N°s 441499 et 441500
Mayotte Channel Gateway et autres

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 19 mai 2021
Décision du 11 juin 2021

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

Ces affaires seront l'occasion de rappeler que la modification de la composition d'un organe consultatif chargé de donner son avis à un département dans l'exercice de l'une de ses compétences, pour y prévoir la participation (très minoritaire) de l'Etat jusqu'alors non représenté, n'est pas une atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales.

La question vous est posée à propos de dispositions réglementaires édictées pour tenter de remédier aux difficultés de fonctionnement et de gouvernance rencontrées par le port maritime de Mayotte, dont la gestion et l'exploitation ont été concédées en 2013 par le conseil départemental à la société Mayotte Channel Gateway (MCG)¹.

Comme tous les ports maritimes relevant des collectivités territoriales et de leurs groupements, le port maritime de Mayotte est doté, en vertu de l'article L. 5314-12 du code des transports d'un conseil portuaire². Trois éléments de son régime juridique sont précisés au niveau législatif :

- sa compétence : le conseil portuaire est consulté « *sur le positionnement stratégique, la prise en compte des questions environnementales et la politique de développement du port, notamment sa politique tarifaire et foncière* » ;

¹ La gestion et l'exploitation du port avaient été concédées à la chambre de commerce et d'industrie pour la période allant de 2012 à 2013.

² Cet article a été introduit par l'article 36 de la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transport. Jusqu'à l'intervention de cette loi, seuls les ports départementaux devaient être dotés d'un conseil portuaire, selon un cadre très précis (art. R. 621-1 à R. 621-4 du code des ports maritimes). Jusqu'à ce qu'ils soient décentralisés par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, les ports nationaux non autonomes devaient également être dotés d'un conseil portuaire (art. R. 142-1 à R. 142-5 du code des ports maritimes). Depuis cette décentralisation et jusqu'à la loi du 28 mai 2013 qui crée l'article L. 5314-12 du code des transports, aucun texte n'imposait l'existence ou la forme d'un conseil portuaire au sein des ports régionaux.

- sa composition : « *les milieux professionnels, sociaux et associatifs ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements où sont situés les principales installations portuaires sont représentés* » ;
- son fonctionnement : « *Le conseil portuaire forme, à chaque renouvellement, des commissions chargées d'étudier l'exploitation, les tarifs et le développement ou toute autre question soumise au Conseil* ».

Le reste du régime des conseils portuaires – composition, durée du mandat des membres, fonctionnement – est précisé, s'agissant des ports départementaux, par des dispositions de nature réglementaire, qui figurent aux articles R. 5314-13 à R. 5314-27 du code.

En ce qui concerne la composition du conseil portuaire, question au cœur du litige qui vous est soumis, l'article R. 5314-14, prévoit que, dans les ports où se pratiquent simultanément au moins deux des activités de pêche, de commerce et de plaisance, le conseil portuaire comprend le président du conseil départemental ou son représentant, qui le préside, deux membres désignés par le concessionnaire, un représentant de chaque commune sur le territoire de laquelle s'étend le port, trois représentants du personnel et des ouvriers dockers du port et neuf membres représentant les usagers du port.

Les dispositions attaquées par le concessionnaire (n° 441499) et deux particuliers (n° 441500), dans deux requêtes identiques que vous pourrez joindre, sont issues de l'article 2 du décret n° 2020-488 du 28 avril 2020 portant diverses dispositions relatives aux ports maritimes. Elles complètent ce régime général en ajoutant des dispositions applicables uniquement à Mayotte, codifiées dans la subdivision du code des transports réunissant les dispositions relatives à ce département d'outre-mer :

- l'article R. 5723-2, issu du décret attaqué, ajoute aux membres du conseil portuaire énumérés à l'article R. 5314-14, deux membres de droit avec voix délibérative : le préfet de Mayotte et le directeur régional des finances publiques (ou leurs représentants) ;
- les articles R. 5723-3 et R. 5723-3-1 instituent au sein du conseil portuaire une « commission financière », chargée de « *rendre un avis sur les objets économiques, financiers et techniques prévus à l'article R. 5314-22* » (qui énumère les sujets sur lesquels le conseil portuaire est obligatoirement consulté), « *notamment l'examen des systèmes de contrôle interne de la concession, des comptes annuels et des comptes consolidés du concessionnaire, des projets d'investissements d'un montant supérieur à un seuil arrêté par l'autorité portuaire après avis du conseil portuaire, ainsi que l'examen et le suivi des conventions ayant un impact significatif sur les comptes et l'équilibre financier de la concession.* » ; cette commission financière est composée de membres désignés par le concessionnaire, le conseil portuaire et le conseil départemental, auxquels s'ajoutent le préfet de Mayotte et le directeur régional des finances publiques ou leur représentants, lesquels assistent aux séances mais n'ont une voix que consultative.

Vous noterez au passage la bizarrerie qui consiste à donner au préfet et au directeur régional des finances publiques une voix seulement consultative dans une commission mais une voix délibérative dans l'organe plénier...

Il nous faut à ce stade vous dire un mot des raisons pour lesquelles de telles dispositions ont été jugées nécessaires.

C'est un euphémisme de dire que les infrastructures du port maritime de Mayotte sont en mauvais état et que les relations entre le département, autorité concédante, et son concessionnaire, la société Mayotte Channel Gateway, sont dégradées. Ces difficultés ont été mises en exergue dans un rapport de la chambre régionale des comptes de La Réunion-Mayotte, qui a débouché sur un référé du Premier président de la Cour des comptes du 16 octobre 2017, appelant notamment à un plus grand rôle de l'Etat dans la gouvernance de cette infrastructure stratégique. La même année, des blocages du port sur fond de conflits sociaux ainsi que de nombreux contentieux, relatifs aux relations financières entre le département et le concessionnaire portant notamment sur le calcul de la redevance domaniale et le tarif des outillages publics, ont conduit à la mise en œuvre de plusieurs missions de médiation et d'expertise, deux en 2017, la dernière, confiée au Conseil général de l'environnement et du développement durable, en 2019, analysant entre autres l'hypothèse d'une résiliation anticipée de la concession ainsi que les conditions d'une intervention de l'Etat dans la gestion de ce port départemental.

La voie choisie à l'issue de cette dernière mission est finalement celle de la continuité. Le décret du 28 avril 2020 se borne à intégrer deux représentants de l'Etat dans l'une des instances participant, à titre consultatif, à la gouvernance du port de Longoni, ce que les requêtes contestent au nom de la libre administration des collectivités territoriales.

La requête émanant de la société concessionnaire est évidemment recevable, ce qui vous dispense de vous attarder sur la recevabilité de la seconde, strictement identique, présentée par M. Z..., vice-président du conseil départemental et actuellement membre du conseil portuaire, et M. H..., ancien président du conseil départemental de Mayotte. Si M. ZZ..., qui ne prétend pas agir au nom du département mais seulement en qualité de membre du conseil portuaire, nous paraît recevable à demander l'annulation du décret³, tel n'est pas le cas de M. H..., sa qualité d'ancien élu local ne lui conférant pas un intérêt général pour attaquer les règlements s'appliquant à la collectivité qu'il a un jour présidée.

Les moyens de légalité externe ne vous retiendront pas.

³ Par analogie avec la jurisprudence qui admet l'intérêt pour agir des membres des organes délibérants des collectivités locales contre les délibérations de ces organes : CE Section, 23 décembre 1988, *Département du Tarn c/ B...*, p. 466, sol. impl. (conseil général) ; CE, 12 février 1992, *Région Midi-Pyrénées*, n° 76185, sol. impl. (conseil régional) ; CE, 24 mai 1995, *Ville de Meudon*, n° 150360 et 153859, (conseil municipal). S'agissant des membres du conseil d'administration d'un établissement public justifiant d'un intérêt à contester par tous moyens les délibérations de ce conseil : CE, 22 mars 1996, *Mmes P... et R...*, n° 151719, p. 99.

Contrairement à ce qui est soutenu, le projet de décret a bien été examiné par la section des travaux publics du Conseil d'Etat. Et il n'avait pas à être soumis à la commission supérieure de codification, sa compétence étant facultative lorsque des modifications sont apportées à un code existant (article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et article 1^{er} du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, interprétés par votre décision CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, n°s 297711 et a., p. 298).

L'unique moyen de légalité interne est tiré de ce qu'une atteinte illégale serait portée à la libre administration des collectivités territoriales.

Cette atteinte serait injustifiée, pour deux raisons :

- l'une, de contexte : le concessionnaire fait valoir l'apaisement des relations entre le département et son concessionnaire depuis 2019 ;
- la seconde, institutionnelle : les requêtes rappellent que préfet peut déjà jouer un rôle dans la gouvernance du port, via le contrôle de légalité ou la faculté que lui ménage l'article R. 5314-23 de convoquer sans condition de délai le conseil portuaire sur un ordre du jour qu'il définit.

Cette atteinte serait au surplus excessive car susceptible, selon les requêtes, d'emporter de graves conséquences financières pour le département en cas de résiliation du contrat.

Quoique la requête ne place pas le débat contentieux sous l'angle de la compétence entre législateur et pouvoir réglementaire, il est difficile de faire abstraction de cette question lorsqu'est en cause le principe de libre administration des collectivités territoriales, affirmé à la fois comme une règle de fond – la libre administration des collectivités territoriales est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit (CC, décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010⁴) – et comme le fondement de la compétence de législateur, celui-ci étant chargé en vertu de l'article 34 d'en déterminer « les principes fondamentaux ».

L'interprétation très extensive, toujours confirmée, de l'étendue de la compétence du législateur en matière de libre-administration, par le Conseil constitutionnel et vous-mêmes, a conduit à faire de la loi la seule norme apte à imposer des obligations ou des sujétions aux collectivités territoriales, quand bien même l'obligation serait de faible intensité ou serait identique à une obligation imposée aux administrations de l'État⁵.

Dès lors qu'il y a atteinte à la libre administration, il faut donc un préalable législatif ou une habilitation et cette atteinte n'est admise, au regard de la règle de fond que pose l'article 72, que si elle est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant⁶. La qualification « d'atteinte à

⁴ et comme une liberté fondamentale auxquelles le législateur a entendu accorder une protection juridictionnelle particulière au moyen des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CE Sect., 18 janvier 2001, *Commune de Venelles et M...*, n° 229247, p. 18)

⁵ V. J.-H. Stahl, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales a-t-il une portée normative ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, janvier 2014, et la jurisprudence citée.

la libre administration » déclenche à la fois la compétence du législateur et une limite dans l'exercice de cette compétence tenant à la proportionnalité de cette atteinte (le contrôle de proportionnalité incluant le contrôle de ses justifications).

Et si une atteinte à la libre administration des collectivités territoriales est prévue par la loi, le contrôle des actes réglementaires au regard du principe de libre administration est effectué sous ce parapluie législatif, qui constitue une sorte d'écran entre le pouvoir réglementaire et la disposition constitutionnelle dont la méconnaissance est invoquée.

Si nous nous sommes autorisée cette digression, alors que la compétence de l'auteur du décret n'est pas contestée, c'est qu'outre le fait que la compétence de l'auteur d'un acte administratif est une règle d'ordre public, l'article L. 5314-12 du code des transports, selon lequel « *les milieux professionnels, sociaux et associatifs ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements où sont situés les principales infrastructures portuaires sont représentés* » – pourrait être lu comme encadrant, de façon limitative, les catégories de personnes devant composer les conseils portuaires.

Nous ne pensons pas que cette interprétation soit la bonne, pour deux raisons.

La première tient à la fonction de ce conseil portuaire. Vous noterez que l'énumération de l'article L. 5312-12 du code des transports, ne mentionne ni la représentation du département, autorité concédante, ni celle du concessionnaire. Or il paraît inconcevable, compte tenu du rôle que le législateur a entendu confier au conseil portuaire, que ces deux catégories ne siègent pas en son sein. Nous en déduisons que cet article législatif n'a pas pu être conçu comme une énumération limitative.

Notre seconde raison est d'ordre légistique : la composition d'une commission dotée d'attributions seulement consultatives ne relève pas du domaine de la loi.

C'est le sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui juge de façon constante que si l'institution d'une commission devant être consultée sur des projets portés avec des collectivités territoriales ou leurs établissements publics est susceptible de se rattacher à la libre administration des collectivités territoriales au sens de l'article 34 de la Constitution, sa composition, si cette commission intervient à titre purement consultatif, relève du domaine du règlement : voyez en ce sens la décision du Conseil constitutionnel n° 99-184 L du 18 mars 1999, sur la nature juridique des dispositions relatives à la Commission nationale du débat public, susceptible d'être appelée à organiser un débat public sur des projets des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics mais dont les travaux ne lient aucune autorité publique⁷ ; plus récemment, la décision n° 2015-256 L du 21 juin 2015 sur la nature des

⁶ Cons. const., déc. no 2012-660 DC du 17 janvier 2013 ; v. aussi déc. no 2006-543 DC du 30 novembre 2006

⁷ V., s'agissant de l'autorité compétente pour fixer la composition d'une commission : décision n° 80-180 L du 30 décembre 1980 et décision n° 98-183 L du 5 mai 1998. Dans la même veine, à propos d'un autre item de l'article 34 (principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales) : le caractère obligatoire de la consultation de la commission des clauses abusives constitue une garantie essentielle qui relève de la loi, tandis que sa composition et ses modalités de saisine sont de nature réglementaire : CC, 92-170 L du 8 décembre 1992.

dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au conseil national des opérations funéraires, organisme consultatif compétent sur des questions qui intéressent le service public des pompes funèbres, lequel est de la compétence des communes, entièrement réglementaires. Notez que pour s'orienter dans cette jurisprudence, seule entre en ligne de compte la nature des attributions confiées à l'organisme, la qualité de ses membres – par exemple des parlementaires⁸ – étant par elle-même indifférente.

Au regard de cette grille d'analyse, reprise dans le Guide de légistique sur les développements relatifs au niveau de texte requis pour créer un organisme à caractère consultatif⁹, l'institution d'un conseil portuaire obligatoirement consulté sur la stratégie du département pour son port, en ce qu'il impose à une collectivité territoriale une consultation dans l'exercice d'une de ses compétences, constitue une atteinte à la libre administration et relève effectivement de la loi. En revanche, sa composition est entièrement réglementaire et c'est pourquoi la nature législative de l'article L. 5314-12 (que les travaux préparatoires ne permettent guère d'éclairer), en tant qu'il régit la composition du conseil portuaire, nous paraît douteuse.

Si vous nous suivez pour interpréter l'article L. 5314-12 du code des transports comme n'énumérant pas, de façon limitative, les catégories de membres appelés à siéger au sein du conseil portuaire, ce qui correspond au demeurant à l'interprétation défendue par le ministre en défense, vous en déduirez que cet article législatif ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire complète la composition de ce conseil, en prévoyant la participation de deux représentants de l'Etat.

Et vous jugerez que cette représentation de l'Etat au sein du conseil portuaire ne saurait être regardée, par elle-même, comme une atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales, ni dans l'hypothèse où ces deux membres ont une voix seulement consultative, comme c'est le cas s'agissant de la commission financière instituée au sein du conseil portuaire, ni même une voix délibérative, comme c'est le cas au sein du conseil portuaire lui-même.

En matière de libre administration des collectivités territoriales, la règle de compétence rejoint en effet entièrement la règle de fond : c'est parce qu'il n'y a pas d'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales que cette composition peut, sans habilitation expresse du législateur en ce sens, être fixée par voie réglementaire et comprendre des représentants de l'Etat.

Ce terrain de réponse – l'absence d'atteinte portée, par les dispositions attaquées, à la libre administration du conseil général dans la gestion de son port – vous dispense de répondre sur son caractère prétendument injustifié et excessif.

⁸ Décision n° 2008-212 L du 18 septembre 2008, Nature juridique de dispositions de la loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation et du code monétaire et financier. À la suite de cette décision, le haut conseil du secteur public et le haut conseil du secteur financier public et semi-public qui comprenaient des parlementaires ont été supprimés par décret.

⁹ p. 593.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes.