

## Décision du Tribunal administratif n° 2300337 du 30 avril 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 4 août 2023 et des mémoires enregistrés les 3 et 24 novembre 2023, la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils, représentée par la Selarl Froment Meurice et Associés, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision du 17 avril 2023 par laquelle le directeur général du Port autonome Papeete (PAP) a refusé de faire droit à sa demande tendant à ce que la convention d'outillage privé avec obligation de service public soit prolongée, ensemble la décision par laquelle la même autorité a implicitement rejeté son recours gracieux ;

2°) d'enjoindre au PAP de se prononcer à nouveau sur sa demande dans le délai d'un mois à compter du jugement à intervenir ;

3°) à titre infiniment subsidiaire, si le tribunal devait par extraordinaire accueillir la requalification de l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public (l'AOP-OSP) en une délégation de service public, déclarer que la grue et tout le matériel nécessaire aux activités d'acconage sont des biens de retour et que le PAP doit prendre en charge la valeur non encore amortie de tout le matériel en cause ;

4°) de mettre à la charge du PAP une somme de 800 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requalification de la convention d'AOP-OSP en une délégation de service public opérée par le PAP est manifestement erronée ;

- la jurisprudence dont se prévaut le PAP n'est pas applicable aux faits de l'espèce ; les deux textes sur lesquels le conseil d'État s'est fondé : le code général des collectivités territoriales -dont les dispositions en cause n'étaient pas applicables la Polynésie française- et la loi n° 93-122 du 29 janvier 93 relative à la prévention de la corruption et pour la transparence de la vie économique et des procédures publiques ne sont pas applicables en Polynésie française sauf pour les conventions de délégation de service public réalisées par l'État et ses établissements publics ; la requalification d'un contrat administratif en une délégation de service public implique l'existence d'un service public ; à aucun moment le PAP justifie l'existence d'une mission de service public ; la convention en débat porte sur une autorisation d'outillage privé et non sur une concession d'outillage public comme dans la jurisprudence mentionnée par le PAP ;

- la réglementation relative aux délégations de service public résulte de la loi de pays n° 2009-21 du 17 décembre 2009 modifiée relative au cadre réglementaire des délégations de services publics de la Polynésie française et de ses établissements publics ; selon l'article 1er de cette loi du pays une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, sous son contrôle, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation des services ; en l'espèce aucune mission de service public ne lui a été déléguée ; ni la convention en question ni le cahier des

charges qui est associé ne comportent la moindre disposition imposant une mission de service public ; le seul article de la convention, l'article 5. 3, susceptible de prévoir une disposition s'en rapprochant est relatif à un service minimum ; la convention ne prévoit pas un contrôle du PAP sur l'activité de la société ; le mécanisme de la DSP est en contradiction avec le fonctionnement de l'acconage sur le PAP, les trois sociétés interviennent, de manière concurrentielle, pour répondre aux besoins de chargement/déchargement des navires ; il n'y a donc aucune carence de l'initiative privée ; le PAP ne justifie pas des raisons qui justifieraient aujourd'hui la mise en place d'une DSP pour une activité commerciale concurrentielle ;

- en vertu de l'article D. 112-3-1 du code des ports maritimes de la Polynésie française : " L'installation et l'exploitation d'outillages portuaires mis à la disposition du public peuvent porter sur des biens mobiliers ou immobiliers. Ils peuvent : (/) - lorsque ces outillages n'appartiennent pas à l'autorité portuaire ou lorsqu'ils sont affectés aux opérations de manutention portuaire, faire l'objet d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. " ; Ce mode d'occupation est clairement distingué de la concession par l'article D. 112-3-5 : " l'autorité portuaire peut autoriser, sous forme de concessions, (/) et le cas échéant, d'outillage public au sein de ces ports. " ; s'agissant des concessions d'outillage public, les dispositions du code des ports maritimes impliquent que les outillages appartiennent à l'autorité portuaire, en l'espèce ; il n'est pas douteux que les outillages sont privés ;

- aucune raison juridique ne s'oppose à la prolongation de la convention demandée par l'entreprise ; alors que placée dans l'obligation de mettre en place les moyens techniques et matériels appropriés et étant dans l'obligation de s'adapter aux évolutions du trafic maritime (article 5.1. a) et 6.1 de la convention), elle est dans son droit de commander et mettre en place cette nouvelle grue et même dans l'obligation si elle veut satisfaire à ses obligations ; l'achat d'un tel équipement implique un investissement très important et lui permet de bénéficier des mécanismes légaux de défiscalisation ; elle est fondée à présenter sa demande de prolongation renouvellement de son autorisation ;

- subsidiairement si la convention devait être requalifiée en délégation de service public le matériel d'outillage privé deviendra nécessairement de l'outillage public ; ces biens relèvent obligatoirement de la catégorie des biens de retour impliquant qu'à l'expiration de la convention ils deviennent la propriété de l'autorité délégante gratuitement, sous réserve qu'ils aient été amortis au cours de l'exécution du contrat ; tel n'est pas le cas en l'espèce ;

- l'audit prévu par l'article 4.3 du cahier des charges vise uniquement à s'assurer que la part variable de la redevance est conforme et correctement calculée ; il ne s'agit nullement de s'assurer qu'elle satisfait à des obligations.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 10 octobre et 24 novembre 2023, le Port autonome de Papeete conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir :

- à titre principal que la requête est irrecevable ; les décisions du 17 avril 2023 et la décision implicite, née du silence de PAP après la réception de sa lettre du 9 mai 2023, reçu le 10 mai 2023 par le ministère de tutelle, sont des décisions confirmatives de refus ;

- à titre subsidiaire qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par une ordonnance du 24 novembre 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 18 décembre 2023.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- 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 ;
- le code des ports maritimes de la Polynésie française ;
- la loi du Pays n° 2020-34 du 8 octobre 2020 relative aux relations entre l'administration de la Polynésie française et ses usagers ;
- la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics ;
- l'arrêté n° 27 CM du 14 janvier 2016 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Boumendjel, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Waibel, pour la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils, et celles de Mme A, représentant le Port autonome de Papeete.

1. La SA Entreprise J.A. Cowan et Fils exerce, notamment, une activité de manutention portuaire et de logistique au sein de la zone Motu Uta du terminal de commerce international du Port autonome de Papeete (PAP). Elle est titulaire d'une convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public l'autorisant à occuper des parcelles domaniales afin qu'elle puisse exercer son activité. Un cahier des charges, approuvé en conseil des ministres, est annexé à cette convention et prévoit les conditions d'utilisation des ouvrages et outillages privés. Elle a acquis de la société Liebherr une grue portuaire pour 480 000 000 F CFP. Compte tenu de l'importance de cet investissement, l'entreprise a formulé une demande de prolongation de la convention d'outillage privé avec obligation de service public par courrier du 27 février 2023. Le 29 mars 2023, le conseil d'administration du PAP a refusé de faire droit à cette demande. Cette décision a été notifiée à l'entreprise par courrier du directeur général du Port autonome du 17 avril 2023. Son recours gracieux, qui a été réceptionné par le Port autonome de Papeete le 10 mai 2023, ayant été implicitement rejeté, la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils demande au tribunal, par la présente requête d'annuler cette décision du 17 avril 2023, ensemble la décision implicite rejetant son recours gracieux.

Sur la fin de non-recevoir opposée en défense par le PAP :

2. D'une part, aux termes de l'article R. 421-1 al. 1 du code de justice administrative : " La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. "

3. D'autre part, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai. Lorsque dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre de la décision, est exercé contre cette décision un recours gracieux ou un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ce recours administratif, ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'il a été rejeté.

4. Il ressort des pièces dossier que la société requérante a introduit un recours administratif, qui a été réceptionné le 10 mai 2023, à l'encontre de la décision du 17 avril 2023 par laquelle le PAP a refusé de faire droit à sa demande de prolongation de la convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. En application du principe cité au point précédent, le délai du recours contentieux contre la décision initiale a recommencé à courir à compter du 10 juillet 2023, date à laquelle une décision implicite de rejet, et non une simple décision confirmative, est intervenue. Aussi, alors que la présente requête, qui a été enregistrée le 4 août 2023, est dirigée contre les décisions des 10 mai et 10 juillet 2023, le PAP n'est pas fondé à soutenir que le délai de recours contre la décision initiale avait expiré et que la présente requête, dirigée contre ces deux décisions, est irrecevable.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

5. Il ressort des pièces dossier que, pour rejeter la demande de la SA Entreprise JA Cowan et Fils tendant à obtenir la prolongation de la durée de la convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public, le PAP a estimé qu'étant concessionnaire d'une mission de service public, elle relevait du régime juridique applicable aux délégations de service public et qu'elle ne relevait d'aucune des hypothèses de prolongation d'une délégation de service public prévues à l'article LP. 17 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009.

6. D'une part aux termes de l'article D. 112-2-1 du code des ports maritimes de la Polynésie française : " L'autorisation d'occuper le domaine portuaire est temporaire et délivrée à titre personnel, précaire et révocable. / Elle comporte la délimitation de la zone, définit les conditions de son aménagement, de son exploitation et le montant de la redevance due à raison de l'occupation. En tant que de besoin, un cahier des charges signé par le permissionnaire est annexé au titre d'autorisation. En cas de projets immobiliers, un plan d'amortissement des constructions projetées est annexé au titre d'occupation ". En vertu de l'article D. 112-3-1 de ce code : " L'installation et l'exploitation d'outillages portuaires mis à la disposition du public peuvent porter sur des biens mobiliers ou immobiliers. Ils peuvent : - lorsque ces outillages n'appartiennent pas à l'autorité portuaire ou lorsqu'ils sont affectés aux opérations de manutention portuaire, faire l'objet d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. / Les autorisations et concessions définies ci-dessus peuvent être accordées à des collectivités publiques, à des établissements publics, à des entreprises du secteur privé ou à des sociétés d'économie mixte. () ". Selon l'article D. 112-3-2 du même code : " Dans les ports autonomes, l'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public prend la forme d'une convention, à laquelle est annexé un cahier des charges, conclue entre l'autorité portuaire et le pétitionnaire. / () ". L'article D. 112-3-3 de ce code précise : " Le cahier des charges prévu à l'article précédent est conforme au modèle

type arrêté en conseil des ministres en fonction de l'activité portuaire concernée. Il précise notamment :  
- les conditions d'utilisation des ouvrages et outillages privés ; - les redevances dues par le pétitionnaire et les modalités de leur révision ; - les obligations de service public de l'exploitant ; - le montant du cautionnement exigé du bénéficiaire de l'autorisation ; - les conditions dans lesquelles le bénéficiaire justifie le montant des charges et des ressources annuelles afférentes à l'exploitation ; - les investissements mis à la charge du pétitionnaire ; - le plan d'amortissement et le plan de financement des installations ".

7. D'autre part, aux termes de l'article LP. 1er de la loi du Pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 : " Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, sous son contrôle, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. / () / Les dispositions de la présente "loi du pays" s'appliquent aux délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics. ". Selon l'article LP. 16 de cette même loi du Pays : " Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par le conseil des ministres ou le conseil d'administration de l'établissement public délégant, selon les cas, en fonction des prestations demandées au délégataire. / Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. " Selon l'article LP. 17 de ce même texte : " Une délégation de service public ne peut être prolongée que : a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ; b) Lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. / La prolongation mentionnée au a) ou au b) ne peut intervenir qu'après une décision du conseil des ministres ou du conseil d'administration de l'établissement public délégant, selon les cas et donne lieu à un avenant. / Les délibérations du conseil d'administration relatives à la prolongation de la délégation de service public sont rendues exécutoires par arrêtés pris en conseil des ministres. ". En vertu de l'article LP. 30 de cette loi du Pays : " Les articles LP. 1er, LP. 2, LP. 6, LP. 16, LP. 17, LP. 21 à LP. 23 sont applicables aux conventions de délégation de service public en cours. ".

8. Indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures

prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

9. Il ressort de la convention du 12 novembre 2007, conclue entre la société requérante et le PAP, que la manutention portuaire a été réformée en octobre 1987, période à laquelle des délibérations cadre ont été adoptées par le gouvernement de la Polynésie française afin de confier les opérations de déchargement et de chargement des navires à trois sociétés d'acconage privées, agréées et titulaires d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public. Selon l'article 1er " Objet de la convention " : " La présente convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de sas publics a pour objet d'autoriser l'entreprise de manutention portuaire à occuper le domaine public portuaire, telle que délimité sur le plan figurant à l'annexe deux, pour y exercer son activité conformément au cahier des charges type applicable aux entreprises d'acconage ci-annexé. ". Les autres articles de cette convention sont relatifs aux redevances et autres rémunérations, au caractère personnel de l'autorisation accordée, aux assurances, à la résiliation de la convention, aux annexes contractuels et notamment le cahier des charges type applicable aux entreprises d'acconage exerçant sur le port. Ainsi, il résulte de cette convention et de ses documents annexes que le Port autonome a entendu autoriser la société requérante à occuper le domaine public portuaire afin d'exercer une mission d'intérêt général en mobilisant ses propres matériels. Or, un contrat qui se limite 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 est une convention d'occupation domaniale. Aussi, en dépit du dispositif de contrôle de la part variable de la redevance mise à la charge de son cocontractant et de l'obligation d'assurer un service minimum, le PAP ne peut être regardé comme ayant confié à la société requérante la gestion d'un service public. Par suite, la SA Entreprise JA Cowan et Fils est fondée à soutenir qu'en se fondant sur la circonstance que son activité d'acconage, exercée dans le cadre d'une autorisation d'outillage privé avec obligation de service public, relevait du régime juridique d'une délégation de service public, le PAP a entaché sa décision d'une erreur de droit.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la décision du 17 avril 2023 ensemble la décision par laquelle le directeur général du Port autonome a implicitement rejeté son recours gracieux doivent être annulées.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

11. L'exécution du présent jugement implique que le PAP réexamine la demande de prolongation de la durée de la convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public dont l'avait saisi la SA Entreprise JA Cowan et Fils. Il y a lieu de lui enjoindre d'y procéder sous deux mois.

Sur les frais liés au litige :

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge du PAP une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

**D E C I D E :**

Article 1er : La décision du 17 avril 2023 par laquelle le directeur général du Port autonome Papeete (PAP) a refusé de faire droit à sa demande tendant à ce que la convention d'outillage privé avec

obligation de service public soit prolongée, ensemble la décision par laquelle le directeur général du Port autonome de Papeete a implicitement rejeté le recours gracieux de la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils sont annulées.

Article 2 : Il est enjoint au Port autonome de Papeete de réexaminer la demande de prolongation de la convention d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public de la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 3 : Le Port autonome de Papeete versera à la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la SA Entreprise J.A. Cowan et Fils et au Port autonome de Papeete.

Délibéré après l'audience du 16 avril 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 30 avril 2024.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

Le président,

P. Devillers

La greffière,

D. Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,

Un greffier,