° C-375/14 point 31.

35 CJUE 17 mars 2011, Naftiliaki Etaireia Thasou AE, aff n° C-128/10 et C-129/10 point 54.

Tout refus opposé par un gestionnaire du port à un opérateur de fournir des services portuaires doit être motivé au regard des exigences minimales imposées. Pour les ports français, le Conseil d'État a jugé<sup>36</sup> que le gestionnaire du domaine public n'est jamais tenu d'accorder des autorisations d'occupation privatives dudit domaine. Toutefois, une décision de refus doit être motivée afin d'en vérifier le bien-fondé<sup>37</sup>.

La possibilité de limiter le nombre de prestataires notamment en raison de la « rareté » ou de l'affectation réservée des terres ou de l'espace navigable est un critère difficile à appréhender. En effet, les grands ports maritimes possèdent un patrimoine immobilier de plusieurs milliers d'hectares, mais s'agissant de l'attribution des terminaux, il semble qu'ils puissent évoquer rapidement le critère de rareté qui n'est pas clairement défini par la jurisprudence<sup>38</sup>. Il donne lieu à une appréciation subjective<sup>39</sup>.

Parmi les prescriptions facultatives pour les gestionnaires de ports, il y a la possibilité d'imposer des obligations de service public. Reprenant le droit dérivé appliqué par la jurisprudence de la Cour de justice, le règlement n° 2017-352 définit l'obligation de service public comme « *une exigence définie ou déterminée afin de garantir la fourniture des services portuaires ou des activités d'intérêt général qu'un exploitant, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assurerait pas ou n'assurerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions* »<sup>40</sup>.

Parmi les obligations de service public qui peuvent être imposées au cabotage maritime<sup>41</sup>, il y a les ports à desservir, la régularité, la continuité, la fréquence, la capacité à prester le service, le niveau des tarifs proposés. On peut ajouter à ces exigences la fixation des créneaux horaires<sup>42</sup>, la qualité du service et la sécurité d'approvisionnement<sup>43</sup>.

L'existence d'obligations de service public n'exclut pas le respect des règles de concurrence, sauf s'il existe des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>44</sup> et qu'elles répondent de manière proportionnée aux objectifs poursuivis.

On observe que selon l'article 6-1-b et c du règlement, l'absence d'une limitation du nombre de prestataires de services portuaires fait obstacle à l'exécution des obligations de service public, et à la nécessité d'exécuter des opérations portuaires sûres, sécurisées ou durables sur le plan environnemental. C'est le principe de libre concurrence qui s'applique sous réserve toutefois qu'elle soit loyale.

Le règlement envisage que les services portuaires qu'il vise peuvent être fournis par le gestionnaire du port ou par une entité juridiquement distincte sur laquelle il exerce un degré de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, c'est la situation des prestations « in house ». Le gestionnaire portuaire est alors qualifié d'« exploitant interne » au regard du nouveau texte. C'est-à-dire selon la Cour de justice que : « *l'appel à la concurrence, conformément aux directives relatives à la passation des marchés publics, n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque deux conditions sont remplies. D'une part, l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, doit exercer sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services*

---

36 CE 23 mai 2012, R.A.T.P, req n° 348909.

37 CE 20 mars 1996, Jean-Louis Y..., req n° 121601.

38 CJUE 14 juillet 2016, Promoimpresa, aff n° C-458/14 et C-67/15, concl. M Maciej Szpunar du 25 février 2016.

39 A propos des fréquences disponibles (CE 29 décembre 2014, SARL Media Bonheur, req n° 361609) ; ou de la rareté de l'offre foncière (CE 16 janvier 2013, M. B... A..., req n° 361266 ; CE 22 mai 1987, M. Albert X..., req n° 49744).

40 Règlement (UE) n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, JOCE L 315 du 3.12.2007, p. 1–13 ; CJUE 27 décembre 2010, Yellow cab?, aff n° C-338/09.

41 CJCE 20 février 2001, A.N.A.L.I.R, aff n° C-205/99.

42 CJUE 17 mars 2011, Naftiliaki Etaireia Thasou A.E, aff n° C-128/10 et C-129/10.

43 CJUE 21 décembre 2011, Enel Produzione SpA, aff n° 242/10 point 38.

44 CJCE 13 décembre 2007, United Pan-Europe communications Belgium SA, aff n° C-250/06 ; CJCE 20 février 2001, ANALIR e.a., aff n° C-205/99.

*et, d'autre part, cette entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités publiques qui la détiennent »<sup>45</sup>. Par ailleurs, contrairement à la position de la Commission, le règlement n'a pas limité la fourniture de services portuaires par des exploitants internes aux seuls cas d'obligations de service public<sup>46</sup>.*

Enfin, s'agissant des conditions relatives à la fourniture de services portuaires, le règlement précise qu'il est sans incidence sur l'application des règles des États membres en matière de droit social et de droit du travail. Il impose que le dossier d'appel d'offres et les contrats de services portuaires comprennent la liste des membres du personnel concernés et donnent des précisions claires sur les droits contractuels et sur les conditions dans lesquelles les travailleurs sont réputés liés aux services portuaires.

Selon l'article 9-3 du règlement, en cas de changement de prestataire de services portuaires à l'occasion d'une concession ou d'un marché public, le gestionnaire du port ou l'autorité compétente peut exiger que les droits et obligations à l'égard des salariés soient transférés au prestataire nouvellement désigné. Cette précision n'était pas indispensable pour préserver les intérêts des salariés, car le principe du transfert des contrats de travail en cas de cession d'une activité est prévu par la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977 modifiée<sup>47</sup>. La jurisprudence française en a fait application à l'occasion de la reprise d'une concession d'un port de plaisance<sup>48</sup>.

En tout état de cause, l'autorité portuaire ou les prestataires de services portuaires doivent faire preuve de transparence dans l'exercice de leurs activités.

### **III - La transparence et l'autonomie des autorités portuaires**

Selon la Commission, le financement des infrastructures de transport dont les ports constitue l'un des principaux enjeux du réseau de transport RTE-T<sup>49</sup>. Ce financement requiert un cadre juridique permettant d'attirer les investissements publics et privés adéquats. L'adoption du règlement 2017/352 doit répondre à cet enjeu.

En droit français, la jurisprudence a dégagé les principes de la commande publique. Il s'agit de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>50</sup>. Ils ne concernent pas les prestations fournies par les personnes publiques.

Toutefois, l'obligation de transparence est désormais également imposée pour l'attribution des autorisations d'occupation du domaine public notamment en raison de la rareté des espaces disponibles<sup>51</sup>, comme c'est souvent le cas dans les ports maritimes.

Si l'on remonte dans le temps, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 avait prescrit des mesures relatives à la transparence de la vie économique<sup>52</sup>. Ce fut le cas pour l'attribution des délégations de service public aujourd'hui remplacées par les contrats de concession.

---

45 CJCE 18 novembre 1999, Teckal, aff n° C-107/98, Rec p. I-8121 point 50 ; CJCE 18 décembre 2007, Asociacion Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, aff n° C-220/96 point 58.

46 Communication de la Commission : « Les ports : un moteur pour la croissance », COM(2013) 295 final, p. 9.

47 Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, JO L 201 du 17 juillet 1998, p. 88-92. CJCE 26 septembre 2000, Didier Mayeur, aff n° C-175/99 points 44 et 45.

48 Cass soc 14 janvier 2003, pourvoi n° 01-43676.

49 Communication de la Commission : « Les ports : un moteur pour la croissance », COM(2013) 295 final, p. 10.

50 CE 24 février 2010, Communauté de communes de l'enclave des Papes, req n° 333569.

51 Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques

52 Cons const décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, JO 22 janvier 1993 p. 1118.

Le règlement (UE) n° 2017/352 envisage, d'une part, la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et le gestionnaire du port, notamment à travers un système comptable faisant apparaître les fonds publics reçus et leur utilisation, et d'autre part, la transparence dans l'élaboration des redevances de services portuaires et des droits de port<sup>53</sup>.

Lorsque le gestionnaire du port fournit lui-même des services portuaires et qu'il bénéficie de financements publics, il tient une comptabilité séparée, il en va de même pour les opérations de dragage. Les principes d'une comptabilité analytique doivent être clairement définis.

Les fonds publics visés par le règlement comprennent les apports en capital, les subventions non remboursables, les prêts y compris les découverts, les garanties<sup>54</sup> accordées au gestionnaire du port par les pouvoirs publics, et toute autre forme de soutien financier, dont les exonérations fiscales<sup>55</sup>.

Les redevances de services portuaires et celles d'infrastructure portuaire correspondent à des services rendus<sup>56</sup>. Les droits de port, qualifiés de « redevances d'infrastructure portuaire » par le règlement, sont des redevances pour services rendus, ainsi que l'ont jugé le Conseil constitutionnel<sup>57</sup> et la Cour de justice de l'UE<sup>58</sup>.

Il résulte de la jurisprudence de cette dernière que s'il n'existe pas une réelle adéquation entre le service rendu et le taux des droits de port, la recette correspondante peut être qualifiée de taxe<sup>59</sup>. Il convient de souligner que la nature d'une redevance d'infrastructure portuaire interdit toute discrimination fondée sur la provenance ou la destination des navires de même gabarit<sup>60</sup>, de même que la nature des marchandises transportées ne peut pas à elle seule constituer un critère pour le calcul de ladite redevance.

L'article 13 du règlement permet d'intégrer le montant des droits de port dans le prix d'autres prestations, à condition que lesdits droits demeurent facilement identifiables par les usagers. Cette faculté présente l'avantage de permettre à un gestionnaire de port de faire une offre globale à certains armements. Par exemple, il pourra réduire le montant des redevances d'occupation des terre-pleins par les marchandises tout en maintenant celui des droits de port.

Consacrant à nouveau le principe de liberté de gestion des autorités portuaires, l'article 13-4 du règlement dispose que les redevances d'infrastructure portuaire peuvent varier selon la stratégie économique de chaque port et sa politique en matière d'aménagement de l'espace, en fonction notamment de certaines catégories d'utilisateurs ou dans un but de promouvoir une utilisation plus rationnelle de l'infrastructure portuaire, le transport maritime à courte distance ou une performance environnementale de haut niveau. Toutefois, les

---

53 Le règlement (UE) n° 2017/352 du 15 février 2017 qualifie les droits de port de « redevances d'infrastructure portuaire ».

54 Les garanties accordées par l'État peuvent constituer des aides d'État (CJUE 19 mars 2015, OTP Bank Nyrt, aff n° C-672/13 point 43).

55 CJUE 27 juin 2017, Congregacion de Escuelas Pias Provincia Betania, aff n° C-74/16 ; CJUE 9 octobre 2014, ministerio de Defensa, Navantia SA, aff n° C-522/13 ; CJCE 15 juin 2006, Air liquide industries, Belgium, aff n° C-393/04 et C-41/05, Rec p. I-5293 point 30.

56 CE Ass 16 juillet 2007, syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, req n° 293389 ; CE 3 août 2011, société BLS, req n° 337127.

57 Cons. Const. 6 octobre 1976, JO 9 octobre 1976 p. 5953 ; Cons. Const. décis. n° 92-171 L du 17 décembre 1992, JO 20 décembre 1992 p. 17477.

58 CJCE 16 mars 1983, societa italiana per l'Oleodotto Transalpino (S.I.O.T.) c/ ministère italien des finances e.a., aff. n° 266/81, Rec. p. 731.

59 CJCE 17 juillet 1997, GT-Link A/S/, aff. n° C-242/95, Rec. p. I-4449, Dr. adm. 1997 n° 379, DMF 1997 p. 848 note G. Gueguen-Hallouët et R. Rézenthel. Une contribution financière perçue auprès des usagers d'un port non liée à une mission de service public a le caractère d'une taxe fiscale (CJCE 27 novembre 2003, Enirisorse SpA, aff n° C-34/01 à C-38/01).

60 CJCE 5 octobre 1994, Commission c/ France, aff n° C-381/93, Rec p. I-5145 points 13 et 17 ; CJCE 14 novembre 2002, Geha Naftiliaki EPE, aff n° C-435/00 ; CJUE 4 février 2010, Commission c/ Espagne, aff n° C-18/09.



critères de variation doivent rester transparents et non discriminatoires et afin de ne pas dénaturer le régime juridique de la redevance, l'adaptation tarifaire des droits de port fondée sur l'un des motifs évoqués ci-dessus ne doit pas trop s'écarter de l'équilibre qui doit exister entre le montant de la redevance et les services rendus.

Enfin, en vertu de l'art. 13-5, si le gestionnaire du port peut garder confidentielles le montant des redevances négociées individuellement, il doit veiller à assurer une parfaite transparence quant à la nature et au montant des redevances d'infrastructure portuaire. Les usagers doivent être informés au moins deux mois avant la date d'effet de la modification du barème. Cette prescription doit leur permettre de contester le nouveau barème, ou d'orienter leur trafic vers un autre port.

## Conclusion

Le règlement 2017/352 traduit un savant équilibre entre l'affirmation de principe de la liberté de gestion des autorités portuaires et le renforcement de leurs obligations relatives à la fourniture de services portuaires. Il détermine un cadre général pour l'accès au marché des services portuaires ainsi que des règles communes relatives à la transparence du financement public des ports et les redevances demandées aux usagers. Si les ports de l'UE pourront continuer à développer des modèles d'organisation de services différents, ils devront respecter notamment de règles communes de transparence et de non-discrimination vis-à-vis des prestataires portuaires à partir de fin mars 2019, date d'entrée en vigueur du nouveau texte.

On peut regretter toutefois que les services de manutention de marchandises et les services aux passagers, au demeurant si stratégiques pour les ports de commerce, soient exclus du champ d'application du règlement. Cette double exclusion affaiblit quelque peu la portée de cet instrument qui, il convient de le rappeler a connu quinze ans de vicissitudes avant son adoption. Le choix de l'adoption d'un règlement au lieu et place d'une directive, comme ce fut le cas en 2001 et 2004, laissait présager un texte plus ambitieux en termes d'harmonisation. Néanmoins, et il faut s'en réjouir, le Parlement et le Conseil ont opté pour un cadre plus souple permettant aux autorités portuaires de maintenir une certaine liberté de gestion et d'organisation<sup>61</sup>. Face aux contraintes juridiques toujours plus fortes en matière de sécurité, sûreté et protection environnementale, cette « marge de manœuvre » représente un aspect positif de ce nouvel instrument de la politique portuaire européenne.

Il reste à savoir si les dispositions actuelles du règlement permettront de satisfaire les objectifs poursuivis par ses rédacteurs à savoir en particulier l'instauration d'un climat favorable aux investissements pour le développement des ports ? Les principes généraux de transparence, de non-discrimination ou d'information formalisent a priori un cadre rassurant pour les investisseurs. Toutefois, ces principes ne constituent pas des obligations formelles pour les autorités portuaires. Enfin, au-delà de la simple définition de principes de tarification des redevances de services portuaires et d'infrastructure portuaire, l'absence de dispositions en matière fiscale portuaire représente un écueil majeur à l'instauration de conditions de concurrence équitables entre les ports européens. Ce constat s'impose également pour les États membres eux-mêmes dont la fiscalité des entreprises demeure fortement disparate et exacerbe *in fine* la concurrence intra-européenne plutôt que celle à l'encontre des pays tiers.

---

<sup>61</sup> R. Rézenthel : « La liberté de gestion des ports et ses limites dans un contexte concurrentiel », Annales de l'IMTM 2014, p. 25.