

LE POUVOIR REGLEMENTAIRE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

*Nouveau bilan après la décision du Conseil constitutionnel
du 17 janvier 2002 sur le Statut de la Corse*

Xavier MAGNON*

§ I - Un pouvoir mis en œuvre par la loi	5
A - La nature du pouvoir : la concrétisation de la loi	5
a) Le principe	5
b) L'étendue	7
c) La mise en œuvre	8
B - L'exercice du pouvoir : un encadrement par la loi	9
a) Typologie des hypothèses d'encadrement par la loi des pouvoirs réglementaires	9
b) Appréhension par les jurisprudences constitutionnelle et administrative avant 2002	10
1°) Les enseignements généraux et abstraits tirés de la jurisprudence constitutionnelle	10
2°) Les enseignements généraux et concrets tirés de la jurisprudence administrative	14
§ II - Un pouvoir s'imposant à la loi ?	18
A - La négation de principe : un pouvoir résiduel	19
a) Le pouvoir réglementaire résiduel des autorités administratives indépendantes	19
b) Un pouvoir de même nature des collectivités territoriales	21
1°) La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local	22
2°) Un exercice subordonné au respect de la loi et des règlements	24
3°) Une difficulté d'analyse	26
B - La reconnaissance exceptionnelle : un pouvoir réservé	26
a) L'effectivité du principe de libre administration devant le Conseil constitutionnel	27
b) La répartition du domaine loi/règlement devant le juge administratif	31
c) Le respect de la répartition des compétences <i>ratione materiae</i>	34

Actualité du sujet. L'étude du *pouvoir réglementaire des autorités des collectivités territoriales*¹, qui a suscité nombre de controverses doctrinales² et fait l'objet d'une remarquable étude d'ensemble³, mérite d'être reprise à l'aune de la décision du Conseil

* A.T.E.R. à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, rattaché au G.E.R.J.C. (C.N.R.S., U.M.R. 6055).

¹ L'expression de « pouvoir réglementaire des autorités des collectivités territoriales » est plus juste que celle de « pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ». En effet, ce ne sont pas ces dernières, mais les autorités qui les représentent qui disposent d'un tel pouvoir. Nous utiliserons cependant indifféremment les deux expressions.

Pour une utilisation de la première expression : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *A.J.D.A.*, 1984, p. 468 ; J. MOREAU, Note sous C.E., 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *A.J.D.A.*, 1985, p. 272 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », in *Droit constitutionnel local, Egalité et liberté locale dans la Constitution*, Actes du Colloque de Fort-de-France, 18, 19 et 20 décembre 1997, P.U.A.M.-Economica, 1999, p. 32.

² Voir *infra*.

³ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, Tome 200, 1998, 321 p.

constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le *Statut de la Corse*⁴. En effet, si jusqu'à présent il était possible d'affirmer que les « juges constitutionnels (...) n'ont jamais sanctionné les dispositions légales investissant les collectivités de compétences réglementaires »⁵, ou encore que « le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer directement sur l'attribution ou non d'un pouvoir réglementaire aux autorités des collectivités locales »⁶, tel n'est plus le cas aujourd'hui. A l'occasion de l'élaboration du nouveau statut pour la Corse, le législateur a clairement entendu développer au maximum l'« autonomie administrative », traditionnellement reconnue dans un Etat unitaire aux collectivités le composant, au profit de l'une d'entre elles. A cette fin, il a expressément attribué un pouvoir réglementaire à la collectivité territoriale de Corse. Saisi de cette loi, le juge constitutionnel a formulé un certain nombre de réserves d'interprétation qui permettent de mieux mesurer l'étendue de cette « autonomie administrative » au regard de l'exercice du pouvoir réglementaire. Le terme d'« autonomie » est en toute hypothèse impropre pour qualifier ce pouvoir dont disposent les collectivités territoriales. Parce qu'il désigne la capacité à élaborer des normes propres en dehors de toute contrainte extérieure, il ne peut être reconnu dans un Etat unitaire, comme d'ailleurs dans un Etat fédéral⁷, comme attribut du pouvoir des entités qui le composent. Leur pouvoir est régi par les normes de l'ordre juridique étatiques qui instituent et encadrent son exercice. Ainsi, tout pouvoir normatif conféré aux autorités locales est-il un *pouvoir délégué* par la Constitution.

Existence d'un pouvoir réglementaire local. L'existence d'un pouvoir « propre » au profit des collectivités territoriales doit être recherchée en France dans l'article 72 de la Constitution, et dans le principe de libre administration qu'il consacre. S'il est une compétence reconnue par la Constitution aux collectivités territoriales c'est celle de « s'administrer librement ». Déjà, et alors que le concept de libre administration a été considéré comme une coquille vide⁸, « administrer » ne signifie pas « gouverner »⁹. La libre administration se conçoit ainsi comme un pouvoir de mise en œuvre de la loi. Cette approche est corroborée par le fait que l'article 72 de la Constitution, confirmé par l'article 34, indique que les collectivités territoriales « s'administrent librement (...) dans les

⁴ C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse*, J.O.R.F., Lois et règlements, 23 janvier 2002, p. 1526 et s.

⁵ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 293.

⁶ M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », *précité*, p. 39.

⁷ Voir en ce sens : B. FAURE, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *R.D.P.*, 1996, p. 1539.

⁸ M. TROPER, « Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration », in *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, P.U.A.M.-Economica, 1984, p. 62.

⁹ L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », in *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, *op. cit.*, p. 66.

conditions prévues par la loi ». Cette formule appelle une double réflexion. D'un côté, la Constitution habilite le législateur à régir la libre administration des collectivités territoriales. De l'autre, à partir du moment où la libre administration a un sens, elle s'impose au législateur. Tout en mettant en œuvre ce principe, le législateur ne doit pas le méconnaître. Les exigences imposées au législateur ont été dégagées par le juge constitutionnel au fil de sa jurisprudence. La libre administration impose notamment au législateur de prévoir des « attributions effectives » au profit des collectivités territoriales. Le caractère « effectif » des attributions confiées à ces collectivités implique, sans qu'il soit besoin de forcer l'analyse, qu'elles disposent des moyens juridiques propres à concrétiser cette dévolution de compétence¹⁰. En ce sens, libre administration signifie possibilité de conférer aux collectivités territoriales un pouvoir d'application de la loi, et donc un pouvoir réglementaire. Cette analyse, dépourvue à l'origine de consécration positive explicite, a été confirmée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 17 janvier 2002. Il a jugé que les dispositions de l'article 72 de la Constitution « permettent au législateur de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi »¹¹. Les collectivités territoriales disposent, en vertu de la Constitution, d'un pouvoir réglementaire dont le principe et les modalités seront fixés par la loi. Le Conseil constitutionnel écarte ainsi, ce qui d'ailleurs ne faisait plus de doute¹², toute autonomie de ce pouvoir en dehors de toute habilitation législative¹³.

¹⁰ Voir *infra*.

¹¹ C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse, précitée*, Considérant n° 12.

¹² Pour des positions doctrinales rejetant l'existence d'un pouvoir réglementaire local autonome : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, pp. 474-475 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 14^{ème} édition, 2000, p. 638 ; J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, P.U.F., Thémis Droit public, 1998, p. 112 ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 115 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2001, décision n° 32, § 20-21 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », *précité*, p. 33 et s.

¹³ M. BOURJOL avait cependant pu soutenir, selon une approche « maximaliste » des libertés locales, que les collectivités territoriales disposaient d'un titre dans l'article 72 de la Constitution leur permettant d'exercer un pouvoir réglementaire en l'absence d'intervention de la loi.

Voir pour un exposé de cette position : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 474 ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, pp. 22-23 et pp. 210-211.

Cette analyse a été suivie, dans un jugement isolé du 7 décembre 1984, par le Tribunal administratif de Versailles. Selon le Tribunal, les organes délibérants des collectivités territoriales peuvent bénéficier d'un pouvoir réglementaire « en vertu du principe de libre administration des collectivités locales (...) même sans qu'aucun texte législatif ou réglementaire les y habilite expressément » (T.A. Versailles, 7 décembre 1984, *Préfet du Val-d'Oise c. S.C.A.A.N. de Cergy-Pontoise, A.J.D.A.*, 1985, p. 286).

Voir pour l'origine de la controverse sur le pouvoir réglementaire local, et la position de M. BOURJOL, le colloque d'Angers sur le principe de libre administration et le statut de la fonction publique territoriale des 23-24 septembre 1983 : *Cahiers du C.F.P.C.*, n° 13, octobre 1983, interventions notamment de M. BOURJOL, L. FAVOREU, J.-M. AUBY et J.-C. DOUENCE.

Conciliation avec le pouvoir réglementaire national. L'existence d'un tel pouvoir, désormais consacré par le juge constitutionnel, se heurte pourtant de manière frontale à l'article 21 de la Constitution. Ce dernier dispose que le Premier ministre « assure l'exécution des lois » et « sous réserve des dispositions de l'article 13, (...) exerce le pouvoir réglementaire ». Dès lors, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local doit nécessairement se concilier avec l'existence d'un pouvoir réglementaire national, qui est d'ailleurs le seul à être expressément reconnu par la Constitution. Sur cette question deux courants doctrinaux s'opposent¹⁴. Le premier, majoritaire, considère que le pouvoir réglementaire local n'est qu'un *pouvoir résiduel*, toujours susceptible d'empiétement de la part du Premier ministre¹⁵. Le second, sans exclure le principe d'un pouvoir résiduel, soutient qu'il existe des hypothèses de *pouvoir réservé* au profit des collectivités territoriales, à l'abri de toute intrusion du pouvoir réglementaire du Premier ministre¹⁶. Sans préjuger des développements qui suivront, on peut déjà relever que le

¹⁴ Pour un exposé général des éléments du débat : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 473 et s. ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 64-65 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », *précité*, pp. 36-39.

Un troisième courant a pu exister, mais qui a été démenti par la possibilité reconnue par le Conseil constitutionnel pour le législateur de conférer un pouvoir réglementaire aux autorités administratives indépendantes (voir *infra*). Selon ce courant, l'article 21 consacrait au profit du Premier ministre un monopole dans l'exercice du pouvoir réglementaire.

Pour un exposé de cette position : B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 23 et pp. 132-133 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.*, 1990, p. 170 et s.

¹⁵ C. BACCOYANNIS, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, P.U.A.M.-Economica, 1993, p. 202 ; L. FAVOREU, « Libre administration et principes constitutionnels », *précité*, p. 66 ; Observations particulières sous C.E., 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *R.F.D.A.*, 1985, p. 371 ; « Chronique de jurisprudence (mars 1986-mars 1989) », *R.D.P.*, 1989, p. 447 ; Intervention, in *Droit constitutionnel local*, « Égalité et liberté locale dans la Constitution », *op. cit.*, p. 44 ; O. JOUANJAN, Note sous C.E., avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados, La semaine juridique*, J.C.P., Ed. G., n° 22100, p. 309.

¹⁶ J.-C. DOUENCE, Note sous C.E., 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *R.F.D.A.*, 1985, p. 370 ; B. FAURE, « Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale. A propos du pouvoir réglementaire local », *R.F.D.A.*, 1994, pp. 773-774 ; « Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local », *R.F.D.A.*, 1996, p. 110 et s. ; *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 237 et s.

Selon J. BOURDON, J.-M. PONTIER et J.-C. RICCI, « en matière réglementaire, le Premier ministre dispose sur la base de l'article 21 de la Constitution de la compétence de principe ; *ce n'est que si le législateur confie à une autre autorité l'application de la loi que le Premier ministre peut être écarté totalement ou partiellement* » (*Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, p. 112, souligné par nous).

De son côté, F. LUCHAIRE a soutenu une position plus extrême. Il estime en effet que « seules la Constitution et la loi peuvent limiter l'autonomie des collectivités locales, il en résulte que pour ce qui concerne les affaires propres à ces collectivités il faut un texte constitutionnel ou législatif précis pour donner compétence au Gouvernement ou à l'Administration centrale » (« Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *R.D.P.*, 1982, p. 1554, voir également en ce sens p. 1557). En matière de décentralisation, la compétence du pouvoir réglementaire n'est alors susceptible d'intervenir que s'il existe une habilitation expresse du législateur. En l'absence, le domaine du

Conseil constitutionnel a reconnu dans la décision du 17 janvier 2002 que « le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale » doit s'exercer « dans le respect des lois et des règlements »¹⁷.

Problématique. Une double problématique apparaît alors. D'une part, et sans qu'aucun doute ne puisse être émis, *le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales est mis en œuvre par la loi* (§ I). Celui-ci dépendra toujours de ce qui est prévu par la loi. D'autre part, et on touche alors au cœur de la controverse sur cette question, il appartient de déterminer dans quelle mesure le législateur est libre au regard de l'article 21 de la Constitution d'aménager le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. Il s'agit alors de concilier deux exigences susceptibles d'être contradictoires, tirées respectivement des articles 21 et 72 de la Constitution. Plus précisément encore, il nous appartient de rechercher si *le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales s'impose à la loi* (§ II). En d'autres termes, le principe de libre administration exige-t-il que le législateur préserve un pouvoir minimum de mise en œuvre de la loi au profit des autorités locales ?

§ I - UN POUVOIR MIS EN ŒUVRE PAR LA LOI

En théorie comme en droit positif, le pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales dépend de la loi. Par sa nature, un tel pouvoir n'est l'expression que d'un pouvoir de mise en œuvre de la loi, participant d'un mouvement de concrétisation du droit, du général au particulier (A). En droit positif, conformément à l'article 72 de la Constitution, son exercice est encadré par la loi (B).

A - LA NATURE DU POUVOIR : LA CONCRETISATION DE LA LOI

a) Le principe

Selon une approche normativiste de l'ordre juridique, les normes peuvent être distinguées selon leur degré de concrétisation. Le processus de création du droit « va du général à l'individuel, de l'abstrait au concret. C'est un processus d'individualisation ou concrétisation constamment croissantes »¹⁸. Il doit être combiné avec le principe de hiérarchie des normes, et plus précisément avec le principe de création des normes par

pouvoir réglementaire local serait réservé. Cette position est toutefois nuancée par l'auteur au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat (*loc. cit.*, pp. 1557-1558 ; F. LUCHAIRE, Y. LUCHAIRE, *Le droit de la décentralisation*, P.U.F., Thémis Droit, 2^{ème} édition 1989, p. 111).

¹⁷ C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse, précitée*, Considérant n° 13.

¹⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, 1962, Traduit par C. EINSENMANN, Bruylant L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 238.

degré. Au sommet de la hiérarchie, la Constitution établit les normes les plus générales et abstraites, qui ne visent par hypothèse aucune personne ni aucune situation en particulier ; au plus bas, une décision de justice pose une norme individuelle et concrète qui vise par hypothèse une personne et une situation déterminée¹⁹. Appréhendé selon ce schéma, le pouvoir réglementaire est un pouvoir destiné à permettre la concrétisation de la loi. Il peut lui-même manifester un plus ou moins haut degré de concrétisation. L'adoption d'une décision individuelle par une autorité administrative habilitée par la loi révèle le plus haut degré de concrétisation. Le pouvoir réglementaire se traduit également par l'adoption d'actes de portée plus générale et abstraite qui, tout en permettant d'un côté une certaine concrétisation de la norme législative, ne constituent pas pour autant une décision individuelle. Toutefois, traditionnellement, n'est considéré comme expression d'un pouvoir réglementaire, que celui qui édicte « des actes à caractère général et impersonnel »²⁰, et non des actes individuels. C'est pourquoi notre étude exclura en principe l'étude des décisions individuelles. Dernière précision, toute concrétisation ou « application » de la loi n'est pas manifestation d'un pouvoir réglementaire. Il convient ici de distinguer l'organe qui assure « l'application » de la loi dans un sens large. Seul le pouvoir d'exécution des lois, le « pouvoir exécutif », et non celui chargé de juger, le « pouvoir judiciaire », peut être qualifié de pouvoir réglementaire. En effet, « le pouvoir réglementaire demeure le pouvoir d'une autorité qui n'est ni une assemblée législative ni une juridiction »²¹. Aussi, plutôt que de parler d'*application-concrétisation* de la loi, préférera-t-on l'expression de *mise en œuvre* ou d'*exécution-concrétisation* de la loi. Les diverses expressions utilisées par le Conseil constitutionnel ne sauraient induire en erreur sur l'unité de la nature du pouvoir réglementaire en tant que pouvoir de concrétisation de la loi²². Tout au plus pourra-t-on y voir une différence quant à l'étendue de ce pouvoir. Sur le principe, le pouvoir réglementaire est ainsi un pouvoir qui permet, en la mettant en œuvre, la concrétisation de la loi. Son étendue dépend ensuite du degré d'explicitation des dispositions de loi.

¹⁹ Voir en ce sens : O. PFERSMANN, in *Droit constitutionnel*, L. FAVOREU (coordonnateur), P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, Dalloz, 2001, 4^{ème} édition, p. 65.

²⁰ M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799*, P.U.F., 1991, p. 4. Voir également du même auteur : « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », *précité*, p. 31.

²¹ M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire 1789-1799*, *op. cit.*, p. 4.

²² Pour ne prendre que l'exemple de la décision du 17 janvier 2002 (*précitée*), le Conseil constitutionnel utilise les expressions de « modalités d'application d'une loi » (Considérant n° 12), de « pouvoir réglementaire », de « pouvoir réglementaire d'exécution des lois » (Considérant n° 13), et de « mise en œuvre » des compétences transférées par le législateur aux collectivités territoriales (Considérant n° 29).

b) L'étendue

Dans le processus de concrétisation du droit, le pouvoir réglementaire sera d'autant plus libre que les dispositions de la loi qu'il est chargé de mettre en œuvre sont imprécises ou indéterminées. Plus la loi est formulée en des termes généraux, plus les organes d'application disposeront d'un large pouvoir d'appréciation. Le silence de la loi sera interprété alors comme une volonté d'attribuer un pouvoir discrétionnaire aux autorités chargées de la mettre en œuvre. Sur cette question plusieurs critères ont été proposés afin d'établir une distinction opératoire permettant de différencier l'étendue du pouvoir de mise en œuvre de la loi. Ont ainsi été distingués : le « *règlement d'exécution* », « qui fixe les modalités complémentaires de la loi, qui détermine, dans certaines limites juridiques les modalités d'application de la loi, sans lesquelles celle-ci est souvent inapplicable » ; du « *règlement d'application* », « lorsque le législateur se borne à formuler au profit d'une autorité une compétence réglementaire en se limitant à en indiquer l'objet ou même en posant quelques principes concernant son exercice »²³. Tout dépend en définitive de la faculté pour l'organe d'exécution de créer ou non une norme²⁴. Néanmoins, on concédera, avec M. WALINE, que « tout règlement d'application d'une loi, en concrétisant les règles posées par celle-ci, y ajoute nécessairement quelque règle nouvelle »²⁵. Cette distinction est donc difficile à utiliser en raison du grand nombre d'hypothèses pratiques susceptibles d'être rencontrées²⁶. *A priori*, tout silence de la loi sur un point particulier peut être considéré comme une habilitation au pouvoir d'exécution d'intervenir sur celui-ci. Cette présentation mérite d'être illustrée par un exemple. Envisageons l'hypothèse dans laquelle le législateur confère à un organe la compétence pour édicter des normes d'exécution qui, par leur généralité et leur caractère impersonnel, ne sont pas des décisions individuelles. Cette dévolution de compétence est susceptible d'être fortement encadrée par le législateur de sorte que l'organe investi ne pourra qu'appliquer *stricto sensu* la loi. En revanche, la loi peut seulement établir le principe de la compétence sans qu'aucun encadrement ne soit fixé. L'organe titulaire de cette compétence serait alors conduit non seulement à exercer cette compétence - *application de la loi* -, mais également à en encadrer l'exercice - *encadrement de l'application de la loi* -. Dans cette dernière hypothèse, l'organe disposera d'un plus large pouvoir que

²³ J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 470. Voir également : J.-M. AUBY, « Décentralisation et sources du droit », *A.J.D.A.*, numéro spécial, 1992, p. 34 ; O. JOUANJAN, Note sous C.E., avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *La semaine juridique*, *précitée*, p. 309.

²⁴ Voir en ce sens : B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 165 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *précité*, p. 166.

²⁵ M. WALINE, Note sous C.E., 25 octobre 1957, *DUVAL*, *R.D.P.*, 1958, p. 510.

²⁶ Voir en ce sens : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 470 ; O. JOUANJAN, Note sous C.E., avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *précité*, p. 309.

dans la première puisqu'il sera habilité à déterminer lui-même les conditions de mise en œuvre de la compétence qui lui est attribuée. La compétence d'exécution englobera ainsi une véritable capacité de création. Le Conseil d'Etat a parfaitement synthétisé cette logique en admettant qu'une autorité administrative, habilitée par un texte législatif ou réglementaire à prendre une décision individuelle, dispose, en l'absence de dispositions contraires, du « pouvoir de prendre les mesures de caractère réglementaire propres à assurer la mise en œuvre » de la compétence conférée par la loi²⁷. Les conflits susceptibles de se matérialiser entre les pouvoirs réglementaires national et local ont précisément trait, comme nous le verrons, à cette capacité d'encadrer la compétence conférée par la loi à une autorité locale.

c) La mise en œuvre

En théorie, le pouvoir réglementaire doit être appréhendé comme un pouvoir de concrétisation - application de la loi dont l'étendue dépend du degré d'explicitation des dispositions de loi. Il est possible d'organiser ce pouvoir de manière à ce qu'il aboutisse à l'édition d'actes dont le domaine de validité territorial sera dans certains cas national et, dans d'autres, seulement local. Pour des motifs variables, il peut être décidé que la mise en œuvre de la loi sera soit générale, englobant l'ensemble du territoire, soit spécifique à certaines seulement de ses parties. L'intérêt en question, national ou local, le souci d'une meilleure administration et le choix d'une application concrète adaptée sont autant de raisons présidant au choix d'une mise en œuvre nationale ou locale²⁸. Cette mise en œuvre au niveau local emprunte encore deux modalités distinctes. Elle est le fait soit d'autorités étatiques déconcentrées soit d'autorités appartenant à une collectivité décentralisée. Si ces deux types d'autorités sont en mesure d'édicter des actes réglementaires, leur autonomie sera pourtant différente. Les premières ne sont qu'une manifestation locale du pouvoir étatique, qui se trouve ainsi déconcentré, les secondes sont l'émanation d'une collectivité différente de l'Etat, à qui il est reconnu une volonté distincte. Il reste que ce pouvoir réglementaire local, dans cette double manifestation, est toujours conditionné par les normes supérieures de l'ordre juridique et plus précisément par la Constitution et par la loi. C'est ce qu'il nous appartient à présent de traiter.

²⁷ C.E., sect., 6 novembre 1965, *Réunion des assureurs maladie des exploitants agricoles*, Rec., p. 521, cité par J.-P. BROUANT, « Commune et logement social : la consécration d'un pouvoir réglementaire », *L.P.A.*, 12 mai 1999, n° 94, p. 23.

²⁸ B. FAURE a proposé un fondement théorique au choix du législateur entre différentes autorités réglementaires pour mettre en œuvre la loi : le « principe de subsidiarité qui consiste à placer les compétences au niveau où elles sont le mieux à même d'être exercées » (*Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 154).

B - L'EXERCICE DU POUVOIR : UN ENCADREMENT PAR LA LOI

La présentation que nous venons d'établir doit être mesurée au regard du droit positif. Deux sources sont susceptibles d'intervenir pour assurer la concrétisation de la loi : le pouvoir réglementaire national, consacré par l'article 21 de la Constitution, et le pouvoir réglementaire local, explicitement dégagé par le Conseil constitutionnel dans la décision du 17 janvier 2002 à partir de l'article 72. Il convient dans un premier temps de dresser une typologie des différentes hypothèses, envisageables *in abstracto*, dans lesquelles la loi établit ou non une répartition entre les pouvoirs réglementaires national et local (a)). Ensuite, et avant l'intervention de la décision de 2002, il s'agira d'apprécier au regard de cette typologie quelles ont été les cas effectivement appréhendés en droit positif (b)).

a) Typologie des hypothèses d'encadrement par la loi des pouvoirs réglementaires

Quatre hypothèses générales doivent être distinguées, seules deux d'entre elles étant à même d'être à leur tour sous-distinguées.

Hypothèses simples. Deux hypothèses extrêmes se matérialisent soit lorsque la loi est silencieuse sur l'éventuelle intervention des pouvoirs réglementaires national ou local (I), soit lorsqu'elle prévoit explicitement l'intervention de ceux-ci (II). En cas de silence, l'intervention cumulative des deux catégories de pouvoir réglementaire est en principe envisageable. Reste ensuite à déterminer l'articulation entre ces deux sources de pouvoir dont les modalités seront à rechercher dans la Constitution. En revanche, si la loi prévoit l'intervention des deux types de pouvoir réglementaire, on peut imaginer que leurs domaines respectifs d'intervention seront également précisés. A défaut, c'est dans la Constitution que devront être recherchés les principes présidant à leur domaine d'intervention respectif.

Hypothèses complexes. Deux hypothèses intermédiaires peuvent voir le jour, chacune d'entre elle étant susceptibles de plusieurs variantes. D'un côté, la loi habilite expressément les autorités locales à prendre des mesures d'application de la loi en restant silencieuse sur l'intervention du Premier ministre (III). Cette habilitation est soit générale (III.a), on pensera à la clause générale de compétence conférée à chacune des collectivités locales selon laquelle l'organe délibérant d'une collectivité « règle par ses délibérations les affaires... », soit limitée à un domaine particulier (III.b). La clause générale de compétence au profit des collectivités territoriales a d'ailleurs été analysée comme leur conférant « une compétence réglementaire de principe pour les questions

que l'Etat a placées dans leurs attributions »²⁹, ou encore comme représentant « une base générale et permanente de réglementation » à leur profit³⁰. Dans cette première hypothèse se pose alors la question de l'intervention du pouvoir réglementaire national, la loi étant silencieuse. Face à l'habilitation directe du pouvoir local, ce silence sera susceptible d'être interprété comme excluant de fait l'intervention de ce pouvoir soit d'une manière générale soit dans un domaine limité. D'un autre côté, la loi peut habiliter explicitement le pouvoir réglementaire national tout en restant silencieuse sur celui local (IV). Cette habilitation pourra également être générale (IV.a) ou limitée (IV.b), la question se portant alors sur l'éventuelle intervention subséquente et subordonnée des autorités locales. Enfin, une variante sera encore ajoutée aux situations III et IV, lorsque le législateur n'est pas resté silencieux sur les compétences de l'autorité nationale ou locale, mais a expressément exclu soit l'intervention du pouvoir réglementaire national (III.c), soit celle de celui local (IV.c).

b) Appréhension par les jurisprudences constitutionnelle et administrative avant 2002

Les différentes situations mises en lumière n'ont pas toutes été appréhendées frontalement par les jurisprudences administrative et constitutionnelle au regard de la question du partage des compétences entre les pouvoirs réglementaires national et local. Ce n'est que par le biais d'affirmations de portée générale, et le plus souvent de manière indirecte, que de tels rapports peuvent être appréciés au regard de la typologie proposée. Avant la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002, un certain nombre d'incertitudes demeuraient sur les conflits éventuels entre le pouvoir réglementaire national et celui local tant au regard de la jurisprudence constitutionnelle que de celle administrative. Nous distinguerons cependant chacune d'entre elles, car si la question du conflit entre pouvoir réglementaire ne se pose qu'*a priori* devant le Conseil constitutionnel en fonction de la loi qui lui est déférée, elle se pose de manière concrète devant le juge administratif au moment de son application.

1°) Les enseignements généraux et abstraits tirés de la jurisprudence constitutionnelle

Le respect par le législateur de sa propre compétence. Premier élément à prendre en compte quant à la dévolution par le législateur d'un pouvoir réglementaire : l'obligation à la charge du législateur d'épuiser l'ensemble de sa compétence. La compétence du législateur pour déterminer « les principes fondamentaux (...) de la libre administration », établie par l'article 34 de la Constitution, interdit que ces principes

²⁹ J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 468.

³⁰ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 68.

puissent être déterminés par le pouvoir réglementaire national ou local, sous peine d'une censure de la loi par le Conseil constitutionnel pour *incompétence négative*. *Le législateur n'est donc pas libre de renvoyer au pouvoir réglementaire national ou local pour assurer la mise en œuvre de la loi*. Le Conseil constitutionnel a de la sorte censuré le législateur qui a laissé à l'autorité administrative étatique un trop large pouvoir d'appréciation « sans en préciser les conditions ni les limites de son application »³¹. De la même manière, à propos des autorités locales, il a considéré que le législateur avait méconnu sa compétence tirée de l'article 34 de la Constitution en renvoyant « à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme le chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction »³². Cette obligation à la charge du législateur d'épuiser sa compétence n'est cependant pas susceptible d'être déterminée *a priori*. Ce n'est que cas par cas, en fonction des circonstances de l'affaire, que le juge constitutionnel appréciera si le législateur a respecté l'étendue de sa compétence. Par hypothèse, dans les quatre situations dégagées, le législateur est en mesure potentiellement d'être censuré par le juge constitutionnel au regard de cette première exigence. Dans les deux exemples cités, il s'agissait respectivement de l'hypothèse IV. b, attribution de compétence dans un domaine limité au pouvoir national, et de celle III.b, attribution de compétence dans un domaine limité au pouvoir local. Seule l'attribution de compétence trop large est censurée, sans qu'aucune considération tirée des rapports entre les pouvoirs réglementaires national et local ne soit prise en compte.

L'admission de l'exclusion du pouvoir réglementaire local au profit de celui national. Cette hypothèse a été envisagée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 16 novembre 1977. Il était chargé d'apprécier si certaines dispositions de loi, alinéas 2 à 4 de l'article 171 du Code de l'urbanisme, qui précisaient un élément du statut des agents des offices H.L.M. à savoir leur situation pécuniaire, relevaient ou non du domaine de l'article 34 de la Constitution. Il a jugé qu'elles n'appartenaient pas au domaine de la loi « puisque le statut du personnel des offices, en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'article 171 du Code de l'urbanisme et de l'habitation, qui a force de loi, est fixé par un règlement d'administration publique et *échappe, dès lors, à la compétence des autorités locales* »³³. Sans être juge de la conformité de la loi à la Constitution, le Conseil n'en reconnaît pas moins la possibilité que la compétence des autorités locales soit écartée au profit du pouvoir réglementaire national. Dans la situation IV.b, le silence du législateur sur le

³¹ C.C., n° 87-233 DC, 5 janvier 1988, *Elections cantonales partielles*, RJC-I, p. 322 et s., Considérant n° 7.

³² C.C., n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Aménagement et développement du territoire*, RJC-I, p. 624 et s., Considérant n° 57.

³³ C.C., n° 77-100 L, 16 novembre 1977, RJC-II, p. 78 et s., Considérant n° 4 (souligné par nous).

pouvoir réglementaire local est susceptible d'être interprété comme l'excluant. *A fortiori*, selon cette analyse, on peut en inférer que la situation IV.c, exclusion du pouvoir réglementaire local, serait en principe admise par le Conseil constitutionnel.

La compétence du pouvoir réglementaire national pour mettre en œuvre les principes fondamentaux de la libre administration déterminés par la loi. Le Conseil constitutionnel a semble-t-il consacré une compétence de principe et générale du pouvoir réglementaire national pour mettre en œuvre les principes fondamentaux de la libre administration fixés par le législateur, même dans le silence de la loi. La solution apparaît cohérente car, même dans le silence de la loi, le Premier ministre tire de l'article 21 de la Constitution un pouvoir d'exécution des lois. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé « qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ; qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans le respect des principes posés par la loi, d'assurer leur mise en œuvre »³⁴. *A priori*, ce pouvoir naturel d'exécution des lois ne pourrait être écarté par la loi. En revanche, ce qui est certain, c'est que le silence de la loi sur son intervention ne saurait être interprété comme l'excluant. Il en résulte que dans les hypothèses I et III le pouvoir réglementaire national est en principe toujours à même d'intervenir.

La compétence du pouvoir réglementaire local pour mettre en œuvre les principes fondamentaux de la libre administration déterminés par la loi ? Une incertitude subsiste encore, car dans les décisions examinées la référence au pouvoir réglementaire par le Conseil constitutionnel ne vise pas de manière explicite seulement celui national. Le juge constitutionnel utilise en effet l'expression « pouvoir réglementaire », sans préciser s'il est « national » ou « local ». Le silence de la loi pourrait alors signifier intervention cumulative des deux catégories de pouvoir réglementaire. Les hypothèses I et IV impliqueraient alors la possibilité d'intervention du pouvoir réglementaire local³⁵. Si les deux interprétations sont envisageables, il semble pourtant

³⁴ C.C., n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, *Loi de finances 1988*, RJC-I, p. 324 et s., Considérant n° 5. Voir également : C.C., n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Droit au logement*, RJC-I, p. 403 et s., Considérants n° 23 et 24.

³⁵ On remarquera que le juge administratif reconnaît aux collectivités territoriales, même dans le silence de la loi, une compétence quant à sa mise en œuvre. Le Conseil d'Etat a ainsi admis que les organes délibérants des collectivités territoriales pouvaient prendre des mesures d'exécution des lois, en précisant le cas échéant les conditions de son application : C.E., 7 février 1962, *Société industrielle de pêche*, Rec., p. 911 (la loi fixe un certain nombre de recettes des communes sans en fixer les modalités de calcul, un conseil municipal pouvait donc établir ses bases de calcul) ; C.E., sect., 21 mai 1971, *Sieur Philippon*, Rec., p. 376 et s. (délibération du conseil municipal sur la qualification d'un emploi de mairie en tant qu'emploi à temps complet pour déterminer l'application ou non de la loi sur ce type d'emploi) ; C.E., 10 octobre 1990, *Commissaire de la République du département de Seine-et-Marne c/ Commune de Montereau-Fault-Yonne*, Rec., p. 617 (compétence du conseil municipal pour fixer la durée hebdomadaire du travail du personnel communal).

que le pouvoir réglementaire auquel il est fait référence soit celui national et non celui local, la répartition des compétences loi/règlement se rattachant aux articles 34 et 37 de la Constitution.

L'admission de l'habilitation législative à l'exercice d'un pouvoir réglementaire local. L'admission par le Conseil constitutionnel de la capacité du législateur à attribuer une compétence réglementaire aux autorités des collectivités locales apparaît comme évidente. Déjà, la reconnaissance implicite de la conformité à la Constitution des clauses générales de compétence au profit des collectivités territoriales atteste de la possibilité de l'hypothèse III.a. De manière plus spécifique, le Conseil constitutionnel a admis, dans des domaines particuliers (hypothèse III.b), la capacité des collectivités territoriales de mettre en œuvre la loi : en matière de fonction publique territoriale³⁶, en matière fiscale³⁷, en urbanisme³⁸ ou encore en matière de logement³⁹ ou d'action sociale⁴⁰. Enfin, le juge constitutionnel a également admis, l'attribution cumulative d'une compétence à la fois locale et nationale (hypothèse II), la loi conférant une compétence d'application à une collectivité territoriale tout en renvoyant à un décret ses modalités de mise en œuvre⁴¹. Dans ses trois situations, aucune précision n'est cependant donnée quant aux rapports entretenus entre les deux types de pouvoir réglementaire.

Le Conseil d'Etat a pu également refuser un pouvoir de mise en œuvre de la loi aux autorités locales. Voir en ce sens, deux arrêts successifs, le premier admettant, le second refusant, à une autorité locale le soin de préciser par voie de réglementation générale une condition légale imprécise : C.E., 31 janvier 1990, *District urbain du pays de Montbéliard*, A.J.D.A., 1990, p. 492 ; C.E., 8 août 1990, *Syndicat intercommunal des transports de l'agglomération mulhousienne*, Rec., p. 246. Pour une appréciation comparée de ces deux arrêts : Conclusions du commissaire du gouvernement O. FOUQUET sur le second arrêt, *Droit social*, n° 2, 1991, p. 154 et s. ; O. JOUANJAN, Note sous C.E., avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *La semaine juridique*, précitée, pp. 308-309.

De manière plus large, le pouvoir d'organisation des services ou la police municipale comportent « l'octroi implicite d'un pouvoir réglementaire », voir en ce sens : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 469 et s. ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 171 et s.

³⁶ C.C., n° 83-168 DC, 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*, RJC-I, p. 180 et s.

³⁷ C.C., n° 86-223 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances rectificative 1987*, RJC-I, p. 301 et s., Considérant n° 11 ; n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Etablissement d'impôts directs locaux*, RJC-I, p. 406 et s. (« il appartient au législateur de déterminer les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses », Considérant n° 14) ; n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Aménagement et développement du territoire*, précitée, Considérant n° 37.

³⁸ C.C., n° 85-189 DC, 17 juillet 1985, *Principes d'aménagement*, RJC-I, p. 224 et s.

³⁹ C.C., n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Droit au logement*, précitée.

⁴⁰ C.C., n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, J.O.R.F., Lois et règlements, 21 juillet 2001, p. 11743 et s.

⁴¹ C.C., n° 83-168 DC, 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*, précitée ; C.C., n° 90-274 DC, 29 mai 1990, *Droit au logement*, précitée, Considérants n° 21 à 24 ; C.C., n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, précitée, Considérants n° 2 et s.

L'exclusion d'un pouvoir réglementaire local en matière de « libertés publiques ». La présentation établie doit être complétée par une dernière précision : la loi ne saurait attribuer une compétence d'exécution aux autorités locales pour la mise en œuvre des « libertés publiques ». Selon un considérant désormais classique, formulé pour la première fois dans la décision du 18 janvier 1985, *Loi Chevènement*, le Conseil constitutionnel juge que « le principe de libre administration (...) ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »⁴². Les « conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique » ne peuvent donc être établies, par délégation du législateur, par les collectivités territoriales. Le Conseil d'Etat sanctionne tout exercice du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales en ce domaine⁴³. Les hypothèses II et III, attribution d'une compétence au pouvoir réglementaire local, ne sauraient se produire en matière de libertés publiques, et dans celles I et IV, le silence du législateur implique l'exclusion de ce type de pouvoir.

2°) Les enseignements généraux et concrets tirés de la jurisprudence administrative

Les incertitudes entourant les conflits éventuels entre pouvoirs réglementaires. Avant l'intervention du Conseil constitutionnel dans la décision du 17 janvier 2002, seul le juge administratif a été confronté en tant que juge d'application de la loi à des cas de conflits entre les pouvoirs réglementaires national et local. Aucune décision du Conseil constitutionnel n'a en effet indiqué, dans les différentes situations exposées (compétence du pouvoir réglementaire national pour mettre en œuvre les principes fondamentaux de la libre administration, dévolution de compétence de mise en œuvre de la loi par le législateur aux autorités locales), quels étaient les rapports entretenus entre ces pouvoirs réglementaires. De telles questions s'étant posées à l'occasion de l'application des lois, c'est le Conseil d'Etat qui a eu à les résoudre sans se référer cependant à des dispositions constitutionnelles.

Hypothèse I. L'arrêt du 13 février 1985 *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise* est particulièrement éclairant dans l'hypothèse I. Le Conseil d'Etat juge en effet, constatant qu'une loi « ne renvoie pas à un décret le soin de

⁴² C.C., n° 84-185 DC, 18 janvier 1985, *Loi Chevènement*, RJC-I, p. 219 et s. Voir également : C.C., n° 93-329 DC, 13 janvier 1994, *révision de la loi Falloux*, RJC-I, p. 562 et s., Considérant n° 27 ; C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie française I*, RJC-I, p. 660 et s., Considérant n° 25. Les principes de cette jurisprudence ont été rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 2002 sur le *Statut de la Corse (précitée)*, Considérant n° 12).

⁴³ C.E., Ass., 29 avril 1994, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, R.F.D.A., 1994, p. 953.

préciser les modalités » de son application, « qu'il appartient *dès lors*, à l'organe de la collectivité locale (...) compétent pour organiser les services de cette collectivité (...) de fixer les règles d'application de la loi »⁴⁴. Seule l'absence de renvoi exprès par la loi à un décret d'application semble permettre l'intervention des autorités locales, qui de leur côté ne sont pas habilitées par le législateur à intervenir. En l'espèce, leurs compétences se fondent d'ailleurs, non sur l'article 72 de la Constitution, mais sur leur pouvoir d'organisation du service⁴⁵. Dans la situation I, le pouvoir réglementaire local est *résiduel*⁴⁶ : il ne peut s'exercer qu'en l'absence d'exercice du pouvoir réglementaire national, ce dernier pouvant toujours intervenir par la suite pour soumettre le pouvoir réglementaire local au respect des normes qu'il édicte.

Hypothèse II. Le Conseil d'Etat s'est encore prononcé dans l'hypothèse II. L'article 88 de la loi du 26 janvier 1984, tel que modifié par la loi du 28 novembre 1990, reconnaissait explicitement une compétence aux collectivités territoriales susceptible de donner à l'exercice d'un pouvoir réglementaire en disposant que : « L'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale (...) fixe (...) les régimes indemnitaires dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'Etat ». En outre, l'article 40 de la loi de 1990 précisait : « Un décret en Conseil d'Etat détermine, en tant que de besoin, les conditions d'application de la présente loi ». Une double habilitation résultait de cet ensemble : du pouvoir réglementaire local d'une part, et du pouvoir réglementaire national d'autre part. La question qui s'est posée au Conseil d'Etat était de savoir si l'article 88 de la loi de 1984 était immédiatement applicable, les collectivités territoriales pouvant dès la publication de la loi exercer la compétence ainsi dévolue, ou si, au contraire, il exigeait l'intervention préalable d'un décret national. Dans un avis du 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions de l'article 88 « ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat déterminant notamment les conditions dans lesquelles doit être mise en œuvre, pour l'ensemble des collectivités territoriales (...) la règle suivant laquelle les régimes indemnitaires sont fixés « dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'Etat » »⁴⁷. L'intervention directe des collectivités territoriales expressément habilitées à intervenir est subordonnée à l'intervention du

⁴⁴ C.E., 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, *A.J.D.A.*, 1985, p. 271 et s. (souligné par nous).

⁴⁵ Voir en ce sens : J.-C. DOUENCE, Note sous cet arrêt, *précitée*, p. 369.

⁴⁶ Pour une interprétation de cet arrêt en ce sens : L. FAVOREU, « Observations particulières », *R.F.D.A.*, 1985, p. 371. *Contra* : J.-C. DOUENCE, Note sous cet arrêt, *précitée*, p. 370.

⁴⁷ C.E., avis, sect., 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *R.F.D.A.*, 1994, p. 778 et s. Voir également les conclusions du Commissaire du gouvernement H. TOUTEE sur cette affaire, *A.J.D.A.*, 1992, p. 293 et s. Pour une analyse critique de la solution du Conseil d'Etat : B. FAURE, « Le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale. A propos du pouvoir réglementaire local », *précité*, pp. 770-778, spécialement pp. 772-774.

pouvoir réglementaire national. Le pouvoir réglementaire local est ici encore *résiduel* et, de plus, subordonné à l'intervention de celui national. Il convient encore d'ajouter que le Conseil d'Etat a été saisi d'un renvoi générique par le législateur à la « voie réglementaire ». La loi attribuait une compétence aux départements en précisant que l'exercice de cette compétence serait encadré « par voie réglementaire ». Dans un arrêt du 1^{er} avril 1996, *Département de la Loire*, le Conseil d'Etat a jugé que « le législateur a donné compétence aux départements pour organiser et gérer les services de la protection maternelle et infantile dont il a défini les principales missions, il doit être regardé comme ayant *réservé à l'Etat, en vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution*, le soin de fixer les normes minimales d'activité de ces services »⁴⁸. Il en déduit qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution le Premier ministre était compétent pour fixer par décret « les règles à établir « par voie réglementaire » »⁴⁹. Le pouvoir réglementaire nationale semble détenir une *compétence réservée*, en vertu de l'article 72 de la Constitution, pour encadrer l'exercice d'une compétence dévolue par le législateur à une collectivité locale.

Hypothèse III.b La solution retenue dans cet avis doit être mise en relation avec celle retenue dans un autre arrêt dans une hypothèse III.b. L'article 21 de la loi du 28 novembre 1990 attribuait également une compétence directe aux collectivités territoriales : « Les organes délibérants des collectivités territoriales (...) fixent la liste des emplois pour lesquels un logement de fonction peut être attribué gratuitement ou moyennant une redevance par la collectivité (...) concernée en raison notamment des contraintes liées à l'exercice de ces emplois. La délibération précise les avantages accessoires liés à l'usage du logement ». Saisie de la légalité d'une délibération du comité d'un syndicat intercommunal intervenue en application de ces dispositions, le Conseil d'Etat juge que ces dernières « sont applicables sans que l'édition par les autorités de l'Etat d'un texte réglementaire, qu'elles ne prévoient d'ailleurs pas, soit nécessaire »⁵⁰. Contrairement à l'avis précédent, la loi ne prévoyait pas l'intervention d'un décret, et donc du pouvoir réglementaire national. Cette circonstance n'est cependant qu'accessoire pour le Conseil d'Etat, au regard de la formule « qu'elles ne prévoient *d'ailleurs* pas », pour juger de l'applicabilité immédiate de la loi. Ce n'est donc pas la prévision d'un décret d'application qui est déterminante, mais en définitive le caractère plus ou moins précis de la loi dans son attribution de compétence aux collectivités territoriales⁵¹. Alors que dans l'avis de 1994, l'habilitation législative est générale, voire

⁴⁸ C.E., 1^{er} avril 1996, *Département de la Loire*, *Rec.*, p. 110.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ C.E., Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord, Commune de Cuers* (2 espèces), *R.F.D.A.*, 1996, p. 116 et s.

⁵¹ Voir en ce sens : M. GHEBALI-BAILLY, « L'attribution des logements de fonction dans les collectivités locales et leurs établissements publics », *L.P.A.*, 19 mai 1995, n° 60, pp. 19-20.

générique, elle est encadrée et conditionnée dans l'arrêt de la même année. A cet égard, dans ses conclusions sur l'arrêt de 1994, le commissaire du gouvernement ARRIGHI DE CASANOVA relève que les autorités habilitées à intervenir sont « directement désignées par le législateur », et que « ce renvoi est accompagné d'un critère (...) qui (...) paraît constituer un guide suffisamment précis »⁵². Le pouvoir réglementaire local n'apparaît susceptible d'être exercé immédiatement que si l'habilitation législative est suffisamment encadrée. On peut y voir une certaine réticence à reconnaître un pouvoir d'exécution de la loi trop important aux collectivités territoriales et qui ne serait pas encadré par loi ou le pouvoir réglementaire national. La loi ne serait immédiatement applicable par les autorités locales, que si la compétence attribuée est déjà un minimum encadrée. D'une manière générale, l'intervention du pouvoir réglementaire local n'est pas forcément subordonnée, et on pouvait s'en douter, à l'intervention préalable du pouvoir réglementaire national. Dans les circonstances de l'espèce, reste encore à savoir dans quelle mesure ce dernier était susceptible d'intervenir, alors qu'il n'y avait pas d'habilitation expresse du législateur et si, le cas échéant, il se serait imposé aux collectivités territoriales qui tiraient pour leur part directement de la loi leur compétence. Face aux précisions contenues dans la loi quant à l'encadrement de la compétence dévolue aux autorités locales, l'utilité d'une intervention du pouvoir réglementaire national est discutable⁵³.

Dans l'hypothèse envisagée, un arrêt du Conseil d'Etat du 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, doit être encore ajouté. Dans cet arrêt, le juge administratif a explicitement reconnu aux collectivités territoriales la capacité d'encadrer l'exercice d'une compétence qui leur était dévolue par une disposition réglementaire. En l'espèce, il s'est prononcé sur une disposition réglementaire qui conférait aux communes la possibilité de proposer à un organisme H.L.M. des candidats à l'attribution d'un logement. Il a jugé que les communes « ont la faculté de définir, par voie de dispositions de portée générale, les orientations ou règles sur la base desquelles elles entendent formuler ces propositions, à condition, toutefois, qu'aucune atteinte ne soit portée par ces dispositions à l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires en vigueur »⁵⁴. C'est véritablement un pouvoir réglementaire qui est consacré, un pouvoir de préciser les conditions d'application d'une compétence attribuée. Ce pouvoir est

⁵² Conclusions J. ARRIGHI DE CASANOVA, sur C.E., Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord, Commune de Cuers* (2 espèces), *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 133, mars 1995, p. 25.

⁵³ Voir en ce sens : M. GHEBALI-BAILLY, « L'attribution des logements de fonction dans les collectivités locales et leurs établissements publics », *précité*, p. 20 (par rapport à l'arrêt analysé) ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 239 (d'une manière générale, envisagent des cas dans lequel l'intervention du Premier ministre serait impossible).

⁵⁴ C.E., 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, *L.P.A.*, 12 mai 1999, n° 94, p. 18 et s.

toutefois *résiduel*, il doit respecter tant la loi que les règlements nationaux. Cet arrêt annonce parfaitement la solution similaire retenue par le Conseil constitutionnel dans la décision du 17 janvier 2002⁵⁵.

Hypothèse III.a. Récemment, le Conseil d'Etat s'est encore prononcé sur l'hypothèse III.a, à propos de la clause générale de compétence conférée aux communes. Dans l'arrêt du 29 janvier 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, il a jugé que « l'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales, 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'empiétement sur les attributions conférées au maire »⁵⁶. Cette formule semble traduire une compétence de principe au conseil municipal conférée par la loi en présence d'un intérêt local, l'intervention d'autres personnes publiques ou de l'Etat demeurant l'exception. De plus, cette exception doit être prévue par la loi. Il en résulte que si la loi prévoit une compétence au profit de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale qui relève d'un intérêt local, en l'absence d'habilitation explicite à l'Etat ou à une autre personne publique, la compétence locale serait alors *réservée*.

Synthèse de la jurisprudence examinée. Devant le Conseil d'Etat, le pouvoir réglementaire local à la lumière de ces exemples apparaît soit comme *résiduel* (hypothèses I, II, III) soit comme *réservé* (III). La décision du 17 janvier 2002 du Conseil constitutionnel ôte un certain nombre d'incertitudes sur cette question en se prononçant sur des dispositions de loi attribuant explicitement à la fois un pouvoir réglementaire général et spécifique à une collectivité territoriale (III.a et b), et prévoyant une procédure destinée à permettre à cette collectivité de prendre des mesures dérogatoires à celles édictées par le pouvoir réglementaire national (III.c).

§ II - UN POUVOIR S'IMPOSANT A LA LOI ?

S'il appartient à la loi de mettre en œuvre le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, encore faut-il savoir dans quelle mesure, au regard de l'article 72 de la Constitution un tel pouvoir s'impose à la loi. Une première contrainte pèse sur le législateur. Elle est tirée de l'article 21 de la Constitution et tend à faire du pouvoir réglementaire local un *pouvoir résiduel*. Le législateur se saurait en effet écarter l'exercice du pouvoir national au profit de celui local. Selon l'interprétation de L. FAVOREU, la formule doit se lire ainsi : « les collectivités territoriales s'administrent librement... dans

⁵⁵ Voir *infra*.

⁵⁶ C.E., 29 janvier 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*, A.J.D.A., 2002, p. 42 et s.

les conditions prévues par la loi *et les règlements d'application*»⁵⁷. Cette subordination de principe du local au national peut toutefois, dans des cas exceptionnels, ne pas jouer dans la mesure où sur le fondement de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales jouissent d'un *pouvoir réservé*. Le législateur ne serait donc pas libre non plus dans l'encadrement du pouvoir réglementaire local, un seuil minimum de consistance et d'effectivité de ce pouvoir s'imposerait.

A - LA NEGATION DE PRINCIPE : UN POUVOIR RESIDUEL

La reconnaissance explicite de l'existence d'un pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales par le Conseil constitutionnel dans la décision du 17 janvier 2002 s'est accompagnée de manière corrélative de l'affirmation de sa subordination au pouvoir réglementaire national. Cette position n'est pas totalement surprenante si l'on se tourne du côté de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'attribution d'un pouvoir réglementaire au profit des autorités administratives indépendantes. De sorte que l'on peut constater une certaine unité de la jurisprudence de la haute juridiction sur la dévolution à des autorités autres que celles prévues par la Constitution d'un pouvoir réglementaire. Tant le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes (a) que celui des collectivités territoriales (b)) est un pouvoir *résiduel*.

a) Le pouvoir réglementaire résiduel des autorités administratives indépendantes

La dévolution d'un pouvoir réglementaire à des autorités autres que celles prévues par l'article 21 de la Constitution a généré une jurisprudence abondante de la part du Conseil constitutionnel à propos des autorités administratives indépendantes⁵⁸. Cette jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'une telle dévolution ne s'appuie sur aucune disposition constitutionnelle existante.

Le pouvoir réglementaire consacré par l'article 21 de la Constitution n'est pas exclusif. L'article 21 de la Constitution, qui dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 13, [le Premier ministre] exerce le pouvoir réglementaire », ne confère pas à celui-ci un *pouvoir exclusif*. Tel est le premier enseignement susceptible d'être tiré de la jurisprudence constitutionnelle relative aux autorités administratives indépendantes. Dans la décision du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 21 de la Constitution

⁵⁷ L. FAVOREU, « Libertés locales et libertés universitaires. Les décisions du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 », *R.D.P.*, 1984, p. 698.

⁵⁸ Voir pour une synthèse sur la question du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes : C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *précité*, pp. 161-178.

« confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national » ; mais qu'elles « ne font cependant pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer (...) des normes permettant de mettre en œuvre une loi »⁵⁹. Cette formule a été depuis lors réitérée avec une particulière constance par le juge constitutionnel. Toutefois, la référence « à une autorité de l'Etat »⁶⁰ a souvent cédé sa place à celle d'« autorité publique »⁶¹. On remarquera que la première expression, contrairement à la seconde, est toujours accompagnée de la référence « à l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ». Aussi, le terme « autorité publique » semble-t-il implicitement devoir couvrir l'exercice d'un pouvoir réglementaire par des autorités non étatiques, au premier titre desquelles seraient concernées les autorités des collectivités territoriales.

Le pouvoir réglementaire consacré par l'article 21 de la Constitution est d'application première et générale. Cette possibilité de conférer un pouvoir réglementaire à des autorités autres que celles visées à l'article 21 de la Constitution n'est pas sans limite. Pour reprendre les expressions de L. FAVOREU, elle est limitée tant « en surface » qu'« en profondeur »⁶². L'habilitation à une autorité publique d'un pouvoir réglementaire ne peut concerner d'abord « que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »⁶³. Ensuite, elle ne doit intervenir que « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et les règlements »⁶⁴, c'est-à-dire, de manière plus explicite encore, que la compétence conférée à une autorité administrative indépendante « ne saurait s'exercer que dans le respect des règles essentielles posées par le législateur et des principes généraux fixés par décret en Conseil

⁵⁹ C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, RJC-I, p. 283 et s., Considérant n° 58. Pour une reconnaissance limitée et implicite antérieure : C.C., n° 83-167 DC, 19 janvier 1984, *Etablissements de crédit*, RJC-I, p. 177 et s., Considérants 15 à 17.

⁶⁰ C.C., n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, RJC-I, p.339 et s., Considérant n° 15 ; C.C., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Indépendance de la banque de France*, RJC-I, p. 537 et s., Considérant n° 13.

⁶¹ C.C., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse*, RJC-I, p. 365 et s., Considérant n° 30 ; C.C., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, RJC-I, p. 392 et s., Considérant n° 22 ; C.C., n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, RJC-I, p. 481 et s., Considérant n° 12 ; C.C., n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunication*, RJC-I, p. 675 et s., Considérant n° 11.

⁶² L. FAVOREU, « Chronique de jurisprudence (mars 1986-mars 1989) », *R.D.P.*, 1989, p. 447.

⁶³ C.C., n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, précitée, Considérant n° 15 ; C.C., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse*, précitée, Considérant n° 30 ; C.C., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Egalité entre Français et étrangers*, précitée, Considérant n° 22 ; C.C., n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, précitée, Considérant n° 12 ; C.C., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Indépendance de la banque de France*, précitée, Considérant n° 13 ; C.C., n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunication*, précitée, Considérant n° 11.

⁶⁴ C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, précitée, Considérant n° 58.

d'Etat »⁶⁵. Ainsi, d'un côté, l'article 21 s'oppose à l'attribution d'un pouvoir réglementaire de portée générale à d'autres autorités publiques que celles qu'il envisage. Le domaine d'intervention du pouvoir réglementaire ne sera que particulier et limité. Le contenu de ces mesures ne doit pas être trop général. A ce titre, le Conseil constitutionnel sanctionne la dévolution au C.S.A. d'une compétence lui permettant d'édicter « les règles déontologique concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci » qui a une « portée trop étendue »⁶⁶. A l'intérieur d'un domaine particulier, le contenu des mesures susceptibles d'être prises au titre de la compétence dévolue ne saurait couvrir un trop grand nombre d'objets. De l'autre, l'exercice de ce pouvoir réglementaire devra se faire dans le respect des lois et des règlements. Le pouvoir réglementaire des autorités indépendantes est limité et subordonné au pouvoir réglementaire national. Toujours sous le coup d'une éventuelle intervention de ce dernier, ce pouvoir réglementaire est par nature *résiduel*⁶⁷.

b) Un pouvoir de même nature des collectivités territoriales

Transposition de la solution aux collectivités territoriales. L'analyse que nous venons d'exposer est dans sa majeure partie transposable aux collectivités territoriales, sous réserve de l'existence d'une norme constitutionnelle, l'article 72, susceptible de servir de fondement à la dévolution d'une compétence réglementaire à ces dernières⁶⁸. On remarquera également que contrairement aux autorités administratives indépendantes, qui ne représentent en quelque sorte qu'un « démembrement du pouvoir central », les collectivités territoriales « représentent également une émanation directe de la société civile »⁶⁹. Selon l'article 72, ces collectivités « s'administrent librement par des conseils élus ». Malgré la disposition constitutionnelle à l'appui d'un pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, la transposition de la jurisprudence relative

⁶⁵ C.C., n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, *Liberté de communication, précitée*, Considérant n° 13.

Dans le même sens, le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision du 23 juillet 1996, *Réglementation des télécommunications*, que l'Autorité de régulation des télécommunications devait exercer sa « compétence réglementaire » « dans le respect des dispositions du Code des postes et télécommunication et de ses règlements d'application » (n° 96-378 DC, *précitée*, Considérant n° 12).

⁶⁶ C.C., n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel, précitée*, Considérant n° 16.

⁶⁷ Voir en ce sens : L. FAVOREU, « Chronique de jurisprudence (mars 1986-mars 1989) », *précité*, pp. 446-447.

⁶⁸ Pour des positions doctrinales retenant l'article 72 de la Constitution comme un fondement au pouvoir réglementaire local : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 477 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *précité*, p. 172, note n° 59 ; M. VERPEAUX, « Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité », *précité*, p. 39.

⁶⁹ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 214.

aux autorités administratives indépendante ne s'est effectivement réalisée que dans la décision du 17 janvier 2002.

Dispositions pertinentes de la loi de 2002 sur la Corse. Trois séries de dispositions déferées au Conseil constitutionnel sont pertinentes. Le II du nouvel article L. 4424-2 du Code général des collectivités territoriales (C.G.C.T.), qui contient deux dispositions distinctes nous intéresse au premier chef. Il dispose que :

« Le pouvoir réglementaire de la collectivité territoriale de Corse s'exerce dans le cadre des compétences qui lui sont dévolue par la loi.

Sans préjudice des dispositions qui précèdent, dans le respect de l'article 21 de la Constitution, et pour la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues en vertu de la partie législative du présent code, la collectivité de Corse peut demander à être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté publique ou d'un droit fondamental... ».

La première formule tend à consacrer l'existence d'un pouvoir réglementaire général au profit de la collectivité de Corse. Elle semble tirer les conséquences et indiquer les moyens juridiques permettant à cette collectivité de mettre en œuvre sa clause générale de compétence (hypothèse III.a). La seconde, intervenant « sans préjudice » de la première, institue une procédure permettant en dernière analyse à la collectivité de déroger à des dispositions réglementaires nationales, et donc de les exclure (hypothèse III.c)⁷⁰. L'interprétation combinée de ces deux formules tend à inscrire l'exercice du pouvoir réglementaire local dans le respect de celui national (première formule), puisqu'une procédure spécifique est prévue pour qu'il puisse déroger à ce dernier (deuxième formule). La troisième disposition qui nous intéresse est celle qui attribue une compétence particulière (hypothèse III.b), la politique culturelle, dénoncée comme excluant l'exercice du pouvoir réglementaire national (aboutissant à une hypothèse III.c)⁷¹. Sur ces trois dispositions, la décision rendue par le Conseil constitutionnel est significative. Tout en reconnaissant la possibilité au législateur de confier un pouvoir réglementaire aux collectivités locales (1°), son exercice est limité par le respect des lois et des règlements (2°). Sur ce dernier point, une difficulté d'interprétation surgit néanmoins (3°).

1°) La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local

⁷⁰ Voir en ce sens : Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi relative à la Corse, *J.O.R.F.*, Lois et règlements, 23 janvier 2002, p. 1540.

⁷¹ Voir : Saisine du Conseil constitutionnel en date du 18 décembre 2001 présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n° 2001-454 DC, *J.O.R.F.*, Lois et règlements, 23 janvier 2002, p. 1535.

L'argumentation retenue par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen du II de l'article L. 4424-2 nouveau du C.G.C.T. tend à s'insérer dans une certaine continuité jurisprudentielle. En effet, s'il est vrai qu'il s'agit d'une première reconnaissance générale d'un pouvoir réglementaire local, un tel pouvoir avait déjà été implicitement reconnu dans des décisions antérieures.

Une première consécration explicite... D'une part, le Conseil constitutionnel, par un considérant de principe, indique après avoir rappelé les termes de l'article 21 de la Constitution, « que, toutefois, [les dispositions de l'article 72 de la Constitution] permettent au législateur de confier à une catégorie de collectivité territoriale le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi », sous réserve de celles qui touchent à la mise en œuvre des libertés publiques⁷². Cette formule confirme trois principes déjà évoqués. L'article 72 de la Constitution permet au législateur de reconnaître un pouvoir réglementaire à une catégorie de collectivité territoriale. La Constitution protège donc l'existence d'un tel pouvoir *de manière médiate* car il doit être mise en œuvre par la loi. En effet, il n'existe pas de pouvoir réglementaire autonome des collectivités territoriales en dehors d'une habilitation législative expresse. Cette dévolution de compétence est cependant limitée dans son champ d'application puisqu'elle ne peut concerner que « certaines modalités d'application d'une loi ». Néanmoins, on ne retrouve pas la formule classique utilisée par le Conseil constitutionnel à propos des autorités administratives indépendantes. La limitation est ici relativement plus vague. Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'Etat avait quant à lui précisé que le législateur ne pouvait conférer un pouvoir réglementaire à la collectivité de Corse « qu'à condition que cette habilitation porte sur des mesures dont [il] définit précisément le champ d'application et les conditions de mise en œuvre »⁷³.

... inscrite dans une continuité jurisprudentielle. D'autre part, à la suite de ce considérant de principe, le Conseil constitutionnel précise la portée de la première formule du II de l'article L. 4424-2 nouveau. Il indique que ces dispositions « doivent être entendues comme *rappelant* que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale (...) ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi »⁷⁴. La précision selon laquelle, la consécration législative d'un pouvoir réglementaire n'est qu'un « rappel » revêt une double signification. D'un côté, le

⁷² C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse, précitée*, Considérant n° 12. Sur la limite tirée des libertés publiques, voir *supra*.

⁷³ C.E., avis, 3 février 2001, *Projet de loi « modifiant et complétant le statut de la collectivité territoriale de Corse*, Juris-Classeur, Collectivités territoriales, Statut constitutionnel, Collectivités territoriales dans l'Union européenne, à jour au 19 avril 2001, 8, 2001, Fasc. 21, § 114-1.

⁷⁴ *Loc. cit.*, Considérant n° 13 (souligné par nous).

juge constitutionnel valide en quelque sorte ce qu'il avait antérieurement reconnu de manière implicite au profit des collectivités territoriales. Il inscrit sa formule générale dans la lignée de sa jurisprudence en évitant ainsi de lui conférer une portée véritablement novatrice. De l'autre, il atténue fortement la portée de la reconnaissance faite par le législateur, en considérant qu'elle n'apporte rien à l'état du droit antérieur. J.-E. SCHOETTL considère dans le même sens que « les dispositions du II n'ont pas de portée normative propre »⁷⁵. Le pouvoir réglementaire apparaît comme inhérent à toute dévolution de compétence aux collectivités territoriales, sans qu'il soit besoin que la loi l'indique explicitement.

2°) Un exercice subordonné au respect de la loi et des règlements

Hypothèse III.a. C'est encore à l'occasion de l'examen de l'alinéa premier du II de l'article dénoncé que le Conseil constitutionnel émet une *réserve d'interprétation neutralisante* à la fois *positive* et *négative*. Selon la typologie dressée par T. DI MANNO, la première, qui « permet de sélectionner l'interprétation (...) conforme à la Constitution » et, par voie de conséquence, neutralise « parce qu'inconstitutionnelles, toutes les autres interprétations (...) possibles de la même disposition de loi »⁷⁶, se caractérise par l'utilisation par le Conseil constitutionnel d'expressions du type « doit être regardé comme... » ou « doit être entendue comme... »⁷⁷. La seconde, qui conduit à écarter un contenu normatif d'une disposition « non en se basant sur la norme conforme à la Constitution, mais, au contraire, en expurgeant la norme contraire au texte fondamental », se concrétise par l'utilisation de formules du type « ne peut être interprétée comme... » ou « ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de... »⁷⁸. La double neutralisation à laquelle procède le juge constitutionnel témoigne d'une volonté forte de verrouiller l'attribution d'un pouvoir réglementaire, en indiquant à la fois non seulement la signification de la disposition conforme à la Constitution et en écartant celle qui est contraire. Le Conseil constitutionnel considère de la sorte que les dispositions de l'alinéa premier du II « *doivent être entendues comme* rappelant que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale *dans le respect des lois et des règlements* ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ; qu'elles *n'ont ni pour objet ni pour effet* de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois » consacré par l'article 21 de la Constitution⁷⁹. Cette formule

⁷⁵ J.-E. SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *A.J.D.A.*, 2002, p. 101.

⁷⁶ T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives en France et en Italie*, P.U.A.M.-Economica, 1997, p. 200.

⁷⁷ *Loc. cit.*, p. 205 et s.

⁷⁸ *Loc. cit.*, respectivement p. 208 et p. 219 et s.

⁷⁹ C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse, précitée*, Considérant n° 13.

marque, sans qu'aucun doute ne soit permis, la subordination du pouvoir réglementaire local à celui national, même en présence d'une habilitation prétendument générale (hypothèse III.a). Elle fait écho à l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi qui subordonnait la constitutionnalité de la dévolution d'un pouvoir réglementaire à l'exigence qu'elle « ne porte pas atteinte à la compétence qui appartient au Premier ministre d'édicter des règles nationales applicables à l'ensemble du territoire »⁸⁰. Elle semble encore rappeler la formule retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*⁸¹. Le pouvoir réglementaire local est *résiduel*, il est toujours à la merci de l'intervention de celui national consacré par l'article 21 de la Constitution.

Hypothèse III.b. Ce même principe a été réaffirmé par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la disposition de loi conférant une compétence en matière culturelle à la collectivité de Corse. L'attribution directe d'une telle compétence dans un domaine particulier (hypothèse III.b) était interprétée par les requérants comme une volonté d'exclusion du pouvoir réglementaire national (hypothèse III.c). Or, le Conseil constitutionnel indique précisément que les compétences conférées à la collectivité de Corse en matière culturelle « devront être mises en œuvre dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que dans celui des lois et règlements auxquels il n'est pas explicitement dérogé par la volonté du législateur »⁸². La première partie de la formule ne pose pas de difficultés. Lorsqu'une compétence dans un domaine particulier est conférée par le législateur à une collectivité territoriale, et que rien n'est prévu sur la compétence du pouvoir réglementaire national, la collectivité reste soumise au respect de ce dernier. Plus problématique est la formule selon laquelle le législateur n'a pas « explicitement dérogé » au respect des lois et règlements. Deux interprétations sont possibles. D'un côté, dans le prolongement de ce qui a été jusqu'alors exposé, si le législateur avait explicitement dérogé à ce principe du respect du pouvoir réglementaire national, alors il aurait été censuré par le juge constitutionnel. De l'autre, cette formule pourrait être comprise comme permettant au législateur, par une volonté explicite en ce sens, de soustraire le pouvoir réglementaire local à celui national⁸³. Cette dernière interprétation doit être mesurée au regard de la position du Conseil constitutionnel sur le second alinéa du II de l'article L. 4424-2 nouveau du C.G.C.T. (hypothèse III.c).

⁸⁰ C.E., avis, 3 février 2001, *Projet de loi « modifiant et complétant le statut de la collectivité territoriale de Corse, précité.*

⁸¹ Voir *supra*.

⁸² C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Statut de la Corse, précité*, Considérant n° 29.

⁸³ Pour une interprétation générale en ce sens : J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 112 ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 238. *Contra* : L. FAVOREU, Intervention, in *Droit constitutionnel local, « Egalité et liberté locale dans la Constitution, op. cit.*, p. 44.

3°) Une difficulté d'analyse

Hypothèse III.c. La disposition de l'alinéa 2 du II de l'article L. 4424-2 du C.G.C.T. institue une procédure permettant en dernière analyse à la collectivité territoriale de Corse d'adopter des mesures réglementaires dérogeant à celles intervenues au niveau national, en raison des spécificités de l'île, sur habilitation législative. Même encadrée, cette procédure autorise le législateur à permettre au pouvoir réglementaire de la collectivité de Corse de déroger au pouvoir réglementaire national, et donc d'écarter un acte réglementaire national. Or, le Conseil constitutionnel admet la conformité à la Constitution d'une telle procédure en altérant de manière évidente la cohérence de sa position. D'un côté, il précise que l'exercice du pouvoir réglementaire local doit toujours se faire dans le respect des lois et des règlements, de l'autre que le législateur peut permettre qu'il puisse déroger à ces derniers. Ces deux affirmations sont parfaitement contradictoires : soit le législateur ne peut pas écarter le pouvoir réglementaire national (Considérant n° 13), soit il peut le faire (Considérant n° 14). Comment admettre en effet qu'en l'exonérant du respect d'un règlement national, le pouvoir réglementaire local soit tout de même soumis au respect de celui-ci. La seule interprétation susceptible de surmonter cette contradiction consiste dans l'admission de l'existence d'une éventuelle *compétence réservée* au pouvoir réglementaire local. En principe, il serait ainsi d'une manière générale soumis au respect de celui national. En revanche, de manière exceptionnelle, dans des cas limités, le pouvoir réglementaire national ne saurait soumettre celui local. En l'espèce la justification d'une telle réserve au profit des autorités locales est à rechercher dans les « spécificités de l'île », exigeant au nom d'une meilleure gestion locale la dérogation au pouvoir réglementaire national.

B - LA RECONNAISSANCE EXCEPTIONNELLE : UN POUVOIR RESERVE

Explicitation de l'hypothèse. Le principe selon lequel il est toujours possible au pouvoir réglementaire national d'adopter des mesures d'application des lois attribuant des compétences aux autorités des collectivités territoriales n'est pas absolu. Dans certaines situations, l'intervention de ce type de pouvoir est exclue, le pouvoir réglementaire local bénéficiera alors d'un *domaine réservé*. L'existence d'un tel domaine mérite quelques précisions. D'une part, elle ne signifie pas que les autorités locales sont à l'abri du « contrôle administratif » imposé par l'article 72 alinéa 3 de la Constitution. Les actes des autorités locales pris en ces domaines sont toujours susceptibles d'être contestés pour illégalité devant le juge administratif. D'autre part, la consistance du domaine réservé doit être explicitée. Lorsque la loi confère une compétence à une autorité locale, la possibilité d'encadrer cette dévolution de compétence sera dénié au pouvoir réglementaire national. Seul le pouvoir réglementaire local pourra préciser les

modalités d'application de la loi, d'encadrer l'exercice de la compétence dévolue. Ce n'est que selon cette acception que l'on peut parler de *domaine réservé*, c'est-à-dire un *domaine dans lequel le pouvoir réglementaire national est insusceptible d'encadrer la dévolution de compétence conférée par la loi à une autorité locale*.

Fondement et identification. Le fondement constitutionnel de cette réserve doit être recherché dans le principe de libre administration reconnu aux collectivités territoriales par l'article 72 de la Constitution. En premier lieu, le législateur, s'il lui appartient d'établir les conditions de la libre administration, n'en est pas pour autant libre dans l'exercice de cette compétence. Un minimum de liberté conféré aux collectivités territoriales s'impose à lui par le biais du principe de libre administration. D'une manière générale, le seuil minimum s'imposant au législateur réside dans l'interdiction de priver le principe de libre administration d'effectivité (a)). La répartition des compétences entre la loi et le règlement en matière de libre administration est ensuite susceptible d'emporter des conséquences devant le juge administratif (b)). L'intrusion d'un acte réglementaire dans le domaine de la loi, qui tend indirectement à restreindre l'autonomie locale, sera susceptible d'être censurée par le juge de l'excès de pouvoir. Enfin, le principe du respect des compétences *ratione materiae* semble devoir s'imposer au pouvoir réglementaire national de sorte que, dans certains cas, l'attribution d'une compétence à une autorité locale exclut la compétence d'une autorité nationale (c)). Cette dernière hypothèse est toutefois discutable au regard de l'orientation retenue relative à la possibilité d'encadrer l'exercice d'une compétence dévolue par la loi.

a) L'effectivité du principe de libre administration devant le Conseil constitutionnel

Le respect du principe de libre administration par le législateur se traduit de deux manières. De manière directe, il lui impose de garantir une effectivité de la liberté constitutionnellement reconnue aux collectivités territoriales. Dans le prolongement, et indirectement, il lui impose de respecter l'étendue de sa compétence sans renvoyer le cas échéant au pouvoir réglementaire national.

L'effectivité du principe de libre administration. La notion de libre administration, dépourvue de contenu normatif à l'origine, s'est traduite au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par un certain nombre d'exigences à la charge du législateur. La libre administration impose ainsi qu'elle soit exercée par des conseils élus⁸⁴, que les collectivités territoriales soient dotées d'attributions effectives⁸⁵, d'un

⁸⁴ L'article 72 de la Constitution dispose en effet que les collectivités territoriales « s'administrent librement par des *conseils élus* » (souligné par nous).

niveau suffisant de ressources⁸⁶, disposent d'une liberté contractuelle⁸⁷ et que soit maintenu le contrôle administratif de l'Etat⁸⁸. Au regard de ces différentes exigences, l'attribution par la loi de certaines compétences aux autorités locales, et donc d'un pouvoir de mise en œuvre de la loi, impose le respect d'un minimum de liberté au profit de ces autorités, et donc d'une autonomie de décision relative. Cette autonomie de décision est le corollaire de l'existence d'attributions effectives. A partir du moment où les organes des collectivités territoriales disposent d'attributions, elles doivent bénéficier des moyens juridiques pour les mettre en œuvre. Pour qu'elles soient effectives encore faut-il que les collectivités territoriales aient une certaine autonomie dans l'utilisation des moyens juridiques destinés à les réaliser⁸⁹. A ce titre, on parlera d'« autonomie fonctionnelle »⁹⁰ des collectivités territoriales. Selon la formule de J.-C. DOUENCE : « si le principe de libre administration a un sens, c'est évidemment que les autorités locales doivent disposer de l'ensemble des moyens juridiques nécessaires à l'exercice de leur fonctions légales, ou, si l'on préfère, à l'exercice de leurs compétences, dans les conditions prévues par la loi »⁹¹. Dans la mise en œuvre de la loi, une réserve minimale de compétence et une certaine liberté dans son exercice au profit des collectivités territoriales s'imposent en conséquence au législateur.

⁸⁵ Reprenant également l'exigence précédemment énoncée, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de libre administration implique que les collectivités territoriales doivent « disposer d'un conseil élu doté d'attributions effectives » (C.C., n° 85-196 DC, 8 août 1995, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie I*, RJC-I, p. 234 et s., Considérant n° 10 ; C.C., n° 87-241 DC, 19 janvier 1988, *Statut de la Nouvelle-Calédonie*, RJC-I, p. 330 et s., Considérant n° 6 ; C.C., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, RJC-I, p. 438 et s., Considérant n° 32).

⁸⁶ Selon une formule classique, le législateur ne peut « restreindre les ressources fiscales des collectivités territoriales au point d'entraver leur libre administration » (C.C., n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Etablissement d'impôts directs locaux, précitée*, Considérant n° 14 ; C.C., n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, RJC-I, p. 465 et s., Considérant n° 38).

⁸⁷ C.C., n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, RJC-I, p. 516 et s. ; C.C., n° 94-358 DC, 26 janvier 1995, *Aménagement et développement du territoire, précitée*.

Voir sur cette question : M. MAHOUACHI, *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, Aix-en-Provence, décembre 2001, dactylographiée.

⁸⁸ D'une manière large, le Conseil constitutionnel se réfère au respect des « prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 » de l'article 72 de la Constitution (« le délégué du gouvernement a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ») : C.C., n° 82-137 DC, 25 février 1982, *Décentralisation*, RJC-I, p. 117 et s., Considérant n° 4 ; C.C., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Statut de la Corse, précitée*, Considérant n° 19.

⁸⁹ Voir en ce sens : J.-M. AUBY, « Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses récentes », *précité*, p. 472J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales, op. cit.*, p. 109 et s. ; B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, pp. 282-283 ; F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *précité*, p. 1554 ; A. ROUX, in *Droit constitutionnel*, L. FAVOREU (coordonnateur), P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 417.

⁹⁰ L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *C.C.C.*, n° 12, 2002, p. 92.

⁹¹ J.-C. DOUENCE, « Elaboration du statut : compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée ? », contribution au Colloque d'Angers, *Les Cahiers du C.F.P.C.*, n° 13, octobre 1983, p. XIII.

Ressources fiscales. Cette autonomie de décision se retrouve en premier lieu en ce qui concerne les ressources fiscales des collectivités territoriales. Dans la décision du 25 juillet 1990, *Etablissement d'impôts directs locaux*, le Conseil constitutionnel a admis que le législateur pouvait déterminer « les limites à l'intérieur desquelles une collectivité territoriale peut être habilitée à fixer elle-même le taux d'une imposition établie en vue de pourvoir à ses dépenses »⁹². Ce n'est toutefois que parce que la limite effectivement posée en l'espèce a « un caractère temporaire (...) [qu'en] dépit des contraintes qu'il peut entraîner pour certains départements, n'est pas de nature à entraver le libre administration de la collectivité départementale »⁹³.

Dévolution d'une compétence. Cette autonomie de décision se manifeste en second lieu en cas de dévolution d'une compétence à une collectivité territoriale. Cette exigence s'est révélée de manière large dans la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1993 *Prévention de la corruption*. La loi déferée permettait au représentant de l'Etat de suspendre « pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités territoriales dans des domaines importants relevant de leur compétence ». Le Conseil constitutionnel a jugé que la loi privait « de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales »⁹⁴. De manière plus spécifique, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une loi qui, en attribuant une compétence aux départements pour attribuer l'allocation personnalisée autonomie, en définissait les conditions d'octroi. Il a considéré que le législateur « n'a pas méconnu les *compétences propres* des départements, ni privé d'attribution effective aucun organe départemental ». L'absence de censure s'explique parce que cette allocation répond « à une exigence de solidarité sociale » et que ces conditions permettent une égalité de traitement sur l'ensemble du territoire⁹⁵. L'encadrement de la compétence dévolue, par la précision des conditions d'octroi d'une prestation, alors qu'il s'agit d'une compétence propre, semble ici justifié par la présence d'un intérêt national. *A contrario*, en l'absence d'un intérêt national, le législateur aurait semble-t-il pu être censuré par la limitation qu'il prévoyait de l'autonomie de décision de la collectivité dans un domaine qui relève de sa compétence propre. Le même raisonnement est transposable à la décision du 29 mai 1990, *Droit au logement*⁹⁶. La loi déferée au Conseil constitutionnel prévoyait la mise en place d'un plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées. En principe, il était « élaboré et

⁹² C.C., n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Etablissement d'impôts directs locaux*, précitée, Considérant n° 14.

⁹³ C.C., n° 90-277 DC, 25 juillet 1990, *Etablissement d'impôts directs locaux*, précitée, Considérant n° 15.

⁹⁴ C.C., n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, précitée, Considérant n° 57.

⁹⁵ C.C., n° 2001-447 DC, 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, précitée, Considérant n° 6.

⁹⁶ Pour une interprétation en ce sens de la décision : B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 280-281.

mis en œuvre par l'Etat et le département » mais, en cas de désaccord à l'échelon local, il devait être arrêté par une décision conjointe des ministres chargés des collectivités territoriales, du logement et des affaires sociales. Le Conseil constitutionnel a reconnu que le logement des personnes défavorisées répond « à une exigence d'intérêt national » et que, dès lors, le législateur pouvait prévoir l'intervention « substitutive » des ministres. Nous reprendrons sur cette question les conclusions de B. FAURE selon lesquelles le juge constitutionnel consacre l'existence « d'un seuil minimum de décentralisation perceptible qualitativement (notion d'affaire locale) et quantitativement (« attributions effectives »)⁹⁷.

La sanction des incompétences négatives. Si le législateur ne peut pas limiter de manière excessive l'autonomie du pouvoir de décision des collectivités territoriales, il ne peut pas non plus permettre au pouvoir réglementaire national de le faire. Le législateur, lorsqu'il fixe les conditions de la libre administration, doit respecter l'étendue de sa compétence et, dans certaines hypothèses, il ne pourra renvoyer au pouvoir réglementaire national le soin de préciser les modalités d'application qu'il prévoit. Ainsi, « la dénonciation des *incompétences négatives* du législateur » traduit une « impossibilité de limiter la libre administration au plan réglementaire »⁹⁸. Le législateur sera censuré car il permet un encadrement de l'exercice de la compétence dévolue à une autorité locale par le pouvoir réglementaire national. Cette situation s'est présentée devant le Conseil constitutionnel dans la décision du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*. La formule utilisée par le juge est assez significative pour être retracée intégralement : « s'il est possible au législateur de prévoir une réglementation ouvrant aux communes (...) la possibilité de recourir au recrutement d'un nombre plus ou moins grand [de] collaborateurs (...), il ne pouvait sans méconnaître l'article 72 de la Constitution permettre à l'autorité réglementaire de subordonner le recrutement d'un collaborateur, même unique, à l'appartenance de la commune à une catégorie pour laquelle l'autorité réglementaire estimerait un tel recrutement justifié »⁹⁹. En ouvrant la possibilité aux communes de recourir à des collaborateurs, le législateur ne pouvait permettre au pouvoir réglementaire national de limiter, pour des motifs que ce dernier établirait, cette possibilité. L'incompétence négative du législateur trouve son origine dans la compétence trop large conférée au pouvoir réglementaire national, et dans la possibilité qui est donnée à ce dernier d'encadrer la compétence conférée au pouvoir réglementaire local. La libre administration implique l'existence d'une sphère minimale de liberté réservée aux autorités locales et à l'abri de toute intrusion réglementaire nationale.

⁹⁷ B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, op. cit., p. 289.

⁹⁸ B. FAURE, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *précité*, p. 1545.

⁹⁹ C.C., n° 84-168 DC, 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*, RJC-I, p. 180 et s., Considérant n° 19.

Synthèse. Dans les deux situations abordées, le législateur devra respecter l'autonomie de décision des collectivités territoriales au regard du principe de libre administration. Lorsqu'un pouvoir d'application de la loi est conféré par le législateur aux autorités locales, ce dernier sera tenu de laisser un minimum d'espace de liberté excluant soit l'institution de mécanismes législatifs trop attentatoires aux libertés locales, soit la dévolution d'une compétence au pouvoir réglementaire national. Le pouvoir réglementaire local bénéficie d'un domaine d'intervention réservé qu'il est cependant impossible de déterminer *a priori*. C'est en fonction des espèces qui lui sont soumises que le juge constitutionnel établira les frontières de ce domaine. Les notions de compétences propres ou d'intérêt local sont des éléments susceptibles d'être pris en compte dans cette appréciation, et de concrétiser des « espaces juridiques locaux privilégiés »¹⁰⁰. Ce respect de l'autonomie locale imposé au législateur emporte également des conséquences au regard de l'exercice du pouvoir réglementaire national.

b) La répartition du domaine loi/règlement devant le juge administratif

Un acte réglementaire national, encadrant l'exercice d'une compétence dévolue par la loi à une autorité locale, est susceptible d'être déféré devant le juge pour excès de pouvoir. Les moyens invocables à son encontre relèvent plutôt du respect de la répartition des compétences loi/règlement pour la mise en œuvre du principe de libre administration, que du respect du principe lui-même. Ce n'est pas autant l'atteinte à l'autonomie du pouvoir de décision d'une autorité locale qui sera sanctionnée, que l'incompétence du pouvoir réglementaire intervenant dans le domaine de la loi. Toutefois, indirectement au moins, au regard des conséquences qu'emporte l'éventuelle annulation pour incompétence, c'est bien l'autonomie des autorités locales qui est préservée. On ne peut enfin totalement exclure, même si nous le ferons faute d'exemple, le cas où le juge administratif censurerait directement un acte réglementaire pour méconnaissance du principe de libre administration. Ce principe, qui s'impose au législateur devant le juge constitutionnel, serait alors opposé au pouvoir réglementaire, en l'absence d'écran législatif, devant le juge administratif.

Jurisprudence constitutionnelle sur la répartition loi/règlement. Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la répartition des compétences entre la loi et le règlement en matière de décentralisation est dominée par la notion « de principes fondamentaux de la libre administration ». L'établissement de ces principes relève de la compétence du législateur, ils ne peuvent être mis en cause par le pouvoir réglementaire. En conséquence, selon une interprétation *a contrario* de l'article 34 de la

¹⁰⁰ B. FAURE, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *précité*, p. 1548.

Constitution, tout ce qui ne met pas en cause les principes fondamentaux de la libre administration relève du domaine réglementaire¹⁰¹. Dans le prolongement, selon une présentation doctrinale traditionnelle, le pouvoir réglementaire ne saurait créer, lorsqu'il intervient en application d'une loi, d'obligation nouvelle à la charge d'une collectivité ou aggraver une obligation existante¹⁰². Toute obligation à la charge d'une collectivité locale relèverait des principes fondamentaux de la libre administration, et donc de la compétence exclusive du législateur.

Exercice du pouvoir réglementaire national « spontané ». Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le moyen tiré de la méconnaissance du principe de libre administration par un décret. Dans un arrêt du 23 janvier 1970, *Sieur Musso*, pour écarter le moyen, il a jugé que le décret « n'impose aucune obligation aux collectivités locales et leur ouvre seulement » une faculté¹⁰³. L'atteinte à l'autonomie des collectivités locales, par le biais du moyen tiré de la violation de la libre administration, est indirectement jugé au regard de la compétence du pouvoir réglementaire. Comme il n'impose pas d'obligation nouvelle à une collectivité, il pouvait légitimement mettre en œuvre la loi. De manière directe, le Conseil d'Etat a été saisi de l'illégalité d'un décret intervenant en matière de décentralisation, pour incompétence, dans un arrêt du 3 juin 1983, *Dame Vincent*. Il a jugé que le décret examiné intervenait dans un domaine qui relevait « du régime de la libre administration des collectivités locales au sens de l'article 72 de la Constitution ; qu'il ne pouvait être ainsi modifié que par une loi »¹⁰⁴. Le décret est alors censuré en raison de « l'incompétence du pouvoir réglementaire national à intervenir *proprio motu* dans une matière réservée à la loi »¹⁰⁵. Ces deux arrêts visent indirectement à protéger l'autonomie du pouvoir réglementaire des collectivités locales en censurant l'intervention d'un acte réglementaire national encadrant son exercice. Ils ne semblent

¹⁰¹ Voir par exemple : C.C., n° 64-29 L, 12 mai 1964, *Administration départementale et commerciale*, RJC-II, p. 16 et s., Considérant n° 1 ; C.C., n° 71-69 L, 1^{er} avril 1971, RJC-II, p. 45 et s., Considérant n° 2 ; C.C., n° 73-76 L, 20 février 1973, RJC-II, p. 51 et s., Considérant n° 1 ; C.C., n° 75-84 L, 19 novembre 1975, *Code d'administration communale*, RJC-II, p. 61 et s. ; C.C., n° 76-89 L, 2 juin 1976, RJC-II, p. 66 et s. ; C.C., n° 80-120 L, 30 décembre 1980, RJC-II, p. 95 et s., Considérant n° 2 ; n° 87-149 L, 20 février 1987, RJC-II, p. 121 et s., Considérant n° 4.

Voir également pour le Conseil d'Etat en dehors des exemples qui seront cités ultérieurement : C.E., Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, A.J.D.A., 1981, p. 429.

¹⁰² N. CHARID-NOURAI, Conclusions sur C.E., Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, R.F.D.A., 1989, p. 397 ; B. FAURE, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *précité*, p. 1546 ; *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 260 et s. ; A. ROUX, in *Droit constitutionnel*, L. FAVOREU (coordonnateur), P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 418-419.

Pour une décision du Conseil constitutionnel en ce sens : C.C., n° 88-154 L, 10 mars 1988, RJC-II, p. 127, Considérant n° 4.

¹⁰³ C.E., 23 janvier 1970, *Sieur Musso et ordre des avocats du barreau de Paris*, Rec., p. 47 et s.

¹⁰⁴ C.E., 3 juin 1983, *Dame Vincent*, A.J.D.A., 1983, p. 479.

¹⁰⁵ O. JOUANJAN, Note sous C.E., avis, 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, *précité*, p. 308.

pouvoir être compris toutefois qu'en l'absence d'une habilitation directe du pouvoir législatif au pouvoir réglementaire national. Ce dernier intervient de manière spontanée, sur le fondement de l'article 21 de la Constitution, sans habilitation expresse du législateur (hypothèses I et III).

Exercice du pouvoir réglementaire national sur habilitation législative. Le Conseil d'Etat a également eu à connaître d'un moyen tiré de l'incompétence du pouvoir réglementaire national, pour violation des articles 34 et 72 de la Constitution, alors qu'il existait un fondement législatif à son intervention. Dans une telle hypothèse, la difficulté provient précisément de l'existence d'une telle habilitation qui tend à faire écran entre l'acte réglementaire et le principe de répartition des compétences établi par la Constitution. L'acte réglementaire sera pourtant susceptible d'être censuré non pour une méconnaissance de la Constitution, mais de la loi. L'arrêt du 27 novembre 1992, *Fédération Intervo C.F.D.T. et autres* est significatif sur cette question. Un décret était intervenu pour définir les modalités d'application de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 sur habilitation de cette même loi. Le Conseil d'Etat considère que l'habilitation « comportait nécessairement la définition des conditions de la mise en œuvre de la règle » fixée par la loi. Il en résulte qu'en prenant des dispositions précisant cette règle, « le Gouvernement n'a donc pas excédé les limites de l'habilitation législative qu'il avait reçue ». Le juge administratif en conclut « qu'ainsi les requérants ne sauraient utilement se prévaloir à l'encontre desdites dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution qui réservent au législateur, la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales »¹⁰⁶. Le raisonnement du juge doit être reconstruit. La violation des articles 34 et 72 de la Constitution est invoquée par les requérants à l'encontre d'un décret d'application de la loi, explicitement prévu par cette dernière. Il s'agissait de savoir si le décret intervenait dans les « principes fondamentaux de la libre administration ». Face à ce moyen, le juge vérifie que le pouvoir réglementaire national n'a pas excédé l'étendue de l'habilitation conférée par le législateur. Il veille à ce que cette habilitation implique « nécessairement la définition des conditions de mise en œuvre » de la loi. L'« écran législatif » ne jouera que si l'acte réglementaire trouve effectivement son fondement dans la loi. C'est le cas en l'espèce, en conséquence le moyen tiré de la violation des articles 34 et 72 de la Constitution est écarté. En revanche, en l'absence d'une telle habilitation, le juge aurait directement apprécié la conformité du décret à ces dispositions constitutionnelles. Le cas échéant, le décret aurait pu être annulé parce qu'il mettait en cause les principes fondamentaux de la libre administration. L'autonomie des collectivités territoriales est ainsi protégée, même en présence d'une habilitation législative, de l'intervention du pouvoir réglementaire national. A partir du

¹⁰⁶ C.E., 27 novembre 1992, *Fédération Intervo C.F.D.T. et autres*, R.F.D.A., 1994, p. 779 et s.

moment où ce dernier excède l'étendue de cette habilitation, il sera censuré lorsqu'il touche aux principes fondamentaux de la libre administration.

c) Le respect de la répartition des compétences *ratione materiae*

Réserve *ratione materiae* devant le juge administratif. L'analyse sous l'angle de la répartition des compétences *ratione materiae* n'est qu'en partie pertinente pour notre analyse. Elle tend à envisager la question des rapports entre pouvoirs réglementaires national et local, non en termes de *hiérarchie*, mais en termes de *domaine de compétence*. La préservation de la répartition des compétences est particulièrement évidente lorsque le législateur confère à une autorité une compétence pour prendre une mesure individuelle ou accorder une autorisation. Lorsque une autorité administrative indépendante, ou un ministre, est habilité par le législateur à donner une autorisation, cette dernière ne pourra être accordée par le Premier ministre. Ainsi, alors qu'un décret conférerait une compétence au ministre des finances et des affaires économique pour attribuer des licences d'importation, le Conseil d'Etat a estimé que les dispositions de ce décret « ne confèrent au Président du Conseil aucun pouvoir pour accorder une telle autorisation ; que l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946 alors en vigueur [selon lequel : « Le Président du Conseil des ministres assure l'exécution des loi »] ne permettrait pas davantage au Président du Conseil de se substituer à l'autorité désignée par les dispositions ci-dessus rappelée »¹⁰⁷.

Encadrement d'une compétence réglementaire dévolue à une autorité administrative. Cette présentation ne concerne pas directement notre étude, puisqu'il s'agit de la possibilité pour le pouvoir réglementaire national d'encadrer l'exercice d'une compétence conférée par la loi à une autorité locale. Le même raisonnement est toutefois transposable. A partir du moment où la loi confère à une autorité administrative indépendante, ou à une autorité locale, le soin d'encadrer la mise en œuvre d'une compétence qu'elle leur confie, toute intervention de l'autorité nationale pour encadrer cette compétence serait illégale. Dans un arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat a ainsi jugé, à propos de la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire à des organismes professionnels, que « le gouvernement ne peut exercer les pouvoirs généraux qui lui sont (...) reconnus (...) [par une disposition de loi générale] qu'à la condition qu'une disposition législative spéciale postérieure n'ait pas habilité une autre autorité à régler, en tout ou partie » la même question¹⁰⁸. Cette présentation se heurte toutefois à la

¹⁰⁷ C.E., Sect., 12 novembre 1965, *Compagnie marchande de Tunisie, Rec.*, p. 602 et s. ; conclusions N. QUESTIAUX, *A.J.D.A.*, 1966, p. 167 et s.

¹⁰⁸ C.E., Ass., 25 octobre 1957, *Sieur Duval, Rec.*, p. 556 et s. (à propos du pouvoir réglementaire confié au Conseil supérieur des notaires). Voir pour une affirmation identique concernant le pouvoir

possibilité pour le Premier ministre, sur le fondement de l'article 21 de la Constitution, d'intervenir d'une manière générale pour préciser les conditions d'application de la loi. L'illégalité présumée serait ainsi couverte par une norme de niveau supérieur, une norme constitutionnelle¹⁰⁹. Le principe d'une *compétence spéciale* conférée par la *loi* à une autorité locale se heurte à la *compétence générale* confiée par la *Constitution* au Premier ministre. Potentiellement, la position du Conseil constitutionnel, fondée sur l'article 21 de la Constitution, permettant d'une manière générale au Premier ministre d'intervenir pour préciser les modalités d'application, peut se heurter à celle du Conseil d'Etat qui au moment de l'application de la loi considérerait comme illégale l'intervention de celui-ci dans un domaine confié par la loi à une autre autorité¹¹⁰. Le seul moyen de sortir de l'impasse consisterait à « rehausser » dans la hiérarchie des normes, la compétence spéciale conférée par la loi à une autre autorité que le Premier ministre, ce qui n'est possible que pour les autorités locales, et non les autorités administratives indépendantes. La possibilité pour le législateur de conférer une compétence spéciale aux autorités locales, qui lui serait réservée, serait alors couverte par l'article 72 de la Constitution. La *compétence spéciale* conférée par le législateur, bénéficiant de la couverture constitutionnelle de l'article 72 de la Constitution, l'emporterait sur la *compétence générale* du Premier ministre tirée de l'article 21, selon le principe de spécialité.

Conclusion. La décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 sur le statut de la Corse a permis de lever un certain nombre d'incertitudes sur le principe même de la reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir réglementaire local et sur les rapports qu'il entretient avec le pouvoir réglementaire national. Le pouvoir réglementaire local apparaît comme un *pouvoir résiduel*, toujours susceptible d'être encadré par le pouvoir réglementaire national. Un point demeure toutefois encore obscur : la possibilité pour le législateur d'écarter le pouvoir national au profit de celui local. Le juge constitutionnel a d'un côté admis la conformité à la Constitution d'une procédure instituée par le législateur permettant à une autorité locale d'intervenir de manière dérogatoire aux règlements nationaux. Cette possibilité n'est admise que parce qu'elle est soumise au respect d'une procédure, qu'elle n'est pas automatique, et qu'elle intervient *a posteriori*. De l'autre, il n'a pourtant pas admis d'une manière générale que le législateur puisse directement et *a priori* écarter l'intervention nationale au profit de l'intervention locale. Il semble, pour éviter toute contradiction avec l'article 21 de la Constitution, que

réglementaire confié à la Chambre nationale des commissaires priseurs : C.E., Ass., 2 mai 1958, *Sieur Martin-Caille, Rec.*, p. 254 et s.

¹⁰⁹ Sur cette problématique : B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 235 et s. ; C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *précité*, p. 176 et s.

¹¹⁰ Sur une éventuelle contradiction des jurisprudences administrative et constitutionnelle sur ce point à propos des autorités administratives indépendantes : C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », *précité*, p. 178.

toute exclusion éventuelle du pouvoir réglementaire national, au même titre que la dévolution d'un tel pouvoir à une autre autorité, ne soit admise que si elle concerne « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Selon une perspective plus générale, la présentation traditionnelle reconnaissant aux entités territoriales d'un Etat fédéral, une « autonomie constitutionnelle », d'un Etat régional, une « autonomie législative », et d'un Etat unitaire, une « autonomie administrative », mérite d'être revue au regard de l'exemple français. Il n'y a d'« autonomie administrative » des collectivités territoriales par rapport au pouvoir réglementaire national que si le législateur a expressément, sous réserve du respect de certaines conditions, consacré une telle autonomie.