

Modulation des aides aux services publics locaux et comparaison des modes de gestion

- Selon le Conseil constitutionnel, le fait pour le législateur d'interdire la modulation des subventions selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement restreint la libre administration des départements.
- Au travers de cette solution se trouve à nouveau posé le sujet de la comparaison entre les différents modes de gestion des services publics.
- Cette décision n'annonce-t-elle pas l'apparition d'un contrôle des motifs de recours à la gestion déléguée?

Auteur

Gilles Le Chatelier, professeur associé à l'ENS de Lyon, avocat associé au cabinet Adamas

Référence

Cons. const. 8 juillet 2011, n°2011-146 QPC

Mots clés

Service public • Affermage • Régie • Délégation • Contrat de partenariat • Aides • Modulation • Principe d'égalité •

Par sa décision du 8 juillet 2011, le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité introduite par le département des Landes, a ajouté un nouvel épisode au long feuilleton de la légalité de la modulation, en fonction du mode de gestion, des aides attribuées par une collectivité locale à une autre collectivité pour la gestion d'un service public.

Avant d'examiner le sens et la portée de la décision prise par le Conseil constitutionnel (II), nous reviendrons sur la décision rendue par le Conseil d'État en 2003 (I). On peut toutefois douter que la décision rendue par le juge constitutionnel apporte un point final au « feuilleton » et essayer d'esquisser les développements éventuels qu'il pourrait encore connaître à l'avenir (III).

I. Arrêt du Conseil d'État « Département des Landes » : la notion de tutelle

Le département des Landes avait mis en place, par une délibération du 7 février 1996, un système de subvention aux communes en matière d'adduction d'eau et d'assainissement, dans lequel l'aide accordée était plus importante lorsque le service était géré en régie que lorsqu'il était délégué. Le préfet ayant contesté cette délibération, le tribunal administratif de Pau, puis la cour administrative d'appel de Bordeaux en appel, devaient la juger illégale comme contraire au principe selon lequel une collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre collectivité, conformément aux dispositions de l'article L.1111-4 du CGCT. Le département des Landes s'est pourvu en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel devant le Conseil d'État qui devait lui donner satisfaction⁽¹⁾. La décision de la Haute Assemblée portait sur trois points.

(1) CE ass 12 décembre 2003, Dpt des Landes, req n°236442- RFDA 2004, p 518 et s., concl F Seners, note J-C Douence, AJDA 2004, p 195 et s., chron F Donnat et D Casas

En premier lieu, elle a censuré le raisonnement suivi par la Cour, en jugeant que le département n'avait pas méconnu les dispositions de l'article L.1111-4 du CGCT dès lors que la délibération en cause n'avait pas « subordonné l'attribution de ces aides à une procédure d'autorisation ou de contrôle ». Le Conseil d'État confirmait ainsi sa jurisprudence antérieure selon laquelle l'exercice d'une tutelle suppose qu'elle puisse avoir pour effet de supprimer toute autonomie de décision de la part de la personne soumise à cette situation⁽²⁾. Tel est ainsi le cas par exemple lorsque la collectivité de niveau supérieur impose une procédure particulière aux demandes de subvention qui lui sont adressées par d'autres collectivités⁽³⁾.

Ce point constitue l'apport majeur de cette décision, intervenue quelques mois après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui avait ajouté à l'avant dernier alinéa de l'article 72 de notre loi fondamentale le principe selon lequel « aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ». La notion de tutelle implique bien l'idée d'une contrainte à laquelle la collectivité sous tutelle ne saurait résister et ne se limite pas à la simple capacité d'influencer ses décisions.

En deuxième lieu, le Conseil d'État tirait comme conséquence de l'absence de tutelle exercée que la mesure contestée n'entravait pas la liberté des communes de choisir leur mode de gestion.

Enfin, la délibération attaquée ne portait pas atteinte au principe d'égalité. Le Conseil d'État justifiait cette position en estimant que les communes exploitant leur service en régie étaient dans une situation différente de celles ayant décidé de l'affermier. Le Conseil relevait en effet que « ces collectivités ne sont pas placées dans la même situation au regard du coût de leurs investissements selon que leur service des eaux est affermé ou exploité en régie ». Une telle différence de situation justifiait donc que le département ait pu légalement moduler ses aides en fonction du mode de gestion.

II. Décision du Conseil constitutionnel du 8 juillet 2011 : la modulation des aides

C'est clairement pour revenir sur cette jurisprudence que le législateur est intervenu, à l'occasion de l'examen de la loi sur l'eau n°2006-1772 du 30 décembre 2006, en ajoutant au CGCT un article L. 2224-11-5 disposant que : « Les aides publiques aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable et d'assainissement ne peuvent être modulées en fonction du mode de gestion du service ».

Malgré cette nouvelle disposition, le département des Landes devait adopter une nouvelle délibération, en date du 7 novembre 2008, prévoyant toujours un même dispositif de modulation des aides du conseil général selon le mode de gestion de l'eau retenu par les communes. La Fédération professionnelle des entreprises de l'eau a attaqué cette délibération devant le Tribunal administratif de Pau, mais le département a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article L. 2224-11-5 du CGCT. Cette question a

finalement été transmise par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel, par une décision du 29 avril 2011.

Par sa décision du 8 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition. Pour le Conseil : « Par la disposition contestée, le législateur a entendu interdire aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, de moduler les aides allouées aux communes et groupements de collectivités territoriales compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service en cause ; que cette interdiction de moduler les subventions, selon le mode de gestion du service d'eau potable et d'assainissement, restreint la libre administration des départements au point de méconnaître les articles 72 et 72-2 de la Constitution. »

Cette décision abondamment commentée⁽⁴⁾ est importante dans la mesure où elle vient réaffirmer l'importance du principe à valeur constitutionnelle de libre autonomie des collectivités territoriales. Le plus souvent, le Conseil constitutionnel considère en effet que le législateur dispose d'une compétence étendue pour pouvoir le concilier avec d'autres principes à valeur constitutionnelle et admet plus généralement que la libre administration peut être limitée par l'intérêt général⁽⁵⁾. Les décisions de censure sur ce terrain sont relativement rares, ce qui rend d'autant plus remarquable la décision rendue le 8 juillet 2011. On fera d'ailleurs remarquer que l'interdiction générale à laquelle le législateur avait procédé était certainement maladroite et qu'elle présentait à ce titre un risque sérieux de censure par le juge constitutionnel, une fois le mécanisme de la QPC institué...

Mais, cette décision laisse également quelque peu le lecteur sur sa faim dès lors qu'elle ne se prononce pas sur le point de savoir si la modulation des aides n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre collectivités locales, en fonction du mode de gestion retenu par elle pour la gestion de leurs services publics. En particulier, la décision ne répond pas – elle n'avait d'ailleurs pas à le faire – à la question portant sur les limites pouvant éventuellement venir encadrer la liberté de modulation des aides dont disposent les collectivités territoriales.

Dans ces conditions, on peut s'interroger sur les suites éventuelles que pourrait avoir cette nouvelle décision.

III. Les suites éventuelles

La jurisprudence – tant du Conseil constitutionnel que du Conseil d'État – a aujourd'hui fixé les limites du débat sur la question de la modulation des aides. D'une part, le législateur ne peut interdire – par principe – toute modulation ; d'autre part, le principe même de la modulation ne constitue pas l'exercice d'une tutelle sur les collectivités bénéficiant de subventions, pas plus qu'il ne porte atteinte, par son essence même, ni au principe d'égalité ni au principe selon lequel les collectivités

(2) CE 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins. Lebon, p.479 – CE ass. 13 décembre 1968, Fédération nationale des élus républicains municipaux et cantonaux, req. n°65205. Lebon, p.644.

(3) TA Montpellier 20 juin 1983, Cne de Narbonne c/Conseil régional de Languedoc-Roussillon. Lebon, p.561

(4) H. Pauliat, « Libre administration des collectivités territoriales ou libre administration de chaque collectivité », JCPA 5 août 2011, p.25 et s. ; M. Verpeaux, « Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales », AJDA 2011, p.2067 et s. ; P. Terneyre, « Le législateur peut-il constitutionnellement interdire aux départements de moduler leurs aides en fonction du mode de gestion du service public aidé ? », RJEP n°691, novembre 2011, J.-D. Dreyfus, « La liberté de décider les modalités d'octroi des subventions est protégée constitutionnellement », AJCT 2011, p.561 et s.

(5) Cons. const. 7 décembre 2000, n°2000-436 DC – Cons. const. 30 novembre 2006, n°2006-543 DC – Cons. const. 13 juillet 2011, n°2011-149 QPC.

territoriales sont libres du choix des modes de gestion de leurs services publics⁽⁶⁾.

Au-delà de ces principes, des possibilités d'encadrement existent nécessairement. En particulier, la jurisprudence actuelle ne saurait être interprétée comme donnant un blanc-seing aux collectivités souhaitant moduler leurs subventions en fonction du mode de gestion des services publics. Comme l'écrivaient D. Casas et F. Donnat dans leur commentaire de la décision Département des Landes du Conseil d'État du 12 décembre 2003 : « La décision commentée ne se prononce pas explicitement sur le point de savoir si, concrètement, l'amplitude des majorations de subvention doit être regardée comme manifestement disproportionnée par rapport aux différences existant entre les communes gérant leur eau en régie et celles ayant fait le choix de l'affermage »⁽⁷⁾.

On retrouve donc bien ici, posée sous une autre forme, la question du respect du principe d'égalité : les différences de taux de subvention reflètent-elles effectivement le niveau de différence de charges entre gestion directe et gestion déléguée ? Néanmoins, en l'état actuel des informations disponibles, il est souvent très difficile de pouvoir répondre à une telle question. Cette question particulière est une nouvelle fois l'occasion de regretter l'absence d'un outil statistique suffisamment développé pour mesurer les écarts de coût et de performance entre gestion directe et gestion déléguée, en fonction de la nature du service et du type de collectivités concernées.

On fera aussi remarquer que le recours à la subvention aboutit à admettre un transfert de charges entre usagers du service et contribuables. En effet, pour reprendre l'hypothèse de la décision rendue par le Conseil d'État en 2003, l'octroi de subventions par le département pour financer certains travaux sur les réseaux communaux d'eau et d'assainissement, aboutit à faire supporter cette charge aux contribuables départementaux, là où elle est portée par les usagers communaux du service dans une hypothèse d'affermage. Cette dimension, souvent présentée en termes d'économie sur les tarifs, doit également être pleinement prise en considération.

Au-delà de la question de la mesure exacte de l'adéquation de la subvention accordée à l'écart de coût pour la collectivité selon le mode de gestion choisi – question dans le détail de laquelle il n'est pas certain que le juge accepte de s'engager – se trouve à nouveau posé le sujet de la comparaison entre les différents modes de gestion des services publics.

(6) CE 18 mars 1988, *Loupas c/Cne de Montreuil-Bellay*, req n°57893 Lebon T, p 668 – CE 10 janvier 1992, *Asso des usagers de l'eau de Peyreleau et a.*, req n°97476 Lebon, p 13 – CE 19 janvier 2011, *Cne de Limoges*, req n°323924

(7) AJDA 2004, p 198

Si, jusqu'à présent, une telle démarche apparaissait totalement exclue, au moins au plan juridique, compte tenu du principe de libre choix du mode de gestion des services publics, plusieurs évolutions récentes sont venues apporter des éléments nouveaux. C'est d'abord le législateur lui-même qui a créé un premier exemple de démarche de comparaison à travers la création des contrats de partenariat par l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004. En effet, au titre de l'obligation d'évaluation préalable, l'article L. 1414-2 du CGCT exige que soit menée « une analyse comparative des différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable ».

La loi n°2008-567 du 24 juillet 2008 a encore ajouté à une telle approche, en créant une troisième hypothèse de recours possible au contrat de partenariat, qui est celle où « le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique ».

L'autre élément nouveau est la décision rendue par le Conseil d'État le 24 novembre 2010⁽⁸⁾ par laquelle la Haute Assemblée a jugé que le juge de l'excès de pouvoir pouvait être valablement saisi de conclusions tendant à l'annulation de la délibération par laquelle une collectivité territoriale se prononçait sur le principe d'une délégation de service public local, en application des dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT. Sauf à ce que le contrôle du juge se réduise aux seuls moyens de légalité externe, on peut se demander si l'étape suivante ne sera justement pas la reconnaissance d'un « début de contrôle » des motifs de recours à la gestion déléguée. Or, l'examen de ces motifs reposera nécessairement sur l'examen des performances comparées des différents modes de gestion.

Des considérations qui précèdent il est sans doute possible d'envisager une nouvelle intervention du législateur pour venir encadrer les éventuels dispositifs de modulation d'aide mis en œuvre par les collectivités territoriales. On pourrait ici imaginer qu'à tout le moins, la modulation soit justifiée aussi bien au regard de considérations d'intérêt général (comme l'exige la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de libre autonomie des collectivités territoriales) que dans son amplitude. S'agissant de cette dernière, et pour respecter cette fois le principe d'égalité, il serait admissible d'exiger qu'elle soit déterminée en fonction de l'objet du service, de ses modalités de fonctionnement et de l'équilibre économique de son exploitation. On l'aura compris, le débat sur la modulation des aides est sans doute loin d'être clos... ■

(8) CE 24 novembre 2010, *Asso fédérale d'action régionale pour l'environnement et autres*, req n°318342.