

## INSTITUTIONS

# Le Conseil constitutionnel n'a pas arbitré la décentralisation

- Le Conseil constitutionnel ne s'est pas emparé de la réforme de 2003 pour revoir sa jurisprudence dans un sens plus favorable à l'autonomie des collectivités territoriales.
- La notion de collectivité chef de file s'avère tout aussi pauvre que le principe de subsidiarité dans sa jurisprudence.
- Le juge constitutionnel n'a pas non plus garanti aux collectivités territoriales leur autonomie financière, qu'il s'agisse de leurs ressources propres ou des transferts de compétences de l'Etat.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République était motivée en premier lieu par la volonté de « donner davantage de substance au principe de libre administration des collectivités territoriales » (1) en permettant une véritable autonomie des collectivités territoriales. C'est ainsi que le pouvoir constituant a introduit un certain nombre de modifications que l'on pouvait imaginer déterminantes dans la Constitution. L'article 1<sup>er</sup> du texte fondateur a été complété d'une phrase précisant que l'« organisation [de la République] est décentralisée ». Pour donner corps à ce principe, exclusion faite des réformes ayant trait au droit ultra-marin, furent notamment introduits dans la Constitution :

- la possibilité pour les collectivités de recourir aux expérimentations (art. 37-1 et 72 al. 4);
- l'obligation de soumettre en premier au Sénat tout projet ou proposition de loi touchant à la libre administration, les compétences ou les ressources des collectivités (art. 39);
- une base constitutionnelle au pouvoir réglementaire des autorités locales (art. 72 al. 3);
- le principe de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre (art. 72 al. 5);
- la possibilité pour plusieurs collectivités agissant de concours de désigner l'une d'entre elles « pour organiser les modalités de leur action commune » (art. 72 al. 5);
- un principe de subsidiarité qui ne dit pas son nom (art. 72 al. 2);
- l'aménagement de mécanismes de démocratie locale, tels que le droit de pétition, le référendum décisionnel ou la consultation des administrés (art. 72-1);
- l'exigence que les recettes fiscales et autres ressources propres des collectivités représentent, pour chaque catégorie d'entre elles, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources (art. 72-2 al. 3);
- le principe selon lequel tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités doit être accompagné de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice, tandis que toute création ou ex-

tension de compétence ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités doit être accompagnée « de ressources déterminées par la loi » (art. 72-2 al. 4). En raison du caractère nouveau et insuffisamment déterminé (en dépit parfois de l'intervention du législateur organique) des notions introduites dans la Constitution en 2003, il est intéressant d'étudier l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, relative d'une part à la définition des compétences des collectivités (I), d'autre part à leur autonomie financière (II).

## I. La répartition des compétences des collectivités : une application impossible de la réforme de 2003

### L'insaisissable principe de subsidiarité

L'article 72 alinéa 2 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la réforme de 2003 qui introduit le principe de subsidiarité (2), laisse penser qu'il pourrait exister des compétences appartenant par nature à certaines catégories de collectivités plutôt qu'à d'autres ou qu'à l'Etat. Cette insertion en droit constitutionnel interne d'un principe utilisé jusqu'alors dans des Etats fédéraux ou des structures supra-étatiques pouvait surprendre, surtout au sein de la République française, Etat unitaire dont l'organisation a toujours été particulièrement centralisée.

#### À NOTER

**Donner corps à ce principe particulièrement flou représentait un véritable défi pour le Conseil constitutionnel, alors même qu'il s'est toujours montré particulièrement réticent à toute remise en cause de l'indivisibilité de la République.**

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs largement ignoré le principe de subsidiarité et la redistribution des compétences entre Etat et collectivités que l'on pouvait en attendre.

Ainsi, lors de son examen de la loi relative aux libertés et responsabilités locales (3), le Conseil constitutionnel ne s'est nullement demandé si les transferts de [...]

### RÉFÉRENCES

Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (JO du 29 mars 2003 p.5568)

[...] compétences opérés par cette loi étaient ou non conformes avec le principe de subsidiarité nouvellement créé. Ce n'est que sous l'angle classique de l'égalité de traitement entre usagers que la question de la conformité de la dévolution des compétences a été examinée. Le Conseil constitutionnel a refusé d'identifier le principe de subsidiarité comme un moyen opératoire susceptible d'entraîner la censure de la loi et, partant, de figer et protéger certaines des compétences dévolues aux collectivités. C'est dire que le législateur restait, selon le Conseil constitutionnel, parfaitement libre de répartir les compétences entre l'Etat et les collectivités ou entre les différentes catégories de collectivités territoriales.

Par la suite, le Conseil constitutionnel a toutefois fait référence à l'article 72 alinéa 2 de la Constitution dans sa décision relative à la loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique (4). Dans cette décision, il a simplement considéré qu'il résultait « de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'eu égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale ». Il s'agit de l'expression d'un contrôle minimum du Conseil constitutionnel sur le travail de répartition des compétences du législateur, qui conduit à s'interroger sur la portée effective du principe de subsidiarité: le principe reste celui de la liberté du législateur, seules les attributions manifestement absurdes de compétence pouvant conduire à une censure. Il faudrait pour cela que l'intérêt défendu relève de façon évidente du niveau local et non du niveau national (ou inversement) et que, compte tenu de ses caractéristiques, la compétence soit manifestement mieux exercée par une collectivité (ou par l'Etat).

#### À NOTER

**Devant une jurisprudence aussi abstraite, il est peu probable qu'une loi soit jamais censurée sur le fondement du principe de subsidiarité. Au surplus, le Conseil constitutionnel protégeait, bien avant 2003, un socle de compétences minimales des collectivités. A sa décharge, on ne pouvait attendre d'un principe aussi peu clair et qui n'a, de toute évidence, pas sa place dans l'organisation d'un Etat unitaire, qu'il serve de clé de répartition des compétences entre pouvoir central et collectivités territoriales.**

#### L'inutile notion de chef de file

Autre apport supposément décisif de la réforme de 2003, la notion de collectivité chef de file (*art. 72 alinéa 5*) s'avère tout aussi pauvre que le principe de subsidiarité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Avant 2003, le Conseil constitutionnel avait sanctionné la possibilité offerte par la loi aux collectivités de désigner l'une d'entre elles « chef de file » pour l'exercice d'une compétence sur le fondement de l'incompétence négative du législateur (5), les collectivités pouvant s'organiser par le truchement d'une convention. Le constituant a réintro-

duit cette possibilité en 2003 (sans reprendre littéralement l'expression) mais en limitant le rôle de la collectivité désignée à l'organisation de l'action commune. Le Conseil constitutionnel s'est contenté de vérifier que cette désignation ne permet pas à la collectivité désignée d'exercer un pouvoir de décision qui s'imposerait aux autres, instaurant par là un pouvoir de tutelle entre collectivités réprimé tant par l'article 72 alinéa 5 de la Constitution (introduit en 2003) que par sa jurisprudence traditionnelle. Il a par exemple repoussé le grief qui était fait à la loi de finances pour 2006 d'instaurer une forme de tutelle au sujet de la répartition entre les collectivités des effets du plafonnement de la taxe professionnelle (6) mais il a censuré la loi relative aux contrats de partenariat après avoir constaté que la collectivité désignée pour signer ce type de contrat au nom de plusieurs d'entre elles jouissait d'un véritable pouvoir de décision allant au-delà de la simple organisation de l'action commune (7).

#### À NOTER

**En veillant strictement à ce que la possibilité constitutionnellement reconnue en 2003 pour les collectivités de désigner l'une d'entre elles comme chef de file d'une action commune soit limitée à une fonction de coordination et non de décision, le Conseil constitutionnel a respecté aussi bien l'intention du constituant que ses positions les plus traditionnelles.**

En matière de répartition des compétences, il faut donc observer que la réforme constitutionnelle de 2003, bien trop abstraite, n'a eu aucun effet véritable et que le Conseil constitutionnel, de son côté, n'a pas semblé vouloir s'emparer de cette occasion pour revoir sa jurisprudence dans un sens plus favorable à l'autonomie des collectivités territoriales. A cet égard, la décision rendue en 2007 à propos des règles d'urbanisme applicables dans le périmètre du quartier d'affaires de la Défense (8) est remarquable. En dépit d'une atteinte au principe de libre administration caractérisée par l'adhésion forcée de certaines collectivités à un nouvel établissement public national, la loi a été jugée conforme à la Constitution en raison de la réalisation de l'objectif d'intérêt général (national) poursuivi, à la valeur constitutionnelle indéterminée.

## II. L'autonomie financière des collectivités : une application paradoxale de la réforme de 2003

La réforme constitutionnelle de 2003 a également entendu protéger l'autonomie financière des collectivités territoriales, en leur garantissant de bénéficier d'une part déterminante de ressources propres afin de ne pas dépendre des subsides de l'Etat (1.) et en constitutionnalisant l'exigence de compensation des transferts de compétence (2.). Le Conseil constitutionnel, qui jouissait en la matière de marges d'appréciation importantes, a largement contribué à rendre ineffectives ces deux mesures symboliques. [...]

### La garantie de la part déterminante des ressources propres

Apparue dans la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985 (9), l'idée d'assurer aux collectivités de bénéficier de ressources dont elles disposent librement, sans dépendre de la volonté du pouvoir central, était au cœur de la proposition de loi, présentée par quatre sénateurs en 2000 (10).

Ce principe a été repris en 2003 dans les trois premiers alinéas de l'article 72-2 de la Constitution. Il s'agissait de contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel, très peu protectrice de l'autonomie financière des collectivités (11), qui se contentait d'affirmer de façon abstraite que l'action du législateur ne devait pas « avoir pour effet de restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration » (12). De façon fort peu surprenante, jamais une mesure légale n'a été considérée comme entravant la libre administration des collectivités à elle seule.

#### ● La loi organique du 29 juillet 2004

Après de longs débats, l'expression de « part déterminante » a été préférée à celle de « part prépondérante » des ressources propres des collectivités parmi l'ensemble de leurs ressources (*art. 72-2 alinéa 3*). Le constituant a renvoyé au législateur organique le soin de définir les conditions dans lesquelles cette règle devait être mise en œuvre, ce qu'il fit par la loi organique du 29 juillet 2004 (13).

Automatiquement saisi de cette loi organique, le Conseil constitutionnel se devait de contrôler et de préciser les définitions données par ce texte des notions de « ressources propres » et de « part déterminante ». La décision du Conseil constitutionnel (14), très attendue, s'est révélée décevante pour les collectivités territoriales. Alors que la loi organique intégrait dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) un article LO.1114-2 définissant les ressources propres comme étant notamment constituées non seulement « du produit des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif » mais également des impositions dont la loi « détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette » et que cette définition floue semblait inclure les transferts de parts de fiscalité nationale, technique utilisée en particulier pour compenser les transferts de compétence (15), le Conseil constitutionnel n'y a pas vu de contradiction avec l'article 72-2 de la Constitution.

#### ● La prise en compte de la fiscalité nationale

Cela revient pourtant à considérer que ces parts de fiscalité nationale, dont les collectivités ne maîtrisent ni le taux ni l'assiette, sont une ressource propre des collectivités là où le constituant, à l'évidence, entendait permettre à celles-ci de mener leur propre politique fiscale.

Comme l'a relevé la doctrine, le constituant a entendu garantir aux collectivités un pouvoir décisionnel sur une part déterminante de leurs ressources. À l'évidence, les transferts de fiscalité nationale, qui s'apparentent à des dotations (voire à des subventions), ne sont pas de telles ressources. Le Conseil constitutionnel aurait donc dû rejeter la définition donnée par la loi organique, quitte à obliger le législateur à faire preuve de créativité lors des transferts de compétence à venir afin de maintenir le ratio de la part déterminante des ressources propres (16). En outre, le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de préciser que le principe de libre disposition des ressources posé en 2003 n'interdisait pas au législateur de verser des subventions à but déterminé aux collectivités (17).

S'agissant de la définition de la part déterminante des ressources propres, la décision du Conseil constitutionnel est là encore peu satisfaisante. Il a en effet validé la solution paresseuse retenue par le législateur organique, consistant à prendre comme référence la part des ressources propres des différentes catégories de collectivités en 2003. À aucun moment le Conseil constitutionnel ne s'est interrogé sur le caractère suffisant du ratio qui existait en 2003 pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle, se contentant d'apprécier la précision de cette solution.

Cette solution initiale allait avoir des répercussions très négatives pour les collectivités, plus que jamais dépendantes aujourd'hui des concours directs (dotations) ou indirects (transferts de produits fiscaux) de l'Etat.

#### À NOTER

**La part de la fiscalité locale dans les ressources globales des différentes catégories de collectivités s'est effondrée depuis 2003, ce qui permet d'affirmer que la réforme constitutionnelle, telle que déformée par la loi organique et interprétée par le Conseil constitutionnel, est venue légitimer l'action recentralisatrice des finances locales du législateur et a finalement eu un effet contre-productif. Une vision très réductrice de l'autonomie financière s'est ainsi imposée, au détriment de l'autonomie fiscale des collectivités.**

### La compensation des transferts, extension et création de compétence

La réforme constitutionnelle de 2003 a inscrit dans la Constitution un principe qui était posé par la loi (18), celui de la compensation financière des transferts de compétence entre l'Etat et les collectivités. Le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 72-2 de la Constitution prévoit également que les créations et les extensions de compétence ayant pour conséquence d'accroître les dépenses des collectivités doivent être accompagnées de ressources déterminées par la loi.

#### ● Interprétation a minima du principe

Le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé que la compensation d'un transfert de compétence était fixée au niveau de ce qui était dépensé par l'Etat lors de la dernière année d'exercice et rejeté toute obligation pour le législateur de prévoir un mécanisme de compensation glissante, qui s'adapterait à l'évolution du coût de la compétence transférée (19). C'est une interprétation logique

du texte de l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution, qui prévoit que la compensation est équivalente aux montants qui « étaient » consacrés à leur exercice. Cela correspond en outre à l'esprit de la décentralisation : laisser la responsabilité d'une compétence (et de l'évolution de son coût) aux collectivités.

Rapidement, le Conseil constitutionnel a semblé apporter une nouvelle garantie aux collectivités, qui n'est finalement que la résultante nécessaire du mode de compensation d'un transfert de compétence par attribution de parts de produits fiscaux nationaux : il a considéré que si le produit de cet impôt baissait, « il appartiendrait à l'Etat de maintenir un niveau de ressources équivalent à celui qu'il consacrait à l'exercice de cette compétence avant son transfert » (20).

Il a ensuite considéré que les extensions et créations de compétence ne devaient être accompagnées de ressources financières que si elles sont obligatoires pour les collectivités (21). Cette solution, logique en apparence, ne découle toutefois nullement de la Constitution. En outre, elle permet commodément à l'Etat de charger les collectivités de mettre en œuvre certaines politiques qu'il souhaite voir appliquées et qu'elles ne pourront politiquement refuser de mettre en œuvre, sans avoir à transférer des moyens financiers. Ces compétences ne sont donc facultatives qu'en apparence, puisqu'il peut même ressortir des travaux préparatoires que l'objectif du législateur est de généraliser le dispositif (en l'espèce, il s'agissait de maisons de l'emploi).

La distinction d'un transfert de compétence d'une création ou d'une extension de compétence, importante puisque ces notions n'ouvrent pas les mêmes droits aux collectivités, laisse également un espace important pour le Conseil constitutionnel, qui a par exemple qualifié de création de compétence l'accueil des élèves des écoles maternelles ou élémentaires publiques par les communes en cas de grève dans l'Education nationale (22) ; on aurait aussi pu considérer qu'il s'agissait d'un transfert partiel, ouvrant droit à une compensation intégrale.

#### À NOTER

**La seule préoccupation du juge constitutionnel est de vérifier, comme toujours, qu'une mesure légale ne risque pas de dénaturer le principe de libre administration (23).**

#### ● QPC : l'occasion manquée

Saisi par plus de 50 départements, le Conseil constitutionnel devait examiner la constitutionnalité au regard des articles 72 et 72-2 de la Constitution des conditions dans lesquelles le revenu de solidarité active (RSA) (25), l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) (25) et la prestation de compensation du handicap (PCH) (26) sont compensés. Si l'APA et la PCH sont des créations de compétence, le RSA est bien la résultante de deux transferts de compétences successifs, comme le Conseil constitutionnel l'a précisé. Les départements avaient fait la preuve que ces prestations constituent pour eux une dépense très importante, sans qu'ils puissent en aucune façon agir sur leur coût, fixé par l'Etat.

En somme, il s'agit de trois prestations faussement décentralisées et il peut donc paraître anormal que les départements assument la considérable évolution de leur coût. Pourtant, pour aucune de ces trois allocations, le Conseil constitutionnel n'a identifié d'entorse à la libre administration ou à l'autonomie financière. Il a néanmoins assorti chacune de ses trois décisions de réserves d'interprétation qui marquent peut-être l'amorce d'un certain infléchissement de sa jurisprudence. S'agissant de l'APA et de la PCH, pour lesquelles un mécanisme de dépense nette plafond est défini par la loi et le règlement, il a très curieusement renvoyé le soin au pouvoir réglementaire de s'assurer du respect de la libre administration des départements, semblant reconnaître implicitement l'existence d'une véritable difficulté.

#### À NOTER

**Le Conseil constitutionnel aurait aussi pu saisir cette occasion idéale de censurer enfin une loi sur le fondement de la libre administration ou de l'autonomie financière des collectivités territoriales. Ces principes semblent devoir demeurer éternellement dénués de toute substance véritable en dépit de la réforme constitutionnelle de 2003, alors que les collectivités territoriales, plus que jamais dépendantes de l'Etat, traversent une crise de leurs finances sans précédent. ■**

(1) Rapport du sénateur René Garrec, 23 octobre 2002, n° 27.

(2) Art. 72 al. 2 de la Constitution : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. »

(3) CC, 12 août 2004, n° 2004-503 DC.

(4) CC, 7 juillet 2005, n° 2005-516 DC.

(5) CC, 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, n° 94-358 DC.

(6) CC 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC ; voir dans le même sens CC 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, n° 2009-599 DC.

(7) CC 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC.

(8) CC 22 février 2007, n° 2007-548 DC.

(9) Signée par la France le 15 octobre 1985 et ratifiée le 17 janvier 2007, elle est entrée en vigueur dans le droit positif français le 1<sup>er</sup> mai 2007.

(10) Proposition de loi constitutionnelle relative à la libre administration des collectivités territoriales et à ses implications fiscales et financières, présentée par C. Poncet, J.-P. Delevoye, J. Puech et J.-P. Raffarin, 22 juin 2000, n° 432.

(11) Voir notamment CC 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, n° 87-237 DC.

(12) Par exemple : CC 24 juillet 1991, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, n° 91-298 DC.

(13) Loi n° 2004-758 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

(14) CC 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC.

(15) Tels que l'attribution d'une part du produit de la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP) pour compenser le transfert du RMI/RSA aux départements.

(16) J.-E. Schoetti, « L'autonomie des collectivités territoriales devant le Conseil constitutionnel », LPA 13 août 2004, n° 162, p. 12.

(17) CC 17 juillet 2003, Loi de programme pour l'outre-mer, n° 2003-474 DC.

(18) Articles L.1614-1 s. du CGCT.

(19) CC 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de RMI et créant un RMA, n° 2003-487 DC.

(20) CC 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004, n° 2003-498 DC.

(21) CC 13 janvier 2005, Loi de programmation pour la cohésion sociale, n° 2004-509 DC.

(22) CC 7 août 2008, Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, n° 2008-569 DC.

(23) CC 7 août 2008, précité.

(24) CC 30 juin 2011, Départ. de la Seine-Saint-Denis et autres, n° 2011-142 QPC.

(25) CC 30 juin 2011, Départ. de la Seine-Saint-Denis et autres, n° 2011-143 QPC.

(26) CC 30 juin 2011, Départ. de l'Hérault, des Côtes-d'Armor et a., n° 2011-144 QPC.