

# CLARIFICATION DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES : LE RAPPORT LEFÈVRE

Par

**Jean-Marie Pontier**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université de Paris I)

***Résumé :** A peine la loi sur la réforme des collectivités territoriales est-elle votée que de nouveaux rapports parlementaires paraissent, signe que la loi votée n'est pas le dernier mot, qu'une ou plusieurs autres lois apporteront des modifications à ce texte. Le rapport commenté ci-dessous, réalisé par la délégation aux collectivités territoriales au Sénat, porte sur la clarification de la répartition des compétences. Au vu de toutes les suggestions émises, on en vient à penser qu'il aurait été sans doute préférable de laisser subsister la clause générale de compétence pour les départements et les régions.*

Un « rapport d'information » a été déposé au Sénat par le sénateur Antoine Lefèvre au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur « la clarification de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales » le 2 février 2011 (Doc. Sénat n° 283). Relevons à cet égard que le seul fait que, immédiatement après le vote de la loi de réforme des collectivités territoriales, un rapport porte sur la clarification des compétences, indique bien que, aux yeux du rapporteur, cette clarification n'est pas encore faite, ou n'est pas achevée.

Le rapport attribue d'abord à la loi votée un mérite, celui d'avoir donné « le coup d'envoi trop longtemps attendu ». Il n'entend pas remettre en cause la loi mais observe, lui aussi, que quatre ans représentent un long délai, au cours duquel on peut revenir en arrière, mais aussi en profiter pour « procéder à un toilettage de l'existant, clarifier les responsabilités de chacun et repartir sur de nouvelles bases ». Il vise à « dresser un état des lieux » et à émettre « quelques suggestions » dans la perspective d'une loi qui annonce elle-même des « mesures d'adaptation » à ses propres dispositions.

Le rapport est articulé en deux parties, la première intitulée « L'éternel débat entre clause générale de compétence et blocs de compétence : de la fausse rhétorique au vrai manichéisme », la seconde « La réforme des collectivités territoriales : un essai à transformer ». Je vais présenter, dans le texte qui suit, le rapport en question, après avoir résumé un autre rapport auquel le rapport Lefèvre se réfère souvent, en assortissant cet exposé de quelques observations ou réflexions qu'il appelle.

## **I – LES RÉFÉRENCES : LE RAPPORT KRATTINGER-GOURAULT**

Le rapport se réfère souvent, et entend s'appuyer, sur un autre rapport, le rapport d'information présenté en 2009 par les sénateurs Y. Krattinger et Mme J. Gourault (rapport d'information fait au nom de la mission temporaire sur l'organisation et l'évolution des collectivités territoriales présentant ses premières orientations sur la réorganisation territoriale, Doc. Sénat n° 264, 11 mars 2009). Ce rapport Krattinger-Gourault comprend un développement intitulé « clarifier la répartition des compétences ». Les deux auteurs du rapport partent du constat – difficilement contestable et largement mis en avant par le gouvernement pour justifier la loi – de « l'enchevêtrement des compétences » (sur ce thème, inépuisable, V. J.-M. Pontier, L'enchevêtrement des compétences, *in* Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises, sous la dir. de J.-C. Némery, L'Harmattan 2010, p. 165 et s.) et de la concurrence subséquente des actions menées par les collectivités

territoriales. Tout ceci est à l'origine, selon les auteurs, de « tensions propres de la décentralisation », à savoir que, d'un côté, on ne peut pas procéder à une répartition des compétences qui ne tiendrait pas compte du rôle que l'on souhaite voir jouer à chaque niveau de collectivité tandis que, d'un autre côté, et compte tenu de la réalité de l'action locale, une certaine concurrence entre chaque échelon paraît inévitable.

Souhaitant apporter des éléments à une clarification des compétences, le rapport a voulu s'attacher à « éclairer la vocation propre aux différents niveaux de collectivités territoriales ». Selon le rapport, deux types de considérations doivent être pris en compte, les considérations liées à l'organisation des compétences, et celles qui ont trait à la coopération entre les collectivités de niveau différent, en tenant compte, dans tous les cas – et la précaution n'est pas inutile lorsque l'on pense à la loi du 16 décembre – de « la réalité des territoires ». La première préconisation de la mission, sur cette question, a été celle d'un développement du droit à l'expérimentation, par exemple pour le transfert de la compétence emploi aux régions.

S'agissant des blocs de compétence, leur mise en œuvre exige, selon les rapporteurs, de répondre à plusieurs défis, celui de la difficulté de définition d'un ensemble pertinent de compétences liées qu'il conviendrait d'attribuer à une seule collectivité sur un territoire donné, celui de la détermination de la collectivité, ou de groupement de collectivités, qui serait le plus à même d'exercer le plus efficacement cette compétence. La question demeure après la loi (et malgré la loi). Le rapport relève, à juste titre, que selon de nombreux intervenants l'application trop stricte de ce principe est impossible : il paraît évident que la diversité des territoires condamne une interprétation stricte (et, me semble-t-il, condamne définitivement la notion même de blocs de compétences), ces blocs de compétences, à les supposer viables (ce que je ne crois pas) devant nécessairement varier selon la nature de la collectivité (par exemple, pour reprendre l'illustration donnée régulièrement, selon que le département est un département urbain ou un département rural. V. également, dans le même sens, les remarques de G. Marcou, *La réforme territoriale. Analyse du nouveau projet de réforme des collectivités territoriales*, in *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises*, op. cit., p. 21 et s., p. 68 et s.).

Les rapporteurs ont estimé qu'un premier critère de constitution des blocs de compétences était constitué par le principe de subsidiarité, ce qui peut paraître *a priori* curieux. Selon eux, ce principe de subsidiarité peut servir notamment à « assurer l'exercice d'une action à un niveau plus élevé » (par exemple les intercommunalités ont montré leur capacité à réaliser des investissements et des projets de développement de plus grande ampleur que ceux qu'auraient pu élaborer des communes isolées) et, « dans le sens inverse, permettre à une collectivité de niveau inférieur de prendre en charge des responsabilités correspondant à ses capacités humaines et financières » (grandes métropoles pouvant recevoir délégation de mettre en œuvre certaines attributions départementales, l'aide sociale par exemple).

L'interprétation donnée ici du principe de subsidiarité est assez étonnante, elle ne correspond pas à la définition stricte de ce principe. D'une part, le principe de subsidiarité inverse l'énoncé des affirmations précitées, il signifie d'abord que la collectivité supérieure ne peut faire que ce que ne peut pas faire la collectivité inférieure, ce qui est change largement l'approche des interventions des collectivités publiques. On peut toujours objecter qu'il n'existe pas une interprétation qui s'imposerait, que l'on peut adopter une autre définition, mais, dans ce cas, la référence au principe de subsidiarité perd toute pertinence, n'a plus de sens. D'autre part, le principe de subsidiarité n'a jamais été pensé comme un principe de répartition des compétences (V. J.-M. Pontier, *Les principes de la répartition des compétences* in *La nouvelle répartition des compétences*, sous la dir. de F. Moderne, *Economica* 1985, p. 1 et s. ; du même auteur, *Nouvelles observations sur la clause générale de compétence*, *Mél. J.-*

C. Douence, Dalloz 2006, p. 365, *Requiem* pour une clause générale de compétence, JCP A 10 janvier 2011, n° 2015 ).

Un autre principe énoncé dans le rapport de 2009 est celui du « décideur-payeur ». Selon ce critère, « la collectivité qui a le pouvoir de décision aurait également l'obligation de financer la totalité ou une grande partie de l'équipement. Réciproquement, celle qui est amenée à participer de manière importante à un projet disposerait d'une partie correspondante du pouvoir de décision ». Le rapport estime que l'application de ce critère permettrait de clarifier la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales : dans le domaine social, notamment, les départements ou les régions sont parfois conduits à financer des dispositifs dans lesquels ils n'ont que peu de maîtrise, tels que les allocations de solidarité ou la formation professionnelle. Mais, ajoute prudemment le rapport, si l'on appliquait trop strictement ce principe, cela « risquerait de rendre plus difficile la conduite de certains projets cofinancés par plusieurs collectivités en multipliant les intervenants lors de la phase de décision. « Il peut être plus rationnel dans certains cas de limiter le nombre des collectivités responsables d'un projet, tout en donnant à d'autres collectivités la possibilité de participer au financement et d'accélérer ainsi la mise en œuvre d'un projet intéressant leur territoire par la voie des fonds de concours ».

Par ailleurs les rapporteurs estiment nécessaire de compléter les blocs existants en fonction de l'expérience acquise par les collectivités. L'idée est d'améliorer la répartition des compétences sans la bouleverser, les bénéfices d'une redistribution des compétences devant être mis en parallèle avec les « coûts de réorganisation locale » que cela impliquerait, et l'on ne peut qu'abonder en ce sens. Le rapport reprend des idées émises antérieurement sur la vocation respective des différents niveaux de collectivités, les régions ayant plutôt vocation à remplir des « missions stratégiques » (ce qui est une autre manière de dire la vocation économique de la région, notamment en matière de « planification »), les départements ayant vocation à intervenir dans des politiques d'aide sociale et de solidarité nationale (cela n'est pas nouveau, le département est, depuis ses origines, une collectivité orientée principalement vers la redistribution en matière sociale), les communes, ainsi que les intercommunalités, répondant, de manière tout aussi classique, à la préoccupation de proximité.

Certains intervenants ont estimé que les collèges et les lycées pourraient être gérés par le même niveau de collectivités. Cette suggestion appelle trois observations. En premier lieu, cela ne serait pas illogique, car le partage entre départements et régions de la responsabilité de l'enseignement secondaire n'a obéi à aucune rationalité : on a plutôt l'impression que le législateur a voulu répartir les domaines de manière « équitable », car les départements étaient demandeurs, mais il fallait bien trouver aussi des compétences aux régions, ces compétences ne pouvant être prises sur celles des autres catégories de collectivités territoriales. En deuxième lieu, la coopération entre départements et régions est indispensable, ne serait-ce que parce que certaines « cités scolaires » réunissent en un même lieu, voire en un même bâtiment, un collège et un lycée, et que, également, il faut bien régler la question des élèves qui proviennent d'un département voisin ou d'une région voisine (V. sur tous ces points J.-M. Pontier, *La région*, Dalloz). En troisième lieu, reste la question, fort sensible, de savoir, dans l'hypothèse où une seule catégorie de collectivités serait compétente pour les collèges et les lycées, laquelle. Il y a quelques années, les départements avaient fait savoir qu'ils étaient prêts à prendre la responsabilité des lycées, au grand dam des régions. Aujourd'hui, et dans le cadre du rapport précité, certains, notamment l'Association des régions de France, préconisent, à l'inverse, que soit constitué à l'échelon régional un bloc de compétences « éducation » qui irait du collège à l'université, et serait exercé en collaboration avec l'Etat. Tel n'est pas, l'on peut s'en douter, le point de vue des départements.

## II – LE DÉBAT CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE-BLOCS DE

## COMPÉTENCES

Le rapporteur part de ce qui lui paraît être un constat indiscutable, voire une « lapaissance », l'opposition entre la clause générale de compétence et les blocs de compétence. Pour analyser cette opposition le rapporteur commence par rappeler que la libre administration des collectivités territoriales est considérée par le Conseil d'Etat comme une « liberté fondamentale » et que le Conseil constitutionnel la fait entrer dans la catégorie des « droits et libertés garantis par la Constitution ». Remarquons cependant qu'il n'est pas certain que, pour clarifier le débat, le fait de partir de la libre administration soit la meilleure manière de poser le débat (nonobstant le titre premier du livre Ier du CGCT).

En effet, d'une part, la question demeure de savoir si la clause générale de compétence fait partie, juridiquement, et *constitutionnellement*, de la libre administration : en est-elle la composante constitutionnelle, comme certains auteurs l'ont soutenu, est-elle étrangère à la libre administration au sens de l'article 72, et quel est exactement le sens de la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2010 ? D'autre part, il n'est pas plus certain que l'assimilation entre la clause générale de compétence et une liberté fondamentale ne soit pas source de confusion. Car il s'agit là de plans différents. La liberté d'une collectivité publique s'analyse en termes de pouvoirs, être libre c'est pouvoir décider librement, ou relativement librement. Et certes la compétence n'est pas entièrement étrangère à la liberté, dans la mesure où l'on peut penser qu'une compétence s'appliquant à un champ général est plus favorable à la liberté qu'une compétence cantonnée à un domaine. Mais ceci n'a rien d'absolu, la liberté peut être plus grande dans un champ bien délimité que dans un champ *a priori* non limité, mais qui l'est néanmoins par toute une série de considérations. Le législateur de 1982 adopte une loi relative « aux droits et libertés » des collectivités territoriales, et il s'agit bien de liberté, puisque la principale innovation de la loi est la suppression de la tutelle, qui pouvait être analysée – même s'il faudrait apporter des nuances selon que l'on parle de tutelle administrative, tutelle financière ou tutelle technique – comme une limitation de cette liberté des collectivités territoriales. Le projet de loi qui est devenu la loi du 13 août 2004 était intitulé, au départ, projet de loi relatif aux « responsabilités » des collectivités territoriales, et cet intitulé était exact, ce n'est qu'au cours de la discussion qu'a été ajouté, de manière plus discutable au regard de la logique de la loi, le terme de « libertés ». Le législateur aime parler de « liberté(s) » des collectivités territoriales, car ce terme est valorisant, mais cela ne dit rien sur la clause générale de compétence, qui est relative à un champ, un domaine d'intervention auquel s'ajoute un pouvoir de décision. Il convient sans doute d'ajouter que la comparaison entre les libertés des personnes physiques et celles des personnes morales de droit public n'est pas pertinente, et la référence que fait l'auteur du rapport aux régimes des libertés (régime préventif et régime répressif) n'est pas adéquate.

Plus intéressante est la distinction entre plusieurs conceptions de la logique – si tant est que l'on puisse parler en ce domaine de « logique », ce qui est discutable – des blocs de compétences. Le rapport distingue trois variantes : la solution de compétences exclusives, les collectivités auxquelles la compétence n'est pas reconnue ne pouvant l'exercer, c'est la solution qui (dans une première analyse) a été retenue par la loi du 16 décembre 2010 ; la solution de compétences partagées, solution évidemment plus souple que la précédente, et que va chercher à explorer le rapport ; la solution de compétences attribuées à titre non exclusif, ce qui « laisse la porte ouverte, sauf interdiction expresse, à l'exercice des compétences par les collectivités qui n'en sont pas formellement attributaires ». A vrai dire on ne voit pas très bien dans cette dernière hypothèse, ce qui différencie cette situation de la clause générale de compétence, le rapporteur reconnaissant que, selon la variante que l'on choisit, la logique des blocs de compétences se révèle, ou bien opposée, ou bien complémentaire de la clause générale de compétence.

Le rapporteur relève la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle les collectivités territoriales doivent disposer d'« attributions effectives ». Mais cette formule, hautement ambiguë (et peu heureuse : les attributions s'appliquent aux organes, les collectivités ont des compétences), ne permet pas de déduire grand-chose en ce qui concerne la clause générale de compétence. En revanche cette exigence peut être mise en parallèle avec la formule de la Charte européenne de l'autonomie locale, ratifiée par la France (à la différence de la charte de l'autonomie régionale, élaborée également dans le cadre du Conseil de l'Europe, et qui n'a pas été ratifiée par la France), selon laquelle les collectivités territoriales (appelées « locales » par cette charte) doivent avoir « le droit et la capacité effective (...) de régler et de gérer (...) une part effective des affaires publiques ».

Poursuivant sa réflexion sur les blocs de compétences, le rapport relève – ce qui exact – que le Conseil constitutionnel n'a pas consacré la valeur supra-législative de la logique des blocs de compétences, ni, déclare-t-il, de la clause générale, ce qui est discutable, les auteurs ayant pu soutenir que, indirectement, le Conseil avait consacré cette clause au profit des communes (V. G. Marcou, *Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales*, AJDA 31 janvier 2011, p. 129).

Le rapporteur estime que la décentralisation a été construite « nonobstant la préférence affirmée pour la spécialisation, sur des fondations pour le moins ambivalentes », en se référant, d'une part, à l'affirmation (supposée) par la loi du 7 janvier 1983, d'un « grand jour de la répartition par blocs », d'autre part, de la confirmation de la clause de compétence générale, y compris pour les nouvelles collectivités territoriales. Une telle affirmation, pour intéressante qu'elle soit, est doublement inexacte, ou incomplète.

D'une part, la décentralisation n'a pas été « construite » aussi récemment, elle est le fruit d'une longue évolution, la référence – qui est une solution de facilité – à un supposé « acte I » de la décentralisation en 1982-1983, ce qui est, plus qu'inexact, erroné, fausse complètement l'analyse : la décentralisation est le produit de l'histoire, elle s'est affirmée progressivement, au fil du temps, des régimes, des règles qui étaient édictées. La décentralisation d'aujourd'hui ne se peut comprendre sans référence à ce qu'elle a été hier, de la Monarchie de Juillet (où l'on peut trouver les prémisses de la problématique des compétences avec la loi de 1837 sur les « attributions » des communes) à la Cinquième République qui a vu, dès 1959, des réformes importantes être opérées, et dont la méconnaissance rend incompréhensible l'évolution jusqu'à aujourd'hui.

D'autre part, l'affirmation selon laquelle le législateur aurait institué, en 1983, des « blocs de compétences » est tout aussi discutable, même si la Cour des comptes, que le rapport cite, a affirmé : « Le but initial, certainement trop rationnel, de distribuer les compétences selon un schéma de constitution de blocs homogènes, nettement distincts pour chaque échelon territorial, évitant imbrication et concurrence, clair pour l' élu et le citoyen, n'a pas été atteint ». Le rapporteur développe longuement cette thèse des blocs de compétences. Il affirme que le législateur « s'est toujours prononcé clairement pour une répartition par blocs », ce qui paraît inexact, car, et l'on va revenir sur ce point, si le législateur a eu un désir, ou une ambition, ce n'est pas ce que l'on trouve dans les textes, qui sont la seule chose qui compte.

De plus, rappelons que cette préoccupation de répartir les compétences selon certains principes, quels que puissent être ces derniers, n'est pas du tout, dans l'histoire, une préoccupation constante, elle est au contraire récente : on a un peu l'impression, en lisant ces rapports, que l'histoire commence en 1982-1983, alors que les dispositions des lois adoptées ces années-là ne sont compréhensibles qu'au vu de ce qui existait auparavant, certaines dispositions de la loi du 2 mars 1982 (comme d'ailleurs de celles du 7 janvier 1983 et du 22 juillet 1983) n'étant que la reprise textuelle, mot pour mot (il suffit de comparer les deux textes), du projet qui avait été longuement débattu par le Sénat avant que l'alternance de 1981

ne mette fin au débat avant qu'il n'ait été achevé. Le rapporteur ajoute ensuite que « le législateur n'a jamais officiellement choisi parmi les formes qu'elle pouvait prendre : compétences exclusives, non exclusives, partagées ... » et, sur ce point, il a raison.

Ceci étant il faut reprendre l'analyse de cette affirmation selon laquelle il y aurait eu une « logique initiale » qui ne serait pas allée à son terme, ou qui aurait été en quelque sorte dévoyée. Cette idée est hautement contestable, elle est inexacte.

En premier lieu, l'article L. 1111-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT) issu de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition *de* compétences entre l'Etat, les communes, les départements et les régions, dispose : « La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes, soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions ». Comment a-t-on pu voir dans cette disposition l'établissement de blocs de compétences ? Car la formule « dans la mesure du possible » ruine l'ambition qui sous-tend la disposition : chacun savait très bien, comme on continue de le savoir aujourd'hui, que concrètement il n'est pas possible de remettre à chaque catégorie de collectivités un domaine de compétences parfaitement délimité, dans lequel les autres collectivités n'entreraient pas. La formule de la loi peut être analysée, au choix, comme une vision réaliste, ou un aveu d'impuissance, ne pas le reconnaître en affirmant que les blocs de compétences ont été consacrés est faire preuve d'aveuglement ou d'hypocrisie.

En deuxième lieu, la lecture des débats montre que le législateur n'a absolument pas eu cette logique qu'on lui prête aujourd'hui (V. J.-M. Pontier, La deuxième loi sur les compétences, AJDA 1983, p. 899), il n'avait pas une claire idée de ce que devaient être les principes de la répartition, et le principe de subsidiarité, auquel on fait tellement référence aujourd'hui, à temps et à contretemps, était quasiment inconnu des parlementaires de l'époque, qui n'avaient pas lu les encycliques pontificales dont est issu ledit principe (et avant qu'il ne soit consacré à l'échelle communautaire). La thèse d'une logique initiale par blocs de compétences est une reconstruction de l'histoire, une relecture *a posteriori*, il ne faut pas prêter au législateur une cohérence qu'il n'a pas eue.

D'ailleurs, en troisième lieu, un domaine de compétences illustre parfaitement, lui, à la fois, l'absence de vue globale et cohérente de la part du législateur, l'absence de blocs de compétences et l'existence de la clause générale de compétence, c'est le domaine culturel. C'est un domaine d'intervention qui a été quasiment ignoré du législateur de 1983. Cela démontre peut-être un manque d'intérêt du législateur pour la culture, cela démontre surtout qu'il n'y avait pas de bloc puisque ce domaine n'était pas réparti, ne donnait lieu à aucun principe de répartition. Or, et le constat est essentiel, les collectivités territoriales – toutes les collectivités territoriales – sont intervenues en ce domaine. Et non seulement les pouvoirs publics n'y ont rien trouvé à redire, non seulement il n'y a pas eu de déféré préfectoral à l'encontre des décisions des autorités décentralisées pour contester leur compétence à intervenir, mais, de plus, les pouvoirs publics ont encouragé ces interventions, ils les ont validées. Et ce domaine de la culture est l'une des « preuves » de l'existence de la clause générale de compétence, seule cette dernière pouvant expliquer, sur le plan juridique, cette intervention.

Quant à la clause générale de compétence, il faut d'abord prendre acte, parce que cela est essentiel, de deux acquis. D'une part, les parlementaires ont reconnu sans difficulté l'existence de cette clause, ce dont témoignent aussi bien les débats qui ont eu lieu sur le texte qui est devenu la loi du 16 décembre que le rapport du sénateur Lefèvre. Pour ceux qui s'en étonneraient, il faut tout de même rappeler que le thème de cette clause générale de compétence n'était pas familier, jusqu'à il y a quelques années, aux parlementaires, qui

l'ignoraient, et que c'est la doctrine qui a mis et remis à l'honneur cette clause : en 1982-1983 beaucoup doutaient du maintien de la clause générale de compétence, ce n'est que par une occultation ou un travestissement de la réalité historique que l'on fait aujourd'hui comme si cette clause avait toujours été admise, n'avait pas été contestée. D'autre part, il faut prendre acte, également, et malgré les ambiguïtés qu'elle comporte, du fait que la décision du Conseil constitutionnel conforte – d'une manière certes paradoxale puisque c'est en niant que, s'agissant des départements et des régions, l'on puisse se prévaloir de la loi de 1871 pour s'en réclamer (V. J.-M. Pontier, *requiem* pour une clause générale de compétence, art. précité) – la clause générale de compétence au profit des communes.

Ceci étant précisé, on s'accordera en revanche sans trop de difficultés avec les quatre affirmations du rapporteur. Tout d'abord ladite clause comporte « une logique dont notre pays s'est parfaitement accommodé pendant plus d'un siècle ». L'affirmation est exacte, sous la double réserve suivante. D'une part, on ne peut dire, comme le fait le rapporteur, que l'affirmation de cette clause a toujours accompagné la naissance de chaque catégorie de collectivités territoriales : cela n'est vrai que pour la commune (et encore peut-on faire quelques réserves sur ce que les parlementaires de 1884 ont voulu instituer) et pour la région en 1982 ; d'autre part, il est faux d'affirmer que la loi du 10 août 1871 institue cette clause au profit du département (les parlementaires comme le Conseil constitutionnel se sont trompés sur l'interprétation de cette loi), car la formule utilisée en 1871 ne fonde pas la clause générale de compétence, et il suffit de se reporter aux débats relatifs à cette loi pour se rendre compte que le législateur n'a pas eu l'intention, ni l'idée, d'établir une clause générale de compétence au profit du département, celui-ci ne devient bénéficiaire de cette clause qu'en 1982.

Incontestable, en revanche, paraît être la deuxième affirmation selon laquelle cette logique a eu des « effets souvent bénéfiques » dans la mesure où cette clause « a servi de support à bien des interventions locales à l'utilité reconnue ». Trois observations peuvent être faites à cet égard. Tout d'abord, le développement de la France est dû précisément, au moins en partie, à la diversité des interventions locales, qui n'ont pu se déployer, si l'on s'en tient au seul aspect juridique, que parce qu'il faut bien admettre que les collectivités locales – les communes principalement, car les départements étaient beaucoup moins concernés – disposaient d'une large habilitation à intervenir, habilitation qui n'a pu être constituée que par la clause générale de compétence. Ensuite, les pouvoirs publics nationaux ont vu d'un bon œil ces interventions des communes, ils les ont même encouragées et autant les « débordements » politiques des assemblées locales ont été sanctionnées, les préfets n'hésitant pas à faire un usage fréquent et autoritaire de leur pouvoir de tutelle, autant les interventions sociales, mais aussi économiques, ont pu avoir lieu sans trop de difficultés, si l'on excepte le point suivant. En effet, en troisième lieu, les limitations à ces interventions des communes ne sont pas tellement venues des autorités politiques que des juridictions, du Conseil d'Etat : l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat des décrets-lois de 1926 est une interprétation restrictive, la lecture de ces textes donne le sentiment qu'une autre interprétation, beaucoup plus compréhensive, aurait été possible.

La troisième affirmation est celle d'une « mise en œuvre encadrée » de la clause générale de compétence. Cela est tout aussi avéré. D'une part, le rapporteur rappelle à juste titre que « la compétence d'agir n'implique pas la liberté de faire ». Il n'existe pas de « liberté de faire » qui découlerait d'une telle clause, parce que plusieurs limitations s'appliquent à l'évidence. On écartera ici, non point parce qu'elles ne seraient pas importantes (c'est l'inverse) mais parce qu'elles sont le plus souvent des limitations « de fait », celles qui découlent des moyens financiers (mais il peut s'agir aussi de moyens humains ou de moyens techniques). La première limitation est le respect des lois et règlements – sans compter bien entendu le droit communautaire – auquel sont astreintes, comme toutes les autres personnes, les collectivités territoriales. Même s'il n'y a plus de tutelle administrative (avec toutes les

réserves qu'une affirmation aussi rapide suscite, la tutelle administrative ne représentant pas toute la tutelle, et la tutelle technique n'ayant pas été supprimée mais allégée, et certains auteurs étant même dubitatifs sur la suppression complète de la tutelle administrative qui, en tout état de cause, continue de s'appliquer aux établissements publics), le préfet conserve un rôle de contrôle de la légalité, et le Conseil constitutionnel a bien rappelé, en 1982, que ce contrôle ne pouvait être supprimé, « même temporairement » par le législateur. Une autre limitation provient des normes (c'est une forme de tutelle technique) qui s'appliquent et s'imposent aux collectivités territoriales, et ces normes peuvent être très nombreuses. La troisième limitation, qui est peut-être la plus importante de notre point de vue, est l'exigence d'un intérêt public dans l'intervention de la collectivité territoriale : cette intervention est illégale si l'on ne peut relever cet intérêt public. Or ce dernier n'est pas une notion qui, par son caractère vague, autoriserait toutes sortes d'interventions, ce n'est pas une appréciation discrétionnaire de la collectivité. L'intérêt public est toujours contrôlé par le juge administratif, c'est à ce dernier de dire si l'intervention de la collectivité était bien motivée par un intérêt public, ou si elle est déterminée par d'autres intérêts, auquel cas elle sera illégale. D'autre part, il faut rappeler également que la clause générale de compétence n'a jamais signifié la possibilité pour la collectivité à laquelle elle est reconnue d'intervenir dans n'importe quel domaine, c'est là une erreur que semble commettre le Conseil constitutionnel lui-même. La clause générale de compétence est subsidiaire (ce qui n'est pas du tout équivalent au principe de subsidiarité, il ne faut pas confondre les deux, V. J.-M. Pontier, la subsidiarité en droit administratif RDP 1986, p. 1515), elle signifie que la collectivité n'est habilitée à intervenir que pour autant que la compétence n'a pas été remise à une autre collectivité.

La quatrième affirmation, qui emporte facilement l'adhésion, est celle selon laquelle « la clause générale de compétence n'est pas l'unique responsable de l'enchevêtrement des interventions locales ». A vrai dire on se demande même comment on a pu mettre cette clause en accusation. Sans doute, cette clause est un facteur de complication éventuelle (le rapporteur déclare qu'elle porte « une part de responsabilité dans le maquis des interventions locales »).

Mais le premier responsable de l'enchevêtrement, dénoncé par les pouvoirs publics, est l'Etat lui-même, et cela ne date pas d'aujourd'hui. Tout d'abord, c'est l'Etat qui a organisé l'enchevêtrement, par l'adoption de lois qui établissaient (établissent toujours) un partage complexe entre les collectivités territoriales et l'Etat, et entre les collectivités territoriales, le phénomène ayant été aggravé par la stratification des lois, qui ont ajouté, au fur et à mesure, de la complexité dans le partage des compétences et qui ont créé de l'enchevêtrement. Ensuite, depuis longtemps l'Etat a pris de mauvaises habitudes consistant à solliciter les collectivités d'intervenir financièrement dans des domaines qui ne relevaient pas de leur champ de compétence (ce que l'Etat savait fort bien), et cela pour des raisons purement financières, l'Etat éprouvant des difficultés à financer ces activités qui relèvent de sa compétence. L'Etat n'a pas hésité à faire ce qu'il faut bien appeler un véritable « chantage » auprès des collectivités locales (notamment en menaçant de supprimer un service d'Etat, par exemple une gendarmerie, le fonds de concours proposé par la collectivité étant de nature à faire changer d'avis l'Etat). Il est donc à la fois incohérent et hypocrite d'accuser la clause générale de compétence d'être responsable de l'enchevêtrement des compétences, et il faut observer que, d'une manière un peu cynique, la loi du 16 décembre 2010 continue d'admettre les financements croisés, mais uniquement lorsqu'il s'agit de financements de collectivités territoriales pour des opérations de l'Etat.

### **III – L' « ESSAI À TRANSFORMER »**

La seconde partie du rapport est consacrée à la réforme des collectivités territoriales



considérée comme « un essai à transformer ». Le rapporteur considère que la répartition des compétences est « sur de bons rails », estimant que la loi du 16 décembre 2010 aborde la dialectique clause générale de compétence/ logique des blocs sous un nouvel angle, ce qui est en partie exact. Il juge que la spécialisation des départements et des régions est envisagée avec pragmatisme – ce que l'on ne niera certainement pas – dans la mesure où cette spécialisation est atténuée par la possibilité d'intervenir dans les domaines dans lesquels la loi n'aura pas donné compétence à une autre personne publique, où des délégations de compétences sont possibles (V. toutes ces possibilités présentées dans *Requiem* pour une clause générale de compétence, précité).

Il estime également que le législateur a mis l'accent, dans cette loi, sur « la recherche du dialogue entre la région et les départements » par le biais de deux innovations : le schéma d'organisation des compétences, par lequel peuvent être prévues des délégations de compétences, les interventions financières organisées et la mutualisation des services ; le conseiller territorial qui, selon le rapporteur, parce qu'il siège à la fois à la région et dans l'un des départements, « contribuera à un dialogue serein et efficace entre les collectivités de ces deux niveaux ». Sur ce point il paraît difficile, ou d'approuver ou de contredire, tant l'expérience est nouvelle et ne permet pas de dire, à l'avance, comment les choses se passeront.

Selon le rapport, la loi rationalise également les interventions financières des collectivités territoriales par l'encadrement des financements croisés et par l'encadrement des subventions. S'agissant des premiers, le rapporteur approuve l'exigence d'une participation minimale (en principe de 20%) de la collectivité (ou du groupement) maître d'ouvrage d'une opération d'investissement ce qui doit, selon lui, éviter le saupoudrage de la part d'une même collectivité et de prévenir la multiplication des intervenants sur un même projet et, ainsi, faciliter l'identification des autorités responsables. On peut être quelque peu dubitatif, ou plus réservé que le rapporteur, sur les bienfaits de cette réforme. Sans nier qu'il ait pu y avoir des abus – mais qui ne sont pas dus non plus au mécanisme lui-même – les financements croisés, dénoncés depuis bien des années, présentent tout de même des avantages : bien des opérations n'auraient pu se réaliser s'il n'y avait pas eu ces financements croisés (sur l'histoire de ces derniers et les questions qu'ils ont soulevées, V. J.-M. Pontier, les avatars du cofinancement, LPA 14 juillet 1993, p. 14 et s.) et ne seront peut-être plus possibles dans l'avenir. Et l'on peut donc se demander si, nonobstant les dérogations prévues, les inconvénients de ce nouveau système ne seront pas supérieurs à l'ancien.

S'agissant de l'encadrement des subventions, le cumul de ces dernières, qu'il s'agisse de subventions de fonctionnement ou de subventions d'investissement, est interdit, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, lorsque n'aura pas été adopté le schéma d'organisation des compétences, l'interdiction ne s'appliquant pas aux projets portés par les communes de moins de 3500 habitants ou un EPCI à fiscalité propre de moins de 50 000 habitants. Là encore, il est délicat de porter des jugements à l'avance, il faudra attendre comment fonctionne le système pour porter des appréciations.

Dans un second temps, le rapporteur s'interroge sur la réforme, qui est « en attente de finitions ». Ce sont les propositions de « finition » qui sont les plus intéressantes parce que les plus novatrices. La délégation sénatoriale aux collectivités territoriales a souhaité mettre l'accent sur plusieurs points qui lui sont apparus comme pouvant appeler des précisions ou des aménagements.

Un premier point porte sur l'exclusivité des compétences attribuées par la loi aux départements et aux régions. Tout en prenant certaines précautions d'expression, le rapporteur ne s'en interroge pas moins sur le mécanisme retenu par la loi, se demandant « si ce choix, radical autant que clair, d'un monopole d'attributions est le meilleur dans la panoplie des solutions offertes par une logique de blocs », et il soulève plusieurs questions : que va-t-il se

passer si la collectivité attributaire d'une compétence est dans l'impossibilité de l'exercer de manière satisfaisante (pour des raisons budgétaires par exemple)? ; comment seront gérées les spécificités locales pour des compétences attribuées à titre exclusif à la région, voire au département, ne vaudrait-il pas mieux que les deux collectivités puissent intervenir en complémentarité ? ; comment seront réglés les problèmes de « frontière » (inévitables, en effet) entre des compétences attribuées à des collectivités différentes ? Et le rapporteur cite cet exemple d'un système de navette par autobus entre un centre-ville et un monument historique ou un parc d'attraction : relève-t-il de la compétence « transports », « tourisme », « culture », « développement économique » ? Ce dernier exemple, qui va dans le sens de ce que j'ai évoqué dans le commentaire de la loi du 16 décembre 2010 au JCP A, montre que la solution retenue par la loi est intenable, elle aboutira nécessairement à des complications qui se substitueront aux difficultés auxquelles on a voulu ou cru mettre fin.

Ces doutes conduisent le rapporteur à penser que « la variante des blocs de compétences exclusives pures n'est peut-être pas la plus adaptée ». Pour éviter de revenir sur ce qu'il pense être une logique de blocs de compétences, le rapporteur propose une solution intermédiaire. Le dispositif imaginé reposerait sur deux piliers : d'une part, l'affirmation du principe de l'exclusivité des compétences attribuées par la loi aux départements et aux régions serait maintenue ; mais, d'autre part, la collectivité attributaire d'une compétence se verrait reconnaître la possibilité de substituer au dispositif des compétences exclusives pures « un dispositif de compétences obligatoires partageables par accord entre collectivités ». Dans le cas où une compétence serait ainsi attribuée par la loi à une catégorie de collectivités, ou bien les collectivités concernées se seraient accordées par voie de convention pour partager cette compétence et, dans ce cas, chaque partie prenante pourrait exercer la compétence conformément à la convention de partage, ou bien les collectivités n'auraient pas prévu de partage (par exemple par absence de consensus), et l'exclusivité de la compétence serait maintenue. La substitution d'un système de compétences partageables au système de compétences exclusives est la première « piste » proposée par le rapport, elle représente un assouplissement incontestable au mécanisme prévu par la loi.

Quant aux modalités d'un partage éventuel des compétences entre les collectivités territoriales, le système reposerait sur la base d'un accord unanime entre les collectivités concernées (ce qui ne va pas non plus sans soulever quelques questions et certaines difficultés). S'agissant du partage région-départements, selon le rapporteur l'accord devrait être facilité par le nombre limité de parties prenantes et l'existence du conseiller territorial, ce qui semble à l'heure actuelle beaucoup plus relever du vœu que d'une réalité démontrable. Les modalités du partage des compétences pourraient être prévues, selon le rapport, dans le schéma d'organisation des compétences, ceci pour éviter de créer un nouvel instrument (c'est la piste 2 du rapport). La question des interventions des communes est jugée plus délicate, le schéma applicable aux régions et aux départements ne pouvant, sous peine d'alourdissement et de complications, devenir un « schéma triangulaire », mais le fait d'écarter les communes pouvant avoir pour conséquence de rendre impossible le partages des compétences entre la région et les départements. Pour résoudre ce problème, le rapporteur suggère que le département pourrait être autorisé, dans le cadre du schéma de compétences, à partager certaines de ses attributions avec les communes (ou les EPCI). Dans ce cas, dans un premier temps serait déterminé le champ des compétences, exclusives et partagées, du département et, dans un second temps, le département pourrait conclure avec des communes de son territoire (ou des EPCI) des « schémas départementaux d'organisation de leurs compétences respectives », ces schémas devant respecter le schéma régional (et l'absence de schéma régional ne devant pas faire obstacle aux schémas départementaux qui, naturellement, ne pourraient, dans une telle hypothèse, porter sur les compétences régionales ; c'est la piste n° 3).

Par ailleurs le rapport s'interroge sur les compétences exercées de plein droit par des EPCI et estime, s'agissant du schéma régional d'organisation des compétences, qu'il serait cohérent de prévoir, par parallélisme, la consultation de plein droit des métropoles du département. Mais « on est en droit de se demander si la simple consultation d'une métropole est à la hauteur des compétences relevant de celle-ci. On peut en effet s'interroger sur la cohérence d'un dispositif, d'un côté suffisamment hardi pour attribuer de plein droit à la métropole des compétences relevant du département (transports scolaires ...) et de la région (promotion du territoire à l'étranger, ...) et, d'un autre côté, trop frileux pour associer pleinement cette catégorie d'EPCI à la distribution des compétences entre ces collectivités ». D'où la piste 4 consistant à « subordonner la signature du schéma régional d'organisation des compétences à l'accord des métropoles situées sur le territoire de la région, dans la mesure où sont concernées des compétences qu'elles exercent de plein droit ». La même logique conduit le rapporteur à formuler une proposition analogue pour les schémas départementaux et à demander que la signature du schéma départemental d'organisation des compétences soit subordonnée à l'accord des EPCI situés sur le territoire du département, dans la mesure où sont concernées des compétences qu'ils exercent de plein droit (piste 5).

Le rapport fait également une suggestion originale, et qui introduirait une innovation dans notre droit de la décentralisation, mettre en place une « procédure de constat de carence » au profit des collectivités auxquelles la compétence n'a pas été attribuée, dans le cas d'inertie de la collectivité habilitée à exercer une compétence (piste 6), cette procédure étant, selon le rapporteur, le corollaire logique d'une attribution de compétences exclusives à des catégories de collectivités.

Enfin le rapporteur s'est intéressé à la question du respect des règles de répartition des compétences. En cas de désaccord ou de conflit entre deux collectivités il existe naturellement une voie de droit, c'est celle du recours au juge. Cependant le rapporteur estime que le recours classique pour excès de pouvoir serait sans doute une réponse insuffisante, en raison, selon lui, d'abord des faibles possibilités de saisir le juge d'un contrat dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, des conditions strictes de la mise en œuvre du référé suspension et, enfin – ce qui est sans doute la difficulté principale, les précédentes pouvant être surmontées par un aménagement des procédures – le fait que, même avec des procédures de publicité appropriées, une intervention d'une collectivité territoriale peut échapper à la vigilance d'une autre, cette dernière ne s'apercevant du problème qu'après l'expiration des délais de recours.

Pour résoudre ces difficultés, deux voies sont possibles. La première, consisterait à aménager une forme particulière de recours pour excès de pouvoir lorsque celui-ci vise à assurer le respect de la répartition des compétences entre les collectivités territoriales. Cependant, la délégation parlementaire a estimé qu'une autre solution, plus simple, était envisageable, consistant à instituer une procédure inspirée du contrôle de légalité, et que le rapporteur appelle « contrôle de légalité territorial ». Selon le rapport, un tel contrôle serait mis en œuvre de la manière suivante : d'une part il serait fait obligation, pour une collectivité intervenant dans un domaine de compétence partagé de transmettre ses décisions aux autres collectivités parties à ce partage ; d'autre part, ces dernières auraient la possibilité d'adresser leurs observations à la collectivité intervenante et, le cas échéant, de saisir une autorité habilitée à se prononcer en droit sur la compatibilité entre l'initiative contestée et les règles régissant les compétences en question, qu'elles résultent de la loi ou d'un schéma (régional et/ou départemental) (pistes 7 et 8). Cette suggestion a soulevé des objections au sein même de la délégation, il est peu probable qu'elle soit reprise dans un texte de loi.

Cinq observations s'imposent au terme de cette brève analyse. Il apparaît d'abord que certaines des propositions ou suggestions du rapport ne sont pas vraiment nouvelles, si l'on veut bien aller voir dans le passé (au moins celui de la Cinquième République) on constatera

que les mots nouveaux utilisés aujourd'hui font référence à des réalités anciennes. Mais, par ailleurs, certaines propositions sont effectivement une nouveauté dans notre droit et méritent à ce titre réflexion. Il apparaît encore plus clairement, ensuite, que les principes retenus dans la loi de 2010 ne peuvent être appliqués « strictement », il faut des aménagements. L'analyse sur ce point est réaliste et ne peut qu'emporter l'adhésion. En troisième lieu on ne peut qu'être frappé d'observer que, une fois de plus, à travers les exemples donnés dans le rapport, c'est le domaine de la culture (et encore qu'il ne fasse pas partie des compétences exclusives, mais il rejaillit sur les autres domaines, V. sur ce point mes observations dans le commentaire de la loi) qui met en évidence les faiblesses d'une répartition spécialisée des compétences. En quatrième lieu, le rapport comporte quelques suggestions qui paraissent ingénieuses pour pallier les défauts et les insuffisances du système, visibles avant même la mise en application de celui-ci et, si elles sont retenues, elles pourront donner lieu à un intéressant champ d'études. Mais, en observation terminale, on ne peut pas ne pas s'interroger : il n'est pas certain que la loi apporte la clarification annoncée, on peut même éprouver de forts doutes sur ce point, en revanche il est certain que les procédures seront, elles, compliquées, à plus forte raison si les « pistes » proposées par le rapport sont suivies. D'où une autre interrogation : cela en valait-il la peine ? La clause générale de compétence telle qu'elle existait précédemment, et malgré ses défauts, n'était-elle pas, à tout prendre, la moins mauvaise des solutions, d'autant qu'il aurait été possible de corriger certains défauts sans la supprimer ?

**Mots clés :** blocs de compétences, clause générale de compétence, subsidiarité, aménagements, financements