

## **L'impact de la réforme des collectivités territoriales**

**Michel Verpeaux**

**Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris-1)**

**Directeur du Centre de recherche en droit constitutionnel**

La loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales a de nombreuses ambitions, qu'il s'agisse de la rationalisation et de l'achèvement de la carte intercommunale, de la création des métropoles et du « rapprochement » des départements et des régions. La loi envisage ces procédés, à la suite de certaines propositions du Comité Balladur. Il avait été pourtant affirmé à plusieurs reprises, lors de la préparation de la loi, que la réforme ne prévoyait pas la suppression des départements. La solution adoptée consiste alors à « contraindre » ces collectivités à œuvrer dans le même sens. La loi assouplit tout d'abord les procédures de regroupement des régions et des départements ou de redécoupage des limites territoriales des départements et des régions, qui sont régies par les articles L. 3114-1 et L. 4122-1 du CGCT modifiés par la présente loi. Il s'agit d'éviter qu'un département ou une région puisse être regroupé avec une collectivité de même niveau contre la volonté de son conseil général ou de son conseil régional et celle de sa population. La procédure requiert désormais une demande conjointe des conseils généraux et des personnes inscrites sur les listes électorales des communes appartenant à ces départements ou à ces régions (art. 26 à 29 de la loi). Un nouvel article L.4122-1-1 du CGCT organise aussi une procédure de changement de rattachement d'un département d'une région à une autre, comme dans le cas bien connu de la Loire-Atlantique à la Bretagne. Le conseil général et les conseils régionaux concernés pourront alors demander le rattachement à une région limitrophe, le Gouvernement pouvant donner suite à cette demande, ce qui signifie qu'il peut aussi refuser, en cas de délibérations concordantes ou, à défaut, si les électeurs de chacune des collectivités concernées, consultés sur ce point, se sont prononcés en faveur du rattachement à la majorité absolue des suffrages correspondant au moins au quart des électeurs inscrits. Ces conditions resteront néanmoins difficiles à réunir pour parvenir à l'objectif souhaité.

En dehors de ce rapprochement « existentiel » des départements ou des régions, la loi explore deux pistes, celle de la création d'un élu nouveau, destiné à gérer deux collectivités territoriales, et celle d'une tentative de redéfinition des compétences des collectivités territoriales.

Ce sont ces deux pistes qui seront analysées principalement dans cette étude, au regard de leur incidence sur les EPF, tandis qu'un troisième point se penchera rapidement sur la question des intercommunalités.

## **I La création du conseiller territorial et ses incidences**

### **1) Un nouvel élu territorial conforme à la Constitution**

Ce nouvel élu territorial s'inscrit dans un projet plus vaste présenté comme celui d'une rationalisation des compétences et des dépenses publiques des départements et des régions, Cet objectif passe donc par la création d'un élu devant « servir » aux départements et aux régions. Ce regroupement des départements et de la région a été considéré comme l'un des éléments moteurs de la réforme de 2010. Il a été, sans conteste, l'un des points les plus discutés dans le débat politique et parlementaire, d'ailleurs avec la question de la clause générale de compétence. L'une et l'autre sont au cœur de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, relative à cette loi.

Au cours du débat parlementaire et devant le Conseil constitutionnel, c'est tout autant la création que le mode de désignation de ce conseiller territorial qui ont été contestés. Ce mode de désignation n'intéresse pas, cependant, la présente contribution.

La loi du 16 décembre 2010 institue un nouvel élu local dénommé « conseiller territorial », qui remplacera les actuels conseillers généraux et régionaux. Ces nouveaux élus, moins nombreux, puisque sont supprimés 3903 conseillers généraux et 1757 conseillers régionaux dans l'état des chiffres arrêtés par la loi examinée par le Conseil constitutionnel<sup>1</sup>, mais avec une légitimité et une visibilité renforcées, siégeront au sein de l'organe délibérant de chacune de ces deux collectivités. Le principe de cette création est en effet simple : si les conseils généraux sont désormais composés de conseillers territoriaux (art L. 3121-1 CGCT) les conseils régionaux seront composés des « conseillers territoriaux qui siègent dans les conseils généraux des départements faisant partie de la région » (art L. 4131-1 CGCT).

Le Conseil a validé la création de ce nouvel élu, malgré les griefs articulés contre le principe même d'un élu unique, mais les questions posées par ce dernier restent nombreuses. Il n'a pas vu dans cette création une méconnaissance de la libre administration des collectivités territoriales.

#### **a) Une seule élection pour deux collectivités territoriales**

---

<sup>1</sup> La censure de l'article 6 de la loi établissant loi tableau nécessite l'adoption d'une nouvelle disposition législative. Le projet de loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région a été déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 9 mars 2011. Le nouveau tableau annexé au projet de loi compte un effectif total de 3 493 conseillers territoriaux, soit trois de moins que le tableau censuré.

Les requérants devant le Conseil constitutionnel estimaient que le principe de libre administration des collectivités territoriales avait été méconnu parce qu'une seule et même élection servira désormais à désigner les membres de deux assemblées délibérantes de deux collectivités territoriales. Selon eux, chaque collectivité doit être gérée par « un organe délibérant qui lui soit propre, lui-même composé d'élus qui lui soient propres » (texte de la saisine). En effet, l'article 72 al 3 de la Constitution prévoit que les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus », ce qui pouvait signifier que chaque collectivité doit être administrée par un conseil spécifique et que l'élection de chaque conseil doit être séparée, deux collectivités ne pouvant être gérées par des élus identiques.

Toujours selon la saisine, la distinction constitutionnelle entre les collectivités serait alors méconnue par la création de cet élu commun. Serait également méconnue la liberté des électeurs qui devront désigner par un seul vote les membres de deux assemblées différentes, ce qui implique que la collectivité régionale n'est plus qu'une addition ou un prolongement des collectivités départementales.

Le Conseil a rejeté ces griefs et a estimé que les deux collectivités, départements et régions, continueraient de subsister ce qui est conforme à l'article 72 al 1<sup>er</sup> qui énumère ces deux catégories de collectivités. Le Conseil n'a pas considéré qu'il y avait un risque de confusion des deux niveaux de collectivités du fait de l'élection de cet élu commun et il a estimé, au contraire, que si les assemblées doivent en effet être élues et disposer d'attributions effectives, ce qui constitue le rappel de la décision 85-196 DC du 8 août 1985 (Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons 10, Rec., p. 63), rien n'impose que ces assemblées soient désignées par des scrutins différents (cons 23). A défaut de voir dans ces élus le signe d'une absorption ou d'une aspiration par le haut, que rien dans le texte ne permet véritablement de déceler, sauf à lire dans les lignes et notamment à propos de la manière dont les compétences pourront être partagées dans le futur, (cf les articles 73 et suivants de la loi), le Conseil s'est limité à l'examen de la mutualisation des élus.

#### **b) Pas de tutelle d'une collectivité sur une autre**

Le Conseil a aussi réfuté l'argument selon lequel la création des conseillers territoriaux aurait pour conséquence l'introduction d'une tutelle d'une collectivité sur une autre, la saisine mentionnant la tutelle des départements sur la région, notamment dans l'hypothèse où une région n'est composée que de deux départements, comme en Alsace et en Haute-Normandie. Les députés et sénateurs affirmaient en effet : « Comment ne pas mesurer que les délibérations d'une collectivité composée de membres identiques n'aura pas d'influence sur les délibérations de l'autre? Dès lors que le conseil régional sera composé de conseillers généraux du fait du mode de désignation des conseillers territoriaux

dans les cantons, c'est à la mise sous tutelle de la région au profit des départements que nous assisterons ». On remarquera que le Conseil, en réponse, n'envisage que la tutelle de la région sur les départements et non l'inverse et, à moins de considérer qu'il s'agit d'un raccourci rédactionnel, il faut penser que le Conseil n'a envisagé la tutelle que dans son sens classique d'une collectivité plus grande sur une collectivité plus petite, et non les effets, certes indirects, d'un mode de désignation d'une seule catégorie d'élus pour gérer deux collectivités différentes. En effet, pour le Conseil, la tutelle d'une collectivité sur une autre, qui est, désormais, interdite par l'alinéa 5 de l'article 72 introduit par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, n'est constituée que si une collectivité dispose d'un pouvoir de substitution de ses décisions sur celle d'une autre collectivité, ou de celui de s'opposer à ces décisions et de contrôler l'exercice de ses compétences (cons 22). A posteriori, elle vient caractériser ce qu'était la tutelle de l'Etat sur les communes et les départements jusqu'à la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 qui l'a supprimée. Evidemment, le Conseil a pu, assez facilement, rejeter l'argument de l'instauration d'une tutelle d'un niveau sur l'autre car, dans la loi votée, rien de tel n'était prévu, ni dans le régime électoral, ni même dans la répartition des compétences entre départements et régions (cf. art 73 de la loi) pour laquelle les relations sont fondées sur le volontariat, dans l'état actuel du texte (cf le schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services de mutualisation entre la région et les départements prévu à l'article 75 de la loi).

### **c) La représentation des différentes collectivités territoriales au sein du collège électoral sénatorial**

Le Conseil a dû aussi répondre à la question de la représentation des collectivités territoriales par le Sénat telle qu'elle est posée par l'article 24 al. 4. Il était en effet soutenu que le collège électoral chargé d'élire les sénateurs serait composé d'élus qui ne seraient plus distincts, sauf à leur attribuer à chacun deux voix. Le Conseil a repris sa jurisprudence selon laquelle « ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées » (déc. 2000-431 DC du 6 juillet 2000, Loi relative à l'élection des sénateurs), mais en se contentant d'affirmer, de manière pour le moins lapidaire, que le respect du principe de représentation des collectivités territoriales par le Sénat était assuré (cons 28). Pour que l'article 24 soit méconnu, il faudrait, selon le Conseil, que la représentation de toutes les catégories de collectivités au sein du corps électoral soit supprimée, ce qui n'est évidemment pas le cas (Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30). Il a alors estimé que toutes les catégories de collectivités territoriales étaient bien représentées, puisque les conseillers territoriaux représenteront à la fois le

département et la région. L'argument de la saisine ne manquait pourtant pas de pertinence, car ce qui était en cause, ce n'est pas la représentation, mais la méconnaissance de l'expression de chaque collectivité territoriale. Lorsque le futur conseiller territorial s'exprimera en tant que grand électeur lors des élections sénatoriales, il ne « représentera » qu'une seule des deux collectivités qu'il administre. L'une d'entre elles ne sera pas présente dans le processus électoral.

## **2) L'incidence de la création du conseiller territorial sur la gouvernance des EPF.**

La question peut être formulée de cette manière : le conseiller territorial pourra-t-il à la fois représenter la région et le département au sein des EPF ?

Il ressort de la loi et de son interprétation par le Conseil constitutionnel, que l'on pourrait qualifier d'assez « neutralisante », que le conseiller territorial, bien qu'élu par une seule et même élection, est bien chargé d'administrer deux collectivités différentes, l'élection unique n'étant pas significative de la disparition de l'une des deux catégories de collectivités territoriales, ce qu'une loi ordinaire n'aurait pu effectuer.

Afin de répondre à la question posée concernant les EPF, l'analyse de la jurisprudence du Conseil relative à la participation des conseillers territoriaux au collège électoral chargé d'élire les sénateurs fournit une indication assez précieuse. Le Conseil a en effet estimé que le fait qu'un même élu représente à la fois le département (en tant que faisant fonction de « conseiller général ») et la région (en tant que faisant fonction de « conseiller régional ») n'était pas contraire à la Constitution, et plus spécialement à son article 24 al. 4 qui dispose que « Le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales ». On pouvait en effet considérer que lorsque le conseiller territorial siègera dans ce collège électoral et qu'il s'exprimera par son vote (car il n'est pas prévu qu'il dispose de deux voix), il ne pèsera que d'une « seule voix » et que, nécessairement, seule une collectivité verra ainsi sa volonté exprimée. Cette jurisprudence est cependant contestable et fait fi de la représentation, qui devait être séparée, de chacun des deux niveaux de collectivités. D'un point de vue purement arithmétique, c'est l'équivalent des plus de 1800 « voix » des conseillers régionaux existants jusque là qui disparaissent dans le nouveau collège électoral chargé de désigner les sénateurs. Sans même envisager les implications en termes de composition politique de ces collèges.

On peut donc considérer que cette analyse vaut aussi pour la représentation au sein des EPF. Ce qui est possible pour le Sénat alors que la représentation sénatoriale est prévue par la Constitution et qu'elle avait fait l'objet d'une interprétation que l'on pouvait juger stricte en imposant que « toutes les catégories de collectivités doivent y être représentées » (déc. 2000-431 DC du 6 juillet 2000, reprise par le considérant 28 de la décision 618 DC),

l'est encore plus pour des établissements publics dont l'existence et la composition ne sont pas garanties par la Constitution. Dans la décision du 9 décembre 2010, le Conseil estime même que l'exigence de l'article 24 « n'impose pas de distinguer les élus de l'assemblée départementale et ceux de l'assemblée régionale au sein du collège électoral qui élit les sénateurs » (ibidem). Au sein des EPF, un même conseiller territorial pourra donc, sans dommage constitutionnel mais non sans critique, représenter et un département et une région, les deux collectivités continuant d'être bien distinctes sur le plan des personnalités juridiques, mais étant confondues dans un seul et même élu.

## **II Outils fonciers et clause générale de compétence des départements et des régions.**

Le sujet a été, est et sera, en pleine évolution. D'une part, la réforme n'est pas achevée. D'autre part, la clause générale de compétence attribuée ou non aux départements et aux régions a été et reste au cœur des débats, tout d'abord en doctrine et entre les assemblées, puis devant le Conseil constitutionnel. La rédaction de la loi du 16 décembre 2010 a d'ailleurs subi de très nombreuses évolutions sur ce point et les dispositions législatives ne sont pas d'une totale limpidité. Enfin, le calendrier de la mise en œuvre de ces dispositions a été assez considérablement allongé, dans un souci de prudence.

Sans doute faut-il s'entendre sur le sens de l'expression de « clause de compétence générale », avant de voir comment elle a évolué dans le texte et de s'interroger sur la constitutionnalité de sa disparition éventuelle, avant de voir enfin son impact sur les établissements publics fonciers (EPF).

### **1- Définition de la compétence générale**

La réflexion sur le sujet s'est considérablement développée après la publication du « Rapport Balladur » intitulé « Il est temps de décider », publié en 2009 (Fayard-La Documentation française) qui était l'œuvre du Comité pour la réforme des collectivités locales. Ce rapport préconisait de spécialiser les compétences des départements et des régions et de ne réserver cette clause qu'aux seules communes ou à l'échelon intercommunal (proposition n° 11). Cette proposition n'a cependant pas été adoptée à l'unanimité et a suscité des oppositions et des abstentions (ibid, p. 213). Tous les différents rapports publiés avant même le Rapport Balladur contenaient d'ailleurs des constats relatifs à la confusion dans l'exercice des compétences car ces dernières sont partagées entre plusieurs niveaux de collectivités, ce qui rendrait difficile l'action publique

locale. Tous se prononcent en effet en faveur de la clarification des compétences, terme magique qui suppose que, grâce à une solution venue de la seule loi, tout le monde sache enfin qui fait quoi.

La clause générale de compétence renvoie à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales du fait de l'absence de règles intangibles et explicites en France sur ce sujet. La clause générale de compétence désignée aussi sous l'expression de clause de compétence générale met l'accent sur le contenu de la compétence qui doit être générale. Le terme de « clause » est en outre très inadapté et la commission Balladur, au cours de ses travaux, avait marqué sa préférence pour l'expression plus simple de « compétence générale »<sup>2</sup>, ce qui semblait correspondre plus à son objet<sup>2</sup>. On notera cependant que le Conseil constitutionnel reprend à son compte cette expression dans la décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010 relative précisément à la loi de réforme des collectivités territoriales, en privilégiant celle de « clause de compétence générale », plutôt que celle de « clause générale de compétence » que l'on trouve parfois, au moins en doctrine. Au considérant 53 de la décision 618 DC, le Conseil fait d'ailleurs référence à la clause « dite de compétence générale », émettant une sorte de doute sur la validité de cette expression. Quoi qu'il en soit, le Conseil donne de cette fameuse « compétence générale » une définition à laquelle on peut souscrire. Cette compétence est, en effet, celle donnant à une collectivité compétence « pour traiter de toute affaire ayant un lien avec son territoire » (cons. 54).

Mais la formulation en définitive la plus adéquate, qui fait l'économie du recours à la notion de clause qui vient obscurcir la notion, est sans doute celle de « compétence générale »

Néanmoins, la compétence générale ne saurait signifier que les collectivités peuvent tout faire et qu'elles pourraient rivaliser avec l'Etat qui dispose seul, dans un Etat unitaire, de la compétence de sa compétence. Penser l'inverse serait confondre compétence générale et souveraineté, dont dispose seul, évidemment, l'Etat.

La compétence générale est attribuée pour seulement permettre à la collectivité territoriale de satisfaire un intérêt public, de répondre aux besoins de sa population, sans que ceux-ci soient nécessairement déterminés par le seul territoire de la collectivité, et sans s'immiscer dans un conflit qui la dépasse. Certes enfin, la compétence générale ne signifie pas que les différentes collectivités soient susceptibles d'intervenir de manière libre sur les compétences des autres niveaux. Elle ne saurait être assimilée à une sorte de champ de bataille sur lequel chaque collectivité viendrait exercer librement ses compétences.

---

<sup>2</sup> Dans ce sens, v. M. Verpeaux, « Vous avez dit « clause générale de compétence » ? », Commentaire n° 129, 2010, p. 82 et Rapport du Comité Balladur « Il est temps de décider », La Documentation française-Fayard, 2009.

Mais l'attribution de la compétence générale est la condition qui permet de donner aux collectivités la souplesse nécessaire à leur action et la part de liberté qui constitue le cœur même de la libre administration. Même entendue de manière résiduelle, elle permet à la collectivité de s'affirmer non seulement comme un prestataire de services mais bien d'apparaître comme une collectivité humaine, dont la dimension politique ne peut être négligée. En effet, et même si la question est l'objet de controverses doctrinales, il est possible de rattacher l'attribution de la compétence générale à la reconnaissance constitutionnelle du principe de libre administration. Remettre l'une en cause serait porter atteinte à l'autre. Telle est la position d'une partie de la doctrine.

L'autre solution pour attribuer les compétences aux différents niveaux de collectivités consiste à dresser des listes de compétences, en quelque sorte préétablies, sous la forme d'un catalogue exhaustif des compétences. Cette méthode peut néanmoins présenter deux inconvénients : d'une part, en établir une liste générale et imprécise revient à une forme déguisée de compétence générale qui n'ose pas dire son nom. D'autre part, s'efforcer, en sens inverse, d'identifier de manière détaillée toutes les compétences attribuées à tel niveau de collectivités ne supprime pas les risques d'oublis, voire les vides, et ne permet pas de faire face aux besoins nouveaux des populations. Le relatif échec -sur ce point- de la méthode utilisée dans les lois des 7 janvier et 22 juillet 1983 relatives à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, est de nature à laisser planer le doute sur son efficacité.

## **2 La compétence générale dans le débat parlementaire**

Indépendamment du sort de la clause de compétence générale, en faveur de son maintien ou de sa suppression, et de la question de savoir au profit ou au détriment de quel niveau territorial, c'est aussi la méthode qui est débattue : la loi de réforme devait-elle renvoyer à une loi future ou indiquer d'ores et déjà le cadre de ces attributions législatives. L'Assemblée nationale, contrairement au Sénat et aux intentions premières du Gouvernement, a souhaité forcer le pas et fixer un certain nombre de principes qui serviront de guide futur au législateur.

Comme cela a été évoqué, la rédaction du texte relatif à cette question a beaucoup évolué, au risque de se perdre dans les différentes versions. Le texte de l'avant-projet de loi, qui a été distribué en juillet 2009 afin de servir de base aux dernières discussions avec les associations de collectivités territoriales, était plus fidèle à l'esprit des conclusions du Rapport car il prévoyait que les articles définissant respectivement les compétences des conseils généraux et régionaux devaient être rédigés de la manière suivante : « Le conseil général (ou régional) règle par ses délibérations les affaires du département (de la région) dans les domaines de compétences que la loi lui attribue ». Il était ainsi mis fin clairement à la compétence générale et le texte prenait le parti d'une définition législative des compétences qui aurait eu l'ambition de dresser une liste



complète mais fermée des domaines d'intervention des niveaux départemental et régional. Cette rédaction radicalement nouvelle n'a pas été celle retenue dans le projet de loi tel que déposé en première lecture devant le Sénat.

Le titre IV du projet de loi « Réforme des collectivités territoriales », intitulé « Clarification des compétences des collectivités territoriales » ne contenait qu'un seul article (art 35). Ce premier projet de loi n'est, en outre, que l'un des quatre projets de loi présentés au Parlement et formant la réforme d'ensemble<sup>3</sup>. L'article 35 se contentait de renvoyer à une autre loi le soin de préciser la répartition des compétences des régions et des départements, ainsi que les règles d'encadrement des cofinancements entre les collectivités territoriales, dans un délai fixé à douze mois après la promulgation de la loi ayant déterminé ce principe. L'avant-projet de loi déposé en juillet 2009 sur le même sujet était plus généreux en ce qu'il prévoyait un délai de vingt-quatre mois. Mais ce délai, quelle que soit sa durée, n'a qu'une valeur indicative car la loi ne peut imposer l'intervention d'une loi future, même si cette date a évidemment une vertu incitative certaine sur le plan politique. Mais, en sens inverse, la dissociation de cette loi fixant les compétences des collectivités territoriales de la réforme introduite en 2009 posant le principe de la répartition de celles-là est de nature à faire peser un doute sur la réalité, même future, du texte fixant ces compétences.

L'article 35 du projet de loi se contentait de fixer quatre principes qui devaient guider le travail du futur législateur dans son travail de « clarification » : le premier prévoyait l'attribution de compétences exclusives au département et à la région, l'exercice de celles-là interdisant qu'une autre collectivité n'en soit chargée. En cas de partage entre plusieurs niveaux de collectivités, la loi peut ensuite désigner la collectivité chef de file chargée d'organiser l'exercice coordonné de cette compétence. La pratique des financements croisés doit être encore limitée aux projets dont l'envergure justifie cette pratique, le maître d'ouvrage devant assurer une part significative du financement. Mais le quatrième principe était susceptible de redonner aux départements et aux régions une liberté que les trois autres semblaient vouloir limiter : il prévoyait en effet une « capacité d'initiative » qui pourra s'appliquer à des « situations et des demandes non prévues dans le cadre de la législation existante, dès lors qu'elle est justifiée par l'intérêt local ». La compétence générale qui semblait condamnée revenait de manière subreptice.

On comprend alors pourquoi le projet de loi préférait s'appuyer, dans son exposé des motifs, sur les préconisations du rapport déposée en juin 2009 par la

---

<sup>3</sup> En dehors de celui de « Réforme des collectivités territoriales », le gouvernement a déposé le projet intéressant l'« Election des conseillers et renforcement de la démocratie locale », celui relative à la « Concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux » et celui, de caractère organique, consacré à « l'Election des membres des conseils des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale ». Le troisième est devenu la loi n° 2010-145 du 16 février 2010 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux (JO du 17 février 2010 p. 2914) qui s'est déjà appliqué » aux élections régionales de mars 2010

Mission sénatoriale présidée par le sénateur Claude Belot (« Faire confiance à l'intelligence territoriale »). Ce dernier avait privilégié la spécialisation de l'action des collectivités territoriales « fondée sur la prise en compte du principe de subsidiarité, tout en garantissant le respect des initiatives locales, nécessaires pour assurer l'adaptation aux spécificités des territoires ». Peut-être sensible à l'argumentation sénatoriale, le projet de loi a préféré maintenir une souplesse dans la définition des compétences plutôt que d'inscrire un mécanisme trop rigide et trop fermé.

La réforme des collectivités territoriales n'envisage en outre que les compétences des régions et des départements, laissant dans l'ombre celle des communes et des intercommunalités. Le rapport Balladur s'était prononcé en faveur du maintien de la compétence générale au profit des communes, qu'elles soient les communes traditionnelles ou les communes nouvelles issues des intercommunalités, telles qu'elles étaient envisagées, « afin de garantir aux élus les plus proches des populations et de leurs besoins la capacité de prendre des initiatives dans les cas non prévus par les textes législatifs et réglementaires »<sup>4</sup>. La liberté laissée aux communes proclamait exactement ce à quoi doit servir la reconnaissance de cette compétence générale. Le projet considérait donc que les financements croisés, symboles des compétences mal définies, n'intéressaient que les deux niveaux supérieurs de collectivités.

Les débats au Sénat, lors de la première lecture (achevée en février 2010), n'ont cependant pas modifié l'essentiel de ce texte, et le texte transmis à l'Assemblée nationale se contentait en effet de déterminer, comme le projet gouvernemental, quatre principes : le premier prévoyait l'attribution de compétences que le département et la région « *exercent en principe exclusivement* », l'exercice de celles-là interdisant qu'une autre collectivité n'en soit chargée. En cas de partage entre plusieurs niveaux de collectivités, la loi pouvait ensuite désigner la collectivité chef de file chargée d'organiser l'exercice coordonné de cette compétence. Mais cette volonté d'encadrement de l'exercice des compétences connaissait un assouplissement, qui n'avait pas été souhaité au début des réflexions sur la réforme et destiné à redonner aux départements et aux régions une marge de manœuvre qui devait être supprimée dans l'esprit de certains initiateurs de la réforme et que les trois autres principes semblaient vouloir limiter : le texte initial prévoyait en effet une « capacité d'initiative » qui pourra s'appliquer à des « situations et des demandes non prévues dans le cadre de la législation existante, dès lors qu'elle est justifiée par l'intérêt local » (art. 35 du projet de loi).

Le Sénat avait néanmoins ajouté que l'assemblée concernée voulant mettre en œuvre cette capacité d'initiative devra le faire après une délibération motivant que l'intérêt local justifie l'intervention de la collectivité territoriale en dehors des cas prévus par la législation. À propos des financements croisés, le

---

<sup>4</sup> Rapport du Comité Balladur, op. cit., p. 141

Sénat avait supprimé la notion de « part significative » devant être financée par le maître d'ouvrage en cas de cofinancement d'un équipement, en préférant la référence à la capacité du maître d'ouvrage à participer, alors que cette restriction voulue dans le projet gouvernemental était présentée comme une condition importante pour limiter les interventions multiples. Le Sénat, lors de la deuxième lecture, En revanche, le Sénat est revenu, lors de la deuxième lecture (achevée en juillet 2010), à une conception beaucoup plus sobre de la question, réintroduisant un article 35 très court (plus encore que la rédaction adoptée lors de la première lecture) et ainsi rédigé : « Dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, une loi précise la répartition des compétences des régions et des départements, ainsi que les règles d'encadrement des cofinancements entre les collectivités » (art 35 du projet de loi)<sup>5</sup>. Un article 35 bis AA nouveau renvoyait cependant à une loi spécifique, déposée cette fois dans un délai de deux ans, le soin d'adapter la question de la répartition des compétences « à la spécificité de la montagne » en application de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative à la protection et au développement de la montagne. Il fallait y voir sans doute l'Influence du lobby des élus de montagne<sup>6</sup>. Le texte de l'article 35 dans cette deuxième version sénatoriale était ouvert à toutes sortes de lecture, et la clause générale de compétence n'était ni supprimée ni maintenue et aucun principe directeur n'était inscrit.

Entre ces deux lectures sénatoriales, l'Assemblée nationale avait fait évoluer de manière significative la rédaction du texte. Après la première lecture à l'Assemblée nationale, achevée le 8 juin 2010, le titre IV s'est en effet considérablement enrichi de plusieurs articles supplémentaires. Ils ont visé à encadrer l'action des collectivités territoriales et, tout en permettant à ces dernières de conserver des libertés d'action, d'éviter que les compétences soient exercées de manière désordonnée. Lors de la deuxième lecture devant elle, l'Assemblée nationale a voulu limiter les possibilités des interventions des départements et des régions et a tenu à encadrer les compétences des départements et des régions en les répartissant de manière plus exclusive. Il comprend de nombreuses dispositions sur les questions de financement afin d'éviter la multiplication des financements croisés.

---

<sup>5</sup> Le Sénat a même failli adopter, dans sa séance du 30 juin 2010, un amendement déposé par le Groupe communiste (groupe CRC-SPG) créant un article additionnel avant le chapitre 1<sup>er</sup> (sorte d'article introductif) qui aurait été rédigé ainsi : « La compétence générale est un principe fondateur de la libre administration des collectivités locales, dans le respect des responsabilités accordées par la loi à chacune des collectivités et l'application de la règle de la subsidiarité ». Cet amendement avait été adopté grâce aux voix des sénateurs PC, PS, Radicaux, quatre non-inscrits et deux centristes. Mais le Gouvernement a réussi, lors d'une nouvelle délibération le 7 juillet 2010, à faire supprimer cet amendement. Le texte du projet de loi, même modifié par le Sénat, n'a cependant été adopté que d'extrême justesse (166 voix contre 160).

<sup>6</sup> Cet article « montagnard » a été supprimé par l'Assemblée nationale lors de la deuxième lecture.

Le Gouvernement n'a pas souhaité qu'il y ait une troisième lecture de la loi et a provoqué la réunion d'une Commission mixte paritaire sur les points restant en discussion, au cours de laquelle le point de vue de l'Assemblée nationale (et donc de l'Exécutif...) a pu triompher. C'est donc cette version qui est devenue la loi promulguée le 16 décembre 2010, le Conseil constitutionnel n'ayant pas considéré qu'il y avait atteinte à un principe constitutionnel.

### **3 Compétence générale et Constitution**

Les requérants devant le Conseil constitutionnel (un groupe de députés et un groupe de sénateurs) soulevaient deux griefs à l'encontre de cette disposition. Le premier était tiré de la violation du principe fondamental reconnu par les lois de la République (ou PFRLR) qui aurait garanti cette compétence générale. Ce principe était issu, selon les saisines, de la loi précitée du 10 août 1871 relative aux conseils généraux, et plus spécialement de son article 48 qui disposait que le « conseil général délibère sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi ». Le Conseil constitutionnel a rejeté cette argumentation (cons 54).

Pourtant, toutes les conditions semblaient pourtant réunies : il existe bien une loi, antérieure à 1946, elle comprend bien un principe suffisamment fondamental et elle n'a jamais été remise en question jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946. Que manque-t-il alors à cette disposition pour fonder un PFRLR ? Il semble que c'est le sens même de cette loi de 1871 qui n'aurait pas affirmé ce que l'on croyait y trouver. Selon le Conseil, cette loi n'aurait jamais eu pour objet de créer une compétence générale au profit des conseils généraux des départements et celle-ci n'existant pas sur ce fondement, la loi de 2010 ne pouvait méconnaître ce principe. Faut-il alors considérer que, pour le Conseil constitutionnel, cette loi de 1871 doit être interprétée différemment de celle du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale ? Cette dernière disposait en effet que le « conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » (codifié de nos jours à l'article L. 2121-29 CGCT), et aurait consacré, selon une interprétation quasi-unanime, la compétence générale des communes. Il faut alors conclure de la décision 618 DC, soit que cette lecture de la loi de 1884 est désormais fautive, soit que ce qui vaut pour les communes ne vaut pas pour les départements.

Un second grief était articulé par les saisines à l'encontre de l'article 73 de la loi, relatif cette fois à la méconnaissance du principe de libre administration des collectivités territoriales fondé sur l'article 72 de la Constitution. Cette argumentation, qui s'appuie sur des analyses doctrinales, faisait correspondre la compétence générale et le principe constitutionnel de l'article 72, considérant qu'une collectivité territoriale devait, pour mériter vraiment cette qualité et jouir de la libre administration qui lui est associée, posséder une compétence générale, faute de quoi elle serait assimilée à un simple établissement public. La

réponse du Conseil est assez ambiguë et il ne se prononce pas, en définitive, sur ce point. S'il ne juge pas que les collectivités ne doivent pas bénéficier d'une telle compétence, il se contente d'observer, en se fondant sur l'article 73 de la loi (I et II), que les collectivités départementales et régionales pourront, « par délibération spécialement motivée, se saisir respectivement de tout objet d'intérêt départemental ou régional pour lequel la loi n'a donné compétence à aucune autre personne publique ». Le Conseil estime alors que cette faculté par laquelle les collectivités pourront exercer des compétences autres que celles que la loi leur attribue expressément, suffit à garantir, à ses yeux, une compétence suffisante. En définitive, le Conseil ne soutient pas que les collectivités ne doivent pas bénéficier de cette compétence générale, et il ne se prononce pas non plus sur un éventuel principe d'égalité qui voudrait que toutes les collectivités territoriales doivent en bénéficier, puisque les communes continueront de pouvoir en disposer (l'article L.2121-29 CGCT n'est ainsi pas modifié). Il se contente d'observer que la limitation des compétences opérée par la loi examinée n'est pas suffisamment caractérisée pour porter atteinte à la généralité des compétences qui devrait -ou pourrait- définir toute collectivité territoriale.

#### **4 Compétence générale et loi promulguée**

L'article 73 de la loi promulguée (qui reprend le contenu de ce qui était l'article 35 lors des débats...) dispose alors que l'article L. 3211-1 CGCT sera rédigé : « Le conseil général règle par ses délibérations les affaires de sa compétence dans les domaines de compétences que la loi lui attribue ». Il est proposé une rédaction identique pour les conseils régionaux (art. L. 4221-1 et art L. 4433-1 pour les régions d'outre-mer). Cet article 73 prévoit un deuxième alinéa pour chacun de ces articles que : « Il (le conseil général, ou le 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 » (mêmes textes modifiés).

Mais ce n'est pas tout : la loi modifie l'article L. 1111-4 qui proclame la notion de blocs de compétences, en ajoutant un alinéa 2 ainsi rédigé « Les compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales le sont à titre exclusif. Toutefois, la loi peut, à titre exceptionnel, prévoir qu'une compétence est partagée entre plusieurs catégories de collectivités territoriales. Les compétences en matière de tourisme, de culture et de sport sont partagées entre les communes, les départements et les régions ». (souligné par nous).

Un alinéa 3 à ce même article L. 1111-4 est également ajouté afin de préciser la notion de compétence exclusive : « Lorsque la loi a attribué à une catégorie de collectivités territoriales une compétence exclusive, les collectivités

territoriales relevant d'une autre catégorie ne peuvent intervenir dans aucun des domaines relevant de cette compétence ».

La loi votée a donc réintroduit plusieurs capacités d'initiative » donnée aux départements et aux régions dans le contexte général de volonté de suppression de la compétence générale, dans une fenêtre de tir assez étroite et avec des conditions posées à l'article 73. Il faut un intérêt local, départemental ou régional, ce qui doit être interprété comme une référence à la jurisprudence administrative très développée sur ce point, il faut une délibération motivée et il ne faut pas que cette compétence soit attribuée à une autre personne publique, Etat ou collectivité territoriale, ni même établissement public. La loi ne fait pas mention des personnes privées, ce qui ne remet évidemment pas en cause la jurisprudence issue de l'arrêt bien connue Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (Conseil d'Etat, 30 mai 1930 et sa suite, relative aux limites de l'action des collectivités par l'initiative privée, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie. Le rôle du contrôle de légalité sur le respect de ces conditions (délibération motivée, intérêt public et compétence exclusive...) ne manquera d'être observé quand ces dispositions entreront en vigueur.

La loi a également réintroduit la notion de compétence partagée, faute de pouvoir faire autrement et sous la pression de certains milieux ou secteurs de la société : ce partage est de droit pour le tourisme, la culture et le sport (art L. 1111-4 al. 2 nouveau). Mais cette compétence partagée n'est pas prévue pour l'action foncière. Cette compétence est également possible pour d'autres matières, mais sur autorisation *exceptionnelle* du seul législateur (même alinéa 2) . L'appréciation de ce caractère « exceptionnel » relèvera du seul législateur, à qui la compétence est bien réservée, par illustration de l'article 34 définissant les compétences du législateur (al 1) : La loi détermine les principes fondamentaux...de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources », sous le contrôle éventuel du juge constitutionnel, saisi a priori ou a posteriori, qui devra examiner s'il était « exceptionnellement nécessaire » qu'une compétence soit partagée entre plusieurs catégories de collectivités territoriales.

Cette disposition doit être conciliée avec celle qui proclame le principe des compétences exclusives, dont le caractère absolu est réaffirmé de manière solennelle (al. 3 du même article L. 1111-4).

Mais ce principe n'est pas inconnu en droit français. Pour paraphraser l'article 4 de la Déclaration des droits lorsqu'il définit la liberté, il est possible de soutenir que la compétence générale d'une collectivité territoriale s'arrête là où commence celle d'une autre. C'est aussi le sens de l'article L. 4221-1, déjà en vigueur avant la loi de 2010, qui définit les compétences de la région « dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes ». Mais ce qu'une loi a fait, une autre peut le défaire, et la loi pourrait partager dans un second temps ce qui a été attribué de manière exclusive dans un premier temps.

L'une des limites possibles de la clause générale serait alors l'existence de limites exclusives d'autres collectivités. Est souvent citée la jurisprudence du Conseil d'Etat, Commune de Mons en Baroeul, du 29 juin 2001 (Conseil d'Etat, 29 juin 2001, Rec p. 298, AJDA 2002, note Yves Jegouzo, p. 43). Dans cette décision, le Conseil d'Etat a estimé que l'actuel article L. 2121-29 « habilite le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'Etat ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur les attributions conférées au maire ». Cette décision est parfois présentée comme permettant au législateur de confier des compétences réservées à une catégorie de collectivités territoriales, ce qui priverait alors les autres d'intervenir, même au nom de la clause générale. Il ressort de cette décision que la compétence de la commune n'aurait pas été admise par le juge si la loi l'avait expressément interdite. Selon le Conseil d'Etat, cette possibilité d'intervention repose sur des dispositions législatives et il n'a pas eu à rechercher si la clause générale avait ou non une valeur constitutionnelle. Dans le silence des textes relatifs au droit au logement, la commune pouvait alors, au nom de sa compétence générale, intervenir dans le domaine de l'aide sociale. Il ne suffit donc pas à la loi, pour empêcher une collectivité d'intervenir au nom de ses compétences générales, d'attribuer à une collectivité territoriale une compétence précisément énoncée, il faut encore empêcher les autres niveaux de collectivité d'intervenir, ce qui revient à assurer une exclusivité mais ce qui peut entraîner des blocages que seul le juge pourra lever, sollicité par l'Etat ou par la collectivité qui estimera posséder une compétence exclusive<sup>7</sup>.

Les autres dispositions de la loi concernent la possibilité d'élaborer un schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services entre le président du conseil régional et les présidents des conseils généraux (nouvel art L. 1111-9 CGCT). Ce schéma devra porter sur certaines compétences (développement économique, formation professionnelle, construction équipement et entretien des collèges et des lycées, transports, voiries et réseaux, aménagement des territoires ruraux et actions environnementales) et d'autres laissées au choix des collectivités concernées. Cette liste préfigure au moins certaines des compétences que la loi continuera d'attribuer aux régions et/ou aux départements.

En termes de calendrier, la loi promulguée en distingue deux, s'agissant de la question des compétences. Elle prévoit ainsi que l'article 73 n'entrera en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2005 (point VII de l'article 73 de la loi). Cet article est donc celui qui pose le principe de la suppression apparente de la clause mais qui

---

<sup>7</sup> En ce sens note Y Jegouzo précitée

l'assortit des nombreuses dérogations et exceptions vues ci-dessus. C'est aussi celui qui permet de des délégations de compétence d'une collectivité territoriale à une collectivité relevant d'une autre catégorie ou à un EPCI.

Avant la fin de la deuxième année suivant l'entrée en vigueur de cet article 73 (donc avant le 31 décembre 2017...), un comité composé de représentants des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, et de représentants du Parlement se prononcera sur l'évaluation de ces nouvelles dispositions, par un rapport sur la base duquel la loi statuera (VI de l'article 73 de la loi).

Quant aux dispositions relatives à la limitation des financements croisés, (art. 76 et 77 de la loi), elles n'entreront en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2012.  
ccv b

## **5- Compétences et action foncière**

Diverses questions peuvent être soulevées, entre autres raisons parce que l'action foncière n'est pas un objectif en soi. Cette action foncière est destinée à satisfaire des opérations qui dépassent ce strict cadre foncier et correspondre à des compétences qui ne sont pas celles des collectivités adhérentes ou qui peuvent profiter à d'autres catégories de collectivités. La nouvelle répartition des compétences induite par la loi du 16 décembre 2010 est-elle de nature à avoir une incidence sur le rôle de chacun des niveaux d'administration territoriale ? La région, si elle conserve des compétences en matière foncière, peut-elle jouer un rôle dans la mise en cohérence des actions des divers EPF intervenant sur son territoire ?

La question peut être ainsi posée de savoir si des collectivités qui adhèrent à un EPF peuvent être ainsi amenés à gérer des compétences qu'elles n'ont pas.

Il semble que la disparition –en définitive très encadrée de la compétence générale, comme on l'a vu- n'est peut-être pas de nature à empêcher les départements et les régions d'intervenir et d'appartenir aux EPF d'Etat.

Il n'est inscrit en effet nulle part que la clause générale implique l'adhésion des régions ou des départements aux EPF. Mais rien ne dit non plus qu'elle l'interdit. En outre, c'est la loi elle-même qui prévoit cette adhésion et l'on peut concevoir que cette compétence peut faire partie des compétences énumérées par les lois au sens des articles L. 3211-1 et L. 4221-1 dans leur nouvelle rédaction. La suppression de la compétence générale n'est pas de nature, a priori, à empêcher la compétence des conseils généraux et des conseils régionaux et la loi peut continuer, au titre des compétences attribuées, à permettre aux régions et aux départements d'intervenir dans ces domaines.

En outre, comme on l'a vu, le partage des compétences est toujours possible, même envisagé de manière exceptionnelle (art. L1111-4, al. 2 nouveau).



Enfin, par le biais des délégations de compétence prévues à l'article L. 1111-8 nouveau, une plus grande souplesse dans la répartition des compétences et dans la gestion de celles-ci devrait être possible, entre catégories de collectivités territoriales et permettre une gestion partagée des compétences qui, comme l'action foncière, ont vocation à intéresser plusieurs niveaux de gestion locale. Toutes ces dispositions n'entreront en vigueur, rappelons le, qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015, ce qui laisse le temps à de nombreuses modifications législatives.

Sur le terrain financier, la loi continue de prévoir le rôle spécifique du département en tant que garant des solidarités sociales et territoriales, pour « *contribuer au financement des opérations dont la maîtrise d'ouvrage est assurée par les communes ou leurs groupements* » (nouvel art. L. 1111-10 CGCT). Cet article n'est pas sans évoquer l'article L. 3233-1 qui dispose que « Le département apporte aux communes qui en demandent son soutien à l'exercice de leurs compétences ».

Mais ce même futur article L. 1111-10 comprendra un alinéa 2 ainsi rédigé : « *La région peut contribuer au financement des opérations d'envergure régionale des départements, des communes et de leurs groupements, ainsi que des groupements d'intérêt public* ». Rappelons que cet article (issu de l'article 76 de la loi) ne sera applicable qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.

La suite de cet article vise à obliger un maître d'ouvrage d'une opération d'investissement à assurer une part minimale du financement d'un projet pour éviter d'être obligé de quémander de l'aide aux diverses autres collectivités ou établissements (part minimale fixée à 20% du montant total des financements pour les communes de moins de 3500 habitants et pour les EPCI de moins de 50 000 habitants, et à 30% pour les autres, ou de 20% toutes collectivités confondues pour les projets d'investissement en matière de renouvellement urbain et de rénovation des monuments classés).

Ces restrictions diverses sont-elles de nature à remettre en cause la participation des départements et des régions aux EPF : en effet les collectivités concernées par ces EPF sont représentées au sein du conseil d'administration des EPF. Le pouvoir d'expropriation et de préemption leur sera-t-il conservé ?

### **III Outils fonciers et intercommunalités**

La réforme des collectivités territoriales est également marquée par la volonté de renforcer les intercommunalités. C'est le titre du chapitre III « Renforcement de l'intercommunalité » du Titre III « Développement et simplification de l'intercommunalité ».

S'agissant de l'action foncière, l'article 12 de la loi, relatif aux métropoles, a réintroduit le PLU intercommunal (art. L. 5217-4 nouveau). Cet article prévoit en effet : « 2° En matière d'aménagement de l'espace

métropolitain : a) *Schéma de cohérence territoriale et schéma de secteur ; plan local d'urbanisme et documents d'urbanisme en tenant lieu ; création et réalisation de zones d'aménagement concerté ; constitution de réserves foncières* ».

Les métropoles sont des EPCI pour des agglomérations de plus de 500 000 habitants plus les Communautés urbaines instituées par la loi de 1966. Ces métropoles devaient représenter un véritable « saut qualitatif » par rapport aux EPCI existants. Il n'est pas certain que cet objectif soit atteint par la loi. La métropole exerce de plein droit des compétences à la place des communes membres. Le Sénat avait précisé que les conseils municipaux des communes appartenant à une métropole seraient consultés sur le projet ou la révision du plan local d'urbanisme (al 40 de l'article 5 du projet de loi : Section II relative aux compétences des métropoles. Renvoi à l'article L. 123-18 du code de l'urbanisme). Il avait également maintenu la compétence relative au plan local d'urbanisme au seul conseil municipal (al 41 *in fine* : « *Pour la mise en œuvre de la compétence relative au plan local d'urbanisme, le conseil municipal est seul compétent pour décider et voter sur les dispositions spécifiques concernant la commune qu'il représente* ». Ces dispositions ont été supprimées par l'Assemblée nationale, afin de « conforter les compétences des métropoles, en particulier en rétablissant leurs prérogatives en matière de PLU ».

Dans sa décision 618 DC, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur cette question, qui n'a pas été soulevée dans la saisine, et qu'il n'a pas soulevée d'office.