

LA MANUTENTION PORTUAIRE ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE : BILAN ET PERSPECTIVES

La Commission Européenne doit publier prochainement un «paquet portuaire», qui fait suite à la publication du «Livre Vert sur les ports et les infrastructures maritimes» de décembre 1997. Cette Synthèse vise à apporter un éclairage sur l'évolution de la politique portuaire communautaire et sur sa continuité.

Des carences d'application du droit communautaire à rattraper

L'Union européenne est fondée sur une union douanière et un marché unique des marchandises, des services, et des travailleurs. La manutention portuaire est concernée par les trois volets de ce marché unique. Plongée dans le jeu de la concurrence inter portuaire, la manutention portuaire doit maintenant porter une attention accrue au respect des règles de concurrence qui organisent un marché en voie de libéralisation.

Le secteur portuaire est longtemps resté dans les «zones grises» de la politique communautaire : il en résulte une application accélérée du droit communautaire aux ports, afin de combler le retard pris.

Son environnement économique ne s'est en effet libéralisé que tardivement. La libéralisation des transports maritimes n'a débuté qu'en 1986, et est aujourd'hui en voie d'achèvement. Les politiques communautaires de développement des transports terrestres n'ont connu de développement véritable que dans les années 90.

Aujourd'hui, la libéralisation générale des transports terrestres et maritimes est acquise, et les politiques communautaires des transports sont lancées : les activités portuaires sont tenues de prendre en compte ces bouleversements.

Il demeurerait cependant que les règles communautaires générales s'adaptent mal à la libéralisation des activités portuaires.

Le droit communautaire appliqué au secteur portuaire a ainsi connu une phase d'expérimentation jurisprudentielle de détermination des activités concernées et d'application du droit de la concurrence à ces activités, avant que le *Livre vert sur les ports maritimes et les infrastructures maritimes* (décembre 97) ne vienne formaliser cette expérience et jeter les fondements d'une politique ordonnée de concurrence dans la manutention portuaire, portant en filigrane la réforme des structures des marchés liés à la manutention portuaire (occupation des domaines portuaires, manutention, fourniture de main d'œuvre).

Une initiative jurisprudentielle

Pour saisir le secteur portuaire, la jurisprudence communautaire a opéré un travail de distinction entre les activités portuaires. Ce travail a consisté à faire la part entre les activités économiques relevant de la pleine application du droit communautaire, les activités économiques n'en relevant que partiellement car elles ont la charge d'intérêts généraux, économiquement pénalisante, («services d'intérêt économique général» - SIEG), et les activités non-économiques ne relevant pas du tout du droit communautaire économique (ex : fonctions d'autorité publique).

Certaines activités ont été exonérées comme relevant de l'autorité publique : la prévention antipollution concédée dans un port à une structure privée (*Affaire Diego Cali*).

Certaines activités (les SIEG) ont pu bénéficier d'aménagements strictement limités dans l'application des règles communautaires, du fait de leur objet (ex : sécurité) et de contraintes qui leurs sont imposées dans un but d'intérêt général (ex : impératifs de continuité et de disponibilité du service, service apporté indépendamment de l'intérêt commercial de l'opération) : lamanage (*Affaire du lamanage dans les ports de Gènes et de La Spezia*) et pilotage (*Affaires du pilotage dans le port de Gènes (2)*).

Les autres activités doivent subir l'application complète des règles du droit communautaire. Il en est ainsi de la manutention portuaire (*Affaire de la manutention du port de Gènes*).

L'organisation de la fourniture de main d'œuvre est diverse en Europe : elle ne peut faire l'objet d'une analyse générale.

Les *pools* de main d'œuvre peuvent être dans la ligne de mire des autorités communautaires. S'ils se comportent pratiquement comme des agences d'intérim, percevant une rémunération pour le placement, ils seront visés par l'ensemble du droit communautaire. Si, au contraire, ils ne sont que des «organismes sociaux», «transparents» économiquement, ils pourront échapper aux règles de concurrence, mais devront respecter les règles relatives aux libertés communautaires. Ils ne devront notamment pas constituer un obstacle à la libre circulation des travailleurs communautaires (*Affaire des dockers du port de Gand*). Malgré la diversité des modes d'organisation en Europe, on observe en général que, devant des impératifs de rentabilité économique, les *pools* ont tendance à évoluer vers des structures de type commercial. L'emprise du droit communautaire sera alors d'autant plus importante.

Bilan du travail jurisprudentiel : un simple travail de régulation du marché

La première voie consiste à garantir le fonctionnement du marché dans son état actuel, sans chercher à remettre en cause sa structure, souvent monopolistique. Aussi, certains aspects du droit communautaire de la concurrence n'ont-ils pas fait l'objet de décisions spécifiques à la manutention (aides d'Etat).

Les autorités communautaires (commission, sous le contrôle du tribunal de première instance et de la cour de justice des communautés européennes) ont alors sanctionné :

- 1) des violations des règles de concurrence,
- 2) des violations des libertés communautaires par les Etats lorsque leur réglementation couvre les comportements des manutentionnaires.

➤ *Sanction des violations des règles de concurrence :*

La jurisprudence communautaire a relevé de nombreux abus de position dominante contre des entreprises de manutention : la fourniture imposée de prestations non demandées («contrats liés» : *Affaire de la manutention du port de Gènes*) ; des attitudes discriminatoires pour traiter les marchandises selon leur origine nationale et communautaire ou selon le pavillon des navires.

De façon plus originale, on citera un abus de position dominante contre un *pool* de main d'œuvre italien. Fournisseur de main d'œuvre pour tous les manutentionnaires du port, et dans le même temps manutentionnaire pour son propre compte, il se trouvait en position anormalement favorable face aux autres manutentionnaires et *ipso facto* coupable d'un abus de position dominante (*Affaire de la manutention dans le port de Gènes (2)*).

Les règles relatives à l'abus de position dominante pourraient même imposer à un armateur-manutentionnaire de se mettre au service d'un armateur concurrent, au nom de la théorie des «*facilités essentielles*» («*essential facilities*»). Selon la théorie, l'opérateur qui dispose d'une infrastructure non duplicable nécessaire à l'exécution d'une activité et exerce cette activité doit la mettre à disposition des 3 concurrents éventuels sur cette activité (sauf impossibilité objective), sous peine de commettre un abus de position dominante (*Affaires des ports de Rodby et de Holyhead*).

Le fait que les pratiques condamnées soient prévues par les législations nationales ne les excuse pas.

- *Sanction des violations des libertés communautaires par les Etats lorsque leur réglementation couvre les comportements des manutentionnaires:*

La réglementation de la manutention du port de Gènes a été condamnée pour violation de la liberté de prestation de service maritime, en imposant des conditions discriminatoires aux pavillons et armateurs communautaires étrangers (*Affaire de la manutention du port de Gènes*).

Les mesures publiques sont sanctionnées fréquemment : elles ne peuvent couvrir des comportements privés (ex : actes ratifiant des tarifs). La législation française qui imposait des droits sur les passagers discriminatoires pour le transport international par rapport au cabotage intérieur a été sanctionnée (*Affaire des droits discriminatoires dans les ports français*). L'Etat danois a été condamné pour violation de la liberté de circulation des marchandises : sa législation discriminait financièrement les marchandises étrangères, au moyen d'un supplément de taxe sur les marchandises importées (*Affaire du supplément de taxe à l'importation dans les ports danois*).

Développement de la structure concurrentielle des marchés relatifs à la manutention portuaire

Au-delà de ce contrôle du fonctionnement du marché dans son état actuel, Bruxelles souhaite désormais développer la structure concurrentielle des marchés liés à la manutention portuaire.

Les principes de sa politique sont exposés dans le *Livre Vert sur les ports et infrastructures maritimes* : la structure concurrentielle des marchés liés à la manutention portuaire passe par deux objectifs :

- 1) les relations autorités portuaires / entreprises de manutention doivent être modifiées et «ouvertes»,
- 2) l'organisation sociale de la manutention portuaire doit être libéralisée.

- *Les relations autorités portuaires / entreprises de manutention doivent être modifiées et «ouvertes»:*

Cela doit :

- 1) permettre de contrôler l'affectation des financements publics, en principe incompatibles avec les règles communautaires de concurrence,
- 2) permettre l'introduction de manutentionnaires concurrents, et permettre ainsi l'effectivité des libertés d'établissement et de prestation de services au bénéfice des entreprises de manutention.

La politique communautaire future passerait en pratique par la séparation des autorités portuaires des autorités publiques générales qui en assument le rôle (ex : dans les ports municipaux belges ou dans le port de Hambourg) et la réduction de ces autorités portuaires à des fonctions de *landlord*, dans un but de transparence financière des diverses activités portuaires.

Ces réformes permettraient un contrôle efficace de l'affectation des fonds publics. Le financement public des infrastructures (c'est-à-dire de la fonction foncière) resterait toléré, les autres aides publiques seraient en principe interdites. La réduction à la fonction de *landlord* pourrait cependant n'être que fonctionnelle (départements distincts et comptes séparés, sans création de nouvelles entités).

D'autre part, la concurrence entre les manutentionnaires serait accrue. Cette mise en concurrence pourrait être successive (par une remise en jeu régulière des concessions) ou instantanée (par la multiplication des opérateurs sur une même place lors du premier appel d'offre). Il va de soi que la mise en concurrence sera d'autant plus crédible que l'autorité portuaire n'aura pas d'intérêts dans la manutention.

- *L'organisation sociale de la manutention portuaire évoluera vers des formes libéralisées :*

L'ouverture, voire la suppression des *pools* (afin de libéraliser la circulation des travailleurs), ou leur mise en concurrence lorsque leur activité est commerciale (du fait de la liberté d'établissement et de prestation de services des entreprises de fourniture de main d'œuvre comparables à des agences d'intérim) sont des évolutions probables.

L'organisation de la main d'œuvre portuaire devra permettre la liberté de circulation des travailleurs.

L'organisation de la main d'œuvre de la manutention portuaire par *pool*, commune en Europe, a déjà été implicitement mise en cause comme mode d'organisation de la profession de docker, au nom de la liberté de circulation des travailleurs communautaires (*Affaire des dockers du port de Gand*).

La jurisprudence communautaire s'expliquera de façon plus complète lorsqu'elle sera saisie sur la question de la liberté de circulation des travailleurs : son analyse face à cette question est en général pragmatique, et recherche l'effectivité des entraves à la liberté de circulation des travailleurs (par exemple : les critères et pratiques d'admission dans le *pool* de *dockers* étrangers, la reconnaissance des qualifications étrangères) : sans interdire les *pools*, elle peut se contenter d'en contrôler le degré d'ouverture.

L'organisation de la main d'œuvre portuaire devra aussi se plier aux exigences des libertés d'établissement et de prestation de services : lorsque les *pools* sont constitués sous forme de sociétés commerciales, ils acquièrent le bénéfice de la liberté d'établissement, voire de la liberté de prestation de services.

Ces libertés, pour s'exercer, imposeraient alors à l'Etat du port d'établissement de faire cesser le monopole dont jouissent les *pools* locaux. On peut ainsi envisager une concurrence entre «*pools*-entreprises commerciales».

Conclusion

La manutention portuaire sort désormais d'une période d'incertitude quant à son régime communautaire. Le «réveil jurisprudentiel» auquel on a assisté au cours des quinze dernières années, complété par le développement de véritables politiques de transport, ont aujourd'hui tracé des lignes directrices claires. Les textes attendus fixeront plus des modalités de mise en œuvre de principes acquis, que les principes eux-mêmes. On peut ainsi s'attendre à ce que la politique communautaire modifie l'organisation de la manutention portuaire dans trois directions :

- Les prestations de manutention devront être fournies de façon non discriminatoire, aucune décision publique n'étant en mesure de «couvrir» des comportements condamnables.
- La manutention évoluera vers une dissociation fonctionnelle gestion foncière / exploitation des équipements.
- La fourniture de main d'œuvre se libéralisera sans doute : soit les *pools* cesseront de constituer des intermédiaires obligatoires ; soit la participation non discriminatoire à ces *pools* sera assurée aux travailleurs communautaires ; soit les *pools* seront autorisés à entrer en concurrence lorsque leur comportement s'apparente à celui d'agences d'intérim.

Affaires citées

- **Affaire Diego Cali** : CJCE, 18/03/1997, Diego Cali & Figli Srl et Servizi Ecologico Porto di Genova SpA, aff. C-343/95, rec., p. 1-1547.

La surveillance préventive antipollution ne constitue pas une activité économique («entreprise»), car elle comporte des fonctions d'autorité publique : les règles de concurrence lui sont inapplicables.

- **Affaire du lamanage dans les ports de Gènes et de La Spezia** : CJCE, 18/06/1998, Corsica ferries France SA c. Gruppo antichi ormeggiatori del porto du Genova et al., aff. C-266/96.

Le lamanage constitue un SIEG et peut si nécessaire bénéficier de dérogation aux règles de concurrence. Des règles de tarification communes à plusieurs ports ne constituent pas une entente.

- **Affaire du pilotage dans le port de Gènes (2)** : Décision de la commission n°97/745/CE au titre de l'art. 90-3 du traité CE relative aux tarifs de pilotage dans le port de Gènes, JOCE, n° L 301/27 du 5/11/1997.

Le pilotage constitue un SIEG. Les rabais sur les tarifs en fonction de la fréquence des touchés doivent avoir une justification économique (ex : bénéfice de la fidélisation), à défaut ils constituent un APD sur une «partie substantielle du marché commun» (le port de Gènes)

● **Affaire de la manutention du port de Gènes («arrêt Merci»)** : CJCE, 10/12/1991, *Merci Convenzionali Porto di Genoa c. Siderugica Gabrielli*, aff. C-179/90, rec., 1991, p. I-5889.

La manutention n'est pas un SIEG, et le port de Gènes constitue une «partie substantielle du marché commun» : les règles de concurrence s'appliquent complètement. La facturation de services non demandés, des prix disproportionnés ou discriminatoires, le refus de recourir à la technologie moderne constituent des APD.

● **Affaire de la manutention dans le port de Gènes (2)** : Décision de la commission n°97/744/CEE du 21/10/1997, en application de l'art. 90 paragraphe 3 du traité CE relative aux dispositions de la législation portuaire italienne en matière de travail, JOCE n° L 301/17, du 5/11/1997 ; CJCE, 12/02/1998, Procédure pénale c. *Silvano Radso e.a.* aff. C-163/96, rec., p. I-533.

Le port de Gènes est une «partie substantielle du marché commun» et la manutention n'est pas un SIEG : le droit de la concurrence s'applique complètement. Le cumul d'une activité de manutention avec un monopole de fourniture de main d'œuvre aux entreprises concurrentes constitue un APD *ipso facto*.

● **Affaire des droits discriminatoires dans les ports français** : CJCE, 5/10/1994, commission des communautés européennes c. République française, aff. C 381/93, rec., p. I- 5145 .

La perception discriminatoire de taxes portuaires différenciées selon que le service maritime est national ou international constitue une entrave à la liberté de prestation de service maritime.

● **Affaire du supplément de taxe à l'importation dans les ports danois** : CJCE, 16/02/1977, *Schöttle et Söhne*, aff. 20-76, rec., p. I-247.

La perception par des ports danois d'un supplément de taxes pour les marchandises importées constitue une «mesure d'imposition intérieure» discriminatoire contraire à la liberté de circulation des marchandises.

● **Affaire des dockers du port de Gand** : CJCE, 16/09/1999, *M. J. Becu c. a.*, aff. n°C-22/98.

Les dockers ne sont pas des entreprises, et les règles de concurrence ne peuvent donc s'appliquer. Cependant, le monopole d'embauche de «dockers reconnus» pourrait être contraire à la liberté de circulation des travailleurs ou de prestation de service, si la CJCE était interrogée sur ces points.

● **Affaire des ports de Rodby et de Holyhead** : Décisions n°94/119/CE du 21/12/1993 relative au refus d'accès aux installations du port de Rodby (Danemark), JOCE, L 55/52 du 26/02/1994 ; et n°94/19/CE du 21/12/1993 relative à une procédure d'application de l'art. 86 du traité CE (IV-34.689 – *Sea Containers c. Stena Sealink – Mesures provisoires*), JOCE, L 15/8, du 18/01/1994.

Le refus d'un transporteur-opérateur portuaire de laisser à un transporteur concurrent l'accès à ses infrastructures portuaires non duplicables («facilités essentielles»), ou l'octroi de cet accès à des conditions discriminatoires constitue un APD. («théorie des facilités essentielles»). Les ports de Rodby et de Holyhead sont des «parties substantielles du marché commun» où s'exerce un tel APD, d'où l'obligation d'ouvrir l'accès à la facilité essentielle.

Edward Tierny

L'auteur est rattaché au Centre de Droit Maritime et Océanique (CDMO, Université de Nantes)