

# Le « principe » de différenciation et les politiques de l'habitat et du logement social

Etude pour l'Union sociale pour l'habitat (USH)

14 rue Lord Byron  
75008 Paris

rédigée

par

**Norbert Foulquier**

Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne

**Alice Fuchs-Cessot**

Maître de conférences à l'Université Paris 8 – Saint-Denis

**Frédéric Rolin**

Professeur à l'Université Paris – Saclay

Membres du SERDEAUT

Paris, le 10 avril 2020

# Synthèse

Quatorze résultats peuvent être dégagés de l'étude réalisée :

- **En ce qui concerne le cadre général de la différenciation**

## **1 - L'inexistence d'un droit « à » la différenciation**

Le poids de l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités locales en France  
L'inexistence d'un pouvoir normatif local entendu comme autonome par rapport à l'Etat  
L'impossibilité pour les collectivités locales de s'auto-organiser ou de s'autodéterminer

## **2 - L'existence d'un droit « de » la différenciation territoriale**

Le droit de la différenciation territoriale est encadré par l'Etat dans le respect du principe d'égalité tel qu'interprété par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Il se traduit de la façon suivante :

L'existence d'un droit national différencié  
L'existence d'une différenciation des compétences et des structures  
L'existence d'un droit local dérivé différencié ne pouvant être exercé que sur habilitation de l'Etat, dans les limites de cette habilitation et au moyen des outils mis à la disposition des collectivités locales

- **En ce qui concerne la concrétisation et les particularités du droit de la différenciation appliqué au domaine de l'habitat et du logement social**

## **3 - Ce droit s'inscrit dans le cadre général du droit de la différenciation territoriale**

## **4 - Ce droit met en présence deux types d'acteurs, l'Etat et les autorités de mise en œuvre :**

L'Etat définit les politiques nationales de l'habitat et du logement social.  
Cinq catégories d'autorités mettent en œuvre ces politiques :

- les préfets,
- les collectivités locales,
- les groupements de collectivités locales,
- les organismes de logement social,
- les entités du groupe Action logement.

## **5 - Ce droit se concrétise de la façon suivante :**

L'existence d'un droit national différencié dans le domaine de l'habitat et du logement social  
L'existence d'une différenciation des compétences entre les autorités de mise en œuvre et au sein de chaque catégorie d'autorité  
L'attribution aux autorités de mise en œuvre de marges de manœuvre variables  
L'attribution aux autorités de mise en œuvre de compétences matérielles et de compétences normatives  
L'existence d'un droit dérivé différencié au champ d'application peu étendu et/ou très encadré

## **6 - Les 5 types de différenciation en matière d'habitat et de logement social**

Type 1 : les normes nationales uniformes territorialisées et directement applicables

Type 2 : les normes nationales différenciées territorialement et directement applicables

Type 3 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences liées nationales

Type 4 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre des compétences discrétionnaires territorialisées

Type 5 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences liées territorialisées

- **En ce qui concerne les nouvelles perspectives ouvertes par les relations entre l'expérimentation et la différenciation**

*Les perspectives d'évolution en l'état actuel du droit (à droit constitutionnel et organique constant) :*

### **7 - L'existence de deux régimes d'expérimentation :**

L'article 72 de la Constitution s'impose lorsque l'expérimentation implique la reconnaissance aux collectivités territoriales d'adapter localement les normes législatives ou réglementaires.

L'article 37-1 de la Constitution s'applique dans les autres cas.

### **Distinction à prendre en compte lorsque l'expérimentation repose sur les OLS :**

Les OPH sont soumis à l'article 72 de la Constitution en tant qu'établissement public.

Les autres OLS relèvent de l'article 37-1 de la Constitution.

### **8 - L'article 37-1 de la Constitution offre plus de souplesse pour l'expérimentation que l'article 72 de la Constitution :**

Aucune durée maximale de l'expérimentation n'est fixée par la Constitution.

Les conditions de l'évaluation, notamment les délais, sont laissées à la discrétion de l'autorité qui y recourt.

Mais il ne permet pas à des collectivités territoriales de déroger aux règles nationales ; seules des autorités étatiques ou sous sa tutelle en ont la faculté.

### **9 - L'article 37-1 de la Constitution offre un cadre qui permet plus facilement que l'expérimentation soit suivie d'une différenciation des normes :**

Parce que les dérogations aux normes nationales ne sont pas décidées par des collectivités territoriales.

Après une expérimentation, la jurisprudence du Conseil d'Etat permet de mettre en place une différenciation des normes post expérimentale, grâce à une application souple du principe d'égalité devant la loi.

**10 - A droit positif constant, une expérimentation peut justifier une différenciation territoriale d'une norme expérimentée :**

Le législateur ou l'Exécutif peut faire valoir une différence de situation objective au regard du principe d'égalité, sans toutefois maintenir le pouvoir des collectivités territoriales de déroger aux normes nationales.

*Les perspectives d'évolution si un projet de loi organique « différenciation » - art 72 était adopté (à droit constitutionnel constant)*

**11 - En l'état de la Constitution, seule l'expérimentation peut faire l'objet d'une loi organique, la future LO relative à la différenciation devra se rattacher au 4<sup>e</sup> alinéa de l'art. 72**

**12 - L'existence de points communs entre l'expérimentation et la différenciation** au sens du projet de réforme constitutionnel, c'est-à-dire du pouvoir des collectivités territoriales de déroger aux normes nationales :

La possibilité d'instituer des régimes différents selon les territoires, sans avoir à démontrer l'absence d'atteinte au principe d'égalité devant la loi.

La possibilité de conférer aux autorités de mise en œuvre un pouvoir de dérogation à la norme nationale.

**13 - L'existence de différences entre l'expérimentation et la différenciation** au sens du projet de réforme constitutionnel :

Le caractère temporaire de l'expérimentation et le caractère potentiellement pérenne de la différenciation.

L'obligation d'une évaluation de l'expérimentation.

**14 - Le projet de loi organique « D » pourra permettre d'assouplir les conditions de l'expérimentation afin que les dérogations par les collectivités territoriales aux normes nationales, toujours de façon temporaire et à titre expérimental, soient plus aisées.**

## Table des matières

Introduction .....	7
Le projet constitutionnel de consécration du « droit à la différenciation » des collectivités territoriales.....	8
Le contexte de cet échec .....	9
Partie 1 - Le cadre général du droit de la différenciation territoriale .....	14
Section 1 – La diversification des structures et des compétences .....	14
§ 1 – Le régime de la « différenciation des compétences ».....	14
§ 2 - La création de collectivités à statut particulier .....	15
Section 2 – L’attribution de compétences exigeant la mise en œuvre d’un pouvoir réglementaire local .....	16
Section 3 – La différenciation territoriale des politiques d’Etat.....	17
Conclusion sur les limites à la différenciation territoriale.....	18
Partie 2 – La concrétisation et les particularismes du droit de la différenciation en matière d’habitat et de logement social .....	20
Section 1 – Le cadre de la différenciation des compétences habitat et logement social .....	20
§ 1 – L’objet de la différenciation : la distribution de compétences à des autorités de mise en œuvre.....	21
I - Les cinq catégories d’autorités de mise en œuvre .....	21
II – Une marge de manœuvre variable dans l’exercice des compétences.....	22
§ 2 – L’attribution de compétences normatives et matérielles.....	23
I – L’intérêt de distinguer les compétences normatives et matérielles.....	23
II - Des compétences principalement matérielles .....	23
Section 2 – La typologie de la différenciation dans le domaine de l’habitat et du logement social .....	25
§ 1 – La différenciation résultant de normes directement applicables posées par l’Etat .....	26
I - Type 1 : les normes nationales uniformes territorialisées et directement applicables .....	26
II - Type 2 : les normes nationales différenciées territorialement et directement applicables .....	26
§ 2 – La différenciation résultant de la distribution des compétences aux autorités de mise en œuvre.....	26
I - Type 3 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l’exercice de leurs compétences liées nationales.....	26
II - Type 4 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre des compétences discrétionnaires territorialisées .....	27
III - Type 5 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l’exercice de leurs compétences liées territorialisées .....	27
Partie 3 - Les nouvelles perspectives ouvertes par les relations entre l’expérimentation et la différenciation .....	29
Section 1 – L’expérimentation au sens de l’article 72 de la Constitution et la différenciation ...	30

§ 1 – Les potentialités de la réforme de la loi n° 2003-704 du 1 <sup>er</sup> août 2003.....	32
I – Les propositions de réformes de la loi n° 2003-704 du Conseil d'Etat.....	33
▶ Mettre fin à l'exigence d'un décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation .....	33
▶ Ne plus conditionner l'entrée en vigueur des normes locales expérimentales à leur publication au JORF .....	35
▶ Ne plus soumettre les actes des collectivités territoriales pris au titre de l'expérimentation à un contrôle de légalité spécifique, mais au seul contrôle de légalité de droit commun.....	37
▶ Multiplier les conclusions à tirer de l'expérimentation : la pérennisation des normes expérimentalement différenciées.....	38
II – Les autres voies pour faciliter l'expérimentation.....	38
▶ Ne pas attendre que la liste des collectivités autorisées à participer à l'expérimentation soit complète pour la commencer.....	38
▶ Allonger les délais de l'expérimentation.....	39
§ 2 – L'expérimentation régie par l'article 72 comme préalable à la différenciation .....	40
Section 2 - L'expérimentation sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution et la différenciation.....	41
§ 1 - Les vraies expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution.....	42
I – La compétence pour recourir à l'expérimentation.....	43
II – La condition de la précision quant à l'objet et le cadre de l'expérimentation .....	45
III – La condition du temps de l'expérimentation.....	46
A – La durée de l'expérimentation .....	46
B – Le moment du début de l'expérimentation ou l'entrée en vigueur différenciée de l'expérimentation.....	47
IV – Le respect des normes constitutionnelles autres que le principe d'égalité .....	47
V – Les conclusions de l'expérimentation .....	48
A – L'évaluation .....	49
B – Les suites de l'expérimentation : le choix entre abandonner et généraliser... partiellement.....	50
Conclusion du § 1 : de l'expérimentation différenciée à la différenciation (presque) pure et simple.....	50
§ 2 – Les fausses expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution.....	52
I – Les dispositions territorialisée et temporaires sans visée expérimentale.....	52
II – Les mesures expérimentales soustraites aux contraintes de l'article 37-1 .....	53
Conclusion de la section 2.....	54
Conclusion générale.....	55

# Introduction

Lorsqu'en décembre 2013, Jean-Philippe Brouant remettait son étude intitulée « L'adaptation territoriale des règles dans le domaine du logement », le terme qu'il employait pour désigner la « faculté d'adapter localement une règle nationale ou de créer une règle locale » était celui de « territorialisation »<sup>1</sup>. Moins de dix années plus tard, force est de constater l'évolution du vocabulaire puisque l'on désigne désormais dans la littérature politico-juridique le même phénomène sous le vocable de « différenciation ». Ce changement de terminologie n'est bien entendu pas anodin. Il résulte d'un ensemble de mutations politiques et juridiques qui se sont opérées depuis l'époque de la rédaction de cette étude qui rend impossible une définition unique et synthétique de la différenciation en droit.

La différenciation territoriale

La « faculté d'adapter localement une règle nationale ou de créer une règle locale »

Des réformes institutionnelles et normatives qui rendent impossible une définition synthétique et unique de la différenciation en droit.

La première de ces mutations provient de l'impulsion qui a été donnée par le Président de la République élu en 2017 qui, dans le cadre de ses projets de révision de la Constitution, a fait état de son intention d'inscrire dans la loi fondamentale un « droit à la différenciation »<sup>2</sup> au profit des collectivités territoriales. Cette volonté présidentielle a été prise en charge aussi bien par le gouvernement qui a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur la possibilité de mettre en œuvre cette différenciation, soit dans un cadre constitutionnel rénové, soit à droit constitutionnel constant<sup>3</sup>, que par le Parlement dans le cadre de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, créée en décembre 2017 au sein de l'Assemblée Nationale, au moment du dépôt d'un projet de loi constitutionnelle<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> J.-Ph. Brouant, L'adaptation territoriale des règles dans le domaine du logement – l'exemple de la région Rhône Alpes, décembre 2013, dactyl. 60 pp., v. spéc. p. 3.

<sup>2</sup> P. un rappel de ce processus, v. J.-R. Cazeneuve et A. Viala, Rapport d'information au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation, en conclusion des travaux du groupe de travail (sic) sur les possibilités d'inscription dans la Constitution d'un droit à la différenciation, AN 14 février 2019, n° 1687, spéc., p. 1.

<sup>3</sup> CE AG Avis du 7 décembre 2017, n° 393651.

<sup>4</sup> Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative responsable et efficace.

## Le projet constitutionnel de consécration du « droit à la différenciation » des collectivités territoriales

L'article 10 du projet de révision constitutionnelle, déposé le 28 août 2019, avait pour but de modifier l'article 72 de la Constitution sur deux points pour introduire un droit à la différenciation entre collectivités territoriales.

Le contenu de cet article était le suivant :

« L'article 72 de la Constitution est ainsi modifié :

1° Le deuxième alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Dans les conditions prévues par la loi organique et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, la loi peut prévoir que certaines collectivités territoriales exercent des compétences, en nombre limité, dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie. » ;

2° Le quatrième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions. » »

Selon la première branche de cette modification, il s'agissait de permettre que certaines collectivités territoriales exercent des compétences – en nombre limité – dont ne disposent pas l'ensemble des collectivités de la même catégorie. De la sorte, une commune, un département ou une région aurait pu intervenir dans un domaine dont les autres communes, départements ou régions ne pouvaient pas connaître, afin qu'il pût être tenu compte des spécificités de cette collectivité territoriale et des enjeux qui lui sont propres. Cette réforme était la consécration constitutionnelle des positions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat<sup>5</sup> autorisant déjà que le législateur confère des compétences, par exemple, à un département ou à une commune sans les reconnaître à tous les autres départements ou communes. Toutefois, le pouvoir constituant supprimait la contrainte posée par ces juges : il n'aurait plus été nécessaire que le législateur fasse valoir que l'octroi de ces compétences spécifiques réponde « à des motifs d'intérêt général et issus d'une situation propre au territoire » concerné, selon la terminologie du Conseil d'Etat dans son avis du 21 février 2019 sur le projet de loi relatif aux compétences de la collectivité européenne d'Alsace.

---

<sup>5</sup> Voir les § 1 et § 2 de la section 1 de la partie 1.



La seconde branche de la révision de l'article 72 de la Constitution consistait à ouvrir la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs groupements de déroger, lorsque la loi ou le règlement l'ont prévu, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Cette réforme permettait d'aller plus loin que l'actuel alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution. Aujourd'hui, ce pouvoir de dérogation des collectivités territoriales aux normes nationales existe déjà mais seulement dans le cadre de l'expérimentation. La réforme l'aurait maintenu, mais aurait aussi permis aux autorités étatiques d'habiliter les collectivités territoriales à déroger aux normes nationales en dehors du cadre de l'expérimentation. La réforme offrait plein de possibilités en la matière : une expérimentation pouvait se poursuivre ou non par la pérennisation de la reconnaissance, au profit des collectivités territoriales, d'un pouvoir de dérogation (d'où les liens entre expérimentation et différenciation étudiés dans la partie 3) ; ce pouvoir aurait aussi pu leur être accordé sans même une expérimentation préalable, sans pour autant méconnaître le principe d'égalité devant la loi.

### Le contexte de cet échec

Devant la difficulté de parvenir à réunir les majorités requises pour l'adoption d'une révision constitutionnelle, ces ambitions ont été revues à la baisse sans être totalement perdues de vue. Le Conseil d'Etat est de nouveau intervenu, cette fois dans le cadre d'une étude menée de sa propre initiative pour déterminer les conditions dans lesquelles la différenciation pourrait être articulée avec les techniques d'expérimentation<sup>6</sup> et un projet de loi 3 D (décentralisation, différenciation et déconcentration) a été soumis à une série de concertations au début de l'année 2020, puis transformé en projet de loi 2D, le gouvernement ayant annoncé que la différenciation ferait finalement l'objet d'un projet de loi organique.

Au-delà de ces projets de réformes, le nouveau vocable de « différenciation » porté par les pouvoirs publics est aussi la conséquence de ce que les initiatives et les politiques de « territorialisation » menées au cours de la décennie précédente n'ont produit que des résultats inaboutis. A titre d'exemple, Jean-Philippe Brouant soulignait dans son étude<sup>7</sup> que, dans la politique du logement de la Région Rhône-Alpes, des « chantiers de territorialisation » étaient en œuvre mais qu'ils devraient être appuyés par les nouveaux outils que contenaient les projets de loi MAPTAM, ALUR et NOTRe. Cependant, ces lois, issues de procédures législatives ardues et contradictoires, sont loin d'avoir permis de concrétiser les espoirs que l'on avait placé en elles, spécialement du point de vue de la « territorialisation du droit ».

Ces tâtonnements, ces changements de mots pour essayer de faire évoluer les choses ne peuvent être compris qu'en étant replacés dans une perspective plus large, celle de la construction de l'articulation du rôle de l'Etat et des collectivités locales en France.

---

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, Les expérimentations, comment innover dans la conduite des politiques publiques, La Doc. fr., 2019.

<sup>7</sup> Op. cit, p. 54 et s.

Il faut tout d'abord rappeler que la construction révolutionnaire de l'organisation de l'Etat unitaire s'est opérée à partir de 1789 contre la différenciation normative au sein du territoire. Un des fondateurs du droit administratif, Cormenin, écrivait en 1842 : « Chez nous la centralisation a résolu le problème de l'unité dans le territoire, la législation et le gouvernement. La centralisation explique la France administrative »<sup>8</sup>. De fait, l'œuvre des révolutionnaires visait en cette matière à mettre fin aux autonomies normatives locales : autonomie des juridictions parlementaires qui pouvaient décider de ne pas enregistrer, et donc de ne pas appliquer, une partie de la législation de l'Etat sur leur territoire ; autonomie des pouvoirs féodaux, qui maintenaient des systèmes juridiques locaux (le régime des coutumes), financiers et techniques (les systèmes locaux monétaires ou de poids et mesures). Dans cette perspective, il était nécessaire que tout le droit vînt de l'Etat et qu'il s'applique de manière systématique et uniforme sur l'ensemble du territoire. Pour reprendre une formule lumineuse de Guy Carcassonne : « la Révolution s'est faite et la Nation s'est construite sur une équation simple et juste en 1789 : l'unité exige l'égalité, l'égalité exige l'uniformité »<sup>9</sup>.

La liaison établie entre unité de la France et uniformité du droit applicable sur son territoire à l'époque révolutionnaire a certes connu, comme on aura l'occasion de le montrer, un certain nombre d'accommodements<sup>10</sup> aussi bien au XIXe qu'au XXe siècle, mais elle a durablement construit une doctrine voire même un imaginaire collectif qui a conduit à inscrire au fronton de presque toutes les constitutions républicaines, le caractère « un et indivisible de la République »<sup>11</sup> et, dans le texte aussi bien des constitutions que de la législation, le principe de domination juridique et hiérarchique de l'Etat sur les collectivités locales. Citons ici encore Cormenin dont le style fulgurant met beaucoup mieux que d'autres en évidence ces logiques : « Dans la machine ingénieuse de notre administration, les grands rouages entraînent les moyens qui entraînent les petits autour de leur axe. Le maire obéit au sous-préfet, le sous-préfet au préfet, le préfet au Ministre »<sup>12</sup>.

Cette domination de l'Etat sur le droit national, il est vrai, n'a pas empêché, tout au long des deux siècles passés, l'affirmation d'une autonomie communale dont l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 sur les communes disposant « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » (qui sera le support de ce qu'on appellera plus tard la « clause de compétence générale » des communes) est sans doute la meilleure caractérisation. La doctrine a toutefois montré que si cet article « n'est rien d'autre que l'affirmation du principe implicitement admis du Moyen-âge à 1789, celui de la large compétence du conseil municipal pour assurer la satisfaction des besoins collectifs des habitants<sup>13</sup>, il n'en a pas pour autant constitué le support d'une habilitation normative au profit des communes. En témoigne un arrêt du Conseil d'Etat du 24 décembre 1909, *Commune de la Bassée*<sup>14</sup>. Sur le fondement de ces dispositions, la commune pouvait subventionner une entreprise de sauveteurs qui participait aux attributions de police administrative de la commune,

---

<sup>8</sup> Cormenin (pseud. Timon) De la centralisation, Paris, Pagnerre, 1842, p. 7.

<sup>9</sup> G. Carcassonne, « Contributions au renouveau de la décentralisation », actes des IIIe Assises de la décentralisation, 30 nov. et 1er déc. 2000, Institut de la décentralisation, 2000, p. 167.

<sup>10</sup> V. infra.

<sup>11</sup> V. Sur ce point A. Haquet, l'Unité de l'Etat, in La constitution administrative de la France Dalloz 2012, p. 120 et s.

<sup>12</sup> Cormenin, op. cit., p. 54.

<sup>13</sup> F.-P. Bénoit, L'évolution des affaires locales, de la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences, Mélanges Douence, Dalloz 2006, spéc. p. 130.

<sup>14</sup> Rec. CE, p. 1028 ; S.1910, III, p. 449, note M. Hauriou.

mais elle ne pouvait pas créer un corps de défense contre l'incendie dont le principe et les règles de fonctionnement étaient déterminés par la loi. Les bornes de l'autonomie juridiques des collectivités locales étaient ainsi fixées : la commune peut intervenir, agir, subventionner, mais elle ne peut pas créer des règles en dehors des prévisions de la loi nationale. Elle ne dispose pas, pourrait-on dire dans un langage plus contemporain d'un « pouvoir réglementaire subsidiaire ».

Aussi simplifiée soit-elle, la présentation que nous venons de donner résume assez bien les lignes de force de l'articulation des compétences juridiques entre l'Etat et les collectivités locales jusque dans les années 1960.

Il faudrait certes montrer que cette uniformité juridique a pu connaître un certain nombre d'accommodements, en particulier dans la législation coloniale ou avec le maintien d'un « droit local » dans les territoires d'Alsace Moselle reconquis après la Première Guerre mondiale. Mais ces accommodements ne constituent *stricto sensu* que des exceptions confirmant la règle, s'appliquant sur des territoires périphériques pour lesquels le pouvoir normateur de l'Etat ne pouvait faire jouer son caractère pleinement intégrateur pour des raisons de divers ordres qu'il n'y a pas lieu de détailler ici.

Entre les années 1960 et 1980, plusieurs facteurs vont converger, pour chercher à remettre en cause ce monopole normatif de l'Etat et la logique uniformisatrice du droit national. Au premier chef, ce sera l'objet des poussées de revendications décentralisatrices portées par les acteurs locaux, et dans le champ juridique, par la doctrine de droit public spécialisée en droit des collectivités locales. Il faut y ajouter les tendances régionalistes du droit européen ainsi que l'évolution juridique de certains territoires périphériques comme la Nouvelle Calédonie et la Polynésie française auxquels sera reconnu le droit d'édicter des « lois de pays » caractérisant une forme nouvelle et forte de différenciation juridique.

Pour autant, ces tentatives de dépasser la structuration historique du droit français se révéleront très largement des échecs. Quatre moments juridiques s'échelonnant sur une période de plus de trente années permettent d'en rendre compte.

Le premier concerne les lois de décentralisation de 1982. Dans la version initiale du texte, le contrôle exercé par le Préfet sur les actes des collectivités locales était un contrôle *a posteriori*, une fois que ceux-ci étaient entrés en vigueur. Dans sa décision 82-137 DC du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel censura cette disposition sur la base d'une motivation rappelant avec une certaine brutalité la domination de l'Etat et de son droit sur les collectivités locales :

*« 3. Considérant que le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics ;*

*4. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'article 3 de cet article ; que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif*

*prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin ».*

Le deuxième est relatif au statut de la Corse de 1991. Outre la célèbre censure de la disposition de la loi reconnaissant l'existence d'un peuple corse, la décision du Conseil constitutionnel déclara également contraire à la Constitution non pas l'institution d'un pouvoir normatif mais d'un pouvoir de proposition d'adoption de textes, assorti du pouvoir d'enjoindre au gouvernement de « répondre » à cette demande<sup>15</sup>. Ainsi était nettement manifestée l'hostilité de juge constitutionnel à l'admission, à droit constitutionnel constant de tout commencement de pouvoir normatif autonome des collectivités locales.

Le troisième moment juridique important est constitué par la révision constitutionnelle de 2003. Affirmant le caractère décentralisé de « l'organisation de la République » à son article premier, réécrivant l'article 72 et les dotant d'un ensemble de garanties en matière financière et de démocratie locale (art. 72-1 et 72-2), on aurait pu s'attendre à ce que cette révision fut également ambitieuse dans l'affirmation d'un pouvoir normatif de ces collectivités leur permettant d'adapter ou de déroger au droit national. Il n'en fut pourtant rien ou presque. L'affirmation de l'existence d'un « pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences » ne faisait que reprendre la jurisprudence la plus classique du Conseil d'Etat sur l'exercice d'un pouvoir réglementaire en application d'une habilitation législative ou à défaut de l'exercice du pouvoir réglementaire national<sup>16</sup>. Quant au droit à l'expérimentation spécifique de l'article 72 selon lequel « les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences », qui aurait pu ouvrir une porte vers la différenciation, il fut tellement contraint par la loi organique que le Conseil d'Etat, dans son étude précitée de 2019, n'a pu identifier en tout et pour tout que 3 expérimentations réalisées dans ce cadre en presque 20 années.

Le quatrième moment, enfin, est celui de l'élaboration de la loi NOTRe, en 2014-2015. Il pouvait sembler que les esprits avaient évolué sur la question de la « territorialisation du droit », comme le soulignait Jean-Philippe Brouant dans la conclusion de son rapport et dans les premières versions du projet de texte, il avait été prévu d'attribuer aux régions un pouvoir normatif s'inscrivant dans cette logique. Cependant cette partie du texte fut abandonnée au cours de la discussion parlementaire et la loi NOTRe pas plus que les textes qui l'avaient précédée n'inscrivit le principe d'un pouvoir normatif local dans une perspective de « différenciation » du droit national.

La réticence à l'égard d'un pouvoir normatif local, largement le produit de l'histoire et de la tradition constitutionnelle française n'ayant donc pas pu être vaincue au cours de ces quatre dernières décennies il n'existe pas, dans le cadre constitutionnel actuel de « droit à la différenciation ». En revanche, on a vu émerger dans le même temps d'autres stratégies pour essayer de contourner cet obstacle et parvenir concrètement à une différenciation juridique territorialisée. Dès lors, à défaut

---

<sup>15</sup> Cons. const., 9 mai 1991, n° 91-290 DC, RFDA 1991, p. 407, obs. B. Genevois.

<sup>16</sup> Pour un rappel général, v. B. Faure, le logement de fonction dans la fonction publique territoriale, Toujours à propos du pouvoir réglementaire local, RFDA 1996, p. 105.

de droit A la différenciation, il existe en revanche un droit DE la différenciation. C'est déjà ce qu'avait identifié Jean-Philippe Brouant lorsque, dans son étude de 2013, il évoquait des « espaces de territorialisation ». Mais depuis 2013, en particulier à la suite de l'impulsion donnée en 2017 par le nouveau Président de la République et qui, à défaut de surmonter l'obstacle constitutionnel, a suscité une ingénierie interprétative abondante, on peut affirmer qu'il existe aujourd'hui un cadre général de ce droit de la différenciation.

En définitive, et faute d'évolution du cadre constitutionnel actuel, il peut être affirmé qu'il n'y a pas aujourd'hui un « droit à la différenciation » mais qu'il existe un « droit de la différenciation », droit complexe, qui repose sur les interactions entre les évolutions de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, entre les collectivités locales mêmes et la territorialisation de l'Etat.

Ces conclusions ne sont guère éloignées de celles que Jean-Philippe Brouant donnait à son étude de 2013 lorsqu'il soulignait qu'il existait des « espaces de territorialisation ». En revanche, les espoirs qu'il plaçait dans l'évolution du cadre normatif envisagé à la date de son étude ne se sont guère concrétisés. Certes, les pouvoirs publics ont sans doute multiplié ces « espaces de territorialisation », mais ils les ont également rendus plus complexes à mettre en œuvre et, surtout, ils n'ont pas fait évoluer le paradigme traditionnel du droit français vers un véritable droit à la différenciation.

C'est la raison pour laquelle dans les développements qui vont suivre, il s'agira d'actualiser, à la lumière des développements récents, les analyses développées par Jean-Philippe Brouant en précisant tout d'abord le cadre général du droit de la différenciation territoriale (partie 1), puis en déterminant comment se concrétise ce droit en matière d'habitat et de logement social (partie 2) et, enfin, en montrant comment le droit de l'expérimentation s'articule avec ces problématiques, et ouvre la voie vers la différenciation des normes et des compétences (partie 3).

# Partie 1 - Le cadre général du droit de la différenciation territoriale

Les stratégies des acteurs pour tenter de contourner l'interdiction de la différenciation normative à droit constitutionnel constant a reposé sur trois piliers essentiels. Tout d'abord, un mouvement très important de diversification des structures et des compétences attribuées à ces structures (section 1). Ensuite, l'attribution aux collectivités locales de « pouvoirs réglementaires dérivés », notamment en les habilitant à établir des schémas ou des plans incorporant des normes (section 2). Enfin, en accentuant la territorialisation des politiques publiques dirigées par l'Etat (section 3).

## Section 1 – La diversification des structures et des compétences

En substitut à l'impossible émergence de normes locales territorialisées, les pouvoirs publics ont multiplié les réformes structurelles concernant les collectivités locales, bénéficiant à la fois de l'assouplissement du cadre constitutionnel issu de la réforme de 2003 et de celui, corrélatif, donné de ce cadre constitutionnel par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Ce mouvement initié par la loi Chevènement de 1999 sur le développement de la coopération intercommunale a conduit progressivement à l'élaboration d'un cadre juridique général de la « diversification des compétences » et de leur mode d'exercice par les collectivités locales.

Ce cadre juridique s'articule autour de deux notions : celle de « différenciation des compétences » (§1), et celle de création de collectivités à « statut particulier » (§2).

### § 1 – Le régime de la « différenciation des compétences »

Le Conseil constitutionnel a admis que la loi pouvait, sans porter une atteinte irrégulière à la libre administration des collectivités territoriales, définir des attributions de compétences très larges ainsi que le mode d'organisation des collectivités (v. not. CC 2007-548 DC du 22 février 2007). Il en résulte que le législateur dispose d'une liberté presque absolue pour définir la nature des groupements de coopération entre collectivités ainsi que le nombre et la nature de leurs compétences. C'est dans ce contexte, notamment que l'on a pu assister à la diversification du cadre de la coopération intercommunale avec la multiplication de types de structures (communautés de communes, d'agglomération, pôles métropolitains, métropoles, pour ne citer que les plus courantes) dotées de compétences différenciées non seulement entre chaque catégorie mais même entre structures relevant de la même catégorie puisque les différents textes législatifs ont conduit à permettre à ces structures de se doter de compétences « facultatives » ou « optionnelles » mais également de leur permettre de délimiter le contenu même de ces compétence par la définition d'un « intérêt communautaire ». Cette diversification atteint un tel point qu'aujourd'hui, il est probable que, sur le sol métropolitain, il n'existe sans doute pas deux structures de coopération qui détiennent exactement les mêmes compétences et/ ou les exercent de la même manière.

La limite principale de ce pouvoir conféré au législateur tient à ce qu'il doit respecter la répartition des compétences entre chaque niveau de collectivité énuméré par la Constitution (communes - départements - régions). Il ne peut donc pas, en principe, attribuer aux départements, à certains d'entre eux ou à un organe de regroupement existant entre eux, des compétences qui relèvent du « bloc communal ». Dans son avis de 2017 sur la différenciation des compétences des collectivités locales, le Conseil d'Etat a toutefois admis la possibilité d'assouplir cette contrainte sous trois conditions

- Que les compétences transférées d'un bloc à un autres soient « précises et limitées » ;
- Qu'elles ne mettent pas en cause des libertés publiques ou un droit constitutionnellement garanti (ce qui fait sans doute obstacle à des transferts du pouvoir de police administrative) ;
- Qu'il existe un motif d'intérêt général ou une différence de situation qui justifie ce transfert.

Concrétisant ces critères dans le cadre de son avis du 21 février 2019 sur le projet de loi relatif aux compétences de la collectivité européenne d'Alsace (c'est-à-dire du département fusionnant le Haut et le Bas Rhin), le Conseil d'Etat a admis la constitutionnalité du projet transférant au département la gestion des routes nationales, le jugeant « limité, répondant à des motifs d'intérêt général et issu d'une situation propre au territoire alsacien « au vu des problématiques inhérentes au transport routier dans le sillon rhénan ». C'est dire que le Conseil d'Etat se montre donc peu exigeant dans la vérification des critères facilitant ainsi ces transferts de compétences dans l'avenir.

Il faut encore souligner que dans son avis de 2017, le Conseil d'Etat admet que les « délégations de compétence » entre niveaux de collectivités ou entre l'Etat et les collectivités sont possibles sans conditions particulières, parce qu'elles sont révocables et parce que le délégataire exerce la compétence au nom du délégant, et donc parce qu'elles ne sont pas des transferts de compétence entre blocs de collectivités.

En conclusion sur ce point, force est de constater qu'aujourd'hui la diversification des compétences exercées par tel ou tel type de collectivités locales est généralisée et qu'il n'existe pratiquement aucune contrainte juridique s'opposant à cette diversification à la condition qu'elle soit menée par l'Etat. En effet, le principal point de verrouillage du dispositif posé par le Conseil d'Etat tient à ce que seule la loi puisse opérer ces transferts. En revanche, ces transferts ne peuvent pas résulter d'un « accord » entre collectivités locales (qu'il résulte d'un contrat ou d'actes unilatéraux constatant un accord).

## § 2 - La création de collectivités à statut particulier

Aussi bien le Conseil constitutionnel que le Conseil d'Etat ont par ailleurs admis que l'on puisse créer des « collectivités territoriales à statut particulier » mentionnées par l'article 72 de la Constitution dotées également de compétences spécifiques, soit dévolues par l'Etat, soit prélevées sur d'autres collectivités territoriales.

La création de ces collectivités semble là encore reposer sur des motifs qui ne sont pratiquement pas contrôlés juridiquement. Ainsi s'agissant de la Corse, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur « ses caractéristiques géographiques et économiques » ainsi que « sa place particulière au sein de la République » (CC 2001-454 DC du 17 janvier 2002) et s'agissant de la Métropole du Grand Lyon (qui fusionne l'ancienne communauté urbaine et une partie du département du Rhône) le Conseil constitutionnel a purement et simplement entériné sa création sans opérer le moindre contrôle.

Cette abstention du Conseil constitutionnel explique sans doute pourquoi le Conseil d'Etat dans son avis de 2017 sur la différenciation demeure extrêmement laconique sur la création de ces collectivités, se bornant à énoncer sans plus de précision que cette création doit être justifiée « par la situation particulière de celle-ci (...) du fait de caractéristiques qui lui sont propres et qui justifient des règles différentes. » (point 12 de l'avis) alors même qu'il souligne, par ailleurs, que la création d'une collectivité de cette nature « peut s'accompagner d'une modification importante des règles de compétence des collectivités territoriales de droit commun situées sur son territoire : en raison des nombreuses compétences communales qui sont exercées de plein droit par la métropole de Lyon, en lieu et place des communes en application de l'article L. 3641-1 du CGCT, ces communes ont perdu une grande part des compétences qui sont attribuées aux communes » (point 10 de l'avis).

Si, jusqu'à présent, le législateur ne s'est que peu engagé dans la création de collectivités à statut particulier (en particulier, la métropole du Grand Paris a été créée sur la base juridiques des EPCI et la nouvelle collectivité d'Alsace constitue juridiquement un département), on peut postuler que la grande latitude donnée à la loi pour opérer leur création pourra être un outil commode pour contourner les contraintes juridiques évoquées dans le point précédent.

## Section 2 – L'attribution de compétences exigeant la mise en œuvre d'un pouvoir réglementaire local

Depuis le transfert des compétences d'urbanisme par la loi du 7 juillet 1983 jusqu'à l'obligation pour les régions d'élaborer certains schémas (schéma de développement économique, d'innovation et d'internationalisation et schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, CGCT, art. L. 4251-1 et L. 4251-13 s.), une forte tendance s'est faite jour dans l'œuvre législative : celle de conférer aux collectivités des compétences supposant l'exercice de pouvoirs réglementaires. Fortement développé initialement en droit de l'urbanisme, ce mouvement s'est étendu en droit de l'environnement, de l'habitat, et désormais en matière de développement économique, conduisant même à des superpositions de pouvoirs réglementaires locaux par la mise en place d'un rapport de compatibilité entre différents niveaux de documents (l'exemple le plus frappant en étant la situation en droit de l'urbanisme de la région parisienne soumise à trois niveaux de planification : le SDRIF, les SCOT et les PLU).

Sans qu'il soit ici besoin de développer ce régime juridique de manière générale (on y procédera de manière spécifique dans les développements suivants consacrés à la compétence habitat), il faut toutefois ici souligner la caractéristique essentielle de ce pouvoir réglementaire attribué aux collectivités locales : il s'agit d'un pouvoir réglementaire dérivé qui ne peut être exercé que sur



habilitation de l'Etat, dans les limites de cette habilitation et au moyen des outils mis par l'Etat à la disposition des collectivités locales.

Le Conseil d'Etat l'a rappelé avec beaucoup de netteté dans un arrêt relatif aux plans locaux d'urbanisme mais dont la portée est beaucoup plus large. Les dispositions de l'ancien article L. 123-1 7° du Code de l'urbanisme permettait aux autorités compétentes en matière de plan local d'urbanisme d'établir des réglementations différentes pour 7 destinations de construction. Dans l'affaire dont il était saisi, le Conseil d'Etat a constaté que la commune de Biarritz, pour la réglementation des aires de stationnement, « avait défini une nouvelle catégorie » qui englobait des composantes partielles de celles définies par le Code. Il en a déduit que la commune avait méconnu l'habilitation contenue dans le Code de l'urbanisme et que partant, ces dispositions de son plan étaient illégales<sup>17</sup>.

Ainsi, on le voit, alors que sur la création des structures et des distributions de compétence, le Conseil d'Etat laisse une grande latitude à l'Etat, en revanche, le pouvoir réglementaire dévolu aux collectivités locales est quant à lui enfermé dans les bornes strictes que l'Etat a entendu lui conférer.

### Section 3 – La différenciation territoriale des politiques d'Etat

Outre les évolutions de structures et de compétences des institutions locales, la territorialisation du droit s'est également accentuée sous l'influence des politiques d'Etat. Qu'il s'agisse des rééquilibrages de financement, des créations de zones, dotées de statut particulier dans tous les domaines de l'intervention publique ou de territorialisation de normes nationales (on aura l'occasion de le souligner en matière d'habitat dans la suite de l'analyse), force est de constater que les politiques publiques relevant de l'Etat se sont également fortement diversifiées à l'échelon territorial.

Dans son avis sur la différenciation des compétences des collectivités locales de 2017, le Conseil d'Etat a défini les critères juridiques sur la base desquels pouvait être opérée cette territorialisation qu'il désigne sous le vocable de « règles différentes relatives à l'exercice des compétences ».

Cette base juridique repose sur le fondement des dérogations juridiquement valides qui peuvent être apportées au principe d'égalité entre les collectivités publiques d'une même catégorie. Le Conseil d'Etat souligne que des différences de situation peuvent être aisément identifiées, justifiant une dérogation au principe d'égalité, dans les obligations imposées aux collectivités locales.

Ainsi, des critères liés à la strate démographique ou au niveau d'urbanisation ont pu justifier l'absence d'obligation de respecter le quota de logements sociaux prévu par la loi SRU, sans d'ailleurs que le choix du niveau démographique ne soit soumis à un contrôle déterminé (CC 7 décembre 2000, décision 2000-436 DC).

De même, le Conseil d'Etat dans son avis sur un projet de loi de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne (CE AG Avis 13 septembre 2013) a admis la

---

<sup>17</sup> CE 30 décembre 2014, Sté Groupe Patrice Pichet, n° 360850.

constitutionnalité du dispositif prévoyant, dans les seules communes de montagne ayant reçu la dénomination de « commune touristique », de « conclure une convention destinée à répondre aux besoins de logement des travailleurs saisonniers avec l'Etat, l'EPCI, le département et divers partenaires œuvrant dans le domaine du logement intervenant sur le territoire de la commune (organisme collecteur de la contribution des employeurs au financement du logement, Caisse des dépôts et consignations, bailleurs sociaux et organismes exerçant des activités d'intermédiation et de gestion locatives agréés) ».

Cet avis est spécialement intéressant pour deux raisons. D'abord en ce que le motif de cette application territoriale d'une politique d'Etat repose sur la seule identification d'un critère économique et social lié à la situation précaire des travailleurs saisonniers, critère qui peut se trouver justifié pour tout type de politique et ne pose donc pratiquement aucune contrainte à l'Etat. Il est ensuite intéressant en ce que la lourde atteinte à la liberté contractuelle posée par la loi repose sur un mécanisme purement administratif, le classement en commune touristique prononcé par arrêté préfectoral en application des articles L. 133-13 et s. du Code du tourisme. Autrement dit, si la modalité d'exercice de la compétence est bien définie par la loi, c'est ici l'autorité territoriale de l'Etat qui, en classant une commune ou en maintenant son classement, décide de la mise en œuvre de cette obligation.

### **Conclusion sur les limites à la différenciation territoriale**

En conclusion de cette partie sur le cadre général du droit de la différenciation, trois idées forces émergent.

La première c'est qu'il existe une **indéniable volonté de l'ensemble des acteurs** pour tenter de **contourner l'obstacle** de l'impossible différenciation normative pour parvenir à une véritable « territorialisation du droit », pour reprendre les termes employés par J.-Ph. Brouant en 2013. Volonté qui se traduit par la mise en œuvre d'une multiplicité de procédés qui à la fois contribuent à l'extension de cet « espace de territorialisation » qu'il avait évoqué, mais simultanément ajoutent considérablement à la complexité de l'organisation administrative et de la répartition des compétences.

La deuxième tient à ce qu'il est manifeste que les **organes chargés du contrôle** de constitutionnalité et, singulièrement, au premier chef le Conseil d'Etat qui ne s'exprime pourtant que dans sa fonction consultative sur ces questions, sont résolument **opposés à toute forme d'auto-organisation et d'auto-détermination des collectivités locales** et leurs imposent de fortes contraintes, tant en ce qui concerne leur mode d'organisation que la structuration de leurs compétences. La territorialisation du droit ne peut donc s'exercer que conformément à la volonté de l'Etat, dans les limites et conditions qu'il a fixées. On mesure à quel point la tradition constitutionnelle française est de ce point de vue vivace.

La troisième idée, enfin, a un caractère prospectif. Elle consiste à poser qu'il est peu probable que ce cadre évolue significativement dans les années à venir. L'abandon des projets de réformes constitutionnelles, l'incertitude qui pèse, même sur l'évolution de la loi organique conduisent à des **projets d'ambition très limitée**. Les premières informations dont nous disposons sur le projet de

loi qui pourrait inclure la différenciation en sont révélatrices : il s'agit en effet, a souligné la Ministre chargée des territoires, de s'appuyer sur les potentialités dégagées par l'avis « Communauté européenne d'Alsace » de 2019 du Conseil d'Etat, et ainsi de procéder principalement par transfert limité de compétences aux collectivités territoriales en fonction des situations locales.

Cette ambition limitée et le choix d'opérer par des transferts de compétence matière par matière et territoire par territoire rend particulièrement **nécessaire l'aptitude des acteurs concernés par ces évolutions à être en mesure de soumettre à l'Etat des propositions d'évolution** qui correspondent à leurs besoins et pour ce faire à disposer d'une cartographie précise de l'état actuel de la territorialité du droit qui les concerne.

C'est la raison pour laquelle après l'étude de ce cadre juridique général du droit de la différenciation, il convient désormais de montrer comment il se concrétise dans le domaine particulier de l'habitat et du logement social.

# Partie 2 – La concrétisation et les particularismes du droit de la différenciation en matière d’habitat et de logement social

S’il n’existe pas un droit à la différenciation, un droit de la différenciation se développe depuis plusieurs dizaines d’années et intéresse tout particulièrement l’habitat et le logement social. Comme le montrait très bien le rapport de Jean-Philippe Brouant rendu en 2013<sup>18</sup>, plusieurs stratégies ont déjà été mises en place pour favoriser la territorialisation des règles applicables à ce domaine.

Aujourd’hui, le recours au vocable « différenciation » marque la volonté politique de réduire encore davantage la place de l’Etat omnipotent, au moins en termes d’affichage. Cette évolution sémantique et les précisions qui ont pu être apportées récemment par le Conseil d’Etat (V. partie 1) constituent l’occasion de réfléchir à des stratégies qui n’auraient pas encore été exploitées ou bien à l’amplification de certaines déjà existantes. En effet, au regard des problèmes d’habitat dont notre pays ne parvient pas à se défaire, toutes les pistes méritent d’être exploitées. A condition bien sûr que celles-ci permettent d’améliorer la situation et ne remettent pas en cause notamment les acquis du modèle français du logement social. Pour identifier les potentialités existantes, à droit constitutionnel et organique constant, il convient de clarifier les différentes modalités de différenciation possibles et de déterminer leur éventuelle diversité. Pour cela, le cadre de la différenciation des compétences habitat et logement social sera décrit (section 1), avant que ne soit présentée une typologie de la différenciation appliquée à ce domaine particulier (section 2).

## Section 1 – Le cadre de la différenciation des compétences habitat et logement social

Il s’agit ici de préciser certains aspects du cadre général du droit de la différenciation, mais également de souligner les spécificités liées à sa concrétisation dans le domaine de l’habitat et du logement social. En cette matière, la différenciation est surtout susceptible de se faire à travers la distribution de compétences normatives ou matérielles (§ 2) à des autorités de mise en œuvre (§ 1), même si, comme on le verra dans la typologie infra, l’Etat peut aussi décider de différencier lui-même directement ses politiques à travers des normes nationales territorialisées<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> J.-Ph. Brouant, *L’adaptation territoriale des règles dans le domaine du logement – l’exemple de la région Rhône Alpes*, *op. cit.*

<sup>19</sup> Voir également sur ce point, J.-Ph. Brouant, *Droit de la cohésion territoriale*, LGDJ, 2015.

## § 1 – L’objet de la différenciation : la distribution de compétences à des autorités de mise en œuvre

Cinq catégories d’autorités de mise en œuvre peuvent être identifiées (I), qui se voient toutes dotées d’un pouvoir d’appréciation plus ou moins étendu dans l’exercice des compétences qui leur sont accordées par l’Etat en matière d’habitat et de logement social (II).

### *I - Les cinq catégories d’autorités de mise en œuvre*

La notion de compétence – entendue comme un titre à agir – fonde l’action publique et celle des organismes de logement social. A la différence des personnes privées qui peuvent décider librement de leur champ d’activités, les personnes publiques et ces organismes (peu importe qu’ils aient une forme publique ou privée) ne peuvent agir que s’ils disposent d’un titre conféré par le législateur ou par l’Exécutif.

En effet, seul l’Etat détient la compétence de la compétence. C’est en vertu de ce pouvoir qu’il distribue des titres à agir relatifs à l’habitat et au logement social non seulement aux autorités administratives traditionnelles que sont les préfets, les collectivités territoriales et leurs groupements, mais aussi à Action Logement Groupe (ainsi qu’à ses entités) et aux organismes de logement social. Concernant ces derniers, il convient de souligner que même si toutes les catégories d’organisme d’HLM ainsi que la catégorie des SEM agréées pour réaliser des logements sociaux ne disposent pas de compétences totalement identiques, en tant qu’autorité de mise en œuvre elles doivent être considérées dans leur unité. D’autres types d’organismes jouent également un rôle essentiel en matière de politiques de l’habitat et du logement social. Mais, d’un point de vue juridique, ils ne peuvent pas pour autant être considérés comme des autorités de mise en œuvre comme l’illustre le cas des commissions d’attribution des logements (CAL). Leurs décisions sont prises au nom et pour le compte des organismes d’HLM<sup>20</sup> en vertu de l’article L. 441-1 du CCH comme cela a été confirmé par le juge<sup>21</sup>. Evidemment, cette remarque ne réduit en rien leur importance pratique.

Ce sont donc au final cinq catégories d’autorité que nous appellerons ici les autorités de mise en œuvre. Non seulement l’Etat leur distribue des compétences, susceptibles d’être différentes selon les catégories voire différentes au sein d’une même catégorie<sup>22</sup>, mais il précise également de quelle façon celles-ci peuvent être exercées. Ainsi, la différenciation peut-elle se faire tant au stade de la répartition des compétences qu’au stade de leur exercice.

---

<sup>20</sup> B. Wertenshlag, *Le logement social en action*, Dalloz, 2019, p. 336.

<sup>21</sup> CAA Paris, 30 déc. 1999, *OPHLM des Hauts-de-Seine*, n° 98PA02252: AJDI 200.949, obs. Brouant.

<sup>22</sup> C’est le cas de la compétence « PLH » qui n’est attribuée qu’à certaines communautés de communes : uniquement à celles qui sont compétentes en matière d’habitat et qui comprennent au moins une commune de plus de 10 000 habitants (art. L. 302-1 du CCH).

## II – Une marge de manœuvre variable dans l'exercice des compétences

Lorsque les autorités de mise en œuvre exercent les compétences qui leur ont été conférées, elles sont susceptibles de disposer d'une marge de manœuvre ou non. C'est ce que manifeste la traditionnelle distinction entre compétence liée et compétence discrétionnaire qui constituent les deux pôles opposés entre lesquels est placée une autorité administrative – ou de mise en œuvre telle qu'ici entendue – lorsqu'elle prend une décision<sup>23</sup>. Il y a compétence liée si les textes législatifs ou réglementaires définissent précisément les conditions de son intervention ne lui laissant aucune possibilité de choix ou seulement une possibilité de choix extrêmement réduite. L'autorité de mise en œuvre dispose le plus souvent au moins du « choix du moment » comme le soulignait Hauriou. S'oppose à la compétence liée la compétence discrétionnaire (ou pouvoir discrétionnaire) en ce qu'elle permet une certaine liberté d'appréciation dans l'exercice de la compétence. Selon les possibilités qui lui sont offertes par les textes, l'autorité de mise en œuvre pourra décider de ne rien décider, d'adopter un acte ou d'agir ; ou bien elle aura le choix entre plusieurs décisions ou actions. Cette distinction est fondamentale car elle permet d'identifier les marges de la différenciation au sens où les autorités de mise en œuvre peuvent, lorsqu'elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire, adapter leurs décisions aux circonstances locales.

En ce qui concerne les politiques de l'habitat et du logement social, une particularité peut être relevée car l'étude du droit en vigueur montre que les autorités de mise en œuvre disposent systématiquement d'une marge de manœuvre dans l'exercice de leurs compétences, même si celle-ci est plus ou moins étendue. Les compétences liées « pures » ne sont en effet pas légion. D'abord, le plus souvent les compétences attribuées sont discrétionnaires dans le sens où elles peuvent ou non être exercées. C'est le cas pour de nombreuses compétences des organismes de logement social (surtout pour les organismes d'HLM) qui peuvent décider ou pas d'exercer la fonction de syndic, de gérer une résidence universitaire... Mais c'est également le cas pour la plupart des compétences habitat des intercommunalités<sup>24</sup>, de même que pour la compétence « SRU » qui confère aux préfets le pouvoir et non l'obligation de prendre un arrêté de carence à l'encontre des communes ne respectant pas leurs obligations en matière de construction de logements sociaux (art. L. 302-9-1 du CCH).

Ensuite, lorsque des textes imposent à des acteurs une obligation d'agir (il s'agit de ce point de vue d'une compétence liée), celle-ci doit le plus souvent être considérée comme mixte car elle donne également lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire quant à la décision à prendre et à sa méthode. C'est le cas des compétences des organismes de logement social en matière de construction, de gestion et d'attribution de logement sociaux qui doivent être considérées comme liées car devant obligatoirement être exercées<sup>25</sup>. Toutefois, ces organismes disposent d'une marge de manœuvre quant à la façon dont ils exercent ces activités. C'est également le cas pour la compétence « convention d'utilité sociale » qui implique la conclusion obligatoire d'un contrat avec l'Etat tout en accordant un pouvoir d'appréciation à l'organisme signataire quant au contenu des

---

<sup>23</sup> A. Van Lang, G. Gondouin et V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, 7<sup>e</sup> éd. 2015.

<sup>24</sup> A. Fuchs-Cessot, « Compétence habitat : le partage entre communes et intercommunalité », *AJCT*, juin 2017.

<sup>25</sup> Aux termes de l'art. L. 423-1 du CCH, un organisme d'HLM dont l'activité de construction et de gestion de logements sociaux serait insuffisante s'expose à une mesure de dissolution.

engagements fixés. Il faut tout de même reconnaître qu'en la matière, le cadre posé par le législateur est très contraint (art. L. 445-1 du CCH).

## § 2 – L'attribution de compétences normatives et matérielles

Un autre particularisme du droit de la différenciation en matière d'habitat et de logement social réside dans le fait qu'il se concrétise surtout par l'attribution de compétences matérielles et moins par l'attribution de compétences normatives (II). Le développement d'un pouvoir normatif dérivé au profit des autorités de mise en œuvre demeure malgré tout envisageable, d'où l'intérêt de bien distinguer les deux types de compétences (I)

### *I – L'intérêt de distinguer les compétences normatives et matérielles*

Les compétences normatives sont ici entendues comme la capacité à établir des règles que celles-ci soient unilatérales ou contractuelles. Ces règles peuvent être réglementaires (c'est-à-dire à portée générale et impersonnelle, par exemple les règles contenues dans les PLH, notamment les objectifs de production de logements y figurant), individuelles (c'est-à-dire concernant un seul sujet ou plusieurs sujets nommément désignés, par exemple l'attribution d'un logement social à une personne déterminée) ou particulières (c'est-à-dire ni réglementaire ni individuelle par leur objet mais visant une action donnée, par exemple une déclaration d'utilité publique en matière d'expropriation). Toutes ces règles sont obligatoires et contraignantes. Ainsi, l'attribution de compétences normatives donne lieu à la reconnaissance d'un pouvoir normatif que l'on peut qualifier de dérivé. Il convient de souligner que la conception ici retenue de ce pouvoir est plus extensive que la seule mise en œuvre d'un pouvoir réglementaire local évoquée dans la partie 1.

Quant aux compétences matérielles, elles visent une action concrète. Cette notion se définit donc en creux par rapport à celle de compétence normative. Toutefois, il faut bien reconnaître que parfois la distinction n'est pas évidente à opérer, certaines compétences pouvant être qualifiées de mixtes à la fois normative et matérielle. De plus, en droit administratif, derrière la plupart des actions des agents publics se cache un acte, c'est-à-dire un acte juridique de volonté. Enfin, la difficulté de distinguer ces deux types de compétences survient aussi lorsque l'autorité de mise en œuvre doit ou peut préciser les conditions de ses actions matérielles.

Malgré la porosité existante entre ces compétences, cette distinction présente un intérêt majeur pour deux raisons principales. D'une part, parce qu'elle rend bien compte de la différence de nature des compétences exercées dans le domaine de l'habitat et du logement social et, d'autre part, parce qu'elle permet de mettre en lumière les titres à agir susceptibles de donner lieu au développement d'un droit dérivé différencié.

### *II - Des compétences principalement matérielles*

Si la dualité entre les compétences normatives et les compétences matérielles nous intéresse tout particulièrement, il ne faut pas pour autant occulter le fait que les compétences matérielles

attribuées aux autorités de mise en œuvre sont nettement plus nombreuses que les compétences normatives. Afin d'assurer la cohérence de ses politiques et leur efficacité dans l'intérêt général, l'Etat a en effet souhaité conserver la main sur l'essentiel du pouvoir normatif en matière d'habitat et de logement social<sup>26</sup>. Pour bien comprendre ce sur quoi pourraient porter de futures différenciations, il convient de donner des exemples de chaque type de compétence pour chaque catégorie d'autorité.

D'abord, les préfets doivent veiller à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales<sup>27</sup>. Dès lors, on doit considérer qu'ils détiennent des compétences matérielles afin que soient effectivement exécutés les règlements et les décisions gouvernementales pris en matière d'habitat et de logement. Là réside le cœur de leur action. Mais ils se voient également confier des compétences normatives, notamment en matière de délégation des aides à la pierre et dans le cadre des dispositions de la loi SRU (arrêté de carence, compétence pour délivrer des autorisations de construire, possibilité de signer des conventions avec des organismes en vue de la construction de logements sociaux...).

Ensuite, en ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs groupements<sup>28</sup>, il convient de relever que c'est désormais le niveau intercommunal qui est le siège du plus grand nombre de compétences en matière d'habitat et de logement social, même si celles-ci varient en fonction de chaque catégorie d'intercommunalité<sup>29</sup>. Telle est la conséquence de la diversification des structures et des compétences évoquées dans la partie 1. Parmi les compétences des EPCI, et alors même que la France est un Etat décentralisé, les compétences normatives sont rares. Tout au plus peut-on relever la compétence « politique du logement » et la compétence « programme local de l'habitat ». Si le caractère normatif de la première peut prêter à discussion, celui de la seconde semble en revanche avéré – même si aucune décision de justice n'a eu l'occasion de le confirmer – dès lors que ce document contient des objectifs obligatoires en matière de construction de logement et est opposable à des documents à portée réglementaire et notamment au PLU (art. L. 302-1 du CCH). En ce qui concerne les compétences normatives des collectivités territoriales en tant que telles, elles sont également rares. Peuvent être identifiées la compétence « politique du logement » des communes lorsque celle-ci n'a pas été transférée à l'intercommunalité à laquelle elle appartient et également la compétence « plan départemental de l'habitat » conférée aux départements même si cette compétence est codétenue avec l'Etat et les intercommunalités.

Les compétences matérielles des collectivités territoriales et de leurs groupements sont nettement plus nombreuses. Les intercommunalités peuvent ainsi agir notamment en matière d'aides financières au logement, d'actions en faveur du logement social, d'amélioration du parc immobilier bâti, de réhabilitation et de résorption de l'habitat insalubre. Quant aux communes, elles disposent malgré tout de quelques compétences résiduelles, plus ou moins nombreuses selon la catégorie d'intercommunalité à laquelle elles appartiennent<sup>30</sup>. Elles peuvent notamment accorder des aides financières en matière de logement et participer aux commissions d'attribution des logements

---

<sup>26</sup> P. Soler-Couteaux, F. Llorens et N. Lavielle, *Droit et financement du logement social*, *Le Moniteur*, 2012.

<sup>27</sup> Art. 1 du décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets.

<sup>28</sup> J.-Ph. Brouant et G. Marcou (dir.), *Les collectivités territoriales et la politique du logement*, L'Harmattan, 2013.

<sup>29</sup> A. Fuchs-Cessot, « Compétence habitat : le partage entre communes et intercommunalité », *op. cit.*

<sup>30</sup> *Idem.*



locatifs sociaux. Pour leur part, les départements peuvent également participer au financement du logement social et sont plus particulièrement compétents en matière d'aide sociale à l'hébergement en foyer. Quant aux régions, elles sont compétentes pour participer au financement du logement.

Enfin, en ce qui concerne les organismes de logement social, l'état du droit montre que leurs compétences sont presque toutes exclusivement matérielles : construire, entretenir, gérer, louer, des logements sociaux...<sup>31</sup>. Le nombre réduit de compétences normatives de ces organismes s'explique par le fait que pour réaliser leurs missions essentielles, ils doivent agir concrètement. Une compétence normative est néanmoins au cœur de ces missions essentielles : il s'agit de la définition des conditions d'attribution des logements sociaux. En la matière, les OLS disposent d'une marge de manœuvre dans le cadre fixé par le législateur et le respect du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques (V. art. L. 441 et L. 441-1 du CCH).

Outre l'attribution de logements, quelques autres compétences normatives peuvent être identifiées, de deux types. Le premier type de compétence normative relève de la contractualisation. C'est le cas de la compétence « convention d'utilité sociale » qui donne lieu à la formulation d'engagements, par exemple concernant la qualité du service rendu aux locataires (art. L. 445-1 du CCH). Cette compétence normative est co-exercée avec l'Etat. Les organismes de logement social peuvent également participer, dans une certaine mesure, à l'élaboration des PLH. Le second type de compétence normative est par essence rattaché à la différenciation. Il s'agit de la possibilité qu'ont les organismes d'HLM d'adapter ou de moduler des règles nationales en ce qui concerne les plafonds de ressources, le surloyer ou encore certaines aides à la pierre<sup>32</sup>.

Il résulte de cette analyse que les autorités de mise en œuvre, tant les collectivités territoriales que les préfets et les organismes de logement social, disposent d'un pouvoir d'édicter du droit dérivé différencié au champ d'application peu étendu et/ou très encadré. Mais, comme le démontre l'exemple de la modulation (c'est-à-dire, en droit, la réglementation) des plafonds de ressources, des surloyers ou des aides à la pierre, ce pouvoir peut avoir des conséquences concrètes très fortes.

## Section 2 – La typologie de la différenciation dans le domaine de l'habitat et du logement social

Les analyses que nous avons pu mener tant en ce qui concerne le cadre général du droit de la différenciation qu'en ce qui concerne sa concrétisation dans le domaine de l'habitat et du logement social nous ont permis d'élaborer une typologie applicable à ce domaine particulier. Cette typologie rend compte de ce qu'il est d'ores et déjà possible de faire en matière de différenciation dans le domaine de l'habitat et du logement social et met en lumière les marges de manœuvre variables dont disposent les autorités de mise en œuvre. A cet égard, deux situations doivent être distinguées permettant d'identifier au total cinq types de différenciation. La première situation renvoie à la

---

<sup>31</sup> B. Wertenslag, *Le logement social en action*, op.cit., p. 68 et s.

<sup>32</sup> J.-Ph. Brouant, *L'adaptation territoriale des règles dans le domaine du logement – l'exemple de la région Rhône Alpes*, op. cit.

différenciation résultant de normes posées par l'Etat et directement applicables (§ 1) tandis que la seconde résulte de la distribution par l'Etat de compétences aux autorités de mise en œuvre (§ 2).

### § 1 – La différenciation résultant de normes directement applicables posées par l'Etat

Dans ce premier cas de figure où la différenciation se pratique de façon exclusivement centralisée, deux types de différenciation peuvent être distingués :

#### I - Type 1 : les normes nationales uniformes territorialisées et directement applicables

Il s'agit dans ce cas de normes nationales mais dont l'application est réservée à certaines parties du territoire.

Par exemple, les règles de la loi SRU du 13 décembre 2000 relatifs aux quotas de logements sociaux qui ne concernent que les communes situées sur certains territoires et déficitaires en logements sociaux (communes SRU) (V. art. L. 302-5 du CCH).

Autre exemple, les règles du CCH qui imposent un régime d'autorisation préalable pour le changement d'usage d'un local d'habitation en un autre usage qui ne s'appliquent qu'aux villes connaissant des tensions de logement (V. art. L. 631-7 du CCH).

#### II - Type 2 : les normes nationales différenciées territorialement et directement applicables

Par exemple, les règles relatives à certaines aides au logement qui varient selon un système de zonage géographique fixé par le législateur (V. art. R. 304-1 du CCH).

### § 2 – La différenciation résultant de la distribution des compétences aux autorités de mise en œuvre

Dans ce second cas de figure, trois types de différenciation peuvent être distingués qui concernent tout autant les compétences matérielles que normatives. La différenciation peut résulter de la façon dont les compétences sont distribuées par l'Etat aux autorités de mise en œuvre (compétences territorialisées, c'est-à-dire pouvant être mises en œuvre uniquement dans certains territoires), du type de compétence distribuée (compétence liée ou compétence discrétionnaire), ainsi que de la façon dont ces compétences peuvent être exercées (une compétence liée peut donner lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au stade de sa mise en œuvre).

#### I - Type 3 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences liées nationales

Par exemple, Action Logement Groupe fixe des objectifs d'emploi de la participation des employeurs à l'effort de construction (PEEC) à Action Logement Services, à Action Logement

Immobilier, à l'association pour l'accès aux garanties locatives et à l'association foncière logement, le cas échéant répartis territorialement (V. art. 313-18-1 du CCH).

## II - Type 4 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre des compétences discrétionnaires territorialisées

Par exemple, la possibilité pour les préfets d'adopter un arrêté de carence à l'encontre des communes SRU qui ne respectent pas leurs objectifs. Cette compétence est territorialisée mais également discrétionnaire (V. art. L. 302-9-1 du CCH).

Autre exemple, le CCH autorise les communes situées en zone tendue à définir un régime de déclaration préalable permettant d'affecter temporairement à l'habitation des locaux destinés à un autre usage pour une durée max de 15 ans (V. art. L. 302-9-1 du CCH). Et, depuis la loi ALUR du 24 mars 2014, les communes situées en zone tendue peuvent définir un régime d'autorisation temporaire de changement d'usage permettant à une personne physique de louer pour de courtes durées des locaux destinés à l'habitation à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile (V. art. L. 302-9-1 du CCH).

Autre exemple, les compétences accessoires et complémentaires des OLS. Parmi ces compétences peut être citée la compétence « syndic » qui est purement discrétionnaire dans le sens où aucun organisme HLM n'est obligé de l'exercer. Cela va dépendre de son bon vouloir et de l'analyse qui sera faite de la nécessité d'exercer cette compétence sur un territoire donnée. Ainsi, d'un territoire à l'autre, la mise en œuvre de cette compétence pourra être différenciée.

## III - Type 5 : les normes attribuant aux autorités de mise en œuvre un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leurs compétences liées territorialisées

Par exemple, la mise en œuvre de la compétence « PLH » conférée aux EPCI. Il s'agit d'une compétence liée dont l'exécution donne lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à travers la définition des objectifs de construction de logements (V. art. L. 302-1 du CCH).

Autre exemple, la mise en œuvre de la compétence « CUS » conférée aux organismes de logement social. Là encore il s'agit d'une compétence liée qui donne lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à travers la définition de la politique patrimoniale de l'organisme, dans un cadre toutefois très rigide fixé par le législateur (V. art. L. 445-1 du CCH).

En conclusion, cette typologie montre qu'en matière de différenciation, le rôle de l'Etat demeure toujours prépondérant. En effet, non seulement dans la cadre de la première situation, l'Etat est omnipotent et totalement maître de la différenciation, mais il conserve également dans la seconde une mainmise importante car c'est lui qui fixe le cadre de la différenciation.

Dès lors qu'un pouvoir discrétionnaire est accordé aux autorités de mise en œuvre dans le cadre d'une compétence normative, ces autorités peuvent faire de la différenciation des normes (dans le respect du cadre fixé par l'Etat). En matière d'habitat et de logement social, la différenciation peut donc être développée à travers des normes nationales adoptées par l'Etat central ou bien à travers des normes adoptées par les autorités de mise en œuvre. Pour autant, rappelons-le, ce droit dérivé différencié demeure très encadré.

## Partie 3 - Les nouvelles perspectives ouvertes par les relations entre l'expérimentation et la différenciation

L'expérimentation est un moyen de contourner les obstacles d'ordre constitutionnel que rencontre, en l'absence de réforme constitutionnelle, le développement de la différenciation. Sous certaines conditions, l'expérimentation peut même s'avérer être une voie vers la différenciation.

Depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, la technique législative de l'expérimentation – c'est-à-dire la technique visant à appliquer une législation ou une réglementation, pendant un temps donné, afin d'en mesurer la pertinence, avant éventuellement de la retenir définitivement – fait l'objet de deux dispositions dans la Constitution de la Ve République : l'article 37 et l'article 72.

Selon l'article 37,

« La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental. »

En vertu de l'article 72, alinéa 4,

« Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

Le champ d'application de ces deux articles ne se recoupe pas. L'article 37 autorise l'Etat et les organismes sous son contrôle à procéder à des expérimentations. L'article 72 fixe le cadre de l'expérimentation passant par l'octroi aux collectivités territoriales d'un pouvoir de déroger aux normes normalement applicables.

La différence entre les deux articles ne s'arrête pas là : le régime des types d'expérimentation n'est pas identique. Celui prévu par l'article 72 est plus strict, en raison du principe de l'unité de la République et du monopole du Parlement à adopter des normes relevant de la matière législative énoncée pour l'essentiel à l'article 34 de la Constitution.

Pour les organismes de logement social, cette distinction n'est pas sans conséquence.

En effet, comme les offices publics de l'habitat (OPH) sont des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales, les expérimentations auxquelles ils

pourraient participer relèvent de l'article 72, dès que les normes expérimentées sont de nature législative ou réglementaire.

Les expérimentations impliquant les autres organismes du logement social, c'est-à-dire les entreprises sociales de l'habitat, les coopératives ou encore les SEM agréées relèvent de l'article 37 de la Constitution.

Afin de comprendre au mieux ce que l'expérimentation peut apporter à la territorialisation du droit, voire au droit de la différenciation, il importe d'analyser séparément ces deux régimes. Et ce d'autant plus que le projet de réforme actuellement porté par le Gouvernement porte seulement sur la loi organique d'application de l'article 72. C'est l'expérimentation législative impliquant les collectivités territoriales qui se prête pour l'instant le moins aux ambitions gouvernementales de faciliter la politique de différenciation des normes et des compétences. Le cadre de l'article 37 de la Constitution s'y prête beaucoup mieux.

## Section 1 – L'expérimentation au sens de l'article 72 de la Constitution et la différenciation

Le Gouvernement a annoncé une loi organique sur le principe de différenciation : si la crise sanitaire du coronavirus le permet, le projet de loi devrait être discuté à l'automne 2020. Il ne faut pas se laisser abuser par cet effet d'annonce.

Si le Gouvernement a vraiment en vue de permettre aux collectivités territoriales, mentionnées à l'article 72 de la Constitution, de déroger aux dispositions législatives ou réglementaires, ce n'est possible à droit constitutionnel constant que dans le cadre de l'expérimentation.

En dehors de ce cadre, à moins d'une modification de la Constitution, ce projet se heurte au principe d'égalité des citoyens devant la loi et surtout au principe de la souveraineté nationale qui réserve en principe au Parlement le monopole de l'adoption de normes législatives.

Le fait qu'à droit constitutionnel constant, le développement de la différenciation législative ou réglementaire impliquant des collectivités territoriales ne puisse se réaliser que dans le cadre constitutionnel de l'expérimentation peut surprendre puisque l'expérimentation législative et réglementaire ne saurait se confondre avec la différenciation.

Toutefois, ceci s'explique par le fait que, bien que différentes, ces deux pratiques légistiques ont en commun de reposer sur la dérogation au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et au monopole du Parlement pour l'adoption de dispositions législatives, en vertu du principe de la souveraineté nationale.

En effet, tandis que le « droit de la différenciation » ouvre, entre autres, d'une part, la possibilité pour des collectivités de se voir attribuer des compétences dont ne disposent pas toutes les autres collectivités de la même catégorie et d'autre part, la capacité pour des collectivités de déroger de

façon durable à certaines normes législatives ou réglementaires, l'expérimentation est « une technique légistique qui vise à étudier les effets d'une réforme ou d'une loi sur un échantillon de personnes et dans un temps limité »<sup>33</sup>. Et dès lors qu'elle porte sur un échantillon de personnes, « elle pose donc, par définition un problème de compatibilité avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi »<sup>34</sup>. Comme elle passe par une dérogation aux lois et règlements, qui peut porter sur la répartition des compétences ou sur les normes à appliquer (certes, à titre temporaire en vue de mesurer la pertinence d'une éventuelle réforme), la technique de l'expérimentation se rapproche celle de la différenciation.

Parce que l'expérimentation implique de déroger au principe d'égalité des citoyens devant la loi et aux règles découlant de la souveraineté nationale, lorsqu'elle a été introduite dans la Constitution en 2003, le Constituant a posé des bornes à son développement.

Certaines de ces bornes sont consubstantielles à l'idée d'expérimentation : celle-ci implique d'être limitée dans le temps et de faire l'objet d'une évaluation, avant de décider si la réforme est retenue ou abandonnée. D'autres tiennent au cadre constitutionnel de la Ve République. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé en 2002 que les normes constitutionnelles alors applicables n'autorisaient pas que l'expérimentation aboutisse à une délégation de l'exercice du pouvoir législatif en permettant à une collectivité territoriale, en l'occurrence celle de Corse, d'adapter, temporairement, les dispositions législatives nationales, voire de ne pas les appliquer, en raison, selon la disposition censurée par le Conseil constitutionnel<sup>35</sup>, « des difficultés d'application liées aux spécificités de l'île ». La réaction des autorités politiques a été la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a permis constitutionnellement l'expérimentation législative et réglementaire par les collectivités territoriales, par sa reconnaissance dans l'article 72 de la Constitution. Comme il était difficile d'envisager que l'Etat ne dispose pas de la souplesse qu'il accordait aux collectivités territoriales, le Constituant a introduit un nouvel article 37-1 qui dispose que « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Ainsi, l'expérimentation peut aussi être le fait des administrations d'Etat et des organismes sous son contrôle.

Aucune loi organique ne précise les modalités d'application de l'article 37-1 de la Constitution, car il ne saurait y avoir de loi organique non prévue par la Constitution. En revanche, une telle loi était requise pour l'article 72 : il s'agit de la loi organique n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, aujourd'hui codifiée aux articles LO 1113-1 à LO 1113-7 et, pour les groupements des collectivités, à l'article LO 5111-5 du code général des collectivités territoriales.

---

<sup>33</sup> Fl. Crozatier-Durand, Réflexions sur le concept d'expérimentation légistique (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république) : RFDC 2003, n° 56.

<sup>34</sup> Fl. Crozatier-Durand, Réflexions sur le concept d'expérimentation légistique (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république) : RFDC 2003, n° 56.

<sup>35</sup> Cons. constit., 17 janv. 2002, n° 2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*.

Comme actuellement, aucune disposition de la Constitution ne donne un fondement spécifique à la technique de la différenciation, si le Gouvernement veut en faciliter l'exercice par les collectivités territoriales et envisage, pour cela, d'adopter une loi organique, ce ne peut donc être que dans le cadre de l'expérimentation prévue à l'article 72 de la Constitution en réformant la loi organique n°2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003, en exploitant les points communs entre les deux procédés et en allégeant les contraintes pesant sur l'expérimentation.

Dit autrement, comme le Parlement ne peut pas adopter une loi organique qui ne serait pas expressément prévue par la Constitution, si le Gouvernement entend faire adopter une loi organique consacrant un « droit à la différenciation » des collectivités territoriales, ce ne peut être qu'en amendant la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales. Il s'agirait d'assouplir les conditions de l'expérimentation afin de la rapprocher de la différenciation qui consiste en une dérogation non temporaire au principe d'égalité devant la loi (§ 1). Mais, malgré les déclarations gouvernementales, ce « droit à la différenciation » ne serait jamais rien d'autre qu'un « droit à l'expérimentation » assoupli (§ 2).

#### § 1 – Les potentialités de la réforme de la loi n° 2003-704 du 1<sup>er</sup> août 2003.

Le cadre de cette réforme est évidemment l'article 72 de la Constitution.

Depuis la révision constitutionnelle de 2003, cet article dispose :

« Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

Ce cadre n'est pas aussi serré que pourrait le laisser penser la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, aujourd'hui codifiée aux articles L.O 1113-1 et suivants du CGCT.

Dans son rapport « Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ? » remis au Premier ministre à l'automne 2019, le Conseil d'Etat a émis 14 propositions pour améliorer et étendre la technique de l'expérimentation. Parmi ces propositions, quatre portent sur une modification de la loi organique du 1<sup>er</sup> août 2003, à droit constitutionnel constant (I). D'autres réformes que celles suggérées par le Conseil d'Etat sont envisageables (II).



Les propositions du Conseil d'Etat ne sont pas toutes convaincantes. Il en va ainsi de celle portant sur la suppression de l'exigence d'un décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. En revanche, celle sur la publication au Journal officiel de la République française des normes adoptées par les collectivités au titre de l'expérimentation et celle sur la suppression du contentieux spécifique des normes expérimentées sont moins problématiques. Mais c'est surtout la possibilité de maintenir sans les généraliser les normes expérimentées qui fera de l'expérimentation un viatique pour la différenciation.

► **Mettre fin à l'exigence d'un décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation**

L'une des propositions du Conseil d'Etat est de mettre fin à l'exigence d'un décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation.

Il n'est toutefois pas acquis que cette proposition soit conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette exigence d'un décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation est inscrite dans l'article LO 1113-2 du CGCT.

Jusqu'à présent, selon cet article,

« Toute collectivité territoriale entrant dans le champ d'application défini par la loi mentionnée à l'article LO 1113-1 peut demander, dans le délai prévu à l'article précédent, par une délibération motivée de son assemblée délibérante, à bénéficier de l'expérimentation mentionnée par cette loi. Sa demande est transmise au représentant de l'Etat qui l'adresse, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités territoriales. Le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ».

Selon le rapport du Conseil d'Etat,

« Le principe de libre administration des collectivités territoriales a conduit le législateur organique à limiter le rôle du Gouvernement à la vérification des « conditions légales », fixées selon le cas par la loi ou le décret ouvrant l'expérimentation. À l'intérieur de ce cadre, la compétence du Gouvernement est liée, et la collectivité volontaire a un droit à rejoindre l'expérimentation.

Il n'apparaît pas opportun [au Conseil d'Etat], à ce stade, de remettre en cause cet équilibre ».

Selon le Conseil d'Etat, « dès lors que la collectivité qui remplit les conditions légales ou réglementaires pour participer à l'expérimentation a un droit à la rejoindre, il serait théoriquement possible de supprimer totalement tant la délibération de la collectivité

demandant à expérimenter, que la décision de l'État l'y autorisant. Dans une telle hypothèse, l'expérimentation débiterait directement par l'adoption, par la collectivité, de l'acte réglementaire dérogeant à la loi ou aux règlements nationaux ».

Finalement, ce n'est pas ce point que le Conseil d'Etat propose de réformer car

il lui « apparaît toutefois préférable de conserver l'étape de la délibération initiale de la collectivité. L'ouverture d'une période au cours de laquelle il sera dérogé à une loi ou un règlement national sur le territoire d'une collectivité territoriale est une situation suffisamment singulière et importante pour justifier une décision de l'assemblée délibérante de la collectivité adoptée à l'issue d'un débat public et par une délibération motivée. C'est un passage obligé utile, à la fois pour le citoyen soumis à un droit expérimental, différent de celui applicable sur le reste du territoire national, et pour la collectivité qui doit le mettre en œuvre ».

Le Conseil d'Etat écarte donc cette réforme pour des raisons d'opportunité. En réalité, elle se heurterait au principe constitutionnel de l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi : comme les collectivités territoriales pourraient décider discrétionnairement du moment où elles entreraient dans le champ de l'expérimentation, les citoyens apprendraient seulement au moment même où la collectivité déciderait de déroger au droit commun, en recourant à l'expérimentation, le nouveau régime dérogatoire qui leur serait réservé.

C'est donc à propos du décret en Conseil d'État arrêtant la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation que le Conseil propose des évolutions textuelles. Dans son rapport, il considère que

« le régime d'autorisation préalable du Gouvernement institué par la loi organique, qui plus est par décret en Conseil d'État, apparaît avec l'expérience une précaution inutile.

D'abord, le respect des conditions posées par la loi ou le décret à la participation à l'expérimentation peut être assuré dans le cadre de l'exercice du contrôle de légalité de droit commun sur la délibération de la collectivité décidant de l'entrée dans l'expérimentation.

Ensuite, la subordination de l'accès à l'expérimentation de la collectivité à un décret en Conseil d'État fixant la liste des collectivités territoriales autorisées a pour principal effet de retarder le processus d'entrée dans l'expérimentation, jusqu'à ce que la liste soit complète.

Il est donc proposé de mettre fin à l'exigence de l'autorisation par décret en Conseil d'État.

Ainsi, la collectivité qui entre dans le champ de l'expérimentation autorisée par la loi ou un décret pourrait, par sa seule délibération transmise au représentant de l'État, décider d'y participer ».

La solution proposée par le Conseil d'Etat présente l'avantage d'accélérer la mise en œuvre de l'expérimentation et de ne pas faire dépendre les collectivités territoriales de la célérité du

Gouvernement. Toutefois, il n'est pas aussi certain que le pense le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel accepterait la suppression de cette exigence, sans tout au moins la compenser.

En effet, dans sa décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003<sup>36</sup>, s'il a reconnu la conformité de la loi organique n° 2003-704 à la Constitution, c'est au motif

« qu'en retenant de telles modalités [i. e. les différentes conditions posées par cette loi] et, notamment, en liant la compétence du pouvoir réglementaire pour dresser la liste des collectivités territoriales admises à participer à une expérimentation, ainsi qu'en prévoyant, le cas échéant, la généralisation des mesures prises à titre expérimental, le législateur organique n'est pas resté en deçà de l'habilitation qui lui était conférée et n'en a pas davantage excédé les limites ».

On ne peut que constater que l'intervention d'un décret pour dresser la liste des collectivités territoriales admises à participer à une expérimentation a été, aux yeux du Conseil constitutionnel, un élément important de son sceau de conformité de la loi organique n° 2003-704 à la Constitution. Certes, le Conseil n'érige pas cette exigence en condition *sine qua non* de cette conformité mais en la relevant tout particulièrement, il y accorde une indéniable importance. Celle-ci est difficile à mesurer avec précision, mais la proposition du Conseil d'Etat de la supprimer, sans compensation, est probablement plus risquée qu'il l'estime. Il est vrai que le Conseil d'Etat relève dans la suite de son rapport que la publication au Journal Officiel de la délibération de la collectivité territoriale constituerait une information suffisante, à ses yeux, de la population de sa volonté de bénéficier du droit d'expérimentation. Il n'en reste pas moins que ce n'est pas ce sur quoi le Conseil constitutionnel a insisté dans sa décision de 2003.

#### ► Ne plus conditionner l'entrée en vigueur des normes locales expérimentales à leur publication au JORF

En vertu de l'article LO 1113-3 du CGCT,

« Les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité. Ils font l'objet, après leur transmission au représentant de l'Etat, d'une publication au Journal officiel de la République française. Leur entrée en vigueur est subordonnée à cette publication ».

Selon le Conseil d'Etat,

« la publication au Journal officiel des normes locales expérimentales, aujourd'hui prévue par la loi organique de 2003 est trop lourde. On comprend que le caractère innovant et particulier des expérimentations de l'article 72 ait conduit le Gouvernement et le Parlement en 2003 à concevoir un instrumentum mixte : pour permettre une expérimentation par les collectivités territoriales d'une modification de normes nationales, a été organisé un système dans lequel la collectivité adopte une délibération qui suit le régime d'entrée en vigueur et

---

<sup>36</sup> Cons. constit., 30 juill. 2003, n° 2003-478 DC, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

de publication des lois et décrets. Avec le recul, il ne semble pas nécessaire de maintenir ce système complexe : pour le temps de l'expérimentation et dès lors que l'entrée de la collectivité dans l'expérimentation aura fait l'objet d'une publication au Journal officiel, la compétence normative devient, dans cette collectivité, régie en partie par des normes locales. Il est dès lors possible, pour l'entrée en vigueur, de s'en remettre au droit commun des collectivités territoriales, qui subordonne celle-ci à la transmission de la délibération au préfet et à une publicité adaptée à l'échelle du territoire.

Cette évolution nécessiterait que deux formes de précautions soient prises afin que le public destinataire de la mesure expérimentée (usagers, entreprises, etc.) et, plus généralement, que la population soit correctement informée de ce que, dans un territoire donné, la loi ou le décret national ne sont – temporairement – plus applicables.

D'une part, la conduite de l'expérimentation nécessite, de la part de la collectivité expérimentatrice, des mesures d'information de ses propres administrés et agents publics sur son existence et les conditions de son déroulement. Ces mesures peuvent être de natures diverses et dépendent de l'expérimentation conduite. Elles n'ont pas à être détaillées par la loi et ne conditionnent pas l'entrée en vigueur de la norme locale expérimentale. Elles relèvent de la seule responsabilité de la collectivité expérimentatrice. D'autre part, dès lors qu'en principe les lois et règlements qui régissent la compétence en cause sont publiés au Journal officiel et accessibles sur Légifrance, il est proposé que le site Légifrance apporte également une information permettant de déterminer le droit applicable dans les collectivités expérimentatrices.

Cette information pourrait prendre deux formes :

- la publication d'un NOTA sous les articles de la loi ou du règlement auxquels l'expérimentation permet de déroger, mentionnant la possibilité ouverte aux collectivités territoriales de déroger à titre expérimental à ces normes ; cette note appellera donc l'attention du praticien sur la nécessité de vérifier le droit applicable dans les collectivités territoriales expérimentatrices ;
- les normes expérimentales adoptées par les collectivités territoriales devraient également faire l'objet d'un avis publié sur Légifrance, à titre informatif, afin qu'on puisse trouver sur ce site internet à la fois la norme d'État applicable sur le reste du territoire et la norme dérogatoire applicable dans les territoires de l'expérimentation. Cette publication ne conditionnerait pas leur opposabilité » (Rapport du Conseil d'Etat, p. 72 et 73).

La proposition du Conseil d'Etat ne se heurte, à notre connaissance, à aucune norme constitutionnelle. En effet, les normes par lesquelles une collectivité territoriale déroge à une disposition législative ne sont pas de nature législative : la qualité de leur auteur en fait des normes administratives locales. Leur publication peut donc suivre le régime des actes de la collectivité territoriale participant à l'expérimentation. Il n'est donc pas surprenant que dans sa décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, le Conseil constitutionnel n'ait pas insisté sur cette exigence.

Comme le Conseil d'Etat, nous estimons que la publication au Journal officiel de la République des actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives pourrait être supprimée.

► Ne plus soumettre les actes des collectivités territoriales pris au titre de l'expérimentation à un contrôle de légalité spécifique, mais au seul contrôle de légalité de droit commun.

Comme le rappelle le Conseil d'Etat,  
« L'article LO. 1113-4 du code général des collectivités territoriales a prévu un régime dérogatoire de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales relatifs aux expérimentations de l'article 72 de la Constitution. En effet, la demande de suspension dont le déféré peut-être assortie a elle-même, de jure, un effet suspensif, ce qui n'est pas le cas dans le droit commun ».

Selon le Conseil d'Etat,

« Avec le recul, ce régime dérogatoire n'apparaît pas nécessaire.

D'après les données de la base Ariane archives, ce dispositif n'a jamais été utilisé. Les expérimentations de l'article 72 correspondent en effet à des hypothèses particulières, relativement rares jusqu'ici, et sont déjà fortement encadrées par l'État, ce qui limite a priori le risque de d'atteinte grave et immédiate à des droits ou intérêts supérieurs. En outre, il n'est pas opportun de multiplier les régimes de référé spéciaux, qui peuvent être source d'une complexité contre-productive. Le contrôle de légalité de droit commun apparaît suffisant pour protéger le cadre légal de ces expérimentations. On peut aussi supposer – eu égard à leur caractère dérogatoire – que les actes des collectivités territoriales relatifs à une expérimentation seront au nombre de ceux dont la légalité sera systématiquement examinée dans le cadre du contrôle de légalité.

Il est donc proposé d'abroger l'article LO 1113-4 ».

L'argumentation du Conseil d'Etat est de pure opportunité. Déduire du fait que le référé suspension spécifique à l'expérimentation n'a jamais été exercé que l'on peut le supprimer, n'est pas une analyse juridique.

Toutefois, si le Conseil d'Etat a envisagée cette suppression, c'est parce que ni la Constitution ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'impose un tel contrôle dérogatoire de la légalité des actes des collectivités territoriales. En effet, dans sa décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel avait interdit qu'une norme locale devienne exécutoire de plein droit, avant même leur transmission au préfet. Il n'avait pas imposé l'instauration d'un référé -suspension spécial aux actes des collectivités territoriales. C'est seulement une possibilité que laisse la Constitution.

► Multiplier les conclusions à tirer de l'expérimentation : la pérennisation des normes expérimentalement différenciées

En vertu de l'article LO 1113-6 du CGCT,

« Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine selon le cas :

[...]

- le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ;
- l'abandon de l'expérimentation [...] ».

Ainsi, en fin d'expérimentation, le législateur se trouve face à une alternative qui s'avère trop tranchée. Soit il décide d'abandonner l'expérimentation. Soit s'il veut maintenir les normes qui ont été expérimentées, il doit les généraliser à l'ensemble du territoire.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat suggère de remplacer le « et » entre « le maintien » et « la généralisation des mesures » par un « ou ». Dans ces conditions, le législateur pourrait maintenir les mesures qui ont été prises à titre expérimental, sans les généraliser à l'ensemble du territoire : il pourrait décider de les maintenir là où elles ont été essayées ou dans d'autres territoires où, à la lumière de l'expérimentation, elles seraient utiles.

C'est surtout cette modification qui aurait pour effet de faire de l'expérimentation un outil au service de la différenciation car, si elle était adoptée, elle permettrait à des collectivités territoriales de déroger tant à la répartition des compétences qu'aux normes. Certes, la technique de la différenciation nécessiterait au préalable une expérimentation, mais ce serait là le moyen de la développer, sans avoir à modifier la Constitution, ce qui sera analysé dans le § 2 ci-dessous.

*II – Les autres voies pour faciliter l'expérimentation*

Le rapport du Conseil d'Etat est loin d'épuiser toutes les possibilités de réforme de la loi organique n° 2003-494 du 1<sup>er</sup> août 2003. Plusieurs amendements à cette loi permettraient soit d'accélérer la mise en œuvre de l'expérimentation soit d'en étendre l'application dans le temps.

► Ne pas attendre que la liste des collectivités autorisées à participer à l'expérimentation soit complète pour la commencer

En vertu de l'article LO 1113-2,

« Toute collectivité territoriale entrant dans le champ d'application défini par la loi mentionnée à l'article LO 1113-1 peut demander, dans le délai prévu à l'article précédent, par une délibération motivée de son assemblée délibérante, à bénéficier de l'expérimentation mentionnée par cette loi. Sa demande est transmise au représentant de l'Etat qui l'adresse, accompagnée de ses observations, au ministre chargé des collectivités

territoriales. Le Gouvernement vérifie que les conditions légales sont remplies et publie, par décret, la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation ».

Or, si l'on en croit le rapport du Conseil d'Etat, c'est seulement une fois que cette liste est complète que l'expérimentation peut commencer. C'est là une interprétation et une pratique qui reposent sur une lecture inutilement restrictive de l'article LO 1113-2 du CGCT et que n'impose ni l'article 72 de la Constitution ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Certes, attendre que cette liste soit complète pour lancer l'expérimentation simultanément dans toutes les collectivités retenues est généralement propice à la qualité de l'expérience. Elle facilite l'évaluation. Mais la qualité de l'expérimentation peut parfois aussi passer par sa mise en œuvre graduée : elle permet de mieux saisir les facteurs du succès ou de l'échec de l'expérience. Et en droit, répétons-le, attendre la complétude de la liste n'est imposé par aucune exigence constitutionnelle ni même par la lettre de l'article LO 1113-2 CGCT du CGCT.

Clarifier ce point serait un moyen commode pour faciliter les expérimentations et, par leur biais, les différenciations.

#### ► Allonger les délais de l'expérimentation

Tout d'abord, depuis 2003, l'article LO 1113-1 fixe le délai maximal d'expérimentation à 5 ans. Or ce délai n'est pas prescrit par l'article 72 de la Constitution. C'est pour cette raison que si le Conseil constitutionnel considère qu'une expérimentation ne peut se dérouler que dans un temps limité, il n'a pas exigé un délai particulier<sup>37</sup>.

Si ce délai a été choisi, c'est en grande partie à cause de la jurisprudence administrative antérieure à la réforme de 2003. En effet, par exemple, la Cour administrative d'appel de Paris avait jugé qu'était illégale une expérimentation d'une durée de 5 ans reconductible sans que des critères d'évaluation soient précisés pour déterminer comment elle pourrait être généralisée. Cette solution avait obtenu l'adhésion de la publication dans le recueil des arrêts du Conseil d'Etat (CAA Paris, 6 nov. 2003, UNI, n° 02PA02821 : Rec. CE 2003, p. 561 ; AJDA 2004, p. 343, note Legrand ; Dr. adm. 2004, n° 27, note Boumédiène).

Ensuite, pourrait aussi être allongé le délai de prolongation de l'expérimentation, avec ou sans modification. Actuellement, ce délai ne peut pas dépasser 3 ans (CGCT, art. LO 1113-6). Là encore, cette durée n'est pas précisément imposée par l'article 72 de la Constitution. Cela laisse donc au législateur organique la possibilité de l'allonger.

Enfin, toujours en vertu de l'article LO 1113-6 du CGCT, c'est dans un délai d'un an, à compter à compter du terme prévu dans la loi ayant autorisé l'expérimentation, que la proposition ou le projet de loi décidant de la prolongation, du maintien ou de l'abandon de l'expérimentation doit être adoptée. Il ne serait pas inutile d'allonger ce délai. Cela n'aurait pas pour effet de faciliter les

---

<sup>37</sup> Cons. constit., 30 juill. 2003, n° 2003-478 DC, Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales.

expérimentations, mais ce serait une sage précaution car ce délai d'un an s'avère particulièrement court au regard de la charge de travail des parlementaires. Maintenir ce délai si court, c'est priver les parlementaires du temps nécessaire à l'analyse des résultats de l'expérimentation. C'est donc saper cette procédure de sa raison d'être.

## § 2 – L'expérimentation régie par l'article 72 comme préalable à la différenciation

Comme nous l'avons vu, le législateur organique pourrait remplacer, comme le suggère le Conseil d'Etat, le « et » entre « le maintien » et « la généralisation des mesures » de l'article LO 1113-6 du Code général des collectivités territoriales par un « ou ». Dans ces conditions, puisque cet article disposerait ceci, « Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation et au vu de son évaluation, la loi détermine selon le cas : « - les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation pour une durée qui ne peut excéder trois ans ; - le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ; - l'abandon de l'expérimentation », le législateur pourrait maintenir les mesures qui ont été prises à titre expérimental, sans les généraliser à l'ensemble du territoire : il pourrait décider de les maintenir là où elles ont été essayées ou dans d'autres territoires où, à la lumière de l'expérimentation, elles seraient utiles.

C'est surtout cette modification qui aurait pour effet de faire de l'expérimentation un outil au service de la différenciation car, si elle était adoptée, elle permettrait à des collectivités territoriales de déroger tant à la répartition des compétences qu'aux normes. Certes, la technique de la différenciation nécessiterait au préalable une expérimentation, mais ce serait là le moyen de la développer, sans avoir à modifier la Constitution.

Le maintien non généralisé des mesures prises à titre expérimental – c'est-à-dire, répétons-le la différenciation après et grâce à l'expérimentation – devrait toutefois tenir compte du principe d'égalité des citoyens devant la loi. En effet, autant l'article 72 de la Constitution permet d'écarter ce principe le temps de la différenciation, autant une telle dispense fait défaut pour justifier le maintien non généralisé des mesures prises à titre expérimental. Toutefois, cette contrainte ne doit pas être surestimée : dès lors qu'il sera possible de démontrer que les circonstances propres aux lieux où ces dispositions seront maintenues justifient ce choix, l'obligation d'une norme uniforme tombera. En effet, comme le Conseil constitutionnel le répète régulièrement depuis 1996, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »<sup>38</sup>. Or, grâce à l'expérimentation, il sera a priori encore plus facile de démontrer que l'intérêt général justifie de déroger au principe d'égalité. Ainsi sera facilité le développement de la différenciation à droit constitutionnel constant.

---

<sup>38</sup> Cons. constit. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.



## Section 2 - L'expérimentation sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution et la différenciation

Depuis la réforme constitutionnelle de 2003, la Constitution de la Ve République comprend un nouvel article 37-1 qui dispose que « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ».

L'Etat procédait à des expérimentations bien avant cette réforme constitutionnelle, soit en les autorisant par voie de décret lorsque la matière faisant l'objet de l'expérimentation relevait du champ de l'article 37 de la Constitution, soit par la voie d'une loi lorsque la matière relevait de l'article 34 de la Constitution. Mais dès lors que le Constituant a prévu que les collectivités territoriales pouvaient déroger à la loi dans le cadre de l'expérimentation, il fallait une même disposition pour les autres autorités publiques, c'est-à-dire pour l'Etat lui-même et les personnes publiques ou para publiques qui en dépendent ou qui se trouvent sous son contrôle, telles que les entreprises de logements sociaux. Sinon par un raisonnement *a contrario*, on risquait de les priver de cette possibilité. De plus et surtout, cela facilitait les dérogations au principe d'égalité devant la loi qu'implique l'expérimentation.

Dès lors que ce ne sont pas des collectivités territoriales ou des établissements publics qui leur sont rattachés qui participent à l'expérimentation, c'est l'article 37-1 de la Constitution et non pas l'article 72 qui sert de fondement à cette technique de légistique. La seule exception est celle où les actes pris par les collectivités territoriales ou leur EPCI dans le cadre de l'expérimentation sont soumis à l'accord du représentant de l'Etat. Dans ce cas, il n'y a pas de risque d'atteinte à la souveraineté de l'Etat<sup>39</sup> : le cadre constitutionnel de l'article 37-1 de la Constitution suffit alors.

Les types d'expérimentation sont aussi variés que dans le cadre de l'article 72 de la Constitution.

- Il peut s'agir d'expérimentations qui passent par des dérogations à la répartition matérielle des compétences<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales (à propos de l'expérimentation de la création d'établissements publics scolaires primaires par les communes ou les EPCI)

<sup>40</sup> - Décret n° 2013-31 du 9 janvier 2013 fixant les conditions de l'expérimentation relative à la consultation du dossier pharmaceutique par les médecins exerçant dans certains établissements de santé (expérimentation quant aux personnes pouvant consulter les dossiers pharmaceutiques dans les hôpitaux).

- Arrêté du 20 décembre 2017 portant expérimentation de la régionalisation de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile dans la région Hauts-de-France : expérimentation donnant compétence du préfet du Nord pour désigner le pays chargé de l'examen des demandes d'asile, en lieu et place du préfet de l'Oise.

- Il peut aussi d'agir d'expérimentations qui autorisent les participants à déroger aux normes en vigueur, soit par des actes individuels ou mixtes<sup>41</sup> soit en adoptant des règlements<sup>42</sup>.

Dans un premier temps, nous analyserons les « vraies » expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution et verrons en quoi certaines aboutissent à l'instauration de régime de différenciation au sens où l'entend le projet actuel de réforme du gouvernement (§ 1).

Ensuite, nous étudierons les « fausses » expérimentations (§ 2) qui ne correspondent pas pleinement aux exigences de l'article 37-1 mais qui constituent des outils supplémentaires de la différenciation territoriale du droit (§ 2).

### § 1 - Les vraies expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution

L'article 37-1 de la Constitution est beaucoup plus lapidaire que l'article 72 : à la différence de ce dernier, il n'énonce que deux conditions : la limitation de l'objet et celle de la durée de l'expérimentation. La raison en est que celles énoncées dans l'article 72 sont une réponse à la jurisprudence *Statut de la Corse* du Conseil constitutionnel (préc.). Le pouvoir constituant a considéré que lorsque ce sont des autorités étatiques qui procèdent à l'expérimentation ou qu'elles exercent sur elles un pouvoir de veto, il n'y a pas de risque d'atteinte à la souveraineté nationale. D'où la décision de ne pas reprendre toutes les conditions posées par l'article 72 de la Constitution. En réalité, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont posé des conditions qui se rapprochent beaucoup de celles inscrites expressément dans l'article 72 de la Constitution.

Ainsi, de façon générale, « si, sur le fondement de cette disposition, le Parlement peut autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi, il doit en définir de façon suffisamment

---

<sup>41</sup> Pour le traitement automatisé de données à caractère personnel permettant la mise en œuvre d'un dispositif technique destiné à assurer l'effectivité de l'interdiction faite à une personne condamnée ou mise en examen et placée sous surveillance électronique mobile de rencontrer une personne protégée : Décret (pris en application de la loi 2010-769 du 9 juillet 2010) n° 2012-268 du 24 février 2012 relatif à l'expérimentation d'un dispositif électronique destiné à assurer l'effectivité de l'interdiction faite à une personne condamnée ou mise en examen de rencontrer une personne protégée

<sup>42</sup> Par ex., Décret n° 2000-929 du 22 septembre 2000 relatif à l'expérimentation de nouvelles conditions et modalités de règlement de certains frais de déplacement à la charge des budgets de l'État et de certains établissements publics.

Décret n° 2017-1862 du 29 décembre 2017 modifié relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation à certaines normes réglementaires reconnu à certains directeurs généraux (4) de l'agence régionale de santé.

Décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit reconnu au préfet de déroger aux normes fixées par les administrations de l'Etat (sans méconnaître le droit de l'Union européenne) dans les domaines suivant : 1° Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ; 2° Aménagement du territoire et politique de la ville ; 3° Environnement, agriculture et forêts ; 4° Construction, logement et urbanisme ; 5° Emploi et activité économique ; 6° Protection et mise en valeur du patrimoine culturel ; 7° Activités sportives, socio-éducatives et associatives.

précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »<sup>43</sup>.

Le Conseil d'Etat adopte une jurisprudence similaire à propos des expérimentations relevant du pouvoir réglementaire. Selon lui, « il résulte de [la Constitution] que le pouvoir réglementaire peut, dans le respect des normes supérieures, instituer, à titre expérimental, des règles dérogatoires au droit commun applicables à un échantillon sans méconnaître par là même le principe d'égalité devant la loi, dès lors que ces expérimentations présentent un objet et une durée limités, que leurs conditions de mise en œuvre sont définies de façon suffisamment précise et que la différence de traitement instituée est en rapport avec l'objet de l'expérimentation »<sup>44</sup>.

Ce sont ces conditions qu'il s'agit ici de préciser car elles déterminent le champ de l'expérimentation ouvert par l'article 37-1 de la Constitution.

### *I – La compétence pour recourir à l'expérimentation*

La compétence pour lancer une expérimentation est évidemment la première condition juridique de ce procédé légistique. En vertu de l'article 37-1 de la Constitution, « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ».

Cela signifie que dans le domaine de la loi fixée notamment par l'article 34 de la Constitution, seul le Parlement peut prévoir des expérimentations.

Le pouvoir exécutif ne peut procéder de lui-même à des expérimentations que dans son champ de compétence.

Il le peut évidemment de son propre chef dans le champ du pouvoir réglementaire autonome.

Il le peut, voire il le doit, lorsqu'une disposition législative prévoit que ses décrets d'application procéderont à une expérimentation.

En revanche, le pouvoir exécutif ne devrait pas, en principe, pouvoir recourir à une expérimentation lors de l'adoption de décrets d'application d'une disposition législative si celle-ci ne le prévoit pas. Sur ce point, le Conseil d'Etat a été catégorique dans son arrêt *Association " Bail à part, tremplin pour le logement "* rendu en 2017, lorsqu'il a annulé la décision du Premier Ministre Manuel Valls de ne pas appliquer, comme la loi ALUR le prévoyait, le plafonnement des loyers dans toutes les communes le justifiant mais seulement à Paris et à Lille. Selon le Conseil d'Etat, « si l'article 37-1 de la Constitution prévoit que " la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ", ces dispositions ne

---

<sup>43</sup> Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice – Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle – Cons. const., 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé – Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 – Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs – Cons. const., 16 juill. 2009 n° 2009-584 DC, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires – Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales.

<sup>44</sup> CE, 6 nov. 2019, n° 422207, *Syndicat national CGT OFPRA*: Rec. CE 2019, tables.

permettent pas au pouvoir réglementaire de procéder à une mise en œuvre de la loi à titre expérimental lorsque la loi ne l'a pas elle-même prévu »<sup>45</sup>.

Pourtant, la même année, le Conseil d'Etat a aussi jugé presque (la nuance est importante, comme nous le verrons) le contraire, certes de façon implicite, mais, selon nous, certaine. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Syndicat éducation populaire – UNSA* de 2017<sup>46</sup>. La loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République ne prévoyait aucune expérimentation pour la mise en œuvre de l'article L. 551-1 du code de l'éducation.

Cet article dispose :

« Des activités périscolaires prolongeant le service public de l'éducation, et en complémentarité avec lui, peuvent être organisées dans le cadre d'un projet éducatif territorial associant notamment aux services et établissements relevant du ministre chargé de l'éducation nationale d'autres administrations, des collectivités territoriales, des associations et des fondations, sans toutefois se substituer aux activités d'enseignement et de formation fixées par l'Etat. L'élaboration et la mise en application de ce projet sont suivies par un comité de pilotage.

Le projet éducatif territorial vise notamment à favoriser, pendant le temps libre des élèves, leur égal accès aux pratiques et activités culturelles et sportives et aux nouvelles technologies de l'information et de la communication. Les établissements scolaires veillent, dans l'organisation des activités périscolaires à caractère facultatif, à ce que les ressources des familles ne constituent pas un facteur discriminant entre les élèves ».

C'est le Gouvernement qui a décidé de recourir à l'expérimentation et ce avec l'assentiment du Conseil d'Etat puisque dans son arrêt *Syndicat éducation populaire – UNSA*, il ne sanctionne aucune incompétence, ce qu'il aurait pu puisque c'est un moyen d'ordre public.

Toutefois, la contradiction avec la solution dégagée dans l'arrêt *Association " Bail à part, tremplin pour le logement "* n'est pas totale. En effet, le décret n° 2013-707 ne prévoyait d'expérimentation que pour le taux d'encadrement des enfants et non pas pour la mise en œuvre du projet éducatif territorial prévu à l'article L. 551-1 du code de l'éducation. Tous les enfants avaient le droit à ce projet : ceux-ci pouvaient être mis en place partout, seul le taux d'encadrement des enfants pouvait varier, au titre de l'expérimentation.

Ainsi, avant d'adopter un décret d'application d'une disposition législative, pourtant, aux termes de la loi en cause, valable pour toutes les personnes et territoires visées par cette disposition, le Gouvernement peut faire le choix de l'expérimentation non pas du principe posé par la disposition législative, mais de ses modalités réglementaires d'application.

La jurisprudence *Association " Bail à part, tremplin pour le logement "* met donc en évidence le champ très large de l'expérimentation réglementaire : elle permet de retenir la meilleure solution quant aux dispositions du décret d'application. Reste que le danger de cette solution est qu'alors que le

---

<sup>45</sup> CE, 15 mars 2017, n° 391654, *Association " Bail à part, tremplin pour le logement "* : Rec. CE 2017, tables.

<sup>46</sup> CE, 11 oct. 2017, n° 403855, *Syndicat éducation populaire – UNSA* : Rec. CE 2017.

Parlement ne l'a pas cautionnée, cette expérimentation peut retarder la mise en œuvre générale de la disposition qu'il a votée.

## *II – La condition de la précision quant à l'objet et le cadre de l'expérimentation*

Il ressort de la lettre même de l'article 37-1 de la Constitution que l'expérimentation doit être limitée dans son objet (et dans le temps). C'est la condition pour que ne soit pas méconnu le principe d'égalité devant la loi.

Toutefois, ni le Conseil constitutionnel ni Conseil d'Etat n'impose que l'autorité décidant de l'expérimentation définisse point par point chacun des éléments de son objet et de ses modalités. Ce qui importe, c'est qu'elle encadre suffisamment les autorités d'exécution de l'expérimentation afin de ne pas leur transférer le pouvoir de définir à sa place les éléments essentiels de cette expérience.

Selon le Conseil constitutionnel, le législateur ne doit pas laisser un pouvoir discrétionnaire trop important au gouvernement dans l'élaboration des administrations admises à participer à l'expérimentation. Le législateur ne commet pas d'incompétence négative en ne précisant pas ces administrations lorsqu'elles sont faciles à identifier, comme par exemple les cours d'appel. Dans ce cas, il peut renvoyer à un arrêté du Gardes des Sceaux<sup>47</sup>.

La jurisprudence administrative rejoint la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, dans son arrêt *Association Les amis de la Terre France* du 17 juin 2019<sup>48</sup>, rendu lors d'un recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet, le Conseil d'Etat a jugé que

« le pouvoir réglementaire peut, dans le respect des normes supérieures, autoriser des expérimentations permettant de déroger à des normes à caractère réglementaire sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi dès lors que ces expérimentations présentent un objet et une durée limités et que leurs conditions de mise en œuvre sont définies de façon suffisamment précise. A cet égard, s'il peut ne pas préciser d'emblée les normes réglementaire susceptibles de faire l'objet d'une dérogation, ni, le cas échéant, les règles ayant vocation à s'y substituer, il est nécessaire qu'il identifie précisément les matières dans le champ desquelles cette dérogation est possible ainsi que les objectifs auxquels celle-ci doit répondre et les conditions auxquelles elle est soumise. »

En l'espèce, le Conseil d'Etat a jugé que le décret était licite car celui-ci précisait que la liste exacte des préfets concernés, et les normes auxquelles ceux-ci pouvaient déroger pendant deux ans, en l'espèce des normes arrêtées par l'administration de l'Etat. Il fixait une liste exhaustive des matières concernées et soumettait cette faculté de dérogation à quatre conditions cumulatives de sorte « qu'une dérogation ne peut légalement intervenir que lorsqu'elle est " 1° (...) justifiée par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales ", qu'elle a " 2° (...) pour effet d'alléger les

---

<sup>47</sup> Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-635 DC, Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

<sup>48</sup> CE, 17 juin 2019, n° 412871, *Association Les amis de la Terre France* : Rec. CE 2019.

démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques ", qu'elle est " 3° (...) compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ", et qu'elle ne porte pas " 4° (...) atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens, ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé ". Enfin, en vertu de son article 4, la décision de dérogation prend la forme d'un arrêté motivé et publié au recueil des actes administratifs. »

Pour le Conseil d'Etat, c'était suffisamment précis, sachant qu'il a pris soin d'ajouter que ces décisions dérogatoires ne pouvaient « être accordées que dans le respect des normes supérieures applicables ».

### *III – La condition du temps de l'expérimentation*

La condition du temps de l'expérimentation se double. Elle porte sur sa durée, mais aussi sur le moment de son déclenchement, ce qui ouvre des possibilités d'expérimentation différenciée.

#### *A – La durée de l'expérimentation*

Selon les termes mêmes de l'article 37-1 de la Constitution, l'expérimentation doit être limitée dans le temps.

Comme l'article 37-1 de la Constitution ne fixe pas de durée, à la différence de l'article 72 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas imposé de maxima en la matière. La durée de chaque expérimentation législative est affaire de circonstances. Le Conseil a admis qu'elle puisse atteindre les 6 ans à propos de l'expérimentation des salles de consommation de drogue à moindre risque (« salles de shoot »)<sup>49</sup>.

C'est à l'autorité qui a pris la décision de recourir à l'expérimentation d'en définir les limites. Cela lui laisse une marge d'appréciation importante. Nous n'avons trouvé aucun exemple récent de censure d'un délai abusivement long ; signe très probablement que le juge limite son contrôle en la matière à l'erreur manifeste d'appréciation.

En revanche, cette liberté ne peut pas aboutir à une abstention : l'autorité qui décide l'expérimentation a l'obligation d'en fixer la limite.

Ainsi, lorsque l'objet de l'expérimentation relève de l'article 34 de la Constitution, le législateur commet une incompétence négative quand il renvoie au pouvoir réglementaire le soin de fixer la durée de cette dérogation. En effet, « ayant décidé lui-même de déroger au principe d'égalité devant la loi, [le législateur ne peut], sans méconnaître l'article 37-1 de la Constitution, renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer la durée de cette dérogation ». C'est ce qui ressort clairement de la décision du 16 juillet 2009 n° 2009-584 DC Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution toute une série d'expérimentations dans le secteur médico-social, faute pour le législateur d'avoir fixé lui-même leur délai.

---

<sup>49</sup> Cons. const., 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC, Loi de modernisation de notre système de santé.

Comme le montre, par exemple, l'arrêt *Association Les amis de la Terre France* du 17 juin 2019<sup>50</sup>, si l'Exécutif laissait aux autorités d'application de l'expérimentation le soin d'en fixer la durée, le juge administratif annulerait le décret l'instaurant.

## B – Le moment du début de l'expérimentation ou l'entrée en vigueur différenciée de l'expérimentation

Le temps de l'expérimentation pose aussi la question de son commencement. Le Conseil d'Etat a jugé qu'une différence dans la date du début de l'expérimentation n'est pas en soi illégale. Cela ouvre donc la porte à une expérimentation différenciée.

En effet, le Conseil d'Etat a jugé que l'expérimentation prévue par le décret n° 2013-707 du 2 août 2013, qui permet de déroger à titre expérimental, dans le cadre d'un projet éducatif territorial, aux taux d'encadrement des accueils de loisirs périscolaires prévus par l'article R. 227-16 du code de l'action sociale et des familles, a pu entrer en vigueur à une date différente selon les académies, puisque si « ce décret [était], par suite, susceptible de connaître des dates d'entrées en vigueur différentes selon les académies, en fonction de la date à laquelle, en vertu des dispositions de l'article L. 521-1 du code de l'éducation, le calendrier scolaire peut être adapté pour tenir compte des situations locales, les différences de traitement ainsi introduites [étaient] justifiées par des différences de situation en rapport direct avec l'objet de ce texte ». Ce décret « ne méconnaissait donc pas le principe d'égalité »<sup>51</sup>.

L'exemple jurisprudentiel ci-dessus peut paraître anecdotique tant la différence quant à la date d'entrée en vigueur de l'expérimentation selon les territoires était de faible importance. Mais cet exemple nous paraît malgré tout révélateur de la souplesse qu'il serait possible d'exploiter pour faire en sorte de rapprocher l'expérimentation d'une différenciation temporelle expérimentale. De plus, dans cette affaire, l'échelonnement dans temps de l'entrée en vigueur disposait d'une base légale. Mais rien n'interdit que le décret instaurant une expérimentation fixe lui-même cet échelonnement : l'expérimentation autorisée par l'article 37-1 de la Constitution n'est pas seulement territoriale, elle peut être temporelle.

## IV – Le respect des normes constitutionnelles autres que le principe d'égalité

Il ressort aussi clairement de la jurisprudence que l'expérimentation ne peut déroger qu'au principe d'égalité. L'article 37-1 a justement pour objet de le permettre : une expérimentation au sens de cet article implique une dérogation au principe d'égalité. En effet, « ces dispositions permettent au pouvoir réglementaire d'autoriser des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi »<sup>52</sup>.

En revanche, l'expérimentation ne permet pas de déroger à une autre exigence de valeur constitutionnelle. On peut y ajouter les normes européennes et internationales.

---

<sup>50</sup> CE, 17 juin 2019, n° 412871, *Association Les amis de la Terre France* : Rec. CE 2019.

<sup>51</sup> CE, 31 juill. 2015, n° 372590, *Commune d'Onet-le-Château*.

<sup>52</sup> CE, 10 décembre 2014, n° 383483, *M. A.*

Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est nette comme l'illustre sa décision du 12 août 2004 :

« Si, sur le fondement de cette disposition, le Parlement peut autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi, il doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »<sup>53</sup>.

C'est ainsi, par exemple, qu'une expérimentation ne saurait déroger les principes constitutionnels de clarté et d'intelligibilité de la loi ou de la légalité des peines et des délits<sup>54</sup>.

En réalité, cette limite n'a pas l'évidence que lui prête le juge. En effet, l'égalité à laquelle l'expérimentation déroge porte toujours sur des droits. Il peut s'agir de droits de type social, comme des aides sociales, de régimes fiscaux, etc., mais lorsque ces droits « techniques » sont la traduction, la concrétisation de droits ayant un fondement constitutionnel, doit-on en déduire que l'expérimentation est impossible ?

Il n'en est rien. En effet, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat qu'une expérimentation est possible, même si elle porte sur la mise en œuvre d'un droit fondamental, à la condition que l'expérimentation n'ait pas pour effet de porter atteinte à l'exercice de ce droit. Seules les modalités de sa mise en œuvre peuvent faire l'objet de l'expérimentation. Ainsi, le Conseil d'Etat a admis que le gouvernement prenne un décret pour procéder à une expérimentation, d'une durée de dix-huit mois, portant sur certaines des modalités d'introduction et de traitement des demandes d'asile fixées par les articles R. 723-1 à R. 723-3, R. 723-19 et R. 733-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, limitée aux seules demandes d'asile présentées en Guyane<sup>55</sup>. Dès lors que le droit constitutionnel d'asile restait reconnu à tous de façon égale, l'expérimentation pouvait porter régulièrement sur les modalités de l'instruction des demandes.

#### *V – Les conclusions de l'expérimentation*

L'expérimentation est une procédure préparatoire. Elle n'a qu'un temps et à son terme, il faut en tirer les conclusions quant à la pertinence des normes et procédures dérogatoires mises en place. Il faut le faire en connaissance de cause. D'où l'évaluation avant la décision quant aux suites de l'expérience.

---

<sup>53</sup> Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales – Cons. const. du 16 juillet 2009 n° 2009-584 DC Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

<sup>54</sup> On notera aussi que, parce que portant généralement sur un nombre restreint de cas et pour une période limitée, l'expérimentation peut devenir une excuse pour justifier que les actes réglementaires qui la mettent en place ne soient appliqués avec une pleine rigueur. L'arrêt *Syndicat national CGT OFPRA* en donne un exemple : le Conseil d'Etat relève que si normalement le gouvernement avait l'obligation de saisir le comité technique de l'OFPRA pour prendre un décret portant sur les conditions d'instruction des demandes d'asile, en l'espèce « faute de conséquences directes et significatives des règles litigieuses sur l'ensemble des services de l'OFPRA, ces règles étant au demeurant instituées à titre expérimental en Guyane où environ 1 % des agents de l'OFPRA exercent leurs fonctions et d'où sont présentées environ 2 % des demandes d'asile, la consultation préalable du comité technique n'était pas requise ».

<sup>55</sup> CE, 6 nov. 2019, n° 422207, *Syndicat national CGT OFPRA* : Rec. CE 2019, tables.



## A – L'évaluation

L'idée même d'expérimentation appelle une évaluation préalable avant une décision quant aux suites à lui donner, qu'il s'agisse de son abandon ou de sa généralisation. Il s'agit là d'une légitimation *a posteriori* de la dérogation au principe d'égalité que d'une justification de la décision quant à ses résultats. Et ce alors que l'article 37-1 de la Constitution n'en dit rien !

Ainsi, aucune généralisation ni même une reprise de l'expérimentation ne peut être décidée par l'autorité l'ayant lancé, si celle-ci n'a pas au préalable procédé à son évaluation. Cela vaut tout autant pour le législateur que pour le pouvoir réglementaire.

Selon le Conseil constitutionnel, « il résulte de la combinaison des dispositions des articles 37-1 et 38 de la Constitution que le Gouvernement ne saurait être autorisé à procéder à la généralisation d'une expérimentation par le Parlement, sans que ce dernier dispose d'une évaluation de celle-ci ou, lorsqu'elle n'est pas arrivée à son terme, sans avoir précisément déterminé les conditions auxquelles une telle généralisation pourra avoir lieu. ». C'est ainsi que la généralisation de l'expérimentation du dispositif d'attribution électronique des places d'examen du permis de conduire et celle de l'expérimentation du dispositif de caméras individuelles des agents des services de sécurité de la société nationale des chemins de fer français et de la régie autonome des transports parisiens ont été déclarées contraires à la Constitution<sup>56</sup>.

De son côté, dans l'affaire *Syndicat éducation populaire – UNSA* de 2017, si le Conseil d'Etat a rejeté le recours contre l'extension de l'expérimentation mise en place par le décret n° 2016-1051 du 1<sup>er</sup> août 2016 relatif au projet éducatif territorial et à l'encadrement des enfants scolarisés bénéficiant d'activités périscolaires dans ce cadre, c'est après avoir insisté sur les nombreux rapports d'évaluation dont cette expérimentation avait fait l'objet.

Au demeurant, par cet arrêt, le Conseil d'Etat juge que les modalités d'évaluation prévues dans le décret instaurant l'expérimentation ne peuvent pas être ignorées par le décret d'extension de celle-ci. En la matière, le décret d'extension ne saurait avoir pour effet d'abroger les mesures d'évaluation du décret instaurant l'évaluation. Le site Légifrance y voit l'application du principe selon lequel une autorité administrative doit respecter une règle qu'elle a édictée, tant qu'elle ne l'a pas abrogée<sup>57</sup>. En réalité, ce n'est pas de cela qu'il s'agit en matière d'expérimentation. Une fois posées, pour légitimer le recours à l'expérimentation, les modalités d'évaluation échappent à leur auteur : celui-ci ne peut ensuite revenir dessus, en tous les cas, pas au moment de l'extension des mesures expérimentées. Preuve que celle-ci conditionne les décisions quant à la suite de l'expérimentation<sup>58</sup>.

L'évaluation devrait aussi s'imposer pour décider de la renonciation à étendre les normes expérimentées, mais comme l'évaluation a lieu une fois l'expérimentation terminée, si celle-ci est abandonnée, il est difficile de contraindre l'administration à l'évaluer. Le juge prend juste acte qu'une fois l'expérimentation terminée, faute de prorogation, l'état du droit revient à ce qu'il était

---

<sup>56</sup> Cons. constit., 20 décembre 2019, n° 2019-794 DC, Loi d'orientation des mobilités.

<sup>57</sup> CE, Section, 28 novembre 1930, *Sieur Aubanel* : Rec. CE 1930, p. 995 - CE, Assemblée, 19 mai 1983, n°s 23127, 23181, 23182, *Club sportif et familial de la Fève et autre* : Rec. CE 1983, p. 204.

<sup>58</sup> CE, 11 oct. 2017, n° 403855, *Syndicat éducation populaire – UNSA* : Rec. CE 2017.

avant elle<sup>59</sup>. On peut toutefois se demander s'il ne serait pas possible d'engager une action pour contraindre l'administration à produire un rapport d'évaluation pour qu'elle justifie l'abandon.

## B – Les suites de l'expérimentation : le choix entre abandonner et généraliser... partiellement

Apparemment, une fois l'expérimentation achevée, le Conseil constitutionnel paraît n'envisager que l'abandon ou la généralisation, éventuellement après une prorogation. Cela ressort de la formule suivante :

« Si, sur le fondement de cette disposition, le Parlement peut autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi, il doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle »<sup>60</sup>.

En réalité, l'article 37-1 de la Constitution n'impose pas de s'enfermer dans cette alternative (abandon / généralisation).

La comparaison de l'article 37-1 de la Constitution avec l'article 72 offre au pouvoir réglementaire et au législateur, chacun pour leurs expérimentations, la possibilité de décider également de maintenir et/ou étendre de façon limitée le dispositif expérimenté. La contrainte est alors que ce choix ne doit pas violer le principe d'égalité devant la loi. Pour que cette décision soit légale, il est nécessaire de démontrer qu'elle se justifie au regard des différences de situations et de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la législation en cause.

C'est au demeurant clairement la jurisprudence du Conseil d'Etat comme l'illustre son arrêt du 6 novembre 2019 *Syndicat national CGT OFPRA* à propos du décret n° 2018-385 du 23 mai 2018 portant expérimentation de certaines modalités de traitement des demandes d'asile en Guyane<sup>61</sup>.

## Conclusion du § 1 : de l'expérimentation différenciée à la différenciation (presque) pure et simple

Cet arrêt *Syndicat national CGT OFPRA* illustre parfaitement comment l'expérimentation est parfois une étape à la différenciation. On parlera alors de différenciation post expérimentale.

En effet, le Conseil d'Etat admet parfaitement que :

- Une expérimentation soit décidée « en raison d'une différence de situation propre à la portion de territoire ou aux catégories de personnes objet de l'expérimentation », ce qui signifie que le Gouvernement peut décider une différenciation expérimentale dès lors que peut être démontré que l'échantillon (territorial ou d'individus) se démarque du reste de la population ;

---

<sup>59</sup> CAA Douai, 12 déc. 2019, n°19DA02237 - CAA Douai, 27 février 2020, n° 19DA01805 : à propos d'une expérimentation en matière de traitement des demandes d'asile.

<sup>60</sup> Cons. const., 12 août 2004, n° 2004-503 DC, Loi relative aux libertés et responsabilités locales – Cons. const. du 16 juillet 2009 n° 2009-584 DC Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

<sup>61</sup> CE, 6 nov. 2019, n° 422207, *Syndicat national CGT OFPRA*: Rec. CE 2019, tables.

- une expérimentation puisse être menée sans avoir vocation à être généralisée à l'ensemble du territoire ;
- les normes expérimentées ne soient maintenues que pour la partie du territoire ou la population ayant fait l'objet de l'expérimentation.

Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat en pose clairement les conditions. Selon le Conseil d'Etat,

« "La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental". Il résulte de ces dispositions que le pouvoir réglementaire peut, dans le respect des normes supérieures, instituer, à titre expérimental, des règles dérogatoires au droit commun applicables à un échantillon sans méconnaître par là même le principe d'égalité devant la loi, dès lors que ces expérimentations présentent un objet et une durée limités, que leurs conditions de mise en œuvre sont définies de façon suffisamment précise et que la différence de traitement instituée est en rapport avec l'objet de l'expérimentation. Dans l'hypothèse où les dérogations sont expérimentées en raison d'une différence de situation propre à la portion de territoire ou aux catégories de personnes objet de l'expérimentation et n'ont, de ce fait, pas nécessairement vocation à être généralisées au-delà de son champ d'application, la différence de traitement instituée à titre expérimental doit être en rapport avec l'objet de l'expérimentation et ne pas être manifestement disproportionnée avec cette différence de situation. Dans tous les cas, il appartient alors au Premier ministre, au terme de l'expérimentation de normes relevant de sa compétence et au vu des résultats de celle-ci, de décider soit du retour au droit applicable antérieurement, soit de la pérennisation de tout ou partie des normes appliquées pendant l'expérimentation, pour le champ d'application qu'il détermine, sous réserve que le respect du principe d'égalité n'y fasse pas obstacle ».

La différenciation expérimentale ne peut être tentée que si les conditions suivantes sont réunies :

- les suites à donner à cette expérimentation différenciée ne peuvent être décidées qu'après une évaluation ;
- le respect de l'égalité devant la loi qui se joue à deux étapes du processus :
  - tout d'abord, dans le choix de l'échantillon territorial ou d'individus : il faut que cet échantillon se caractérise par une « différence de situation propre », c'est-à-dire présente des caractéristiques qui le différencie, avant même et indépendamment de l'expérimentation ;
  - Ensuite, si, au lieu d'abandonner ou de généraliser l'expérimentation, il est décidé d'en pérenniser les normes soit au bénéfice du seul échantillon soit au-delà mais sans l'étendre à l'ensemble du territoire ou de la population, il faut que ce choix se justifie par les différences de situation de ces territoires ou population au regard de l'objectif des normes en question.

En revanche, le Conseil d'Etat ne limite pas le type de différenciation expérimentale aboutissant à une différenciation pérenne : il peut s'agir aussi bien d'une différenciation de compétence que d'une différenciation des normes.

Sur ce point, par son arrêt *Syndicat national CGT OFPRA*, le Conseil d'Etat a consacré de façon prétorienne les avancées qu'il a suggéré dans son rapport d'octobre 2019 « Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ». Le Conseil d'Etat est ainsi nettement plus souple que le Conseil constitutionnel. Aucune réforme constitutionnelle ne serait donc nécessaire pour introduire un mécanisme de différenciation (après expérimentation) en matière réglementaire. Il existe déjà !

## § 2 – Les fausses expérimentations au sens de l'article 37-1 de la Constitution

L'expérience révèle au moins deux types de fausses expérimentations : celles que les autorités publiques présentent comme telles alors qu'elles n'ont aucune visée expérimentale et celles qui en ont une mais que les autorités publiques préfèrent ne pas mettre en avant.

On pourrait voir en ces procédés des altérations de l'expérimentation. Il est plus judicieux de les analyser comme le signe d'une acceptation par le juge d'une nouvelle technique de territorialisation du droit.

### I – Les dispositions territorialisée et temporaires sans visée expérimentale

Certains régimes législatifs ou réglementaires sont présentés par leur auteur comme des expérimentations alors qu'en réalité, leur caractère expérimental fait défaut. L'intérêt de cette présentation est politique et juridique. Politique, en ce qu'elle donne l'impression de la modernité en recourant à la technique de l'expérimentation qui aujourd'hui passe pour une démarche prudentielle et en ce qu'elle permet de faire accepter une mesure en réalité d'exception définitive en la présentant comme une dérogation temporaire. Juridique, en ce qu'en se plaçant sous le régime de l'article 37-1, le législateur ou le pouvoir exécutif, selon le domaine de l'expérimentation, espère faire échapper l'exception qu'il pose à la contrainte du respect du principe d'égalité devant la loi. En effet, comme nous l'avons vu, le propre de l'expérimentation (la vraie) est de bénéficier constitutionnellement du droit de déroger à ce principe. Le hic pour les pouvoirs publics est que le juge n'est pas dupe du détournement de procédure et qu'il soumet ce genre de fausse expérimentation au respect du principe d'égalité. Reste seulement le bénéfice politique.

Un bon exemple récent de ce cas de figure est donné par l'article 222 de la loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique. Cet article dispose que " A titre expérimental, par dérogation à l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme et jusqu'au 31 décembre 2022, les décisions d'urbanisme autorisant ou ne s'opposant pas à l'implantation d'antennes de radiotéléphonie mobile avec leurs systèmes d'accroche et leurs locaux et installations techniques ne peuvent pas être retirées. Cette disposition est applicable aux décisions d'urbanisme prises à compter du trentième jour suivant la publication de la présente loi. Au plus tard le 30 juin 2022, le Gouvernement établit un bilan de cette expérimentation ".

Il s'agissait là d'une fausse expérimentation au regard de l'article 37-1 de la Constitution. En effet, d'une part, ce sont toutes les autorisations nécessaires à l'implantation des antennes de radiotéléphonie mobile qui ont bénéficié de la dérogation au droit pour l'administration de retirer une autorisation illégale dans un délai de 3 mois prévu à l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme, sur l'ensemble du territoire. D'autre part, comme le relève le Conseil d'Etat, il était acquis avant

même son évaluation que cette soi-disant expérimentation n'avait pas vocation à être généralisée : le législateur espérait qu'au terme du délai prévu par l'article 222 de la loi du 23 novembre 2018, le territoire national serait suffisamment couvert par ces antennes relais.

C'est pourquoi si le Conseil d'Etat prend acte que le législateur s'est placé sous l'empire de l'article 37-1 de la Constitution, il a jugé que cette exception au droit de retrait n'était licite que dans la mesure où elle ne violait pas le principe d'égalité devant la loi alors que... justement le propre de la vraie expérimentation est de permettre de déroger à ce principe. D'où son considérant selon lequel « S'il résulte des dispositions de l'article 37-1 de la Constitution que, sous certaines conditions, le législateur peut instituer, à titre expérimental, des règles dérogatoires au droit commun, c'est sous réserve que le principe d'égalité n'y fasse pas obstacle dans l'hypothèse où la dérogation expérimentée procède d'une situation propre à la catégorie objet de l'expérimentation sans vocation à être généralisée au-delà de son champ d'application »<sup>62</sup>. Si le Conseil d'Etat a refusé de saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC, c'est parce qu'il a estimé que cette exception à l'article L. 423-5 du code de l'urbanisme se justifiait par le but d'intérêt général qui s'attache à la couverture rapide de l'ensemble du territoire par les réseaux de téléphonie mobile à haut débit et à très haut débit et que « la différence de traitement, résultant des dispositions critiquées, entre les installateurs d'antennes de radiotéléphonie mobile et ceux d'autres équipements tels que les parcs photovoltaïques et les éoliennes, est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité ».

## II – Les mesures expérimentales soustraites aux contraintes de l'article 37-1

A l'opposé, le Conseil d'Etat refuse de soumettre au régime de l'article 37-1 de la Constitution, les décrets qui posent des régimes différenciés territorialement et pour un temps donné, dès lors que le Gouvernement n'a pas entendu expressément procéder par-là à une expérimentation.

Dès lors, ce type de décret n'a pas à prévoir les modalités de son évaluation, mais en contrepartie, c'est seulement si le gouvernement peut faire valoir des différences de situations objectives qu'il peut instaurer un régime différencié sans méconnaître le principe d'égalité.

Le Conseil d'Etat en a jugé ainsi lorsqu'il a été saisi du recours pour excès de pouvoir contre le décret du 1<sup>er</sup> octobre 2013 relatif au contentieux de l'urbanisme supprimant l'appel en cas d'action en annulation contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement lorsque le bâtiment ou le lotissement est implanté en tout ou partie sur le territoire d'une des communes, situées en « zone tendues », pour la période (initiale) du 1<sup>er</sup> décembre 2013 au 1<sup>er</sup> décembre 2018<sup>63</sup>. En effet, le Conseil d'Etat a jugé que « la circonstance que les dispositions attaquées aient un objet et une durée limités, en ce qu'elles ne s'appliquent qu'à certaines autorisations d'urbanisme pour les recours introduits entre le 1<sup>er</sup> décembre 2013 et le 1<sup>er</sup> décembre 2018, ne suffit pas à leur conférer, en l'absence de toute disposition expresse en ce sens, le caractère d'une expérimentation au sens de l'article 37-1 de la

---

<sup>62</sup> CE, 11 décembre 2019, n° 434741, *Société Orange* : Rec. CE 2019, tables.

<sup>63</sup> CE, 23 décembre 2014, n° 373469, *Syndicat de la juridiction administrative* : Rec. CE 2014, tables.

Constitution [et] qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que les dispositions contestées, faute de prévoir l'évaluation de l'expérimentation qu'elles instituent, méconnaissent cet article, ne peut en tout état de cause être utilement invoqué ».

La sanction du fait de ne pas se placer sous l'empire de l'article 37-1 de la Constitution est que le régime en cause ne peut instaurer un traitement différencié que s'il répond à des différences de situations en lien avec l'objectif d'intérêt de la loi instaurant cette discrimination et si la différence de régime est proportionnée à son but.

## Conclusion de la section 2

Deux points doivent retenir l'attention :

- le champ de l'expérimentation au sens de l'article 37-1 offre déjà de larges possibilités de territorialisation des normes, à titre temporaire comme toute expérimentation.
- le juge accepte, dès lors que cela ne conduit pas à méconnaître le principe d'égalité devant la loi, deux procédés qui permettent une territorialisation des normes :
  - les dispositions territorialisées et temporaires sans visée expérimentale
  - les mesures expérimentales soustraites aux contraintes de l'article 37-1

# Conclusion générale

L'étude du droit de la différenciation, notamment en matière d'habitat et de logement social, aboutit à un bilan en demi-teinte, mais potentiellement optimiste. En cela, elle se conclut d'une façon peu éloignée de celle de Jean-Philippe Brouant en 2013. Mais si celui-ci fondait beaucoup d'espoirs sur les réformes législatives en cours à l'époque, on constate que c'est finalement surtout des juges que sont venues les nouveautés.

Certes, comme la première partie de cette étude l'a mis en évidence : le "droit à la différenciation" n'est pas prêt d'être consacré en tant que tel. Quand elles se veulent ambitieuses, les réformes sur ce sujet précis sont repoussées au lendemain. Et surtout, l'Etat, que ce soit le Parlement, le Gouvernement, ou encore le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, ne semble pas disposé à admettre que les procédés de différenciation des normes et/ou des compétences selon les territoires soient laissés à la disposition des collectivités locales. L'Etat n'est pas opposé aux procédés de différenciation, mais il entend les contrôler. Cela se manifeste lorsque la territorialisation du droit passe par des réformes institutionnelles : c'est toujours l'Etat qui crée les structures intercommunales et qui définit les marges de choix des compétences dont elles bénéficient. Cela se manifeste aussi lorsque la territorialisation du droit porte sur les normes. La possibilité pour les acteurs locaux de les adapter aux contextes locaux est toujours - tout au moins officiellement - strictement encadrée. Ainsi, si les autorités de mise en œuvre des politiques d'habitat et de logement social – dont font partie les organismes de logement social – souhaitaient exercer davantage de compétences ensemble, par exemple, si les OLS désiraient coopérer encore davantage avec les intercommunalités, cela ne se ferait pas à leur discrétion, mais uniquement dans le cadre fixé par l'Etat.

Pourtant, il ne faut pas s'arrêter à cette impression de demi-teinte car la différenciation territoriale du droit prend des formes si diverses que l'analyse du droit positif révèle que celui-ci offre déjà des potentialités très larges et cela encore davantage depuis que le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont desserré leur étreinte, en assouplissant les conditions d'octroi de compétences spécifiques à certaines collectivités territoriales et l'application du principe d'égalité devant la loi. La typologie des différenciations en matière d'habitat social décrite dans la partie 2 le montre bien. Pour les autorités de mise en œuvre des politiques de l'habitat et du logement social, les évolutions sont donc potentiellement nombreuses. D'abord, ces autorités – et notamment les OLS – pourraient décider d'exploiter encore plus qu'elles ne le font les marges de manœuvre dont elles disposent dans le cadre du droit en vigueur. Sur la base de notre étude, il sera désormais possible de procéder à une identification détaillée de ces cas de figure et, pourquoi pas, d'établir une échelle du pouvoir discrétionnaire accordée à ces autorités. Ensuite, l'analyse réalisée du cadre du droit de la différenciation permet de connaître précisément les marges de manœuvre du législateur et de l'Exécutif pour engager des réformes, au cas par cas, qui pourraient intéresser le domaine de l'habitat et du logement social.

Quant à l'expérimentation prévue par l'article 72 de la Constitution conférant un pouvoir d'adaptation des normes aux collectivités territoriales, si son régime actuel est probablement trop restrictif pour qu'elle puisse se développer, la réforme de la loi organique prévue par l'article 72 de la Constitution pourrait amener à ce que l'expérimentation offre des possibilités aux collectivités territoriales de procéder à des différenciations temporaires du droit national. Surtout, le droit de

l'expérimentation régie par l'article 37-1 de la Constitution - certes aux mains des autorités étatiques - s'ouvre déjà à la différenciation territoriale définitive : les autorités étatiques peuvent déjà instaurer des différenciations territoriales post expérimentales, sans méconnaître le principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Ce cadre offre ainsi aux OLS des possibilités d'adaptation territoriale des politiques nationales en matière d'habitat et de logement social.

Ces premiers constats amènent à rendre particulièrement nécessaire la poursuite de cette étude qui permettrait d'analyser les initiatives de territorialisation des normes dans le domaine de l'habitat et du logement social. Il s'agirait ainsi de comprendre comment les acteurs de l'habitat se saisissent des potentialités que cette première étape a mises en évidence. La connaissance et l'évaluation de ces initiatives permettraient de mieux cerner les réformes à accomplir et les bonnes pratiques à diffuser.