

DOCTRINE

Le transport maritime et les activités portuaires dans le contexte du droit souple

Patrick VAN

CAUWENBERGHE

Avocat au barreau de Lille

Robert RÉZENTHEL

Avocat au barreau de
Montpellier

ENGLISH SUMMARY

Initially a notion related to international and public law, flexible principles of law have now expanded into the field of private law. This includes maritime law, for example in respect of bills of lading and the application of INCOTERMS.

Port Law also includes examples of flexible law, such as memoranda of understanding between port managers and ship-owners for the management and operation of container terminals.

For legal purposes, flexible law should be envisaged as complementary to hard law.

Dans le silence des textes, les usages forment une source du droit. Ils peuvent constituer par exemple le fondement de la responsabilité en cas d'accident⁽¹⁾. A propos de la garde d'un navire dans un port, la Cour de cassation a jugé que « *Selon les usages maritimes du port de Boulogne-sur-mer, la garde et la surveillance dans le sens propre du langage des marins, ne se différencient que par le fait que la garde s'exerce à bord, la surveillance à terre, aussi longtemps que le navire n'est pas perdu de vue par le surveillant* »⁽²⁾.

La portée des usages les intègre dans l'ordonnement juridique. Selon le Professeur F. Terré le droit ce n'est pas qu'un ensemble de règles de portée générale

(1) Cass civ 2^{ème} ch 8 mars 1995, pourvoi n° 91-14895, société AGF et société Préservatrice foncière IARD, Bull civ II n° 83, RTDCiv 1995 p. 905 observ. P. Jourdain.

(2) Cass soc 14 mars 1963, Mme Vve Danyneck, pourvoi n° 62-11.379, Bull civ V n° 261.

dont le nom respect implique une sanction, « *c'est aussi la coutume, la pratique, la jurisprudence, les recommandations...* »⁽³⁾.

Ainsi, le champ d'application du droit est particulièrement large, il comprend les règles normatives rigides et des instructions, des directives, des usages non obligatoirement contraignants. À côté du droit « dur », la doctrine⁽⁴⁾ a identifié le droit « souple » comprenant le droit « flou » qui est souple dans son contenu, le droit « doux » qui ne comporte pas d'obligation, et le droit « mou » qui n'implique pas de sanction.

À l'origine, le droit souple émanait du droit international et du droit public, il s'est étendu désormais au droit privé.

Aucune activité ne semble échapper au droit souple, mais souvent il est appliqué sans que l'on s'en rende compte, à l'instar de M. Jourdain faisant de la prose sans le savoir !

La ligne de partage entre le droit « dur » et le droit « souple » est parfois difficile à établir, ainsi à propos d'une circulaire ministérielle, le Conseil d'État a été conduit à distinguer⁽⁵⁾ les directives faisant partie du droit doux, par rapport aux « orientations » qui ne constituent pas des règles de droit.

Le caractère international du transport maritime et la nature hybride du droit portuaire ont suscité le recours au droit souple afin de contribuer à la sécurité juridique de ces activités.

I – LE TRANSPORT MARITIME ET LA COMPLEMENTARITE DU DROIT SOUPLE

Le désordre résultant de l'ambiguïté de certains textes et l'inflation normative ont nécessité la recherche d'une cohérence et d'une logique juridiques. Le droit souple a pour objectif de répondre à cette préoccupation. Celui-ci « *regroupe tous les instruments qui ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires, qui ne créent pas par eux-mêmes de droit ou d'obligation, contrairement au droit dur* »⁽⁶⁾.

En matière de transport maritime de marchandise, le texte fondamental est la convention de Bruxelles de 1924. Ce texte régit l'essentiel des transports maritimes de marchandises dans le monde. Son titre est révélateur d'une grande modestie de la part de ses rédacteurs « *Pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* ». Qu'il s'agisse de la version originelle ou des versions amendées, ce texte n'est pas un droit souple, puisque la convention s'applique lorsque les critères de rattachement sont réunis⁽⁷⁾.

(3) « Pitié pour les juristes » F. Terré, RTDCiv 2002 p. 247.

(4) « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit » C. Thibierge, RTDCiv 2003 p. 599.

(5) CE sect 4 février 2015, ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz, req n° 383267 et 383268, RFDA 2015 p. 473 concl. B. Bourgeois-Machureau.

(6) Audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État devant la Commission des lois du Sénat, séance du 23 octobre 2013.

(7) Voir article 10 de la convention de Bruxelles de 1924 « *Pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* », version originelle ou amendée par le protocole de 1968.

Le transport maritime de marchandises est réalisé grâce à un contrat qui prend la forme d'un connaissement. Mais, il faut souligner que l'émission de ce connaissement n'est pas obligatoire : celui-ci ne sera émis par le transporteur maritime que si le chargeur le demande.

Il est vrai que le contrat de transport par mer est un contrat consensuel : la seule volonté des parties le forme. Emettre un contrat écrit est une alternative laissée à la volonté du seul chargeur. Il s'agit d'une faculté mais pas d'un droit souple.

Peut-on trouver des exemples de droit souple en matière de transport de marchandise par mer ? Il semblerait. D'autres documents de transport que le connaissement, bien souvent assimilables au plan du droit à des lettres de voiture en transport terrestre, sont émis en lieu et place de celui-ci. Ce qui signifie que tous ces transports, effectués sous d'autres documents que le connaissement comme les *seaway-bills*, *chartes parties* ou autres connaissements électroniques, ne sont pas soumis à la convention de 1924, même si toutes les conditions et critères de rattachement sont réunis. Le contrat de transport par mer peut revêtir de multiples formes : ne peut-on pas qualifier cette faculté de droit souple ?

La souplesse du droit, régissant le transport de marchandises par mer, réside aussi dans la faculté laissée aux parties de soumettre le voyage, par les biais de conditions générales de transport, à un texte. Bien souvent, on retrouve aux conditions générales des compagnies de transport maritime une clause, soumettant le contrat à la convention de Bruxelles de 1924, même si celui-ci n'y est pas soumis de droit. Soumettre un voyage à un texte, qui normalement ne le régit pas, est une manière de remplir un vide juridique et peut très certainement être qualifié de droit souple.

Les travaux préparatoires à une convention ou ceux effectués par les parlementaires constituent un mode d'interprétation de la loi se situant entre le droit « souple » et le droit « dur ». En effet, le juge peut s'appuyer sur eux pour interpréter⁽⁸⁾ la volonté du « législateur » international ou national, mais ils n'ont pas en eux-mêmes d'effets contraignants. Il en va de même pour le rapport au Président de la République présentant le texte d'une Ordonnance. Le Conseil d'État a jugé à ce propos que : « *Considérant que le rapport présenté au Président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en conseil des ministres, qui a pour objet de l'éclairer sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu, ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* »⁽⁹⁾.

Des organismes non gouvernementaux, comme la Chambre de commerce internationale⁽¹⁰⁾, peuvent émettre des recommandations ou émettre des clauses types,

(8) Cass soc 29 juin 2011, pourvoi n° 09-72281 ; Cass com 9 novembre 2010, pourvoi n° 10-10937 ; Cass 3^{ème} ch civ 23 mai 2007, pourvoi n° 06-11647 ; Cass soc 31 mars 1981, pourvois n° 80—10149 et 80-10152 ; CE 20 mai 2016, S.A.S Faisanderie et ministre de l'économie et des finances, req n° 376672 ; CE 9 mars 2016, sociétés UBER France et UBER BV, req n° 388213 ; CE ass 7 mai 2013, Fédération CFTC de l'agriculture (CFTC-AGRI), req n° 358888 ; CJCE 11 février 2003, Hüseyin Gözütok, aff n° C-187/01 et C-385/01 point 46 ; CJCE 21 octobre 1999, Peter Jägerskiöld et Torolf Gustafsson, aff n° C-97/98 point 8.

(9) CE sect 19 octobre 2005, Confédération Générale du Travail, req n° 283471.

(10) Il s'agit d'une association internationale faisant partie de la catégorie des Organisations Non Gouvernementales (ONG) (cf. « Les organisations internationales » G. Devin, éd. Armand Colin (2^{ème} édition)).

c'est le cas des Incoterms pour les contrats de vente internationaux de marchandises transportées par voie maritime. Les parties au contrat y ont recours et ces clauses prennent la valeur d'un engagement contractuel⁽¹¹⁾, cependant elles peuvent d'un commun accord y déroger librement⁽¹²⁾. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, les Incoterms définissent et codifient le contenu de certains termes et de certaines clauses utilisés couramment dans le commerce international, ils ont « *une reconnaissance et une utilisation pratique particulièrement élevée* ». Ils sont reconnus par les usages du commerce international⁽¹³⁾.

L'Incoterm traduit la répartition des rôles entre le fournisseur et l'acheteur dans le cadre du commerce international, situation qui a une incidence sur la mise en œuvre de l'amendement « sûreté-sécurité » du code des douanes communautaires au travers de l'ICS (Import Control System)⁽¹⁴⁾ et de l'ECS (Export Control System).

On retrouve également des contrats et des clauses type en matière d'affrètement de navires ou de connaissements. Des organismes privés comme, par exemple, le BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*) proposent des contrats et des clauses type que les parties sont libres d'utiliser et/ou d'amender selon leurs besoins et volontés. Il s'agit d'un ensemble de textes non contraignants dont l'utilisation est laissée à la seule volonté des parties.

Peut-on considérer qu'en matière de transport maritime, le code de conduite des conférences maritimes⁽¹⁵⁾ fasse partie du droit souple ? Ce régime a été adopté⁽¹⁶⁾ dans le cadre de la CNUCED, et a donné lieu à une convention internationale signée à Genève le 27 avril 1974. Selon ce texte, une conférence maritime est « *un groupe d'au moins deux transporteurs-exploitants de navires qui assure des services internationaux réguliers pour le transport de marchandises sur une ligne ou des lignes particulières dans des limites géographiques déterminées et qui a conclu un accord ou un arrangement, quelle qu'en soit la nature, dans le cadre duquel ces transporteurs opèrent en appliquant des taux de fret uniformes ou communs et toutes autres conditions de transport concertées pour la fourniture de services réguliers* ».

Les prescriptions de la Convention de Genève sont toutefois impératives, mais elles se heurtent sur certains aspects à l'incompatibilité avec certains principes du droit de l'Union européenne⁽¹⁷⁾. En définitive, le régime des conférences maritimes

(11) CA Versailles 27 octobre 2005, RG n° 392

(12) Cass com 2 octobre 1990, pourvoi n° 88-17506.

(13) CJUE 9 juin 2011, Electrosteel Europe SA, aff n° C)87/10 points 21 et 26.

(14) Bulletin officiel des douanes n° 7052 du 4 février 2015 à propos de la Mise en oeuvre nationale de l'amendement « sûreté-sécurité » du code des douanes communautaire. Le système de contrôle des importations : Import Control System (ICS).

(15) « Le code de conduite des conférences maritimes » F. Odier, *Annuaire français de droit international* 1979, volume 25, n° 1, p. 686 à 692.

(16) Conférences de plénipotentiaires des Nations Unies sur un code de conduite des conférences maritimes tenue à Genève du 12 novembre au 15 décembre 1973 et du 11 mars au 6 avril 1974.

(17) « Les ports face aux pratiques illicites des conférences maritimes » R. Rézenthel - *Revue NPI*, du 30 décembre 1993, p. 749 à 752. Trib. Prem. Inst 30 septembre 2003, Atlantic Container Line AB, aff n° T-191/98, T-212/98 à T-214/98 point 9.

a fini par disparaître⁽¹⁸⁾ en 2008. La Cour de justice avait pour sa part condamné⁽¹⁹⁾ les accords concernant des arrangements de partage de cargaisons entre plusieurs États⁽²⁰⁾. Lorsque le code de conduite est conclu entre plusieurs entreprises, elle a jugé⁽²¹⁾ que cet accord peut constituer une source de droit, et que les principes qu'il contient ont la même valeur juridique que les usages.

Par contraste, dans de très rares cas, la loi nationale instaure et organise des conférences maritimes. Ainsi aux États-Unis, la *Federal Maritime Commission* (F.M.C.) est, entre autres, en charge du contrôle des conférences maritimes instituées par les différents *Shipping Acts*⁽²²⁾. Pour les États-Unis, il s'agit d'un droit dur.

Ailleurs dans le monde, la constitution d'une conférence maritime est facultative, les compagnies maritimes sont libres de ne pas y adhérer ou de s'en retirer.

Dans tous les cas, les conférences maritimes sont des ententes tarifaires et de services qui nécessitent des dérogations au droit de la concurrence. L'organisation des conférences relève du droit souple mais la mise en place du droit dur.

En droit interne français, les codes de conduite sont considérés comme contenant des prescriptions indicatives surtout lorsqu'il s'agit pour une entreprise de consacrer un comportement à l'égard de ses salariés qu'elle s'engage à respecter. La Cour de cassation estime⁽²³⁾ cependant que le juge a un droit de regard sur un tel document et peut en prononcer le cas échéant l'annulation ses dispositions dès lors qu'elles sont contraires à la loi. L'entreprise qui ne respecte pas le code de bonne conduite qu'elle a signé avec plusieurs autres entreprises peut engager sa responsabilité⁽²⁴⁾.

Qu'en est-il de la portée juridiques des lignes directrices ? Celles-ci peuvent être adoptées par la Commission européenne et par les autorités ministérielles.

A propos des aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté le Tribunal de Première Instance de l'Union européenne a interprété au regard de lignes guide une décision de la Commission rendue à propos d'une aide financière d'un État membre au profit d'un armement maritime. Dans cette espèce, il a été jugé que la Commission avait commis une erreur d'interprétation desdites lignes, leur reconnaissant ainsi une portée normative⁽²⁵⁾. Toutefois, la Cour de justice fait preuve de réserve à cet égard, en jugeant que certains actes « *ne constituent, selon leurs intitulés mêmes, que des* » lignes directrices ou recommandations » et dès lors, *ne sont pas revêtus de la force contraignante incontestable exigée par la jurispru-*

(18) Règlement n° 1419/2006 du 25 septembre 2006. « La fin du régime des conférences maritimes vers une concurrence pure et parfaite du transport par mer au départ ou à destination de l'Union européenne ? » M. Besançon et L. Fédi, DMF 2008 p. 791.

(19) CJCE 14 septembre 1999, Commission c/ Belgique, aff n° C-171/98, C-201/98 et C-202/98.

(20) L'objectif de l'Union européenne est de permettre un accès libre et non discriminatoire aux cargaisons destinées à l'un de ses membres (CJCE 4 juillet 2000, Commission c/ Portugal, aff n° C-84/98).

(21) CJCE 15 octobre 2009, Audiolux SA, aff n° C-101/08 points 42 et suivants.

(22) La dernière version de ce texte date de 1984 et a été amendé par l'*Ocean Shipping Reform Act* de 1998.

(23) Cass soc 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17191.

(24) Cass com 3 avril 2013, pourvoi n° 12-13314.

(25) TPI 11 septembre 2012, Corsica Ferries France SAS, aff n° T-565/08.

dence »⁽²⁶⁾. Récemment, elle a nuancé sa doctrine à propos des lignes directrices sur les actes délégués en estimant que « ces lignes directrices, dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir de « modifier » l'acte législatif, la Commission

apporte les modifications formelles à un texte en y ajoutant de nouveaux éléments non essentiels ou en y remplaçant ou supprimant de tels éléments »⁽²⁷⁾. Elle précise en s'appuyant sur les termes de lignes directrices sur les actes délégués que : « un acte qui complète un acte législatif prend la forme d'un acte distinct de l'acte législatif et ne le modifie pas formellement ». Ainsi, il existe au moins deux catégories de lignes directrices en droit de l'Union européenne, d'une part, celles prises en application d'actes délégués, et d'autre part, « celles contenues dans les communications de la Commission qui ne lient pas la Cour, mais contribuent à garantir la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique de l'action menée par la Commission elle-même lorsque cette institution fait des propositions à la Cour »⁽²⁸⁾. La Cour précise enfin qu'« aucune disposition des traités n'interdit à une institution d'adopter une telle règle de conduite indicative »⁽²⁹⁾.

Le transport maritime connaît la pratique des mémorandums d'entente ou « memorandum of understanding » dont le plus connu est celui de Paris sur le contrôle des navires par l'État du port du 26 janvier 1982. Plusieurs directives⁽³⁰⁾ de l'Union européenne s'y réfèrent expressément et la Commission peut s'appuyer sur les rapports établis dans le cadre de l'application de ce mémorandum pour faire condamner un État qui ne respecterait pas les prescriptions communautaires en matière de contrôle de sécurité des navires.

La jurisprudence de l'Union européenne considère tantôt que le mémorandum d'entente constitue un accord-cadre⁽³¹⁾, tantôt une déclaration d'intention⁽³²⁾, laquelle « ne saurait constituer une décision de nature à faire l'objet d'un recours en annulation »⁽³³⁾. Pour la Cour de cassation, une simple déclaration d'intention est « dépourvue d'effet juridique »⁽³⁴⁾.

Quelle est la position du Gouvernement français à l'égard de la portée juridique des mémorandums d'entente (Memorandum of understanding) ? La réponse à cette

(26) CJUE 11 juin 2015, Commission c/ Pologne, aff n° C-29/14 point 46. Elle souligne l'absence d'effets juridiques contraignants d'un acte de « soft law » tel que les lignes directrices (CJUE 13 juin 2013, HGA srl, aff n° C-630/11 P à C-633/11 P point 110).

(27) CJUE 17 mars 2016, Parlement européen c/ Commission, aff n° C-286/14 point 45.

(28) CJUE 2 décembre 2014, Commission c/ Grèce, aff n° C-378/13 point 52 ; CJUE 2 décembre 2014, Commission c/ Italie, aff n° C-196/13 point 95.

(29) CJUE 18 juillet 2013, Schindler Holding Ltd, req n° C-501/11 P point 68.

(30) Directive 95/21/CE du Conseil, du 19 juin 1995, concernant l'application aux navires faisant escale dans les ports de la Communauté ou dans les eaux relevant de la juridiction des États membres, des normes internationales relatives à la sécurité maritime, à la prévention de la pollution et aux conditions de vie et de travail à bord des navires (contrôle par l'État du port) ; Directive n° 2009/16/CE du 23/04/09 relative au contrôle par l'Etat du port (JOUE n° L 131 du 28 mai 2009).

(31) TPI 8 novembre 2000, société anonyme Louis Dreyfus et Cie, aff n° T-485/93, T-491/93, T-494/93 et T-61/98.

(32) TPI 12 juin 2014, Intel Corp, aff n° T-286/09.

(33) TPI 15 juillet 2015, Westfälische Drahtindustrie GmbH, aff n° T-393/10 point 96.

(34) Cass 1^{ère} ch civ 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20389.

question présente un intérêt particulier dans les relations entre des armements et des autorités portuaires.

II – L'EXERCICE DES ACTIVITES PORTUAIRES ET LE DROIT SOUPLE

Si la manutention portuaire constitue une activité industrielle et commerciale, les textes définissant ses modalités d'exercice sont parfois imprécis. Cette circonstance implique le recours à des questions écrites de parlementaires au Gouvernement. Selon le Conseil d'État, « *les réponses faites par les ministres aux questions écrites des parlementaires ne constituent pas des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux ; que toutefois, il en va autrement lorsque la réponse comporte une interprétation par l'administration de la loi fiscale pouvant lui être opposée par un contribuable sur le fondement de l'article L 80 A du livre des procédures fiscales* »⁽³⁵⁾. Les ports maritimes autonomes⁽³⁶⁾ ont pu bénéficier de cette jurisprudence fiscale, ce qui n'est plus le cas à présent pour les grands ports maritimes⁽³⁷⁾.

Les avis du Conseil d'État statuant en matière administrative à la demande d'un département ministériel n'ont aucune valeur normative et ne font pas grief⁽³⁸⁾, et ne sont pas communicables⁽³⁹⁾ au public sauf accord exprès du ministre concerné. Il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent influencer l'évolution de la jurisprudence. Ainsi, il y a lieu de penser que l'avis de la section des travaux publics (n° 382669) du Conseil d'État du 14 avril 2009 sur l'interprétation de la notion d'ouvrage nécessaire au fonctionnement des services publics portuaires, considérant que la manutention portuaire ne constitue pas une mission de service public, devrait être reprise par la section du contentieux. En effet, la jurisprudence selon laquelle cette activité constituait un élément du service public portuaire⁽⁴⁰⁾ a été rendue vers la fin de la seconde guerre mondiale et pouvait se justifier à l'époque, désormais la situation a changé depuis l'application du droit de l'Union européenne. Ainsi, pour la Cour de justice la manutention portuaire ne constitue pas un service d'intérêt économique général⁽⁴¹⁾, c'est-à-dire un concept proche de la mission de service public.

Bien que le Conseil constitutionnel affirme que « *la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* »⁽⁴²⁾, ce n'est pas toujours le cas, qu'il s'agisse des lois de programmation, ou de lois fixant des objec-

(35) CE 30 mars 2011, SA Neptune, req n° 329848.

(36) CE 28 décembre 2012, ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État, req n° 340253.

(37) CE 2 juillet 2014, ministre du budget, req n° 374807.

(38) Les avis donnés par des instances administratives ne font pas nécessairement grief et ne sont pas toujours susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 19 février 1992, syndicat autonome des personnels administratifs de la Préfecture de Haute-Garonne, req n° 127277 ; CE 7 mars 1986, Centre hospitalier général de Toulon, req n° 55803).

(39) Art. L 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

(40) CE sect 5 mai 1944, compagnie maritime de l'Afrique Orientale, Rec p. 129.

(41) CJCE 10 décembre 1991, société Merci convenzionali porto di Genova, aff. n° C-179/90, Rec. p. I-5889 ; « L'aménagement du régime de la manutention portuaire : droit interne et droit communautaire » G. Mattei-Dawance et R. Rézenthel, RFDA 1993 p. 356.

(42) Cons const décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, JO du 24 avril 2005 p. 7173.

tifs. La Haute juridiction considère que les orientations mentionnées dans une loi en des termes généraux ne sauraient par elle-même conférer à l'autorité réglementaire chargée d'en déterminer les conditions d'application le pouvoir de fixer des règles ou des principes fondamentaux que la Constitution réserve à la loi⁽⁴³⁾.

Les objectifs formulés en termes généraux dans une loi sont assimilables à une simple déclaration d'intention dépourvue d'effet juridique⁽⁴⁴⁾. C'est le cas de l'article 11-I de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement selon lequel : « *l'Etat accordera, en matière d'infrastructures, une priorité aux investissements ferroviaires, fluviaux et portuaires, tout en tenant compte des enjeux liés au développement économique et à l'aménagement et à la compétitivité des territoires. Il soutiendra le développement des trafics massifiés de fret ferroviaire et fluvial, du transport combiné ferroviaire, fluvial et maritime, des autoroutes ferroviaires et des autoroutes de la mer* ». Dès lors que cette doctrine n'a pas pour effet de modifier ou d'orienter le comportement de destinataires, en l'occurrence l'État, il est difficile de soutenir qu'elle fait partie du droit.

Diverses instructions ministérielles concernant des opérations portuaires ont été publiées, c'est par exemple l'instruction du 24 avril 2012 relative à l'établissement des dispositions spécifiques à l'accueil dans un lieu de refuge d'un navire ayant besoin d'assistance de l'ORSEC maritime, de l'ORSEC zonal et de l'ORSEC départemental, l'Instruction du 4 mars 2002 relative à l'établissement des plans de secours à naufragés en cas de sinistre majeur sur un navire à passagers, ou la circulaire du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer no 2005-51 du 2 août 2005 relative à la mise en œuvre des transferts de compétences prévus dans le domaine des ports maritimes ou la circulaire DGT/CT2/2015/160 du 7 mai 2015 relative à la prévention et à la protection des travailleurs contre les risques chimiques dans les conteneurs et autres contenants de marchandises. Quelle est la portée de ces circulaires et instructions d'une autorité administrative ?

Le Conseil d'État a jugé que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance* »⁽⁴⁵⁾.

La Haute juridiction fait par ailleurs la distinction entre les directives ou circulaires et les orientations. S'agissant des premières, il a été jugé que : « *dans le cas où un texte prévoit l'attribution d'un avantage sans avoir défini l'ensemble des conditions permettant de déterminer à qui l'attribuer parmi ceux qui sont en droit d'y prétendre, l'autorité compétente peut, alors qu'elle ne dispose pas en la matière du pouvoir réglementaire, encadrer l'action de l'administration, dans le but d'en assurer la cohérence, en*

(43) Cons const décision n° 80-115 DC du 1^{er} juillet 1980, JO 3 juillet 1980 p. 1655.

(44) A rapprocher de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass 1^{ère} ch civ 11 juillet 2006, pourvoi n° 02-20389) et du Conseil d'État (CE 9 mai 2011, association en toute franchise des Bouches-du-Rhône, req n° 334347).

(45) CE Ass 21 mars 2016, sociétés Fairvesta International GmbH, req n° 368082.

déterminant, par la voie de lignes directrices, sans édicter aucune condition nouvelle, des critères permettant de mettre en oeuvre le texte en cause, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation ; que, dans ce cas, la personne en droit de prétendre à l'avantage en cause peut se prévaloir, devant le juge administratif, de telles lignes directrices si elles ont été publiées »⁽⁴⁶⁾. En revanche, dans le cas où l'administration peut légalement accorder une mesure de faveur au bénéfice de laquelle l'intéressé ne peut faire valoir aucun droit, il s'agit d'orientations générales qu'elle adopte qui ne peuvent pas être invoquées devant le juge à l'appui d'un recours.

Au même titre que les résolutions du Parlement européen, les livres verts et blancs de la Commission n'ont pas d'effets contraignants pour les États membres et a fortiori pour les citoyens. Le livre vert offre un éventail d'idées dans le but de lancer, dans l'ensemble de États membres une consultation et un débat sur un thème précis. On citera à titre d'exemple le livre vert relatif aux ports et aux infrastructures maritimes (COM(97)0678 – C4-0022/98) présenté par la Commission le 10 décembre 1997. Tandis que le livre blanc contient un ensemble argumenté de propositions d'actions communautaires dans un domaine spécifique, par exemple le livre blanc de 2001 sur la politique européenne des transports à l'horizon 2010.

Les entreprises du secteur privé proposent parfois aux entités publiques des instruments de coopération, c'est le cas des mémorandums d'entente proposés par des armements à des établissements portuaires définissant les objectifs des transporteurs maritimes et les actions à mener par les autorités portuaires pour les satisfaire. On citera l'exemple du protocole d'entente signé, en présence du Président de la République, entre le Grand port maritime de La Réunion et l'armement CMA-CGM au mois d'août 2014 en vue de créer un hub maritime dans l'Océan Indien. Outre la recherche de l'optimisation de la productivité de la manutention et la rationalisation des investissements, la mise en place d'un opérateur unique est envisagée.

L'appellation de mémorandum d'entente (*memorandum of understanding*) est susceptible de donner lieu à des interprétations divergentes. Dans une circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux⁽⁴⁷⁾, le Premier ministre déclare que : « Dans leurs contacts avec des pays anglo-saxons, les négociateurs français peuvent se voir proposer des « mémorandums d'entente » ou « *memorandum of understanding* ». Ces instruments ne sont pas toujours considérés par les juristes de ces pays comme des accords internationaux, mais comme des engagements de bonne foi qui ne lient pas les signataires... Il faut donc éviter de conclure des textes portant l'appellation « *memorandum of understanding* », afin de ne pas aboutir à des situations où le gouvernement français se considérerait comme lié sans que la réciprocité soit vraie ».

Même en dehors des relations inter-étatiques, le contenu d'un « mémorandum d'entente » ou « protocole d'accord » peut lui conférer une portée dépassant la simple déclaration d'intention. En principe une telle prise de position ne crée pas de

(46) CE sect 4 février 2015, ministre de l'Intérieur, req n° 383267, RFDA 2015 p. 473 concl. B. Bourgeois-Machureau.

(47) JO du 31 mai 1997 p. 8415.

droits ou d'obligations⁽⁴⁸⁾. C'est d'ailleurs ce que rappelle l'étude du Conseil d'État en affirmant que : « *définir le droit souple : un droit qui n'emporte pas d'obligations par lui-même* »⁽⁴⁹⁾. Cependant, des obligations peuvent être incluses dans un mémorandum d'entente, qualifiant celui-ci de véritable contrat. En cas de litige, il y a lieu de rappeler que le juge n'est jamais tenu par la qualification des faits donnée par les parties⁽⁵⁰⁾.

Ainsi, tous les accords ou décisions tels que les mémorandums d'entente, les chartes, les instructions, les codes de bonnes pratiques... n'ont pas nécessairement la même portée juridique comme le relevait⁽⁵¹⁾ le Vice-Président du Conseil d'État ; non seulement une clarification terminologique s'impose, mais également un contrôle de leurs effets juridiques. C'est ainsi que le Conseil d'État admet⁽⁵²⁾ à présent que le juge administratif puisse exercer ce contrôle sur des décisions ayant un caractère général et impératif bien que faisant partie du droit souple.

Conclusion

Lors de son audition par la Commission des lois du Sénat le 23 octobre 2013, M. C. Vigouroux, Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État, a considéré que : « *Le droit souple lisse les choses et accroît la prévisibilité et la sécurité juridiques* », mais il ajoute que le refus d'y recourir n'est pas illégal.

Comme le résumait très bien le Vice-Président du Conseil d'État : « *Le recours au droit souple doit passer le triple filtre de l'utilité, de l'efficacité et de la légitimité. Il ne saurait porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux, ni aux règles internationales fixant des droits indérogables. Pas davantage peut-il porter atteinte à une compétence législative, ni priver de garanties légales des exigences constitutionnelles...* »⁽⁵³⁾.

La clarté de la loi (au sens générique du terme) constitue la principale protection contre l'insécurité juridique, mais le droit « souple » a vocation à la compléter s'il se démarque sans ambiguïté du droit « dur ». Le transport maritime et les activités portuaires comportent des enjeux financiers et sociaux importants qui s'accommodent mal du pouvoir discrétionnaire qu'il soit administratif ou judiciaire.

(48) CE 27 septembre 1989, SA Chopin et autres, req n° 74548.

(49) « Le droit souple » p. 9, étude incorporée dans le rapport annuel 2013 du Conseil d'État, rapport n° 64, éd. La Documentation française 2013.

(50) CE 30 janvier 2013, Mme B... A..., req n° 356191 ; CE 27 juin 2011, Mme Jacqueline A..., req n° 327237 ; Trib confl 4 juillet 2011, Mme A..., req n° 3772 ; CE 15 février 1982, M. X..., req n° 24096 ; Cass soc 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-43296 ; Cass com 27 janvier 1998, pourvoi n° 95-18447 ; Cass soc 17 décembre 1997, pourvoi n° 95-40747 ; Cass soc 11 avril 1991, pourvoi n° 88-16256.

(51) Audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État devant la Commission des lois du Sénat, séance du 23 octobre 2013.

(52) CE Ass 21 mars 2016, sociétés Fairvesta International GmbH, req n° 368082 concl. S. Von Coester.

(53) Audition de M. Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État devant la Commission des lois du Sénat, séance du 23 octobre 2013.