



Le développement du transport maritime passe par celui des ports. Il est loin le temps où l'on protégeait les villes portuaires par des fortifications, et qu'une chaîne fermait la passe d'entrée du port pour empêcher l'intrusion des navires ennemis. Aujourd'hui les ports constituent plus que jamais une ouverture sur le monde. Aucun Etat ne vit en autarcie, même ceux qui n'ont pas un accès direct à la mer. La mondialisation de l'économie se réalise grâce au transport maritime dont les moyens sont gigantesques.

Pour s'adapter à ce contexte, les ports sur lesquels se regroupe la majeure partie du trafic maritime se sont dotés d'espaces de stockage importants et d'équipements de manutention de grande capacité. Au moins deux raisons justifient cette stratégie, d'une part, les entreprises travaillent de plus en plus à flux tendu et préfèrent stocker leurs marchandises dans les ports plutôt que dans l'enceinte des usines, et d'autre part, la grande taille des moyens de manutention (facteur de productivité) ne permet pas de faire du transbordement direct du navire vers les camions, les wagons ou les péniches.

Les préoccupations environnementales impliquent d'éloigner les activités portuaires des zones urbaines en raison des bruits, de la pollution atmosphérique et des risques qu'elles génèrent pour la sécurité des personnes. Le régime des installations classées pour la protection de l'environnement s'applique à diverses installations portuaires comme les entrepôts d'hydrocarbures et de produits chimiques, les stocks de pondéreux secs comme le charbon ou le minerai. Les cercles de danger déterminés autour des sites concernés constituent les limites en-deçà desquelles aucune activité humaine extérieure à l'entreprise ne peut s'exercer de manière pérenne.

Il n'est plus envisageable pour des raisons évidentes de sécurité et de préservation de l'environnement de faire traverser les villes par une succession de camions et de trains, situation qui de surcroît, ralentirait la desserte portuaire.

La conception de l'aménagement des ports a évolué pour les adapter au développement du trafic maritime. Cette stratégie doit s'accompagner d'une évolution du régime juridique d'occupation du domaine portuaire afin de faciliter le partenariat avec les entreprises du secteur

privé.

Faut-il remettre en cause la domanialité publique dans les ports maritimes ou plutôt les conditions d'occupation du domaine public portuaire ?

I – La finalité de la domanialité publique

Selon l'article 538 du Code civil, les ports faisaient partie du domaine public. Ce texte a été abrogé par l'Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques qui a remplacé la partie législative du code du domaine de l'Etat. Il convenait de ne pas prendre l'article 538 au pied de la lettre car la notion domaine public en 1804 devait s'interpréter comme le domaine appartenant à une personne de droit public, et non au sens où nous l'entendons aujourd'hui.

La définition du domaine public donnée par le Code du domaine de l'Etat était très imprécise, il s'agissait des biens appartenant aux personnes de droit public et non susceptibles d'être dans le commerce. C'est la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a dégagé les critères de la domanialité publique en considérant qu'elle s'appliquait aux biens appartenant à une personne de droit public et affecté à l'usage du public, ou aménagé spécialement pour le service public . Rapidement, la jurisprudence a donné une portée extensive à cette définition en considérant que la proximité d'un ouvrage public pouvait constituer un « aménagement spécial » , c'est en application de cette doctrine que récemment la Haute Juridiction a estimé que des terrains du domaine de l'Etat situé à proximité du port de Saint-Tropez faisaient partie du domaine public .

A partir de 1981, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a admis que les établissements publics pouvaient être propriétaires d'un domaine public propre . Les ports maritimes autonomes et aujourd'hui les grands ports maritimes sont concernés par cette évolution jurisprudentielle.

Le juge administratif est allé encore plus loin en élaborant la théorie du domaine public virtuel, c'est-à-dire qu'un terrain appartenant à une personne de droit public destiné à la réalisation d'un projet d'aménagement d'ouvrage public, fait partie du domaine public avant même le commencement des travaux . Cette théorie est en principe devenue caduque depuis l'entrée en vigueur du Code général de la propriété des personnes publiques.

A – Le régime juridique des zones industrialo-portuaires

En France, jusqu'au 31 décembre 1983, tous les ports maritimes faisaient partie du domaine public de l'Etat, et ce, en raison des critères de la domanialité publique résultant de la jurisprudence. Toutefois, il était admis que les terrains des zones industrielles gérées par les ports maritimes autonomes puissent faire partie du domaine privé , notamment à la suite d'une procédure de déclassement . Le juge administratif a fait preuve de réalisme, sachant que la précarité de l'occupation du domaine public constitue un handicap pour les investissements privés.

A l'intérieur de la circonscription des ports maritimes autonomes (aujourd'hui les grands ports

maritimes), il n'y a pas en principe de régime domanial uniforme, on y rencontre à la fois du domaine public et privé de l'établissement public, de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, voire des propriétés privées. La théorie de la domanialité publique globale élaborée par le Conseil d'Etat n'a pas été appliquée dans les zones portuaires industrielles gérées par les ports maritimes autonomes. D'ailleurs, elle est semble-t-il aujourd'hui remise en cause par la jurisprudence administrative .

Le Code général de la propriété des personnes publiques entré en vigueur en 2006 a prévu une définition générique du domaine public et une définition spécifique du domaine public maritime artificiel (c'est-à-dire le domaine public portuaire).

Selon l'article L 2111-1 de ce Code : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ». Le lien entre le domaine public et le service public est plus étroit que celui qui existait dans la définition jurisprudentielle puisqu'il faut que l'aménagement soit « indispensable » au service public tandis que précédemment il était seulement « spécial ».

Le législateur a jugé utile de définir le domaine public portuaire comme suit : « Le domaine public maritime artificiel est constitué :

- 1° Des ouvrages ou installations appartenant à une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui sont destinés à assurer la sécurité et la facilité de la navigation maritime ;
- 2° A l'intérieur des limites administratives des ports maritimes, des biens immobiliers, situés en aval de la limite transversale de la mer, appartenant à l'une des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 et concourant au fonctionnement d'ensemble des ports maritimes, y compris le sol et le sous-sol des plans d'eau lorsqu'ils sont individualisables » (art. L 2111-6 du C.G.P.P.P).

Cette définition du domaine public artificiel comporte une ambiguïté importante, en effet que doit-on entendre par « concourant au fonctionnement d'ensemble des ports maritimes » ? On pourrait être tenté de donner une portée extensive à cette définition en raison de la généralité des termes employés. Cependant, elle constitue une exception à la définition de portée générale, il y a lieu d'en faire une interprétation restrictive comme pour toute exception . Ainsi, le législateur n'a pas voulu incorporer au domaine public les terrains situés dans la circonscription d'un port maritime autonome et faisant partie du domaine privé.

B – La destination du domaine public portuaire et sa protection

Pour exercer ses missions, l'autorité portuaire dispose d'un patrimoine remis en jouissance ou en pleine propriété par l'Etat , ou qu'elle acquiert. Parmi la jurisprudence administrative concernant la destination du domaine public on trouve par exemple, la construction d'un bassin portuaire , ou d'une aire de carénage , l'entretien d'une digue , des aménagements pour l'exercice d'activités nautiques et touristiques ... Il n'y a pas de liste exhaustive de critères se rapportant à la destination du domaine public, il s'agit d'une appréciation subjective faite par le juge administratif qui n'exerce qu'un contrôle minimum, c'est-à-dire que seule l'erreur manifeste

d'appréciation est sanctionnée .

Toutes les activités exercées par une autorité portuaire ne relèvent pas du service public, c'est le cas de la gestion de son domaine privé , contrairement à la gestion du domaine public . Il n'y a donc pas lieu de vouloir incorporer l'ensemble des biens immobiliers gérés ou appartenant à une autorité portuaire dans le domaine public.

La domanialité publique a pour effet de procurer une protection particulière au domaine concerné, notamment à travers la police de la grande voirie. Toutefois, ce régime dérogatoire au droit commun de la responsabilité des personnes de droit privé ne saurait avoir une portée extensive, il ne sanctionne que les atteintes au domaine public portuaire et au fonctionnement des services publics portuaires. Malgré cette réserve, la domanialité publique dans les ports maritimes constitue un handicap pour les investissements privés, en raison notamment du caractère précaire et révocable des autorisations d'occupation du domaine public, de l'impossibilité de conclure des baux commerciaux, du non renouvellement de plein droit des conventions d'occupation, de l'absence de reconnaissance de l'existence d'un fonds de commerce au profit des occupants...

Si la domanialité publique a constitué un régime juridique très protecteur de l'intérêt général c'est parce qu'à l'origine, d'autres branches du droit n'existaient pas comme le droit de la concurrence ou le droit de l'environnement. L'ordonnement juridique s'étant étoffé au fil du temps, il y aurait lieu de revoir la portée de la domanialité publique.

II – La domanialité publique portuaire et la conciliation des intérêts « publics et privés »

La protection de l'intérêt général implique une appréhension du droit distincte de celle se rapportant à la prise en compte des intérêts particuliers. La gestion du domaine public constitue une mission de service public à caractère administratif impliquant la compétence du juge administratif en cas de litige avec les occupants. Ce domaine constitue le siège du service public portuaire : « qui inclut, à la fois, la sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port » , et doit permettre l'accès égal et régulier des usagers aux ouvrages et services concernés .

Cette finalité du domaine public justifie-t-elle d'importantes dérogations au droit commun de la propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de la liberté des prestations de services ? La jurisprudence et le législateur ont tenté d'atténuer la rigueur du régime de la domanialité publique, mais il subsiste d'importantes contraintes que ne connaissent pas les investisseurs sur des terrains privés.

A – L'évolution législative et jurisprudentielle

Tandis que, selon la jurisprudence, l'existence de droits réels sur le domaine public était déclarée incompatible avec les règles de la domanialité publique, la loi n° 94- 631 du 25 juillet 1994 remettait en cause ce principe sous certaines réserves, dont la durée limitée de ces droits à celle de l'autorisation domaniale. Déjà, à cette époque, le juge administratif avait reconnu le droit de propriété de l'occupant du domaine public sur les ouvrages qu'il a réalisés, et ce,

pendant la durée de l'autorisation ; sauf si les constructions participent directement au fonctionnement du service public . Le législateur avait pour sa part institué le bail emphytéotique administratif susceptible de s'appliquer sur le domaine public des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics. Ce régime permet d'accorder des contrats d'occupation de longue durée au profit des preneurs.

Le Conseil Constitutionnel a validé la reconnaissance de droits réels au profit des occupants du domaine public en soulignant toutefois que : « il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté », et il ajoute que les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due : « font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté » .

A l'occasion du déclassement par la voie législative du domaine public des aéroports de Paris, le Conseil Constitutionnel a admis que les biens immobiliers concernés pouvaient demeurer le siège de l'exploitation de services publics, mais convient-il, des garanties légales doivent être prévues pour assurer l'existence et la continuité de ces services, notamment par le contrôle des obligations par l'Etat et par l'application de sanctions administratives susceptibles d'être infligées en cas de manquement à ces obligations . La domanialité publique n'est donc plus indispensable au fonctionnement du service public, de même que, selon la jurisprudence communautaire, la gestion d'une infrastructure de transport, comme un port maritime, ne doit pas relever obligatoirement du service public ou du service d'intérêt économique général . Le juge administratif a admis pour sa part qu'une personne de droit privé pouvait gérer un service public sans qu'elle soit titulaire d'une concession.

On le constate, le droit public est en pleine mutation, mais de sérieuses contraintes subsistent pour les occupants du domaine public. Ainsi, ils n'ont pas un droit acquis au renouvellement de leur autorisation , il s'agit d'un principe général de la domanialité publique . Le non-renouvellement n'ouvre pas droit à une indemnisation .

A l'expiration de l'autorisation d'occupation du domaine public, même en cas de retrait anticipé, l'occupant n'a aucun droit au maintien dans les lieux . C'est en application du principe de précarité de toute autorisation sur dudit domaine que la jurisprudence refuse d'admettre l'existence de baux commerciaux sur le domaine public . Selon cette doctrine, un amodiateur du domaine public ne peut pas accorder un bail commercial à un cocontractant, s'il le fait néanmoins, il engage sa responsabilité .

Le bail commercial ayant été considéré pendant longtemps comme un élément fondamental du fonds de commerce, les juridictions administratives continuent de considérer que l'occupant du domaine public ne peut pas posséder un tel fonds. Le Conseil d'Etat a jugé que : « eu égard au caractère révocable, pour un motif d'intérêt général, d'une convention portant autorisation d'occupation du domaine public, ainsi que du caractère personnel et non cessible de cette occupation, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont

l'occupant serait propriétaire » . Or, à présent, selon la jurisprudence judiciaire, le fonds de commerce peut exister sans droit au bail , il peut même être exploité sur le domaine public . La Cour de Cassation a qualifié le fonds de commerce d'universalité mobilière , il s'agit donc d'un bien dissociable de la nature immobilière du domaine public portuaire. Le juge administratif consent seulement à reconnaître la responsabilité du gestionnaire du domaine public qui a conclu à tort un bail commercial .

Dans le contexte du droit communautaire dans lequel le respect du droit de la concurrence prime le régime juridique des biens utilisés, les intérêts des opérateurs économiques doivent être renforcés sans pour autant compromettre de manière excessive la protection de l'intérêt général.

B – La recherche d'un compromis entre les intérêts publics et privés

Si l'intérêt général transcende les intérêts particuliers, c'est pour assurer, en matière portuaire, le fonctionnement normal du port. La contrainte imposée aux opérateurs privés ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif à atteindre, et ce, en application du principe général de droit communautaire de proportionnalité .

Quel assouplissement peut-on envisager pour la domanialité publique ?

Si les autorisations d'occupation du domaine public sont en principe incessibles, il existe toutefois des exceptions, c'est le cas pour celles dont les commerçants sont titulaires dans les marchés d'intérêt national, les intéressés peuvent présenter un successeur ; de même pour les titulaires d'autorisations de cultures marines .

En créant un bail emphytéotique administratif sur le domaine public des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, l'article L 1311-3 du Code général des collectivités territoriales reconnaît l'existence, certes limitée dans le temps, d'un droit réel sur ledit domaine. Cette initiative a ouvert la voie à la reconnaissance d'une manière plus générale de droits réels au profit des occupants du domaine public , ainsi qu'à la possibilité de recourir au crédit-bail sur ledit domaine .

Malgré ces progrès les droits des occupants du domaine public demeurent toujours limités dans le temps, puisque l'occupation du domaine public est précaire et révocable. Toutefois, en cas de retrait de l'autorisation d'occupation pour un motif d'intérêt général, l'occupant doit être indemnisé de son préjudice direct, matériel et certain, même s'il n'est pas titulaire de droits réels.

La concession d'outillage public portuaire confère le droit d'exploiter un service public et une autorisation d'occupation du domaine public . Si les autorisations domaniales sont à la fois personnelles et incessibles , l'article 36 de la loi n° 2006 – 10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements, d'une part, à autoriser le concessionnaire à céder ou à faire un apport en société de sa concession d'outillage public, et d'autre part, à prendre des participations dans les sociétés portuaires titulaires de la concession . Cette faculté de créer des sociétés portuaires

pour exploiter l'outillage public n'a pas été étendue aux ports maritimes relevant de la compétence de l'Etat.

Ne convient-il pas de pratiquer une distinction entre les missions régaliennes (ex : police, aménagement des infrastructures, organisation de l'embauche des dockers intermittents...) et les activités économiques de l'autorité portuaire ? C'est ce qu'a fait en matière aéroportuaire la Cour de justice des communautés européennes qui a considéré que l'accueil des aéronefs dans un aéroport constituait une activité économique, et devait être traitée comme une entreprise au regard du droit de la concurrence. C'est-à-dire qu'il n'y a aucune raison pour que l'autorité portuaire ne soit pas perçue de la sorte, et que l'abus de position dominante qu'elle pourrait exercer ne soit pas sanctionné . Il y a lieu de souligner que selon le Conseil d'Etat, le gestionnaire du domaine public doit prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et respecter le droit de la concurrence .

C'est dans cette voie qu'il faut rechercher un compromis entre l'intérêt général et l'intérêt des usagers du port. Ainsi que l'a relevé la Cour de Justice, « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » . Pour déterminer si les activités en cause sont celles d'une entreprise, il faut rechercher quelle est la nature de ces activités .

Le partenariat entre le gestionnaire du port et les occupants du domaine public portuaire doit être équilibré. Un progrès a été réalisé avec la création des conventions de terminal dans les grands ports maritimes , elles se substituent aux concessions actuellement en cours. Certes, le principe de précarité de l'occupation subsiste, mais l'opérateur bénéficie de droits réels indemnisables en cas de retrait anticipé. De plus, il dispose d'une plus large liberté de gestion que celle reconnue au concessionnaire d'outillage public .

Conclusion

Malgré plusieurs assauts législatifs, la domanialité publique constitue encore un solide rempart pour la protection de l'intérêt général. Une brèche a cependant été ouverte avec le déclassement des biens immobiliers de « Aéroports de Paris », tandis que le droit de la concurrence tempère le pouvoir régalien des gestionnaires du domaine public. Il reste encore du chemin à parcourir pour sécuriser les investisseurs privés dans les ports, mais le recours au déclassement du domaine public devrait permettre sans doute d'y parvenir.

Robert REZENTHEL

Docteur en droit

Chargé de cours à l'Université de Lille II