REQUIEM POUR UNE CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE ?

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université de Paris 1)

Résumé. *Après des débats très vifs au Parlement, le législateur a consacré, dans la loi du 16 décembre 2010, l'abandon de la « clause générale de compétence » dont bénéficiaient jusque-là les départements et les régions. Mais outre que le législateur, comme le Conseil constitutionnel, semblent avoir fait une erreur d'interprétation sur cette clause, cette suppression soulève plus de questions qu'elle n'apporte de réponse, et il est fort improbable que l'objectif affiché par la loi puisse être atteint, l'impression étant que cette clause, pour les catégories de collectivités concernées, est un « dommage collatéral », et a « fait les frais » d'une politique de réduction des déficits. La clarification des compétences ne sera pas obtenue, un autre législateur devra reprendre la question.*

Étrangeté. Perplexité. Tels sont, entre autres, les sentiments qu'inspirent les débats qui se sont déroulés, dans le cadre du projet de réforme des collectivités territoriales, à propos de la clause générale de compétence. Étrangeté au vu de l'histoire, ancienne (c'est-à-dire, ici, celle du XIXème siècle) et récente, qui, ni l'une ni l'autre, ne pouvaient laisser prévoir ce qui est advenu, et ne préparaient à une telle mise en lumière. Perplexité, car la loi votée et les débats analysés ne permettent toujours pas de comprendre les raisons d'une telle focalisation sur la clause générale de compétence, et ce n'est pas la décision du Conseil constitutionnel, qui ressemble, sur ce point, à un « devoir bâclé », qui pourra aider en quoi que ce soit.

La clause générale de compétence est une notion parmi bien d'autres, mais qui a une histoire étonnante : ces derniers mois ont vu une agitation extrême, des débats passionnés, autour de cette clause, ce que ne pouvaient laisser supposer, ni les conditions de son avènement, ni les dernières années qui viennent de s'écouler. Les tenants de cette clause ont été même, à un moment donné, fort peu nombreux, l'opinion dominante étant que cette clause avait disparu, voire n'avait existé que dans l'imagination de quelques auteurs et l'étonnement – on serait tenté de parler, reprenant une formule utilisée par H. Reeves dans un tout autre contexte, de « l'heure de s'enivrer » – est grand face à ce débat qui a pris une telle importance au sein du Parlement.

Voilà en effet une clause qui connaît un destin que personne n'aurait supposé, imaginé, celui d'une disposition à laquelle on accorde une importance telle que les parlementaires se prononcent pour ou contre, déchaînant des passions que nul n'aurait envisagées il y a quelques années. Que s'est-il donc passé pour qu'une discussion qui n'intéressait que quelques juristes devienne un champ d'empoignades et de divisions au sein des groupes, des partis ? Comment se fait-il qu'un législateur qui n'avait guère prêté attention à cette question consacre autant de temps à en discuter aujourd'hui ? Et comment se fait-il que le juge constitutionnel élude la question ?

L'expression « clause générale de compétence » est d'ailleurs un peu bizarre, et l'on a fait remarquer à plusieurs reprises qu'il aurait été plus adéquat de parler de « clause de compétence générale ». Mais au fond cela importe peu, dans la mesure où, d'une part, l'histoire est passée par là, consacrant cette formule, sans que l'on puisse en identifier un auteur particulier, et que, d'autre part, il n'y a pas de confusion sur le sens – on verra qu'il y a

des confusions, mais qui ne portent pas sur le sens même à donner à la formule – à donner à cette expression.

Face aux mauvaise interprétations, aux confusions, il est temps peut-être de mettre les choses au point, même si cela fut fait dans le passé (mais les auteurs ne sont pas lus par ceux qui décident …), de préciser ce qu'est la clause générale de compétence, ce qu'elle signifie, ce qu'elle implique, ce que l'on peut – juridiquement ou/et politiquement – faire et ce que l'on ne peut faire.

Le terme de « compétence » est, à la fois, l'un de ceux qui sont les plus utilisés en droit public, et l'un des plus délicats à « manipuler ». La compétence est l'une des clefs d'explication du fonctionnement des structures administratives, qui ne sont, d'une certaine manière, qu'une organisation des compétences. La compétence est une notion qui relève principalement du droit public : en droit privé on connaît l'aptitude, la capacité, mais la compétence est d'abord celle d'une autorité administrative, d'une personne publique. D'ailleurs, dans le contentieux de l'annulation, l'incompétence est le vice le plus grave, au point que le juge peut soulever le moyen d'incompétence d'office, alors même que les parties ne l'auraient point invoquée.

A partir du moment où une société est suffisamment organisée, développée, inévitablement se pose un problème de répartition des compétences, qui revient à se demander, en disant les choses brutalement, « qui fait quoi ». Plus la société est développée, plus la question s'affine et se complexifie, parce que l'Etat, qui est la personne englobante, va reconnaître l'existence d'autres personnes que lui, des personnes qui vont se voir reconnaître la qualité de personnes publiques, et avec lesquelles, nécessairement, un certain partage des compétences va s'avérer indispensable.

Cela ne s'est pas fait sans difficultés ni hésitations. Il faut rappeler, même s'il s'agit du passé – mais un passé qui continue de peser, y compris inconsciemment – que jusqu'au début du XIXème siècle on hésite sur la qualification de la nature des communes : s'agit-il de personnes privées ou de personnes publiques ? Même si cette dernière qualification l'emporte alors, on voit et l'on entend certains parlementaires défendre encore la thèse de la nature privée des communes (des groupements de familles, dit-on).

La clause générale de compétence apparaît ainsi comme un point focal, celui où convergent tous les rayons lumineux et sur lequel le législateur s'est laissé éblouir, au sens propre du terme. La suppression de la clause générale de compétence est une fausse solution, le problème des compétences n'étant nullement réglé par la loi.

I – LA CLAUSE GÉNÉRALE DE COMPÉTENCE, PARADOXAL POINT DE CRISTALLISATION DES TENSIONS

Il est paradoxal qu'une formule, que rien ne prédestinait à jouer un tel rôle, soit devenue un point de divisions, de confrontations entre des conceptions différentes de l'intervention des collectivités locales, alors qu'elle était supposée seulement faciliter cette intervention, ce qui aurait dû satisfaire tout le monde. Le véritable gonflement de sens de cette clause s'accompagne aujourd'hui d'une suppression de cette clause, la réforme soulevant plus d'interrogations qu'elle n'apporte de réponses.

1 – De l'affirmation de la clause générale de compétence à son apparente suppression

A – Une affirmation tardive mais forte

L'idée qui est à la base de la clause générale de compétence, et qui a été lentement développée, est que la commune n'est pas seulement le mandataire de l'Etat, elle « possède un cercle d'activité qui lui appartient en propre », pour reprendre la formule de Carré de Malberg (Théorie générale de l'Etat, t. 1, § 65, p. 184). Mais cette reconnaissance ne se fait pas sans hésitations. Lors de la Révolution, il n'y a pas d'affirmations nettes en ce sens, on relève un certain flottement, voire des contradictions dans les textes. La loi des 18-22 juillet 1837 sur l'administration municipale est quelque peu décevante, malgré la formule de Vivien déclarant : « La bonne distribution des pouvoirs intéresse surtout les époques et les lois de liberté » (Vivien, Rapport fait au nom de la commission chargée de déterminer le projet de loi sur l'administration municipale à la chambre des députés, le 21 janvier 1837, Arch. Parl. 2ème série, t. CVI, p. 461) et qui ajoute, au cours des débats : « Nous croyons nécessaire de rendre au pouvoir municipal toutes les attributions qui lui appartiennent, d'après sa nature et son objet ». Mais, à l'époque, les députés penchent en majorité en faveur de la nature *privée* des questions d'intérêt communal, la loi de 1837 est une loi de procédure faite par des propriétaires. Cependant, cette loi est une étape dans l'affirmation de la clause générale de compétence.

La loi du 10 août 1871, première grande loi sur les collectivités locales, et qui appartient plus, par son inspiration, à l'Empire qu'à la République, déclare que les conseils généraux délibèrent « sur tous les objets d'intérêt départemental », mais ce n'est encore là qu'une étape dans l'affirmation de la clause générale de compétence, et c'est bien à tort que les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel et ce dernier lui-même se sont référés à cette loi. La loi du 5 avril 1884, aboutissement de nombreuses propositions de loi, et dont les débats sont marqués principalement par le souvenir de la Révolution et le conflit naissant entre l'Eglise et l'Etat, comporte un article essentiel pour ce qui sera reconnu, plus tard, comme étant la clause générale de compétence, l'article 61, qui dispose : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

Comment est-on passé de formules relativement banales, en apparence, auxquelles le législateur n'a pas prêté lui-même une attention particulière, à l'affirmation d'une aptitude générale des collectivités territoriales – et pas seulement des communes – à intervenir ? L'histoire de ce basculement fondamental demeure à écrire. Retenons cependant deux facteurs, difficiles à quantifier et à proportionner, dans cette évolution.

Un facteur est représenté par la jurisprudence administrative. Celle-ci est difficile à apprécier, le risque méthodologique étant de privilégier quelques arrêts non représentatifs de la jurisprudence en général. Si, en effet, dans une décision de 1896 le juge semblait admettre une aptitude générale des communes à intervenir (CE 7 août 1896, *Bonnardot*, Rec. p. 642, S 1898, III, 107, note non signée), par la suite il se montre très prudent, il se fonde rarement sur le paragraphe 1er de l'article 61 (parmi les rares décisions en ce sens on peut citer CE Sect. 1er avril 1960, *Sieur Guanter*, Rec. p. 249, S. 1960, III, 239, note Ch. Sirat). La jurisprudence administrative ne semble donc pas avoir été un facteur décisif dans l'affirmation de la clause générale de compétence.

Un facteur plus important, bien que tardif, a été probablement représenté par les idées exprimées dans des groupes à caractère politique plus ou moins marqué et par la doctrine. On a beaucoup parlé du « Programme de Nancy », qui ne prend d'ailleurs cette dénomination que plus tard : c'est un manifeste élaboré par des hommes politiques d'horizons différents, qui se prononce en faveur de la décentralisation, avec, notamment des propositions telles que la tutelle du conseil général sur les communes et … la critique du département, dont le cadre est jugé trop exigu. Le programme repose également sur la distinction des intérêts locaux et des intérêts nationaux, mais cette distinction n'a jamais été niée – on la trouve déjà en 1871 – et ne dit rien quant à l'étendue des compétences des collectivités locales. La doctrine a œuvré,

d'abord très prudemment, puis de façon très affirmée, en faveur de la clause générale de compétence.

Un véritable basculement au profit de la clause générale de compétence a lieu dans les années 60, mais il n'est au fond que la concrétisation de ce « lent dépôt des siècles », la formalisation intellectuelle d'une pratique qui remonte fort loin et qui repose sur l'idée, progressivement formulée, que la collectivité locale – quelle que soit la dénomination qui pouvait être la sienne – œuvre dans l'intérêt collectif des habitants, poursuit le bien commun.

B – L'apparente suppression de la clause générale de compétence

Dans ces années 60, et progressivement, une véritable appropriation de la clause générale de compétence va se produire avec, dans un premier temps, le recours au terme « compétence », qui était peu utilisé jusque-là pour les collectivités locales – il était réservé à l'Etat et aux juridictions – et, dans un second temps, l'utilisation de l'expression « clause générale de compétence » qui va progressivement s'imposer.

C'est au sein de commissions administratives que l'on va prendre l'habitude de parler des compétences des collectivités locales et de la répartition des compétences entre l'Etat et ces dernières. Dès 1959 est nommée une commission d'étude des problèmes municipaux, appelée, du nom de son président, « commission Bourrel ». Cette commission propose le transfert *à l'Etat* de dépenses d'aide sociale, de voirie, d'éducation nationale, et ses conclusions servent de base aux transferts, modestes, effectués par la loi de finances pour 1963. Une autre commission est alors nommée, en 1964, avec pour objet « la répartition des compétences et des responsabilités de l'Etat, des collectivités locales et des particuliers ainsi que des collectivités locales entre elles et des conditions de prise en charge des financements définitifs » (commission Mondon-Pianta). Cette commission fait des propositions de transferts de charges avant d'être intégrée à l'intergroupe « finances locales » du VIème plan. Une autre commission est ensuite nommée, la commission de développement des responsabilités locales, dite aussi « commission Guichard », du nom de son président, qui rédige un rapport intitulé « Vivre ensemble » (Doc. fr. 1976), rapport qui est probablement le meilleur rapport sur les collectivités locales qui ait été établi dans notre histoire.

D'autres rapports vont naturellement succéder aux rapports précités, ils sont même tellement nombreux qu'il devient difficile de les citer. La plupart des rapports de ces dernières années sont d'ailleurs des rapports parlementaires, ce qui les différencie des précédents rapports qui étaient des rapports établis par des commissions administratives ou par des commissions associant des membres d'institutions administratives, des parlementaires et des universitaires.

Ces rappels sont donnés pour permettre de comprendre le débat actuel sur la clause générale de compétence. On peut déduire de ce passé depuis 1959 les enseignements suivants. Tout d'abord, ce n'est que sous la Cinquième République que l'on aborde vraiment les problèmes de fond, l'une des explications étant que le rôle des collectivités locales a profondément changé, ces collectivités – notamment les communes – intervenant beaucoup plus qu'elles ne le faisaient précédemment dans les domaines les plus divers et devenant des pourvoyeuses de bien être, des « communes providence » qu'elles n'avaient jamais vraiment été auparavant.

Ensuite, à partir de ces années, on va se mettre à parler de compétences des collectivités locales. Il s'agit en quelque sorte d'un « saut qualitatif » car, jusque-là, on parlait, naturellement, de la compétence de l'Etat, mais on n'appliquait pas cette terminologie aux collectivités locales. Le fait de parler de compétences au profit de ces dernières est une reconnaissance pleine et entière de leur qualité de collectivité publique, avec le même caractère « noble » qui s'attache à leurs missions.

Enfin, désormais, l'une des questions qui se posent, et qui est en lien avec la précédente reconnaissance, est le partage (ou la répartition) des compétences entre les différentes personnes, mais en particulier entre l'Etat et les collectivités locales. Jamais, auparavant, cette question n'était apparue aussi clairement. Les juristes d'abord, les hommes politiques ensuite, vont se mettre à parler compétences, répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, se demander, concrètement et non plus abstraitement, quelles sont les compétences que peuvent (ou/et que doivent) exercer les collectivités locales, en « listant » les domaines d'intervention. Les lois de 1982-1983, de 2004, sont le résultat de la réflexion qui est conduite durant ces années et qui permet de mieux appréhender le champ d'intervention privilégié des collectivités locales. La clause générale de compétence fait alors l'objet d'un très large consensus. L'une des originalités de la loi est la suppression, en apparence, de cette dernière, suppression validée par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas l'existence d'une clause générale de compétence au profit du département et de la région, mais on peut se demander, à lire la décision, si le Conseil a bien compris ce qu'était cette clause. Selon le Conseil, est exclue la clause « rendant le département compétent pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ». Cette formule est éminemment critiquable.

Personne n'a en effet jamais prétendu que la clause générale de compétence avait la signification que le Conseil constitutionnel lui prête. Personne n'a jamais soutenu que la clause générale de compétence habilitait une collectivité à « traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire ». Il a toujours été admis et affirmé, par ceux qui soutenaient que les collectivités disposaient d'une telle clause, que ces dernières ne pouvaient intervenir en « toute affaire ». Il a toujours été dit que, s'agissant des affaires « publiques », ladite clause n'habilitait une collectivité à intervenir que pour autant que la matière, le domaine, n'avait pas été remis à une autre personne, publique ou privée, et que l'intervention présentait le caractère d'intérêt public. La clause générale de compétence a donc toujours joué sur une marge, ce qui ne signifiait pas nécessairement une intervention à la marge. L'intervention des collectivités territoriales a pu, sur le fondement de la clause générale de compétence, être déterminante, notamment sur le plan culturel. Le lien avec le territoire est évidemment une condition nécessaire – le Conseil d'Etat l'a affirmé et exigé depuis longtemps – mais ce lien ne dit rien sur la clause générale de compétence. Le Conseil constitutionnel a mélangé la compétence *ratione materiae* avec la compétence *ratione loci* alors que si elles jouent toutes deux, dans la délimitation des compétences, elles doivent être distinguées, l'étendue matérielle de la compétence d'une collectivité n'étant pas conditionnée, ou peu conditionnée, par la compétence territoriale.

Le Conseil constitutionnel, répondant à l'argument des requérants, déclare que la loi du 10 août 1871 n'a pas créé de clause générale de compétence. Cela est parfaitement exact, mais ce qui est gênant, dans cette argumentation, c'est qu'elle n'est pas une réponse. En effet, le fondement de la clause générale de compétence au profit des départements n'est évidemment pas la loi de 1871. Si le Conseil constitutionnel avait lu les travaux de la doctrine, il se serait rendu compte que cette dernière ne retenait pas la loi de 1871 comme fondement de la clause générale de compétence, les auteurs qui ont soutenu la thèse de la clause générale de compétence au profit du département ont écarté la loi de 1871. Les départements n'ont acquis une compétence générale à intervenir qu'en 1982, lorsque le législateur a substitué à la formule de 1871 celle de la loi de 1884 sur les communes. La lecture des travaux parlementaires en 1871, 1884 et 1982 confirme cette analyse (V. J.-M. Pontier, *Semper manet*. Sur une clause générale de compétence, RDP 1985, p. 1443).

L'origine de la clause générale de compétence n'est donc pas la loi de 1871, c'est la loi du 5 avril 1884 dans son article 61. Et certes le Conseil constitutionnel ne se prononce pas sur la clause générale de compétence au profit des communes pour la double raison que, d'une

part, la formulation antérieure est maintenue au profit de ces dernières et que, d'autre part, et pour cette raison, la question ne lui était pas posée. Cependant, étant donné que le fondement de la clause générale de compétence du département, comme de la région, n'est pas la loi de 1871, mais la disposition de l'article 61 de la loi de 1884, transposée au département et appliquée à la région en 1982, le Conseil constitutionnel ne répond pas à la seule question qui se pose, à savoir : l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 sur les communes institue-t-il une clause générale de compétence, en 1884 pour les communes, en 1982 pour les départements et les régions par sa transposition par le législateur ? Implicitement on est porté à affirmer que tel est le sens à donner à la décision, mais rien n'est sûr …

Le Conseil constitutionnel ne répond pas non plus à la question de savoir si le législateur peut ou non instituer une clause générale de compétence au profit d'une ou de plusieurs catégories de collectivités territoriales.

Cette question est encore distincte de deux autres, auxquelles semble (mais semble seulement) répondre le Conseil constitutionnel. La première est de savoir si la clause générale de compétence est ou non liée à la libre administration, en est-elle une composante, ou en est-elle distincte ? Similairement, mais avec une réponse qui paraît plus évidente, la clause générale de compétence est-elle ou pourrait-elle être un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? En réalité, et les auteurs l'on déjà dit, la clause générale de compétence n'est pas un principe juridique, même si elle s'appuie sur des textes (J.-M. Pontier, Nouvelles observations sur la clause générale de compétence, Mél. Douence p. 365 et s.), et F.-P. Bénoit a pu écrire, à juste raison : « En définitive, la clause générale de compétence de l'article 61 n'est rien d'autre que l'affirmation explicite du principe implicitement admis du Moyen Âge à 1789, celui de la large compétence du conseil municipal pour assurer la satisfaction des besoins collectifs des habitants » (L'évolution des affaires locales. De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences, Mél. Douence p. 23 et s., p. 30).

La question de la clause générale de compétence n'est donc pas réglée par la loi, ni par la décision du Conseil constitutionnel, d'abord parce que ce dernier ne répond pas vraiment, pour les raisons indiquées précédemment, à la question, ensuite parce que le problème demeure entier pour les communes, le Conseil constitutionnel ne s'étant pas prononcé – mais cela ne lui était pas demandé – sur la disposition provenant de l'article 61 de la loi du 5 avril 1884.

2 – Une modification qui laisse subsister des interrogations

La clause générale de compétence disparaît pour les départements et les régions. A vrai dire le terme même à utiliser fait problème : s'agit-il d'une disparition, parce qu'elle n'aurait pas existé pour les départements et les régions, s'agit-il d'une suppression par la loi ? S'agit-il d'une simple adaptation ? La formulation critiquable du Conseil constitutionnel ne permet pas de trancher mais la modification introduite, qui entraîne des conséquences, n'est, en tout état de cause, qu'une suppression partielle.

A – Les interrogations découlant de la modification apportée

Quel que soit le terme qui convienne, une chose est sûre : la loi apporte, en apparence, une nouveauté considérable en restreignant le champ de compétence des départements et des régions avec l'ajout de la formule, à l'article L. 3211-1 du CGCT qui dispose que « le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département », des mots « dans les domaines de compétence que la loi lui attribue », les articles L. 4221-1 et L. 4433-1 du CGCT étant modifiés de manière analogue pour les conseils régionaux de métropole et d'outre-mer.

La disposition qui a déclenché le débat et qui se retrouve dans le texte de loi validé par le Conseil constitutionnel a pour origine (et bien que l'on pourrait trouver des suggestions antérieurement) l'une des propositions du « rapport Balladur » sur les collectivités territoriales, proposition qui a été retenue par le gouvernement qui l'a faite figurer dans le projet de loi soumis au Parlement.

Les débats au sein des assemblées ont pris sur ce point une ampleur que l'on aurait pu difficilement soupçonner avant que ces débats n'aient lieu. Les parlementaires n'avaient pas, dans les années passées, montré un attachement particulier à la clause générale de compétence. Si l'on se reporte aux débats sur les différentes lois relatives aux collectivités territoriales on ne trouve pas d'exemple d'un tel débat. En 1982 notamment, où l'on adopte des lois importantes pour la décentralisation, ce qui importe, ce qui domine les débats, c'est la suppression de la tutelle – d'où l'intitulé de la loi du 2 mars 1982 et l'accent mis tout au long de ces débats sur les libertés locales – c'est le pouvoir dont disposent ou doivent disposer les autorités locales décentralisées dans un certain nombre de domaines, au premier chef desquels l'urbanisme.

Il n'est guère question, en ces temps-là, de clause générale de compétence, qui semble relever d'un débat réservé aux universitaires. D'ailleurs, parmi ces derniers, certains doutent de l'existence d'une clause générale de compétence au profit des collectivités territoriales, et ils n'en voient guère l'intérêt. Seuls quelques uns d'entre eux défendent cette thèse. Progressivement, les parlementaires vont être sensibilisés à cette question, ils vont reprendre à leur compte le thème de la clause générale de compétence et en défendre la thèse, ainsi que cela apparaît dans différents rapports parlementaires de ces dernières années.

En revanche, en 2010, lors de la discussion du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, un long débat va lieu au sein de chaque assemblée, il va diviser les assemblées, l'Assemblée nationale votant sur ce point le projet du gouvernement, le Sénat supprimant les dispositions restrictives et revenant, pour faire simple, et après un long débat, à la clause générale de compétence, puis revenant sur son vote, la commission mixte paritaire acceptant en définitive le texte du gouvernement. Ce « suspense » législatif est normal et, même si un certain nombre de parlementaires ont fait des confusions entre les différentes notions (mais le Conseil constitutionnel n'a pas été mieux inspiré), un tel débat est plutôt à porter au crédit du Parlement. Le sentiment que l'on éprouve, à la lecture de ces débats, est celui d'une concentration des attentes et des craintes sur la clause générale de compétence, comme si celle-ci était devenue la clef ou le symbole de toute la décentralisation. Les interventions qui ont eu lieu, et qui ont sombré parfois dans l'excès, que ce soit pour décrire les conséquences de la suppression de la clause ou pour nier les effets que cela peut avoir font penser à cette formule célèbre du grand dramaturge : « ni cet excès d'honneur, ni tant d'indignité ».

La première conséquence, semble-t-il (mais la plus grande prudence est de mise pour les raisons qui seront indiquées ensuite) est le cantonnement (adoptons ce terme neutre) du département et de la région dans les champs de compétence que la loi attribue à l'un et à l'autre : la formule de la loi, validée par le Conseil constitutionnel, semble signifier que les départements et les régions sont des collectivités « spécialisées » ne pouvant intervenir en dehors du champ de compétence qui leur est expressément attribué par la loi. On pourrait s'interroger – mais la question n'a pas été posée au Conseil constitutionnel – si cela est conforme à la Charte européenne de l'autonomie locale, ratifiée par la France, et qui déclare que les collectivités locales doivent bénéficier « d'une large autonomie quant aux compétences, aux modalités d'exercice de ces dernières et aux moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission ».

Une deuxième conséquence de la suppression de la clause générale de compétence pour les départements et les régions est l'instauration d'une différenciation au sein des collectivités territoriales que l'on qualifiait jusque-là de « généralistes », c'est-à-dire, d'une autre manière,

l'instauration d'une décentralisation à double vitesse avec, d'un côté, les communes, qui sont les seules « véritables » collectivités territoriales et conservent la clause générale de compétence et, de l'autre, les départements et les régions pour lesquels la clause générale de compétence est supprimées ou est supposée ne jamais avoir existé.

Cette différenciation rejoint l'histoire des collectivités territoriales puisque, « au départ » (il y a plusieurs siècles) on ne trouve que les communes, ou leur équivalent, quelle qu'ait pu être la dénomination de ces collectivités qui apparaissaient ou se présentaient d'abord comme des communautés. Les départements n'existaient pas et, lors de leur création, et bien longtemps après, ils ont traîné avec eux une réputation d'artificialité, ils n'avaient pas la légitimité des communes. Cette légitimité, les départements l'ont cependant acquise avec le temps mais, sous-jacente à la décision du Conseil constitutionnel, et évidemment non exprimée, se trouve cette idée ou cette conception d'une collectivité qui n'est pas l'équivalent de la commune. Encore plus cette « dévalorisation » s'est-elle appliquée aux régions, qui ont d'abord été pensées comme des institutions fonctionnelles beaucoup plus que comme des collectivités décentralisées, et qui portent encore les traces (se serait-ce que dans leur délimitation) de cette conception. Il semblait cependant qu'avec le temps les régions étaient en train d'acquérir, elles aussi, leur légitimité. En les contenant et en les cantonnant, le législateur semble revenir en arrière (ce qui n'implique pas de jugement de valeur sur le point de savoir si cela est mieux ou moins bien) en limitant les interventions des régions à certaines missions.

Si cette analyse est exacte, elle constitue un constat étonnant car c'est une marche à rebours. L'évolution semblait être allée dans le sens d'un affaiblissement des communes au profit d'un échelon supra-communal, quel qu'il pût être, et d'un renforcement progressif de la régions, les départements, eux, se trouvant dans un tout autre cas de figure dans la mesure où les « représentants » de ces collectivités au Parlement ont tout fait, depuis quelques années, pour maintenir leur place et leur rôle, ceci étant particulièrement net dans les débats et le texte de la loi du 13 août 2004.

Une troisième conséquence est une interrogation que l'on peut avoir sur la différenciation entre collectivité territoriale et établissement territorial : quel est, ou quels sont, le (les) critère(s) de différenciation ? Si cette question n'est pas celle qui préoccupe les parlementaires, elle n'en est pas moins importante. Or l'étendue de la compétence théorique paraissait être l'un des critères les plus sûrs, juridiquement parlant, de cette différenciation. Avec des catégories de collectivités territoriales disposant de compétences spécialisées, cette distinction disparaît. Et l'on ne saurait objecter que l'élection est le critère indiscutable de la décentralisation territoriale dans la mesure où, premièrement, il y a, d'ores et déjà, élection au suffrage universel des assemblées délibérantes de ces établissements intercommunaux, deuxièmement, la Constitution met sur le même plan le suffrage direct et le suffrage indirect, troisièmement, il serait possible, juridiquement (et cela avait bien été envisagé politiquement) que l'élection d'une partie des organes de certains établissements publics de coopération intercommunale ait lieu au suffrage universel direct sans que cela change la nature de l'établissement.

B – Une suppression qui laisse subsister des exceptions

Redisons tout d'abord que la lecture la plus restrictive de la loi comme de la décision du Conseil constitutionnel ne permet en aucune manière d'en inférer quoi que ce soit pour les communes qui, jusqu'à plus ample informé, continuent donc de bénéficier de la clause générale de compétence. La question posée en intitulé reçoit donc d'ores et déjà une réponse négative. Mais, au surplus, on peut s'interroger sur la portée de la suppression de ladite clause pour les départements et les régions en raison de quatre exceptions.

Dès de départ, c'est-à-dire dès le projet de loi, trois domaines ont été « sortis » du principe de spécialisation, les pouvoirs publics ayant prudemment (et, ajoutons, avec réalisme) estimé qu'il était préférable, pour ces champs d'intervention, de ne pas chercher à exclure l'intervention des départements et des régions, ce qui aurait soulevé des difficultés considérables de tous ordres. En revanche les pouvoirs publics se sont refusés à étendre cette liste d'exceptions malgré les demandes pressantes qui en ont été faites, notamment dans le domaine du logement.

La première exception, la plus remarquable parce que, selon nous, la plus significative, est la culture. Cette exception appelle plusieurs observations.

En premier lieu, il convient de rappeler un point que beaucoup ont tendance à oublier, et qui est cependant essentiel : la culture est le champ qui illustre le mieux la clause générale de compétence. En effet, si l'on se reporte aux années 1982-1983 et plus particulièrement aux deux lois de 1983, il apparaît clairement que le législateur ne s'est guère préoccupé dans ces lois (relatives, rappelons-le, à « la répartition ***de*** compétences » et non à la répartition ***des*** compétences) de la culture. Or les collectivités territoriales, toutes les collectivités territoriales, sont intervenues en ce domaine. De plus elles sont intervenues, si l'on peut utiliser ce terme, avec la bénédiction de l'Etat, trop heureux que les collectivités en question vienne l'épauler dans ces dépenses culturelles et ainsi soulager son effort financier alors que, durant le même période, les demandes de financement en ce domaine se sont multipliées. Non seulement aucun recours n'a jamais été intenté contre de telles interventions (ce qui ne serait pas une preuve et pourrait être considéré comme une défaillance de l'Etat) mais l'Etat a subventionné les collectivités qui intervenaient en matière culturelle, notamment dans les différents « contrats » qui ont été conclus (contrats de villes, conventions de développement culturel, sans omettre les ex-contrats de plan devenus contrats de projets, etc.), ce qui était une manière de valider ces interventions. En l'absence de texte précis les autorisant à intervenir, et si l'on admet donc que ces interventions n'étaient pas illégales, un seul fondement subsiste, la clause générale de compétence.

En deuxième lieu, interdire aux départements et aux régions d'intervenir en matière culturelle aurait été, de la part de l'Etat, faire preuve d'une incohérence totale (le fait qu'il y ait dans notre législation d'autres incohérences ne pouvant évidemment être un argument). En 2004, en effet, le législateur prévoit de transférer, parfois de manière obligatoire, parfois de manière facultative, des compétences, des responsabilités ou des biens aux départements et/ou aux régions. En particulier, l'inventaire général du patrimoine, qui relève incontestablement de la culture, est transféré aux régions. Par ailleurs l'Etat propose, en 2004, le transfert d'un certain nombre de monuments historiques et, face à l'insuccès de ses propositions, cherche à étendre le nombre de monuments transférables, cherchant tous les moyens possibles pour que les collectivités acceptent. L'Etat ne peut guère se contredire à ce point à sept années d'écart.

En troisième lieu cette exception qu'est le domaine de la culture révèle la vanité ou l'inanité, en tout cas la difficulté, de la suppression de la clause générale de compétence. En effet, et ainsi qu'on l'a signalé précédemment, personne n'est en mesure de dire où commence la culture et où elle s'arrête. Cela signifie que au nom de la culture, ou sur le fondement de la culture, les collectivités pourront très bien s'immiscer dans le champ du social, dont on peut répéter, parce que c'est une évidence flagrante, qu'il est de moins en moins dissociable (si tant est qu'il l'ait jamais été) du domaine de la culture. De deux choses l'une, par conséquent : ou bien les pouvoirs publics laisseront départements et régions intervenir, au nom de la culture, dans des domaines qui ne sont pas culturels mais qui peuvent être considérés comme étant liés au culturel, et la limitation posée par la loi n'aura pas grande signification. Ou bien l'Etat voudra une application stricte et dans ce cas, d'une part la détermination du champ de la culture donnera lieu à des interventions par définition contestables et contestées (et peu légitimes au surplus), d'autre part le contentieux ne pourra que prospérer.

Le tourisme est une autre exception qui peut, elle aussi, donner lieu à des interventions très variées des collectivités que l'on a voulu cantonner. Tout d'abord, mais cela rejoint l'exception précédente, le tourisme est souvent lié à la culture (d'ailleurs la décision du Conseil d'Etat qui est considérée comme consacrant le service public culturel, la décision *Dauphin*, consacre en réalité le « service public culturel et touristique »). Ensuite, au nom du tourisme les collectivités territoriales pourront engager bien d'autres actions qui relèvent à priori d'autres domaines : des équipements collectifs peuvent être aménagés en vue de favoriser la fréquentation touristique, des travaux de voirie peuvent être engagés en vue de faciliter l'accès à un bien patrimonial, des aides peuvent être apportées à des entreprises, etc. Ainsi, là encore, et sauf à faire une lecture des textes de nature à multiplier les difficultés, le tourisme pourra justifier des interventions mettant en échec le principe de spécialisation.

La troisième exception est celle du sport. Les équipements sportifs vont échapper à l'interdiction d'intervention. Et là encore, et bien que ce soit sans doute moins marqué que pour la culture, ce domaine du sport pourra justifier de nombreuses actions des départements et des régions : l'installation d'un complexe sportif, utile également au tourisme, peut impliquer des équipements qui ne sont pas directement sportifs, les associations sportives, très nombreuses, qui peuvent être aidées, dépassent souvent leur objet purement sportif, etc.

La loi ajoute à l'article L. 3211-1 et, de manière analogue, aux articles L. 4221-1 et 4433-1 un deuxième (ou troisième) alinéa ainsi rédigé : « il (*conseil général ou conseil régional*) peut en outre, par délibération spécialement motivée, se saisir de tout objet d'intérêt départemental (*ou régional*) pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ». Trois observations peuvent être présentées sur cette exception.

En premier lieu, il s'agit bien d'une exception ou, si l'on préfère, d'une atténuation, au principe de spécialisation. Car l'on redonne ainsi une marge d'appréciation au département et à la région. L'histoire et l'expérience montrent que des champs nouveaux s'ouvrent en permanence à l'action des personnes publiques : qui aurait pensé, il y a deux ou trois décennies, à ce champ nouveau qui est celui des réseaux de communication ? D'une part, dans ces hypothèses, la loi ne règle pas tout, ce qui laisse un champ d'action aux collectivités qui souhaitent intervenir, d'autre part, le législateur, influencé par l'Etat, autorise volontiers les collectivités à intervenir, quant il ne rend pas les dépenses obligatoires. Certes, la période actuelle, avec la préoccupation (justifiée) de réduire la dette publique ne se prête guère à des excès, mais une loi n'est pas seulement faite pour des circonstances d'un moment, elle a vocation à s'appliquer dans l'avenir, dont nul ne peut savoir ce qu'il sera.

En deuxième lieu, et indépendamment de l'exigence de forme de la « délibération spécialement motivée » (ce qui n'est pas très difficile, partout désormais, et, par exemple, les jurys qui veulent attribuer les « félicitations » à des candidats soutenant leur thèse, il est exigé une motivation spéciale), lorsque le législateur parle d'un objet « pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique » il ne parle pas de quelque chose de différent de ce qu'est la clause générale de compétence qui ne joue, redisons-le, que lorsque aucune personne publique n'est compétente. Cette possibilité laisse perplexe, et donne l'impression, de la part du législateur, d'une « valse hésitation » ou d'un compromis, ici boiteux.

En troisième lieu, cette disposition se caractérise par son obscurité. Que signifie « se saisir (…) de tout objet d'intérêt départemental » (ou régional) ? Le verbe « se saisir » est ici un peu curieux, il n'est pas dit que la collectivité peut se prononcer sur telle ou telle affaire, elle peut s'en saisir : mais que peut signifier « se saisir » si l'on ne peut décider ? La formule implique-t-elle que l'assemblée délibérante compétente peut délibérer et prendre des actes exécutoires relatifs à cet objet ? Par ailleurs, le fait de perler d' « objet » est également un peu surprenant, car on ne sait guère plus ce qu'est un objet d'intérêt départemental ou régional. La loi de 1871 utilisait cette expression, et les commentateurs avaient souligné, plus tard, combien cette formule était peu heureuse, car trop vague. C'est bien pour cette raison qu'en

1982 le législateur, bien inspiré sur ce point, a remplacé le terme objet par l'expression « affaires du département » et, pour la région, a adopté une formulation identique. On peut faire certains reproches à l'expression « affaires locales », dont on peut éviter le caractère faussement tautologique, mais que dire alors de ce terme « objet » qui n'a aucun contenu précis ? C'est un véritable retour en arrière – et, ici, pas dans le bon sens du terme – qu'effectue, de manière difficilement compréhensible, le législateur.

Il faut encore relever cette exception que constitue la possibilité pour une collectivité territoriale de déléguer à une autre collectivité territoriale « relevant d'une autre catégorie » (ou à un EPCI à fiscalité propre) une compétence dont elle est attributaire, « qu'il s'agisse d'une compétence exclusive ou d'une compétence partagée » (art. L. 1111-8 du CGCT dans sa rédaction résultant de l'article 72-V de la loi), ce qui est de nature à obscurcir la répartition des compétences (V. *infra*).

Enfin, l'article 73-VII de la loi dispose : « Le présent article entre en vigueur le 1er janvier 2015 ». Cet aspect est faussement secondaire. D'abord parce que, d'ici là, bien des changements peuvent se produire, un autre législateur peut défaire ce que le législateur de 2010 a décidé. Ensuite parce que, jusqu'à cette date, les collectivités territoriales peuvent continuer à intervenir comme elles le faisaient précédemment. Cela signifie que des collectivités peuvent « prendre les devants », intervenir plus qu'elles ne l'auraient souhaité, pour éviter d'en être empêchées en 2015. Si tel était le cas, la disposition adoptée aurait le résultat exactement inverse de celui attendu et recherché. Par ailleurs, et en tout état de cause, les interventions qui ont eu lieu et qui continueront d'avoir lieu jusqu'en 2015 vont soulever un problème de cristallisation ou d'effet de cliquet : on voit mal comment il serait possible d'interdire à des collectivités de poursuivre des actions, des interventions, engagées avant cette date couperet du 1er janvier 2015. On risque de se trouver face à des situations délicates à gérer juridiquement.

II – LE PARTAGE DES COMPÉTENCES, UN PROBLÈME NON RÉSOLU

On peut espérer que le législateur, comme le gouvernement, ne se sont pas bercés d'illusion et n'ont pas pensé que le problème du partage des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales est réglé car, si tel était le cas, ils se seraient lourdement trompés. Outre le doute que l'on peut éprouver quant à la possibilité de régler une fois pour toutes la question de la répartition, dans le cas de la présente loi ce n'est pas le cas, simplement parce que la loi n'apporte pas de solutions à l'enchevêtrement des compétences et que le problème réel est moins celui du partage que de la coopération.

1 – La loi n'est pas une solution à l'enchevêtrement des compétences

Le scepticisme s'impose quant aux possibilités de la loi de mettre fin à un enchevêtrement que chacun reconnaît et a tendance à déplorer. Rappelons d'abord que telle n'était pas l'ambition de départ, puisque cela devait être renvoyé à une loi ultérieure et que ce ne peut être le résultat à l'arrivée. Sur le fond du problème la loi n'est pas une solution pour deux raisons.

A – Le législateur lui-même crée ou entretient la confusion

Le législateur est, avant les collectivités territoriales, le premier responsable de « l'enchevêtrement », un enchevêtrement qui ne tient pas seulement, et pas d'abord, au fait que des collectivités territoriales disposent d'une clause générale de compétence mais à la

multiplication, par l'Etat, de formes d'intervention qui troublent une claire répartition des compétences, impossible au demeurant à atteindre.

Observons au préalable que le principe selon lequel les collectivités désignées (départements et régions) ne peuvent intervenir que dans les domaines de compétence que la loi leur attribue n'a de sens que si l'on sait ce qu'est, juridiquement, une compétence. Or tel n'est pas le cas.

Le Conseil constitutionnel a eu recours à l'expression « compétences propres », qui paraît ajouter une précision à la notion de compétence mais qui, de ce fait, semble aussi l'en différencier. A plusieurs reprises le Conseil a utilisé cette formule. Elle apparaît dans la décision *Droit au logement* (n° 90-274 DC, 29 mai 1990). Le Conseil constitutionnel considère que des dispositions faisant supporter des charges aux collectivités territoriales en matière de solidarité pour le logement sont constitutionnelles au motif que : « *Les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales* ». De la même manière, dans une autre décision de 1990 (n° 2000-436 DC, 7 décembre 1990), le Conseil constitutionnel déclare que si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 37 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, « *c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées* ».

Reste à savoir ce que le Conseil constitutionnel entend par « compétences propres » des collectivités territoriales. L'expression n'est pas d'un sens immédiatement appréhendable, et la jurisprudence actuellement disponible ne permet pas de dire exactement quel peut être le contenu de cette notion (V. A. Roux, Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation, *in* Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?, sous la dir. de M.-L. Pavia, L'Harmattan-GRALE, 2010, p. 131 et s., p. 142). Certains auteurs analysent la notion comme désignant une obligation pour le législateur de ne pas imposer aux collectivités territoriales des sujétions qui méconnaîtraient le principe de libre administration, mais comme le contenu de ce dernier n'est pas lui-même clairement explicité, on peut continuer à s'interroger sur la notion de « compétences propres ».

Quant au législateur, il est loin de favoriser une clarification des compétences, nonobstant les discours en sens inverse.

Tout d'abord, la « spécialisation » des compétences n'entraîne pas *ipso facto* une clarification comme le laissent entendre avec (fausse ?) naïveté les pouvoirs publics : dans les cas où, actuellement, les compétences sont directement déterminées par la loi, ce n'est pas la clarté qui l'emporte, que ce soit, par exemple, dans le domaine social ou dans le domaine sanitaire. Plus la loi est précise, plus elle risque de créer des complications, et telle est la réalité dans bien des domaines.

Ensuite, le législateur a prévu des modalités, dont on peut comprendre la raison, et que l'on peut approuver, mais qui n'en sont pas moins à l'origine de situations compliquées. Tel est le cas, notamment, des « appels de compétences » prévus en matière d'enseignement, d'aide sociale ou de transport scolaire (V. pour l'enseignement, et les difficultés que cela entraîne, J.-M. Pontier, La région, Dalloz, p. 1763-38 et s., § 155 et s.).

Proche de cette situation est celle des délégations de compétence prévues, bien avant cette loi, par le législateur et maintenues par la loi, y compris, naturellement, dans le domaine des compétences exclusives. Et ce n'est pas la soit disant précision apportée par le législateur (la compétence déléguée étant exercée « au nom et pour le compte de la collectivité territoriale délégante ») qui y changera grand-chose (V. sur le jeu des délégations et ce que cela entraîne J.-D. Dreyfus, La correction (ou le contournement) de la spécialisation des

compétences par le jeu de la délégation de compétence, *in* Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?, sous la dir. de J.-C. Némery, GRALE L'Harmattan 2010, p. 255).

La distinction des compétences avec les responsabilités est également de nature à atténuer la portée de l'affirmation législative. Les compétences ne sont pas les *responsabilités*, avec lesquelles on a tendance à les confondre. La collectivité responsable, au sens des politiques publiques, du rôle que l'on veut faire jouer à chacune d'elles, est celle qui est chargée de définir et/ou de conduire une action dans un domaine déterminé, et qui peut, à ce titre, être amenée à en assumer la responsabilité au sens contentieux.

La responsabilité peut être dissociée de la compétence. L'Etat attribue, ou confère, des responsabilités à une catégorie de collectivités territoriales parce qu'il ne veut pas vraiment transférer des compétences. Ainsi, lorsque l'on parle de responsabilités des collectivités territoriales dans certains domaines, c'est précisément parce que ces collectivités n'ont pas de véritables compétences en ces domaines. Tel est le cas, par exemple, de l'enseignement secondaire avec les responsabilités des départements à l'égard des collèges et celles des régions à l'égard des lycées : la loi du 22 juillet 1983, complétée et modifiée par plusieurs lois ultérieures, transfère aux collectivités territoriales concernées la construction, la reconstruction, l'extension, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement des établissements scolaires. C'est là sans doute quelque chose d'important et, pour les régions par exemple, les lycées ont constitué une véritable « vitrine » qui a contribué à la visibilité des régions, à les faire connaître des citoyens. Pour autant il ne s'agit pas d'un transfert de compétences, les compétences essentielles demeurent à l'Etat, notamment tout ce qui concerne la pédagogie, les programmes, les examens, sans compter naturellement le statut des enseignants, du primaire à l'université.

Une seconde série d'observations est relative à un autre mode de dévolution de compétences ou de responsabilités qui ne semble pas relever de la loi. C'est celui dans lequel, d'une manière généralement contractuelle et non pas législative ou réglementaire, dans le cadre d'un accord avec une collectivité territoriale, l'Etat confie à celle-ci (ou à l'ensemble de la catégorie à laquelle appartient la collectivité) la responsabilité, pour une intervention et un temps déterminé, d'actions qui relèvent de sa compétence. Ainsi, dans le cadre des contrats de projet (ex-contrats de plan) Etat-régions, ces dernières se voient reconnaître par le premier des responsabilités, dans des domaines qui ne relèvent pas de leurs compétences, y compris dans des domaines considérés comme «régaliens ». D'où une question, non résolue : est-il envisageable, et acceptable que, dans certains domaines (par exemple en matière de logement ou (et) d'habitat) le législateur laisse des responsabilités aux collectivités territoriales dont il supprimerait la compétence générale ?

B – Les relations financières, une question non réglée définitivement

Non seulement une réforme relative aux collectivités territoriales a des incidences financières mais, de plus, étant donné l'importance des financements dans les interventions – on serait tenté de dire que la réforme financière est la plus importante de toutes les réformes – une loi ne peut prétendre régler la question des compétences si elle ne règle pas la question des financements. Or tel n'est pas vraiment le cas parce que si la loi comporte bien des dispositions en ce sens, ces dispositions ne règlent pas le problème.

La loi comporte certes des dispositions en ce sens, ce sont celles relatives à ce que l'on appelle depuis longtemps les financements croisés (on peut parler aussi de cofinancement ou de financements multiples, mais c'est l'expression financements croisés qui l'a emporté). Ces financements croisés, comme leur nom l'indique, signifient que pour une même opération plusieurs financements, provenant de plusieurs personnes publiques, interviennent (V. J.-M.

Pontier, Les avatars du cofinancement, LPA 14 juill. 1993, p. 14). Les financements croisés sont l'inverse du principe selon lequel la personne publique qui dispose d'une compétence, finance les interventions afférentes à cette compétence, ils vont évidemment à l'encontre de l'objectif de clarification des interventions, ils brouillent la répartition des compétences.

Pour cette raison, les pouvoirs publics ont cherché depuis bien des années à mettre un peu d'ordre dans ces financements. Le CGCT comporte d'ailleurs une disposition, l'article L. 1111-4, selon lequel « les communes, les départements et les régions financement par priorité les projets relevant des domaines de compétences qui leur ont été dévolus par la loi (…) ». Cette affirmation paraît n'être que l'expression d'une évidence, l'expression « par priorité » n'exclut pas le financement dans d'autres domaines. Par ailleurs le décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement a prévu en son article 10 qu'une subvention de l'Etat ne pouvait avoir pour effet de porter le montant des aides publiques directes à plus de 80% du montant prévisionnel de la dépense subventionnable engagée par le demandeur. Mais, ainsi que le relevait le rapporteur au Sénat du projet de loi de réforme des collectivités territoriales : « Ces règles n'ont pas empêché un développement très important de la pratique des cofinancements » (J.-P. Courtois, rapport Sénat 16 décembre 2009, n° 169, p. 165).

Les financements croisés se sont multipliés parce que, nonobstant leurs inconvénients, ils présentent des avantages, ils sont souvent « un moindre mal ». Le législateur n'a donc pas cherché à les supprimer – on peut douter qu'il y serait parvenu – mais à les encadrer. Le projet de loi initial prévoyait la limitation des financements croisés aux projets dont l'envergure le justifie ou à ceux répondant à des motifs de solidarité ou d'aménagement du territoire, le maître d'ouvrage devant alors assurer une part significative du financement. Les pouvoirs publics ont finalement décidé de régler immédiatement la question en prévoyant des dispositions sur le cofinancement.

L'article 75 de la loi, dont le texte a subi, au fil des débats, de nombreuses variations qui, parfois, paraissaient de peu d'importance mais répondaient en réalité à une situation précise, comporte des dispositions encadrant ces financements croisés. Le dispositif est complexe car la loi fixe des principes variables selon les types de collectivités, avec des exceptions : les départements peuvent « contribuer au financement des opérations dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par les communes ou leurs groupements » ; les régions peuvent « contribuer au financement des opérations d'intérêt régional des départements, des communes et de leurs groupements, ainsi que des groupements d'intérêt public » ; toute collectivité territoriale (ou groupement de collectivités territoriales), maître d'ouvrage d'une opération d'investissement, assure une participation minimale au financement de ce projet (participation minimale fixée à 20% du montant total des financements apportés par des personnes publiques à ce projet).

Les exceptions sont de deux ordres. Une première série d'exceptions, limitées, concerne, d'une part, les projets d'investissement en matière de rénovation des monuments protégés au titre du code du patrimoine (la participation minimale est la même, « sauf dérogation accordée par le représentant de l'Etat dans le département »), d'autre part, les projets d'investissement destinés à réparer les dégâts causés par des calamités publiques (la participation pouvant ici faire l'objet de « dérogations accordées par le représentant de l'Etat dans le département, au vu de l'importance des dégâts et de la capacité financière des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales intéressés »). Une seconde exception, qui s'applique à toutes les dispositions précédentes, est générale et concerne les opérations figurant dans les contrats de projet Etat-région ainsi que tout opération dont la maîtrise d'ouvrage relève de l'Etat ou de ses établissements publics.

Il paraît difficile d'apprécier la portée exacte d'un tel dispositif, commandé par des considérations qui n'apparaissent pas de manière évidente dans le texte mais qui sont

présentes à l'esprit de ceux qui en sont à l'origine. Il n'est pas certain qu'il procure les avantages attendus de ses initiateurs, et ce ne serait pas la première fois qu'un dispositif serait « détourné » et donnerait des résultats différents de ceux escomptés. Mais, plus encore, il inspire trois remarques.

En premier lieu, certaines des dispositions figurant dans le texte sont imprécises ou incomplètes : qu'est-ce que « l'intérêt régional », qui ne peut être défini seulement territorialement (et encore est-ce contestable : en matière de gestion de l'eau, de lutte contre les inondations, par exemple, l'intérêt de la région ne se limite pas au territoire de la région) ? ; et dans le texte de la loi, autre exemple, les régions ne peuvent contribuer à des opérations de financements d'établissements publics de coopération culturelle (EPCC) alors que, d'une part, cela peut être utile, voire indispensable, pour certains d'entre eux et que, d'autre part, les pouvoirs publics ont souhaité que se développent ces EPCC.

En deuxième lieu, il apparaît très clairement, à travers ce texte, que ce que l'Etat veut limiter, ce sont les financements croisés entre collectivités territoriales. En revanche, s'il s'agit d'une opération cofinancée avec l'Etat la limitation ne s'applique pas, et l'exemple des contrats de projet (qui ne pouvaient à l'évidence entrer dans cette exclusion) est significatif : dès lors que ce sont les collectivités territoriales qui apportent un cofinancement à l'Etat, cet apport est bienvenu. Outre qu'une telle disposition traduit un certain « cynisme » de l'Etat, elle peut emporter quelques « effets pervers » qui apparaîtront à l'expérience (il faudra observer s'il n'y aura pas une certaine tendance à « surcharger » un contrat de projet pour éviter de passer sous le couperet de la limitation fixée par la loi). Les fonds de concours au profit de l'Etat ne disparaîtront pas plus.

En troisième lieu, et cela découle de ce qui précède, il n'est pas certain que de telles dispositions contribuent à créer un climat de confiance entre l'Etat et les collectivités territoriales. En d'autres termes, la vieille querelle des « charges indues » n'est pas près de se clore. Les transferts de compétences déjà effectués montrent déjà les contestations sur le montant des compensations (voir par exemple la question de la voirie, dont cette revue a publié deux arrêts tout à fait significatifs des revendications des collectivités territoriales). Cette loi ne pourra qu'accroître ce sentiment de frustration et d'incompréhension des élus locaux, alors que les lois des années 2000 avaient paru atteindre un certain équilibre et réaliser un certain apaisement de ces relations.

2 – Le problème de la clause générale de compétence, faux problème

La clause générale de compétence n'est sans doute pas le vrai problème, c'est-à-dire un obstacle ou un inconvénient grave dans les interventions des collectivités territoriales et leurs relations, entre elles et avec l'Etat. Le problème est ailleurs, dans la nécessité de coopération résultant de nos structures administratives.

A – Les faux inconvénients de la clause générale de compétence

Les modifications introduites par la loi sont-elles de nature à apporter des changements réels, une amélioration par rapport à la situation existante ? Si l'on se place sur le plan de la clarification des compétences – qui est l'objectif officiellement inscrit dans la loi – on peut fortement en douter pour les raisons suivantes.

Premièrement, les atténuations et les exceptions que comporte la loi, même si cette dernière emploie des formules tendant à les relativiser (« à titre exceptionnel »), sont telles qu'elles compliquent le schéma plus qu'elle ne le clarifie, et la diversité des situations juridiques susceptibles de se présenter est également telle qu'elle garantit (si l'on peut dire) un contentieux à venir qui ne peut qu'être fourni.

Deuxièmement, il n'y aucun exemple dans l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales de pratiques, d'habitudes, que la loi ait voulu contrer, contrecarrer, et qui n'ait subsisté. Il est probable qu'un certain nombre d'habitudes, voire de ce que l'on a appelé des « mauvaises habitudes », consistant à dissocier les compétences et les charges, subsisteront et que des personnes publiques, à commencer par l'Etat, continueront de solliciter d'autres personnes publiques, en inventant, s'il le faut, des procédés nouveaux ne tombant pas sous le coup de la loi.

Troisièmement, et en conséquence de ce qui précède, on trouvera toujours des moyens de contourner – si tant est que cela soit nécessaire, compte tenu des modulations prévues par la loi elle-même – cette « spécialisation » qui n'en est pas vraiment une. On peut faire confiance aux élus locaux pour imaginer d'autres formules pour intervenir dans un domaine donné, s'ils y sont intéressés, s'ils y trouvent un intérêt.

Quatrièmement, les collectivités territoriales ne sont pas seules en cause dans ce qui est analysé comme une « dérive », cet enchevêtrement des compétences : bien souvent, l'histoire le montre, c'est l'Etat qui a été lui-même à l'origine de cet enchevêtrement des compétences et des charges, en sollicitant les collectivités territoriales. Cette sollicitation a été, de plus, souvent indirecte, insidieuse, l'Etat pratiquant une sorte de « chantage » à l'égard de ces collectivités, chantage qui n'apparaît évidemment pas dans les textes. Il n'y a aucune raison pour que cette situation, que l'on peut suivre depuis, au moins, le Premier Empire, cesse, il y a même toutes les raisons pour que, à l'avenir, et compte tenu de la situation financière de notre pays, l'Etat continue de faire appel aux collectivités territoriales. C'est bien pour cette raison que les financements croisés échappent à l'encadrement lorsqu'ils ont lieu avec l'Etat, et celui-ci continuera de solliciter les collectivités territoriales (fonds de concours précités).

Ainsi, cinquièmement, et à l'instar de bien d'autres situations, ce qui est en cause, ce n'est pas l'exercice d'une compétence, ce n'est pas la clause générale de compétence, ce qui est en cause c'est la recherche éperdue d'un financement. Cette recherche de financement est plus aiguë que jamais, depuis une cinquantaine d'années, on peut donc chercher à limiter les dépenses par la voie d'une certaine spécialisation, on ne mettra pas fin à cette recherche de financement.

Le Conseil constitutionnel s'est mépris sur ce qu'était la clause générale de compétence, comme d'ailleurs les parlementaires qui l'ont saisi. Elle ne relève pas d'un principe juridique dont la valeur pourrait être constitutionnelle, elle est simplement – mais c'est déjà beaucoup – la formulation et la formalisation intellectuelle d'une liberté d'initiative qui est au fond la garantie réelle d'une véritable décentralisation, parce qu'elle permet sans obliger, elle donne leurs chances aux collectivités et à leurs élus de faire plus et autre chose que ce que l'application littérale des textes autorise.

B – Le vrai problème de la coopération entre collectivités

Face à une situation qui appelait effectivement une intervention des pouvoirs publics, ces derniers ont préféré changer les apparences que s'attaquer à la réalité, choisir un « bouc émissaire » représenté par la clause générale de compétence, plutôt que d'affronter les vrais problèmes, qui sont ceux posés par les structures administratives territoriales.

Car s'il est une chose évidente, et que quelques rapports osent dire courageusement, c'est l'inadaptation, depuis bien des années, de nos structures territoriales. Qu'il s'agisse du nombre et du découpage des collectivités, de toutes les catégories de collectivités, cette inadaptation est flagrante (que l'on songe, par exemple, au découpage régional, celui qui existe aujourd'hui mais qui date de 1960, et qui n'a pas été pensé pour des collectivités décentralisées, même pas pour un échelon déconcentré). Mais la réforme du nombre et du découpage des collectivités est vraiment le *casus belli* entre l'Etat et les élus locaux qui se

ligueraient tous pour faire échec à l'Etat, l'échec de la réforme de 1969, cependant plus limitée que ce qui est ici suggéré – même si ce n'était certes pas le seul facteur – demeurant présent à l'esprit des dirigeants. Ces derniers, quels qu'ils soient, cherchent donc des formules parfois sophistiquées et toujours plus compliquées pour contourner le problème.

Le problème est de parvenir à faire coopérer des collectivités pour des interventions dont il est devenu évident que, d'une part, elles dépassent souvent le cadre d'une collectivité (cela est vrai en particulier pour les communes mais vaut aussi quelquefois pour les départements), d'autre part, appellent, par la mise de fonds qu'elles impliquent, la coopération de plusieurs collectivités. Cela ne vaut d'ailleurs pas seulement pour les investissements, cela vaut de plus en plus pour la gestion d'un certain nombre d'équipements, qu'il s'agisse d'équipements sociaux (ce sont les plus nombreux, les plus diversifiés, ceux dont le besoin est le plus accusé), des équipements culturels (bibliothèques, musées, écoles de musique et d'art, équipements patrimoniaux), sportifs et ce n'est pas un hasard si deux de ceux qui viennent d'être cités sont exclus de la réforme et si le « social », lui, est concerné.

La coopération a pris, de manière marquée, à partir des années 70-80, une voie contractuelle qui, sans mettre fin à la coopération institutionnelle, paraissait ouvrir de nouvelles possibilités. La réforme actuelle, sans mettre fin à la coopération contractuelle, plus indispensable que jamais, semble mettre l'accent sur la coopération institutionnelle sans le dire véritablement.

Quatre remarques s'imposent en guise de conclusion. Tout d'abord les réformes apportées sur le point de la clarification des compétences, qui a fait l'objet de ce développement, soulèvent un doute : l'objectif annoncé est-il bien l'objectif réellement poursuivi ? Cette réforme n'aurait-elle pas pour objet, d'abord, de contraindre les collectivités territoriales à réduire leurs dépenses en jouant sur la clause générale de compétence génératrice d'un certain pourcentage, qui a été évalué par les services du ministère de l'intérieur à environ 15% ? Si tel était le cas on ne pourrait qu'éprouver un certain malaise devant ce qui serait une confusion des genres et des méthodes. Ensuite, et sans parler de « recentralisation », ce qui est une formule un peu trop rapide et probablement inexacte, on ne peut que relever cette volonté d'encadrer les dépenses des collectivités territoriales, l'Etat fixant la ligne à suivre. Ce qui est contestable ici, ce n'est pas tant cette volonté, dont on peut discuter mais que l'on peut comprendre, que la méthode utilisée, méthode indirecte, non avouée, ce qui ne va pas dans le sens d'une clarification des rôles. Par ailleurs, et c'est la troisième observation, cette réforme compliquée et embarrassée est l'aveu d'une impuissance, celle de ne pouvoir ou de ne pas oser s'attaquer au vrai problème, celui de la suppression d'un niveau d'administration locale. Enfin, et c'est la conséquence des observations précédentes, tout cela ne peut que générer du contentieux, le juge administratif devenant, encore plus qu'il ne l'était, « l'arbitre » entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il n'est pas certain que les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales y gagnent et dans un pays où la contestation naît facilement, plutôt que d'alimenter cette dernière, mieux vaudrait trouver d'autres voies pour répondre à l'un des grands problèmes de notre temps.