

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Jusqu’en 2011, les communes rurales et leurs groupements émergeaient à un double mécanisme de financement par l’Etat de leurs projets d’investissement, répondant à des conditions et critères propres et faisant intervenir des commissions d’élus distinctes : la dotation globale d’équipement des communes (DGE), d’une part, et la dotation de développement rural (DDR), d’autre part. Dans une logique de simplification, l’article 179 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 a fusionné ces dotations en une **dotation d’équipement des territoires ruraux**, la DETR. Prévues dans son principe à l’article L. 2334-32 du code général des collectivités territoriales et attribuée aux communes et leurs groupements répondant à des conditions d’éligibilité fixées à l’article L. 2334-33, elle est répartie entre, d’une part, les communes et leurs groupements de Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna et la Polynésie française, sur une base majorée¹ et, d’autre part, pour la quote-part restante, entre les départements².

L’article L. 2573-54 du même code a rendu applicables en Polynésie française certaines dispositions relatives à la DETR, mais pas celles de l’article L. 2334-36 qui fixent les modalités de son attribution et, en particulier, qui reprennent le principe, déjà applicable à la DGE³ et à la DDR, d’une **subvention par opération sélectionnée par le préfet**, par opposition à une **dotation libre d’emploi**.

C’est cette « non-extension », qui existait déjà sous l’empire de la DGE⁴, qui explique que, jusqu’en 2020, les communes polynésiennes de plus de 20 000 habitants – c’est-à-dire Faa’a, Punaauia et Papeete, ont pu bénéficier de la DETR sous forme d’une dotation budgétaire libre

¹ Art. L. 2334-34

² Selon une clé fixée à l’article L. 2334-35

³ A l’origine (1983), la DGE était une subvention budgétaire globalisée, qui se substituait à la plupart des subventions d’équipement ministérielles. La loi n° 85-1352 du 20 décembre 1985 relative à la DGE y a substitué, pour la 2nde part (bénéficiant aux communes de moins de 2000 habitants), un mécanisme de subventionnement de projets sélectionnés par le préfet (art. 103-3 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983) étendu ensuite à l’ensemble de la dotation (art. L. 2334-34 du CGCT) par la loi de finances pour 1996 (qui a supprimé la première part).

⁴ V. l’article 104-1 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, issu de l’article 6 de la loi n° 85-1352 du 20 décembre 1985 relative à la DGE. Ce dernier se bornait à poser le principe du subventionnement d’opérations déterminées pour Mayotte et Wallis-et-Futuna ; pour la Polynésie française, il renvoyait à un décret en Conseil d’Etat le soin de déterminer les modalités de répartition entre les bénéficiaires.

d'emploi, alors que les communes de 20 000 habitants et moins étaient, elles, alignées sur le régime métropolitain de la subvention de projet⁵. Le décret n° 2020-98 du 5 février 2020 est revenu sur ce régime de faveur dans un nouvel article R. 2573-54, ce qui a évidemment contrarié les deux communes requérantes. A l'appui du recours qu'elles ont introduit contre ce décret, elles soulèvent une QPC dirigée contre les dispositions de la section du CGCT consacrée à la DETR et l'article L. 2573-54 qui rend applicables certaines d'entre elles en Polynésie française.

Sous réserve de l'article L. 2334-34 que nous avons mentionné, qui implique nécessairement que la DETR est versée en Polynésie française, les dispositions de droit commun régissant la DETR sont par elles-mêmes inapplicables au litige, qui ne porte pas sur la constitutionnalité du dispositif métropolitain. Ce qui est en cause, c'est **l'article L. 2573-54, qui rend applicable certaines de ces dispositions en Polynésie française**. Plus précisément : ces dispositions ne sont pas critiquées en plein, mais seulement en tant qu'elles ne prévoient pas les conditions d'attribution de la DETR⁶. Elles tendent ainsi, comme c'est classiquement le cas des QPC « en tant que ne pas », à ce que la loi soit complétée pour assurer sa conformité à la Constitution. Précisons, en écho aux écritures des communes, que l'article L. 2334-39, qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat la fixation des modalités d'application des règles législatives encadrant la DETR, n'a pas été rendu applicable en Polynésie⁷, qu'il ne saurait ainsi être la base légale du décret attaqué et que cette disposition est inapplicable au litige. C'est d'ailleurs à notre avis par erreur, issue d'une survivance historique, que les dispositions réglementaires relatives à la DETR dans cette collectivité ont été prises et modifiées par décret en Conseil d'Etat et sont codifiées en « R. » dans le CGCT⁸.

Le Conseil constitutionnel ne s'est jamais penché sur ces dispositions.

La question n'est pas nouvelle. Elle consiste à reprocher au législateur de ne pas avoir épuisé sa compétence en s'abstenant de fixer les modalités de répartition et d'attribution de la DETR en Polynésie française, ce qui affecterait, d'une part, le principe d'égalité devant la loi et, d'autre part, le principe de libre administration des collectivités territoriales, au titre de leur

⁵ Cette dichotomie existait déjà, pour la DGE, en vertu du décret n° 86-419 du 12 mars 1986 relatif à la dotation globale d'équipement des communes des territoires d'outre-mer et de la collectivité territoriale de Mayotte.

⁶ Il n'est évidemment pas reproché au législateur de ne pas avoir rendu applicable l'article L. 2334-36 du CGCT, qui pose le principe du subventionnement sur projets, puisque les communes requérantes souhaitent conserver une dotation globale. Ces dernières ne soutiennent en revanche pas clairement que la loi aurait dû prévoir que la DETR serait, en Polynésie française, une dotation libre d'emploi. On comprend qu'elles cherchent à faire tomber le décret « par tous les moyens », y compris cette QPC...

⁷ C'est l'ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 portant extension des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics qui a (par erreur ?) supprimé le renvoi au décret en Conseil d'Etat pour la fixation des modalités de la DGE (devenue DETR) en Polynésie française.

⁸ On notera d'ailleurs qu'il résulte du 6° de l'article L. 2573-1 du CGCT que les renvois aux décrets en Conseil d'Etat sont remplacés par des renvois à des décrets simples pour la Polynésie, sauf disposition expresse contraire. Nous ne pensons pas, par ailleurs, que ces dispositions réglementaires soient prises sur le fondement de l'article 198 de la loi organique relative à la Polynésie française, qui renvoie à des décrets en Conseil d'Etat le soin de fixer ses modalités d'application. Le chapitre III du titre VII de la deuxième partie CGCT, consacré aux communes de Polynésie française, comporte pour l'essentiel des dispositions en D., ce qui témoigne que la loi organique n'en est pas la base légale générale (elle l'est en revanche des articles R. 2573-34 à 42).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

autonomie financière, garantis par les articles 72 et 72-2 et, s'agissant d'une collectivité régie par l'article 74, par les deux premiers alinéas de ce dernier article (V. pour ce fondement combiné : n° 2014-386 QPC du 28 mars 2014).

La question ne peut être sérieuse que si, d'une part, la loi est entachée d'incompétence négative et si, d'autre part, cette dernière affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit⁹.

La question la plus délicate est celle de l'incompétence négative. Elle se pose en miroir, au stade de l'examen du recours contre le décret, au titre de la compétence du pouvoir réglementaire. Nous vous en entretiendrons en premier lieu, quoique la question pourra être esquivée aujourd'hui.

La discussion tourne exclusivement autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003. Celle-ci juge que le législateur n'est pas resté en-deçà de la compétence que lui confère l'article 34 de la Constitution, au titre de la détermination des principes fondamentaux des ressources des collectivités territoriales, en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les modalités de répartition de la dotation de continuité territoriale entre les collectivités d'outre-mer, en tenant compte notamment de certains critères. Mais il ressort tant de la rédaction de sa décision que de son commentaire aux cahiers que la solution a été déterminée par le fait qu'il s'agissait d'une subvention versée par l'Etat pour l'exercice d'une **compétence facultative** des collectivités bénéficiaires. Plus largement, le commentaire relève, en approuvant implicitement cette doctrine, que, jusqu'à présent, le législateur n'a guère encadré les modalités d'attribution aux collectivités territoriales de deux catégories de subventions : d'une part, les subventions non globalisées et affectées à un objet particulier ; d'autre part, les subventions qui ne sont pas assorties d'une « obligation de faire » pour leurs bénéficiaires. *A contrario*, on croit comprendre que le législateur doit en revanche fixer les modalités d'attribution des subventions globalisées finançant des dépenses obligatoires, comme la dotation globale de fonctionnement.

En l'occurrence, il ressort de l'appellation même de la DETR et des travaux préparatoires de la loi selon lesquels elle a le même objet que les deux dotations qu'elle remplace, et qui ne traduisent pas une volonté du législateur d'en différencier l'objet entre métropole et collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, qu'il s'agit d'une dotation destinée à financer les investissements des communes situées en milieu rural afin de favoriser leur développement et d'y assurer le maintien des services publics. Sans doute ces investissements peuvent-ils porter sur des infrastructures destinées à accueillir des services publics obligatoires, encore qu'il existe par ailleurs une dotation territoriale pour l'investissement des communes de Polynésie française, qui finance essentiellement des investissements relevant de compétences obligatoires¹⁰. Mais aucune obligation de faire n'est assignée aux communes bénéficiaires par la loi. Une commune peut tout à fait ne pas émarger au mécanisme de la DETR, soit qu'elle n'a pas de projet d'investissement, soit que son ou ses projets n'ont pas été retenus. Elle n'en doit pas moins exercer ses compétences obligatoires. Et compte tenu des

⁹ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines – FO.

¹⁰ Art. L. 2573-54-1

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

montants en jeu, il est éminemment douteux que le seul fait que la DETR ne lui soit pas allouée puisse la placer dans l'impossibilité de le faire.

Il n'est donc pas certain que **les modalités d'attribution d'une subvention d'équipement comme la DETR et, notamment, la question de savoir si elle est versée globalement ou projet par projet, relèvent des principes fondamentaux des ressources des collectivités territoriales au sens de l'article 34 de la Constitution.**

A supposer qu'on réponde par la négative, on se heurterait toutefois à un autre chef de compétence législative, qui figure à l'article 72-2 de la Constitution. Ce dernier garantit aux collectivités territoriales le bénéfice de ressources dont elles peuvent disposer librement « dans les conditions fixées par la loi ». Il a été jugé par la même décision du 17 juillet 2003 que cette disposition « n'interdit nullement au législateur d'autoriser l'Etat à verser aux collectivités territoriales des subventions dans un but déterminé » (cons. 15)¹¹. Mais outre qu'on peut hésiter, en opportunité, à consacrer un monopole du législateur pour ce faire¹², il nous semble en tout état de cause qu'il y a peu d'effort à consentir pour lire la loi comme autorisant, sinon comme contraignant¹³, le pouvoir réglementaire à prévoir le versement de la DETR sous forme de subvention de projet en Polynésie française :

- d'une part, l'absence d'extension de l'article L. 2334-36 pourrait s'interpréter non pas comme un oubli, mais comme la manifestation du souhait du législateur de confier au pouvoir réglementaire le soin de déterminer la forme que prendra la DETR, entre les deux formules possibles qu'il aurait ainsi autorisées dans leur principe ;
- d'autre part, l'article L. 2573-54 du CGCT rend applicable dans cette collectivité l'article L. 2334-38 selon lequel : « Les investissements pour lesquels les communes et leurs groupements à fiscalité propre sont susceptibles de recevoir des subventions de l'Etat dont la liste est fixée par voie réglementaire ne peuvent être subventionnés au titre de la dotation d'équipement des territoires ruraux ». Outre la référence à des subventions au titre de la DETR pour le financement d'investissements précis, cette règle de subsidiarité n'a réellement de sens que si la DETR est affectée à une opération déterminée. Si elle devait prendre la forme d'une dotation globale, venant abonder de manière indifférenciée la section d'investissement de la collectivité, celle-ci pourrait aisément alléguer¹⁴ que tels ou tels travaux ont été financés par une autre

¹¹ Le commentaire aux cahiers emprunte un raccourci : « Le premier alinéa de l'article 72-2 n'interdit pas à l'Etat d'allouer aux collectivités territoriales des subventions dans un but déterminé ».

¹² Ce qui interdirait du même coup à l'Etat de verser d'initiative un concours financier affecté à une collectivité territoriale, en-dehors peut-être des « subventions pour travaux » prévus dans leur principe, et sans autre encadrement législatif d'ailleurs, par l'article L. 2335-5 du CGCT.

¹³ Dans cette lecture, c'est la règle de la dotation globale qui serait fragile. Mais on pourrait encore estimer que le législateur, en se refusant à rendre applicable l'article L. 2334-36, ne l'a pas exclue et que la règle de non-cumul vise seulement le cas où la DETR est versée pour une opération précise...

¹⁴ Hormis le cas où elle ne financerait qu'un seul investissement, ou un investissement d'un montant tel que la mobilisation de la DETR serait indispensable (sachant que la section d'investissement comprend les recettes issues du FCTVA, des subventions locales et européennes, ainsi que des emprunts).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

ressource de la même section pour bénéficier à ce titre d'une subvention ministérielle¹⁵.

Vous noterez au passage que, pour illustrer la légèreté traditionnelle de l'encadrement législatif des dotations affectées et des dotations pour l'exercice de compétences facultatives, le commentaire aux cahiers que nous évoquions tout à l'heure fait justement référence à la disposition, alors prévue à l'article L. 2334-39 du CGCT, qui prévoyait que les investissements bénéficiant de subventions spécifiques n'étaient pas pris en compte pour le calcul des attributions de DGE¹⁶.

Nous ne sommes donc pas persuadé que le législateur soit resté en-deçà de sa compétence. Le doute serait néanmoins suffisant pour justifier le renvoi de la question au Conseil constitutionnel, si l'on était par ailleurs convaincu qu'un droit ou une liberté garanti par la Constitution était susceptible d'être affecté. Mais tel n'est pas le cas.

Si on estime qu'il n'appartient qu'au législateur de prévoir qu'un concours financier de l'Etat aux collectivités territoriales sera affecté à une opération déterminée, et que, dans le silence supposé de la loi, il y a lieu de l'interpréter comme prévoyant le versement d'une **dotation globale**, alors la libre administration des collectivités territoriales n'est en rien affectée, si ce n'est par un décret qui serait, alors, illégal et que vous devriez annuler. Et dans ce cadre de raisonnement, il n'y a aucune place – légale - pour une différenciation de régimes entre collectivités, de sorte que le principe d'égalité ne saurait davantage être mis à mal.

Si on considère que le législateur ne pouvait étendre la DETR en Polynésie française sans fixer en même temps ses modalités d'attribution et que, faute de l'avoir fait, le dispositif est paralysé – puisque le pouvoir réglementaire serait lui-même incompétent pour y pourvoir, on voit mal comment un droit ou une liberté pourrait en être affecté. En tout état de cause :

- d'une part, on a vu que la **libre administration des collectivités territoriales et leur autonomie financière** ne faisaient pas obstacle à un mécanisme de subvention sur projets. Le silence de la loi ne priverait donc d'aucune garantie légale ces exigences constitutionnelles¹⁷ ;

¹⁵ La rédaction de cette disposition est issue de la loi de finances qui a créé la DETR, qui a toujours été conçue, dans le droit commun, comme un mécanisme de subvention affectée.

¹⁶ La règle de non cumul est issue de la loi n° 83-1186 du 29 décembre 1983 portant modification de dispositions relatives aux relations financières et aux transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités locales. La rédaction de l'article 108 bis de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 était alors adaptée au caractère global de la dotation. Curieusement, la rédaction de la loi n'a pas évolué jusqu'à la création de la DETR, alors que la DGE s'est transformée, en deux temps, en subvention affectée. En revanche, alors que l'article 6 du décret n° 84-108 du 16 février 1984 réitérait la règle législative, l'article R. 2334-19 du CGCT, créé en 2000, a retenu une rédaction proche de l'actuel article L. 2334-38, adapté au caractère « fléché » de la DGE : « *Ne peuvent donner lieu à subvention les investissements pour lesquels les communes et leurs groupements sont susceptibles de recevoir des subventions d'investissement de l'Etat non globalisables dans la dotation globale d'équipement* ».

¹⁷ V. pour ce raisonnement, en présence d'un grief d'incompétence négative articulé avec la libre administration des collectivités territoriales : n° 2012-277 QPC du 5 octobre 2012, cons 6.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

- d'autre part, s'agissant du **principe d'égalité**, les communes se plaignent de ce que le silence du législateur a permis au pouvoir réglementaire d'introduire une différence de traitement entre elles et les communes de Nouvelle-Calédonie et de Wallis-et-Futuna qui continuent à bénéficier d'une dotation globale libre d'emploi. Il n'est pas évident de cerner la portée d'un grief d'incompétence négative combiné avec le principe d'égalité. Si le législateur a lui-même introduit une différence de traitement, l'invocation du principe d'égalité suffit¹⁸. Peu importe que cette différence résulte en « positif » de la loi, ou procède d'un silence du législateur¹⁹. Si le législateur n'a introduit lui-même aucune différenciation, alors votre propre contrôle doit permettre de garantir le respect du principe d'égalité, qu'il porte sur les dispositions réglementaires d'application ou sur la mise en œuvre des dispositions législatives par l'administration²⁰. Prendre le parti inverse reviendrait peu ou prou à vider de sa portée le « verrou » posé par la jurisprudence *SNC Kimberly-Clark* puisqu'il serait alors systématiquement soutenu que l'incomplétude de la loi a laissé au pouvoir réglementaire le champ libre pour opérer des différenciations contraires au principe d'égalité²¹. Tout au plus pourrait-on imaginer que l'imprécision extrême de la loi puisse affecter par elle-même le principe d'égalité, tant elle ouvrirait la voie à l'arbitraire administratif, et non plus simplement au pouvoir discrétionnaire, et tant il serait difficile au juge d'en encadrer efficacement l'application, de sorte qu'il apparaîtrait préférable que le législateur remette l'ouvrage sur le métier²². Rien de tel en l'espèce : vous pourrez contrôler, au stade du recours contre le décret, que ce dernier, à le supposer compétemment pris, n'a pas méconnu le principe d'égalité²³.

Nous vous proposons donc de ne pas renvoyer cette QPC pour ce motif, ce qui revient, vous l'aurez compris, à reporter la difficulté au stade de l'examen de la légalité du décret. **Tel est le sens, quelque peu procrastinatoire, de nos conclusions.**

¹⁸ Ce qui rejoint la thèse développée par Jacques Arrighi de Casanova dans son article *Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly-Clark ?*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 46, janvier 2015, pp. 29 à 40.

¹⁹ Par exemple, dans la fixation d'une liste de bénéficiaires que le requérant jugerait incomplète.

²⁰ Dans ce dernier cas, soit l'administration ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, et dans ce cas, aucune différenciation ne peut être faite entre les citoyens ; soit elle en dispose, et le principe d'égalité lui impose d'appliquer le texte de la même façon aux personnes placées dans la même situation, sauf à modifier ses critères d'appréciation si un motif d'intérêt général le justifie (CE, Section, 30 décembre 2010, *Ministre du logement c/ D...*, n° 308067, au Rec.).

²¹ S'il a été jugé que l'incompétence négative pouvait affecter l'égalité devant les charges publiques (n° 2014-431 QPC du 28 novembre 2014), il ne nous semble pas que le Conseil constitutionnel se soit clairement prononcé sur le point de savoir si elle pouvait affecter le principe d'égalité devant la loi. Dans sa décision n° 2017-678 QPC, il a écarté un tel grief, en tout état de cause, en jugeant que le législateur avait épuisé sa compétence. Le commentaire aux cahiers précise que le Conseil « *n'a ainsi pas eu à se prononcer sur les conséquences d'une éventuelle incompétence négative sur le principe d'égalité* ».

²² Mais on peut penser qu'en pareil cas, le Conseil constitutionnel ira chercher une autre exigence constitutionnelle que l'arbitraire malmène (comme la liberté d'entreprendre dans la décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, *Société Natixis Asset Management*).

²³ A supposer qu'il puisse être utilement invoqué entre les communes des collectivités régies par l'article 74, et entre elles et celles de Nouvelle-Calédonie.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.