



USAID
DU PEUPLE AMERICAIN

MANUEL D'UTILISATION - ASPECTS JURIDIQUES ET INSTITUTIONNELS DE LA REGULATION PORTUAIRE

PROJET DE SOUTIEN AU RENFORCEMENT DES
FONCTIONS DE REGULATION DU PORT DE CAP-
HAÏTIEN

Octobre 2017

Cette publication a été produite par Nathan Associates Inc. pour examen par l'Agence Américaine pour le Développement International (USAID).

MANUEL D'UTILISATION - ASPECTS JURIDIQUES ET INSTITUTIONNELS DE LA REGULATION PORTUAIRE

Titre d'Activité: Projet de soutien au renforcement des fonctions de régulation du port de Cap-Haïtien

Bureau d'USAID Parrain: Economic Growth Office

Numéro du Contrat: AID-521-C-16-00003

Contractant: Nathan Associates Inc.

Exclusion de responsabilité

La rédaction de ce document a été rendu possible grâce à l'appui du peuple américain à travers l'Agence Américaine pour le Développement International (USAID). Le contenu de ce document relève de la seule responsabilité de l'auteur ou des auteurs et ne reflètent pas nécessairement l'opinion de l'USAID ou du gouvernement des États-Unis.

TABLE DES MATIERES

SIGLES	IV
I. INTRODUCTION	5
1.1 Objectifs du manuel	5
1.2 A qui s'adresse ce manuel ?	5
1.3 Structure du manuel	6
2. CONCEPT DE LA REGULATION	7
2.1 Qu'est-ce que la régulation ?	7
2.2 Principes et champ d'application de la régulation portuaire	7
2.3 Fonctions du régulateur	8
2.4 Délimitation du domaine portuaire	11
2.5 Le rôle de l'APN en tant qu'autorité de régulation	11
3. PRINCIPAUX MODES ECONOMIQUES DE GESTION DES PORTS	14
3.1 Typologie des modes de gestion portuaire	14
3.2 Caractéristiques principales	14
4. TYPOLOGIE CONTRACTUELLE PORTUAIRE	18
4.1 Concept PPP et délégation de service public - Définition	18
4.2 Principales caractéristiques des schemas contractuels portuaires	24
4.3 Contrat d'affermage pour la gestion des infrastructures portuaires	26
4.4 Répartition des risques entre l'autorité portuaire et l'opérateur privé	28
4.5 Contrats autorisés par la réforme portuaire	34
4.6 Termes communs à tous les contrats PPP/DSP	34
4.7 Conditions spécifiques à chaque type de contrat	37

5. CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL APPLICABLE AU SECTEUR PORTUAIRE	40
5.1 Cadre juridique actuel /contexte actuel	40
5.2 Réforme du secteur portuaire – Recours au secteur privé	40
5.3 Etablissement d'un cadre juridique et réglementaire PPP	42
6. PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS	45
6.1 Commande publique et appel d'offres	45
6.2 Procédure passation des contrats PPP	45
7. SUPERVISION, AUDIT ET REGULATION DES CONTRATS	47
8. ANNEXE	48

SIGLES

ANAREP	Autorité Nationale de Régulation Portuaire
AOT	Autorisation d'Occupation Temporaire
APN	Autorité Portuaire Nationale
BLT	Build-Lease-Transfer
BOO	Build-Own-Operate
BOT	Build-Operate-Transfer
CET	Convention d'Exploitation de Terminal
DBFO	Design-Build-Finance-Operate
DPP	Domaine Public Portuaire
DSP	Délégation de service public
MEF	Ministère de l'Economie et des Finances
MTPTC	Ministère des Travaux Publics et des Télécommunications
PME	Petites et Moyennes Entreprises
PPP	Partenariat Public-Privé
PPPI	Partenariat Public-Privé Institutionnel
RLT	Rehabilitation-Lease-Transfer
ROT	Rehabilitation-Operate-Transfer
SEMANAH	Service Maritime et de Navigation d'Haïti
SONAGEP	Société Nationale de Gestion et d'Exploitation des Ports

I. INTRODUCTION

I.1 OBJECTIFS DU MANUEL

L'APN a conclu une variété de contrats pour la fourniture de services portuaires, la construction et l'exploitation d'installations d'entreposage et de manutention à Cap Haïtien avec différentes entreprises. Cependant, l'objet et l'étendue des obligations respectives de l'APN et des opérateurs sont décrites de façon parcellaire et imprécise. Les spécifications techniques et niveau de performance des prestataires ne sont pas non plus expressément définis dans ces contrats. De plus, certaines conditions contractuelles stipulées ne sont pas conformes à la loi ni à la réglementation applicables en vigueur en Haïti.

Il importe que l'APN en tant qu'entité contractante des accords conclus avec les entreprises ait la capacité de définir précisément les conditions dans lesquelles la gestion et l'exploitation des installations ainsi que la fourniture des services portuaires devront être réalisées. L'APN doit en outre être en mesure de contrôler et de superviser la bonne exécution des contrats ainsi conclus et de veiller à l'intérêt des populations, des usagers et de l'Etat dans la gestion du domaine portuaire haïtien.

Ainsi, il s'avère nécessaire que l'APN ait les ressources nécessaires et l'expertise requise pour appréhender et comprendre les principaux aspects des contrats de gestion et d'exploitation portuaires et en maîtriser les enjeux et implications quant à sa responsabilité en tant que régulateur du secteur.

Le présent Manuel de gestion a pour objet de définir le rôle et les responsabilités de l'APN, en tant qu'autorité de régulation portuaire en Haïti¹ dans le développement et l'implantation des accords d'exploitation et de gestion des infrastructures portuaires.

Il vise également à fournir les outils contractuels et définir les procédures pour l'accomplissement des missions et fonctions incombant à l'APN, telles que définies dans la législation et réglementation haïtiennes en vigueur ainsi qu'au regard des règles de l'art et des meilleures pratiques internationales.

Il s'applique à tous les contrats de concession et autres conventions de délégation de services publics portuaires au secteur privé portant sur la fourniture de services aux navires ou portant sur les marchandises ainsi qu'aux autorisations et licences octroyées par l'autorité portuaire à des opérateurs privés.

I.2 A QUI S'ADRESSE CE MANUEL ?

Ce Manuel s'adresse au personnel de l'APN engagé dans la gestion des ports et des activités portuaires sur le plan opérationnel, financier et comptable ainsi que sur le plan juridique et fiscal. Le personnel

¹ L'APN désigne l'entité en charge actuellement du domaine portuaire en Haïti ainsi que toute entité qui serait amenée à lui succéder.

de l'APN en charge de la sécurité, la sûreté, la santé et l'hygiène publiques dans l'enceinte du domaine portuaire sont également concernés par le présent Manuel.

Par ailleurs, ce Manuel s'adresse aux ministères de tutelle de l'APN (MTPTC², MEF), à la Cour Supérieure des Comptes et du Contentieux Administratif (CCCA) ainsi qu'à toutes autres autorités publiques impliquées dans la gestion et l'exploitation des ports haïtiens et dans la supervision et la régulation des activités portuaires.

Il importe de noter que les dispositions des avant-projets de textes législatifs et réglementaires relatifs à la réforme portuaire et au cadre juridique des PPP ainsi que l'organisation institutionnelle et opérationnelle prévues pour leur mise en œuvre ont été prises en compte dans l'élaboration du présent Manuel. Ainsi, Il conviendra de définir le rôle et les responsabilités respectives de l'ANAREP et de la SONAGEP dans le cadre de cette réforme.

Le présent manuel prendra également en compte le projet de délégation de l'exploitation et la gestion du terminal à conteneurs du Port de Cap Haïtien à un opérateur privé et définira le rôle et les fonctions de l'autorité portuaire dans la gestion et supervision de ce contrat, objet de cette délégation.

I.3 STRUCTURE DU MANUEL

Le Manuel exposera dans un premier temps le concept de régulation et sa finalité ainsi que les fonctions et le périmètre d'intervention du régulateur portuaire,

Il décrira ensuite :

- Les principaux modèles économiques de gestion des ports et le rôle respectif de l'autorité portuaire et des différents acteurs économiques ;
- La typologie des contrats portuaires et les contrats PPP dans le secteur portuaire, incluant leurs principales caractéristiques mettant en exergue les fonctions et responsabilités de l'autorité portuaire dans le développement et la supervision des contrats;
- Le cadre juridique et institutionnel régissant les activités portuaires en Haïti qui définit les missions et le rôle de l'autorité portuaire
- Le mécanisme de sélection des opérateurs privés ainsi que la procédure de passation des contrats.
- Un clausier type comprenant les principales clauses et termes devant figurer dans les contrats ainsi identifiés, incluant les éléments/fondements légaux et opérationnels les justifiant ;

Les conventions types de concession portuaire (Convention de Terminal, Convention de Concession d'outillages, Autorisation d'occupation temporaire du domaine portuaire) annotées feront l'objet d'un document séparé.

Le présent document ne dispense pas néanmoins les autorités concernées de se faire assister dans les domaines d'ordre juridique, technique, financier, environnemental, assurantiel ou autre, au vu des caractéristiques spécifiques du projet considéré.

Le Manuel devrait toutefois les aider à instaurer un dialogue productif et informé avec leurs conseillers.

² Dans le cadre de la réforme portuaire, le MTPTC sera l'institution en charge de la stratégie du développement du domaine portuaire, y compris la promotion de la participation du secteur privé ainsi que l'élaboration du cadre juridique

2. CONCEPT DE LA REGULATION

Il importe tout d'abord de définir ici ce qu'on entend par régulation qui est un concept complexe, recouvrant plusieurs aspects de la vie économique et sociale d'un pays, impliquant plusieurs catégories d'acteurs économiques et institutionnels et dont les objectifs sont multiples.

Cette section I tentera d'expliciter les principales caractéristiques de la régulation ainsi que sa finalité. Son application au secteur portuaire ainsi que le rôle et les fonctions de l'autorité de régulation de ce secteur seront ensuite décrites dans les sous-sections suivantes.

2.1 QU'EST-CE QUE LA REGULATION ?

Définition : Nous pouvons définir la régulation comme un « **ensemble de mécanismes, règles, institutions, décisions, principes, qui permettent à certains secteurs de se construire et de maintenir des équilibres qu'ils ne pourraient établir par leur seule force économique.** »³

Ainsi la régulation d'un secteur donné peut être décrite comme divers mécanismes, normes et procédures de contrôle directs et indirects de certains aspects de l'activité économique ainsi que des décisions ou des actions des acteurs opérant dans ce secteur tels qu'établies par les pouvoirs publics.

La régulation peut couvrir de nombreuses dimensions des activités commerciales. En sus de la régulation économique, l'Etat et les institutions gouvernementales peuvent établir des principes et des règles en matière environnementale, de santé et de sécurité qui s'imposent aux acteurs économiques. Les entités publiques en charge de réguler les domaines d'activités industrielles, technologiques (ex : télécommunications), commerciales (ex : secteur bancaire) sont généralement dotées de pouvoirs de police et peuvent appliquer des sanctions en cas de contravention.

2.2 PRINCIPES ET CHAMP D'APPLICATION DE LA REGULATION PORTUAIRE

Il convient ici de définir le domaine d'intervention du régulateur des activités économiques du secteur portuaire et d'en préciser les principes.

Le champ d'application et la finalité de la régulation revêtent de multiples facettes afin d'assurer les principales missions suivantes:

- (i) une concurrence effective entre les différents acteurs économiques du secteur (**exclusion de tout monopole ou abus de position dominante**) tout en respectant les obligations et contraintes de service public (l'exclusivité et la non-concurrence ;
- (i) les conditions de délégation de l'exploitation d'ouvrage et/ou de fourniture de service publics ;
- (ii) la compétitivité du secteur;
- (iii) l'arbitrage entre les intérêts respectifs des opérateurs, des autorités publiques de gestion/autorités concédantes et ceux des usagers ;

³ La régulation « peut aussi résulter d'une volonté politique qui, délaissant de gré ou de force le système des monopoles publics, met en équilibre le fonctionnement de marchés concurrentiels et des objectifs de service public, comme l'accès de tous au bien, par exemple la santé ou la sécurité » Anne-Marie Frison- Roche – *Regulatory Law Review* – décembre 2009

- (iv) la détermination des tarifs applicables aux services portuaires ainsi que des mécanismes de révision et d'indexation de ceux-ci

Dans le cadre d'un système concessif où les activités portuaires sont déléguées à plusieurs opérateurs privés la régulation peut être interportuaire lorsque différents ports se concurrencent ou intra-portuaire lorsque plusieurs opérateurs, dans le même port, se concurrencent pour la prestation des mêmes services.

2.3 FONCTIONS DU REGULATEUR

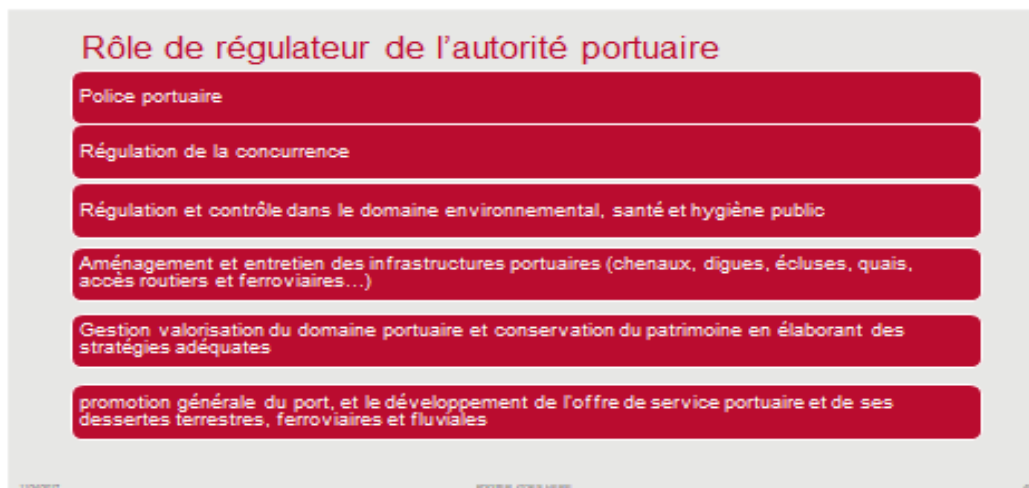
Le volet opérationnel de la régulation concerne les missions suivantes :

- (i) la supervision du respect des engagements pris par les intervenants portuaires,
- (ii) le contrôle de l'application de la législation et des règles régissant le secteur portuaire,
- (iii) la collecte, le suivi et l'exploitation des informations sur les performances de différents intervenants.

L'entité en charge de la régulation est dotée également **de pouvoirs de sanction en cas de manquement aux obligations des parties prenantes**, incluant, notamment :

- le rappel à l'ordre en cas de manquements ou d'erreurs ainsi que **la détermination et l'application de sanctions**,
- **la réception et le traitement des réclamations des usagers** ou tiers lésés par la non observation des règles édictées par le régulateur.

Le tableau ci-dessous résume les principales fonctions incombant au régulateur portuaire :



2.3.1 Contrôle de la concurrence

La prohibition de l'abus de position dominante entravant la libre concurrence entre les différents opérateurs tend à imposer aux autorités portuaires propriétaires ou à l'exploitant d'une installation considérée de ne pas adopter une position dominante abusive en refusant sans raison objective, de permettre aux tiers l'accès auxdites installations.

A cela s'ajoute le principe de non-discrimination qui s'impose au gestionnaire du domaine public. La restriction au droit d'occupation du domaine public, est susceptible de constituer également, selon les circonstances, une atteinte à la liberté des prestations de services.

Ces principes sont repris dans l'avant-projet de loi ANAREP⁴ qui dispose que les pratiques visant à « **empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché, dans le secteur portuaire et des transports** » sont prohibées. Ainsi les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, coalitions ou cartels, sont interdites si elles résultent en des pratiques anti-concurrentielles.

Les dispositions de l'avant-projet de loi ANAREP prohibent également de façon explicite tout abus de position dominante qui consisterait à l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : « (i) d'une position dominante sur le marché du secteur portuaire ou des transports maritimes au départ ou à destination d'Haïti, ou sur une partie substantielle de celui-ci ; (ii) de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution de substitution équivalente. »

▪ **Notion d'exclusivité et de non-concurrence**

- Non-concurrence au bénéfice du concessionnaire : Le concessionnaire requiert souvent l'insertion dans le contrat d'une clause lui garantissant qu'aucune concession ayant le même objet ne sera consentie, soit dans un rayon d'une distance donnée de sa propre implantation, soit avant un délai d'un certain nombre d'années. Ceci en particulier si les investissements sont importants et leur rentabilité tardive.
- Non-concurrence au bénéfice du concédant : Le concédant peut exiger du concessionnaire qu'il ne prenne pas de participation dans une concession susceptible de concurrencer celle qu'il lui accorde.

Parfois il peut être prévu que si le concédant ou l'État, pour des motifs économiques ou sociaux, imposait au concessionnaire des tarifs préférentiels au profit de certains usagers ou trafics, le concessionnaire devait être indemnisé sur la base des tarifs normalement applicables à ces usages ou trafics.

2.3.2 Normes de police, sécurité et sûreté - Compétence exclusive de l'Etat

La concession de droit d'exploitation d'infrastructures portuaires et de fourniture de services public ne confère à l'opérateur privé aucun droit d'intervenir dans les domaines suivants :

- le placement des navires et bateaux aux quais outillés par lui ou dans le déplacement de ces navires et bateaux,
- la police de la grande voirie ou dans celle de la circulation et de l'usage des quais.

2.3.3 Normes et standards environnementaux, hygiène et santé publics

L'ensemble des acteurs publics ou privés exerçant des activités portuaires sont assujettis aux prescriptions environnementales visant à protéger le domaine public maritime et ses abords. A cet

⁴ Art. 54 et 55

égard, l'autorité portuaire doit assurer le respect des réglementations environnementales notamment dans le domaine du transport des matières dangereuses et de la lutte contre les pollutions.⁵

2.3.4 Notion de service public

La définition de la notion de service public est déterminante pour qualifier ou pour alléger les obligations de mission de service public incombant à l'autorité portuaire. Les obligations et contraintes de service public sont en effet moindres lorsque les activités autorisées sur le domaine public portuaire sont de nature purement commerciale et n'impliquent pas des usagers.

Cependant, même si l'intervention du secteur public tend à diminuer dans la gestion et l'exploitation du domaine portuaire et des activités qui y sont liées, son rôle est indispensable dans la gestion commerciale des ports.

Ainsi, dans toutes les formes de délégation des services portuaires au secteur privé, la **puissance publique exerce et devrait toujours exercer son pouvoir de contrôle**.

2.3.4.1 Obligations de service public

En général, le prestataire de services publics est astreint aux obligations suivantes :

- **La Continuité** des prestations constitue l'un des principes fondamentaux du service public ;
- **La qualité et l'adaptabilité du service aux besoins**, en quantité comme en nature
- **La transparence** est un principe également inhérent au service public qui réside dans:
 - o l'obligation de communication des documents administratifs et la motivation des actes administratifs ;
 - o un processus d'appel d'offres public et transparent pour la mise en œuvre de contrat de délégation de service public, les concessions et sous-traités d'exploitation d'outillage public portuaire.
- **La neutralité** du secteur public : l'autorité portuaire ne peut pas utiliser son pouvoir de gestion domaniale pour favoriser indûment un occupant du domaine public et **la concurrence** doit s'appliquer ; et
- **L'Égalité de traitement des usagers**. Tous les usagers remplissant les mêmes conditions doivent être traités de même. Le **respect de l'égalité entre les usagers** constitue un principe fondamental du service public (l'autorité portuaire ne doit pas créer de discrimination entre les usagers, ainsi en l'absence d'une raison impérieuse d'intérêt général, l'usage exclusif d'un appontement ne peut être accordé à un seul armateur)⁶.

Nature juridique des services portuaires et mission de service public

Toutes les activités se déroulant dans les ports maritimes ne sont pas assimilables à une mission de service public et sont purement industrielles ou commerciales. C'est le cas pour la convention de terminal dès lors que la manutention portuaire exercée par des entreprises privées n'est pas

⁵ Les traités, conventions et normes internationales en matière notamment de protection de l'environnement, de pollution et de gestion des déchets toxiques sont énumérés dans le manuel portant sur la régulation opérationnelle portuaire qui fait partie des documents fournis à l'APN dans le cadre de ce Projet.

considérée comme une activité de service public. Le titulaire d'une telle convention organise librement sa politique commerciale et n'est pas soumis à un contrôle rigoureux de l'autorité portuaire.

Ces activités ne sont donc pas assujetties aux mêmes contraintes et obligations requises pour la fourniture d'un service public telles que décrites dans la sous-section 2.4.2.1 ci-dessus.

2.4 DELIMITATION DU DOMAINE PORTUAIRE

2.4.1 Domaine public portuaire

Il faut d'abord tenter de définir ce qu'on entend par domaine public portuaire. S'il n'y a pas de définition issue de la loi, le projet de loi ANAREP prévoit que le domaine public portuaire pour chaque port haïtien est défini par arrêté ministériel.

De manière générale, c'est **l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers appartenant aux ports et qui servent les besoins du service public portuaire**. Il y a donc **deux conditions cumulatives** pour qu'un bien fasse partie du domaine public :

- la propriété publique ; et
- l'affectation publique de ces biens.

Plus précisément, les biens du domaine portuaire sont, entre autres, les quais portuaires, les hangars publics et les terrains aménagés où sont implantées les entreprises du port. Ainsi nous pouvons considérer qu'une grande partie de l'espace portuaire fait partie du domaine public.

2.4.1.1 Utilisation du domaine public

S'agissant de l'utilisation du domaine public, il faut retenir que pour exercer leurs activités, les entreprises du port doivent être titulaires d'une autorisation leur permettant d'occuper le domaine public portuaire. Cette autorisation administrative est obligatoire pour s'implanter sur un terrain portuaire et est délivrée par l'autorité portuaire. Aux termes du projet de loi ANAREP, cette autorisation est intitulée « Autorisation d'occupation du domaine public ». La forme que cette autorisation doit revêtir n'est pas clairement définie dans l'avant-projet de loi. Cependant les conditions d'exercice des activités des entreprises autorisées par l'autorité portuaires doivent être expressément stipulées dans le cadre d'un contrat entre cette dernière et les acteurs privés.

2.5 LE ROLE DE L'APN EN TANT QU'AUTORITE DE REGULATION

L'APN établit par **Décret présidentiel en date du 15 mars 1985** est une institution commerciale dotée de la personnalité juridique jouissant de l'autonomie administrative et financière et ayant comme ministère de tutelle le MEF.

L'APN dont la mission principale est de contrôler la direction et l'exploitation/opération de tous les ports d'Haïti. Elle a en particulier la charge de :

- Superviser toutes les activités portuaires commerciale ainsi que toutes les installations portuaires placés sous sa juridiction ;
- Diriger, opérer entretenir et développer les facilités portuaires placées sous sa juridiction ;
- Mettre en place toutes les procédures nécessaires pour régulariser les services requis par les bateaux, les cargaisons, les passagers et tout autre usagers du port placés sous sa juridiction ;

- Etablir, renforcer et réviser toutes les fois qu'il est nécessaire les modalités et procédures destinées à assurer une certaine rentabilité économique dans tous les ports où des investissements ont été consentis ;
- Etablir les frais, droits, taux, tarifs à payer, règlements et régulations pour tous les ports placés sous sa juridiction, y compris les quais privés et définir les modalités pour le recouvrement de telles charges ;
- Etablir les termes et conditions pour le bail ou la location des terres et des propriétés situés dans l'enceinte des ports placés sous sa juridiction ;
- Organiser le cabotage sur toute l'étendue du territoire national.

Ainsi l'APN a dans ses missions la régulation économique, juridique et financière de l'intégralité des activités portuaires en Haïti, y compris les quais privés⁷. Elle détient également en corollaire des prérogatives de sanction en cas de contravention à la réglementation régissant le secteur portuaire et des normes qu'elle a établi dans l'exercice de sa mission.

Le tableau ci-dessous décrit les différents modes statutaires que peuvent adoptés les autorités en charge de la gestion des ports dans le monde. On peut remarquer que dans la majorité des cas le secteur public, par le biais du gouvernement ou de ses démembrements territoriaux, conservent le contrôle de ces entités de gestion portuaire.

Tableau : Statut des autorités portuaires (enquête ESPO-Gouvernance portuaire, 2010)⁸

Statut légal des Autorités Portuaires	Ensemble	Hanséatique*	Latin
L'AP est un département d'une collectivité locale (commune ou Région)	13	18	8
L'AP est une entité satellite d'une collectivité locale	40	27	60
L'AP est une entité séparée du gouvernement local avec un capital par actions détenues par le gouvernement local	35	34	32
L'AP est une société privée	5	5	0
Autre	7	16	0

*designe une zone géographique située au nord de l'Europe (Allemagne, Pays Bas, Pollogne, Pays Baltes) où les activités portuaires ont été développé au cours du Moyen Age

⁷ Les dispositions du décret de 1985 ne font pas état des ports privés qui se sont développés en Haïti depuis quelques années mais il paraît logique que ceux-ci soient également placés sous l'autorité de l'APN.

⁸ « Deux formes de statut dominant : une entité séparée du gouvernement local ou national mais sans capital partagé (modèle latin), une entité séparée du gouvernement mais avec un capital dont le gouvernement détient tout ou partie. La dé-municipalisation des ports, observée notamment au Benelux, permettant la création de sociétés ouvertes aux investisseurs privés, ne doit pas faire oublier que les autorités locales, parfois au côté du représentant de l'État, restent majoritaires dans les conseils de surveillance. » Le nouveau rôle des autorités portuaires dans l'adaptation des clusters aux enjeux de la globalisation : Laurent Lévêque – Revue Espace Politique – No 16- 2012 – I

Le tableau suivant fait état des revenus des autorités portuaires classés par leur origine. On peut constater que la part des subventions publiques va en diminuant et que les sources de revenus provenant des droits d'occupation des terrains que mettent à disposition les autorités portuaires qui constituent le principal levier de croissance des ressources financières du port. ⁹

Les ressources financières des autorités portuaires (%)

	Ensemble	Hanséatique	Latin
Droits de ports	49	46	41
Droits d'occupation du domaine portuaire	25	29	29
Vente de services	16	13	19
Subventions publiques	5	5	7
Autres ressources	5	7	4
Ensemble	100	100	100

⁹ Op cit no 6.

*Ports hanséatiques : Ports de l'Europe du Nord.

3. PRINCIPAUX MODES ECONOMIQUES DE GESTION DES PORTS

3.1 TYPOLOGIE DES MODES DE GESTION PORTUAIRE

La Banque Mondiale et le PPIAF (Public Private Infrastructure Advisory Facility) dans le manuel (*Port Reform Toolkit*) classifie les modes de gestion portuaires possibles en fonction de la dominante privée ou publique dans la gestion des infrastructures, des superstructures (équipement et revêtement des terminaux), des opérations et des autres services. Aussi, nous pouvons distinguer les schémas suivants :

- **le modèle concession de la gestion** (port privatisé), dans lequel le secteur public confie l'entière gestion du port au secteur privé.
- **le modèle port de service public** (*Service Port*), où l'autorité portuaire assure elle-même la gestion, la manutention du fret et les autres fonctions de première ligne au moyen d'une administration centralisée, la participation du secteur privé demeurant circonscrite aux services secondaires.
- **le modèle port propriétaire** (*Land Lord Port*), selon lequel. L'autorité portuaire cède aux opérateurs privés la propriété et l'exploitation des superstructures, à savoir de l'outillage (grues et portiques), pour se concentrer sur la propriété et la gestion des infrastructures portuaires (quais et terre-pleins) et de ses terrains, qu'elle met à la disposition des opérateurs privé, ainsi que sur le contrôle de la navigation et la planification.
- Dans un **modèle intermédiaire** (*Tool Port*) assez répandu dans les pays francophones, l'autorité portuaire loue les outillages, des entrepôts et des espaces de stockage aux sociétés de manutention privées agréées, qui traitent avec les armateurs pour leur fournir l'équipement de manutention, embaucher la main d'œuvre occasionnelle, servir les navires lors de leurs escales.

NB : Il importe cependant de noter que la **notion de « concession » est parfois utilisée comme un terme générique** qui ne reflète pas la réalité des relations contractuelles entre le partenaire public et le partenaire privé. En effet, des autorisations d'occupation du domaine public sont qualifiées à tort de « concessions » telle que l'exploitation par un opérateur privé d'un terminal industriel, sauf lorsque la convention confère également la gestion d'un service public.

3.2 CARACTERISTIQUES PRINCIPALES

Il s'agit de décrire dans cette section les principales caractéristiques des différents mécanismes de gestion des ports desquels découle la nature des contrats propres à chaque mécanisme. Cependant, les frontières entre les différents modèles économiques de gestion ne sont pas étanches, et certains éléments propres à un mode de gestion spécifique peuvent être trouvés dans un mécanisme de gestion et d'exploitation différent.

3.2.1 Mode de gestion dominant - Port propriétaire ou “landlord port”

Depuis les années 80 le secteur portuaire connaît de profonds changements dans les modalités de gestion et d'exploitation de ses activités. Les ports de commerce évoluent du modèle de “*tool port*” vers le modèle de “*landlord port*”. Le modèle du « *tool port* » se caractérise par une participation publique largement majoritaire, le secteur privé restant généralement cantonné à des fonctions d'opérations, souvent de manutention mais avec des outillages propriété de l'autorité publique. Dans le modèle du « *landlord port* », l'autorité publique réduit sa sphère en étant uniquement propriétaire des infrastructures et des terrains qu'elle loue à des opérateurs privés (concessions, conventions de terminaux).

Le « **Port propriétaire** » ou « **Landlord Port** » émerge aujourd'hui comme le modèle contractuel majeur consacrant un désengagement progressif des autorités publiques dans la gestion portuaire. Ainsi la déréglementation du secteur et des activités liées au transport maritime, qui sont passées d'un modèle économique de gestion publique (propriété, gestion, exploitation) à un modèle où l'autorité portuaire n'est plus que propriétaire de l'infrastructure et des terrains qui sont loués à des opérateurs privés qui exploitent les terminaux et qui en financent l'équipement, a connu un essor considérable.¹⁰

De nombreux ports dans le monde ont en effet développé des modèles concessifs de partenariat technique, économiques et financiers octroyant la construction d'infrastructures ainsi que la gestion et exploitation de terminaux portuaires à des opérateurs privés. Cette tendance s'illustre en particulier dans le domaine des terminaux de containers financés et exploités par des grands groupes de transport maritime.¹¹

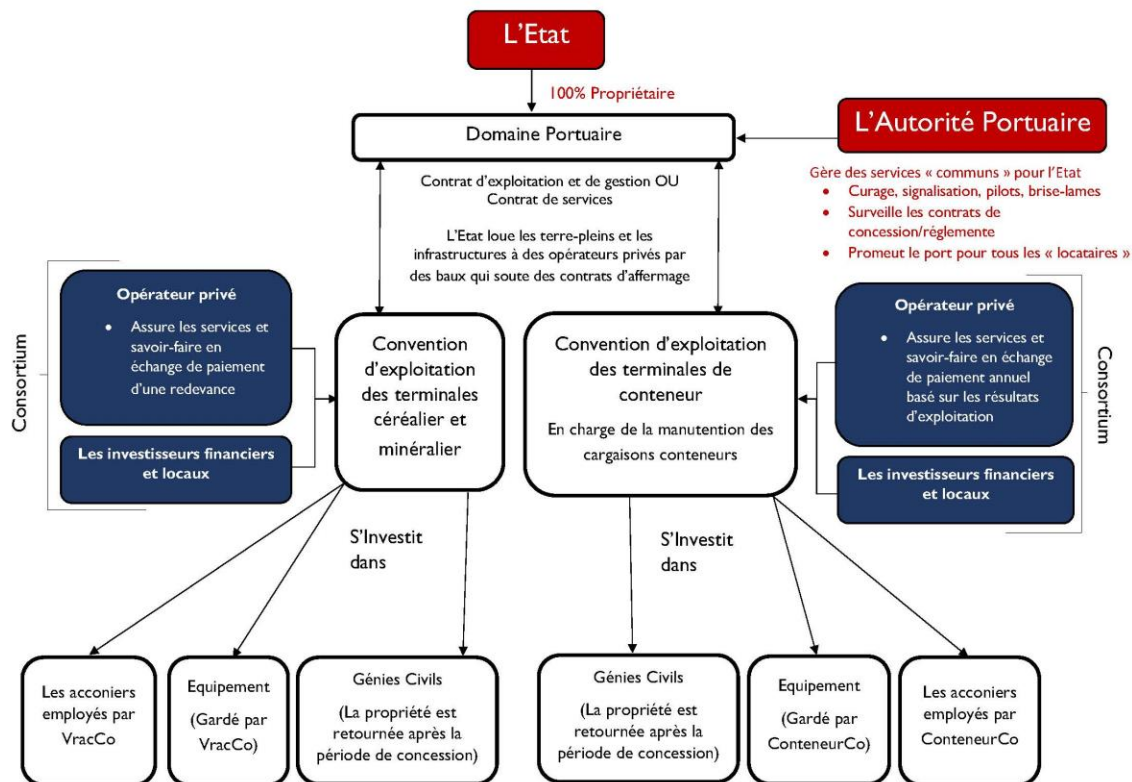
a) *Caractéristiques principales*

- Dans le modèle « landlord » :
- Le secteur public est responsable de la planification et de l'application de la réglementation. L'Etat via l'organisme portuaire demeure propriétaire des terrains et de certaines infrastructures de base qui sont louées aux entreprises privées qui exploitent le terminal ou à des industries comme des raffineries, des terminaux ou des industries chimiques. Ces opérateurs financent la superstructure.
- Le secteur privé, lui est propriétaire de ses propres infrastructures et équipements sur le terrain et est responsable des opérations de terminal. Dans cette situation, le contrat devra prévoir un mécanisme de paiement ou de rémunération pour les investissements réalisés dans les infrastructures. Dans un tel cas, les revenus de l'opérateur privé doivent lui permettre d'assumer les opérations courantes d'un terminal, et d'assurer le financement de ses investissements dans les infrastructures, incluant leur amortissement sur plusieurs décennies.

¹⁰ La concession portuaire contractualisée pour des périodes souvent supérieures à vingt ans est devenue la norme de fonctionnement des grands ports - HUB Portuaires (I) : Les grands opérateurs mondiaux Jean Debie Université Paris Est - IFSTTAR – SPLOTT - 2012

¹¹ La gestion et l'exploitation des terminaux conteneurisés dans le monde suivent dorénavant un modèle quasi universel de type Port Foncier. Dans ce modèle, la responsabilité des autorités régaliennes en matière d'exploitation s'efface au profit d'intérêts privés dans le cadre de processus de concessions octroyés pour de longues périodes (de 20 à 35 ans en moyenne). Seuls 17,4% des terminaux portuaires conteneurisés demeuraient entièrement sous contrôle public en 2008 contre plus de 56% sous le contrôle des opérateurs globaux de terminaux (Aldrick, 2009) (Alex-Grosdidier De Maton – Mars 2011).

Le tableau ci-dessous illustre le montage contractuel et l'articulation entre les différentes parties prenantes dans le cadre d'un système de gestion port propriétaire :



3.2.2 Mode de gestion - Port privatisé

La concession portuaire est une concession de transport, couvrant des infrastructures, des ouvrages, des superstructures, des outillages et des services.

3.2.2.1 Concessions portuaires globales - Principales caractéristiques

Les concessions portuaires globales portent sur tout l'ensemble d'un port, infrastructures, superstructures, outillages et services afférents aux différents types de trafic.

Contrairement au mode de gestion port propriétaire, **ce mode concessif est rarement usité**.

En effet, les concessions portuaires incluent rarement les infrastructures pour les raisons suivantes :

- **Absence d'économies d'échelle** liée à l'exploitation des infrastructures (ouvrages de protection, chenaux d'accès, murs de quais...) qu'un seul ou cinq cents navires à fort tirant d'eau empruntent un chenal dragué à 16 mètres, le coût du dragage est le même ;
- **La vie économique et la durée de leur amortissement des infrastructures excèdent le terme des emprunts bancaires.**
- Mise aux normes **coûteuses** ;
- **Faiblesse de la valeur marchande et inaliénabilité** de ces infrastructures, comme les chenaux ou les ouvrages de protection.

Par conséquent, les entreprises privées concessionnaires dans le port, prennent rarement en charge ces ouvrages d'infrastructures.

Les infrastructures concédées **se limitent généralement aux murs de quai, remblais et revêtements des terre-pleins et dragages des bassins**. Tout en maintenant les grandes infrastructures hors concession, le concédant/l'autorité portuaire exige éventuellement que le concessionnaire contribue au financement de leur entretien et développement.

Cependant dans certaines parties du monde des opérateurs de terminaux acceptent d'investir dans des infrastructures qui sont limitées aux infrastructures opérationnelles (dragages et quai)¹².

3.2.2.2 Concession d'un espace du domaine portuaire – concession domaniale et foncière (Convention de terminal & Convention d'outillages publics)

La concession portuaire est une convention qui a pour objet l'externalisation d'une mission globale, **impliquant l'occupation et l'exploitation d'un espace du domaine public portuaire (DPP)**. Cette concession est établie au profit d'un partenaire privé et concerne le plus souvent l'exploitation d'un terminal portuaire ou d'un outillage public portuaire. Les parties signataires de conventions d'exploitation d'un terminal portuaire (CET) se réfèrent souvent à un modèle de convention dit « *Build, Operate, Transfer* » (ou BOT), c-à-d : Construction, Exploitation, Transfert, qui permet l'externalisation de tout un service public portuaire, de la conception d'un projet à son exploitation, en passant par son financement et sa construction.

La concession domaniale consiste à confier à l'opérateur privé **la manutention et le stockage de marchandises diverses** permettant notamment de restructurer les opérations de manutention de bord (« *stevedoring* ») et manutention de terre (« *shorehandling* ») afin de superviser et mieux contrôler ces activités et obtenir des gains de productivité.

3.2.2.3 Concession d'outillage public portuaire

La convention de concession d'outillage public portuaire vise, elle, à déléguer à un partenaire privé l'exploitation de hangars, d'installations de stockage d'hydrocarbures, de postes d'accostage, de silos céréaliers, etc. construits et financés par l'autorité portuaire. Le partenaire privé réalise le plus souvent des travaux, même mineurs, avec pour effet d'occuper privativement le DPP. Cette convention de concession est alors qualifiée de délégation de service public jumelée à une concession domaniale.

3.2.3 Le Modèle Intermédiaire (Tool Port)

Le modèle du « *tool port* » se caractérise par une participation publique largement majoritaire, le secteur privé restant généralement cantonné à des fonctions d'opérations, souvent de manutention mais avec des outillages, propriété de l'autorité publique.

¹² Tel est notamment le cas à Dakar (Dubai Port World a construit un 3ème poste à quai), à Lomé tant pour Bolloré (3ème quai) que pour TIL / MSC (LICT), à Pointe-Noire et à Cotonou (Bénin Terminal) pour Bolloré.

4. TYPOLOGIE CONTRACTUELLE PORTUAIRE

Les différents modes de gestion des activités portuaires tels que classifiés par la Banque Mondiale dans la Section 2 ci-dessus recouvrent une variété de contrats entre l'autorité portuaires et les opérateurs économiques qui peuvent être différenciés en fonction de :

- **L'objet du contrat** et la nature des services fournis (service public ou activité purement commercial au bénéfice de l'opérateur) ;
- La nature du **domaine portuaire** concerné (public ou privé) ;
- La teneur et l'étendue des obligations et responsabilités respectives de l'autorité portuaire et de l'opérateur privé ainsi que les risques y afférent ;
- Les mécanismes de rémunération de l'opérateur privé.

Ces différents modes de gestion ne sont pas indissociables les uns des autres et il est possible pour l'autorité portuaire de combiner différents modes de gestion dans un port selon les ressources techniques et financières de l'autorité ainsi que du contexte du marché.

C'est le cas du port du Cap-Haïtien où le terminal de conteneurs ainsi que le terminal commercial seront sous le mode propriétaire (le quai étant construit par le secteur public et exploité par le secteur privé) alors que le service de pilotage est fourni par l'APN, entité publique.

Cependant, il convient de distinguer :

- le **modèle économique de gestion des ports** (port propriétaire/port privatisé/port intermédiaire) qui représente les éléments techniques, économiques et financiers des conditions d'exécution d'une activité donnée, d'une part,
- des **modalités contractuelles** (concession, affermage, contrat de bail etc..) correspondant à ces modalités de gestion selon lesquelles les opérateurs s'entendent avec l'autorité portuaire pour exercer cette activité qui leur ait confiée d'autre part.

Il importe en conséquence de différencier les différents types de contrat et d'identifier le rôle et les responsabilités de l'APN ainsi que du co-traitant privé selon les modèles de gestion.

Les implications quant aux obligations respectives des parties à ces différentes conventions ainsi que leur transposition dans les termes du contrat seront ensuite décrites

4.1 CONCEPT PPP ET DELEGATION DE SERVICE PUBLIC - DEFINITION

4.1.1 Qu'entend-on par PPP ?

La nature et l'étendue de la responsabilité de l'autorité de régulation dans la supervision des contrats conclut avec les opérateurs privés nécessite au préalable de s'entendre sur une définition du concept des partenariats entre la personne publique et le secteur privé.

Le PPP constitue, en effet, un des modes contractuels de la commande publique dérogatoire au régime de droit commun des marchés publics. Les accords de partenariat sont particulièrement complexes et impliquent l'intervention de nombreuses parties prenantes ainsi que l'évaluation et la

compréhension de paramètres d'ordre technique, économique, financier, environnemental, social, administratif, etc., dont la maîtrise requiert des compétences pointues dans de multiples domaines.

Il convient donc au préalable de décrire les éléments constitutifs et principales caractéristiques des différents **mécanismes contractuels impliquant le secteur public et le secteur privé dans le développement, l'exploitation et la gestion des infrastructures et services portuaires** sous le mode PPP.

Les conventions entre les autorités publiques et les acteurs économiques privés revêtent en fait des mécanismes contractuels très variés quant à :

- la teneur des tâches et responsabilités dévolues par la personne publique au secteur privé
- le mode de rémunération de l'opérateur privé
- la passation des marchés publics
- les risques encourus par les parties au contrat (risque de la demande, risque de construction, risque de change, risque fiscal, etc.)
- la propriété des actifs. (voir le tableau I)

Cependant, les définitions légales prévalant dans certains pays ou celles émises par les organisations régionales et les bailleurs de fonds internationaux ne sont pas toujours claires et ne tracent pas clairement les frontières entre les différents types de contrats de la commande publique confiée au secteur privé.

En fait, il n'existe pas de consensus entre les différentes parties prenantes au développement de la participation du secteur privé quant à une définition précise des PPP. Ainsi nous pouvons adopter pour les besoins du présent Manuel une définition très large le PPP et se référer à « **des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service** »¹³. Cette définition a également été utilisée par l'Unité Centrale de Gestion des PPP (UCG/PPP) du MEF en Haïti.

4.1.1.1 Les principales caractéristiques des PPP sont :

- (i) La **durée** de la coopération (5 ans minimum pour un contrat de gestion, jusqu'à 30 ans pour une concession ;
- (ii) L'existence de **financements privés & publics** ;
- (iii) Le **rôle dévolu à l'opérateur privé** ; et
- (iv) La **répartition optimale des risques** entre le partenaire public et le partenaire privé (la **partie substantielle des risques** doit être supportée par la personne privée) ;
- (v) L'objet, du contrat doit porter, directement ou indirectement, sur la fourniture d'un service public.

Ainsi si l'un des éléments ci-dessus ne fait pas partie des caractéristiques du contrat on ne peut pas parler de PPP.

4.1.1.2 Les contrats de DSP – variante des PPP

Les conventions de DSP telles que les concessions ou affermage peuvent être considérées comme **des variantes contractuelles des PPP** dont le mode de collaboration entre le secteur public et les acteurs privés est plus large et comprend des mécanismes financiers et économiques innovants.

¹³ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire 30/04/04.

Ces caractéristiques principales sont similaires en de nombreux points à la concession d'ouvrage ou de service public décrites plus haut. Cependant, le risque d'exploitation est atténué par la participation sous mode de subvention et de garanties financières et industrielles des autorités publiques.

Définition de la DSP: Les contrats de DSP peuvent se définir comme une convention par laquelle l'Etat ou ses démembrements (collectivités territoriales, établissements publics) confie(nt) la construction ou la réhabilitation, l'exploitation et/ou la gestion d'un ouvrage ou d'un service public à un délégataire de droit public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, comprennent les modes contractuels tels que décrits ci-dessous.

Le PPP est à distinguer de la délégation de service public (DSP) en ce que ce premier (i) ne lie pas substantiellement la rémunération du partenaire privé au revenu généré par l'exploitation du service, mais (ii) assujettit par contre le paiement du partenaire privé à la réalisation d'objectifs de performance qui tiennent à la qualité du service public fourni – contrairement au contrat de DSP qui n'exige pas en principe l'accomplissement de telles performances.

4.1.1.3 Contrats PPP conventionnels

- **La concession:** la réalisation d'une mission de service public ou d'intérêt général par une entité publique ou privée et pour laquelle le concessionnaire se rémunère sur les résultats financiers de l'exploitation et prend donc, en principe, tous les risques liés à la conception, la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage avec ses principales sous-catégories:
 - BOT/ROT (Build-Operate-Transfer/ Rehabilitate-Operate-Transfer) /CET (Construction- Exploitation- Transfert/ RET (Réhabilitation-Exploitation-transfert)
 - DBFO (Design-Build-Finance-Operate)/Conception- Construction – Financement- Exploitation
 - BOO (Build-Own-Operate)/ Construction- Possession- Exploitation
- Ce mode contractuel appliqué aux activités portuaires inclut les contrats suivants :
 - **La concession portuaire** peut porter sur l'ensemble d'un port (port privatisé)
 - **La concession d'un espace du domaine portuaire** : Convention de terminal ou Convention d'outillages publics.
- **L'affermage** (*lease contract*) ou BLT/RLT (Build-Lease-Transfer / Rehabilitate-Lease-Transfer) Construction-Location-Transfert/ (Réhabilitation-Location-transfert): une convention où l'Etat assume la responsabilité de la maîtrise d'ouvrage (finance et construit les actifs) et demeure propriétaire des actifs et l'exploitant verse une redevance à l'Etat sur les recettes d'exploitation.
- Ce mode contractuel appliqué aux activités portuaires inclut les contrats suivants :
 - **Le contrat de gestion et d'exploitation d'un terminal** par un opérateur privé avec ou sans des investissements limités au renouvellement des actifs dont l'exploitation a été délégué par le secteur public (voir description en section 4.2.1 ci-dessous);
 - **Le contrat de gestion d'outillages publics** fournis par l'autorité portuaire qui les louent à l'opérateur privé pour leur exploitation et la fourniture de services à la marchandise ;
 - **Contrat de location d'entrepôts** appartenant à l'autorité portuaire

- **La régie intéressée:** la gestion d'un service public par un opérateur privé contre une rémunération variable basée sur la réalisation d'objectifs techniques et commerciaux.
- Ce mode contractuel appliqué aux activités portuaires inclut les contrats suivants :
 - **Le contrat de gestion d'outillages publics** fournis par l'autorité portuaire qui les louent à l'opérateur privé pour leur exploitation et la fourniture de services à la marchandise. L'opérateur privé est alors payé une rémunération fixe avec une part variable calculée sur les recettes d'exploitation ;
 - Tout contrat de fourniture de services aux navires et aux marchandises pouvant être délégués à un opérateur privé en conformité avec le droit applicable.

4.1.1.4 Autres modes contractuels PPP alternatifs

Il convient d'ajouter la définition de deux autres modes contractuels entre le secteur public et le secteur privé qui peuvent également s'appliquer aux opérations de d'exploitation et de gestion des activités portuaires, comme suit :

- a) **Le PPPI Partenariat Public-Privé Institutionnel:** Le PPPI permet au partenaire public de maintenir, par sa présence dans l'actionnariat et les organes de décision de l'établissement commun, le contrôle, l'influence et l'expertise dans les activités conduites dans le partenariat. Les bailleurs de fonds internationaux comme la Société Financière Internationale (SFI ou IFC) ou les banques régionales de développement souscrivent parfois au capital de ces entités aux fins de superviser au plus près les opérations menées par ces sociétés et négocient leur retrait au moyen d'une convention de cession de leurs actions (« *put and call* ») à un prix déterminé ou déterminable.
 - Ce mode contractuel correspond à la gestion et l'exploitation d'installations portuaires et de fourniture de service par une société d'économie mixte dont le capital social est détenu par des actionnaires privés et des publics¹⁴.
- b) **Le contrat de performance, ou PFI (*Project Finance Initiative*):** un contrat entre les pouvoirs publics et le secteur privé pour la conception, le financement, la construction, l'exploitation, l'entretien et la maintenance des infrastructures, équipements publics pendant une longue période contre rémunération par l'Etat qui est assujettie à la réalisation de certaines performances définies dans le contrat. Ce schéma contractuel est très usité en Grande Bretagne pour la construction de bâtiments administratifs et l'exploitation de services publics.

Les différents schémas contractuels impliquant les autorités publiques et le secteur privé pour le développement et l'exploitation d'infrastructures publiques et la fourniture d'un service public ou concourant à une mission de service public sont décrites dans le tableau suivant :

¹⁴ Ce modèle correspond à la société de télécommunication haïtienne CONATEL dont le capital est détenu à 60% par un partenaire privé et à 40% par l'Etat haïtien.

Tableau I **Typologie des PPP : Les différents types de Contrats de partenariat entre le secteur public et secteur privé**

Mode de PPP	Objet	Mode de rémunération de l'opérateur	Maîtrise d'ouvrage	Risque de disponibilité / performance	Risque d'exploitation / demande	Propriété des actifs
Concession globale (DFBO, BOT/CET, BOO)	Financement, exploitation, gestion et maintenance des infrastructures et superstructures portuaires et fourniture de services	L'opérateur perçoit les paiements des usagers des infrastructures et verse une redevance à l'Etat	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé / Etat	Etat et/ ou opérateur privé
Affermage pur	Exploitation, gestion maintenance des infrastructures portuaires existantes et fourniture de services	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Etat ou organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Etat
Affermage avec investissements privés	Exploitation, gestion, et maintenance des outillages et terminaux publics et financement de nouveaux outillages par l'opérateur privé	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Organisme portuaire et opérateur privé	Opérateur privé	Organisme portuaire et opérateur privé	Etat et opérateur privé
Contrat de gestion	Gestion des infrastructures et fourniture de services	L'opérateur est rémunéré par la personne publique sur la base des recettes et de la réalisation des objectifs	Etat ou entreprise publique	Opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat ou entreprise publique
Régie intéressée	Gestion des infrastructures et fourniture de services	Rémunération par la personne publique + prime d'intéressement, rémunération indexée sur les résultats	Etat ou entreprise publique	Etat + opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat ou entreprise publique
Contrat basé sur les performances PFI		L'opérateur est rémunéré en fonction de ses performances	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé / partenaire public	Opérateur privé
Autorisation temporaire d'occupation du domaine public (AOT)	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels ou commerciaux et des services qui y sont liés	L'opérateur privé est rémunéré sur les résultats d'exploitation et paye une redevance à l'organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé
SEM/ PPPI	Création d'une JV/SP avec participation de l'Etat au capital	La SEM se rémunère sur les revenus d'exploitation	SEM	SEM	SEM	SEM
Mode de gestion purement privée	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels : Concession/service public	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé

4.2 PRINCIPALES CARACTERIQUES DES SCHEMAS CONTRACTUELS PORTUAIRES

Les **modes contractuels de délégation au secteur privé** portent le plus souvent sur :

- un terminal (conteneurs, commercial, industriel);
- une activité déterminée (entrepôt);
- infrastructures et superstructures; ou
- superstructures seules (outillages, systèmes d'information, immeubles de bureaux, magasins de stockage, zones logistiques ...).

La présente section a pour objet d'exposer les principales caractéristiques des différents schémas contractuels utilisés par les autorités publiques pour la délégation au secteur privé de l'exploitation et de la gestion des activités portuaires au regard des meilleures pratiques internationales ainsi que leurs implications pour l'autorité contractante ou concédante et l'opérateur privé.

4.2.1 Contrat de Concession Portuaire

Le projet de réforme portuaire distingue entre :

- La **Concession d'utilisation exclusive du domaine public** ; et
- La **Concession d'exploitation d'un espace du domaine public** (exploitation d'un terminal)

aux termes desquelles :

- (i) Les activités à réaliser dans cet espace sont explicitement établies dans le contrat de concession ;
- (ii) Le concessionnaire est tenu d'effectuer des investissements dans l'infrastructure physique (quais, terrains...) qui lui ait confié et qui à l'expiration du terme de la concession sera transférée à l'autorité concédante;
- (iii) la durée de la concession est associée à l'amortissement des investissements assumés par le concessionnaire ;
- (iv) l'entreprise concessionnaire est tenue de donner une contrepartie pour l'utilisation de cet espace (redevance domaniale).

Dans le cadre d'une concession d'exploitation d'un terminal, l'autorité portuaire conclut avec un opérateur privé une convention portant sur la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics comprenant les terre-pleins, les outillages et aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires.

4.2.2 Concession d'exploitation d'un espace du domaine public portuaire

4.2.2.1 Convention de terminal (ou d'exploitation de terminal)

Une convention de terminal conclue entre l'autorité portuaire et l'exploitant porte sur l'exploitation du terminal et éventuellement sur la réalisation d'infrastructures, elle prévoit souvent des objectifs de développement de trafics et **elle vaut autorisation d'occupation du domaine public**.

La convention de terminal est une variante des concessions domaniales, où l'exploitant privé peut :

- Assurer une **activité purement industrielle** (ex: la manutention) et donc ne **constitue pas en principe une activité de service public** ;
- **Exploiter un service public** ou être en charge de **l'aménagement d'ouvrages publics**.

4.2.2.2 Concessions comportant la fourniture d'un service public

a) Concessions de terminaux à conteneurs

La volonté marquée des armateurs de disposer de terminaux dédiés à leurs trafics conteneurisés, a rendu nécessaire un nouveau cadre juridique et financier d'exploitation des terminaux. L'idée était de parvenir à simplifier les relations entre usagers et gestionnaire des installations portuaires, et d'apporter plus de souplesse à l'activité d'exploitant de terminal.

Ainsi, la convention d'exploitation de terminaux portuaire (CET) est née de la nécessité de créer un instrument propre à l'exploitation de terminal et est avant tout un contrat né de la pratique.

Cette convention porte exclusivement sur la gestion et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal spécifique à certains types de trafics comprenant les terre-pleins, les outillages et aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Le recours à ce mode de gestion, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, **devrait être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public**.

Il s'agit d'autoriser la création de terminaux de conteneurs privatifs et autonomes ainsi que l'exploitation et la gestion de ceux-ci à un opérateur privé sous forme d'autorisation d'occupation du domaine public.¹⁵

b) Concessions de services portuaires divers

Tous les services portuaires, autres que ceux de puissance publique (c-à-d : sécurité, douanes, immigration, santé publique) peuvent faire l'objet de concessions, allégeant d'autant les charges des finances publiques portuaires, mais au risque de créer des privilèges de rente. Les plus fréquemment concédés sont :

- le remorquage,
- les silos,
- les entrepôts frigorifiques,
- l'amarrage et divers avitaillements.
- Le pilotage opère généralement dans un cadre statutaire.

¹⁵ Le regroupement des armateurs et des opérateurs en entreprises ou consortiums disposant d'importantes ressources a encouragé cette création. Le développement de ces concessions, éventuellement filiales d'établissements portuaires étrangers, est caractéristique de la mondialisation, associée à la massification des échanges. Comme on l'a déjà relevé, elle réduit la capacité des ports à contrôler leur trafic. Les ports ne sont qu'un facteur dans un cycle de production dont les fins leurs sont étrangers, ce qui est en fait conforme à leur statut et vocation de service public. (Voir source)

4.2.2.3 Concession domaniale /foncière n'incluant pas un service public

a) Contrat d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public portuaire

Il s'agit d'autorisations d'occupation du domaine public octroyées à des entreprises pour l'exploitation de leurs propres installations, lesquelles peuvent être mises à la disposition des tiers selon des conditions agréées par l'autorité portuaire. Des outillages publics peuvent être mis à la disposition de l'opérateur par l'autorité portuaire, selon des conditions financières à agréer aux termes de la convention.

Cette autorisation donne lieu à une convention passée entre l'autorité portuaire et l'opérateur privé qui prévoit que ce dernier assure l'exploitation technique et commerciale du terminal, qu'il bénéficie d'une priorité permanente d'usage des quais.

Lorsque le titulaire de l'autorisation exploite ses équipements pour ses propres besoins, son activité n'est soumise à aucun contrôle de la part de l'autorité portuaire, hormis pour le respect des conditions de l'occupation du domaine public.

il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une activité purement commerciale qui ne constitue pas une délégation de service public

4.2.3 Redevance domaniale

Dans le cadre d'une concession, le concessionnaire est rémunéré sur les résultats d'exploitation et perçoit souvent directement les paiements des usagers. Celui-ci verse une redevance à l'autorité concédante/portuaire calculée sur la base de ces résultats.

Le **risque de recouvrement des paiements** est alors assumé par le concessionnaire.

La redevance versée par le concessionnaire comprend généralement :

- un loyer ou redevance foncière ;
- un droit d'entrée ou de licence ;
- une redevance (*royalty*) basée sur le trafic ou sur les résultats de l'exploitation.

Le versement de cette redevance est garanti par le concessionnaire aux moyens de sûretés (ex : garantie ou caution bancaire, compte séquestre) constituées par ce dernier au bénéfice du concédant.

Le concessionnaire peut à son tour percevoir une redevance d'occupation de la part de ses sous-traitants et des occupants du domaine concédé, de même qu'il perçoit les redevances d'usage des outillages publics concédés.

4.3 CONTRAT D'AFFERMAGE POUR LA GESTION DES INFRASTRUCTURES PORTUAIRES

Ces contrats portent sur la gestion d'infrastructures existantes à réhabiliter, renouveler ou à construire selon les cas.

Les contrats correspondant au mode de gestion port propriétaire constituent essentiellement des conventions d'affermage où l'autorité portuaire confie au secteur privé soit : (i) un espace du domaine portuaire ; soit (ii) des infrastructures ou outillages publics.

4.3.1 Contrat d'affermage - Définition et domaine

4.3.1.1 Affermage « pur »

L'affermage est la **location** par un opérateur privé, (le fermier), **d'ouvrages et d'outillages de manutention** (grues et portiques) **appartenant à l'organisme portuaire public**, (le bailleur), comprenant le plus souvent **l'exploitation d'infrastructures existantes ainsi que l'entretien et leur mise à niveau** à l'exclusion du financement et la construction de ceux-ci, complétée, le cas échéant par des outillages appartenant à l'opérateur. L'opérateur privé verse une redevance à l'organisme portuaire en fonction des résultats financiers des activités déléguées, ou du volume de l'activité délégué (ex : trafic, disponibilité) ou de la disponibilité desdits équipement. Il n'y a donc pas en principe de financements des infrastructures portuaires par le partenaire privé¹⁶.

4.3.1.2 Affermage assorti d'investissements privés limités

Les contrats d'affermage peuvent inclure des éléments concessifs, où le fermier/locataire investit dans des outillages, des équipements, la construction de magasins ou l'aménagement de terrains dont la propriété est transférée à l'organisme portuaire au terme du contrat. Ces **affermages sont fréquemment dénommés « concessions portuaires »** d'où la difficulté quelques fois de distinguer clairement ces deux formes de contrat ainsi que les responsabilités et obligations respectives des parties.

Ainsi, la convention d'affermage du port de Dar es Salam en Tanzanie stipule que les ouvrages sont financés par le concédant cependant que les outillages, qui viennent s'ajouter à ceux existants, doivent l'être par le fermier. Mais le concédant se réserve le droit d'acquérir au terme de la convention ces outillages, qui comprennent en particulier les engins de levage des conteneurs. Il a un droit de préemption sur les autres acquéreurs éventuels (« right of first refusal »).

NB : A cet égard, il importe de noter que L'objet de l'Appel à Manifestation d'intérêt relatif à la réhabilitation et au développement du port du Cap Haïtien est de sélectionner un opérateur privé ayant la capacité de financer des équipements portuaires ainsi que de gérer, d'exploiter et de maintenir le terminal à conteneurs dans le cadre d'un accord d'affermage intitulé « leasing PPP ».

4.3.1.3 Contrat de gestion d'outillages publics portant sur des installations existantes ou à construire

Ce contrat est défini comme étant un mode délégation dans lequel l'autorité compétente confie à une entreprise privée la gestion des installations et outillages publics, existants ou à construire, mis à la disposition des usagers dans les ports. Ces outillages peuvent être exploités, en régie par l'autorité portuaire, ou concédés ou affermés moyennant une rémunération basée sur les performances, les dépenses d'investissements éventuels restant à la charge de ladite autorité.

¹⁶ En France, la cession des outillages de manutention (grues et portiques) aux opérateurs privés constitue l'un des volets essentiels de la réforme portuaire. Le transfert de ces équipements a fait l'objet d'une évaluation par une instance ad-hoc, commission nationale d'évaluation, présidée par un magistrat de la cour des comptes et composée d'experts indépendants afin de garantir le caractère transparent et sincère de la procédure de vente des outillages publics aux entreprises privées de manutention.

Il importe de noter que font partie de l'outillage public les ouvrages et équipements qui appartiennent à l'autorité portuaire.

Définition des outillages publics : En l'absence d'une énumération exhaustive, on inclut généralement dans ce concept : des grues, des passerelles de déchargement horizontal, des hangars, des silos, des accessoires pour la manutention (caisses pour le déchargement du poisson), des chemins de roulement, des terre-pleins, voire un port de plaisance.

Objet : Il importe de préciser les outillages, installations et autres équipements dont la gestion est déléguée à un opérateur privé qui peut également inclure des investissements dans la construction et/ou la réhabilitation de ces matériels *“La présente convention a pour objet l'établissement et l'exploitation d'un outillage comprenant...”*

Le recours à type de convention, qui ne peut concerner qu'une partie du domaine portuaire, doit être compatible avec le maintien en nombre suffisant d'outillages publics ou d'outillages privés avec obligation de service public.

L'octroi d'une concession d'outillage public constitue à la fois une autorisation domaniale et le droit d'exploiter un service public.

4.3.2 Mécanismes de rémunération

La rémunération du fermier est calculée sur les résultats d'exploitation et en fonction des critères de performance atteints par celui-ci conformément aux dispositions de la convention d'affermage. Les conditions de rémunération du fermier/locataire sont en principe négociées dans le cadre du contrat conclu entre les parties et prennent en compte les spécificités du montage financier de l'affermage et des garanties et autres sûretés octroyés par les parties prenantes.

4.4 REPARTITION DES RISQUES ENTRE L'AUTORITE PORTUAIRE ET L'OPERATEUR PRIVE

Une **partie substantielle des risques** liés à l'exécution d'un contrat PPP doivent être supportés par le secteur privé. C'est un des éléments constitutifs des PPP tels que décrits dans la sous-section 4.1.1.1 ci-dessus.

4.4.1 Identification et évaluation des risques

La répartition des risques s'effectue à l'issue de la **procédure de faisabilité technique, économique, financière, juridique et de la conduite d'une étude d'impact environnementale et sociale**. Cette étude de faisabilité permet, entre autres, d'identifier les risques, d'en évaluer les implications juridiques et financières et de déterminer les mesures de leur réduction, atténuation et de leur couverture potentielles. Une fois cette évaluation réalisée, les parties prenantes procèdent à la répartition des risques entre elles qui sera reflétée dans le contrat de partenariat.

L'évaluation des risques liés à un projet de partenariat doit prendre en compte les implications et enjeux suivants:

- les implications économiques sur le développement du port et des activités portuaires;
- les implications environnementales et sociales du projet considéré ;

- le rôle et l'étendue des prestations fournies par les PME et la main d'œuvre nationales et régionales dans le cadre du projet ;
- le transfert technologique et de savoir-faire compris dans le projet ;
- l'impact sur le processus d'intégration régionale.

Schéma de la Procédure d'analyse et de gestion des risques

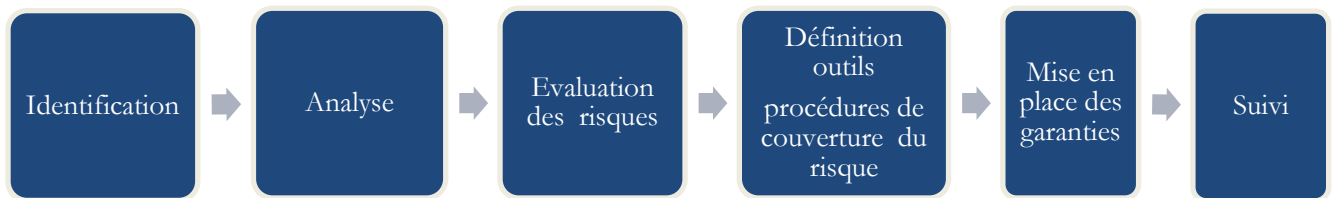


Tableau 2 Matrice des risques de projet PPP

Nature du risque								✓
Identité des parties prenantes	Politique	Surcoûts	E&S	Marché	Construction / Développement	Exploitation	Performance	Achèvement
Opérateur Privé	X	X	X	X	X	X	X	X
Autorité contractante	X		X		X			
Maître d'œuvre EPC		X	X	X	X	X		X
Exploitant (O&M)		X	X	X	X	X	X	
Acheteur / usagers				X			X	X
Fournisseurs			X	X		X	X	X

4.4.2 Risques liés aux infrastructures (conception, construction, technique, performance)

Les risques de l'autorité concédante varient d'un type de contrat à l'autre, mais se traduisent presque toujours en termes financiers. Ils dépendent essentiellement du volume d'investissement à la charge des autorités publiques.

4.4.2.1. Dans le cadre d'une concession

Le risque technique et financier du concédant aux termes d'un contrat de concession (DFBO, BOT) où le concessionnaire à la charge de financer et construire les infrastructures et leur propriété transféré à l'expiration du contrat le risque est faible pour le concédant, car il n'a rien financé.

Cependant, Le concédant peut courir des risques s'il est co-concessionnaire au sein d'une société de projet ou lorsque celui-ci investit lui-même dans d'autres ouvrages et équipements. Ses risques peuvent être importants.

4.4.2.2 Dans le cadre d'une convention d'affermage

La personne publique assume le plus souvent la charge des infrastructures lourdes et discontinues, (chenaux dragués, ouvrages de protection, quais) tandis que le concessionnaire limite généralement sa participation au développement et à l'exploitation des superstructures.

Ces infrastructures doivent être réalisées dans leurs dimensions définitives, car elles ne peuvent être aisément adaptées à l'évolution du trafic. La durée d'amortissement de ces ouvrages est très supérieure à celle des crédits que peuvent consentir les institutions financières. Le risque doit donc être à la charge du concédant étatique dont le système financier est réglé sur de très longs termes.

Le tableau suivant résume les modes contractuels de développement et de gestion des activités portuaires.

Modes contractuels de développement et de gestion des activités portuaires

Concession globale de gestion (Port privatisé)

Mode de contrat	Objet	Mode de rémunération de l'opérateur	Maîtrise d'ouvrage	Risque de Disponibilité / performance	Risque d'exploitation / demande	Propriété des actifs
Concession globale (DFBO, BOT/CET, BOO)	Financement, exploitation, gestion et maintenance des infrastructures et superstructures portuaires et/ou fourniture de services	L'opérateur est rémunéré en percevant les paiements des usagers des infrastructures et verse une redevance à l'Etat	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé/ Etat	Etat et/ ou opérateur privé
Mode de gestion purement privée	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels : # Concession/ service public	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé

Port propriétaire (landlord port)

Mode de contrat	Objet	Mode de rémunération de l'opérateur	Maîtrise d'ouvrage	Risque de Disponibilité / performance	Risque d'exploitation / demande	Propriété des actifs
Autorisation temporaire d'occupation du domaine portuaire	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels ou commerciaux et des services qui y sont liés	L'opérateur privé est rémunéré sur les résultats d'exploitation et paye une redevance à l'organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé
Affermage avec investissements privés	Exploitation, gestion maintenance des outillages et terminaux publics, financement de nouveaux outillages par l'opérateur privé	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Organisme portuaire et Opérateur privé	Opérateur privé	Organisme portuaire et Opérateur privé	Etat et opérateur privé

Modèle intermédiaire (Tool Port/convention d'outillages)						
Affermage pur	Exploitation, gestion maintenance des infrastructures portuaires existantes et fourniture de services	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Etat / Organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Etat
Contrat de gestion	Gestion des infrastructures et fourniture de services	L'opérateur est rémunéré par la personne publique sur la base des recettes et de la réalisation des objectifs	Etat/ Entreprise publique	Opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat/ Entreprise publique
Régie intéressée	Gestion des infrastructures et fourniture de services	Rémunération par la personne publique + prime d'intéressement, rémunération indexée sur les résultats	Etat/ Entreprise publique	Etat + opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat/ Entreprise publique
Contrat basé sur les performances PFI	Gestion et/ou exploitation des infrastructures et fourniture de services	L'opérateur est rémunéré en fonction de ses performances	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé/ Partenaire public	Opérateur privé
SEM/ PPPI	Création d'une JV/SP avec participation de l'Etat au capital	La SEM se rémunère sur les revenus d'exploitation	SEM	SEM	SEM	SEM

Tableau 3 Modes contractuels de développement et de gestion des activités portuaires

4.5 CONTRATS AUTORISES PAR LA REFORME PORTUAIRE

Il importe de noter que dans le cadre de la réforme portuaire, la section II de l'avant-projet de loi prévoit 3 types de contrat de délégation de services portuaires au secteur privé, qui sont:

- 1) le contrat de concession pour l'utilisation/ occupation de biens du domaine public ou pour la prestation de services ;
- 2) le contrat de gestion des installations existantes ou à construire ; et
- 3) l'autorisation donnée à l'opérateur privé pour des prestations de services.

Tableau 4 Liste des contrats autorisés par la réforme portuaire :

Type de contrat	Activités	Responsabilité de l'opérateur privé
Concession d'exploitation d'un espace du domaine public	Gestion et investissements dans l'infrastructure physique (quais, terrain)	Risques de gestion et d'exploitation des infrastructures sur toute la durée du contrat avec transfert des biens au terme du contrat.
Contrat d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public portuaire	l'exploitation par l'opérateur privé de ses propres installations	Fourniture de services par l'opérateur privé conformément aux conditions de qualité minimum et de prix maximums applicables aux services
Contrat de gestion d'outillages publics portant sur des installations existantes	Exploitation, gestion maintenance des infrastructures portuaires existantes et fourniture de services	Gestion des installations et outillages publics, existantes mis à la disposition des usagers dans les ports
Contrat de gestion d'outillages publics portant sur des installations existantes & à construire	Exploitation, gestion maintenance des outillages et terminaux publics, financement de nouveaux outillages par l'opérateur privé	la gestion des installations et outillages publics, existantes et à construire, mis à la disposition des usagers dans les ports

4.6 TERMES COMMUNS A TOUS LES CONTRATS PPP/DSP

4.6.1 Identité des parties au contrat et rôle des différentes institutions gouvernementales

Dans le cadre de la nouvelle législation portuaire, l'ANAREP approuve l'octroi des concessions, autorisations et permis proposés par le Directeur Général de la SONAGEP.

Il importe de noter qu'aux termes de l'avant-projet de loi ANAREP le Ministre des Travaux Publics, Transports et Communications (MTPTC) est seul habilité à contresigner les conventions de concession pour l'utilisation du domaine public portuaire et les contrats de gestion des ports exploités par le secteur public. En conséquence en sus de la signature de la SONAGEP en tant que partie contractante à la convention de délégation (concession, contrat de gestion ou autorisation), le MTPTC est également signataire de ces conventions.

4.6.2 Statut des opérateurs

Il importe de noter que ne sont pas qualifiés pour exercer ces activités au regard du droit applicable, les personnes physiques.

Ainsi seules les personnes morales de droit privé et de droit public à l'exclusion des personnes physiques sont autorisées à conclure les contrats de gestion pour la construction ou la gestion d'un nouveau port ou d'un port existant ou une autorisation pour l'exploitation et la gestion d'un quai ou d'un terminal portuaire.

4.6.3 Conditions générales communes applicables à tous les contrats portuaires

Il existe des clauses communes aux contrats de gestion et d'exploitation des services portuaires et d'autres qui ont un contenu spécifique eu égard aux caractéristiques des activités concernées telles que décrites ci-dessus :

Clauses contractuelles communes à tous les contrats de DSP portuaires	
<u>Conditions préalables à l'entrée en vigueur</u> : les conditions devant être réunies pour l'exécution des obligations contractuelles des parties et le départ des délais contractuels devront être spécifiées. Elles devront inclure l'approbation des autorités compétentes, l'obtention des différents permis, licences et autorisations, l'accès au site, la souscription des polices d'assurance requises et, le cas échéant la mise en place des garanties et des financements ainsi que tous les éléments nécessaires au démarrage du contrat.	<u>Les modalités de résiliation du contrat – Exigence du maintien de la continuité et la qualité du service public</u> : Les conséquences d'une défaillance du titulaire du contrat de délégation et les conditions selon lesquelles l'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat et le céder à un tiers afin d'organiser la continuité et la qualité du service public devraient être prévues.
<u>Durée du contrat</u>: La durée du contrat, les modalités de sa prorogation et les conditions de transfert, s'il y a lieu, des ouvrages, actifs et équipements du partenaire privé à l'autorité portuaire devront être fixées précisément. Ces dispositions sont particulièrement importantes car elles conditionnent le transfert au terme du contrat des ouvrages et équipements dont la conception et/ou la construction et/ou l'exploitation ont été déléguées.	<u>Procédure de supervision du contrat</u> : Les conditions qui permettent à la personne publique d'effectuer périodiquement des audits portant sur le respect des objectifs de performances et sur les conditions dans lesquelles est exécuté le contrat et plus généralement le contrôle de tous éléments techniques et comptables concourant à la gestion du service public délégué devront être définies précisément dans le contrat.
<u>Objet du contrat et répartition des responsabilités entre les parties</u>: La nature des tâches dévolues à chacune des parties et les modalités d'exécution de celles-ci devront également être précisées dans le contrat. Les conditions d'exploitation du service délégué ou de la fourniture des prestations autorisées (responsabilités du prestataire, modalités d'exécution et de livraison du service, forme et nature des relations du prestataire avec les usagers) concernant les contrats de service comprenant la gestion de l'exploitation de l'ouvrage, l'entretien et maintenance des équipements et infrastructures (Contrat d'affermage total ou partiel, Concession d'ouvrage, BOT) devront également être clairement définies.	<u>L'obligation du partenaire privé de se conformer aux lois</u> portant sur la sécurité et la santé publique, l'environnement droit du travail, normes et standards techniques en vigueur en Haïti et/ou des standards de l'industrie fixés dans le contrat.
<u>Modalités de paiement par l'opérateur privé et montant de la Redevance domaniale</u> : Toute occupation ou utilisation du domaine public du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance à l'autorité portuaire. Le contrat devrait spécifier les conditions selon lesquelles le montant de la redevance doit être payé par l'opérateur privé. Les éléments devant être pris en compte dans le calcul de la redevance tiennent compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. Le montant de la redevance peut comporter une part fixe qui correspond à la valeur locative annuelle des installations, et une part variable calculée en fonction du résultat net après impôt de l'exploitation de l'ouvrage réalisé sur le domaine public. Les conditions de révision et d'ajustement de la redevance périodicité, éléments de calcul et méthode d'indexation devraient être également décrits dans le contrat.	<u>Les mécanismes de règlement des litiges</u> entre les parties devront faire l'objet d'une clause contractuelle permettant de résoudre à l'amiable les différends, prévoyant la possibilité de faire appel à des conciliateurs ou médiateurs qualifiés pour résoudre les problèmes d'ordre technique, économiques ou financiers. La procédure de nomination d'un expert conjoint pour connaître du litige, les pouvoirs qui lui sont attribués pour son règlement et la force exécutoire de sa décision devraient être également clairement établis dans le contrat.

4.7 CONDITIONS SPECIFIQUES A CHAQUE TYPE DE CONTRAT

4.7.1 Contrat de concession portuaire

- **Objet :** Concession d'un droit d'exploitation de travaux ou de services portant sur des infrastructures portuaires: (Ex : *“La présente concession a pour objet l'établissement et l'exploitation d'un terminal (conteneurs, céréalier) ou d'un quai commercial, ou d'un port de plaisance à l'intérieur de la zone délimitée...”*)

Dans le cadre d'une concession de service public portuaire, la mission de service public impose au concessionnaire de n'exercer que des activités connexes à celles concédées, mais également **compatibles avec la destination du domaine public**.

- **Conditions d'entrée en vigueur :** En sus de l'obtention de tous les permis, licences et approbations nécessaires pour l'entrée en vigueur du contrat tels que requis par le droit haïtien et selon les termes agréés par les parties, les conventions de concession requièrent également que les financements (prêts bancaires, apports en fonds propres et quasi-fonds propres) soient mis en place.

Les conditions selon lesquelles l'exécution du contrat peut débiter avant la finalisation des conventions de financement ou lorsque que les conditions d'entrée en vigueur ne sont pas réunies devraient également être précisées.

- **Durée :** L'article 5.3 de l'avant-projet de loi ANAREP prévoit que la durée de la concession est associée à l'amortissement des investissements assumés par le concessionnaire. Elle ne peut toutefois **pas excéder 30 ans** sous réserve d'une prorogation accordée avec l'aval du gouvernement accordé sur proposition motivée du ministre de tutelle.

- **Eléments principaux :**

- Régime juridique des biens : Les ouvrages et le matériel utilisés par le concessionnaire sont regroupés en deux catégories : (i) les biens de retour, sont ceux dont le cahier des charges prévoit qu'ils seront remis en fin de concession gratuitement en toute propriété à l'autorité concédante ; (La jurisprudence considère ces biens comme étant incorporés au domaine public dès leur réalisation ou leur affectation au service public portuaire) ; (ii) les biens de reprise, sont ceux qui sont affectés au service public portuaire par le concessionnaire, mais qui peuvent être acquis en fin de concession par l'autorité concédante, sans que le concessionnaire puisse s'y opposer ; (iii) les biens propres du concessionnaire qui lui appartiennent en pleine propriété pendant toute la durée et au-delà même de la concession.
- Transfert de risques au concessionnaire : L'exécution de la concession intervient aux frais et risques du concessionnaire et implique une *“réelle exposition aux aléas du marché”*. Ainsi le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique inclut la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par l'autorité portuaire.
- Transfert des ouvrages à l'autorité portuaire à l'expiration du terme de la concession :
- Clause de Rendez-vous/renégociation: Les principes régissant les conditions de renégociation du contrat selon des échéances fixées devraient être déterminés de façon

détaillée avec le souci de préserver l'équilibre économique du contrat ne pas compromettre la continuité et la qualité du service public.

- Nature des sûretés et garanties : La nature et les conditions de mise en œuvre des sûretés et garanties pouvant être exigées par les bailleurs de fonds, y compris les banques privées et les assureurs devront être clairement précisées dans le contrat de concession car déterminantes pour la viabilité financière du projet et la pérennité dans l'exécution du contrat.
- La nature des garanties pouvant être octroyées par l'Etat ou l'entité publique habilitée à conclure des conventions de concession portuaire ainsi que les conditions de leur établissement devront être clairement spécifiées dans le contrat en conformité avec la législation en vigueur. A cet égard, il importe de noter que l'avant-projet de loi ANAREP.
- Modalité de résiliation du contrat de concession : De même, le calcul des indemnisations et compensations dues à chacune des parties en cas de défaillance et notamment par rapport aux obligations vis-à-vis des prêteurs. A cet égard, les conditions de subrogation dans les droits de l'opérateur privé devront être établies. Les modalités de compensation en l'absence d'une faute et les causes exonératoires de responsabilité devront nécessairement être stipulées dans le contrat.

4.7.2 Contenu de la convention de concession de travaux et de services publics portuaires aux termes de la réforme portuaire

Les dispositions de l'Avant-projet de loi ANAREP (Art.37) fixent les conditions générales d'exploitation du port, du quai ou du terminal et les clauses du cahier des charges devant obligatoirement figurés dans les contrats de concession portant sur la fourniture des travaux et des services portuaires délégués au concessionnaire. Celles-ci sont décrites dans le tableau ci-dessous :

Tableau 4 Contenu des conventions de concession de travaux et services publics portuaires

<u>Conditions Générales d'exploitation :</u> - l'objet et la nature de la concession ; - la délimitation de la zone qu'elle couvre ainsi que des parcelles du domaine public portuaire nécessaires à l'exploitation des installations ou des activités portuaires objet de la convention ; - les conditions et les délais de réalisations des infrastructures, des superstructures des équipements et des ouvrages lorsqu'il s'agit d'une concession d'exploitation et de construction ; - les normes et conditions de gestion, d'exploitation et d'utilisation desdits des infrastructures, des superstructures des équipements et des ouvrages ainsi que les conditions et modalités de leur entretien et de leur adaptation ; - la ou les polices d'assurances que le concessionnaire doit contracter pour couvrir sa responsabilité pour les dommages causés aux tiers ; - la durée de la concession ; - les redevances de la concession, leur mode de calcul et les modalités de paiement ; - les charges et obligations particulières du concessionnaire ; - le respect du principe d'égalité de traitement des usagers ; - les qualifications professionnelles et techniques minimales ainsi que les garanties financières exigées au concessionnaire ;

- les obligations du concessionnaire en matière d'études d'impact environnemental et social et de protection de l'environnement et du patrimoine culturel haïtien ;
- les modalités de rémunération des services rendus par le concessionnaire ainsi que les tarifs qu'il est appelé à pratiquer ;
- le mode de calcul de l'indemnité à verser au concessionnaire lorsque la décision est prise de mettre fin à la convention de concession avant sa date d'expiration pour des motifs autres que le non-respect ses clauses

Les autres clauses devant être incluses dans les contrats de concession :

- l'objet de la concession ;
- le statut juridique du concessionnaire ;
- les biens concédés et les règles régissant les biens de retour et les biens de reprise ;
- les objectifs de performance en matière de diminution des coûts et du temps de passage portuaire ;
- la durée de la concession qui ne peut excéder trente (30) ans. Une prorogation est possible uniquement avec l'aval du gouvernement accordé sur proposition motivée du Ministre de tutelle ;
- les délais impartis pour la réalisation des travaux et pour le démarrage des activités ;
- les charges et obligations relatives à la construction, à l'entretien, à l'adaptation des infrastructures, des superstructures, des ouvrages et installations ;
- les conditions et modalités d'exercice d'un droit réel de propriété sur les biens de la concession pendant toute sa durée ;
- les conditions d'occupation temporaire des parcelles du domaine portuaire ;
- l'obligation de respecter les prescriptions exigées pour des motifs de sécurité publique, de défense nationale et de sûreté portuaire ;
- les conditions de renouvellement ou de prorogation ; les conditions de rachat, de déchéance et de résiliation.

5. CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL APPLICABLE AU SECTEUR PORTUAIRE

Le transfert des activités de gestion et d'exploitation des terminaux et plus généralement des infrastructures portuaires requiert un cadre législatif, institutionnel et de régulation clair et cohérent afin d'assurer la transparence et de garantir la concurrence entre les différents opérateurs postulants ainsi que de contrôler et de sanctionner les abus de positions dominantes sur une place portuaire.

L'encadrement légal de gestion et d'exploitation des ports doit également permettre de définir précisément les droits et obligations respectifs des autorités publiques et des acteurs économiques privés quant à :

- la fourniture d'un service public de qualité et continu aux usagers ;
- l'efficacité de l'utilisation du domaine portuaire et la compétitivité des activités commerciales et industrielles de manutention, stockage et d'entreposage ;
- du respect des normes environnementales, de santé, d'hygiène et de sécurité publiques.

5.1 CADRE JURIDIQUE ACTUEL /CONTEXTE ACTUEL

C'est le Décret de mars 1985 qui crée l'ANP en tant qu'entité administrative autonome ayant comme missions principales les fonctions énumérées en Section I ci-dessus.

L'APN cumule donc deux missions, celle d'opérateur des ports en charge de l'exploitation et du développement du secteur portuaire d'une part, l'autre en tant que régulateur de ces activités. Le cumul de ces missions peut cependant poser quelques problèmes quant à l'impartialité, la transparence et la mission de service public dont l'autorité portuaire a la charge. Il semble en effet que sont difficilement conciliables la supervision des contrats et l'exécution de ces contrats par une seule et même entité.

5.2 REFORME DU SECTEUR PORTUAIRE – RECOURS AU SECTEUR PRIVE

Le Gouvernement haïtien a lancé en 2014 une vaste réforme du secteur portuaire axée sur les principes directeurs élaborés par l'APN et adoptés par le Ministère de l'Economie et des Finances (MEF).

La réforme portuaire¹⁷ entreprise par le Gouvernement Haïtien promeut la participation du secteur privé dans le but d'améliorer la qualité et l'efficacité des services portuaires.

Le Préambule des avant-projets de loi portant réforme portuaire et création d'une autorité de régulation du secteur (ANAREP) et de la Société Nationale de Gestion et d'Exploitation des Ports (SONAGEP), souligne les objectifs de la réforme et, en particulier, l'importance de :

« ...prendre toutes les dispositions pour encourager les investissements privés dans le développement physique et technologique des ports et dans la prestation des services portuaires, en créant les conditions optimales pour impliquer le secteur privé tant dans la construction de nouveaux ports, quais et terminaux, et dans l'exploitation des diverses activités dans les ports gérés par le secteur public »

5.2.1 Etablissement de la SONAGEP – Rôle et missions

aux termes de ces avant-projets de loi, L'avant-projet de loi SONAGEP fixe les missions qui lui sont dévolues qui comprennent :

- la gestion, l'exploitation et la mise en valeur de l'ensemble des ports et installations placés sous sa juridiction ;
- la fourniture directement ou à travers des partenaires privés des services portuaires de qualité à un prix compétitif pour les usagers ;
- la planification du développement de ces ports et la commercialisation de leurs services ;
- le développement, la construction et l'entretien des infrastructures portuaires du secteur public avec des fonds publics ou privés.

Comme évoqué dans la section 2 ci-dessus, la plupart des réformes dans le monde ont porté sur le passage du modèle de « Service Port » (tout public) ou du « tool port » (infrastructure et superstructures publiques mais exploitation qui peut être privée) au modèle de « landlord port ».

5.2.2. Etablissement de l'ANAREP – Rôle et missions

L'Avant-projet de loi de juin 2015 portant réforme du secteur portuaire et créant une autorité nationale de régulation du secteur portuaire (ANAREP) : les dispositions de cet avant-projet de loi prévoient que :

- Les services publics portuaires et l'exploitation des infrastructures (digues, les brise-lames, les jetées, les ouvrages d'accostage tels que les quais et les appontements, les bassins, les terre-pleins) et superstructures portuaires (l'ensemble des constructions, installations et aménagements affectés à l'accueil des navires, des marchandises ou des passagers) peuvent faire l'objet de diverses formes de délégation telles la concession, le contrat de gestion, et l'autorisation d'exploiter.
- Les activités économiques dans tout ou partie des ports, l'exploitation commerciale des ouvrages portuaires, et les services portuaires de toute nature, peuvent faire l'objet de délégation à des opérateurs privés.

¹⁷ Version du mois de février 2017 des Avant-projet de loi portant réforme portuaire et création d'une autorité de régulation du secteur (ANAREP) et portant création de la Société Nationale de Gestion et d'Exploitation des Ports (SONAGEP).

Le texte précise également que s'il peut faire l'objet d'une concession, de contrats de gestion ou d'autorisations d'occupation temporaire, le domaine public portuaire est inaliénable, insaisissable et imprescriptible.

Ainsi, cet avant-projet de loi fixe les conditions de collaboration entre l'Etat ou l'entité concédante et le secteur privé pour le développement et l'exploitation des infrastructures et services portuaires en conformité avec les pratiques internationales.

Cependant, comme son titre l'indique, ce texte n'a pas encore été promulgué, il convient donc de ne pas baser la présente étude sur les nouvelles dispositions de la réforme portuaire en Haïti.

5.3 ETABLISSEMENT D'UN CADRE JURIDIQUE ET REGLEMENTAIRE PPP

Le Gouvernement haïtien a également élaboré un projet législatif et réglementaire¹⁸ régissant les accords de partenariat entre les autorités publiques et le secteur privé dans l'objectif de promouvoir la participation des acteurs économiques privés dans le développement des infrastructures industrielles et sociales.

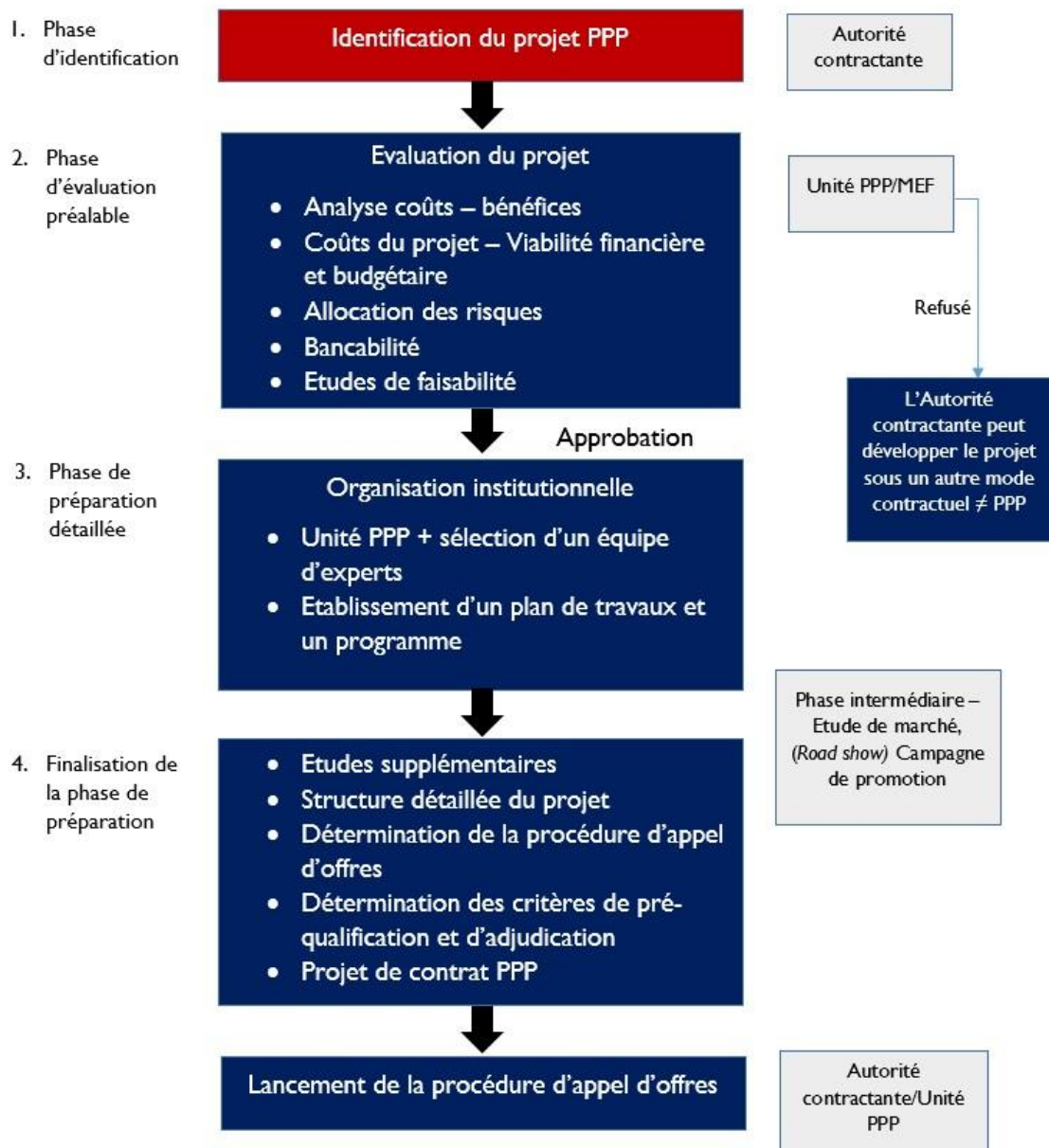
Ainsi le nouveau cadre juridique PPP en cours d'examen introduit de nouvelles modalités de collaboration incluant en particulier un mode de rémunération de l'opérateur privé qui ne soit plus exclusivement lié aux résultats d'exploitation et pouvant faire l'objet d'un prix forfaitaire calculé et payé sur l'ensemble de la durée du contrat, ou dépendre de la réalisation de certains objectifs de performance, de disponibilité ou de capacité.

Il prévoit également une procédure d'évaluation des projets PPP soumis à une institution spécifiquement dédiée à cette tâche (Unité PPP) ainsi que des règles pour leur mise en place dans le cadre d'une nouvelle organisation institutionnelle.

Ainsi des critères de recours au mode contractuel PPP ont été fixés pour aider les autorités publiques à évaluer le bien-fondé de leur projet de délégation au secteur privé et les clauses devant être obligatoirement incluses dans les contrats de partenariat ont été définies.

La charte ci-dessous décrit la procédure d'évaluation et d'implantation des PPP telle que préconisée.

¹⁸ Avant- projet de décret portant régime général des contrats de partenariat public – privé, Avant-projet de décret créant un organisme autonome sous tutelle du Ministère de l'Economie et des Finances dénommé « Autorité nationale des domaines, partenariats et participations » (ANDPP), Avant-Projet d'arrêté fixant les modalités d'audit et de suivi des contrats de partenariat



5.3.1 Cadre PPP existant

La législation et réglementation régissant les PPP actuellement en vigueur en Haïti comprend les textes suivants :

5.3.1.1 La loi portant sur la modernisation des entreprises publiques du 2 octobre 1996

Cette loi autorise l'Etat à octroyer à un investisseur privé le droit d'exploiter et/ou de gérer des entreprises publiques soit sous le mode concessif soit au moyen d'un accord de gestion.

Par ailleurs, la loi permet la création d'une société d'économie mixte (SEM) lorsque l'Etat décide de moderniser l'entreprise concernée par voie de capitalisation en souscrivant au capital au moyen de l'apport du patrimoine/des actifs de l'entreprise publique (Art 11 de la Loi sur la modernisation des entreprises publique du 26 septembre 1996). L'investisseur privé de la SEM contribue au capital en effectuant un apport en espèces destiné à financer les investissements tels que requis dans l'appel d'offres.

Ces SEM sont soumises à la législation en vigueur sur les sociétés anonymes selon les dispositions de la Loi MEP (Art. 19) et ne peuvent avoir d'autres activités commerciales que celles liées à leur objet fixé dans les statuts.

5.3.1.2 La loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrages de service public du 12 juin 2009

Cette loi prévoit les conditions dans lesquelles la construction ou la rénovation et l'exploitation d'un ouvrage de service public peuvent être concédées par la personne publique au secteur privé. L'Article 4 al.13 de la loi définit la concession comme un contrat administratif aux termes duquel, la construction, l'entretien et l'exploitation sont confiés à un concessionnaire privé qui transfère l'ensemble des ouvrages concédés à l'autorité contractante publique aux termes du contrat.

5.3.1.3 La loi du 16 septembre 1963 régissant les sociétés anonymes mixtes

Les dispositions de cette loi permettent à l'Etat haïtien ou ses démembrements de prendre des participations dans des sociétés anonymes par actions et donc de s'associer à des investisseurs privés dans le cadre d'un PPPI. L'Etat une fois devenu actionnaire devra obtenir un changement de statuts pour transformer la société anonyme en société anonyme mixte. Cette transformation est requise pour permettre à l'Etat d'être représenté au conseil d'administration.

6. PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

6.1 COMMANDE PUBLIQUE ET APPEL D'OFFRES

Les contrats de concession de travaux et de services publics portuaires sont assujettis comme toute convention de délégation de service public ainsi que les contrats de partenariat public-privé (PPP) au sens de l'avant-projet de décret PPP à une procédure de sélection compétitive, non discriminatoire et transparente

Ainsi le préambule des **avant-projets de loi ANAREP/SOGAREP** insiste sur l'importance « d'établir et de préserver la libre concurrence et la libre compétition pour l'offre de services portuaires, sans nuire à l'installation d'unités spécialisées dont le nombre peut être astreint à des restrictions »

L'Article 2 de l'avant-projet de loi portant création de la SONAGEP dispose également que les services portuaires fournis par des partenaires privés devront être de qualité et à un prix compétitif pour les usagers.

L'Article 19 de cet avant-projet de loi prévoit quant à lui que dans tous les cas, la SONAGEP doit recourir à un processus compétitif et transparent pour l'octroi des autorisations de prestations de services dans ses ports.

Le Directeur Générale de la SONAGEP a dans ses attributions la préparation des documents nécessaires au lancement des appels d'offres pour l'octroi des concessions par l'ANAREP et de toutes les autres formes de délégations de service public relevant de sa compétence.

6.2 PROCEDURE PASSATION DES CONTRATS PPP

Aux termes du projet de loi PPP le cocontractant privé est sélectionné à l'issue d'une procédure garantissant la transparence, le libre accès à la commande public ainsi que l'égalité de traitement selon les modalités suivantes :

- **Publicité** : Tous les appels d'offres et les appels à manifestation d'intérêt doivent être publiés dans des journaux à gros tirage ainsi que la presse spécialisée dans le cadre d'un appel d'offre restreint. Si cet appel d'offres est international, les annonces devraient être également publiées dans la presse étrangère.
- **Egalité de traitement et candidats nationaux ou régionaux** : La réglementation PPP ainsi que la loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrages de service public permettent à l'autorité publique d'octroyer une préférence aux petites et moyennes entreprises ainsi qu'aux artisans nationaux et régionaux au titre des traités régionaux ratifiés par l'Etat haïtien.

La passation des contrats de partenariat peut s'effectuer soit dans le cadre :

- d'une procédure d'appel d'offres restreint adressée aux candidats sélectionnés par l'autorité contractante, soit
- d'un appel d'offres ouvert précédé d'une phase de pré-qualification,
- d'une procédure de dialogue compétitif.

La passation des contrats de partenariat est régie par le droit commun de la commande publique en vigueur en Haïti,¹⁹ qui fixe les règles relatives aux appels d'offres ouverts et restreints.

Il est donc requis que les conventions de délégation de services et d'activités portuaires, incluant les contrats de bail et d'occupation du domaine public doivent être assujetties aux règles de passation des marchés public telles que fixées par la loi.

¹⁹ Loi fixant les règles générales relatives aux marchés publics et aux conventions de concession d'ouvrage de service public du 10 juin 2009.

7. SUPERVISION, AUDIT ET REGULATION DES CONTRATS

Le contrôle par une autorité publique constitue l'une des conditions caractérisant la concession de service public. Les modalités de contrôle peuvent être définies par la législation et réglementation applicables, et dans la plupart des cas, du cahier des charges.

Les contrats de concessions d'outillage public portuaire imposent la transmission au concédant d'un état détaillé des produits bruts de toute nature de l'exploitation de la concession et un état des frais d'entretien et d'exploitation des ouvrages et installations concédés

L'exploitation des ouvrages et outillages concédés est assurée sous l'égide de l'autorité chargée du contrôle ; cette dernière peut prescrire, lorsqu'elle le juge utile, les contrôles aux plans administratif, technique et financier. En particulier, elle peut exiger un contrôle périodique des engins de manutention et des installations électriques par un organisme agréé, aux frais du concessionnaire.

L'avant-projet ANAREP prévoit que le Directeur Général fait :

- procéder à **l'audit administratif, technique, financier et comptable**, recenser et de faire la synthèse de tous les tableaux de bord, documents, rapports qui doivent être remis à l'Autorité Nationale de Régulation des Ports par les délégataires de service publics portuaires et les opérateurs portuaires ;
- vérifier les activités liées aux procédures, à la formation et au contrôle de gestion.

Par ailleurs, selon les dispositions de la réforme portuaire, les opérateurs portuaires doivent tenir une comptabilité détaillée sur la base du plan comptable en vigueur en Haïti ou de tout plan comptable prescrit par L'ANAREP. Le texte d'avant-projet en fixe également la périodicité et dispose qu'à la fin de chaque exercice, les concessionnaires, les gestionnaires et les opérateurs portuaires communiquent à l'autorité portuaire leurs états financiers audités et tous les éléments comptables qu'elle peut être amenée à leur réclamer pour l'exercice de ses missions de contrôle. (Ref : Art 45 Avant-Projet de loi ANAREP).

8. ANNEXE

MODES CONTRACTUELS DE DEVELOPPEMENT ET DE GESTION DES ACTIVITES PORTUAIRES

Mode de PPP	Objet	Mode de rémunération de l'opérateur	Maîtrise d'ouvrage	Risque de disponibilité / performance	Risque d'exploitation / demande	Propriété des actifs
Concession globale (DFBO, BOT/CET, BOO)	Financement, exploitation, gestion et maintenance des infrastructures et superstructures portuaires et fourniture de services	L'opérateur perçoit les paiements des usagers des infrastructures et verse une redevance à l'Etat	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé / Etat	Etat et/ ou opérateur privé
Affermage pur	Exploitation, gestion maintenance des infrastructures portuaires existantes et fourniture de services	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Etat ou organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Etat
Affermage avec investissements privés	Exploitation, gestion, et maintenance des outillages et terminaux publics et financement de nouveaux outillages par l'opérateur privé	L'opérateur perçoit un pourcentage des recettes d'exploitation	Organisme portuaire et opérateur privé	Opérateur privé	Organisme portuaire et opérateur privé	Etat et opérateur privé
Contrat de gestion	Gestion des infrastructures et fourniture de services	L'opérateur est rémunéré par la personne publique sur la base des recettes et de la réalisation des objectifs	Etat ou entreprise publique	Opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat ou entreprise publique
Régie intéressée	Gestion des infrastructures et fourniture de services	Rémunération par la personne publique + prime d'intéressement, rémunération indexée sur les résultats	Etat ou entreprise publique	Etat + opérateur privé	Etat + opérateur privé	Etat ou entreprise publique
Contrat basé sur les performances PFI		L'opérateur est rémunéré en fonction de ses performances	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé / partenaire public	Opérateur privé
Autorisation temporaire d'occupation du domaine public (AOT)	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels ou commerciaux et des services qui y sont liés	L'opérateur privé est rémunéré sur les résultats d'exploitation et paye une redevance à l'organisme portuaire	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé
SEM/ PPPI	Création d'une JV/SP avec participation de l'Etat au capital	La SEM se rémunère sur les revenus d'exploitation	SEM	SEM	SEM	SEM
Mode de gestion purement privée	Exploitation, gestion et maintenance de terminaux industriels : Concession/service public	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé	Opérateur privé

