

1. Décentraliser

Dans le cadre d'une loi de décentralisation, l'Etat peut transférer une de ses compétences à une catégorie de collectivité territoriale.

Conformément à l'article 72-2 de la Constitution, tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales doit être accompagnée de ressources déterminées par la loi.

Une décentralisation aboutie est un transfert d'une politique publique, assumé, plaçant la collectivité en situation de pleine responsabilité démocratique, lisible pour le citoyen, sans doublon et sincère financièrement. Sa réussite, c'est-à-dire l'efficacité et l'efficience qui doivent en résulter en termes d'action publique, doit être évaluée, sous le contrôle du Parlement, seul compétent pour déterminer les compétences des collectivités territoriales.

2. Déléguer

L'article L1111-8-1 du CGCT prévoit la possibilité pour l'Etat, sauf lorsque sont en cause des intérêts nationaux, de déléguer par convention à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre qui en fait la demande l'exercice de certaines de ses compétences.

Les compétences déléguées sont exercées au nom et pour le compte de l'Etat, qui demeure compétent pour définir le cadre d'intervention des collectivités délégataires. Elles ne peuvent habiliter les collectivités territoriales et les établissements publics concernés à déroger à des règles relevant du domaine de la loi ou du règlement. Une collectivité territoriale qui exerce une compétence par délégation ne peut à son tour la déléguer.

Une illustration de délégation a été mise en œuvre par le décret du 30 décembre 2015, par lequel l'Etat a délégué à la région Bretagne ses compétences en matière culturelle, dans le domaine du soutien aux filières du livre, du cinéma ainsi que du patrimoine culturel immatériel. Un autre exemple concerne les missions d'animation et de concertation dans le domaine de la gestion et de la protection de la ressource en eau et des milieux aquatiques à des régions, sur un fondement législatif spécifique, figurant dans le code de l'environnement. La Bretagne et Grand-Est exercent ces missions. Certains départements ont par ailleurs choisi d'exercer par délégation la compétence en matière de vaccination et de dépistage du cancer, lorsque cette compétence a été re-centralisée en 2005.

3. Contractualiser

L'Etat peut aussi mettre en œuvre une contractualisation avec les collectivités territoriales afin de les inciter à s'investir dans certains champs de leurs propres compétences, en cohérence avec les orientations portées par le gouvernement dans le cadre de politique nationale. L'Etat et les collectivités territoriales conventionnent librement sur des objectifs à mettre en œuvre par les collectivités ; l'Etat apportant un soutien financier pour compléter leurs actions sur des

points spécifiques, qui entrent dans leur champ de compétence sans pour autant être obligatoires, ni porter atteinte à la libre administration de sa compétence par la collectivité.

C'est cette méthode qui a été retenue dans le cadre du plan d'investissement dans les compétences, qui vise à former deux millions de jeunes peu qualifiés ou de demandeurs d'emplois à travers des pactes régionaux d'investissement dans les compétences, conclus avec les régions.

Cette méthode a été également retenue dans le cadre du fonds d'appui aux politiques d'insertion, puis des conventions d'appui à la lutte contre la pauvreté et d'accès à l'emploi, conclues avec les départements au titre de la stratégie nationale de prévention et de lutte contre la pauvreté.

La contractualisation est une modalité souple d'exercice permettant de soutenir ou d'accompagner l'action des collectivités et de partager des objectifs de performance. L'expérience a montré que la réussite d'une contractualisation passe par le respect de bonnes pratiques : caractérisation préalable des territoires permettant de justifier la démarche et définition des objectifs et résultats attendus ; points de vigilance dans la conduite du processus ; adaptation du rôle des différents acteurs.

4. Participer à la gouvernance

Les représentants des collectivités territoriales peuvent enfin être associés à la gouvernance de certaines structures. C'est par exemple le cas en ce qui concerne le conseil national de la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA), celui-ci regroupe ainsi 52 membres et leurs suppléants, représentant tous les acteurs concernés, dont six représentants des conseils départementaux désignés, ainsi que leurs six suppléants, par l'Assemblée des départements de France.

I/ La différenciation

A droit constitutionnel constant

Une « différenciation » est d'ores et déjà possible, si elle respecte les principes rappelés par le Conseil d'Etat dans son avis du 21 février 2019 sur le projet de loi relatif aux compétences de la collectivité européenne d'Alsace :

« Dans le cadre constitutionnel actuel, les règles d'attribution des compétences et les règles d'exercice des compétences sont, en principe, les mêmes au sein de chaque catégorie de collectivités territoriales. Il n'en résulte pas pour autant que les règles applicables aux compétences des collectivités territoriales doivent être identiques pour toutes les collectivités relevant de la même catégorie. Le principe constitutionnel d'égalité, applicable aux collectivités territoriales « ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit (...) » (Conseil constitutionnel, décision n° 91-291 DC du 6 mai 1991). [...]

A cet égard, il convient de distinguer, d'une part, l'attribution de compétences particulières et, d'autre part, leur mode d'exercice.

S'agissant de l'attribution des compétences, la loi ne peut attribuer des compétences différentes à des collectivités territoriales d'une même catégorie, que pour des raisons d'intérêt général ou pour des motifs tirés d'une différence de situation, dans le cadre de transferts limités et précisément identifiés.

L'application de règles différentes à l'exercice des compétences de collectivités de la même catégorie est largement admise, sans qu'il soit pour autant porté atteinte au principe d'égalité. »

À cadre constitutionnel constant, il est donc possible d'attribuer par la loi des compétences spécifiques à une collectivité territoriale, et d'en adapter les modalités d'exercice, sous réserve que ces deux modalités de « différenciation » correspondent à un motif d'intérêt général, ou qu'elles soient justifiées par l'existence d'une spécificité inhérente à la situation de la collectivité territoriale.

Comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son avis n° 393651 du 7 décembre 2017, une telle « différenciation des compétences » doit respecter les exigences constitutionnelles découlant des principes d'égalité et de libre administration des collectivités territoriales.

Ainsi, l'attribution par la loi de compétences différentes à des collectivités territoriales d'une même catégorie est possible, dans le cadre constitutionnel actuel, si :

- les compétences attribuées spécifiquement à une catégorie de collectivités territoriales, dont le nombre devra nécessairement être limité, sont identifiées avec précision, de sorte que le principe selon lequel les collectivités territoriales d'une même catégorie sont soumises à un même statut soit respecté ;
- elle ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ;
- les compétences sont attribuées à l'échelon propre à permettre une mise en œuvre meilleure et plus efficace, au meilleur coût ;
- les compétences sont attribuées avec l'accord des collectivités territoriales concernées ;

- les compétences transférées font l'objet d'une compensation financière lorsqu'elles ont pour conséquence d'accroître les charges des collectivités territoriales.

Avec la révision de la Constitution envisagée par le Gouvernement

Une modification de l'article 72 de la Constitution serait nécessaire pour introduire un « droit à la différenciation » entre collectivités territoriales, permettant à certaines d'entre elles, d'une part, d'exercer des compétences différentes de celles qu'exercent les collectivités territoriales de la même catégorie et, d'autre part, d'appliquer des règles différentes à l'exercice des compétences, sans qu'il leur soit nécessaire, dans les deux cas, de justifier d'une différence objective de situation.

Il s'agirait tout d'abord de permettre que certaines collectivités territoriales exercent des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie. De la sorte, une commune, un département ou une région pourra intervenir dans un domaine que les autres communes, départements ou régions ne pourront pas exercer, pour tenir compte des spécificités de cette collectivité territoriale et des enjeux qui lui sont propres. Sans préjuger des choix que le Gouvernement et le Parlement pourraient faire ultérieurement, dans le cas où l'article 72 de la Constitution serait modifié pour autoriser des collectivités territoriales à exercer des compétences dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie, la loi pourrait, par exemple, permettre que l'ensemble des compétences relatives aux collèges et aux lycées soit confié soit aux départements, soit à la région en fonction des enjeux locaux et de la volonté des collectivités concernées, dès lors qu'il s'agit d'une même mission de construction, d'équipement et de fonctionnement d'établissements du second degré et d'accueil, de restauration et d'hébergement des élèves du second degré.

Parallèlement, s'agissant de la différenciation des règles relatives à l'exercice des compétences, serait également ouverte la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de déroger pour un objet limité, lorsque la loi ou le règlement l'ont prévu, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent leurs compétences. Cette dérogation pourra intervenir, le cas échéant, après l'expérimentation déjà prévue aujourd'hui au quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution. A son issue, la disposition pourra être maintenue de manière pérenne dans la collectivité territoriale expérimentatrice ainsi que, le cas échéant, dans d'autres collectivités locales le demandant.

II/ L'expérimentation

A droit constitutionnel constant

Il existe, depuis la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, deux types d'expérimentation inscrits dans la Constitution. Aux termes de l'article 37-1 de la Constitution « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Cette expérimentation s'inscrit dans la possibilité reconnue de longue date par le Conseil constitutionnel pour un pouvoir normatif d'édicter provisoirement une norme différente, ne s'appliquant qu'à un échantillon (CC, 28 juillet 1993, n° 93-322 DC).

En outre, conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent « *lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* », dans les conditions

prévues par les articles LO. 1113-1 à LO. 1113-7 du code général des collectivités territoriales (CGCT) créés par la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

La collectivité expérimentatrice doit agir dans le respect des règles de compétences. Ainsi, le recours à l'expérimentation ne doit porter que sur ce qui relève du pouvoir réglementaire de cette collectivité, lequel s'exerce dans les bornes des compétences qui sont dévolues à cette collectivité par la loi.

L'expérimentation doit avoir un objet limité, c'est-à-dire que la loi ou le règlement doivent définir de manière suffisamment précise son objet et ses conditions de mise en œuvre.

La limitation de sa durée est inhérente à l'expérimentation. L'article LO. 1113-1 du CGCT fixe ainsi la durée maximale des expérimentations de l'article 72 à cinq ans, qui peut être prolongée à l'expiration de ce délai jusqu'à trois ans, en application de l'article LO. 1113-6 de ce même code.

L'expérimentation ne peut enfin déroger que de manière limitée au principe d'égalité. La mesure expérimentée sur l'échantillon doit être conforme, dans le périmètre testé, à toutes les normes constitutionnelles, y compris le principe d'égalité : il n'est pas possible d'expérimenter une mesure qui, si elle était généralisée, violerait le principe d'égalité.

A son issue, le choix doit être fait entre l'abandon de l'expérimentation, ou bien la généralisation des mesures prises à titre expérimental, conformément aux dispositions de l'article LO. 1113-6 du CGCT.

Les évolutions envisagées à droit constitutionnel constant

L'étude du Conseil d'Etat rendue à l'été 2019 révèle un nombre important d'expérimentations menées au titre de l'article 37-1 de la Constitution, avec 153 expérimentations en cours, dont près d'une trentaine intéressent les collectivités locales. Toutefois, seulement quatre expérimentations menées au titre de l'article 72 de la Constitution ont été recensées.

Le Conseil d'Etat préconise d'améliorer le cadre méthodologique de la conception, de la conduite et de l'évaluation des expérimentations. Il propose également d'affirmer les stratégies ministérielles de développement et de soutien aux expérimentations et de favoriser l'initiative des collectivités territoriales en matière d'expérimentation.

Au sujet des expérimentations de l'article 72, le Gouvernement est favorable à plusieurs des propositions du Conseil d'Etat, qui nécessitent une révision de la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003 :

- l'entrée dans l'expérimentation serait facilitée, par la suppression du mécanisme actuel d'autorisation de chaque collectivité candidate, qui prévoit que la demande de participation à l'expérimentation, par une délibération transmise au représentant de l'Etat puis adressée par celui-ci, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités territoriales, doit être autorisée par le Gouvernement par décret en Conseil d'Etat. Une collectivité entrant dans le champ de l'expérimentation autorisée par la loi ou le décret pourrait décider d'y participer par une simple délibération prise en ce sens et transmise au représentant de l'Etat ;

- les issues possibles à l'expérimentation seraient enrichies de deux possibilités, que le droit actuel n'interdit pas mais qui ne sont pas expressément prévues par l'article LO. 1113-6 du CGCT : d'abord, celle de généraliser la mesure expérimentée à seulement une partie des collectivités territoriales, dans la mesure où ces dernières se trouveraient dans une différence objective de situation ; ensuite, la possibilité pour la loi ou le règlement d'être revus, dans le sens d'une simplification du droit et de l'attribution de responsabilités et de marges de manœuvre plus importantes au pouvoir réglementaire local (cf. III).

Avec la révision de la Constitution envisagée par le Gouvernement

Il serait possible, à l'issue de la révision de la Constitution envisagée par le Gouvernement, d'ajouter une nouvelle issue de l'expérimentation, s'ajoutant aux deux nouvelles issues rendues explicites par la modification de la loi organique du 1^{er} août 2003 présentée ci-dessus, qui consisterait à ne maintenir la mesure expérimentale que dans la collectivité territoriale expérimentatrice et, le cas échéant, celles le demandant, sans avoir à justifier une différence objective de situation.

A titre d'exemple, la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, complétant les dispositions de l'article 142 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007, a instauré, à titre expérimental, le revenu de solidarité active (RSA) dans certains départements, afin « *d'assurer l'augmentation des ressources d'une personne bénéficiaire d'un minimum social qui prend ou reprend un travail, exerce ou accroît son activité afin d'atteindre un revenu garanti qui tient compte des revenus d'activité professionnelle et des charges de famille* ». D'abord expérimenté dans 34 départements dans des conditions fixées par décret, le RSA a ensuite été généralisé par la loi n° **2008-1249 du 1er décembre 2008**. Sans préjuger des choix que le Gouvernement et le Parlement pourraient faire ultérieurement, la révision de la Constitution envisagée par le Gouvernement permettrait d'autoriser, sur un fondement législatif, des départements à adapter les règles relatives au versement du RSA, d'abord à titre expérimental puis de manière pérenne.

Ainsi, l'expérimentation conduite dans un cadre constitutionnel révisé permettrait une différenciation des règles relatives à l'exercice des compétences, dans la mesure où les dérogations aux normes législatives ou réglementaires pourraient être, à l'issue de l'expérimentation, pérennisées dans le seul ressort des collectivités territoriales expérimentatrices et de celles qui le demandent.

III/ La dévolution du pouvoir réglementaire local

Aux termes de l'article 72, alinéa 3, de la Constitution : « *Dans les conditions prévues par la loi, les collectivités territoriales (...) disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.* » Cette mention a été introduite par la révision de 2003 pour consacrer la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat.

La source du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales

La jurisprudence a reconnu aux collectivités la capacité à prendre les mesures réglementaires liées à l'organisation de leur service public, par exemple pour organiser le droit de grève en l'absence de dispositions législatives (Conseil d'État, 9 juillet 1965, Pouzenc) ou à la gestion de leur domaine.

Le Conseil d'Etat précise que « le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales n'est pas inconditionné. Il s'exerce dans les bornes d'une compétence définie par la loi et doit avoir un fondement législatif. Cette double limitation est imposée par l'article 34 de la Constitution aux termes duquel : « la loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » (avis d'Assemblée générale du 15 novembre 2012).

Il serait contraire aux articles 21 et 72 de la Constitution de confier aux collectivités territoriales le soin de fixer des règles d'application d'une législation étrangère aux compétences locales, et ce, alors même que cette législation ne serait pas sans incidence sur leur fonctionnement ou sur l'exercice de leurs compétences ou sur la vie locale.

Ainsi, eu égard aux exigences constitutionnelles, l'exercice d'un pouvoir réglementaire par les collectivités locales devra être le plus souvent explicitement prévu par la loi et assorti par celle-ci de l'encadrement approprié.

Ce pouvoir réglementaire peut cependant résulter également implicitement des dispositions législatives attributives d'une compétence ou aménageant une compétence déjà attribuée. Un pouvoir réglementaire non expressément prévu peut-être ouvert par le législateur. Les exemples pratiques sont nombreux : une commune, compétente pour gérer une cantine scolaire ou une piscine, a, par voie de conséquence, qualité pour en réglementer l'accès : horaires, tarifs, etc., que la loi l'y habilite expressément ou non.

Les limites

Son extension relève du domaine de la loi, dans les limites suivantes :

- ne pas conférer aux collectivités des attributions dans une matière relevant du domaine de la loi ;
- ne pas intéresser les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques ;
- ne pas provoquer une rupture du principe d'égalité. En pratique, la limite tenant au principe d'égalité est souple. Les taux des impôts locaux, les règles d'urbanisme, varient à des degrés considérables d'une commune à l'autre sans qu'il s'ensuive aucune question quant à la constitutionnalité des facultés ainsi ouvertes par le législateur ;
- respecter les compétences des autres collectivités, égales, en droit. Appliqué par exemple aux schémas régionaux prescriptifs, ces derniers ne sont opposables aux actes des autres collectivités que par des liens de prise en compte (souple) ou de compatibilité (plus contraignant) et non par un lien, très fort, de conformité ; le degré de détail des dispositions du schéma est limité ; le schéma est approuvé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région ;
- respecter le pouvoir réglementaire du Premier ministre : si ce dernier ne peut intervenir dans les domaines afférents à la compétence des collectivités territoriales que s'il y est habilité par le législateur, les règles fixées par les collectivités territoriales doivent respecter, le cas échéant, le cadre fixé par ledit décret. Si la loi ne prévoit aucun décret d'application, les collectivités peuvent arrêter elles-mêmes les règles qu'appelle l'exercice d'une compétence confiée par elle, dans la mesure toutefois où aucune disposition d'ordre national n'est nécessaire. En revanche, si une mesure d'ordre national est nécessaire mais non prévue par la loi, le Premier ministre reste seul fondé à intervenir.