



Conventions de terminal et concessions de service

L'adoption le 2 avril 2019 par le Sénat, en première lecture, du projet de loi d'orientation des mobilités (LOM) offre une première occasion de tester l'efficacité des reclassements effectués par le code de la commande publique (CCP) en trois catégories de contrats : les contrats de la commande publique (marchés publics et concessions), les autres marchés ou contrats de concession (réintroduits dans le code, mais y bénéficiant d'un régime substantiellement dérogatoire), les contrats exclus du code parce que n'entrant pas dans son champ d'application (art. L. 1100-1), au nombre desquels les conventions d'occupation domaniale.

Le projet de LOM comporte en effet un article 35 dont le texte a été retouché, le 9 mars 2019, lors de son examen en commission au Sénat. Il modifie les dispositions du code des transports (art. L. 5312-14-1), en opérant une distinction selon que la convention de terminal, créée par l'article 9 de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, comporte ou non une prestation de services destinée à satisfaire les besoins exprimés par un grand port maritime (GPM). Dans le premier cas, elle est une concession de services soumise aux dispositions du code de la commande publique, et ce, conformément

à la jurisprudence (CE 14 févr. 2017, n° 405157, *Société manutention portuaire d'Aquitaine*, Lebon; AJDA 2017. 1453, note J.-V. Maublanc). Dans le second, elle est une convention d'occupation domaniale relevant du code général de la propriété des personnes publiques.

La difficulté vient toutefois de ce que la mission des GPM inclut la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes (C. transp., art. L. 5312-2) et qu'il est difficile de ne pas considérer qu'à défaut d'avoir pour objet de confier à l'opérateur retenu l'exécution même de cette mission, la convention de terminal en produit l'effet; cela, d'autant plus que l'article L. 5312-4 du code des transports impose la gestion déléguée aux GPM. On rappellera que la convention de terminal, conclue au terme d'une « procédure ouverte, transparente et non discriminatoire », transfère à l'occupant l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liées aux navires. Il s'y ajoute le fait qu'elle a généralement pour contrepartie le paiement d'une redevance comportant une part dégressive en fonction du trafic ou de critères environnementaux, ce qui, en l'absence de toute précision, pourrait laisser penser qu'elle opère un transfert des risques de l'exploitation.

Précisément, le projet vise à faire échec au risque de requalification des conventions de terminal en concessions de service, en établissant comme première leur nature de convention d'occupation domaniale. Cette qualification est actuellement posée par l'article R. 5312-84 du code des transports. En en faisant une disposition législative du code des transports, la future LOM fait d'une pierre deux coups : elle articule les dispositions précitées des articles L. 5312-2 et L. 5312-4 du code des transports, en établissant la possibilité pour les GPM de conclure des conventions d'exploitation qui ne sont pas des concessions de services et elle fait échec à l'application du CCP, en s'appuyant sur les dispositions de son article L. 1100-1. Peut-on ajouter qu'en procédant de la sorte, l'article 35 évince la question délicate de la compatibilité de ses dispositions avec celles de la directive 2014/23/CE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession ? A la différence de l'ordonnance du 29 janvier 2016, dont le CCP consolide les dispositions à droit constant, il n'en est pas un texte de transposition. Les chances d'une décision de non-conformité à la Constitution sur recours avant que la loi ne soit promulguée ou d'une question prioritaire de constitutionnalité après sa promulgation semblent donc plutôt minces.