

DELEGATION DE SERVICE PUBLIC ET PARTENARIAT PUBLIC –PRIVE EN MATIERE PORTUAIRE

HADDOUM Kamel

Professeur et membre chercheur Laboratoire de droit des transports et des activités portuaires

Faculté de Droit de Boudouaou, Université M'Hamed Bougara Boumerdès - Algérie

K_haddoum@yahoo.fr

Date d'envoi: 02 / 06 / 2018	date d'acceptation: 12 / 09 / 2018	date de publication : 12 / 12 / 2018
------------------------------	------------------------------------	--------------------------------------

Introduction :

Si les notions de service public et de gestion déléguée de ces services sont depuis longtemps familiers de la gestion portuaire, il n'en demeure pas moins qu'actuellement, il est fait de plus en plus référence à la notion de Partenariat Public – Privé.

La question qui se pose est de savoir quels sont les éléments communs entre ces différentes notions ? Œuvrent-elles au même objectif, c'est-à-dire l'encouragement du secteur privé à participer à la gestion et l'exploitation des services portuaires, ou bien s'agit-il de notions différentes ?

Il est admis qu'en matière de gestion portuaire, les missions de service public ont tantôt un caractère administratif et tantôt un caractère industriel et commercial.

Pour la jurisprudence administrative, constituent un service public portuaire à caractère administratif, les activités liées à l'aménagement portuaire, la police, l'entretien des ouvrages portuaires, la gestion du domaine public portuaire.

Pour sa part, l'exploitation des outillages publics portuaires constitue une activité de service public à caractère industriel et commercial.

En Algérie, selon l'article 890 du code maritime, sont exercées au niveau des ports des missions de puissance publique et de service public et des activités commerciales.

Le développement, l'entretien, la gestion, la préservation et la conservation du domaine public portuaire, constituent des missions de service public, alors que le remorquage, la manutention et l'acconage constituent des activités commerciales portuaires.

Quant à la notion de délégation de Service Public, elle vient d'être consacrée par les décrets N°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public et plus récemment le décret n° 18-199 du 02 août 2018 relatif à la délégation de service public.

Il s'agit dans un premier temps de déterminer les critères de chacune de ces notions (**CHAPITRE I** et de mettre l'accent sur le rôle de la délégation de service public dans la gestion portuaire (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I :

Service public, délégation de service public et partenariat public- prive : la consécration de la place du secteur privé dans le développement des investissements.

Les notions de Service public et de délégation de service public portuaire ont toujours caractérisé la gestion portuaire, cependant, comme il a été toujours difficile de définir la notion de service public en général, la notion de service public portuaire n'échappe pas à cette difficulté.

PARAGRAPHE I- La notion de service public

-Au sens organique, l'expression service public désigne un ensemble d'agents et de moyens qu'une personne publique affecte à une même tâche, alors qu'au sens fonctionnel ou matériel, l'expression service public désigne une activité d'intérêt général que l'Administration entend assumer, cette dernière définition est souvent retenue par la jurisprudence française¹.

Un troisième élément est rattachée à ces deux expressions, l'activité qualifiée de service public est soumise au régime du service public, ce dernier est défini comme mécanisme juridique dérogatoire du droit commun².

¹ Jean Rivero et Jean Wline, Droit Administratif, Edition, Dalloz, Pris 1998, p. 430.

² Ibid, p. 430.

Il est admis que la création d'un service public relève essentiellement des prérogatives de la jurisprudence, il n'en demeure pas moins, que le législateur peut créer ou exclure une activité de service public³.

A ce titre, les caractéristiques de l'activité de service public sont :

- Créés pour servir au bien commun, ils dépendent d'une façon plus ou moins directe des pouvoirs publics.
- Ils jouissent de prérogatives évoquant le caractère de puissance publique, imposition, prestations, etc.
- Leur organisation et leur fonctionnement sont arrêtés par l'autorité publique intéressée qui a seule qualité pour y apporter des modifications.
- Aucune interruption ne peut être admise dans leur fonctionnement en raison de l'intérêt qui s'y attache pour le public. A ce titre, le service public obéit à des principes fondamentaux, le plus important de ces principes est sans doute celui de **la continuité**. En France le Conseil d'Etat lui a conféré la valeur de principe général du droit selon le commissaire du gouvernement Tardien, dans l'arrêt Winkell du 7 Août 1909 « la continuité est donc l'essence même du

³ Voir C.E 12 Octobre 2006 M F A Req N 278899 et C.E du 5 Octobre 2007- Société UGC Cin2 req N 298773 : CE Section 22 février 2007- A P R E I Req N° 264541

service public ». Il s'agit d'un droit à la satisfaction normale... des besoins d'intérêt général⁴ ».

- Les particuliers sont égaux à leur égard, en effet de la même façon, les particuliers supportent des charges et bénéficient de l'activité des services de l'Etat. Tout ceci nous amène à penser que les notions de service public s'adaptent indubitablement aux missions confiées aux ports.

Cependant, 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 Assemblée 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... ».

A ce titre, il s'agit de voir, comment la gestion des ports obéit à ces différents principes ?

PARAGRAPHES II- L'affirmation de la notion de délégation de service public : l'apport du décret du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public.

⁴ J. F. Lachaume ; Les grandes décisions de la jurisprudence : Droit administratif, Ed. P.U.F ; Collect. Thémis ; 1993 ; p.244.

A- La notion de délégation de service public.

La délégation de service public est devenue de plus en plus fréquente ; elle a fait l'objet en France des lois du 02 février 1992 et du 29 janvier 1993⁵. C'est une pratique courante dans le domaine portuaire comme le montre l'institution de la concession d'outillage public.

Cependant, en France comme en Algérie, les différentes formes de gestion déléguée des services publics n'étaient pas rattachées à un concept unique ni soumises à des règles communes

En France, il a fallu attendre la loi 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 ». Cette loi a mis en place un véritable régime juridique de la convention de délégation de service public⁶.

La notion de délégation est sans doute la plus difficile à cerner parce qu'elle constitue un nouvel concept.

La loi du 29 Janvier 1993 exige le recours à une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, librement négociées par les personnes publiques⁷. Le choix de l'offre s'appuie

⁵ Dite Loi Sapin.

⁶ Stanislas Mandelkern, « La délégation de Service Public et les activités portuaires », Actes du Colloque sur l'évolution du rôle de l'autorité portuaire , 14 novembre 1995 ;p. 44

⁷ Article 38 de la Loi du 29 Janvier 1993.

sur les garanties professionnelles et financières, l'aptitude du candidat à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers⁸.

Ladite Loi impose une limitation de la durée de la convention et qui ne peut être prolongée que d'une seule année pour des motifs d'intérêt général⁹.

En Algérie la notion de délégation de service public est pour la première fois consacrée dans un texte spécifique, à travers le décret présidentiel du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public¹⁰, même si ce texte régit également les marchés publics.

Cependant, il convient de rappeler que divers textes ont déjà fait référence à la notion de délégation de service public, notamment, la loi du 04 août 2005 relative à l'eau¹¹.

A ce titre, en application de ces dispositions, un ensemble de conventions de délégations de service public a été signé, comme la création en 2008 de la Société SEOR, par la société algérienne des eaux et l'office national de l'assainissement et la société espagnole Agua Agbar, ainsi que la création de la société Seata fruit d'un partenariat entre la société algérienne des eaux et l'Office national de l'assainissement et une société allemande.

⁸ Jean Rivero et Jean Waline, Droit Administratif, Edition, Dalloz, Pris 1998, p.448.

⁹ Article 40 de la Loi du 29 Janvier 1993.

¹⁰ Décret du N°15-247 du 16 Septembre 2015 portant réglementation des Marchés Publics et des Délégation de Service Public

¹¹ Voir notamment, les articles 101 et 104 de la Loi du 04 août 2005 relative à l'Eau.

Le décret présidentiel du 16 Septembre 2015 a consacré 04 articles à cette notion.

A cet effet, l'article 207 précise qu'une personne morale de droit public peut confier un service public à un délégataire par le biais d'une convention.

Cette délégation concerne la réalisation d'ouvrages ou l'acquisition de biens nécessaires au fonctionnement du service public.

Selon l'article 210 la délégation de service public peut prendre la forme de la **concession**, de **l'affermage**, ou de **régie intéressée** ou de **la gérance**.

L'article 209 du décret précise que les procédures de délégation de Service Public sont soumises aux mêmes principes applicables aux marchés publics et cités par l'article 05 du décret.

Cependant, un nouveau texte vient renforcer cet arsenal juridique à travers le décret exécutif du 02 Août 2018 relatif à la délégation de service qui au demeurant semble limiter son champ d'application aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs.

Ce nouveau texte, réaffirme la volonté des pouvoirs publics à encourager le recours à ce mode de gestion du service public et promouvoir la participation du secteur privé dans le développement local.

Le décret du 02 Août 2018 définit la délégation de Service Public dans son article 2 comme suit, « **au sens du présent décret, il est entendu par délégation de service public, le transfert pour une durée limitée de certaines missions régaliennes, relevant des autorités publiques au délégataire défini à l'article 04 ci-dessous, dans l'intérêt général** »¹².

En général, la délégation de service public s'appuie sur, deux éléments indispensables, un service public et une délégation de celui-ci. En France, L'abondante doctrine qui s'est développée depuis 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 est unanime pour souligner le caractère parfois énigmatique du concept de « délégation de service public ».

B- Les critères de la délégation de service public.

1- Il faut noter **un caractère contractuel**, même si en matière portuaire existent les délégations de service public unilatéral. En matière portuaire par exemple, les parties aux contrats de délégation de service public, sont, d'une part, en qualité de partie délégante, l'Etat, le port autonome, le département ou la commune selon le régime juridique de

¹² L'article 04 du décret 2018 précise que « Les collectivités territoriales et les établissements publics à caractère administratif en relevant, responsables d'un service public, désignés ci-après « autorité délégante » peuvent déléguer un service public à une personne morale publique ou privée, de droit algérien, désignée ci-après, le délégataire, par le biais d'une convention de délégation. »

chaque port, et d'autre part, les délégataires, qui peuvent être les organismes publics (Chambres de commerce et d'industrie, collectivités locales soit des organismes privés (sociétés d'économie mixte ou sociétés privées).

Ce caractère contractuel est affirmé par les articles 207 du décret législatif du 16 septembre 2015 et 06 du décret exécutif du 02 Août 2018.

2- La délégation de service doit porter sur **un service public**, il s'agit, d'un critère primordial, il en résulte qu'il n'y a pas de délégation de service public, si ce dernier n'est pas présent. D'autre part, ces services publics doivent être susceptibles d'être délégués, à cet effet, en France, les activités de police administrative ne peuvent être déléguées et sont nécessairement assurées en régie, de même que les activités de police ne peuvent être concernées par la loi du 29 Janvier 1993¹³.

Si leur identification est souvent difficile à déterminer, il s'agit le plus souvent des concessions domaniales en Algérie selon l'article 903 de l'Ordonnance du 23 Octobre modifiée : « L'utilisation du domaine public portuaire peut prendre la forme :

-d'une occupation à usage général aux fins de transit et de séjour de courte durée ainsi que de l'utilisation des voies de circulation maritime et des services ;

¹³ Stanislas Mandelkern, « La délégation de Service Public et les activités portuaires », Op.Cit, p.48

-d'une occupation temporaire à titre privatif aux fins d'exercice d'activités industrielles ou commerciales liées au trafic maritime ».

Alors que, l'article 904 énonce que « L'installation et l'exploitation d'outillages mis à la disposition du public dans les ports peuvent faire l'objet d'une concession d'outillages public ou d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public.

Les conditions dans lesquelles sont autorisées les occupations visées ci-dessus sont définies par voie réglementaire ».

Le décret du 16 Septembre 2015 dans son l'article 207, précise que la délégation concerne le service public, alors que l'article 2 du décret du 02 août 2018 fait référence, à une délégation de service public qui concerne certaines « missions non régaliennes »,

3- La délégation de service public suppose également qu'il est délégué par une personne publique au bénéfice d'un tiers, c'est-à-dire que **la délégation doit procéder d'une initiative du délégant**, qui manifeste expressément son intention de se dessaisir de la gestion de tout ou partie d'un service public, ce transfert implique un rapport contractuel présentant un caractère stable et durable : enfin, le délégataire devient de ce fait le prestataire direct de l'utilisateur, en lieu et place du délégant,

4- Elle doit être rémunérée ; la rémunération du délégataire permet de distinguer les délégations de service public des marchés publics, le délégataire sera rémunéré soit par les usagers du service, dans le cas d'une concession, soit par tout autre mode de rémunération.

S'agissant du droit algérien, l'article 207 du décret du 16 septembre 2015 énonce, que la rémunération se fait substantiellement par l'exploitation du service public, alors que les dispositions du décret du 02 août 2018 précisent que la rémunération, s'effectue selon les formes de la délégation de service public¹⁴.

Le recours à la gestion déléguée de service public est perçu comme un moyen efficace d'assurer le fonctionnement de ce dernier dans un souci de rentabilité, la collectivité publique, délégante conservant la maîtrise du service. La gestion déléguée peut prendre plusieurs formes mais la seule qui ait été utilisée en matière portuaire est **la concession**.

Dans la délégation de service public par le biais d'un contrat, le titulaire de la concession assurera la gestion du service avec le transfert des risques et périls; ainsi dans un arrêt du 20 juin 1974, port autonome de Marseille, le Conseil d'Etat considère les concessions

¹⁴ A ce titre, l'article 52 du décret du 02 Août 2018 précise, que la délégation de Service public peut prendre la forme de la Concession, de l'Affermage, la Régie intéressée et de la Gérance.

d'outillage public portuaire comme une délégation d'un service public industriel et commercial.

PARAGRAPHE 3- La notion de partenariat public- privé.

Ces dernières années a vu l'émergence d'un nouveau contrat, **le contrat de partenariat** qui s'est ajouté à plusieurs autres instruments juridiques existants et qui ont pour particularité de lier contractuellement une personne publique à personne privée.

Le contrat de partenariat est une forme de partenariat public-privé qui, en réalité, est une notion plus large, bien que les deux formules soient souvent confondues.

Depuis sa création, le contrat de partenariat, communément appelé « partenariat public-privé » ou « PPP », a suscité de grands débats doctrinaux quant à son efficacité.

En France, le contrat de partenariat est devenu, depuis sa création en 2004¹⁵, et plus encore après le vote de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008¹⁶, **un outil contractuel** parmi d'autres, concurrençant les marchés publics classiques ou les délégations de service public.

¹⁵Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, loi - Contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par la LAPCIPP)

¹⁶ Loi relative aux Contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par la LAPCIPP)

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, 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**¹⁷.

Les partenariats public-privé recouvrent, les contrats de partenariat, les autorisations d'occupation temporaire (AOT), les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ainsi que les dispositifs sectoriels destinés à répondre aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale⁵.

Le contrat de partenariat trouve son origine en Grande Bretagne dans la *Private Finance Initiative* (PFI), lancé par le gouvernement de M. John Major en 1992. Le PFI correspond à une « **Forme de PPP qui associe un programme de marché public, dans lequel le secteur public achète des éléments d'actif immobilisés au secteur privé, à une forme d'externalisation où les services publics sont contractuellement fournis par le secteur privé** ». Il ne s'agit pas d'une privatisation, car, les acteurs publics

¹⁷Art. 1er de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Art. 14 de la loi - Contrats de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par la LAPCIPP)

conservent un rôle important dans l'initiative et la détermination du projet.

En raison du développement de ce mode de contractualisation du service public entre les personnes publiques et le secteur privé depuis 1992, entre 10 et 15 % des investissements publics en Grande Bretagne sont aujourd'hui financés par le biais des PFI⁷. Le Royaume-Uni est donc apparu dès 1992 comme un précurseur en matière de cofinancement par les secteurs privé et public des investissements publics.

Le contrat de partenariat s'appuie sur les deux critères suivants :

-La **complexité** du projet dans les cas où la personne publique ne disposait pas des moyens, compétences et ressources nécessaires à la réalisation du projet, eu égard à la complexité de celui-ci ;

-L'**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 ou de faire face à une situation imprévisible.

En France, ces deux critères ont été complétés, par **celui de l'efficience économique** selon lequel « *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 [les bilans] d'autres contrats de la commande publique¹⁸ ».

CHAPITRE -II Délégation de service public et partenariat public-privé : des notions confrontées à la difficile qualification juridique des activités portuaires

Paragraphe I - Le service public portuaire : Une notion difficile à cerner

Dans le domaine portuaire, le service public peut être défini comme un ensemble de prestations fournies par l'autorité portuaire ou pour son compte¹⁹.

Les principes précédemment cités s'appliquent indubitablement aux missions confiées aux ports.

Ainsi, les services portuaires répondent à un besoin d'intérêt général et ne peuvent du fait de l'importance de leurs activités provoquer une interruption de ce service, c'est le principe de continuité qui ne peut subir d'altération sans enregistrer de graves

¹⁸ Article 2 de la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

¹⁹ CE Sect. 17 avril 1959 - sieur Abadie - Rec. p. 239 concl. Henry. (9) CE 26 juin 1974 - port autonome de Marseille - Rec. p. 370. (10) CE 18 décembre 1989 - Port Autonome de Paris c/ M. Auvraye.a - req. n° 71.994

R. Rezenthel, Journal de la marine marchande, la gestion privative des terminaux dans les ports maritimes, 3 décembre 1993

conséquences sur le fonctionnement d'autres structures extra-portuaires.

Les ports ne pratiquent pas de ségrégation vis-à-vis de leurs usagers, tant en ce qui concerne la tarification que l'utilisation des installations portuaires, c'est le principe d'égalité de tous devant le service, mais on dégage déjà une nuance qui consiste par exemple à accorder une priorité aux navires algériens pour l'accès aux ports, la même priorité est accordée aux navires appartenant à des amateurs membres de conférences maritimes auxquelles adhère l'Algérie.

La possibilité d'adaptation aux circonstances nouvelles, ce qui ouvre ici aux ports la possibilité de modifier leurs tarifs selon la conjoncture sans risque d'entrer en litige avec les usagers, obligation est faite donc aux ports pour effectuer les adaptations nécessaires pour satisfaire les besoins des usagers.

La nature du service public portuaire diffère avec le type de l'activité portuaire, soit administratif, soit industriel et commercial, le service public portuaire est les deux à la fois. Il s'agit de service public administratif, lorsque l'activité concerne l'aménagement du port ou la police portuaire. C'est un service industriel et commercial lorsque l'activité porte sur l'exploitation de l'outillage public portuaire, cette dernière est exercée soit par une personne publique ou personne privée par le biais d'une concession d'outillage public.

Il a été jugé que les missions exercées par les ports maritimes autonomes relèvent du service public, tantôt à caractère administratif, comme les missions de police, d'aménagement portuaire ou d'entretien des ouvrages, tantôt à caractère industriel et commercial, comme l'exploitation des outillages publics.

A cet effet, le Conseil d'Etat français a également jugé, que la manutention constituait un élément du service public portuaire, alors que la Cour de Justice des Communautés Européennes refuse de voir dans la manutention portuaire un service d'intérêt économique général. En raison des obligations qui sont imposées aux entreprises qui l'exercent, le remorquage constitue également une mission de service public.

Dès lors, l'aménagement et l'exploitation des ouvrages portuaires dans l'intérêt de l'autorité qui en est légalement chargée, constituent des missions de service public.

Ce service peut accessoirement correspondre à l'exploitation exceptionnelle d'un outillage privé par une personne autre que son propriétaire quand ce dernier sera titulaire d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public.

En Algérie, comme il a été précédemment mentionné²⁰, le législateur algérien semble distinguer expressément et d'une manière claire entre les missions de service public et de puissance publique et

²⁰ Supra p.1.

les activités commerciales : ainsi l'article le 891 de l'Ordonnance du 23 octobre 1976 modifiée portant Code maritime précise, que « **Le développement, l'entretien, la gestion, la préservation et la conservation du domaine public portuaire, constituent des missions de service public dévolues à des institutions créées à cet effet dénommées : “ autorités portuaire” .**

Les modalités d'organisation de ces instructions et d'utilisation des biens ci-dessus indiqués sont précisées par voie réglementaire ».

Alors que l'article 892 de ladite Ordonnance, énonce que « Le remorquage, la manutention et l'acconage constituent des activités commerciales portuaires, qui peuvent être exercées par toute personne physique de nationalité algérienne ou toute personne morale de droit algérien et ce, conformément aux conditions fixées par voie réglementaire.

Le pilotage et le lamanage sont exercés par l'autorité portuaire ».

Il en résulte, que seules les activités de pilotage et de lamanage revêtent le caractère de service public, il n'en demeure pas moins, que le législateur algérien a paradoxalement, exigé que l'exercice des activités de manutention, de l'acconage et du remorquage, malgré leur caractère commercial et leur non soumission au régime du service public, doit intervenir par le biais de la concession.

Ayant cerné la notion de service public portuaire, il y a lieu de présenter de préciser également les principes généraux régissant la délégation de service public.

Il s'agit des concessions d'outillage public, des concessions d'outillage privé avec obligation de service public et des contrats d'exploitations des terminaux à conteneurs notamment.

En droit interne français, les activités exercées par les collectivités publiques nécessitent, dans la plupart des cas, l'application de règles spécifiques dérogatoires du droit commun, en raison de la spécificité de leurs missions

S'agissant des activités portuaires d'intérêt général, les textes ne les qualifient pas toujours expressément de service public, bien qu'en raison des obligations imposées à leurs prestataires, ils en fassent partie. C'est le cas du remorquage portuaire, qui n'est pas un service systématiquement obligatoire, mais en raison des sujétions imposées par la décision d'agrément prise par le directeur du port, et en particulier de l'obligation de satisfaire à toutes les demandes de service dans la limite du matériel disponible, cette activité constitue une mission de service public²¹.

²¹ CE Sect. 17 avril 1959 - sieur Abadie - Rec. p. 239 concl. Henry, CE 26 juin 1974 - port autonome de Marseille - Rec. p. 370. CE 18 décembre 1989 - Port Autonome de Paris c/ M. Auvraye.a - req. n° 71.994

Le pilotage qui est régi en Algérie par les dispositions du Code Maritime²², ainsi que par les dispositions du décret du 02 Janvier 2006 relatif aux conditions d'exercice de l'Activité du pilotage, constitue un service public²³, comme l'a rappelé la jurisprudence française²⁴, sachant qu'il contribue de manière significative à garantir la sécurité de la navigation dans les ports et leurs abords.

Si certaines activités comme la police, la gestion de la signalisation maritime ou du domaine public ne soulèvent pas de difficultés particulières pour les classer dans la catégorie des services publics, en revanche le maintien de la jurisprudence selon laquelle « les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de transport des marchandises dans les ports et rades constituent des éléments du service public ²⁵ », est discutable, dès lors que ces opérations ne sont pas systématiquement assujetties à des obligations de service public.

Il résulte de la jurisprudence administrative française que l'aménagement, l'entretien et la sécurité des ouvrages portuaires, la

²² Voir Articles 171 et suivants de l'Ordonnance 76-80 du 23 Octobre 1976 modifiée portant Code Maritime.

²³ « Le pilotage dans les eaux portuaires » par R. Rézenthel -D.M.F. 1988 p. 355 et suiv. ; « Pilotage » par G. Marchand -Jurisclasseur Commercial - fasc. n° 1181 ; « La conduite des politiques publiques sur le littoral » par J.P. Redon -thèse Université de Paris XIII - tome II - 1994 p. 519 et suiv.

²⁴ C.E. Sect. 13 décembre 1929 - sieur Exbrayat - Rec. p. 1113 concl. P.L. Josse : C.E. 17 juin 1949 - Dilly -Rec. p. 293 ; C.E. Sect. 2 juin 1972 - Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes -A.J.D.A. 1972 p. 647 et suiv.,concl. M. Rougevin-Baville

²⁵) C.E. Sect. 28 juin 1939 - chambre syndicale des entrepreneurs animeurs de chargement et de déchargement de navires - req. n° 51416 ; C.E. Sect. 5 mai 1944 - Compagnie maritime de l'Afrique Orientale -Rec. p. 129

gestion du domaine public, ainsi que la police, et l'organisation et l'embauche de la main d'œuvre docker font partie du service public à caractère administratif²⁶.

Pour la Commission, les services d'intérêt général désignent les activités de service, marchand ou non, considérés d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public. Le Comité économique et social estime pour sa part que les services d'intérêt économique général concernent seulement les activités marchandes, c'est-à-dire celles qui s'exercent ou sont susceptibles de s'exercer sur un marché et caractérisent l'activité d'une entreprise, ils sont soumis à des obligations de service public.

La Commission européenne s'est prononcée sur la notion de service public, elle considère qu'elle a un double sens, tantôt elle désigne l'organisme de production du service, tantôt elle a pour objectif l'accomplissement d'une mission d'intérêt généra

Au niveau européen, une jurisprudence importante s'est prononcée sur la nature juridique de certaines activités portuaires, ainsi, il a été jugé dans un premier temps que la gestion d'un port constituait un service d'intérêt économique général. Plus récemment,

²⁶ C.E. Sect. 26 juillet 1982 - ministre du budget c/ établissement public port autonome de Bordeaux -Rec. p. 293,D.M.F. 1982 p. 724 et suiv. note R. Rézenthel., C.E. 26 juin 1974 - Port Autonome de Marseille - requête n° 85.687, C.E. 18 décembre 1989 - Port Autonome de Paris c/ Auvray et autres - requête n° 71.994. Trib. Confl. 14 mars 1988 - M. Daullet c/ C.A.I.N.A.G.O.D. et port autonome de Dunkerque - req. n° 2515

la Cour européenne a fait preuve de prudence en considérant que l'exploitation d'un port de commerce ne constituait pas nécessairement un tel service²⁷.

Elle a jugé également que la manutention portuaire ne pouvait pas bénéficier de cette qualification²⁸, alors que la surveillance d'un appontement pétrolier²⁹ était un service d'intérêt économique général. Bien que reconnaissant l'importance du pilotage pour la sécurité de la navigation portuaire, et constatant qu'il peut être rendu obligatoire³⁰.

La Cour de Justice européenne a jugé que : « le service de lamanage constitue un service technique nautique essentiel au maintien de la sécurité dans les eaux portuaires, qui présente les caractéristiques d'un service public »³¹. Après avoir reconnu que : « les opérations de lamanage revêtent un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités économiques .la Cour ajoute que : « les lamaneurs sont tenus de fournir à tout moment et à tout usager un service universel de lamanage, et ce pour des raisons de sécurité dans les eaux portuaires ». Dans cette décision, elle définit le service public comme

²⁷ C.J.C.E. 17 juillet 1997 - GT-Link A/S et De Danske Statbaner (DSB) - affaire n° C-242/95 - Rec. p. I-4453 point n° 52.

²⁸

²⁹ C.J.C.E. 18 mars 1997 - Diego Cali & Figli Srl c/ Servizi Ecologico di Genova - affaire n° C-343/95 -Rec. p. I-1547.

³⁰) C.J.C.E. 17 mai 1994 - Corsica ferries Italia Srl c/ Corpodeipiloti del porto di Genova -Rec. p. I-1824.

³¹) C.J.C.E. (5ème ch) 18 juin 1998 - Corsica Ferries France S.A. et Gruppo Antichi Ormeggiatoridel porto di Genova Coop art et autres - affaire n° C-266/96 point n° 60, Rec. p. I-3981, D.M.F. 1998 p. 859 note P. Bonassies.

répondant aux critères suivants : l'universalité, la continuité, la satisfaction d'exigence d'intérêt public, la réglementation et la surveillance par l'autorité publique.

Il y a lieu de constater que les activités de police ne constituent pas des activités commerciales, mais des missions de puissance publique³². Toutefois, le Tribunal de Première Instance des Communautés a estimé³³ que la détermination des conditions d'assistance en escale sur les aéroports ne relevait pas d'une mission de police.

Aujourd'hui les interrogations se multiplient en droit français au sujet des conditions d'octroi des délégations de service public.

-PARAGRAPHE -2- Le partenariat dans le financement des investissements portuaire : une approche à encourager en Algérie :

Comme, il a été précédemment affirmé, Il existe plusieurs procédés pour recourir au financement extérieur en matière d'investissements; En Algérie, les ports Algériens ne peuvent pas recourir aux aides régionales ou bien à la participation des chambres de commerce et d'industrie, ils doivent se contenter de l'aide de l'Etat.

³² J.C.E. 19 janvier 1994 - SAT Fluggesellschaft M.B.H. et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) - affaire n° C-364/92 - point 30.

³³ T.P.I. (3ème ch) 12 décembre 2000 - Aéroports de Paris c/ Commission et Alpha Flight Services - affaire n° T-128/98.

Dès lors, c'est dans le cadre du partenariat public-Privé, que ce financement extérieur doit être recherché, Le partenariat entre l'établissement portuaire et le secteur privé doit être vu comme une association d'efforts dans les deux domaines d'infrastructures et de superstructure, dans le financement et la gestion et qui permet notamment au secteur privé d'investir dans l'infrastructure elle-même. Ce partenariat est souvent réalisé dans le cadre de l'octroi, par l'autorité portuaire, d'un contrat de concession à une entreprise privée pour des fins liées à l'exploitation portuaire.

La concession a été toujours considérée, comme le mode de gestion le plus approprié pour l'exercice des activités commerciales portuaires, cependant, la concession est l'un des termes les plus vagues du droit administratif.

Elle est considérée, comme une forme d'intervention du secteur privé dans la gestion des services publics portuaires impliquant ainsi des investissements coûteux pour la réalisation des travaux portuaires dont la rentabilité porte sur le long terme.

Les dispositions de l'Ordonnance du 23 Octobre 1976 portant Code maritime modifiée, et le décret de 1999 portant statut type de l'Autorité portuaire régionale, ont réhabilité la concession en précisant de nouvelles règles concernant l'entretien et le développement des installations objet de la concession.

L'avènement du décret N° 06-139 du 15 avril 2006³⁴, portant modalités d'exercice des activités de remorquage, de manutention et d'aconage dans les ports, a enfin consacré d'une manière définitive la volonté des pouvoirs publics de libéraliser les activités commerciales portuaires à travers l'octroi de concession celle-ci ayant toujours été considérée, comme le mode de gestion le plus approprié pour l'exercice des activités commerciales portuaires.

La concession est un contrat administratif qui met en présence deux parties ; l'administration qui est l'autorité concédante et un cocontractant, personne publique ou privée dit concessionnaire, qui sera chargée d'assurer le fonctionnement d'un « service public ».

Bien que ce soit un acte contractuel, l'étude de la concession se rattache à la théorie générale du service public car son but est la gestion d'un service public. Son étude relève aussi bien de celles des contrats que de celles de services publics.

La concession dans les services de transport et des ports peut s'analyser, comme une forme d'intervention du secteur privé dans la gestion des services publics portuaires impliquant ainsi des investissements coûteux notamment, ceux concernant la réalisation des travaux portuaires dont la rentabilité porte sur le long terme.

³⁴ Modifié par le décret exécutif N° 08-363 du 08 Novembre 2008.

Pour le Professeur Mahiou, « la concession est une convention par laquelle l'administration charge une personne physique ou morale d'assurer le fonctionnement d'un service public. Bien que ce soit un acte contractuel, l'étude de la concession se rattache aussi à la théorie générale du service public, car son but est la gestion d'un service public. Son étude relève aussi bien de celle des contrats que celle des services publics ».

Le nouvel article 64 bis de la loi de 08-14 du 20 juillet 2008 portant loi domaniale définit la concession comme, « **L'acte par lequel, l'autorité concédante, confie sous la forme d'un contrat, à une personne morale ou physique, dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financer, de construire et ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public, 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** ».

Il ressort de cette définition, qu'il existe une volonté de la part des pouvoirs publics, d'adapter la notion de concession, en prenant en considération, les nouvelles formes de concessions applicables dans le monde, notamment, celles qui concernent, la gestion des ports maritimes commerciaux, comme le BOT ou le BOOT, dont le développement et l'entretien, nécessitent un financement

En matière portuaire, « 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, de construire et d'exploiter un ouvrage public dans un but de service public, à ses risques, pendant une période déterminée, à l'issue 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 service³⁵.

Ainsi, selon le décret du 15 avril 2006 modifié en 2008, l'exercice de ces activités est dévolu « A toute personne physique ou morale, adjudicatrice d'un appel à la concurrence qui remplit les conditions de qualifications professionnelle requises et qui s'engage à respecter les conditions du cahier de charges ».

L'article 4 du même décret modifié en 2008 semble le confirmer, " l'exercice des activités de remorquage, de manutention et d'acconage s'effectue sur la base d'une convention de concession entre l'autorité portuaire concernée et l'opérateur retenu".

La durée de la concession ne peut excéder 40 ans, elle est déterminée surtout par l'importance des investissements à réaliser.

Force est de constater que les ports algériens sont confrontés au double défi d'une demande croissante et du vieillissement d'une grande partie de leurs infrastructures et de leurs superstructures, ce qui entrave leur développement d'une manière durable.

³⁵ J.G. De Matons, Les concessions portuaires aspects juridiques, Washington D.C. mai 2000, p1.

Dès lors, on ne peut ignorer la solution qui consiste à favoriser la participation du secteur privé aux infrastructures. .

l'Algérie semble s'intéresser à la procédure d'association des capitaux publics et privés³⁶, a cet effet, c'est dans ce contexte que sont intervenues les conventions de concessions des terminaux de Bejaia dans le cadre d'une joint-venture entre la société PORTEK de Singapour et STH (société de gestion et d'exploitation des terminaux d'hydrocarbures), celle-ci ayant pour sociétaires Sonatrach, les entreprises portuaires d'Arzew, de Skikda et de Bejaia, la répartition des actions étant de 60% pour Sonatrach, 20% pour l'entreprise portuaire d'Arzew, 15% pour L'entreprise portuaire de Skikda et 5% pour l'entreprise portuaires de Bejaia, le capital total des actions évalué à un Milliard DA³⁷.

Enfin, plus récemment notons la création d'une joint-venture à part égales (50% 50%) entre les ports d'Alger et de DjenDjen avec la société Emirati Dubai Port World pour la gestion des terminaux à conteneurs d'Alger et de DjenDjen dont la durée n'est pas connue mais elle ne doit pas dépasser 50 ans, le montant de l'investissement serait de 108 Millions de dollars³⁸.

³⁶ Voir dans ce sens, nos Articles, « Les investissements maritime et portuaire en Algérie: La consécration du régime de la concession », Neptunus, e.revue Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, vol. 20, 2014, <http://www.cdmo.univ-nantes.fr>, « Le partenariat public-privé dans le financement des Investissements portuaires », Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, année 2013 ; volume IV .

³⁷ Etude de mise au point de la stratégie d'ouverture des activités portuaires commerciales à la concurrence « Volet », HPC Hambourg Port Consulting 2005, p. 6 et 8.

³⁸ Journal El Watan du Mardi 11 Novembre 2008, p.7.

CONCLUSION

Le principal intérêt du partenariats public-privé est l'aspect financier, il permet aux autorités publiques de ne pas avoir à s'endetter à l'occasion de la construction des infrastructures de base, comme les ports maritimes.. Pour l'autorité publique, ce type de contrat offre une solution pratique et efficace, car elle n'a qu'un seul interlocuteur.

Cependant, l'échec de certaines expériences de partenariats public-privé dans certains pays, particulièrement dans les secteurs d'infrastructures, met en exergue, les difficultés que rencontrent les pouvoirs publics.

A cet effet, les investissements touchant les infrastructures de base, nécessitent le recours à des contrats qui s'avèrent plus complexes et de longue durée. Ces contrats la obéissent à un double objectif, assurer d'une part, leur rentabilité financière et répondre aux besoins des usagers. En France, la commission des lois du Sénat a publié en 2014, un rapport qui dénonce la formule du PPP en les qualifiant de « *bombes à retardement* ».

La Haute Assemblée évoque des « *effets néfastes notamment pour les générations futures* » en particulier en raison des « *loyers* » dont doit s'acquitter l'autorité publique, parfois pour de très longues durées. Les sénateurs pointent également l'« *effet d'éviction des petites et moyennes entreprises* » dont la capacité d'investissement est limitée. Selon les parlementaires français,, la plupart de ces contrats sont raflés par les grands groupes de BTP comme Bouygues, Eiffage ou Vinci.

Le même avis, on le retrouve dans le rapport pour la Cour des comptes française de février 2015, portant centré sur les PPP des collectivités territoriales : le rapport dénonce des partenariats utilisés avant tout comme « *un moyen de s'affranchir des contraintes budgétaires qui pèsent sur la collectivité* », tout en prenant des risques. Selon eux, les contrats sont souvent signés dans des conditions encore trop floues, qui ne protègent pas assez les collectivités locales, Conséquence, selon la Cour : « *Le contrat de partenariat ne s'avère pas pleinement efficace et peut même avoir un impact important à long terme sur leurs budgets.* ».

En Algérie, il existe manifestement, une volonté des pouvoirs publics d'encourager le recours au partenariat public-privé, notamment dans le domaine portuaire, afin de moderniser les ports algériens en faisant appel au partenariat public/privé, les ports devant faire face aux contraintes et mutations engendrées par l'évolution institutionnelle et technologique du transport maritime.

Cependant, en l'absence d'une loi générale en droit algérien sur les partenariats public- privé englobant les concessions et autre formes dérivées telles que les BOT / BOO / BOOT³⁹, il ya lieu de proposer des cahiers des charges type auxquels les Autorités Portuaires ne pourraient déroger, dans les limites éventuellement fixées par le code maritime et ses décrets d'application, que par les conditions particulières contenues dans la convention de concession ou dans l'autorisation d'occupation de longue durée.

L'existence de ces Cahiers des Charges permettra de guider les Autorités Portuaires dans leurs négociations et dans la rédaction des contrats, tout en permettant l'adaptation de l'accord aux spécificités du projet envisagé.

Pour citer cet article :

Kamel HADDOUM, « Délégation de service public et partenariat public –privé en matière portuaire », Revue de droit des transports et des activités portuaires, Volume V / N°02, année 2018 (PP 50-80).

³⁹(Build-operate-transfer, build-own-operate and build-own-operate-transfer) sont toutes les variantes du même mode de privatisation, elles sont désignées également sous le nom de "concessions", le système BOT s'est développé à la fin des années 1970 comme un moyen pour les pays qui n'ont qu'une capacité d'endettement réduite et de sévères difficultés budgétaires de se procurer les ouvrages nécessaires d'infrastructures, dans un BOT, un opérateur privé s'engage à financer, construire, exploiter et entretenir une installation pour une période donnée puis en transférer la responsabilité à l'Etat.