

L'avenir des concessions portuaires en Afrique de l'Ouest et du Centre

Ousmane TOURÉ

Directeur général du centre TRAINMAR de Dakar

Robert RÉZENTHEL

Avocat au barreau de Montpellier

Les États d'Afrique francophones et la France ont une culture juridique commune résultant de l'époque de la colonisation. Certains textes publiés avant l'indépendance demeurent en vigueur, les nouveaux États n'ayant pas toujours jugé opportun de les remettre en cause.

S'agissant des ports maritimes de commerce de la côte ouest de l'Afrique, des « ports autonomes » ont été créés pour en assurer la gestion, sous le régime de l'établissement public de l'État ou d'une société nationale. Quelle que soit la forme juridique retenue, le rôle de l'État demeure particulièrement important.

La gestion des ports africains repose principalement sur deux concepts faisant l'objet d'une interprétation rigide : le service public et la domanialité publique. Ils constituent les fondements du régime des concessions d'aménagement et d'exploitation des ports. L'application progressive du droit communautaire africain (traités de la CEDEAO¹, de l'UEMOA², de la CEMAC³ et de l'OHADA⁴), ainsi que des relations avec l'Union européenne (Accord de Cotonou)⁵ devrait faciliter la libéralisation de la gestion portuaire.

Depuis 2004, le nombre de concessions portuaires en Afrique de l'Ouest n'a cessé de croître⁶ et ce en raison d'une insuffisance de capacité financière des établissements portuaires. On observe qu'il existe souvent un monopole d'exploitation des terminaux à conteneurs, circonstance qui affecte de manière substantielle la possibilité pour d'autres entreprises d'offrir un service équivalent.

Nous observons trois caractéristiques du régime des concessions en Afrique francophone, en premier lieu, la préférence nationale⁷, en second lieu, une participation du secteur public dans les entreprises privées concessionnaires, et en troisième lieu, la reconnaissance de la nécessité de mettre en place un mécanisme de régulation.

I – La nécessité d'une évolution du contexte juridique

La relation contractuelle mettant en présence l'autorité concédante et le concessionnaire obéit à des motivations à la fois stratégiques et économiques puisqu'il s'agit de transférer

1 Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest

2 Union économique et monétaire ouest-africaine

3 Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique Centrale

4 Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

5 Il s'agit d'un accord de coopération conclu le 23 juin 2000 (révisé) entre les États Afrique, Caraïbes, Pacifique (ACP), l'Union européenne et ses États membres.

6 Les ports suivants ont donné lieu à la conclusion de concessions portuaires : en 2004 Tema (Ghana) et Douala (Cameroun), en 2006 Apapa (Nigeria), en 2008 Abidjan (Côte d'Ivoire), en 2010 Cotonou (Bénin), Lomé (Togo), Monrovia (Liberia), Freetown (Sierra Leone), et Conakry (Guinée).

7 Loi sénégalaise n° 2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n° 65-61 du 19 juin 1965 portant code des obligations de l'administration.

à ce dernier la responsabilité du financement de l'aménagement et de l'exploitation d'ouvrages et d'équipements portuaires d'un coût particulièrement élevé.

Le régime de la concession a pour objectif de valoriser l'investissement privé dans le domaine portuaire et de satisfaire l'intérêt général. Dans les États de l'Afrique de l'Ouest et du Centre, l'autorité portuaire prend souvent une participation⁸ dans le capital des sociétés exploitant les terminaux.

Dans ces États, la domanialité publique portuaire semble figée autour des grands principes énoncés depuis longtemps par la jurisprudence française : l'inaliénabilité, la précarité et le caractère personnel des autorisations d'occupation. Il convient cependant de souligner qu'un mécanisme de régulation se met progressivement en place, c'est le cas au Sénégal avec la loi CET n° 2009-21 du 4 mai 2009 ; on peut également estimer que la création de l'Agence Nationale des ports du Maroc correspond à la même démarche⁹.

En France, les principes évoqués ci-dessus demeurent le fondement de cette domanialité, mais des adaptations législatives et jurisprudentielles sont intervenues au fil du temps afin de prendre en compte la valorisation économique du domaine portuaire et le développement de nouvelles branches du droit, comme celui de la concurrence.

L'Afrique est le continent qui compte le plus d'États sans littoral¹⁰ dont l'économie desquels est tributaire du passage des marchandises par les ports des États littoraux. La concurrence entre les ports est vive et le dynamisme managérial des autorités portuaires n'est pas suffisant pour affronter la compétition économique internationale. Celles-ci doivent disposer d'instruments juridiques adaptables à l'évolution du contexte concurrentiel. Il ne s'agit pas de défendre l'application d'un « droit mou », mais d'admettre une interprétation libérale des textes compatible avec l'État de droit.

Il convient de rappeler que le domaine public comporte deux aspects, d'une part, il appartient à une personne de droit public, et en particulier à l'État dans les ports autonomes de la côte ouest de l'Afrique, et d'autre part, c'est son affectation à des fins d'intérêt général qui en constitue la spécificité par rapport au droit privé de la propriété immobilière.

Le régime de la concession portuaire¹¹ comprend à la fois l'autorisation d'occuper le domaine public et l'obligation d'aménager et d'exploiter le périmètre et les ouvrages mis à la disposition du concessionnaire. Au regard de la terminologie encore en vigueur dans certains États comme la Tunisie¹² et le Maroc¹³, c'est une délégation de service public. Or, la notion de service public ne connaît pas de définition claire et précise. En France, il s'agit d'une activité d'intérêt général contrôlée par une personne de droit public. L'exercice de

8 Au Sénégal, le Port autonome de Dakar est actionnaire de 10 % dans le capital de DP World pour la concession du terminal à conteneurs, 5 % dans celui de Dakar-Terminal pour le terminal roulier et 10 % dans celui de NECOTRANS pour le terminal vraquier. Les opérateurs locaux pourraient prendre ensemble une participation de 25 %. Au Ghana, le concessionnaire du terminal à conteneurs « Ghana Meridian Port Services » regroupe la société Bolloré pour 35 %, APMT 35 % et Ghana Port Harbours Authority 30 %. En République du Congo, le concessionnaire Congo terminal regroupe la société Bolloré pour 51 %, SDV Congo, SOCOTRANS, SAMARITI, TRANSLO, MAERSK pour 25 %, ainsi que des opérateurs privés nationaux pour 24 %.

9 Dahir n° 1-05 du 23 novembre 2005, consacrant la loi n° 15-02 relative aux ports.

10 « La desserte portuaire des États sans littoral » colloque de Dunkerque 26 au 28 octobre 1992, éd. Port autonome de Dunkerque.

11 « Les concessions portuaires » R. Rézenthel, Gaz. Pal. 12 – 13 septembre 1997 p. 16, Revue africaine des affaires maritimes et des transports, juillet 2010, n° 2, p. 53. « Les concessions portuaires » (Organisation et octroi des concessions) R. Rézenthel, DMF 1997 p. 188 ; DMF 1997 p. 294 ; DMF 1997 p. 410 ; « La délégation de service public et les concessions portuaires » R. Rézenthel – DMF 1998 p. 619 ; « Concessions portuaires et aéroportuaires » R. Rézenthel, Jurisclasseur contrats et marchés publics, fascicule n° 530 (octobre 2007), mise à jour 1, 2010. (refonte 2015) ; « Concessions d'outillages publics portuaires : vers une libéralisation discrète » R. Rézenthel, Revue « L'actualité de la commande et des contrats publics » 2006 – n° 54 – avril p. 67.

12 Loi du 1^{er} avril 2008.

13 Loi n° 54-05 du 14 février 2006.

prérogatives de puissance publique ne constitue plus un critère déterminant du service public¹⁴. L'autorité administrative dispose ainsi d'un large pouvoir d'appréciation de l'existence d'un tel service¹⁵.

Outre une législation très concise sur la domanialité publique remontant dans la plupart des cas à l'époque coloniale¹⁶, les États africains ne disposent pas pour la plupart d'entre eux d'une législation développée concernant les concessions, ils se réfèrent dans ce cas, soit aux règles des marchés publics, soit aux dispositions et à la jurisprudence applicables en France.

En France, un risque de confusion existe quant au régime juridique applicable en matière de concession dans la mesure où la pratique se réfère également à la notion de « concession d'occupation du domaine public »¹⁷ qui n'implique pas la gestion d'un service public, ni la réalisation de travaux publics, il s'agit d'une simple autorisation d'occupation temporaire du domaine public.

Selon l'article 5 de l'Ordonnance n° 2016 – 65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions : « Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

« La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».

Tant dans les États de l'Afrique de l'ouest et du centre qu'en France, l'octroi des concessions portuaires donnent lieu à un appel à candidatures, et ce, afin d'éviter toute position privilégiée indûment octroyée. Néanmoins, cette procédure n'exclut pas une situation de monopole dès lors qu'elle n'a pas un caractère abusif et qu'elle ne compromet pas la continuité du service public.

Le cahier des charges des concessions comporte les principales règles de la concession, il énumère les biens concédés, mais aucune définition n'est donnée des catégories concernées, c'est-à-dire les biens de retour et les biens de reprise. En Afrique, la jurisprudence sur les concessions ne compense pas vraiment cette carence, parce qu'elle est, soit inexistante, soit difficile à consulter.

La clarification du régime juridique des ouvrages et installations concédés est pourtant déterminante pour les investisseurs qui ont besoin de garanties pour emprunter. La durée de la concession fait partie de celles-ci, elle doit permettre l'amortissement des investissements réalisés par le concessionnaire.

Les occupants disposent-ils d'un droit de propriété pendant la durée de la concession ? En France, le Conseil d'État a jugé que : « *dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique* »¹⁸, c'est la définition des biens de retour.

La Haute Juridiction ajoute que : « *lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique ; que la faculté offerte aux parties au contrat d'en disposer autrement ne peut s'exercer, en ce qui concerne les droits*

14 CE Sect 25 juillet 2008, Commissariat à l'énergie atomique, req n° 280163 ; CE 10 juin 2013, M. B... A..., req n° 327375.

15 CE Sect 6 avril 2007, commune d'Aix-en-Provence, req n° 284736.

16 « Contribution à l'étude juridique des concessions portuaires » Clément SEKA ABA, éd. L'Harmattan (2015).

17 CE 4 avril 1997, société Ledoyen, req n° 137065.

18 CE Ass 21 décembre 2012, commune de Douai, req n° 324788.

réels dont peut bénéficier le cocontractant sur le domaine public, que selon les modalités et dans les limites définies [par le] code général de la propriété des personnes publiques ou [le] code général des collectivités territoriales et à condition que la nature et l'usage des droits consentis ne soient pas susceptibles d'affecter la continuité du service public ». L'arrêt conclut que : « le contrat peut attribuer au délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée ».

Ainsi, il est possible de reconnaître au concessionnaire un droit de propriété sur les ouvrages et installations qu'il a financés, et ce, jusqu'à la fin de la concession. La jurisprudence avait déjà admis¹⁹ ce droit de propriété au profit des titulaires d'autorisations d'occupation temporaire du domaine public portuaire.

Dans le silence de la loi et de la jurisprudence dans les États africains disposant de ports maritimes, les autorités portuaires estiment que les constructions réalisées sur le domaine public portuaire en font partie, appliquant ainsi la théorie de l'accessoire. Une telle doctrine est de nature à freiner les investissements et par voie de conséquence, à affecter le développement portuaire.

Les autorités portuaires africaines sont-elles irrémédiablement soumises à la rigidité de la loi domaniale non conçue pour permettre le développement économique des ports et à l'absence de jurisprudence ?

Dans tous les États de droit la Constitution affirme la supériorité juridique des conventions internationales sur la loi interne. Ainsi, l'article 98 de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 dispose que : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Dès lors, si la loi interne est imprécise ou ne contient pas de dispositions répondant aux préoccupations des autorités portuaires, celles-ci peuvent, le cas échéant, se référer aux traités et accords internationaux pour assurer une gestion efficace de leurs terminaux.

L'article 4 du code civil français rappelle un principe universel, à savoir qu'il n'y a pas de vide juridique, les magistrats ont l'obligation de statuer même en l'absence de textes, ou lorsque ceux-ci sont confus ou contradictoires. Ce principe s'impose également à toutes les autorités administratives qui ne peuvent pas refuser de poursuivre les objectifs économiques et sociaux de leur gouvernement, notamment en raison des engagements internationaux de l'État, sous le prétexte de l'imprécision de la loi.

II – La prise en compte des traités et accords internationaux

Le régime de la concession portuaire n'est pas expressément consacré par un texte de droit international. Toutefois, ce sont les objectifs résultant des accords internationaux qui doivent guider les autorités portuaires dans leur stratégie de gestion. Parmi les objectifs du traité²⁰ instituant la CEDEAO on relève la libéralisation des échanges, la suppression des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, la promotion des entreprises communes par les organisations du secteur privé et les autres opérateurs économiques, l'harmonisation des codes nationaux des investissements... Quant aux principes mentionnés dans le traité, on relève notamment la transparence et la justice économique et sociale.

Il s'agit d'un texte d'inspiration libérale qui tend à permettre l'harmonisation des politiques en matière de transports et de desserte maritimes²¹.

Les États de l'Afrique de l'Ouest ont par ailleurs créé l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), dont le préambule du traité confirme l'orientation libérale de cette institution en affirmant que les

19 CE 23 juin 1993, société SICER, req n° 111569.

20 Art. 3 du traité de la CEDEAO (version 2010)

21 Art. 32 d) du traité de la CEDEAO (version 2010)

États membres doivent « *se conformer aux principes d'une économie de marché ouverte, concurrentielle et favorisant l'allocation optimale des ressources* ». L'article 4 dudit traité stipule que parmi les objectifs poursuivis il y a la nécessité de « *renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des États membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé* ». En conséquence, la gestion du domaine public portuaire doit s'inscrire dans ce contexte.

Une recommandation²² de l'UEMOA du 27 juin 2002 invite les États membres à « *ouvrir le secteur de la manutention dans les ports de l'Union au secteur privé, tout en assurant les conditions d'une saine concurrence et la promotion des petites et moyennes entreprises du secteur* ».

A l'instar du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, le traité de l'UEMOA prévoit l'application de droits dérivés à travers les règlements et les directives. L'article 43 de ce traité dispose que : « Les directives lient tout État membre quant aux résultats à atteindre ». C'est-à-dire que les États membres doivent intégrer dans leur droit interne les objectifs fixés par les directives.

Deux directives ont été adoptées par l'UEMOA, l'une²³ concernant les procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, l'autre²⁴, relative au contrôle et la régulation des marchés publics et des délégations de service public. La procédure de mise en concurrence, la présentation et la sélection des dossiers de candidature sont détaillées dans la première, tandis que des mesures de contrôle sont prescrites dans la seconde. Un dispositif d'éthique est mis en place afin d'éviter les pratiques frauduleuses et les actes de corruption. Ces directives consacrent néanmoins la préférence nationale dans l'attribution des concessions et marchés publics.

Les concessions portuaires sont soumises aux prescriptions des directives dans la mesure où relèvent du régime de la commande publique. Cependant, les activités de manutention portuaires, de stockage et de transport des marchandises à l'intérieur des ports ne doivent pas être qualifiées de missions de service public. Dans ce cas, elles ne devraient seulement donner lieu qu'à une occupation du domaine public, laquelle ne relève pas nécessairement du régime de la concession, comme le précise le paragraphe 15 du préambule de la directive n°2014/23/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne.

Un régime juridique différent de celui de la concession pourrait être envisagé à l'instar de la « convention de terminal portuaire »²⁵ en vigueur dans les grands ports maritimes français. Une telle solution nécessiterait un assouplissement des règles de la domanialité publique notamment une reconnaissance de droits réels au profit des opérateurs, la possibilité pour ceux-ci d'accorder des hypothèques pour garantir les emprunts réalisés pour les opérations d'aménagement dans l'intérêt du port, et une indemnité en cas d'éviction pour un motif d'intérêt général.

Une telle évolution serait compatible avec les traités que nous venons d'évoquer, mais également avec l'Accord de Cotonou du 23 juin 2000 (révisé) consacrant un partenariat entre les États Afrique, Caraïbes, Pacifique (A.C.P) et l'Union européenne et ses États membres. Cette convention internationale a parmi ses objectifs l'apport d'une contribution au développement économique de ces États A.C.P, en les aidant à relever les défis de la mondialisation. Elle rappelle que « la bonne gestion des affaires publiques fait partie intégrante du développement à long terme ».

Selon l'article 21 de l'Accord de Cotonou « *La coopération soutient, au niveau national et/ou régional, les*

22 Art. 5-I de la recommandation n° 02/2002/CM/UEMOA du 27 juin 2002 relative à la simplification et à l'harmonisation des procédures administratives et de transit portuaire au sein de l'UEMOA. Une directive n° 04/2008/CM/UEMOA du 28 mars 2008 porte mise en place d'un cadre institutionnel harmonisé du sous-secteur maritime au sein de l'UEMOA. On note également une directive n° 03/2008/CM/UEMOA du 28 mars 2008 relative aux fournisseurs de services portuaires au sein de l'UEMOA.

23 Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.

24 Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.

25 « La convention de terminal portuaire » R. Rézenthel, Revue droit de la voirie et du domaine public 2010, n° 146, (sept) p. 140.

réformes et les politiques économiques et institutionnelle nécessaires à la création d'un environnement propice à l'investissement privé et au développement d'un secteur privé dynamique, viable et compétitif ». Afin de respecter cette doctrine, les autorités portuaires doivent entretenir des rapports juridiques et économiques équilibrés avec les opérateurs de manutention. En d'autres termes, s'il est logique en raison des fonctions qu'elles exercent, que les autorités portuaires occupent une position dominante, celle-ci ne doit pas être abusive. L'intérêt général doit être leur principal objectif.

Conclusion

Dans une économie mondialisée, le droit doit être avant tout une technique fiable permettant de valoriser le patrimoine public en partenariat avec les entreprises du secteur privé qui sont les principaux investisseurs. Les traités et conventions internationales dont les États de l'Afrique de l'ouest sont signataires affirment la nécessité d'améliorer le niveau de vie des populations.

Par leur rôle déterminant pour l'économie nationale et régionale, les ports maritimes sont des infrastructures de transport dont la gestion doit être transparente et consensuelle. Il y a lieu de conforter le pouvoir régalién de l'autorité portuaire, et ce, afin de sécuriser les intérêts nationaux. Cependant, un équilibre doit être assuré entre les intérêts en présence, des garanties doivent être accordées aux investisseurs notamment par la reconnaissance de droits réels sur le domaine public portuaire au profit des occupants.

Même dans le silence des textes, l'innovation en matière de gestion domaniale est possible dès lors que les principes fondamentaux du droit sont respectés. Ainsi, d'autres régimes juridiques peuvent coexister avec les concessions portuaires.