

N° 405157,405183
SOCIETE DE MANUTENTION
PORTUAIRE D'AQUITAINE
GRAND PORT MARITIME DE
BORDEAUX

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 8 février 2017
Lecture du 14 février 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La convention dite de terminal par laquelle un grand port maritime confie à une personne privée la gestion et l'exploitation d'un terminal portuaire relève-t-elle de la commande publique et, dans l'affirmative, de quelle catégorie contractuelle ? Cette qualification s'applique-t-elle également au contrat qui substitue un tiers au titulaire défaillant pour l'exécution de cette convention ? Telles sont les questions pour la plupart inédites que posent, dans un cadre normatif en grande partie renouvelé, les affaires qui viennent d'être appelées.

Par une convention intitulée « convention de terminal » conclue le 19 décembre 2014, le Grand port maritime de Bordeaux (GPMB), établissement public de l'Etat, a confié à la société Europorte l'exploitation du terminal portuaire du Verdon, l'un des 7 sites dont il assure la gestion. Un certain nombre d'investissements ont été rapidement réalisés par la société titulaire et son sous-traitant, la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA), mais l'exploitation, qui devait démarrer au plus tard dans un délai de 10 mois à compter de la notification du contrat, n'a jamais véritablement débuté. Ce retard a d'abord généré un conflit entre le titulaire et son sous-traitant. Puis, au mois de mai 2016, le titulaire a fait connaître au GPMB sa volonté de résilier la convention, ce que celui-ci a refusé. La médiation prévue par la convention ayant échoué, le GPMB a décidé de retirer l'exploitation du terminal à la société Europorte pour la confier à la société SMPA le temps nécessaire à la passation d'une nouvelle convention et au maximum pour 18 mois. Cette convention temporaire qualifiée de mise en régie a été signée le 21 septembre 2016. La société Sea-Invest, qui exploite un autre terminal du Grand port, avait saisi peu avant sa conclusion le juge du référé précontractuel. Elle a transformé son recours en référé contractuel, tendant à l'annulation du contrat, auquel le juge du TA de Bordeaux a fait droit par une ordonnance du 4 novembre 2016 contre laquelle la SMPA et le GPMB, par deux pourvois que vous pourrez joindre, se pourvoient en cassation.

L'un au moins des moyens qu'ils soulèvent nous paraît clairement fondé, même s'il implique un petit exercice d'interprétation des motifs de l'ordonnance attaquée. Il est tiré de ce que son auteur a commis une erreur de droit en estimant que le contrat litigieux entrain dans le champ d'application des référés précontractuel et contractuel au motif qu'il devait être

précédé, en application de l'article R. 5312-84 du code des transports, d'une procédure de mise en concurrence.

Ce raisonnement ne ressort pas explicitement de l'ordonnance attaquée qui ne justifie pas de l'applicabilité de ces procédures contentieuses au contrat litigieux. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, auquel renvoie l'article L. 551-13, le juge des référés précontractuel et contractuel ne peut être saisi que des manquements « *aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs des contrats administratifs 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* ». La circonstance que la requérante justifiait la recevabilité de son recours en se prévalant des dispositions de l'article R. 5312-84 aux termes desquelles « *les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire* » et le motif d'annulation que le juge du référé a retenu, tiré de ce que le contrat avait été conclu sans que soit mise en œuvre la procédure prévue par ces dernières dispositions, nous incitent à penser qu'il n'a pas fondé la recevabilité du recours sur l'appartenance du contrat litigieux à l'une des catégories contractuelles visées par l'article L. 551-1 du CJA, mais uniquement sur le fait qu'il était soumis à une procédure de mise en concurrence par les dispositions particulières du code des transports. Il nous semble en effet que s'il avait considéré que la convention litigieuse relevait de l'une des formes contractuelles de la commande publique auxquelles sont applicables les procédures de référés précontractuel et contractuel, il se serait fondé sur l'absence de mise en œuvre des procédures de passation applicables à ces contrats et dont ces référés ont pour objet d'assurer le respect.

Si vous partagez cette lecture de l'ordonnance attaquée, l'erreur de droit dont elle est entachée ne fait aucun doute : la circonstance que des dispositions particulières soumettent la passation d'un contrat à une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire n'a pas pour effet de rendre applicable à cette procédure les recours contentieux prévus aux articles L. 551-1 et 13. Ces recours ne sont ouverts que pour les contrats visés par ces dispositions, comme vous l'avez rappelé à propos d'une convention d'occupation domaniale, qui ne relève pas du champ d'application de ces procédures, alors même que la personne publique l'avait conclue après s'être volontairement soumise à la procédure de passation applicable aux marchés publics (3 décembre 2014, *Etbs public Tisséo*, n° 384170, aux T).

Nous vous proposons donc d'annuler l'ordonnance attaquée, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi. Les développements qui suivent apporteront toutefois une réponse aux principaux d'entre eux.

Réglant l'affaire au titre du référé contractuel engagé par la société requérante, vous devrez commencer par vérifier, au titre de la recevabilité du référé contractuel, que la convention dite de mise en régie dont elle demande l'annulation est justiciable de cette procédure contentieuse.

Elle ne peut d'abord l'être que si elle n'est pas une simple modification du contrat initial, auquel cas elle ne constituerait pas un nouveau contrat soumis aux règles de passation dont le juge du référé précontractuel est chargé de contrôler le respect. La question se pose compte tenu de sa particularité qui est de s'inscrire dans le cadre de l'exécution d'une

convention qu'il a pour objet d'assurer en substituant temporairement un autre opérateur, qualifié de régisseur, au titulaire défaillant.

Vous n'avez jamais, à notre connaissance, eu l'occasion de trancher cette question. Vous vous êtes certes déjà prononcés en qualité de juge du référé précontractuel sur un marché de substitution passé aux frais et risques d'un titulaire défaillant, mais il s'agissait d'un marché conclu après la résiliation du précédent (3 décembre 2012, *SETOM de l'Eure*, n° 361287, aux T).

Nous ne voyons cependant pas ce qui justifierait d'exclure a priori du champ de la commande publique un tel contrat au seul motif qu'il serait passé avant la résiliation du contrat principal. Ce qui à nos yeux fait obstacle à ce qu'il soit regardé comme une simple modification du contrat initial est qu'il est conclu avec un autre opérateur qui n'est pas le cessionnaire des droits et obligations du titulaire. Il se substitue à lui en exécution d'une décision prise unilatéralement par la personne publique dans l'exercice de l'une des prérogatives qu'elle détient dans l'exécution du contrat, dont vous avez récemment rappelé qu'elle ne pouvait se départir (Ass, 9 nov 2016, *société Fosmax*, n°388806), et selon des modalités définies par ce nouveau contrat. Même si les prestations mises à la charge du régisseur par ce contrat sont celles du contrat principal, ce n'est pas au titre de ce dernier contrat qu'il en est débiteur, mais au titre du contrat de mise en régie. Ce contrat est conclu à titre onéreux, puisqu'il ne fait aucun doute que le titulaire sera rémunéré, la détermination de son mode de rémunération étant à ce stade indifférente.

La convention litigieuse n'étant pas une simple modification de la convention de terminal de 2014 mais un contrat autonome, il convient de rechercher si elle relève de l'une des catégories contractuelles visées par l'article L. 551-1 du CJA.

Elles sont essentiellement au nombre de deux : les marchés publics, par lesquels les pouvoirs adjudicateurs obtiennent « *l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix* » et les concessions, de travaux ou de services, par lesquels ils obtiennent ces prestations « *avec une contrepartie économique constituée (...) par un droit d'exploitation* ». Cette dernière formulation, en avance sur l'introduction dans notre droit positif de la catégorie générale des concessions de services par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession transposant la directive 2014/23 relative aux concessions, recouvre désormais les délégations de service public, qui sont également mentionnées par ce même article. « *La sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique* », en général¹ et dans le domaine de l'énergie hydroélectrique, qui complète cette liste, ne constitue pas une troisième catégorie, mais une modalité particulière de mise en œuvre de l'une ou l'autre, le plus souvent de la concession.

Vous n'avez pas besoin, pour trancher cette question, de déterminer précisément à laquelle des deux catégories contractuelles visées par l'article L. 551-1 elle appartient. Le critère dont vous devrez faire application est celui qui permet de distinguer ces contrats de ceux qui ne relèvent pas du champ d'application des référés précontractuel et contractuel.

¹ Issue de la loi n° 2014-742 du 1^{er} juillet 2014

Ces deux grandes catégories contractuelles recouvrent les contrats par lesquels les personnes publiques et assimilées ayant la qualité de pouvoir ou d'entité adjudicateur obtiennent une prestation à titre onéreux, c'est-à-dire en contrepartie d'un avantage économique représenté par un prix ou un droit d'exploitation, ce qu'il est convenu d'appeler la commande publique. A ce titre, ils sont soumis aux principes généraux de la commande publique (voyez, en ce qui concerne les délégations de service public, votre décision de Section du 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et domaine national de Versailles*, n° 328827) dont les référés précontractuel et contractuel ont fondamentalement pour objet d'assurer le respect.

Ces contrats constituent donc des moyens pour la personne publique d'obtenir la satisfaction de ses besoins. Cela ne fait aucun doute lorsque la personne publique paie un prix en contrepartie de la prestation qu'elle reçoit. Le fait même qu'elle paie un prix révèle qu'elle a entendu satisfaire un besoin, sauf à ce qu'il apparaisse qu'elle n'ait pas payé un prix mais versé une subvention². La qualification de marché public d'un tel contrat s'impose donc le plus souvent assez facilement.

La qualification peut être plus délicate lorsque la contrepartie de la prestation dont la personne publique bénéficie n'est pas un prix qu'elle paie mais un droit d'exploiter qu'elle concède, car le droit d'exploiter est également l'objet d'autres conventions qui ne visent pas à satisfaire directement ses besoins, telles que les conventions d'occupation du domaine public.

La distinction, qui délimite par conséquent aussi le champ d'application des référés précontractuel et contractuel, repose sur l'objet du contrat. Comme le souligne le § 11 du préambule de la directive 2014/23 relative aux concessions, « *l'objet de ce type de contrats est l'acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession, la contrepartie consistant en un droit d'exploiter les ouvrages ou services ou en ce droit accompagné d'un prix. (...) Ce sont toujours les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui obtiennent les avantages liés aux travaux ou services en question* ». L'idée que ce contrat permet à la personne publique d'obtenir une prestation dont elle a besoin ressort également de la définition qu'en donnent tant l'article 5 de la directive que l'article 5 de l'ordonnance qui la transpose quasi littéralement : les concessions de travaux ou de service sont des contrats par lesquels un pouvoir adjudicateur « *confie l'exécution de travaux* » ou « *la prestation et la gestion de service* ». Le verbe « *confier* » traduit à la fois l'initiative publique à laquelle répond l'opérateur économique et la maîtrise publique sur son objet, précisément décrite, s'agissant des concessions de travaux, par le point 7 de l'article 5 de la directive.

La comparaison avec les conventions qui confèrent un droit d'exploiter sans être qualifiées de concessions confirme ce critère de la satisfaction d'un besoin de la personne publique. La CJUE a ainsi eu l'occasion d'indiquer qu'une prestation ne relevait de la commande publique que si elle « comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur » et que tel n'est pas le cas lorsqu'elle « vise à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect » (CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08). Plus récemment, elle a rappelé « qu'une concession de services est caractérisée, notamment, par une situation dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un concessionnaire » et que, par conséquent, « des contrats [qui] portent non pas sur une prestation de services

² Les subventions sont expressément exclues du champ de l'ordonnance de 2015 sur les marchés publics (art 9). Voir, pour une application de la distinction : CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion* (n° 284412).

déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale ... ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services » (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, C-458/14, § 47). Cette analyse fonde le point 15 du préambule de la directive 2014/23, que cite d'ailleurs la Cour, aux termes duquel « *certaines accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers ou des biens publics, en particulier dans le secteur des ports maritimes, des ports intérieurs ou des aéroports, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de concessions au sens de la présente directive* ».

Votre jurisprudence comporte plusieurs illustrations de la mise en œuvre de ce critère : vous avez toujours retenu la qualification de convention d'occupation domaniale lorsque vous constatiez que le contrat, même s'il imposait à l'occupant des obligations dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général, n'avait pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique (8 juillet 1996 *M. M...*, n° 121520, p. 272 ; 10 mars 2006, *société Unibail*, n° 284802 ; Sect 3 déc 2010, *Ville de Paris, Assoc Paris Jean Bouin*, n° 338272 ; 19 janvier 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre*, n° 341669, aux T ; Sect 11 juillet 2011 *Mme G...*, n° 339409 ; 15 mai 2013, *ville de Paris*, n° 364593, à publier au recueil ; 3 déc 2014, *Etablissement public Tisséo*, n° 384170, aux T).

Le point commun entre les contrats justiciables des référés précontractuel et contractuel, qui les distingue de ceux qui n'en relèvent pas, est donc qu'ils ont pour objet de satisfaire un besoin de la personne publique au moyen d'une prestation dont elle bénéficie en contrepartie du paiement d'un prix ou de l'octroi d'un droit d'exploitation. Tel nous semble être le critère que vous devez appliquer à la convention litigieuse.

Pour ce faire, vous devrez d'abord vous pencher sur la convention initiale, puisque c'est l'intégralité des obligations qu'elle mettrait à la charge du titulaire principal qui est transférée au régisseur.

Cette convention dite de terminal, sur laquelle nous reviendrons plus en détail, confie à un opérateur économique l'exploitation technique et commerciale d'un terminal portuaire, c'est-à-dire des infrastructures et installations permettant le chargement et le déchargement des navires, sa rémunération étant assurée par le produit de cette exploitation. Ce droit d'exploiter accordé par l'établissement portuaire et qui permet la rémunération du titulaire représente-t-il la contrepartie économique d'un service dont la personne publique bénéficie ou une autorisation qu'elle a donnée dans le cadre de la valorisation de son domaine public ?

Jusqu'à récemment, s'agissant des contrats conférant un droit d'exploitation, l'identification de la satisfaction d'un besoin de la personne publique passait le plus souvent par l'identification d'un service public. C'était à la fois logique et simple : en l'absence d'autre forme contractuelle concessive d'un service que la délégation de service public, cette qualification était impossible en l'absence de service public. En revanche, si le contrat avait pour objet de confier l'exécution d'un service public, il répondait nécessairement au besoin de la personne publique qui en a la charge.

Ce raisonnement vous a ainsi conduit à qualifier de délégations de service public les concessions d'outillage public, notamment portuaires, lorsque l'exploitant était

substantiellement rémunéré sur les résultats de son activité (20 décembre 2000, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, T. p. 1089; 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n° 317671, aux T), puisque vous aviez déjà jugé que l'exploitation à destination du public³ d'un outillage public, qui est nécessaire au fonctionnement du port, est une mission de service public (25 janvier 1952, *Boglione*, n°95093 et 96642 p. 55 qui juge qu'une concession d'outillage est à la fois une CSP et une concession de travaux ; 17 avril 1959, *Abadie*, n°22239 p. 239; 26 juin 1974, *Port autonome de Marseille*, p. 369). A l'inverse, un contrat se limitant à permettre à une société d'occuper le domaine public portuaire pour y exercer une activité privée et ne comportant aucune concession d'outillage public était qualifié de convention d'occupation domaniale (8 juin 2011, *Port autonome de Marseille*, n° 318010, aux T).

Ce raisonnement, pertinent pour qualifier une délégation de service public, ne l'est plus lorsqu'il s'agit seulement de savoir si le droit d'exploiter est la contrepartie d'une prestation de service, public ou non, dont bénéficie l'acheteur public.

Il est au demeurant plus délicat à tenir après la réforme des ports autonomes métropolitains, désormais appelés « Grands ports maritimes », réalisée par la loi du 4 juillet 2008, dont l'objectif, selon l'exposé de ses motifs, est de recentrer leurs missions « sur les missions d'autorité publique (accès maritimes, police portuaire, sécurité et sûreté) et de régulation, ainsi que sur les fonctions d'aménageur du domaine portuaire, qui leur est transféré en pleine propriété. Leurs missions et leurs responsabilités relatives aux dessertes terrestres sont renforcées », ainsi que de simplifier et de rationaliser l'organisation de la manutention portuaire en mettant en place des « opérateurs intégrés de terminaux responsables de l'ensemble des opérations de manutention et exerçant sur cette activité une autorité réelle et permanente. Pour y parvenir les grands ports maritimes cessent, sauf cas exceptionnels, de détenir ou d'exploiter des outillages de manutention et les transfèrent à des opérateurs ». La définition des missions de ces établissements par l'article L. 5312-2 du code des transports ne mentionne donc pas l'outillage public. L'article L. 5312-4 du même code précise que « *Le grand port maritime ne peut exploiter les outillages utilisés pour les opérations de chargement, de déchargement, de manutention et de stockage liées aux navires qu'à titre exceptionnel, après accord de l'autorité administrative compétente et si le projet stratégique mentionné à l'article L. 5312-13 le prévoit. En outre, il ne peut exploiter ces outillages que* » dans selon certaines modalités particulières⁴.

La plupart des commentateurs de cette loi⁵ ont déduit de ces dispositions que l'exploitation d'installations portuaires ne constituait plus un service public. Cela ne ressort cependant explicitement ni de la loi ni de ses travaux préparatoires et l'on pourrait soutenir que le législateur a seulement entendu en imposer une gestion déléguée.

³ En cas d'utilisation privative par le cocontractant, il y a seulement occupation domaniale (Section, 29 juin 1951, *Compagnie générale transatlantique*, p 378).

⁴ « 1° En régie ou par l'intermédiaire de filiales, à condition qu'il s'agisse d'activités ou de prestations accessoires dans l'ensemble des activités d'outillage présentes sur le port ; 2° Par l'intermédiaire de filiales pour un motif d'intérêt national ; (...) 3° Par l'intermédiaire d'une filiale, après échec d'un appel à candidatures organisé en application de l'article 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire ; 4° En détenant des participations minoritaires dans une personne morale de droit privé. »

⁵ R. Peylet, La réforme portuaire de 2008, RJEP, avril 2009, étude 8 ; R. Rozenhel, La création des grands ports maritimes, RFDA 2008, p. 969 ; R. Rozenhel, La gestion des ports maritimes après la réforme portuaire, Revue de droit des transports n° 9, 2008, étude 11.

Nous ne nous attarderons cependant pas sur cette question qui ne nous paraît pas déterminante car, comme nous l'avons dit, la qualification du contrat ne dépend plus de l'existence d'un service public. Il faut rechercher s'il vise à satisfaire un besoin de la personne publique. Que ce besoin corresponde à l'exécution d'une activité de service public ou non est désormais indifférent.

Or la notion de satisfaction d'un besoin de la personne publique cocontractante est plus large que celle de service public. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi jugé qu'une convention d'aménagement en vue de la réalisation d'un pôle de loisirs devait être qualifiée de marché public de travaux, alors même que la personne publique n'était pas propriétaire des ouvrages à réaliser ni n'avait vocation à le devenir, dès lors qu'il ressortait de la convention que « par la réalisation du pôle de loisirs dans son ensemble, la commune de Roanne cherche à repositionner et à redynamiser le quartier de la gare » (CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Cne de Roanne*, n° C-220/05). Plus récemment, elle a qualifié de concession de services un ensemble contractuel conclu entre un pouvoir adjudicateur chargé de rembourser aux assurés des frais de transport en taxi liés aux traitements médicaux, le Kansaneläkelaitos, et des sociétés de taxi ayant pour objet d'organiser les modalités de cette prise en charge. Elle a ainsi indiqué qu'il « convient de constater, en premier lieu, que la circonstance que le Kansaneläkelaitos ne soit pas responsable de l'organisation des transports en taxi n'implique pas que, au regard des caractéristiques propres de l'ensemble contractuel en cause au principal, ce pouvoir adjudicateur n'ait pas confié la prestation d'un service à ses cocontractants dans le cadre dudit ensemble contractuel » et, après avoir relevé les différents services rendus, a conclu que « l'ensemble contractuel en cause au principal permet ainsi au Kansaneläkelaitos de réaliser des économies et de remplir d'une manière plus efficace sa mission légale de remboursement des frais de transport en taxi liés aux traitements médicaux des assurés » (CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, n° C-269/14). Il résulte de ces jurisprudences que le contrat doit être regardé comme conclu pour les besoins de la personne publique lorsqu'il concourt à l'exercice de ses missions, même s'il n'a pas directement pour objet de confier à un tiers l'exercice de l'une de ses compétences.

La mission à laquelle il doit concourir ne saurait cependant être la gestion et la valorisation du domaine public de la personne publique, puisqu'alors ce critère ne permettrait plus de distinguer la commande publique de l'autorisation d'occupation domaniale. Il faut, comme le rappelle le point 11 du Préambule de la directive 2014/23, qu'il y ait « *acquisition de travaux ou services spécifiques* » et non uniquement la définition « *des conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question* ».

Est-ce le cas des « conventions de terminal » conclues dans le cadre de la réforme portuaire de 2008 ?

L'objet général de ces conventions est décrit par l'article R. 5312-84 du code des transports, aux termes duquel « *Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur 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 liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où*

ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints. »

La convention conclue par le Grand port maritime de Bordeaux en 2014 correspond en tous points à ce que prévoient ces dispositions. A cet égard, elle comporte indubitablement un important aspect domanial. Elle vaut "*autorisation d'occuper le domaine public*" et met à disposition de l'exploitant terrains, infrastructures et outillages publics. Le titulaire verse à l'établissement portuaire une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable dépendant de l'activité.

La mise à disposition de ces biens publics vise à permettre au titulaire d'assurer « l'exploitation technique et commerciale du Terminal. A ce titre : il a la responsabilité de toutes les opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage de conteneurs et d'autres marchandises ...; il construit les équipements, bâtiments, outillages et terre-pleins nécessaires...», les entretient, « prend en charge les opérations de chargement/déchargement/manœuvre des trains pour son compte et le compte de tiers », etc. (art 5.1).

Mais la convention comporte également des stipulations qui révèlent que cette activité répond aux besoins de la personne publique. Les plus caractéristiques sont celles de l'article 4 qui assignent à l'exploitant des objectifs de trafic et fixent des indicateurs de suivi en termes de volumes annuels manutentionnés : l'opérateur doit présenter à l'établissement public un plan quinquennal de prévision des trafics, peut négocier avec lui la révision des objectifs et doit lui adresser chaque mois « un tableau détaillant l'activité qu'il vient de réaliser au cours du mois écoulé », comportant au moins un certain nombre d'informations précises sur « le volume manutentionné à quai, les nombre d'escales, les productivités nettes et brutes, le temps de livraison des conteneurs, les taux de pannes », etc. Toute nouvelle activité que souhaiterait développer l'opérateur est subordonnée à l'accord du Grand port maritime de Bordeaux. Ces objectifs sont étroitement contrôlés et leur méconnaissance répétée est un motif de résiliation de la convention.

Par ailleurs, les biens publics et les biens construits par le titulaires qui sont « indispensables à la poursuite de l'exploitation portuaire du Terminal ... reviendront automatiquement et de plein droit au nouvel opérateur désigné par le GPMB ou à défaut au GPMB » (art 19). Cette règle de retour des biens est caractéristique des services concédés.

Les obligations qui pèsent sur le titulaire de la convention en application de ces stipulations dépassent les contraintes imposées à l'occupant du domaine public dans l'intérêt de ce dernier ou dans l'intérêt général ou, pour reprendre les termes du point 15 du préambule de la directive relative aux concessions, "*les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question*". Elles traduisent un besoin de l'établissement portuaire que satisfait le titulaire en développant son activité privée, ce qui est le principe même de la concession. Comme l'écrit le professeur Richer, « l'objet des contrats de concession est de capter les forces des opérateurs privés au profit de l'intérêt public. »⁶

Le besoin de l'établissement que la convention permet de satisfaire est la réalisation de la première des missions que l'article L. 5312-2 lui donne, à savoir « *la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes* » (1°). L'exploitation des installations

⁶ L. Richer, « La concession en débat », LGDJ, coll. Systèmes, 2014, p. 207.

portuaires permet le fonctionnement des services qu'un port offre à ses usagers : débarquement, embarquement, manutention, stockage. C'est d'ailleurs parce que ces activités constituent l'essentiel du fonctionnement du port que l'établissement public qui le gère peut, aux termes de L. 5312-4 et par dérogation au principe de leur externalisation, les assurer en quasi-régie en l'absence de candidat extérieur pour le faire. Et c'est également pour cette raison que, loin de se désintéresser des résultats d'une activité privée, l'établissement public impose au titulaire des objectifs précis de développement du trafic, dont la méconnaissance peut entraîner la résiliation de la convention.

L'aspect domanial l'aurait emporté à nos yeux dans la qualification si la loi avait supprimé toute compétence des grands ports maritimes pour « *la réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes* », ne leur laissant par exemple que les missions de police, sûreté et sécurité et de gestion et valorisation de leur domaine, qu'ils exercent également. Mais alors la convention n'aurait pas pu fixer d'objectifs à l'exploitant ni prévoir un contrôle de leur réalisation. En réalité, la loi n'a pas supprimé cette compétence qui figure en tête des missions des grands ports maritimes ; elle les oblige seulement à en externaliser l'exécution, sous leur contrôle. Pour le dire autrement, elle limite les choix de gestion des établissements portuaires pour l'exécution de missions qu'ils conservent.

Dans ces conditions, ces conventions de terminal nous paraissent répondre à la définition des concessions. Le point 15 de la directive relative aux concessions que nous avons cité et dont se prévaut le Grand port maritime de Bordeaux n'exclut pas par principe de cette qualification les droits d'exploiter des installations portuaires : elle ne les exclut que lorsque la convention se borne à fixer "*les conditions générales d'utilisation des domaines ou des ressources publiques, sans acquisition de travaux ou de services spécifiques*". Or nous avons vu que tel n'était pas le cas des conventions de terminal, qui satisfont des besoins de la personne publique, de manière par exemple beaucoup plus claire et directe que dans une convention d'aménagement, qui relève aujourd'hui de la commande publique et dont la passation est soumise, en fonction du mode de rémunération de l'aménageur, aux procédures de passation applicables aux marchés publics ou aux concessions.

Dès lors que la convention de terminal conclue par le Grand port maritime de Bordeaux en 2014 relève de la commande publique, la convention de substitution qui confie son exécution à un autre opérateur doit recevoir la même qualification. Elle ne se limite pas plus que la convention initiale à permettre au régisseur d'exploiter le domaine public.

Non seulement elle répond aux besoins que l'établissement portuaire avait entendu satisfaire en concluant la convention principale, mais elle répond aussi à son besoin d'en assurer l'exécution malgré la défaillance du titulaire. C'est donc autant par son objet que par sa finalité qu'elle répond aux besoins du Grand port maritime de Bordeaux.

Si vous partagez les analyses qui précèdent, vous admettez donc que la convention du 21 septembre 2016 est au nombre des contrats pouvant faire l'objet d'un référé contractuel. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas rendu publique son intention de la conclure, la circonstance que la société Sea invest ait effectué un référé précontractuel ne faisait pas obstacle à ce qu'elle le transforme en référé contractuel après la signature du contrat (19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435, au rec).

Si l'examen de la recevabilité du référé ne rendait pas nécessaire la qualification de la convention litigieuse au regard des différentes catégories de contrats de la commande publique auxquelles il s'applique, vous devrez y procéder pour déterminer les règles applicables à sa

passation, qui ne sont pas les mêmes pour les marchés publics et pour les concessions. Le manquement invoqué étant l'absence totale de mise en concurrence, ce sont celles qui permettent de déroger à ce principe général de la commande publique qu'il convient de rechercher.

Le critère de distinction entre les marchés publics et les concessions tient au mode de rémunération du titulaire, par un prix versé par le pouvoir adjudicateur ou par l'exercice du droit d'exploitation qu'il lui a concédé, le concessionnaire en supportant le risque (art 5 ordonnance du 29 janvier 2016).

Comme nous l'avons dit, la rémunération du titulaire de la convention de terminal de 2014 est assurée par l'exploitation du service. Il s'agit donc d'une concession.

La question de la qualification du contrat de substitution est plus délicate, particulièrement lorsqu'il intervient comme en l'espèce dans le cadre d'une concession, compte tenu du mode particulier de rémunération de son titulaire. A notre connaissance, vous n'avez jamais eu l'occasion d'y répondre.

La convention de substitution en litige stipule sur ce point que "la régie étant exercée aux frais et risques du titulaire défaillant, à savoir la société Europorte, le régisseur a droit à l'équilibre financier inhérent à la mission du régisseur lequel sera apprécié sur la base d'une comptabilité spécifique et détaillée que le régisseur s'engage à mettre à disposition à tout moment du GPMB qui pourra l'auditer en tant que de besoin". Grammaticalement discutable, cette formulation est surtout peu claire.

Il est aisé de comprendre ce qu'implique l'exécution d'un marché public par un autre opérateur aux frais et risques du titulaire : le maître d'ouvrage ne paiera que le prix qu'il avait convenu de verser au titulaire défaillant, lequel supportera la charge des surcoûts liés à la substitution, notamment les prix en général plus élevés demandés par l'opérateur de substitution.

Il est en revanche plus difficile de transposer un tel schéma dans le cadre de l'exécution d'une concession, où la rémunération du concessionnaire résulte de la différence entre les recettes et les charges de l'exploitation, charges au nombre desquelles figurent l'amortissement des investissements, sans qu'une marge bénéficiaire lui soit garantie (auquel cas il ne s'agirait plus d'une concession). Comment comprendre, dès lors, ce "droit à l'équilibre financier inhérent à la mission du régisseur" prévu par la convention litigieuse ?

La seule portée utile que nous lui voyons est de renvoyer à l'équilibre financier du contrat initial, qui n'est en l'occurrence chiffré nul part mais que la SMPA, titulaire du marché de substitution, devait bien connaître puisqu'elle était la sous-traitante du titulaire initial et qu'elle a réalisé, à ce titre, les principaux investissements. Cette situation particulière explique probablement l'imprécision de la convention sur ce point.

Nous en déduisons que le risque de l'exploitation de la convention de terminal demeure à la charge du titulaire défaillant, alors même qu'il n'en a plus la maîtrise. Si tout se déroule comme le titulaire l'avait prévu, c'est à dire si l'exécution du contrat parvient à réaliser son équilibre financier prévisionnel, le nouvel opérateur percevra les fruits de l'exploitation à la place du titulaire défaillant. Si l'équilibre n'est pas atteint et a fortiori si l'exploitation est déficitaire, ce déficit sera supporté par le titulaire défaillant. L'application d'un tel mécanisme,

surtout en cas de difficultés, ne sera pas simple mais nous pouvons nous en tenir à son principe pour répondre à la question de la qualification du contrat de substitution.

Dans cette configuration à trois parties, le pouvoir adjudicateur, le titulaire initial et le régisseur qui lui est substitué, deux raisonnements, qui aboutissent à des solutions opposées, sont envisageables, selon le point de vue auquel on se place.

Le premier consiste à se placer du point de vue du régisseur et à considérer qu'étant garanti contre tout risque d'exploitation par le titulaire défaillant, le contrat n'a pas pour objet de lui transférer ce risque et ne peut donc être qualifié de concession. Il s'agirait donc d'un marché dont le prix serait représenté par l'équilibre financier du contrat que le pouvoir adjudicateur lui garantit, prix qu'il ne verserait pas lui-même mais qu'il ferait payer par le titulaire défaillant en application des pouvoirs de sanction qu'il tire du contrat initial.

Le second raisonnement consiste à se placer du point de vue du pouvoir adjudicateur. Pas davantage que dans la convention de concession initiale, il ne versera le moindre prix pour obtenir les prestations commandées. Elles seront exécutées par un autre opérateur aux frais et risques du concessionnaire, ce qui est toujours une forme de rémunération par les résultats d'une exploitation qui est simplement partagée. Mais le pouvoir adjudicateur n'a récupéré ni le droit d'exploitation ni le risque qui lui est afférent.

Plusieurs raisons nous conduisent à préférer cette seconde solution. Elle nous semble tout d'abord plus en phase avec la définition de la concession qui suppose que le pouvoir adjudicateur obtienne une prestation en contrepartie d'un droit d'exploitation concédé au titulaire. Or tel est bien l'économie fondamentale du contrat de substitution qui accorde à son titulaire un droit d'exploitation, à charge pour lui de poursuivre l'exécution de la concession initiale. Le risque de l'exploitation n'est pas assumé par le pouvoir adjudicateur mais par le titulaire défaillant qui se trouve plutôt du côté de l'exploitant que du pouvoir adjudicateur.

Ensuite, elle présente l'avantage de la continuité avec le contrat initial pour l'exécution duquel ce contrat de substitution est conclu. Si l'on peut parfaitement concevoir qu'un marché public soit passé pour faire face à une difficulté ponctuelle d'exécution d'une concession, il en va différemment lorsque l'objet du contrat est exactement le même, seule la personne de l'opérateur changeant du fait de la mise en œuvre, dans le cadre du contrat initial, d'un pouvoir de sanction qu'il prévoit.

Enfin, la qualification de marché nous paraît très théorique. Si elle peut se défendre juridiquement, nous sommes plus dubitatifs sur sa pertinence économique. Or ces catégories contractuelles correspondent avant tout à des dispositifs économiques différents dont les particularités justifient les régimes juridiques qui les régissent. Il convient donc de rechercher la qualification juridique qui correspond le mieux à la logique qui sous-tend les droits et obligations qui font l'objet du contrat. Or, dans le cas d'espèce, il nous semble que le contrat de substitution ne fait que transférer au régisseur le mouvement concessif qui animait le contrat initial, sans rien lui ôter de ce qui en fait la spécificité. Que le régisseur soit garanti de tout risque d'exploitation ne modifie pas cette analyse, dès lors qu'il est garanti non par le pouvoir adjudicateur qui ne paiera aucun prix mais par le concessionnaire défaillant. A cet égard, nous ne déduirons pas de la vague stipulation que nous avons citée concernant la rémunération du titulaire que le pouvoir adjudicateur garantirait à son tour le régisseur contre des difficultés de paiement du titulaire initial.

Si vous partagez cette analyse, vous appliquerez au contrat litigieux les règles relatives aux concessions.

Ni l'ordonnance du 29 janvier 2016, ni son décret d'application, ni d'ailleurs la directive 2014/23 ne prévoient de dérogation aux règles de mise en concurrence auxquelles sont soumises ces contrats.

Vous avez cependant admis par votre décision *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique* du 4 avril 2016 (n° 396191, aux T), qu'"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. 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".

Ces règles, dégagées pour les délégations de service public, nous semblent applicables aux concessions de service. Même si elles ne sont pas exprimées dans les mêmes termes, leur esprit rejoint celles applicables aux marchés publics résultant de l'article 30 du décret du 25 mars 2016. Les deux contrats ne se distinguant que par les modalités de la rémunération du titulaire, rien ne justifierait de ne pas tenir compte de l'urgence pour une concession alors qu'elle peut l'être pour un marché. Il serait même paradoxal que les concessions, dont le régime de passation est moins contraignant que celui des marchés publics, fasse sur ce point l'objet d'un régime beaucoup plus strict.

La présente espèce offre une illustration de l'utilité de cette extension car, à supposer même que le service concédé ne soit plus un service public, il concourt évidemment au bon fonctionnement du service public portuaire puisque, comme nous l'avons dit, il en assure l'exécution.

Les conditions de la conclusion en urgence d'une convention de gré à gré pour pallier la défaillance du titulaire nous semblent remplies : certes, la société Europorte, titulaire de la convention de Terminal, ne s'est pas soudainement désintégré. Mais son contrat prévoyant une médiation, le Grand port maritime de Bordeaux devait attendre l'échec de cette dernière pour constater la défaillance du titulaire. Cette défaillance faisait obstacle à l'exploitation du terminal portuaire et des nombreux investissements dont il avait fait l'objet, ainsi qu'à l'exécution des conventions passées avec des compagnies maritimes. Par ailleurs, nous l'avons vu, l'établissement public ne pouvait en principe légalement exploiter lui-même le terminal. L'urgence à en assurer le fonctionnement nous paraît donc établie. Par ailleurs, cette convention n'est pas une nouvelle concession de services, mais une convention de substitution, dont l'éventualité était prévue par le contrat initial, aux frais et risques du titulaire, et conclue pour une durée limitée, nécessaire à la conclusion d'une nouvelle convention. La dérogation aux règles de la commande publique apparaît donc relativement limitée.

Nous n'aurions pas davantage d'hésitations à tenir le même raisonnement en application des dispositions de l'article 30 du décret de 2016, si vous deviez opter pour une qualification de marché public.

Précisons enfin, au cas où vous auriez quelques hésitations sur le moyen de cassation que nous vous avons proposé, que ces motifs justifieraient également la cassation de l'ordonnance attaquée, puisque le juge du référé n'a pas retenu cette exception tenant à l'urgence et que vous exercez un contrôle entier sur ce point.

Si vous nous suivez vous rejetterez les conclusions de la société Sea Invest Bordeaux, à la charge de laquelle vous pourrez mettre le versement de sommes de 4 000 euros à la société de manutention portuaire d'Aquitaine et au Grand port maritime de Bordeaux, au titre des frais qu'ils ont exposé devant vous et devant le juge du référé.