Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques

Benjamin Meunier

▶ **To cite this version:**

Benjamin Meunier. Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2006. Français. NNT : 2006CLG10292 . tel-00688446

HAL Id: tel-00688446

https://theses.hal.science/tel-00688446

Submitted on 17 Apr 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE D'AUVERGNE – CLERMONT FERRAND I

U.F.R DE DROIT

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE D'AUVERGNE
(Doctorat nouveau régime)

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 17 novembre 2006 par :

Monsieur Benjamin MEUNIER

Titre :

Les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques

Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Claude DEVES

Jury :

Monsieur Claude DEVES, Professeur à l'Université d'Auvergne, Président
Monsieur Jean-Pierre THERON, Professeur à l'Université Toulouse I, Rapporteur
Monsieur Pierre COMTE, Professeur à l'Université Jean MONNET, Rapporteur
Monsieur Baptiste BONNET, Professeur à l'Université d'Auvergne
Mademoiselle Nathalie MERLEY, Maître de conférences à l'Université Jean MONNET

Remerciements :

Je voudrais en quelques mots remercier Monsieur le Professeur Claude DEVES pour la conduite de mes travaux de recherches ayant fait preuve tant d'une disponibilité totale que d'un haut niveau de compétence juridique. Je lui témoigne ici toute ma gratitude.

Je voudrais également remercier Aurore pour son soutien sans failles au cours de ces trois ans de recherches et qui m'a accompagnée jusqu'au bout de ma démarche.

Enfin, je souhaite remercier mes parents, Dominique et Jean-François ainsi qu'Aurélien et tous les membres de ma famille et amis sans qui ce travail n'aurait pu aboutir.

INTRODUCTION

- 1ere Partie : De la décentralisation à l'intercommunalité : l'existence d'un double niveau de transferts de compétences

    - Chapitre I : Les transferts de compétences « verticaux » : la décentralisation

        - Section I : Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation

        - Section II : L'observation de principes fondamentaux lors des transferts de compétences verticaux

    - Chapitre II : Les transferts de compétences « horizontaux » : l'intercommunalité

        - Section I : Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité

        - Section II : Les particularités des transferts de compétences aux EPCI

- 2eme Partie : D'une diversité des modes de transferts de compétences à une diversité des modes de réception des compétences

    - Chapitre I : Une diversité des modes de transferts de compétences

        - Section I : Des modes traditionnels de transferts de compétences

        - Section II : Un nouveau mode de transfert de compétences : le transfert expérimental

    - Chapitre II : Une diversité des modes de réception des compétences transférées

        - Section I : La compensation financière des transferts de compétences

        - Section II : La réception des biens et des personnels transférés par les collectivités et les EPCI

CONCLUSION GENERALE

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

Dans le contexte actuel de la nouvelle phase de décentralisation, entreprendre une recherche sur les règles relatives aux transferts de compétences entre les collectivités publiques peut paraître singulier, voire superfétatoire, dans la mesure où il s'agit d'un thème qui a souvent été abordé par la doctrine.

L'analyse des manuels de droit public récents[1] met en évidence le renouveau du droit des collectivités territoriales[2] lié notamment à la récente réforme de l'Etat, communément appelé maintenant « L'acte II de la Décentralisation ». La décentralisation a toujours fait l'objet d'un vif intérêt pour la doctrine. D'illustres juristes[3] ont théorisé le processus idéal de décentralisation comme vecteur de réforme de l'Etat. En se développant, le droit des collectivités territoriales s'est complexifié et nous avons assisté à une diversification de son objet, multipliant ainsi les études. Les différentes analyses relatives au droit des collectivités territoriales ont porté sur les évolutions historiques[4], sur les rapports institutionnels[5] ou sur la production normative[6].

A l'origine de cette nouvelle phase de décentralisation, nous trouvons de nombreux rapports parlementaires[7] qui plaidaient pour une relance de la réforme de l'Etat.

---

[1] La bibliographie présente de nombreux manuels récents (publiés entre 2002 et 2005) qui consacrent pleinement le droit des collectivités locales jusque là intégré à des manuels de droit administratif général.

[2] Concernant les expressions « collectivités territoriales » et « collectivités locales », nous emploierons indistinctement ces notions malgré une controverse doctrinale maintenant résolue. Sur la controverse doctrinale voir par exemple J. BOUDINE, « La distinction entre collectivités locales et collectivités territoriales. Variation juridique ou sémantique ? », *RDP*, 1992, p.195. Cependant, le Conseil Constitutionnel utilise ces notions sans opérer de distinction. Voir sur ce point L. FAVOREU, « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p.1279. D'autres auteurs s'interrogent sur quelle expression faut-il préférer. Voir sur ce point J.-B AUBY, J.-F AUBY, R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, PUF, 2004, p. 34. Les auteurs expliquent que depuis la révision constitutionnelle de mars 2003, il faut utiliser dorénavant l'expression « collectivités territoriales» et qu'il est possible d'assimiler ces deux expressions comme étant synonymes.

[3] Nous pouvons citer C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948 et L. DUGUIT , *Traité de droit constitutionnel- Tome premier : théorie général de l'Etat*, Paris, 1911

[4] De nombreux manuels reprennent l'historique du droit des collectivités territoriales en partant de la période post-révolutionnaire. Voir par exemple E. AUBIN et C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005. M.VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, 2004

[5] J.-M PONTIER, *L'Etat et les collectivités locales : la répartition des compétences*, LGDJ, 1978

[6] M. JOYAU, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, 1998

[7] Il s'agit du rapport de la *Commission pour l'avenir de la décentralisation,* intitulé « *Refonder l'action publique* locale » dite Commission MAUROY et du Rapport d'information (n° 447) fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, présenté par le sénateur M. MERCIER. Un autre rapport parlementaire du sénateur D. HOEFFEL constate la nécessité de relancer la décentralisation afin d'améliorer l'efficacité de l'Etat. Voir le Rapport d'information n° 239, groupe de travail sur la décentralisation, Sénat, 1996/1997

Le professeur J-M PONTIER, dans une chronique publiée dans la Revue Administrative n° 318 de novembre 2000, mettait en évidence les apports de ces différentes commissions pour relancer la décentralisation. Il relevait ainsi que les propositions de ces rapports convergeaient sur des points importants de la politique de décentralisation à mener dans les prochaines années. Le professeur Robert SAVY[8] rappelait le nombre important de propositions[9] faites par ces différents commissions et déclarait que *« les conditions du succès d'une nouvelle étape de la décentralisation sont aujourd'hui réunies* » Loin de tomber dans l'oubli, ces rapports constituèrent les premiers éléments de réflexion de la grande réforme voulue et annoncée par l'ancien Premier Ministre, Mr Jean-Pierre RAFFARIN, dans son discours de politique générale devant l'Assemblée Nationale le 3 juillet 2002. Il déclarait alors que « *la décentralisation, c'est aussi un formidable levier pour réformer l'Etat* », précisant en substance que « *cet ample mouvement de décentralisation permettra un nouveau transfert de compétences…* » Ainsi, la nouvelle vague de décentralisation passera par de nouveaux transferts de compétences.

I. L'OBJET DE L'ETUDE

Une abondante production scientifique[10] analysa alors le contenu de la réforme annoncée et notamment la révision constitutionnelle du 28 mars 2003[11] qui devait jeter les bases de la nouvelle décentralisation. L'objet de notre recherche n'est pas ici d'étudier le contenu, les apports et les conséquences de cette révision constitutionnelle. Cependant, nous avons vu que décentralisation et transferts de compétences étaient intimement liés, puisqu'il ne peut y avoir de décentralisation sans transferts de compétences. Comme le rappelle le professeur PONTIER[12] « *les transferts de compétences sont une composante nécessaire et essentielle de toute réforme se voulant décentralisatrice* »
Nous utiliserons fréquemment les apports de cette révision constitutionnelle dans le développement de nos travaux et, en particulier, nous nous référons souvent à la nouvelle

[8] R.SAVY, Réflexions sur la gouvernance territoriale, sous la coordination de C-A GARBAR, *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges ne l'honneur de Benoît JEANNEAU, Paris, Dalloz, 2002, p. 610
[9] La commission MAUROY présentait douze orientations majeures et cent cinquante et une propositions.
[10] En consultant les principales revues juridiques de la période 2002/2003, nous pouvons nous rendre compte de l'engouement de la doctrine pour le thème de la décentralisation et de l'importance accordée à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003
[11] Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF, 29 mars 2003
[12] J-M PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative,* n° 332 mars 2003 p.191

rédaction du titre XII de la Constitution française du 4 octobre 1958 relatif aux collectivités territoriales.

Nous serons également amener à reprendre de nombreux éléments dans les différentes lois organiques ainsi que dans les lois ordinaires promulguées à la suite de cette révision constitutionnelle. En effet, le législateur a adopté trois lois organiques[13] pour compléter cette révision constitutionnelle ainsi que la loi du 13 août 2004 dénommée « loi relative aux libertés et responsabilités locales »[14] qui contient des éléments majeurs indispensables au développement de notre étude.

Le terme de transfert de compétences n'est abordé qu'une seule fois à l'article 72-2 al. 3[15] de la Constitution sans être défini. Cet article nous précise que : « *Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice* ».

L'existence d'un double niveau de transfert de compétences

La lecture de cet article appelle quelques commentaires. Nous venons de constater que la Constitution ne fait référence qu'aux transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ce sont donc des transferts allant de l'Etat à des collectivités de rang inférieur, c'est-à-dire, région, département, commune. Mais lorsque l'on pense aux transferts de compétences entre collectivités publiques, nous avons constaté qu'il existait un second niveau de transfert de compétences souvent développé dans les manuels de droit public sans en porter le vocable : il s'agit des transferts de compétences qui vont des communes aux groupements de communes, c'est-à-dire aux Etablissements Publics de Coopération Intercommunales (EPCI). En effet, l'intercommunalité met bien en évidence un second système de transferts de compétences : certaines compétences[16] autrefois exercées par les communes se retrouvent transférées à des EPCI, qui les exercent en leur nom propre.

[13] Il s'agit de la loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF, 2 août 2003 ; de la loi organique n°2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local, JORF, 2août 2003 et de la loi organique n°2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF, 30 juillet 2004.

[14] Loin n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF, 17 août 2004. Nous reviendrons dans le développement sur l'importance de cette loi tant par rapport au nombre d'articles qu'elle contient (203 articles) que par rapport au contenu.

[15] L'article 72-2 de la Constitution a été ajouté par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Nous pouvons donc en déduire qu'il n'existait aucune référence aux transferts de compétences avant cette date au sein de la Constitution.

[16] Nous ne ferons pas une liste exhaustive des compétences des communes pouvant être transférées à des EPCI, nous utiliserons cependant de nombreux exemples dans le développement.

Ainsi, les transferts de compétences peuvent être développés sur deux axes : les transferts allant de l'Etat vers des collectivités territoriales de rang inférieur seront présentés comme des transferts « verticaux » de compétences. Il s'agit alors du processus de décentralisation. Les transferts allant d'une commune à un EPCI seront définis comme des transferts « horizontaux » de compétences. Il s'agit de l'intercommunalité.
Ces deux niveaux, décentralisation et intercommunalité, participent via des transferts de compétences a l'organisation administrative de l'Etat. La dénomination de transfert vertical et de transfert horizontal peut paraître imparfaite mais elle semble aujourd'hui se retrouver dans de nombreuses pages doctrinales[17].
L'objet de notre étude sera alors de rechercher les caractéristiques des transferts de compétences sur un double niveau en distinguant les règles applicables aux transferts verticaux et aux transferts horizontaux.

La définition de « collectivités publiques »

Nous venons de voir qu'il existe un double niveau de transferts de compétences. Les transferts de compétences « verticaux » concernent les collectivités territoriales. Les transferts de compétences « horizontaux » concernent les EPCI. Par définition, ils ne sont pas des collectivités territoriales mais des établissements publics issus de la volonté des communes à se regrouper. Dans le cadre des transferts horizontaux, notre attention sera surtout attirée par les EPCI a fiscalité propre, c'est-à-dire les communautés (communautés urbaines, d'agglomération et de communes) qui prélèvent directement des impôts. Certains pensaient que lors de la révision constitutionnelle de mars 2003, ces EPCI allaient accéder au rang de collectivités territoriales. La révision n'a pas opéré le bouleversement escompté de l'équilibre institutionnel[18].
C'est pourquoi, nous avons choisi d'utiliser la référence de collectivités publiques, terme selon nous générique, dans l'intitulé de notre sujet pour englober les collectivités territoriales ainsi que leurs groupements.

[17] L. TESOKA retrace l'origine de l'utilisation de ces expressions. Selon lui, l'apparition de ces termes remonte au début des années quatre-vingt dix. L. TESOKA, *Les rapports entre les collectivités territoriales*, PUAM, 2004, p.p. 19-2O
[18] Une question reste en suspend concernant l'élection des délégués communautaires au suffrage universel direct malgré les différentes propositions parlementaires en ce sens.

Nous aurions dû cependant utiliser le terme de « collectivités locales » qui, par la définition donnée par le professeur CHAPUS[19], regroupe les notions de « collectivités territoriales locales » mais aussi les établissements publics rattachés à ces collectivités.
Cependant, la révision constitutionnelle a corrigé ces divergences sémantiques en utilisant que la notion de « collectivités territoriales » ou « leurs groupements »[20] C'est pourquoi, il nous est apparu plus aisé de faire référence à l'expression « collectivité publique », qui par sa généralité comprend les trois niveaux de collectivités territoriales (région, département, commune) et toutes les formes de groupements ayant la personnalité morale de droit public.
Lorsque l'on souhaite aborder le thème des transferts de compétences, il parait primordiale de définir le terme de compétence. Nous allons vite nous rendre compte que cette définition n'est pas aussi simple qu'elle veut bien le paraître.

Qu'est ce qu'une compétence ?

La doctrine utilise régulièrement la notion de compétence sans pour autant en avoir défini avec précision le terme. Nous constatons que, sauf erreur, aucune étude n'a apporté une définition complète du terme de « compétence »[21]. La compétence pourrait être définie d'une manière générale comme « *toute aptitude légale, matérielle, territoriale, temporelle et personnelle dont dispose une autorité pour agir* »[22].
De nombreux auteurs ont définit de manière minime ce terme. Par exemple, L.DUGUIT a défini la compétence comme « *le pouvoir de faire légalement certains actes* »[23]. G. SCELLE proposait une définition sensiblement équivalente de la notion. Il la définissait comme « *un pouvoir objectif déterminé par un système juridique supérieur au sujet de droit* »[24].
De même, cette notion a souvent fait l'objet d'une définition négative, c'est-à-dire en précisant ce qu'elle ne pas. Ainsi, nous savons qu'une compétence n'est ni une charge ni une responsabilité et bien moins encore un pouvoir ou une attribution[25].

[19] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Paris, Montchretien, 15e éd., 2002, p. 235 et s.
[20] Article 72al.4 de la Constitution du 4 octobre 1958
[21] Le dictionnaire de la culture juridique propose une définition complète de cette notion de compétence mais elle nous apparaît trop générale pour le thème qui nous intéresse.
[22] *Lexique de politique*, Dalloz, 1992
[23] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel- Tome premier : théorie général de l'Etat*, Paris, 1911
[24] J-M PONTIER, « La décentralisation territoriale en France au début du XXIe siècle », *RGCT*, mars-avril 2002, p. 94
[25] Il est singulier que le Parlement, qui a manifesté un vif intérêt pour une plus grande précision terminologique des termes utilisés, ne prête pas une plus grande attention aux termes qu'il utilise, en confondant les notion de compétences, d'attributions, de charges ou de responsabilités malgré une collaboration avec l'Académie française.

Nous allons essayer de distinguer la notion de compétence de ces différentes notions voisines. Le professeur PONTIER, auteur prolifique sur le thème nous concernant, a mis en évidence les difficultés soulevées par la notion de compétence[26]. Il explique que des notions voisines sont venues « *brouiller les distinctions traditionnelles* » et notamment la notion de responsabilité. Selon lui, « *la notion de compétences est relativisée par le recours à la notion de responsabilités. Ces deux notions ne se situent cependant pas sur le même plan* » Il apparaît alors que la notion de compétence, qui doit être utilisée de préférence au pluriel désigne en réalité deux principes : premièrement, les compétences sont les domaines dans lesquels, soit en vertu de la Constitution, soit en vertu de lois, une catégorie de collectivités territoriales ou une collectivité est habilitée a intervenir par des actions ayant des effets juridiques. Dans ce cas, le terme de compétences est cas synonyme de « sphère d'action »[27]. Deuxièmement, les compétences peuvent définir l'habilitation à intervenir. Dans ce cas, il ne s'agit plus du domaine d'intervention mais simplement de la capacité à agir, à prendre des décisions dans le domaine concerné.
Ainsi la compétence d'une collectivité implique simultanément la reconnaissance d'un domaine d'intervention qui est propre à la collectivité et le pouvoir d'intervenir par le biais de ses autorités et de ses agents agissant en son nom dans ce domaine. De nombreux auteurs semblent n'avoir vu qu'un seul aspect de la notion de compétence.

La notion de compétence est très proche de la notion de responsabilité. Ces deux notions peuvent parfois se superposer. Par exemple, une collectivité bénéficiant d'une compétence, c'est à dire qu'elle est chargée de conduire une action relevant de cette compétence, peut voir sa responsabilité engagée au sens contentieux.
Mais les termes de compétences et de responsabilités peuvent également être dissociés. Nous pouvons alors distinguer deux cas : dans une première situation, l'Etat peut attribuer des responsabilités à une collectivité territoriale parce qu'il ne veut pas vraiment transférer les compétences. Nous pouvons citer l'exemple de l'enseignement secondaire avec la responsabilité des départements à l'égard des collèges et la responsabilité des régions à l'égard des lycées. Le second cas de figure concerne le cas ou l'Etat transfère la responsabilité à une collectivité, pour une intervention et un temps déterminé, d'actions qui relèvent de sa

[26] J-M PONTIER, « La décentralisation territoriale en France au début du XXIe siècle », *RGCT,* mars-avril 2002, p. 94
[27] Cette expression a été utilisée par je juge administratif CE Ass., 19 février 1943, Sieur Ricordel, Rec.43

propre compétence[28]. Ainsi, par exemple, dans le cadre des contrats de plan Etat-régions, celles-ci se voient reconnaître des responsabilités dans des domaines qui ne relèvent pas de leurs compétences.

Concernant la notion de compétence et la notion de charge, la distinction entre ces deux termes semble plus aisée. Nous savons que les lois transférant des compétences sont en réalité peu nombreuses. Les transferts de charges sont eux beaucoup plus récurrents, même si, pour ne pas effrayer les élus locaux, ils se camouflent sous d'autres appellations. Ce phénomène est devenu une pratique courante, pouvant s'expliquer notamment par l'extension, la modification ou le renouvellement du champ d'intervention de la puissance publique. Ils consistent à obliger les collectivités locales à participer financièrement dans l'exécution de compétences relevant en théorie de l'Etat. Un rapport d'information parlementaire[29] a dénoncé ce phénomène en parlant de « brouillage » des relations financières. Selon le rapporteur, l'Etat serait responsable de la dégradation des rapports financiers avec les collectivités locales dans la mesure ou il n'a pas été capable de redéfinir clairement ses missions à la suite de la décentralisation. Le rapporteur relève également que les collectivités supportent un « préjudice » financier du fait de l'absence de compensation intégrale des charges transférées. La différence entre un transfert de compétences et un transfert de charges tient au principe de la compensation financière intégrale et concomitante de la compétence transférée par l'Etat, alors que ce principe n'est pas automatiquement prévu pour le transfert de charges.
Nous serons amené à monter l'importance de l'élément financier lors des transferts de compétences dans notre développement.

Enfin, le transfert d'attributions est différent du transfert de compétences. Les attributions peuvent être exercées de manière très classique (pour le compte d'une collectivité autre que celle dont l'autorité dispose de la compétence originelle). Les attributions ne disent rien sur les compétences des collectivités. Elles permettent de comprendre la répartition interne des pouvoirs (qui prend les décisions) mais elles n'éclairent en rien le processus de décentralisation.

[28] Ce procédé est généralement d'ordre contractuel et non législatif ou réglementaire. Il se fait bien entendu avec l'accord de la collectivité concernée.
[29]M. Daniel HOEFFEL, Rapport d'information n° 239, groupe de travail sur la décentralisation, Sénat, 1996/1997

Nous avons vu que la notion de compétences correspond à un domaine défini qui permet à la collectivité qui en bénéficie, à intervenir. Cette notion se distingue de notions voisines qui souvent se confondent. Nous allons maintenant rechercher si toutes les compétences, en tant que domaine d'intervention, peuvent être transférées. Nous savons que toutes les compétences ne peuvent pas l'être. Les compétences dites régaliennes seraient insusceptibles d'être transférées. C'est pourquoi il nous apparaît indispensable de distinguer les compétences « transférables » des compétences régaliennes afin de mettre en évidence les règles applicables lors du transfert.

Qu'est ce qu'une compétence régalienne ?

Le professeur PONTIER s'est attaché à définir la notion de compétences régaliennes[30]. Il a notamment écrit : « *Et, dans les relations de l'Etat avec ses composantes, avec les collectivités territoriales, on en déduit généralement une conséquence : dans la réforme de la répartition des compétences, c'est-à-dire dans les transferts de compétences à opérer de l'Etat vers les collectivités locales il y a, ou il y aurait, un verrou à ne pas pousser, une porte à ne pas ouvrir, un seuil à ne pas franchir, celui consistant à transférer à des collectivités territoriales des compétences considérées comme régaliennes* »
Le terme de « régalien »[31] est ancien, et il définit l'expression d'une certaine conception de l'Etat. Ainsi, nous entendons parler de « compétences régaliennes », ce qui signifie qu'il existe des compétences que l'Etat ne doit en aucun cas transférer à des collectivités publiques. Dans ce sens où celles-ci n'auraient pas les épaules suffisamment larges pour en assurer une exécution convenable. Néanmoins, il faut bien comprendre qu'un certain partage des compétences est nécessaire et indispensable au sein de tout Etat, celui-ci ne pouvant pas absorber l'intégralité de la vie d'une nation[32]. Le législateur s'est souvent peu préoccupé de délimiter précisément les domaines de compétences régaliennes des autres compétences, agissant au coup par coup, lorsque au XIXe siècle, il a commencé à transférer des compétences aux collectivités locales. En particulier, il n'avait aucune vue d'ensemble. Nous constatons alors que l'évolution du partage des compétences et d'ordre politique et non

[30] J-M PONTIER, « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, janvier-février 2003, p.193-237
[31] Le terme de *regalis* signifie simplement royal, qui a un rapport avec le roi et la monarchie.
[32] C'est étonnamment une particularité française, dans le sens ou l'Etat a souvent cherché à absorber l'intégralité de la vie de la nation.

d'ordre juridique. Plusieurs auteurs[33] ont tenté d'expliquer le contenu d'une fonction régalienne. Ils font ainsi implicitement référence à la notion de souveraineté : les fonctions régaliennes sont les fonctions de souveraineté. Nous partageons les convictions de l'auteur qui distingue le « souverain » du « régalien » et qui en simplifiant déclare qu' *« en parlant de l'Etat on peut dire que la souveraineté définit ce qu'il est, le régalien ce qu'il fait »*.

Il faut donc maintenant essayer de définir ce que recouvre la notion de compétence régalienne. Il serait possible d'opposer les compétences régaliennes aux compétences locales qui définiraient les domaines d'intervention propre aux collectivités locales. Cette distinction est pourtant trop facile, car en réalité, les compétences régaliennes « *ne sont et ne peuvent être que celles que se reconnaît un Etat à un moment donné par l'intermédiaire de ses dirigeants* ». La définition d'une compétence régalienne se trouve faussée par une série de deux variables. Nous avons vu que la définition du professeur PONTIER met en évidence un facteur évolutif dans la notion de compétence régalienne. Une compétence qui a été reconnue comme régalienne à un moment donnée, est susceptible de variation[34], c'est-à-dire qu'elle peut, en fonction de critères politiques, économiques ou sociaux devenir « transférable » aux collectivités locales.

Dans un univers juridique manichéen, nous assisterions à un partage clair des compétences. L'idéal serait que l'Etat ne conserve que les compétences régaliennes, les autres compétences seraient à la charge des différents niveaux de collectivités d'où la nécessité émise par certains auteurs de procéder à une « répartition nécessaire » des compétences dans le cadre de la décentralisation[35].

Pourtant, il existe une participation des collectivités locales à des fonctions régaliennes qui sont définies par des textes. Nous pouvons prendre l'exemple de la compétence en matière d'état civil. Nous savons que depuis la Révolution française, cette compétence appartient à l'Etat. Dans notre pays, cette compétence est nationale mais les attributions sont remises aux collectivités locales, les mairies tenant l'état civil pour le compte de l'Etat[36]. Nous avons une nouvelle fois un exemple mettant en évidence l'impossibilité d'isoler parfaitement les compétences régaliennes.

---

[33] L'auteur cite en exemple le professeur HAURIOU qui utilise l'expression de « droits régaliens ».

[34] L'auteur développe plusieurs exemples pour monter les variations des compétences régaliennes dans le temps en utilisant les évolutions dans le domaine de l'interventionnisme économique notamment.

[35] J-J KEGELART « Décentralisation, la répartition nécessaire », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 646-647

[36] Ce principe illustre la théorie du dédoublement fonctionnel qui permet de concilier l'affirmation du caractère national d'une fonction avec la nécessité d'assurer celle-ci au plan local.

Finalement, il apparaît difficile de distinguer une compétence régalienne d'une autre compétence. La définition classique du « régalien » semble bouleversée et il n'est plus possible aujourd'hui de s'en tenir à une énumération de domaines[37] qui en seraient l'expression. Pour distinguer une compétence régalienne d'une autre compétence, nous allons invoquer alors le critère de « transférabilité ». Ce critère nous permettra de découvrir qu'effectivement toutes les compétences ne peuvent pas faire l'objet d'un transfert. Les compétences non transférables pourront être ainsi qualifiées de « régaliennes ».

La « transférabilité » des compétences

La possibilité d'effectuer des transferts de compétences se heurte parfois à des objections d'ordre technique et politique. Le seul fait de vouloir transférer une compétence ne suffit pas à pouvoir le faire. Des transferts demandés ou envisagés se trouveront alors impossible à réaliser.

Sur un plan technique, il apparaît que seul l'Etat maîtrise pleinement la capacité à agir que n'ont pas les collectivités territoriales. Il semble donc que certains transferts sont bien impossibles à réaliser. Nous pouvons avancer deux explications à ce phénomène. Premièrement, nous assistons à une multiplication exponentielle des normes techniques applicables ainsi qu'à leur entrecroisement quant à l'effet de ces normes. Le législateur, sur un plan technique, ne peut plus décider une modification à une législation, sans s'interroger au préalable sur les incidences des corrections à apporter. C'est pourquoi, il multiplie les études d'impact préalables à l'adoption d'un texte, afin d'en connaître les éventuels et possibles effets. De nombreuses réformes aux effets inattendus incitent le législateur à une grande prudence dans certains domaines tels que ceux de la fiscalité locale, ce qui favorise un réel immobilisme dans ces domaines[38].

En second lieu, il semble évident que seul l'Etat bénéficie d'un « pouvoir d'expertise »[39] afin d'adopter des normes techniques devant être appliquées sur l'intégralité du pays. L'Etat dispose de corps spécialisés qui ont acquis une réelle légitimité de par leurs compétences

[37] Même si nous savons que les domaines de la police, de la justice, la défense et l'émission de monnaie ne seront jamais « transférables » à des collectivités locales.

[38] De nombreux élus locaux attendent avec impatience cette réforme de la fiscalité locale, relayer par la presse nationale.

[39] Expression de J-M PONTIER, « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », *RDP*, janvier-février 2003, p.221

techniques. Il s'appuie sur ces corps à la fois pour l'élaboration des normes techniques et pour le contrôle de leur application et de leur bonne exécution. Nous pensons ici aux normes techniques adoptées en matière de sécurité dans les bâtiments accueillant du public. Seul les services spécialisés de l'Etat peuvent en appréhender l'intégralité des risques, en édicter les normes applicables et en contrôler l'application. Il serait impensable de voir chaque région adopter ses propres normes en matière de sécurité dans les bâtiments accueillant du public.

Sur un plan politique, outre les domaines que l'Etat ne peut pas transférer pour des raisons techniques, il existerait des domaines qu'il n'est pas souhaitable de voir transférer au risque de mettre en péril la cohésion nationale[40]. La question posée est alors de savoir ce que l'Etat doit conserver comme compétence. La réponse semble relativement simple : L'Etat doit conserver ce qu'il est le seul à pouvoir faire, c'est-à-dire jouer son rôle de garant des libertés fondamentales avec à ses côtés les collectivités territoriales assurant les missions de proximité.

Ainsi, nous pensons avoir mieux cerner le notion de compétences. Au fil des années de centralisation, l'Etat s'est retrouvé sclérosé ne pouvant plus assumer seul un fonctionnement correct de ses services. Devant se réformer, il a du alors transférer des compétences, dont il avait autrefois la charge, aux collectivités territoriales, ne les considérant plus comme des acteurs de second ordre de la vie de la Nation. Procédant sans véritable logique, afin de trouver un échelon cohérent de collectivités capable d'assumer les compétences lors des premiers transferts, il semblerait que la révision constitutionnelle ait servi de base à une nouvelle décentralisation, avec une remise à plat des règles relatives aux transferts de compétences. En effet, il a été écrit que « La décentralisation, ce n'est pas le bazar ! »[41] et l'ensemble des nouvelles mesures adoptées, nous permettent de penser que l'Etat veut enfin prouver sa volonté à se réformer en profondeur.
C'est pourquoi, après avoir distingué la notion de compétence des notions voisines en précisant que toutes les compétences ne sont pas transférables, nous pouvons maintenant essayer de présenter les règles applicables aux transferts de ces compétences.

[40] La presse participe activement à cette rumeur qui reste cependant infondée (voir la bibliographie qui relève un certain nombre d'articles récents sur ce point)
[41] J-L DEBRE, « La décentralisation, ce n'est pas le bazar ! », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 18 novembre 2002, p. 199

II. LE CHAMP DE L'ETUDE

Lorsque l'Etat décide de procéder à des transferts de compétences, il doit respecter un certain nombre de règles plus ou moins contraignantes. Il en est de même lorsque plusieurs communes décident de créer un EPCI afin de lui transférer des compétences. Les règles applicables ne seront pas identiques dans la mesure où il s'agit d'un mode différent de transfert de compétences.
Dans le cadre d'un transfert de compétence vertical, l'Etat doit observer des principes constitutionnels dans la mise en œuvre des transferts mais également dans la libre administration des collectivités bénéficiaires des compétences nouvellement transférées[42]. Nous insisterons sur le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, qui selon nous, pose la condition d'une véritable décentralisation[43].

Dans le cadre des transferts horizontaux de compétences, nous mettrons en évidence les particularités de ces transferts dans la mesure ou il existerait un élément préalable à leur réalisation. Il semblerait que les transferts de compétences ne peuvent intervenir que si les communes membres d'un EPCI ont défini « l'intérêt communautaire »[44] de leur structure. De plus, toutes les compétences des communes ne peuvent être transférées du fait des principes de spécialité, d'exclusivité et de subsidiarité qui sont propres à tout établissement public.

Nous aborderons également la possibilité issue de la loi du 13 août 2004[45] pour les EPCI a fiscalité propre d'exercer des compétences départementales ou régionales. Il s'agit de « l'appel à compétence »[46] mettant en avant les progrès de l'intercommunalité. Ce procédé ne relève pas d'un transfert de compétence mais d'une délégation de compétence prévue à l'article L. 5210-4 du Code général des collectivités territoriales.

---

[42] Nous verrons comment le Conseil Constitutionnel s'est érigé en garant du principe de libre administration des collectivités territoriales au cours du développement.
[43] Selon le professeur C. EISENMANN la véritable décentralisation répond à la définition suivante : « les autorités locales reçoivent le pouvoir de poser des règles ou des normes d'espèce avec la liberté que leur laisse la législation, sans être soumises à aucune volonté d'une autorité administrative de l'Etat », *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale,* Paris, LGDJ, 1948.
[44] Cette notion a été introduite par la loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale et relancée par la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales qui met en demeure les groupements de définir dans un certain délai l'intérêt communautaire de leur structure.
[45] Article 151 de la loi du 13 août 2004
[46] B. PERRIN, « Décentralisation acte II : contribution à un bilan d'étape », *Revue administrative n°335,* septembre-octobre 2002, p. 528

Une diversité des modes de transferts de compétences

A l'issue de l'analyse des manuels juridiques et des nombreux articles de doctrine, nous avons pu mettre en évidence une multitude de modes de transferts de compétences. Lors du développement de notre recherche, nous distinguerons ces différents modes en les regroupant par finalité. Le premier groupe de transfert que nous avons retenu est marqué par le caractère définitif quant aux conséquences du transfert de compétence. Le second groupe concerne les transferts expérimentaux qui par définition sont limités dans la durée et dans leur objet.

La première catégorie concernera les transferts obligatoires, les transferts optionnels et les transferts facultatifs de compétences. Les transferts obligatoires sont les plus connus car ils sont anciens[47] et sont l'objet du processus de décentralisation tel que peuvent le percevoir les citoyens. Dans le cadre d'une répartition de compétences entre l'Etat et les collectivités, les lois de transferts de compétences[48] mettent en place de nouvelles compétences au profit des collectivités. Ces lois peuvent prévoir également un principe de transfert facultatif de compétences. L'Etat laisse le choix aux collectivités d'accepter ou non des compétences qu'il met à leur disposition. Les transferts de compétences optionnels sont souvent retrouvés dans le cadre de l'intercommunalité. Les communes membres d'un EPCI peuvent choisir parmi une liste de plusieurs de leurs compétences, celles qu'elles vont leur transférer[49]. Bien évidemment, les transferts de compétences horizontaux prévoient des transferts obligatoires des communes aux EPCI

Les transferts de compétences expérimentaux feront l'objet du second mode de transfert que nous analyserons. Nous verrons comment ce processus de transfert qui peut paraître innovant, fait en réalité l'objet d'une réflexion doctrinale ancienne, venant d'être consacré par la révision constitutionnelle de mars 2003[50]. Le procédé de transfert expérimental peut être

[47] Contrairement à une idée reçue, les transferts de compétences n'ont pas commencé avec les lois DEFFERRE en 1982, mais remontent aux débuts de la IIIe République avec la loi départementale du 10 août 1871 et la loi municipale du 5 avril 1884 qui consacre l'existence d'une clause générale de compétence du Conseil municipal pour administrer « les affaires de la commune »

[48] Nous avons vu que les lois de transferts de compétences sont en réalité peut nombreuses, nous pouvons citer les plus connues : la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF, 9 janvier 1983 et la dernière loi transférant des compétences obligatoires : la loi n°2004-809 relative aux libertés et responsabilités locales, JORF, 17 août 2004

[49] Nous reviendrons sur la nouvelle possibilité faite aux maires de transférer une partie de leurs pouvoirs de police aux EPCI grâce à la loi du 13 août 2004. Cette disposition à été largement commentée par la doctrine.

[50] Article 72 al. 4 de la Constitution : « 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,

appliqué aux transferts verticaux et aux transferts horizontaux de compétences. Les transferts expérimentaux ont également fait l'objet d'une loi organique[51] devant permettre de mieux déterminer les conditions de mises en œuvres de l'expérimentation ainsi que de codifier le processus dans le Code général des collectivités territoriales aux articles LO. 1113-1 à LO. 1113-7. Nous présenterons alors les modalités du transfert expérimental, quant à son objet, sa durée et son évaluation.

Les conséquences des transferts de compétences

Le transfert de compétence, de l'Etat au profit des collectivités territoriales, et des communes au profit des EPCI, entraîne évidemment de nombreuses conséquences. Nous en avons relevé trois principales. Se dégageant de domaines d'intervention, au profit de collectivités de rang inférieur, l'Etat doit donner à ces collectivités les moyens de mettre en œuvre les compétences à leur échelon. Ainsi, le premier principe lors des transferts concerne la compensation financière intégrale et concomitante des compétences autrefois exercées par l'Etat. Nous avons vu que si ce principe n'est pas respecté, il ne s'agit pas d'un transfert de compétence mais d'un transfert de charge. Aussi, le législateur a « constitutionnalisé » ce principe de compensation financière afin d'obliger l'Etat à prendre ses responsabilités lorsqu'il décide d'opérer de nouveaux transferts de compétences.
La lecture de l'article 72-2 al.4 de la Constitution révèle l'étendu du principe de compensation financière : « *Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.* » En complément de la Constitution, le législateur a également adopté une loi organique[52] afin de préciser la notion d'autonomie financière des collectivités territoriales et de clarifier la portée de l'article 72-2 de la Constitution quant aux finances de celles-ci. Le principe de la compensation financière des transferts de compétences est également codifié à l'article 1614-1 du Code général des collectivités territoriales. Le

déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »
[51] Loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF, 2 août 2003
[52] Loi organique n°2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF, 30 juillet 2004

contenu de cet article reprend l'idée générale de l'article 72-2 al. 4 de la Constitution dans une forme différente.
Malgré ces principes affirmés, les collectivités territoriales concernées ne semblent pas pouvoir contenir l'augmentation des charges liées aux nouveaux transferts de compétences. Nous analyserons alors le contenu du rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'évolution de la fiscalité locale du 5 juillet 2005[53] qui fait la lumière sur les défaillances financières tant du côté de l'Etat que du côté des collectivités territoriales.
Nous mettrons également en évidence le financement des compétences transférées aux EPCI en présentant les conclusions du rapport de la Cour des comptes sur l'intercommunalité en France, rapport rendu le 30 novembre 2005. Nous aborderons aussi le récent rapport d'information parlementaire[54] relatif à l'intercommunalité à fiscalité propre qui dresse un bilan préoccupant du point de vue de la dépense publique sur ce domaine.
Les modes de transferts entre les transferts verticaux et les transferts horizontaux sont différents, il est donc évident que le financement des compétences transférées est différent. Nous serons amenés à opérer une distinction entre la forme juridique des établissements publics de coopération intercommunale, les EPCI à fiscalité propre (c'est-à-dire les communautés) bénéficient d'un mode différent de financement par rapport aux autres structures intercommunales.

Les transferts de compétences n'entraînent pas seulement des conséquences financières. Nous serions tenter de dire qu'en réalité, il ne s'agit que de la partie immergée de l'iceberg, les compétences transférées se matérialisant par les transferts de biens et de personnels avant tout. En effet, la décentralisation met en évidence des transferts de personnels dans la mesure ou les agents devront exercer leur droit d'option dans un délai de deux ans à compter de la parution des décrets concernant les transferts de services issus de la loi du 13 août 2004. Nous présenterons alors le principe de ces transferts en insistant sur le cas des personnels TOS[55].
Nous reviendrons sur le transfert de personnels lors du transfert de compétences au profit d'un EPCI de la part des communes en analysant les modalités prévues à l'article L5211-4-1 du

[53] Nous n'insisterons pas sur le climat politique dans lequel ce rapport a été demandé puis rendu, faisant suite notamment aux élections régionales et cantonales qui engendra un changement de majorité politique dans les régions et les départements français.
[54] DALLIER (P), *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, n°193, 1er février 2006
[55] Le transfert de ces personnels de l'Education Nationale au profit des régions et des départements a vu naître une vague de contestation des présidents de régions qui s'inquiétaient de l'augmentation significative des dépenses liées au personnel.

Code général des collectivités territoriales. Il semblerait cependant que ces modalités soulèvent de nombreuses interrogations méthodologiques[56].

Enfin, nous aborderons les modalités relatives aux transferts de biens issus du transfert de compétences. Les règles applicables à ce procédé sont codifiées à l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales. Ainsi selon l'article L. 1321-1 al.1, le transfert de bien est automatique : « *Le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence*. » Cependant, la procédure reste lourde et contraignante pour les collectivités mais ne semble pas donner lieu à un abondant contentieux.

Les modalités de transferts de biens d'une commune au profit d'un EPCI sont identiques à celles mises en œuvre lors d'un transfert vertical. Dans les deux cas, la mise à disposition des biens est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement que ce soit entre l'EPCI et la ou les communes précédemment compétente ou entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire. Dans ce cas, le transfert de biens s'opère entre une administration déconcentrée de l'Etat au profit d'un autre échelon de collectivité.
La question des règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques trouve son intérêt lorsqu'elle est replacée dans l'actualité du droit des collectivités territoriales. Nous allons mettre en évidence l'actualité de la problématique relative à ce sujet.

III. DELIMITATION DE LA PROBLEMATIQUE

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « …*la loi détermine les principes fondamentaux : … - de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;* » seul le législateur est compétent pour mettre en place de nouveaux transferts au profit des collectivités territoriales. Notre problématique tourne donc autour de ce thème en se posant la question de savoir comment doivent s'opérer ces transferts de compétences. C'est la loi du 7 janvier 1983[57] relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat qui a posé les

[56] A. GARDERE et M. VERNE, « Des modalités du transfert des personnels à un établissement public de coopération intercommunale », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2 novembre 2004, p. 1395
[57] Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF, 9 janvier 1983.

principes directeurs des transferts de compétences. Ces principes ont été qualifiés de « fondamentaux » par le professeur CHAPUS car ils devaient conditionner durablement le processus de décentralisation. Cependant, plusieurs auteurs ont relevé que le processus de décentralisation n'était en aucun figé et par conséquent que les principes directeurs de 1983 avaient subi de nombreuses inflexions.

Les premiers transferts de compétences datent du XIXe siècle et l'idée générale était que chaque niveau de collectivités était destinataire d'une clause générale de compétence. Ce principe était vite abandonné au profit de la théorie des blocs de compétence, car la clause générale de compétence amplifiait considérablement le champ d'intervention des collectivités. Or, la pratique de la décentralisation montre que la théorie des blocs de compétences n'a pas résisté longtemps à l'épreuve des faits. Il est effectivement rare de rencontrer des compétences étanches les unes par rapport aux autres, « *nombre d'actions publiques donnant lieu à des politiques intersectionnelles qui nécessitent la mobilisation de plusieurs niveaux d'administration* »[58] Nous serons donc amené à présenter les correctifs apportés à ce principe en essayant de proposer quelle pourrait être la logique adoptée dans le futur pour les prochains transferts de compétences.

Nous pouvons nous poser la question de savoir que contiendront les prochaines lois de transferts de compétences. Après les lois de décentralisation de 1982 et 1983, nous avons vu que la loi du13 août 2004 contient de nombreuses dispositions relatives à une nouvelle répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales mais également de nombreuses articles concernant l'intercommunalité.

Aux vues des dispositions contenues dans la loi du 13 août 2004 sur l'intercommunalité, nous pouvons nous interroger sur l'avenir de l'organisation territoriale française. L'avenir reste incertain quant aux nombres et à l'empilement des structures administratives. En effet, un Etat déclarant que son organisation est décentralisée[59] peut-il maintenir trois niveaux de collectivités territoriales et une multitude de régime de coopération intercommunale. La presse nationale ainsi que la doctrine[60] s'interrogent bien évidemment sur ce mode d'organisation et se lancent dans un débat qui semble justifié[61].

---

[58] J-F BRISSON « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 24 mars 2003, p.535

[59] L'article premier de la Constitution déclare que *« La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. … Son organisation est décentralisée…* », depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003

[60] J-C PEYRONNET « Le maire, icône moderne des Français : trop tard ? », *AJDA*, 13 mars 2006, p.513

[61] Laurence CHAVANE dans un article paru le 8 mars 2006 dans Le Figaro s'interroge pour savoir s'il faut vraiment rayer les départements de la carte de la France et explique qu'à terme seul deux niveaux d'administration locale (la région et une intercommunalité) seraient pertinents.

L'avenir de la réforme de l'Etat reste donc d'actualité tant au niveau de la décentralisation[62] qu'au niveau de l'intercommunalité. Ces deux procédés sont inévitablement les seuls moyens de réformer l'organisation administrative de l'Etat mais ils sont imparfaits dans leur version actuelle. Nous tenterons alors d'en monter les limites et, en s'appuyant sur les nombreux travaux parlementaires, de proposer les aménagements pouvant permettre de surpasser ces blocages.
L'intérêt et la pertinence du sujet ne sont plus alors à démonter, et la doctrine a révélé d'elle-même toute l'actualité de la problématique

Actualité de la problématique

Le professeur PONTIER résume parfaitement l'actualité de la problématique en déclarant : « *Aujourd'hui, les transferts de compétences concentrent sur eux l'attention qu'ils méritent effectivement …La question de la détermination des bénéficiaires de transferts de compétences ne soulève a priori aucune difficulté : ce sont les catégories de collectivités territoriales, clairement identifiées, que nous connaissions. En réalité, d'autres bénéficiaires, actuels ou potentiels, se dessinent progressivement* »[63] Ces trois phrases contiennent toute la potentialité de notre étude. Les transferts de compétences verticaux concernent les transferts allant de l'Etat au profit de collectivités publiques de rang inférieur. Les « *autres bénéficiaires »* seront identifiés comme les groupements de collectivités, pouvant bénéficier de compétences transférées par les communes.

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a également suscité de nombreuses interrogations ainsi que les nombreuses lois donnant corps à cette réforme, chaque auteur tentant d'apporter sa pierre à l'édifice. Mais les transferts de compétences ne semblent pas avoir livrés tout leurs secrets tant ils sont difficiles à cerner. Leurs applications et leurs conséquences se rejoignent aux confins du droit constitutionnel, du droit administratif et bien évidement du droit des collectivités territoriales. Il nous reste alors à préciser que notre étude ne portera que sur les règles applicables à la France Métropolitaine, les transferts de

[62] J-M PONTIER « Pourquoi de nouvelles lois de décentralisation », *Revue administrative*, n° 329, septembre-octobre 2002, p. 503
[63] J-M PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative,* n° 332, mars 2003 p.191

compétences propres aux collectivités d'outre mer reconnues par la Constitution[64] pouvant à elles seules faire l'objet d'une recherche à part entière.

Construction de l'étude

Toute réflexion sur les règles relatives aux transferts de compétences entre collectivités publiques, suppose au préalable d'identifier les différents niveaux de collectivités pouvant bénéficier d'un transfert de compétences ainsi que les règles qui leurs seront applicables (Première partie).

A partir de cette identification, nous serons alors en mesure de présenter la diversité des modes de transferts pouvant être rencontrée ainsi que la diversité des modes de réception des compétences (Deuxième partie).

Première Partie – De la décentralisation à l'intercommunalité : l'existence d'un double niveau de transferts de compétences

Deuxième Partie – D'une diversité des modes de transferts de compétences à une diversité des modes de réception des compétences

[64] Ainsi que les dispositions contenues au titre XIII relatives à la Nouvelle Calédonie

PREMIERE PARTIE

DE LA DECENTRALISATION A L'INTERCOMMUNALITE : L'EXISTENCE D'UN DOUBLE NIVEAU DE TRANSFERTS DE COMPETENCES

Lorsque l'on recherche à mettre en évidence les règles relatives aux transferts de compétences entre les collectivités publiques, il apparaît opportun de distinguer les différents niveaux de collectivités pouvant faire l'objet de ces transferts. Nous avons vu en introduction qu'il existait un double niveau de transferts de compétences. Les transferts opérés de l'Etat au profit des collectivités territoriales de rang inférieur ont été qualifiés de « transferts verticaux » (Titre I). Les règles applicables sont nombreuses et diverses. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a eu pour effet de conforter les modalités devant être observées lors de ces transferts, cette révision constitutionnelle ayant été complétée par trois lois organiques[65]. Ainsi, lorsque le législateur adopte des lois transférant des compétences, il doit procéder dans le strict respect des principes constitutionnels devant être certain de ne pas léser les garanties accordées aux collectivités territoriales. Très tôt, le Conseil Constitutionnel s'est érigé en garant de la libre administration des collectivités[66].

Le deuxième niveau de transferts de compétences que nous avons distingué se situe sur un plan différent. Il concerne les transferts issus de la volonté de plusieurs communes de se regrouper au sein d'une structure devenant bénéficiaire des compétences autrefois exercées au plan communal. Nous avons qualifiés ces transferts de « transferts horizontaux » car les compétences ne font plus l'objet d'une distribution verticale, ne pouvant pas assimiler les établissements publics de coopération intercommunale à des entités de rang inférieur par rapport à l'Etat et de plus, celui-ci ne leur transfère pas directement des compétences (Titre II). Les EPCI ne peuvent recevoir que des compétences communales, mais également depuis la loi du 13 août 2004, peuvent demander à exercer des compétences régionales et départementales.

TITRE I. Les transferts de compétences « verticaux » : La décentralisation

TITRE II. Les transferts de compétences « horizontaux » : L'intercommunalité

[65] Loi organique n°2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, JORF, 2 août 2003 ; loi organique n°2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local, JORF, 2 août 2003 et loi organique n°2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF, 30 juillet 2004

[66] A partir de la décision n°79-104 DC du 23 mai 1979 *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Le Conseil Constitutionnel a érigé le principe de libre administration des collectivités territoriales en principe constitutionnel pour prévenir des atteintes qui pourraient être faites aux collectivités.

TITRE I
LES TRANSFERTS DE COMPETENCES « VERTICAUX » : LA DECENTRALISATION

Décentralisation et transferts de compétences sont unis dans un cadre large qui est celui de la réforme de l'Etat. Nous avons vu que le professeur PONTIER déclarait : « *Les transferts de compétences sont une composante nécessaire et essentielle de toute réforme se voulant décentralisatrice* »[67] En prenant cette formule comme axiome, il est cependant nécessaire de s'interroger sur les interactions existantes entre transferts de compétences et décentralisation (Chapitre I).

Les transferts de compétences verticaux ne datent pas des lois de décentralisation de 1982 et 1983 mais remontent à la fin du XIXe siècle. Néanmoins, c'est en 1983 que les premiers principes devant guider les transferts de compétences seront établis de manière suffisamment précis[68], faisant alors l'objet d'une attention particulière de la doctrine. Ces principes seront qualifiés de « fondamentaux » et seront, dans une certaine mesure, observés lors des différentes vagues de transferts de compétences depuis 1983. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 confirmera ces principes en les actualisant (Chapitre II).

CHAPITRE I. Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation
CHAPITRE II. L'observation des principes fondamentaux lors des transferts de compétences verticaux

[67] J-M PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative*, n°332 mars 2003, p. 191
[68] Nous verrons au cours du développement que les lois de répartition de compétences des 7 janvier 1983 et 22 juillet 1983 ont remis en cause les anciens principes de répartition entre les différents niveaux de collectivités, à savoir la clause générale de compétence dont devait bénéficier chaque échelon de collectivités.

CHAPITRE I
DEFINITION DE LA NOTION DE TRANSFERTS DE COMPETENCES DANS LE CADRE DE LA DECENTRALISATION

L'affirmation du professeur PONTIER peut susciter de nombreuses interrogations pour les profanes du droit des collectivités territoriales. La liaison entre décentralisation et transferts de compétences ne semble pas évidente. Pourtant, les transferts de compétences sont à l'origine même de la décentralisation, ils en sont l'élément moteur. L'objet des transferts de compétences est de définir la décentralisation (Section I).
Nous verrons ensuite quelles sont les conséquences des transferts de compétences pour les collectivités (Section II).

SECTION I
L'OBJET DES TRANSFERTS DE COMPETENCES

Dans une tribune intitulée *Les Français et la décentralisation*[69], Roland DRAGO écrivait : « *La décentralisation est un aspect essentiel de la réforme de l'Etat. Le transfert à des instances locales élues d'un certain nombre de compétences gouvernementales doit pouvoir atténuer la complexité et la puissance du système bureaucratique, raccourcir les circuits de décision, augmenter les contacts directs avec les citoyens, en un mot, simplifier, dans des domaines importants, la vie administrative française* » Il résumait ainsi simplement en quelques lignes l'objet des transferts de compétences, à savoir définir le processus de décentralisation (§1).

Les lois de décentralisation de 1982 et 1983 n'avaient engendré, toujours selon Roland DRAGO[70], « *qu'un système partiel, complexe, constamment révisé et négligeant complètement les aspects financiers et fiscaux du régime des collectivités décentralisés* » Il était donc nécessaire de remédier à ces lacunes, mais aussi, de continuer la réforme de l'Etat qui depuis était laissée à l'abandon[71]. La relance de la décentralisation passera alors par de nouveaux transferts de compétences (§ 2).

---

[69] R. DRAGO « Les Français et la décentralisation », *Revue administrative*, n°331 janvier 2003, p.49
[70] Idem
[71] Comme l'indique Daniel HOEFFEL « La décentralisation ne saurait être un prétexte pour l'Etat de renoncer à sa propre réforme », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 4-11 novembre 2002, p. 160

§ 1. Les transferts de compétences définissent la décentralisation

La décentralisation peut être définie comme un système d'administration consistant à permettre à une collectivité territoriale de s'administrer elle-même sous le contrôle de l'Etat, en la dotant de la personnalité juridique, d'autorités propres et de ressources[72]. Selon Francis-Paul BENOIT[73], le développement de la décentralisation en France s'est opéré paisiblement, dans la clarté et, en définitive, de manière efficace, du début du XIXe siècle jusqu'aux années 1960. L'auteur posait alors la question suivante : En est-il de même aujourd'hui (en 1976) et qu'en sera-t-il demain ? La nouvelle majorité politique issue du scrutin de mai 1981 décida d'opérer un important bouleversement dans l'établissement de nouveaux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales (A). L'arrivée au pouvoir de François MITTERRAND marqua en effet, la mise en place d'une réforme décentralisatrice sans précédent. L'Etat allait se délester d'un nombre important de compétences au profit des collectivités territoriales. Il était donc nécessaire d'opérer une répartition des compétences entre les différents échelons de collectivités (B).

A. L'établissement de nouveaux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales

La décentralisation en France n'est pas un processus nouveau, de nombreux manuels de droit des collectivités territoriales retracent l'historique de ce processus depuis 1792[74]. Cependant, la doctrine est unanime sur le développement de la décentralisation : celle-ci n'a entraîné de nombreuses modifications au niveau de l'Etat que depuis les lois de décentralisation de 1982 et 1983. Il faudra en effet attendre les lois DEFFERRE pour assister à un véritable bouleversement des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Le professeur PONTIER explique que dans le cadre de la décentralisation, la véritable question concerne le rôle de l'Etat vis-à-vis des collectivités territoriales. Il relève que déjà, en 1979, le rapporteur au Sénat du projet de loi pour le développement des responsabilités des collectivités territoriales, L. DE TINGUY, avait fait remarquer que la réforme des collectivités territoriales était d'abord la réforme de l'Etat. Cette remarque valait déjà pour la période antérieure à 1981[75].

[72] Lexique des termes juridiques, 12 ed. Dalloz
[73] Francis Paul BENOIT « Vers un renouveau de la décentralisation ? », *RDP*, 1976, p.981
[74] E. AUBIN, C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005
[75] J-M PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative n°332*, mars 2003, p. 187

Parler de l'organisation décentralisée de la France, c'est toujours s'interroger sur la place respective de l'Etat et des collectivités territoriales. Dans l'histoire constitutionnelle, administrative et politique de la France depuis deux siècles, les collectivités locales ont toujours occupé une place seconde par rapport à l'Etat, ainsi que l'atteste la terminologie utilisée : ne parlait-on pas de collectivités secondaires et, quoi qu'on en ait dit, la tutelle ne signifiait-elle pas que ces collectivités étaient considérées comme des mineures et, d'une certaine manière, comme des incapables, au sens juridique du terme[76]. D'ailleurs, vouloir développer les compétences, les fonctions, les responsabilités des collectivités locales, c'est enlever quelque chose à l'Etat, ce dernier ayant depuis longtemps occupé l'essentiel du champ politique et administratif.

Dès le début de la Ve République[77], il est apparu nécessaire de repenser les rapports existants entre l'Etat et ses différents niveaux de collectivités[78]. La décentralisation a été la grande affaire du premier septennat de François MITTERRAND, lors du conseil des ministres du 15 juillet 1981, le nouveau chef de l'Etat souligne, en effet, que si « *La France a eu besoin d'un pouvoir fort et centralisé pour se faire, elle a, aujourd'hui, besoin d'un pouvoir décentralisé pour ne pas se défaire* » Cette affirmation est à rapprocher selon E. AUBIN et C. ROCHE[79] du discours de Lyon du 25 mars 1968 dans lequel le général de Gaulle affirmait que « *l'effort multiséculaire de centralisation qui fut nécessaire ne s'impose plus aujourd'hui. Au contraire, ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de la puissance économique de demain* »

La loi du 2 mars 1982[80] constitue le premier élément normatif du droit de la décentralisation dans sa version moderne. Cette loi a été qualifiée de « loi locomotive », puisque quarante lois et environ trois cent décrets furent adoptés par la suite jusqu'en 1986. L'article premier de cette lois prévoyait justement qu'elle serait suivie par d'autres lois[81]. La nouvelle majorité à l'Assemblée Nationale de l'époque avait opté pour l'adoption d'une succession de lois

[76] J-M PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative n°332,* mars 2003, p. 187

[77] Tout au plus une dizaine d'années après l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958, en tenant compte de l'échec du référendum de 1969 relatif à la régionalisation.

[78] Il semblerait pourtant que la Constitution de la Ve République soit en recul par rapport à la Constitution de la IVe République quant à l'intégration des collectivités locales aux côtés de l'Etat. Les dispositions concernant les collectivités sont en effet relativement imprécises dans la Constitution de 1958.

[79] Op. Cité p.24

[80] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, J.O.R.F, 3 mars 1982

[81] Article premier de la loi du 2 mars 1982 : « Des lois détermineront la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat… »

ordinaires, plutôt que de proposer une révision constitutionnelle, en raison du risque de blocage sénatorial.

Ainsi, l'établissement de nouveaux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales est d'inspiration politique comme le déclare Bruno REMOND[82] : « *L'enjeu du débat sur la décentralisation, qui projette dans le temps et l'espace une conception rénovée des relations complexes entretenues au sein d'une structure étatique entre son centre et sa périphérie, est par essence et fondamentalement de nature politique* » Cependant, l'auteur explique que dans le cadre du débat sur la décentralisation, « *il ne s'agit pas d'affecter des rôles et d'impartir des compétences* » Pourtant, avant d'accorder une véritable autonomie[83] aux collectivités territoriales, comme le laisse entendre l'auteur , il semble nécessaire de procéder à une identification des compétences à leur transférer, telle serait le point de départ de toute réforme décentralisatrice. Ce que Robert HERZOG[84] explique de façon très simple : « *Quelles fonctions étatiques transférer* ? »

Avant de transférer les compétences aux collectivités territoriales, le législateur a du rechercher quelles compétences pourraient faire l'objet d'une nouvelle répartition entre l'Etat et les différents niveaux de collectivités. La doctrine s'est révélée être un formidable observateur des débats de l'époque.

B. Les transferts de compétences et la répartition des compétences

A en juger par l'abondante production doctrinale liée aux lois de décentralisation depuis 1982 et 1983, les thèmes des transferts de compétences et de la répartition des compétences allaient connaître de nombreux développements pour cette période[85]. Les transferts de compétences ne peuvent avoir lieu évidemment qu'après avoir opéré une répartition des compétences entre l'Etat et les différents niveaux de collectivités territoriales. Aussi, c'est la loi du 2 mars 1982, qui marque le véritable point de départ de la décentralisation (dans sa forme moderne) et apporte trois bouleversements majeurs : Il s'agit de la suppression de la tutelle administrative, le transfert de l'exécutif départemental et régional et la transformation de la région en collectivité territoriale. Mais il faudra attendre les lois du 7 janvier 1983 et du 22 juillet 1983

[82] B. REMOND « Loin du compte », *AJDA*, Chroniques, p. 1561

[83] Nous verrons dans le développement les risques liés à une véritable autonomie des collectivités territoriales, dépassant alors la conception unitaire de l'Etat pour arriver finalement à une forme d'Etat fédéral.

[84] R. HERTZOG « Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ? », *AJDA*, 11 novembre 2002, p. 1149

[85] Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les différents numéros spéciaux de l'AJDA à propos de la décentralisation

pour voir apparaître les premiers transferts de compétences[86] qui viendront s'inscrire dans le cadre établi par la loi du 2 mars 1982. C'est en effet le constat établi par Jean-François AUBY qui explique que : « *Le gouvernement, puis l'Assemblée Nationale ont volontairement dissocié la réforme institutionnelle, en partie réalisée par la loi du 2 mars 1982, et la redistribution des compétences et des ressources entre les quatre niveaux de collectivités* »[87]. Nous constatons que le gouvernement de l'époque a effectué une valse en deux temps. Il a d'abord effectué une réforme du cadre institutionnel avant de transférer les compétences. Nous allons alors analyser la méthode retenue pour transférer les compétences, celle-ci étant emprunte d'une certaine originalité.

Selon Jérôme CHAPUISAT[88], la répartition des compétences fut une étape laborieuse de la décentralisation. Retraçant l'ambiance des débats parlementaires dans le cadre de son commentaire sur la loi du 7 janvier 1983, il déclare que le texte de loi adopté est un texte de compromis. Mais plus que la richesse des débats, l'auteur voit son attention retenue surtout par la méthode législative adoptée. En effet, la loi du 7 janvier 1983, s'inscrit dans un processus législatif continu, elle est « *un maillon dans une chaîne de lois de décentralisation* » Le procédé intrigue le juriste, toujours selon CHAPUISAT : « *D'abord, par son caractère prémédité et systématique mais surtout parce qu'il n'y a, dans ce train législatif, ni loi-cadre, ni loi d'orientation, ni même de loi motrice, il n'y a qu'une loi chronologiquement première.* » Les premiers transferts de compétences sont donc le fruit d'un procédé original, la loi transférant les compétences ne s'inscrivant que dans le cadre d'une loi antérieure, celle du 2 mars 1982. La méthode législative retenue s'apparente pour CHAPUISAT « *à la technique du roman-feuilleton dans lequel chacun des épisodes annonce le suivant* »

Cette méthode originale n'est pas sans avantages. Le volume des problèmes à résoudre, les dimensions de la réforme sont tels qu'il parait logique et opportun de les résoudre par étapes. Comme l'explique l'auteur, cette méthode permet « *un apprentissage progressif de la décentralisation* », les innovations prenant corps en douceur et entrant lentement dans les mœurs.

---

[86] Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF, 9 janvier 1983 et la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-3 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JORF, 23 juillet 1983.

[87] Jean-François AUBY « La commune et la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, 20 mai 1982, p.p 307-338

[88] Jérôme CHAPUISAT, « La répartition des compétences : Commentaire de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *AJDA*, 20 février 1983, p.p 81-91

De plus, la mise en place des transferts de compétences se fait selon un échéancier étalé sur plusieurs années. L'étalement dans le temps permet de rectifier et de récupérer certaines erreurs ; laissant également le temps à l'administration d'anticiper les transferts de compétences[89].

Néanmoins, cette législation en cascade présente des inconvénients majeurs. Le Sénat avait, à l'époque, dénoncé le défaut d'approche globale et le manque de cohésion de cette méthode. Les contradictions éventuelles entre les lois successives seront difficiles à résoudre du fait de leur apparition progressive.

Aussi, il n'aura fallu attendre que six mois pour qu'une seconde loi relative à la répartition des compétences entres les différents niveaux de collectivités et l'Etat soit promulguée, venant alors confirmer les inquiétudes du Sénat quant au manque de cohésion de cette méthode. La loi du 22 juillet 1983, vient compléter celle du 7 janvier de la même année. Loin de n'apporter que quelques aménagements, elle se révèle en fait aussi importante en nombre d'articles que celle du 7 janvier[90]. Mais la loi du 22 juillet 1983 ne bouleverse pas celle du 7 janvier, elle la complète de façon significative. A partir de cette date, nous pouvons affirmer que les « vocations » des différents niveaux de collectivités territoriales seront scellées définitivement, servant alors de base pour les lois de décentralisation à venir. Les transferts de compétences effectués traduisent un rôle dominant pour chaque échelon d'administration.

La région deviendra alors une collectivité chargée de l'avenir, puisqu'elle est compétente en matière de planification économique et de programmation des équipements. Elle est également compétente pour la mise en œuvre des actions de formation professionnelle continue et d'apprentissage et pour gérer les lycées et les établissements d'enseignement agricole. La région est une collectivité ayant en charge le long terme.

Le département est plutôt une collectivité gestionnaire, tournée vers les services et les actions de solidarité. C'est ainsi qu'il a en charge l'aide et l'action sociale, l'équipement rural, les transports scolaires hors périmètre urbain et la gestion des collèges. Le professeur PONTIER déclare que « *le département apparaît comme le grand bénéficiaire des compétences transférées. Le temps est loin où le département paraissait une collectivité*

[89] La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui met en place de nouveaux transferts de compétences prévoyait quant à elle une mise en application directe des compétences à partir du 1er janvier 2005. Une circulaire du 10 septembre 2004 viendra cependant préciser les dates d'entrées en vigueur des compétences.

[90] Comme le constate Jean-Marie PONTIER, la loi promulguée le 22 juillet 1983 qui complète celle du 7 janvier 1983 « *est comparable à cette dernière loi, au moins par son ampleur, puisque comme elle, elle comporte 123 articles* ». J.-M PONTIER « Décentralisation : La deuxième loi relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 20 septembre 1983, p. 466

condamnée. Depuis 1982, les différentes lois de décentralisation ont eu pour objet ou pour effet de le renforcer (…) La vocation sociale du département est affirmée »[91]

Quant à la commune, ses dimensions font d'elle le lieu idéal pour l'administration de proximité ou de contact : collectivité proche des habitants, elle peut leur offrir des services quotidiens (les transports urbains, les écoles maternelles et primaires, l'urbanisme, les bibliothèques).

Derrière cette vision un peu idyllique, la réalité est parfois plus complexe, n'ayant pas fait cas des nombreuses compétences enchevêtrées. L'élan marqué par ces différentes lois de transferts de compétences s'est peu à peu atténué et sombra dans une profonde léthargie n'ayant jamais retrouvé un souffle politique fort désireux de relancer la machine. Les principes issus de ces différentes lois, qui bouleversèrent le paysage institutionnel français restèrent en sommeil pendant près de vingt ans. Il faudra alors attendre le second mandat présidentiel de Jacques CHIRAC et la nomination de Jean-Pierre RAFFARIN en qualité de Premier Ministre pour que l'idée d'une nouvelle réforme de l'Etat par la décentralisation renaisse. Tel est le sens du discours de politique générale de l'ancien Premier Ministre devant l'Assemblée Nationale le 3 juillet 2002.

§ 2. La relance de la décentralisation par de nouveaux transferts de compétences

Les dispositions constitutionnelles relatives à la décentralisation étaient, plus encore en 1958 qu'en 1946[92], peu développées et se contentaient d'affirmer des principes généraux et abstraits. Nous avons vu que le mouvement de décentralisation initié à partir de 1982 n'avait opéré aucun bouleversement du cadre constitutionnel. La décentralisation allait être placée au centre de la politique de l'ancien Premier ministre, Jean-Pierre RAFFARIN, se considérant comme un défenseur de la « République des proximités », et développant sa théorie de la

[91] J.-M PONTIER « Décentralisation : La deuxième loi relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 20 septembre 1983, p. 466

[92] Le projet constitutionnel du 19 avril 1946, contenait un titre consacré aux « collectivités locales », innovation constitutionnelle majeure qui faisait sortir les communes, les départements mais aussi les territoires d'outre-mer de la simple catégorie d'entités administratives pour les consacrer comme sujets de droit constitutionnel, dont la République, néanmoins proclamée une et indivisible, reconnaissait l'existence. Ce même texte proclamait le principe de la libre administration de ces collectivités dans le cadre de la loi nationale. Les collectivités devaient cependant bénéficier d'une liberté de gestion inconnue jusqu'alors. Ce projet ayant été repoussé par le référendum du 5 mai 1946, un second projet fut rédigé et adopté pour devenir la Constitution du 27 octobre 1946. Le titre consacré aux « collectivité territoriales » ne contient pas d'innovations par rapport au projet constitutionnel d'avril.

nouvelle gouvernance[93]. La révision de la Constitution semblait alors s'imposer. Les principes généraux de la réforme se ramènent, d'une part à l'affirmation du principe constitutionnel de la décentralisation (A), d'autre part à de nouveaux transferts de compétences désormais liés à toute avancée de la décentralisation (B).

A. L'affirmation du principe constitutionnel de la décentralisation

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a été qualifiée de « réforme d'envergure »[94] par le professeur FAVOREU, mesurant alors l'ampleur des modifications apportées à la Constitution de 1958. A la différence des lois de décentralisation adoptées en 1982 et 1983, la voie était ouverte afin de procéder à une révision constitutionnelle du droit des collectivités territoriales. En effet, « *la réforme recueille l'assentiment du Président de la République, du gouvernement, de l'Assemblée Nationale et du Sénat alors qu'en 1981-82, ce dernier était opposé aux changements voulus par la Gauche »*[95]. Aussi, nous n'examinerons pas l'intégralité de la révision constitutionnelle dans la mesure où tous les manuels de droit administratif y consacrent de longs développements. D'une manière synthétique, le constituant a voulu par cette réforme, engager la République dans une décentralisation plus poussée, qui passe par une redéfinition des compétences, une garantie du financement de ces nouveaux transferts de compétences opérés au profit des collectivités territoriales, et la possibilité pour elles de mettre en œuvre des expérimentations[96].

La révision constitutionnel intègre la décentralisation comme principe constitutionnel en modifiant l'article premier de la Constitution[97]. L'affirmation du principe de l'organisation décentralisée de l'Etat a suscité de vives réactions parmi la doctrine provoquant de nombreuses interrogations voire une vague de contestation.

La portée de cette affirmation ne peut être que symbolique, car, par définition, la décentralisation est un mode de distribution du pouvoir à l'intérieur d'un Etat unitaire, et se situe, dans la conception française, sur un plan strictement administratif, à l'inverse du fédéralisme qui est bien d'ordre politique et constitutionnel. Le professeur PONTIER

---

[93] La théorie de la nouvelle gouvernance repose sur le constat selon lequel l'Etat ne doit plus avoir le monopole de l'intérêt général. J.-P RAFFARIN, *Pour un nouvelle gouvernance*, L'Archipel, 2002

[94] L. FAVOREU « Une réforme d'envergure », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, p. 95

[95] Idem

[96] C. DEBBASCH, F. COLLIN, *Droit administratif*, Paris, Economica, 7°éd, 2004, p.182.

[97] L'article premier de la Constitution est ainsi modifié : « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans discrimination d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. *« Son organisation est décentralisée »* »

s'interroge car, *« le fait d'inscrire une telle affirmation dans la Constitution n'apporte rien, semble-t-il, cela ne peut que troubler et affaiblir le sens du texte constitutionnel »*[98]. De plus, la portée symbolique de cette affirmation est justifiée sur un plan juridique. En effet, ce n'est pas la République qui est décentralisée mais l'Etat. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil d'Etat avait émis un avis défavorable à propos de cet article. Tout au plus, cette affirmation relève, toujours selon PONTIER, de la banalité. Il est évident que la France est un Etat décentralisé et personne ne conteste aujourd'hui le principe même de la décentralisation. Ces interrogations étaient également relayées par Yves JEGOUZO[99] qui ne voyait pas la nécessité d'affirmer l'organisation décentralisée de la République, compte tenu de la reconnaissance antérieure du principe de libre administration des collectivités territoriales.

Bien plus que l'affirmation de l'organisation décentralisée de la République, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 procède à la modification en profondeur du titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales. En matière d'organisation administrative et territoriale, cette révision est la plus importante depuis 1958, même si elle ne modifie pas la pyramide des collectivités et des niveaux d'administration. Selon le professeur VERPEAUX, cette révision *« fait preuve d'une certaine audace, car elle met fin à un immobilisme en matière d'organisation administrative et à une forte tradition centralisatrice »*[100] Notre attention a été retenue par la rédaction de l'article 72 alinéa 2[101] qui constitutionnalise le principe de subsidiarité[102], sans en donner ce vocable. La référence à cet article est de nature à accroître les champs d'intervention des collectivités pouvant alors bouleverser les règles traditionnelles des transferts de compétences et d'instituer le principe de subsidiarité comme mode d'élaboration de la décision administrative. Robert HERTZOG déclare que la constitutionnalisation du principe de subsidiarité *« est une vraie adjonction à la*

[98] J.-M PONTIER, « La République décentralisée de J.-P.RAFFARIN », *Revue administrative n°332*, mars 2003, p. 188
[99] Y. JEGOUZO, « Un Etat décentralisé », *AJDA*, 24 mars 2003, p. 513
[100] M. VERPEAUX, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, juillet 2003, p. 661
[101] Article 72 al. 2 de la Constitution : « Les collectivités territoriales ont vocation a prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »
[102] Le principe de subsidiarité est une notion de droit communautaire qui a été introduit par l'Acte unique européen de 1986 dans le domaine de la politique de l'environnement. Il a ensuite été étendu à l'ensemble des actions et des politiques de la Communauté européenne par le traité de Maastricht. L'article 5 alinéa 2 du traité CE énonce que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »

Constitution, lourde de développements potentiels, qui dépendront de ce qu'acceptera le juge »[103]

Comme le relève le professeur BRISSON, *« le principe de subsidiarité ne permet en effet d'établir aucune délimitation matérielle des compétences locales, pas plus qu'il ne limite - bien au contraire- l'aptitude générale des collectivités locales à se saisir des affaires qu'elles jugeraient d'intérêt public local »*[104] Pourquoi alors avoir transposer un principe de droit communautaire au sein de notre Constitution ?

Le professeur BRISSON tente d'apporter quelques éléments de réponse. L'idée de subsidiarité met en avant d'une certaine façon la vocation générale des collectivités territoriales à exercer des fonctions administratives au même titre que l'Etat qui n'a plus vocation à les absorber toutes. La rédaction retenue suggère à la fois l'idée de spécialisation des compétences par « échelon » et celles d' « ensembles » homogènes de compétences. Finalement, il semblerait que le législateur ait voulu graver dans le marbre constitutionnel le principe des « vocations » des collectivités issus des lois de répartition de compétences de janvier et juillet 1983.

Il semble alors nécessaire de recourir aux travaux parlementaires[105] pour appréhender le sens du principe de subsidiarité, tel qu'il est inscrit dans la Constitution. Ces rapports partent du constat que l'Etat central ne peut plus aujourd'hui agir seul de façon efficace et qu'il convient d'organiser le transfert de tout ou partie des compétences afférentes vers les collectivités locales. Nous retrouvons ici la notion de transferts de compétences verticaux qui d'après la Constitution, commande non pas le dessaisissement de l'Etat, mais l'obligation de recentrer ses missions sur ses fonctions essentielles[106]. Si l'article 72 semble devoir imposer désormais au législateur de rechercher avant tout transfert de compétences l'échelon d'administration territoriale le plus adéquat pour sa mise en œuvre, la portée juridique de cette disposition reste ambiguë. En effet, lorsque le législateur souhaitera procéder à de nouveaux transferts de compétences, il devra non seulement définir les niveaux d'administration qui seront les mieux placés pour exercer ces compétences, mais également les modalités de regroupement de ces

---

[103] R. HERTZOG « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, p. 548

[104] J.-F. BRISSON « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 24 mars 2003, p.529

[105] Pascal CLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Assemblée Nationale, n°376, 13 novembre 2002 et René GARREC, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Sénat, n°27, 23 octobre 2002

[106] Ce nouveau principe constitutionnel vise à de nombreux transferts de compétences vers les collectivités locales et non, comme en droit communautaire, à faire remonter vers le niveau central les compétences qui ne sauraient être utilement exercées par les collectivités de base.

compétences. La rédaction de l'article 72 alinéa 2 n'offre dans ce cas ni repères ni garde fous suffisants. Ainsi, le gouvernement a été accusé de mettre « *la charrue avant les bœuf* » par le Doyen BOURJOL[107].

La volonté de relancer la décentralisation emporte, selon nous, ces querelles de clocher et il ne faut pas oublier de souligner que les transferts de compétences verticaux font aujourd'hui de plus en plus souvent l'objet d'une expérimentation préalable avant de devenir définitif.

Aussi, la rédaction du nouvel article 72 de la Constitution laisse entrevoir de réelles avancées. Cette rédaction atteste de ce que chaque collectivité territoriale à désormais, dans le respect des attributions aux autres collectivités, une vocation générale à assurer la satisfaction de l'intérêt public local et à disposer à cette fin d'attributions effectives. Ainsi, la Constitution consacre pleinement une vision à la fois dynamique et réaliste de l'action locale qui tranche avec la léthargie dans laquelle s'était plongée le processus décentralisation. C'est donc en toute logique que le législateur à adopter, à la suite de cette révision constitutionnelle une nouvelle loi de transferts de compétences.

B. Une nouvelle loi de transferts de compétences

La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a fait l'objet de commentaires passionnés par la doctrine. Le professeur MOREAU utilise une métaphore en déclarant : « *Sans crainte d'énoncer un de ces raisonnements dont les soldats du maréchal de La Palice avaient le secret, on peut affirmer que la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales est une loi de décentralisation* »[108]. Il constate alors que cette loi est à la fois une loi de décentralisation et une loi de transferts de compétences[109].

Le professeur PONTIER, quant à lui, opère une comparaison avec le théâtre[110] pour présenter cette loi inscrite dans « L'acte II de la décentralisation ».

---

[107] Maurice BOURJOL, « Vers une prétendue subsidiarité », *AJDA*, 2003, Chroniques p.201

[108] Jacques MOREAU, « La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Caractères généraux de la loi. », *JCP Edition Générale*, 26 janvier 2005, p.133

[109] Idem.

[110] J.-M. PONTIER, « Le projet de loi sur les responsabilités locales », *Revue administrative n°* 339, mai 2004, p. 298

Aprement débattue[111], la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales est entrée en vigueur, pour sa plus grande partie, depuis le 1er janvier 2005. Ce texte ne fait pas l'unanimité et semble être surtout le résultat de marchandages et de compromis. Nous constatons que cette loi n'énonce pas de grands principes généraux et qu'elle vise essentiellement des questions d'ordres techniques. En effet, après avoir transférer de nombreuses compétences dans de nombreux domaines aux trois niveaux de collectivités, il ne reste plus que des adaptations techniques à opérer. Il n'est donc pas surprend que sur les 202 articles contenus dans la loi, il n'y ait pas de bouleversements majeurs. La loi du 13 août 2004 est donc le complément logique à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Cependant, cette loi soulève quelques interrogations.

En premier lieu, nous pouvons constater l'absence de cadre général devant guider les transferts de compétences. Les lois de transferts de compétences des 7 janvier et 22 juillet 1983, prévoyaient un « système » de transfert qui se composait de deux éléments. Il s'agissait de l'étalement dans le temps (la loi prévoyait les transferts mais des décrets en précisaient la date) et des conséquences patrimoniales pour les collectivités. Ces conséquences patrimoniales étaient régies par les articles 19 à 24 de la loi du 7 janvier 1983, aujourd'hui codifiées L.1321-1 à l. 1321-8 du Code général des collectivités territoriales. Une distinction était opérée, par exemple, dans le cas où la collectivité bénéficiaire était déjà propriétaire des biens mis à disposition, le cas où elle était seulement locataire, et dans les différentes hypothèses, les incidences de la mise à disposition. A la différence de ces lois de 1983, la loi du 13 août 2004, met en place pour chaque transfert, des règles particulières à la matière transférée. Par exemple, l'article premier de la loi vise immédiatement le développement économique, et l'énumération se poursuit dans les quatre premiers titres de la loi jusqu'à l'article 103 qui concerne le sport.

Concernant la date des transferts, nous pouvons dresser le même constat à savoir que pour les lois de 1983, l'entrée en application des compétences était régie par des décrets étalés dans le temps. La loi du 13 août 2004 prévoit l'entrée en vigueur des compétences à partir du 1er janvier 2005 comme l'indique l'article 199 de la loi : « *Les dispositions des titres Ier à VIII*

[111] Cette loi a en effet été adopté le 23 juillet 2004 par le recours à l'article 49-3 de la Constitution : « Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée Nationale sur le vote d'un texte. Dans ce cas, ce texte est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ». L'opposition socialiste avait cependant déposée une motion de censure qui fut écartée par la majorité. Plus que la doctrine, la presse nationale a largement commenté le recours à ce procédé.

sont applicables, sous réserve de l'entrée en vigueur des dispositions relevant de la loi de finances et sauf disposition particulière de la présente loi, à compter du 1er janvier 2005 »[112]
Bien évidemment, il existe cependant de très nombreuses et importantes exceptions : par exemple, en matière de transfert de route nationale, de formation professionnelle, des aérodromes…Ainsi, comme pour les transferts de compétences prévus en 1983, il faut se référer à une circulaire du 10 septembre 2004[113] qui distingue les cas d'application immédiate, l'application au 1er janvier 2005 et l'entrée en vigueur subordonnée à un décret.
Nous pouvons alors revenir un instant sur les collectivités bénéficiaires de ces nombreux transferts, car ils préfigurent selon la doctrine dans une large mesure « *les traits dominants de l'organisation territoriale de la France de demain* »[114] Malheureusement, il est difficile de proposer une grille de lecture des compétences transférées à chaque niveau de collectivités dans la mesure ou la loi prévoit de nombreuses compétences partagées.
De ces dispositions, nous pouvons retenir que la région voit sa compétence confirmée en matière de développement économique et de formation professionnelle. L'article premier de la loi du 13 août 2004 prévoit que « *La région coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements, sous réserve des missions incombant à l'Etat* »
Le département voit son rôle renforcé en matière d'aides et d'actions sociales devenant « *incontestablement chef de file de l'action sociale* »[115]. Ainsi, la loi du 13 août 2004 agit dans la stricte continuité des lois de 1983 et 1986 qui avait déjà provoqué le transfert au département d'un champ de compétences très vaste dans le domaine sociale.
La commune semble être la moins bien lotie de cette loi de transferts de compétences dans la mesure où elle ne reçoit que peu de compétences nouvelles. Cependant, la loi met en avant le caractère fondamental de son existence ainsi que l'égalité de droit entre les différentes collectivités. La commune n'est pas une collectivité subsidiaire par rapport au département et à la région. Ce principe est affirmé aux termes de l'article 145 de la loi du 13 août 2004 :
« *Les communes constituent le premier niveau d'administration publique et le premier échelon de proximité. Les communes et leurs groupements ont vocation à assurer, à égalité de*

[112] Comme le constate le professeur MOREAU, les dispositions des titres Ier au titre VIII concerne la quasi-totalité des transferts contenus dans la loi, puisque le titre IX a pour principal objet l'intercommunalité et que le titre X édicte « les dispositions finales » Jacques MOREAU, « La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Caractères généraux de la loi. », *JCP Edition Générale,* 26 janvier 2005, p.135
[113] Circulaire du 10 septembre 2004 du Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité Intérieure et des Libertés Locales au Préfets.
[114] Jacques MOREAU, « La loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Caractères généraux de la loi. », *JCP Edition Générale,* 26 janvier 2005, p.135
[115] Hervé RIHAL « Les transferts de compétences, solidarité et santé », *AJDA*, 2004, p. 1978

droits avec la région et le département, les responsabilités qui sont exercées localement. Ils sont associés selon les modalités fixées par la loi à l'élaboration des schémas ou des plans établis par la région ou le département. A l'initiative de la région et du département ou à leur demande, ils peuvent participer à l'exercice de tout ou partie des compétences relevant de la responsabilité de l'une ou de l'autre de ces collectivités territoriales, dans des conditions prévues par une convention »

SECTION II
LES CONSEQUENCES DES TRANSFERTS DE COMPETENCES

Si l'objet des transferts de compétences est de définir la décentralisation, en reconnaissant aux collectivités l'existence d'un domaine d'intervention autrefois « propriété » de l'Etat, les conséquences des transferts de compétences consistent à reconnaître à ces collectivités un pouvoir d'intervention par le biais de leurs autorités et de leurs agents, agissant en leurs noms dans ce domaine. Ce pouvoir d'intervention, affranchi de toutes sujétions que pourrait imposer l'Etat aux collectivités dans ce domaine propre, est nommé par la Constitution libre administration. En effet, la libre administration affirme directement la « liberté d'agir » des collectivités territoriales. En termes plus juridiques, la libre administration qualifie la capacité juridique dont disposent les collectivités dans l'exercice de leurs activités juridiques, c'est-à-dire de leurs fonctions légales. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 conforte l'architecture originelle de la Constitution de 1958, dans laquelle l'article 72 consacrait un droit d'exister des collectivités et leur liberté d'agir. Nous analyserons les modalités de mise en œuvre de la libre administration des collectivités dans l'exercice des compétences transférées (§1).

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 accorde un pouvoir réglementaire aux collectivités pour l'exercice de leurs compétences[116]. Le bénéfice de ce pouvoir reconnu aux collectivités territoriales ajouté au principe de libre administration a suscité de nombreuses interrogations doctrinales : certains auteurs[117] ont cru a la remise en cause de la forme unitaire de l'Etat. Il n'en n'est rien dans la mesure où le pouvoir réglementaire local n'est pas un pouvoir réglementaire autonome. La Constitution reconnaît effectivement « la libre

[116] Article 72 al.3 de la Constitution : « Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »
[117] Notamment Bénédicte FLAMAND-LEVY « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, janvier 2004, p.59

administration » des collectivités territoriales et non leur « libre gouvernement ». L'exercice du pouvoir réglementaire « local » s'applique selon la Constitution « dans les conditions prévues par la loi ». Nous aborderons également les limites du principe de libre administration (§2).

§ 1. La libre administration des collectivités dans l'exercice des compétences transférées

La libre administration des collectivités territoriales était déjà inscrite dans l'article 87[118] de la Constitution de 1946. Elle a été réaffirmée par deux fois (aux articles 34 et 72) de la Constitution de 1958. Cette notion a cependant évolué dans le temps grâce aux développements de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel[119]. D'abord perçue comme une règle de compétence relative à la répartition des compétences normatives nationales, la libre administration est progressivement devenue une règle de fond, protégeant les collectivités contre la loi elle-même. Elle devient enfin source de compétence locale[120]. Aussi, nous ne reviendrons que sur ce dernier point en montrant comment la mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales est bien une conséquence des transferts de compétences (A). La mise en œuvre de ce principe permet alors de fixer les conditions d'exercice des collectivités dans leurs compétences par la reconnaissance d'un pouvoir normatif local[121] (B).

A. La mise en œuvre de la libre administration des collectivités territoriales

Qu'est-ce que s'administrer librement s'interroge le professeur PONTIER lors de son analyse sur le rapport du Conseil d'Etat de 1993[122]. Selon le Conseil d'Etat, s'administrer librement pour les collectivités territoriales, « c'est conduire sans être soumis à des contraintes excessives, et sans interférer avec les pouvoirs législatif, gouvernemental et judiciaire ,

[118] Article 87 de la constitution du 27 octobre 1946 : « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel »
[119] Les deux décisions du Conseil Constitutionnel du 25 février 1982 ont confirmé le caractère constitutionnel du principe de libre administration des collectivités territoriales et de la compétence du législateur pour la mettre en œuvre.
[120] Pour un développement sur l'évolution de la notion de libre administration, nous conseillons de reprendre l'Encyclopédie des collectivité territoriales, Dalloz, chapitre I : Le statut constitutionnel des collectivités territoriales rédigé par J.-C. DOUENCE
[121] Ce pouvoir normatif local a été institué par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 à l'article 72 al. 3 de la Constitution
[122] J.-M. PONTIER « Une décennie de décentralisation vue par le Conseil d'Etat », *Revue administrative*, n° 281, septembre 1994, p. 504

diverses catégories d'opérations, et prendre dans les mêmes conditions diverses catégories d'actes qui, eu égard à leur caractère administratif, peuvent faire l'objet d'un encadrement par la loi et d'un contrôle par le juge administratif » et nous pourrions ajouter a cette définition « dans les domaines qui relèvent de leurs compétences légales » C'est ainsi que les conséquences d'un transfert de compétences entraînent selon nous, pour la collectivité, la libre administration de sa compétence nouvellement transférée. Elle peut intervenir dans son domaine de compétence par le biais de ses autorités et de ses agents, qui agissent en son nom dans ce domaine. Mais, la libre administration n'est pas le libre gouvernement ni la libre législation. Elle introduit une liberté d'application concrète des règles de droit. D'ailleurs, aux termes de l'article 72 alinéa 3, c'est toujours « dans les conditions prévues par la loi » que les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus.

Pour sa part, l'article 34 de la Constitution englobe dans le domaine de la loi la libre administration des collectivités territoriales mais aussi leurs compétences et leurs ressources. A partir du moment où le Conseil Constitutionnel a reconnu la libre administration comme une règle de fond (c'est-à-dire qu'en considérant la libre administration comme un principe a valeur constitutionnelle, le Conseil Constitutionnel peut contrôler l'action du législateur et moduler ses pouvoirs en matière de collectivités territoriales)[123], il a analysé les compétences et les ressources des collectivités comme des conditions de leur libre administration.

Ainsi, après avoir reconnu l'existence d'attributions effectives aux collectivités territoriales, la jurisprudence constitutionnelle a affirmé que le législateur ne peut porter atteinte à l'autonomie financière des collectivités au point d'entraver leur libre administration.

L'existence de ressources propres et suffisantes est ainsi érigée en condition de la libre administration. Aussi, les décisions du Conseil Constitutionnel relatives à la protection de la libre administration des collectivités du fait des atteintes portées à leur autonomie financière par le législateur sont beaucoup plus nombreuses que celles relatives à la protection même du principe de libre administration.

Les atteintes portées par le législateur dans la liberté d'action reconnue aux collectivités locales dans leur sphère de compétences n'ont fait l'objet que de quelques décisions du Conseil Constitutionnel. Le professeur DOUENCE en citant le Doyen VEDEL, explique qu'il « *existe un « seuil » en deçà duquel le législateur doit être censuré parce qu'il a dénaturé le*

[123] Encyclopédie des collectivité territoriales, Dalloz, chapitre I : Le statut constitutionnel des collectivités territoriales rédigé par J.-C. DOUENCE : Cette conception n'avait certainement pas été imaginée par les rédacteurs de la Constitution. Mais elle s'imposait naturellement après le bouleversement apporté par la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*. Si le Conseil Constitutionnel devenait le garant des droits et libertés, sa mission pouvait englober la protection des collectivités dans leur libre administration.

principe de libre administration qu'il doit mettre en œuvre…Ces décisions ne sont pas très fréquentes. A ce jour, elles sont au nombre de trois »[124]

Dans ces trois décisions[125], le sens de la jurisprudence est clair. Le juge exerce un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des restrictions apportées par la loi à la libre administration. Si ces restrictions apparaissent excessives et injustifiées, elles constituent une atteinte à la libre administration contraires à l'article 72 de la Constitution. Le législateur n'est plus souverain, il doit justifier de ses actes au regard de la Constitution. Le seuil dont le franchissement entraîne la censure de la loi ne peut être déterminé que concrètement, au cas par cas, au vu des effets de la disposition contestée sur la liberté d'action des autorités locales. C'est donc le juge constitutionnel qui peut préciser les conditions de mise en œuvre du principe de libre administration.

Concernant l'autonomie financière locale, le juge constitutionnel a défini des seuils au-delà desquels la libre administration serait entravée, notamment par la suppression sans contreparties de ressources existantes ou le transfert de compétences sans transfert de ressources[126]. Aussi, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a consacré un article entier[127] protégeant l'autonomie financière des collectivités locales. Le premier alinéa de l'article 72-2 constitutionnalise le principe traditionnel de la liberté de dépenser « dans les conditions prévues par la loi ». L'alinéa 2 constitutionnalise et redéfinit le pouvoir fiscal des collectivités. L'alinéa 3 pose le principe nouveau selon lequel les recettes fiscales et les autres ressources propres représentent, pour chaque catégorie de collectivités une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. L'alinéa 4 constitutionalise et étend le principe législatif

---

[124] Encyclopédie des collectivité territoriales, Dalloz, chapitre I : Le statut constitutionnel des collectivités territoriales rédigé par J.-C. DOUENCE

[125] La première décision concerne la loi de 1984 relatives au statut de la fonction publique territoriale (Cons Constit., 19 janvier 1984, Décision 83-168 DC), la seconde décision est relative à la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption (Cons. Constit., 20 janvier 1993, Décision 92-316 DC) et la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux fait l'objet de la troisième décision (Cons. Constit., 14 janvier 1999, n° 98-407 DC).

[126] Voir en ce sens la décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, Droit au logement ; la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Aménagement du territoire ; la décision n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, Loi de finances rectificative pour 2000 ; la décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, Loi de finances pour 2001 et la décision n° 03-487 DC du 18 décembre 2003, RMI/RMA

[127] Article 72-2 de la Constitution : « Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi. Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans la limite qu'elle détermine. Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre. Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrés à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales »

issu des lois de décentralisation de 1983 qui prévoyait la compensation des charges induites par des transferts ou des extensions de compétences. Enfin, l'alinéa 5 confirme la compétence du législateur pour aménager des dispositifs de péréquation. Il faut également rappeler que le principe de l'autonomie financière des collectivités territoriales a fait l'objet d'une loi organique[128] dont l'objet était de définir précisément le contenu des dispositions de l'article 72-2 de la Constitution et de codifier ce contenu dans le code général des collectivités territoriales.

Pourtant, la notion de libre administration des collectivités territoriales apparaît comme une « *notion plus prometteuse que précise* »[129] dans la mesure où sans l'aide du juge constitutionnel, elle ne serait restée qu'un grand principe n'obligeant aucunement le législateur a la respecter lors des transferts de compétences aux collectivités. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 accorda aux collectivités un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences[130].

B. L'existence d'un pouvoir réglementaire local pour l'exercice des compétences

La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire des collectivités territoriales pour l'exercice de leurs compétences n'est pas une idée nouvelle dans le droit des collectivités territoriales. En effet, comme le souligne le professeur FAVOREU, l'arrivée de François MITTERRAND au pouvoir et d'une nouvelle majorité à l'Assemblée Nationale, voulait réviser la Constitution « *afin de doter les autorités locales « d'un pouvoir réglementaire »* »[131] Nous savons que pour des raisons politiques, cette révision constitutionnelle était impossible et que le législateur de l'époque avait alors décidé d'avoir recours uniquement à une loi ordinaire pour lancer la première vague de décentralisation.

Le complément de la libre administration des collectivités passe évidemment par la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire afin d'assurer au mieux l'exercice des compétences transférées. Cette affirmation est confirmée par Jean-Eric SCHOETTL qui notait que « *les compétences (des) autorités décentralisées ne se réduisent pas (…) à la capacité d'effectuer des opérations matérielles, de passer des contrats ou de prendre des décisions individuelles. L'exercice de la compétence transférée réside souvent dans le pouvoir de fixer*

[128]Loi n°2004 -758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales.
[129] Jean BOULOIS « Commentaires des décisions du Conseil Constitutionnel », *AJDA*, 20 mai 1982, p.303
[130] Article 72 alinéa 3 de la Constitution.
[131] Louis FAVOREU « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1259

des règles générales »[132] La doctrine reconnaît la nécessité d'un pouvoir réglementaire aux collectivités territoriales pour l'exercice de leurs compétences ou plus précisément pour fixer les conditions d'exercice de leurs fonctions. Elle diverge sur l'étendue et la nature de ce pouvoir réglementaire[133]. Selon le professeur DOUENCE, « *si le principe de libre administration à un sens, c'est évidemment que les autorités locales doivent disposer de l'ensemble des moyens juridiques nécessaires à l'exercice de leurs fonctions légales ou, si l'on préfère, à l'exercice de leurs compétences, dans les conditions prévues par la loi* »[134] Le pouvoir réglementaire local reconnu aux collectivités est un pouvoir subordonné à la loi dans la mesure ou le droit des collectivités territoriales relève de celle-ci. Toute compétence matérielle, toute prérogative fonctionnelle d'une collectivité doit trouver son fondement dans une disposition législative. L'article 72 alinéa 3 de la Constitution n'est pas une source directe de compétences pour les autorités des collectivités territoriales mais il est un titre de compétence pour la loi.

Le débat concerne alors la nature de ce pouvoir réglementaire local. Comme le résume le professeur FRIER, « *La révision constitutionnelle permet-elle, enfin, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire initial, ou, à tout le moins, confère-t-elle un domaine réservé au pouvoir réglementaire local ?* »[135] Nous pensons que ce débat touche directement l'essence de notre sujet concernant les règles relatives aux transferts de compétences. En effet, si l'on reconnaît un pouvoir réglementaire initial aux collectivités territoriales, nous suivons l'idée d'un « pouvoir municipal »[136] primitivement naturel et surtout, nous retrouvons la définition du professeur Charles EISENMANN qui posait les conditions d'une véritable décentralisation : « *les autorités locales reçoivent le pouvoir de poser des règles ou des normes d'espèce avec la liberté que leur laisse la législation, sans être soumises à aucune volonté d'une autorité administrative d'Etat* »[137] Faut-il alors se contenter de confier aux collectivités des compétences limitativement énumérées par la loi ou leur reconnaître un

---

[132] Jean-Eric SCHOETTL « Le Conseil Constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, p. 100

[133] On rappellera les divergences entre les Doyens FAVOREU et BOURJOL lors du colloque organisé à Angers en 1983 sur l'existence du pouvoir normatif autonome des collectivités territoriales. Le Doyen BOURJOL rejoignant la thèse du professeur LUCHAIRE, soutenait que le principe de libre administration induisait nécessairement la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire initial aux collectivités. Le Doyen FAVOREU estimait au contraire que l'on ne pouvait consacrer dans le cadre d'un Etat républicain, l'existence d'un pouvoir réglementaire « autonome » au profit des autorités locales.

[134] J.-C DOUENCE, *Les cahiers du CFPC*, octobre 1983

[135] P.-L. FRIER « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou pouvoir symbolique ? », *AJDA*, 24 mars 2003, p.550

[136] Tel est le sens de la loi municipale du 5 avril 1884 qui consacre une véritable clause générale de compétence au profit du conseil municipal qui règle désormais « par ses délibérations les affaires de la commune » au lieu de n'avoir qu'une compétence d'attribution limitée par des textes. Ce principe certes imprécis, ouvre un champ très large de compétences, seulement défini par la notion d'affaires communales.

[137] C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1948

véritable pouvoir réglementaire initial ? La réponse est claire : il n'existe pas de pouvoir réglementaire initial reconnu aux collectivités. En effet, selon le professeur FAURE, « *il n'est cependant pas pensable d'y rechercher une « autonomie » des collectivités locales. Si ce terme a un sens précis, il doit signifier que les collectivités locales trouveraient par elles-mêmes et pour elles-mêmes leurs lois en fonction de leurs objectifs propres, sans soucis de l'environnement juridique qui les entoure.* »[138] Cette affirmation est validée par l'idée qu'il n'existe pas dans notre Etat unitaire décentralisé deux législateurs et que l'article 72 alinéa 3 de la Constitution ne prévoit qu'une liberté de s'administrer dans la subordination au pouvoir législatif.

S'il n'est pas concevable de reconnaître un pouvoir réglementaire initial aux collectivités territoriales françaises, il existe cependant un pouvoir réglementaire résiduel dans la mesure ou, dans de nombreux cas, de nombreuses lois compétées par des décrets reconnaissent aux autorités locales le droit d'adopter des actes administratifs à portée générale pour l'exercice de leurs compétences. Ces actes portent sur l'organisation même des collectivités, avec la possibilité notamment donnée d'élaborer leur règlement intérieur. Ils permettent également de prendre des mesures ayant des conséquences envers les administrés. Outre les compétences générales des assemblées délibérantes pour fixer les conditions d'organisation et de fonctionnement des services publics locaux, sont particulièrement significatifs les pouvoirs de police du maire ou du président du conseil général, tout comme la réglementation municipale de l'urbanisme ou les règlements sanitaires Le Code général des collectivités territoriales reconnaît d'ailleurs, à titre générique, ce pouvoir réglementaire puisque tous les actes réglementaires des collectivités locales liés à leurs compétences doivent, pour être exécutoires, être transmis au préfet, dans le cadre du contrôle de légalité[139]. (Mais dans ce cas, nous sommes bien loin d'un pouvoir réglementaire autonome puisque l'application est subordonnée au contrôle de légalité) Cependant, à côté de ce pouvoir réglementaire fondé sur des textes exprès, la jurisprudence a également reconnu aux organes dirigeants des collectivités (à l'autorité territoriale, chef de service en particulier) un pouvoir implicite, afin de prendre les mesures nécessaires à l'organisation interne des services publics en cas de carence du règlement national[140]. Le pouvoir réglementaire reconnu dans ce cas aux

[138] Bertrand FAURE « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *RDP*, novembre - décembre 1996, p. 1539

[139] Article L.2131-2 du code général des collectivités territoriales pour les communes.

[140] CE 13 février 1985, *Syndicat Communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise.* Une loi ne renvoyant pas à un décret d'application, « il appartient, dès lors, à l'organe de la collectivité locale, compétent pour organiser les services de cette collectivité, de fixer les règles d'application » de celle-ci.

collectivités reste résiduel et subordonné[141] ne pouvant intervenir qu'en cas de carence ou d'absence de dispositions nationales. Pour garantir l'uniformité du droit sur le territoire, l'intervention d'un décret s'impose très généralement et le pouvoir local n'intervient qu'en second.

Pourtant, dans des hypothèses très limitées, le Conseil d'Etat a pu admettre que les autorités locales étaient compétentes pour déterminer, à leur niveau, les conditions générales de mise en œuvre de compétences que leur avaient attribuées des dispositions législatives, « dans le respect des critères fixés » par elles, « sans que l'édiction par les autorités de l'Etat d'un texte réglementaire (…) soit nécessaire »[142]. Ainsi, la collectivité ne se voit reconnaître un pouvoir réglementaire que si le décret n'était ni prévu par la loi, ni nécessaire.

En plus d'être résiduel et subordonné, le pouvoir réglementaire local est doublement encadré puisque, d'une part, il ne saurait être de nature à remettre en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental, d'autre part, il doit s'exercer dans le respect des prérogatives reconnues au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution et au Président de la République par son article 13.

Finalement, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au profit des collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences au sens de l'article 72 alinéa 3 semblerait être uniquement de portée symbolique, contribuant alors à insuffler surtout « un esprit de décentralisation », à en édicter des principes supérieurs plutôt que d'être un principe administratif froid et rigide applicable aux collectivités.

La libre administration des collectivités locales et la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au sein de la Constitution semblent consacrer un système administratif local distinct et différent du système administratif classique centré sur l'Etat. Si le pouvoir

[141]Rapport n° 27 du Sénat, en date du 23 octobre 2003, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, Selon René GARREC, le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales s'avère néanmoins résiduel et subordonné. Il demeure résiduel dans la mesure où, selon les jurisprudences du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat : - ressortissent du domaine de la loi la plupart des règles ayant trait à la libre administration des collectivités territoriales, qu'il s'agisse de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités, de l'imposition à ces dernières d'obligations ou encore de la détermination des principes fondamentaux de la tutelle administrative et du contrôle administratif ; - les mesures réglementaires d'application des lois relèvent en premier lieu de la compétence du pouvoir réglementaire national et, subsidiairement, de la décision des autorités locales. Lorsque la loi est insuffisamment précise, mais nécessite un décret d'application, le pouvoir réglementaire d'une collectivité locale est exclu tant que ce décret n'aura pas été pris.

[142] CE 2 décembre 1994, *Commune du Cuers* : « les dispositions de la loi qui confèrent aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics compétence pour déterminer dans le respect des critères fixés par la loi, les emplois auxquels peut être attachée l'attribution d'un logement de fonction sont applicables sans que l'édiction par les autorités de l'Etat d'un texte réglementaire, qu'elles ne prévoient d'ailleurs pas**,** soit nécessaire »

réglementaire national intervient pour préciser les conditions de mise ne œuvre de la loi, il appartiendra aux collectivités territoriales, dans le cadre de leur autonomie, de préciser les modalités d'application des compétences transférées dans le cadre de la loi. Nous pourrons alors compter sur la jurisprudence pour arbitrer les atteintes à la libre administration et les abus lors de l'exercice du pouvoir réglementaire.

§2. Les limites de la libre administration des collectivités territoriales

En droit, il n'est pas de liberté absolue[143]. En tant que norme constitutionnelle, le principe de libre administration rencontre ses limites dans toute autre norme d'égale valeur et doit être conciliée avec elle, sous le contrôle du juge. De nombreux manuels de droit des collectivités territoriales[144] ont établis précisément les différentes normes constitutionnelles venant contrarier le principe de libre administration. Nous aborderons dans un premier temps la conciliation de ce principe avec différents principes à valeur constitutionnelle (A) avant de revenir plus particulièrement sur le risque d'atteintes à la forme unitaire de l'Etat qui selon nous reste le principe constitutionnel pouvant être le plus fréquemment contrarié par la notion de libre administration des collectivités locales (B).

A. La conciliation de la libre administration des collectivités avec d'autres principes a valeur constitutionnelle

Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales peut venir contrarier plusieurs normes de même valeur lors d'un contrôle de constitutionnalité. A plusieurs reprises, le Conseil Constitutionnel a rappelé au législateur que le principe de libre administration ne pouvait être mis en œuvre indépendamment des autres principes et règles de même valeur. En appliquant l'article 34 de la Constitution concernant la détermination des compétences et des ressources des collectivités territoriales, le législateur doit respecter les principes proclamés par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946[145]. Le juge constitutionnel vérifie que le principe de souveraineté nationale et notamment l'interdiction

[143] Encyclopédie des collectivité territoriales, Dalloz, chapitre I : Le statut constitutionnel des collectivités territoriales rédigé par J.-C. DOUENCE

[144] Voir par exemple : LE MESTRE (R), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 288 ; BOURDON (J), PONTIER (J-M), RICCI (J-C), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 1998, p.99

[145] Conseil Constitutionnel, Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance.*

du mandat impératif contenue dans l'article 27 de la Constitution ne sont point méconnus à propos de la définition des règles relatives au fonctionnement des conseil régionaux[146]. Les principes de l'électorat et de l'éligibilité interdisent que la loi fixe les quotas par sexe pour l'établissement des listes de candidats aux élections dans conseils municipaux[147]. La supériorité des règles de droit international sur les règles de droit interne fait obstacle à ce que le législateur modifie le champ d'application d'un engagement international de la France sous prétexte de la libre administration des collectivités territoriales[148]. Le principe de continuité des services publics justifie l'intervention du délégué du gouvernement en l'absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes lorsque cette abstention risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois : en cas de carence des organes des collectivités territoriales le principe de libre administration s'efface devant le principe de continuité[149]. La mise en œuvre du principe de la libre administration ne peut permettre une remise en cause de l'intégrité du territoire. Elle ne peut conduire une collectivité territoriale à cesser d'appartenir à la République pour constituer un Etat indépendant ou associé. La loi ne peut, dans le cadre des articles 34 alinéa 4, 72 et 74 conférer à une collectivité territoriale un droit de sécession. Une loi, prise sur le fondement de ces dispositions, qui énonce que les populations d'une collectivité territoriale seront appelées à « se prononcer sur l'accession » de leur collectivité « à l'indépendance », ne formule qu' « une déclaration d'intention sans contenu normatif »[150]

En plus de ces principes, dans la mise en œuvre du principe de libre administration des collectivités territoriales, le législateur se heurte à une limite importante, construite progressivement par le Conseil Constitutionnel, le principe d'égalité[151]. En effet, le principe d'égalité et libre administration sont inscrits dans la Constitution, à des titres divers, et ont tous les deux valeur constitutionnelle. Comme le constate le professeur VERPEAUX, «*le*

[146] Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-397 DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*
[147] Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*
[148] Conseil Constitutionnel, Décision n° 88-247 DC du 17 janvier 1989, *Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n°159 (concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées)*
[149] Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*
[150] Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*
[151] Sur le principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales, nous pouvons signaler l'article du professeur VERPEAUX paru dans les Actes du colloque tenu à Pau du 24 au 25 juin 1999 organisé par l'association française du droit des collectivités locales, sous la direction de J-B AUBY et B. FAURE, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 285

thème de l'égalité n'apparaît pas dans les dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales »[152]

La mise en œuvre du principe d'égalité interdit que l'exercice des libertés publiques et des droits soient subordonnés aux décisions des autorités locales et donc différenciés entre les citoyens selon leur collectivité de rattachement. Formulé pour la première fois à propos de la conclusion de contrats d'association entre l'Etat et des établissements d'enseignement privés du premier degré[153], la limite à la libre administration contenue dans le respect du principe d'égalité a été systématisée dans une décision du 9 avril 1996 : « *ni le principe de libre administration des collectivités territoriales, ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République* »[154]

Dans l'exercice des libertés publiques, le principe d'égalité prévaut dans tous les cas rencontrés, sur la libre administration. La conciliation de ces deux principes s'est également posée en matière de droits sociaux. Le Conseil Constitutionnel a été saisi de certaines dispositions de la loi relative à l'octroi de la prestation spécifique dépendance par les départements. Le onzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946[155] prévoit que c'est à la Nation de garantir à tous la protection de la santé et la sécurité matérielle. Il peut exister une contradiction entre cette obligation « nationale » et la compétence donnée aux départements dans la mesure ou ils peuvent avoir une approche différente de la solidarité en vertu des priorités sociales au nom du principe de libre administration. Il peut exister également de grandes disparités entre les départements du fait de la composition de leur démographie. Comment alors concilier ce caractère national de l'obligation et son traitement par des collectivités décentralisées s'interroge le professeur

[152] les Actes du colloque tenu à Pau du 24 au 25 juin 1999 organisé par l'association française du droit des collectivités locales, sous la direction de J-B AUBY et B. FAURE, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 285

[153] Conseil Constitutionnel, Décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et compétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*

[154]Conseil Constitutionnel, Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

[155] Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 11 : « Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs… »

VERPEAUX[156]. A partir de ces règles constitutionnelles à priori contraires, le Conseil Constitutionnel est amené à opérer une conciliation dont le législateur « est le maître d'ouvrage » mais dont la tâche est très étroitement encadrée par le Conseil Constitutionnel. Celui-ci affirma alors qu'il appartient au législateur de « *prévenir par des dispositions appropriées la survenance de ruptures caractérisées d'égalité dans l'attribution de la prestation spécifique dépendance, allocation qui répond à une exigence de solidarité nationale* »[157] Le législateur se doit donc d'être particulièrement vigilant puisqu'il s'agit d'une exigence nationale inscrite dans la Constitution.

Cependant comme le constate le professeur VERPEAUX, le Conseil Constitutionnel n'exige pas une uniformité absolue du régime de cette prestation afin de ne pas trop méconnaître le principe de libre administration d'une part, et d'autre part, parce que l'action sociale est une compétence traditionnelle des départements. Il semble bien que l'égalité doit ici primer sur la liberté de gestion des collectivités.

Tout est alors une question de seuil, entre les ruptures d'égalité tolérables et celles qui ne seraient pas acceptables. Lorsque les collectivités territoriales sont chargées par le législateur de mettre en œuvre un droit ou une liberté, ce ne peut être que dans des conditions précises encadrant strictement le pouvoir d'appréciation des autorités décentralisées. Les collectivités ne sont plus alors considérées comme oeuvrant dans le cadre de la libre administration mais comme des instruments de mis en application d'une politique de l'Etat qui doit profiter à tous les citoyens. Dans ce cas, la marge de manœuvre des collectivités et leur liberté de décision sont repoussées au-delà d'un minimum fixé par le pouvoir central et applicable uniformément sur le territoire national. Nous comprenons alors les inquiétudes émises par certaines collectivités territoriales et notamment les régions qui, lors des débats relatifs à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, souhaitaient devenir des administrations de mission et non de simples administrations de gestion se bornant à exécuter les directives de l'Etat[158]. La supériorité du principe d'égalité par rapport à la libre administration pouvait laisser croire à une ingérence certaine de l'Etat vis-à-vis de ses différents niveaux de collectivités.

---

[156] Actes du colloque tenu à Pau du 24 au 25 juin 1999 organisé par l'association française du droit des collectivités locales, sous la direction de J-B AUBY et B. FAURE, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, 2001, p. 285

[157] Conseil Constitutionnel, Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*

[158] JEROME (B), « Les régions se méfient de la décentralisation proposée par le gouvernement », *Le Monde*, 12 octobre 2002, p. 13

Plus que tous ces principes devant être conciliés avec la libre administration, il en est un qui a laissé craindre une atteinte importante à la forme moderne de notre République, celui de la forme unitaire de l'Etat.

B. Les atteintes à la forme unitaire de l'Etat

Comme le relève Bénédicte FLAMAND-LEVY, « *Certes, la France est encore un Etat unitaire décentralisé : elle reconnaît la « libre administration » des collectivités territoriales, non leur « libre gouvernement ». L'article 1er révisé de la Constitution parle d'une organisation décentralisée, qui relève d'un Etat unitaire, non d'un Etat fédéral. Néanmoins, l'organisation de la France, pourrait, grâce aux nouvelles normes constitutionnelles, évoluer vers un système intermédiaire proche de l'Etat « régionalisé »* »[159] Ainsi, par l'effet combiné des articles 72 alinéa 2 et 72 alinéa 3[160] issus de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les craintes ancestrales relatives à la forme unitaire de l'Etat, semblent réapparaître. Dès les lois de décentralisation de 1982 et 1983, le risque d'atteintes à la forme unitaire de l'Etat provoquait uns sorte d'émoi doctrinal. De nombreux auteurs s'interrogeait alors sur l'avenir de la forme une et indivisible de notre pays[161].

Dans les deux décisions du 25 février 1982[162], le Conseil Constitutionnel rappelait très ferment qu'il veillerait à ce que le législateur ne porte pas atteinte « au caractère indivisible de la République et à l'intégrité du territoire » Il déterminait à cet instant les limites extrêmes de la décentralisation à ne pas franchir. Selon le Doyen FAVOREU, « *La frontière entre l'Etat indivisible et l'Etat divisible se détermine par référence à l'inexistence ou à l'existence d'un pouvoir normatif autonome* »[163] Aussi, il était certain que le Conseil Constitutionnel refuserait l'octroi d'un pouvoir normatif autonome aux collectivités locales. Nous retrouvons alors le débat relatif au pouvoir réglementaire reconnu aux collectivités qui reste malgré tout résiduel et subordonné.

---

[159] B. FLAMAND-LEVY « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *RFDA*, janvier – février 2004, p. 59

[160] C'est-à-dire du principe de subsidiarité lié à la libre administration et du pouvoir réglementaire local

[161] Notamment Michel-Henry FABRE « L'unité et l'indivisibilité de la République, Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, p. 603 mais également Louis FAVOREU « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1259 ainsi que Jérôme CHAPUISAT qui proposait une étude sur « l'autonomie territoriale et la régionalisation politique », *AJDA*, 20 février 1983, p. 60

[162] Conseil Constitutionnel, Décision n°82-137 DC *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* et Décision n° 82-138 DC *Loi portant statut particulier de la région de Corse* du 25 février 1982

[163]Louis FAVOREU « Décentralisation et Constitution », *RDP*, 1982, p. 1277

Nous retrouvons également les craintes de voir apparaître un Etat fédéral. A partir de cet instant, nous n'envisageons pas de conduire une étude de droit constitutionnel relatif aux différentes formes d'Etat. Nous souhaitons juste rappeler que le caractère unitaire de l'Etat implique que les collectivités territoriales ne disposent pas, à la différence des Etats membres d'un Etat fédéral, de la compétence de la compétence et d'un pouvoir d'auto organisation. L'Etat unitaire impose l'unicité de la source de droit, le constituant étant le seul compétent pour fixer le statut des collectivités territoriales et leur conférer un pouvoir normatif. C'est l'objet de l'article 72 de la Constitution qui délègue aux collectivités un pouvoir normatif dans les conditions énoncées par la loi selon les termes de l'article 34. Les organes des collectivités territoriales émettent des normes en vertu d'un titre de compétence inscrit dans la Constitution et concrétisé par la loi. Les autorités locales peuvent être associées à l'élaboration de règles nationales les concernant, elles ne peuvent se substituer aux représentants de la nation pour édicter, modifier ou abroger les normes nationales.

La libre administration des collectivités territoriales dans l'exercice de leurs compétences ne doit pas porter atteinte à la forme unitaire de l'Etat. Celui-ci reste relativement présent dans les orientations données aux collectivités renforçant cette notion de verticalité dans la mise en œuvre des transferts de compétences. Un nouvel exemple a été récemment révélateur de cette rigidité. Le Premier Ministre a reçu une dizaine de présidents de région le mardi 2 mai 2006 à Matignon[164]. A la suite de cet entrevu, les présidents de région ont dénoncé « la surdité et la crispation jacobine »[165] du gouvernement à propos de son refus de leur confier la gestion directe des fond européens qui relève à l'heure actuelle de l'Etat[166]. Depuis les élections régionales de 2004, ces élus demandent le transfert de la gestion de ces fonds européens représentant une enveloppe de 12,7 milliards d'euros sur la période 2007-2013. Nous touchons alors à la nature politique de la libre administration des collectivités, qui reste semble-t-il, beaucoup difficile à appréhender que la nature juridique de cette notion. De fait, les craintes de voir un Etat « régionalisé » paraissent bien lointaines[167].

---

[164] *Le Monde,* jeudi 4 mai 2006, p. 10

[165] Comme le constate le professeur TURPIN « *Il est vrai que nous avons hérité d'une tradition jacobine égalitaire et centralisatrice, appuyée sur les théories de la souveraineté nationale et du gouvernement représentatif* » , dans une tribune « République et décentralisation » , *AJDA,* 15 septembre 2003, p. 1577

[166] Il n'y aurait que les régions Alsace et Auvergne qui bénéficieraient pour l'instant de cette compétence

[167] C'est en effet la thèse soutenue par Olivier GOHIN dans son article « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA,* 24 mars 2003, p. 522. Selon l'auteur, la nouvelle décentralisation s'inscrit nécessairement dans le cadre d'un Etat, qui, en France, est donc implicitement et intégralement unitaire. Au sein d'un Etat unitaire, la décentralisation territoriale est exclusivement administrative. L'Etat régionalisé correspond à une décentralisation politique, dans laquelle les régions sont en revanche une catégorie privilégiée de collectivités, au bénéfice d'un statut d'autonomie de nature à les rapprocher quantitativement d'entités fédérées.

Bien que le caractère unitaire de l'Etat ne soit pas pour l'instant en danger, il n'est cependant pas synonyme d'uniformité. L'unité de l'Etat et l'indivisibilité de la République s'opposent à ce que les collectivités territoriales disposent d'une compétence initiale, générale et indépendante, mais elles laissent le législateur libre d'émettre des règles différentes selon les catégories de collectivités ou selon les différentes parties du territoire. La Constitution prescrit elle-même des régimes aménagés entre les collectivités métropolitaines et les collectivités d'outre-mer[168]. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel a étendu ce pouvoir de diversification attribué au législateur. Toujours dans le respect du principe de subordination des collectivités à l'Etat, le législateur peut doter chaque catégorie d'un statut propre et créer des catégories à exemplaire unique. A l'intérieur même d'une catégorie, il peut, sans porter atteinte à l'unité de la catégorie, introduire des aménagements limités dans l'organisation ou les compétences d'une ou plusieurs collectivités par rapport aux autres. Chacune des trois catégories, communes, départements, régions, comportent ainsi des collectivités qui bénéficient de règles particulières. Il suffit alors de se reporter au Code général des collectivités territoriales qui contient pour chaque catégorie des « dispositions particulières »

Loin des craintes relatives à la structure de l'Etat, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 visait essentiellement à le réformer sans le transformer. Cette révision s'inscrit dans le cadre de l'Etat unitaire dont la décentralisation territoriale, est demeurée le plus souvent administrative. Comme la décision de principe de 1982[169], l'avait établi en son temps, tout le droit de cette décentralisation administrative repose sur la conciliation nécessaire (que le juge constitutionnel voulait équilibrée) entre la libre administration des collectivités territoriales et le contrôle normatif qui incombe à l'autorité administrative déconcentrée, en la personne du représentant de l'Etat. Ainsi, selon Olivier GOHIN[170], tant que la volonté du pouvoir constituant sera bien de maintenir la décentralisation territoriale dans le champ du droit administratif, tout passage d'un Etat décentralisé à un Etat régional sera impossible[171].

[168] La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 consacre une diversification des catégories de collectivités locales. Pour plus de développement sur les apports de cette révision, nous pouvons indiquer les développements de J.-C. DOUENCE : Encyclopédie des collectivité territoriales, Dalloz, chapitre I : Le statut constitutionnel des collectivités territoriales.

[169] Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*

[170] Olivier GOHIN, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *AJDA*, 24 mars 2003, p. 528

[171] Dans la mesure ou les collectivités locales demeurent des entités administratives et que les normes qu'elles produisent relèvent du contentieux administratif

CHAPITRE II
L'OBSERVATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX LORS DES TRANSFERTS DE COMPETENCES VERTICAUX

Après avoir défini la notion de transferts de compétences et abordé les conséquences de ces transferts, il nous reste à observer les principes devant les guider. Nous pouvons noter une évolution dans les principes de répartition de compétences. Les transferts de compétences effectués entre le XIXe siècle et le début du XXe siècle étaient gouvernés par la clause générale de compétence. Les lois de transferts de compétences de 1983, instituaient un nouveau mode de transferts de compétences : il s'agit de la théorie des blocs de compétences (Section I). L'élan décentralisateur initié à partir de 1982 mettait également en place l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre. Ce principe sera réaffirmé par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui prévoit les conditions pour une collectivité de devenir chef de file (Section II).

SECTION I
LES DIFFERENTES MODALITES DE REPARTITION DES COMPETENCES

L'étude des différents manuels de droit des collectivités territoriales fait apparaître une évolution dans les modalités de transferts de compétences. La clause générale de compétence, exprimée par la formule selon laquelle le conseil règle par ses délibérations les affaires de sa compétence à prévalue jusqu'aux lois de décentralisation de 1982 et 1983 (§1). N'étant pas abandonnée, elle est cependant écartée au profit de la technique d'énumération des compétences issue des lois de 1983. Cette technique a été défini comme étant la théorie des blocs de compétences. Devant simplifiant la répartition des compétences entre les trois niveaux de collectivités, elle ne fut pas à la hauteur des espérances attendues (§2).

§ 1. La clause générale de compétence

La clause générale de compétence exprime une définition des compétences de la collectivité par rapport aux autres collectivités. Cette définition traditionnelle des

compétences résulte de la formule issue de la loi municipale de 1884 selon laquelle « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la communes ». Ainsi, les différentes compétences pouvant être mise en œuvre au niveau d'un échelon de collectivité dépendent fortement de la notion d'intérêt public local (A). D'autant plus que cette notion d'affaires locales a été étendu en 1982 aux autres collectivités territoriales. Ce principe de répartition des compétences a cependant été écarté en 1983 au profit de la théorie des blocs de compétences. Mais, la clause générale de compétence est toujours inscrite dans le droit positif et, est codifiée dans le Code général des collectivités territoriales pour les trois niveaux de collectivités (B).

A. La signification de la clause générale de compétence

Selon le professeur PONTIER[172], la clause générale de compétence est « *la traduction juridique de l'aptitude générale d'une collectivité à intervenir* ». Dit autrement, la clause générale de compétence permet le développement d'initiatives au-delà des compétences précisément attribuées[173]. La clause générale de compétence a été le corollaire de l'émancipation des collectivités locales que l'on prenne comme point de départ 1789 ou 1871 et 1884[174]. Nous pouvons effectivement constater pour cette période une relative indifférenciation des compétences des communes ou des départements. Aussi, les compétences de ces collectivités sont relativement peu nombreuses et le législateur adopte « *une formule un peu magique, autant que mythique* »[175] qui deviendra la clause générale de compétence. Elle présentait alors pour l'époque un grand avantage, celui de ne plus procéder par une énumération forcément limitative des compétences.
Cette clause générale de compétence avait une double vocation. Sur le plan interne, elle opérait un partage des compétences entre l'organe délibérant et l'organe exécutif en donnant au premier une compétence de principe. Sur le plan externe, elle protégeait les communes contre les empiètements de l'Etat puis des départements. Mais elle permettait aussi de distinguer les collectivités territoriales des établissements publics qui, selon les principes du

[172] J.-M PONTIER « Semper manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1443
[173] Laurent TESOKA, *Les rapports entre les collectivités territoriales*, PUAM, 2004, p. 38
[174] Du point de vue des compétences, il n'est pas possible de relever de substantielles différences, dans la mesure ou les textes révolutionnaires et les deux « chartres » de l'administration locale, qu'ont été pour le département la loi de 1871 et pour la commune la loi de 1884, étaient peu prolixes.
[175] J.-M PONTIER « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 628

droit administratif, sont régis par un principe de spécialité qui leur interdit d'avoir d'autres compétences que celles qui leur sont attribuées par l'acte les ayant institués.
La clause générale de compétence repose sur « les affaires propres de la collectivité » dont les contours sont ceux de l'intérêt public au niveau local. Les collectivités locales justifient depuis longtemps une part de leurs interventions et de leurs décisions sur l'intérêt public local, sur les besoins de la population ou les circonstances locales. Sur cette base, aucun domaine précis ne leur est réservé mais elles ont en charge toutes questions d'intérêt local.
La clause générale de compétence ne permet pas à une collectivité, quelle qu'elle soit, de tout faire, mais elle ne pose pas d'interdit a priori. La notion « d'affaires propres » signifie qu'il existe une distinction entre des intérêts généraux et des intérêts locaux. Elle repose sur l'idée que les intérêts d'un groupement local (donc d'une collectivité locale) ne sont pas les mêmes que les intérêts de la collectivité toute entière (donc de l'Etat). En résumé, la définition de l'intérêt public local permet de tracer les limites externes des compétences locales, par rapport aux compétences des autres collectivités publiques.
Cependant, cet intérêt est complexe car il est nécessairement évolutif dans le temps et dans l'espace[176], et il est fonction de la taille de la collectivité. En outre, la superposition des structures territoriales rend délicat la reconnaissance purement géographique de cet intérêt.

Comme bien souvent, il revient alors au juge administratif de fixer les limites de l'intérêt public local, bridant par la même occasion les compétences des collectivités. Nous allons proposer un exemple particulièrement révélateur de l'intervention du juge administratif qui vient borner l'intérêt public local et qui, de manière automatique, projette les limites de la collectivité dans l'exercice de sa clause générale de compétence. Bien que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la communes », la collectivité locale doit respecter l'initiative privée. La société française laisse effectivement une grande place à l'initiative privée, pour des raisons idéologiques et économiques, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie. Depuis 1930[177], le Conseil d'Etat considère que cette liberté interdit aux communes de créer, en dehors des cas prévus par la loi, des services publics industriels et commerciaux, sauf si l'initiative privée est inexistante ou défaillante et que des circonstances locales particulières justifient cette intervention au nom de l'intérêt public local.

[176] Les besoins de la population ne sont pas les mêmes en 1900 et en 2000, en conjuguant une multitude de facteurs sociaux, économiques et démographiques.
[177] CE, Section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

L'intérêt public local, est, nous l'avons vu, évolutif dans le temps et dans l'espace. La jurisprudence a fait preuve comme le constate le professeur VERPEAUX[178], d'un libéralisme croissant en la matière. Il relève par exemple que l'initiative privée était défaillante lorsque les services proposés, par les dentistes libéraux, étaient trop onéreux pour la population de la commune concernée et qu'ils justifiaient alors la création d'un cabinet dentaire municipal, ou que la création d'un bar restaurant alimentation contribuait à l'animation de la vie locale. Une jurisprudence abondante précise les conditions dans lesquelles l'intérêt public à la base de toute décision publique locale doit être entendu[179].

L'abondante intervention du juge administratif n'est il pas un aveu de l'échec de la clause générale de compétence comme système fiable de répartition des compétences entre les collectivités ? Non seulement la doctrine est unanime sur ce point, mais elle ne manque pas de qualificatifs pour repousser la clause générale de compétence comme technique de répartition : inutile[180], moins attrayante et plus nécessaire[181], absence de réalité[182]…
C'est le professeur MADIOT qui juge, selon nous, le plus sévèrement l'inutilité de la clause générale de compétence : « *Cette clause générale de compétence n'a aucune permanence historique : reconnue par le législateur, elle fut souvent et elle est encore concurrencée par le procédé de l'énumération des compétences. Elle ne possède aucun fondement constitutionnel. En outre, elle ne présente qu'une faible utilité pratique. Quant à la notion d'affaires locales, passée au « scanner » par la doctrine, elle n'a jamais livré son secret. Elle reste ce qu'elle a toujours été : une notion vague et indéfinissable pour fonder solidement un mécanisme de répartition des compétences »*[183]
Le professeur PONTIER analyse également les causes de l'échec de la clause générale de compétence comme système de répartition. Il relève trois aspects principaux.
La première cause d'échec réside dans le fait de la précision croissante des compétences attribuées ou transférées. Cette précision toujours plus grande des textes portant répartition ou transfert de compétences implique une réorganisation des compétences et, par là, une certaine

[178] Michel VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, 2004, coll. Connaissance du droit, p. 115
[179] Jean GIRARDON, *Les collectivités territoriales*, Paris, Ellipses Edition, coll. Mise au point, 2001, p. 67
[180] Yves MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, septembre – octobre 1996, p. 964
[181] J.-M PONTIER « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 628
[182] Michel VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, 2004, coll. Connaissance du droit, p. 117
[183] Yves MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, septembre – octobre 1996, p. 966

redéfinition de celles-ci. A travers cette redéfinition, c'est une différentiation qui s'opère progressivement entre les compétences des collectivités locales. La clause générale de compétence présente alors moins d'attraits qu'elle a pu en avoir : la référence à cette clause n'est plus nécessaire ou plus possible lorsque des lois attribuent des compétences ou prévoient des compétences tout en interdisant par voie de conséquence aux collectivités non bénéficiaires d'intervenir.

La seconde cause peut résider dans la spécialisation croissante des collectivités qui résultent des lois distinguant en fonction des catégories de collectivités territoriales[184]. Pour être plus exact, il faudrait parler de différenciation croissante des collectivités depuis les lois de transferts de compétences de 1983. Il semble s'établir dans tous les cas, une sorte de consensus autour de l'idée de domaines privilégiés d'intervention des différentes catégories de collectivités : Ne parlons-nous pas pour la commune de « collectivité de proximité », du département comme une « collectivité de gestion » et de la région comme d'une « collectivité de coordination »[185] ?

Enfin, la clause générale de compétence comme système de répartition des compétences se trouve saborder par l'expérimentation offertes aux collectivités territoriales. Nous développerons dans la deuxième partie de notre étude le recours à l'expérimentation comme étant un nouveau mode de transferts de compétences.

Malgré toutes les récriminations faites à la clause générale de compétence et contre toutes attentes, celle-ci n'a pas disparu du droit positif. Elle a même été codifiée dans le Code général des collectivités territoriales.

B. Le maintien de la clause générale de compétence.

La clause générale de compétence est toujours inscrite dans le droit positif et elle est codifiée dans trois articles du Code général des collectivités territoriales pour les trois niveaux de collectivités. Mais elle est également codifiée d'une manière générale pour les trois niveaux

[184] Pourtant le terme de spécialisation appliqué à une collectivité territoriale semble « chagriner » le professeur PONTIER dans la mesure ou une collectivité se définit par son aptitude générale à intervenir. Cependant, malgré cette idée de spécialisation des collectivités, qui vient alors contrarier le principe de spécialisation propre aux établissements publics, la doctrine continue d'invoquer cette aptitude générale

[185] Comme le confirme l'article premier de la loi du 13 août 2004 : « La région coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements, sous réserve des missions incombant à l'Etat »

de collectivités à l'article L.1111-2 du Code : « Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence »
Il nous faut rappeler ici que le livre premier du Code général des collectivités territoriales reprend les principes généraux de la décentralisation. Il n'y a rien d'étonnant alors à ce que la clause générale de compétence y figure, celle-ci étant ensuite reprise pour chaque niveau de collectivités locales.
Pour la commune, la définition de la clause générale de compétence est la reproduction exacte telle qu'elle avait été édictée par la loi municipale de 1884. Nous pouvons lire à l'article L.2121-29 du Code général des collectivités territoriales : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » Elle est reprise aux articles L. 3211-1 et L. 4221-1 pour les départements et les régions.
Mais ce dernier article, à la différence des précédents, précise en quelque sorte quelle est la compétence de la région en affirmant à propos du conseil régional au second alinéa : « Il a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et de l'aménagement de son territoire et pour assurer la préservation de son identité, dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes » Cette disposition est issue de la loi du 2 mars 1982 et semble limiter la compétence régionale à la seule promotion de son développement sous toutes ses formes.
Une partie de la doctrine s'est alors interrogée sur le point de savoir si la clause générale de compétence avait encore une réalité, au moins au niveau régional, compte tenu de la spécialité de la région. En reprenant l'article L. 1111-2 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales[186], l'expression « les affaires de leur compétence » semble se substituer aux traditionnelles affaires locales pour ne plus faire référence qu'aux seules compétences expressément attribuées par la réforme de la décentralisation. La région a alors été qualifiée de « collectivité territoriale à vocation spécialisée »[187] Cependant, la vocation en question est suffisamment large pour que ses contours se confondent avec une compétence générale. Nous en concluons que les dispositions législatives consacrant la clause générale de compétence n'ont jamais été abrogées, y compris pour la région. Comme l'affirme le professeur VERPEAUX, « *la clause générale coexiste avec une énumération législative, la première permettant en outre, dans le silence des textes nécessairement plus lents à modifier au gré des*

[186] Article L.1111-2 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales : « Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence »
[187] Jacques MOREAU, *Administration régionale, départementale et municipale,* Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2004, p. 251

demandes sociales, d'adapter les compétences locales pour satisfaire les nouveaux besoins des administrés »[188]

Le professeur PONTIER confirme l'idée selon laquelle le législateur n'a pas supprimé la clause générale de compétence. Il précise également que la clause générale de compétence est compatible avec des législations spécifiques de transferts de compétences[189].
Partant du constat que plusieurs lois attributives de compétences sont intervenues au profit des communes, des départements et des régions, la clause générale de compétence pourrait ne plus exister. Pourtant, l'auteur constate que les collectivités territoriales disposent de plus de compétences qu'elles n'en n'avaient précédemment lorsque les collectivités n'avaient que la clause générale de compétence comme mode d'attribution des compétences. Si l'on se replace dans l'optique des lois de 1983, il est évident que les trois niveaux de collectivités n'avaient pas moins de compétence qu'avant. Aussi, il conclut quant à la cœxistence de la clause générale de compétence avec des législations spécifiques qu'il « *est beaucoup plus simple, du point de vue de la cohérence juridique, et beaucoup plus conforme à la réalité, de voir dans toutes les lois relatives aux compétences des collectivités locales, et notamment dans les lois de 1983, une explicitation de la clause générale de compétence qu'une suppression de celle-ci* »[190] Nous adhérons a cette idée dans la mesure ou les lois de répartition des compétences ne sont que des ajustements de la clause générale de compétence aux nécessités du moment. Et, toujours dans le cadre des lois de 1983, il est parfaitement concevable que des lois étendent les compétences des collectivités locales par transfert à ces dernières de compétences antérieurement exercées par l'Etat, sans que la clause générale de compétence soit remise en question.
Enfin, pour se conforter à l'idée du maintien de la clause générale de compétence, le Conseil d'Etat a expressément démenti a plusieurs reprises, que la clause générale de compétence était abandonnée[191].

---

[188]Michel VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France,* Dalloz, 2004, coll. Connaissance du droit, p. 117
[189]J.-M. PONTIER « Semper manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1453
[190] J.-M. PONTIER « Semper manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1456
[191] CE, 11 octobre 1989, *Commune de Port - Saint – Louis – du- Rhône c/ Préfet des Bouches du Rhône* et CE, 11 octobre 1989, *Commune de Gardanne et autres* : Dans ces deux arrêts, le Conseil d'Etat fait référence à la clause générale de compétence de la commune : « Considérant qu'il n'appartient pas au conseil municipal, chargé par l'article L. 121-26 du code des communes de « régler par ses délibérations les affaires de la commune », d'intervenir dans un conflit collectif du travail… »

§ 2. Des nouveaux modes de répartition des compétences

Pour compléter notre propos sur les différents modes de répartition de compétences, il nous reste à aborder la question de la législation spécifique portant transferts de compétences. La clause générale de compétence est codifiée dans le Code général des collectivités territoriales, donc maintenue dans le droit positif et elle coexiste avec diverses lois spécifiques. Cependant, les lois de transferts de compétences des 7 janvier et 22 juillet 1983 écartent la clause générale de compétence au profit de l'énumération des compétences à chaque niveau de collectivités locales, voulant alors transférer les compétences par blocs homogènes. La théorie des bocs de compétences a été utilisée dans ces lois de transferts de compétences car elle était « extrêmement séduisante ». Bien que séduisante, cette technique semblait utopique dans sa concrétisation. Le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 1993, *Décentralisation et ordre juridique*, relève l'échec de la politique des blocs de compétences. La doctrine relaiera ce constat d'échec et proposera alors d'autres techniques de répartition de compétence (A). La loi du 13 août 2004 transfert quant à elle les compétences de manière énumérative, paraissant rompre avec le théorie des blocs de compétences. Cette loi trouve son origine dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Nous reviendrons sur cette révision qui semble hésiter entre la clause générale de compétence et la théorie des blocs de compétences comme technique de répartition (B).

A. La théorie des blocs de compétences et le constat de son échec

Il revient une fois de plus au professeur PONTIER de nous proposer la définition, qui nous semble la plus complète, de la théorie des blocs de compétences[192]. Il constate que l'idée d'une répartition des compétences par blocs procède d'un constat : les compétences de l'Etat et des collectivités locales sont trop souvent enchevêtrées et cette situation n'est pas saine et ne peut qu'être source de conflits sans fin. Le rapporteur au Sénat du projet de loi relatif aux droits et libertés des communes, des départements et des régions en 1982, propose l'utilisation des blocs de compétences comme principe devant guider le partage des compétences. Selon le rapporteur, la théorie des blocs de compétences « *correspond à des règles élémentaires d'efficacité administrative et de bon sens. A chaque collectivité doit correspondre une compétence, l'organisation des services correspondants et l'affectation des ressources*

[192] J.-M. PONTIER « Semper manet. Sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, p. 1448

nécessaires » Le professeur PONTIER procède alors a l'analyse de l'expression blocs de compétences. Il relève que cette expression n'a pas été inventée à propos de la décentralisation, elle n'est qu'une transposition à ce domaine d'une théorie largement développée dans le domaine du contentieux. Appliqué à la décentralisation, la théorie des blocs de compétences signifierait « *à la fois qu'une catégorie de collectivités est uniquement et exclusivement compétente pour intervenir dans les affaires qui lui seraient remises, et que, parallèlement et simultanément, elle n'aurait aucune possibilité d'intervenir dans les domaines qui ne figureraient pas dans la liste des affaires déléguées, et qui, par hypothèse, relèveraient d'une autre catégorie de collectivités* »

A l'aide de cette définition, nous allons maintenant approfondir les modalités de répartition de compétences inscrites dans la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat.

Nous retiendrons en premier lieu de l'analyse de cette loi, qu'elle rompt avec la clause générale de compétence comme « clé de répartition des compétences »[193] La loi du 7 janvier 1983 indique simplement qu'il n'est de compétences locales que par affectation. L'article 3 de la loi, aujourd'hui codifié à l'article L.1111-4 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales[194], stipule que les compétences doivent, dans la mesure du possible, être affectées dans leur totalité à une seule collectivité. Les blocs de compétences vont donc définir à la fois la spécialité et la vocation dominante de chaque collectivité territoriale, résultant d'un partage clair des responsabilités de chacune. Désormais, c'est le niveau de collectivité qui commande la nature de la compétence exercée.

Mais au lieu d'opérer un cloisonnement étanche des compétences par niveaux de collectivités, la loi du 7 janvier 1983 rappelle que l'administration publique forme un tout, lequel est divisible par l'Etat qui conserve ainsi la maîtrise de sa consistance et de sa distribution.

[193] Jérôme CHAPUISAT, « La répartition des compétences – Commentaires de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *AJDA*, 20 février 1983. L'auteur relève que le projet de loi initial prévoyait pourtant l'existence d'un lien entre les compétences et l'intérêt local par lequel les collectivités auraient, comme naguère, vocation à régler les affaires supposées d'intérêt local. Le Sénat obtenait l'exclusion de la loi de toute référence à un quelconque intérêt local.

[194] Article L. 1111-4 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales : « La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions »

En réalité, le législateur n'est pas parvenu à respecter ce principe posé dans la loi du 7 janvier 1983, car il existe trop de matières pour lesquelles les collectivités territoriales ont des compétences complémentaires.

Il revient au Conseil d'Etat d'être à l'origine du constat d'échec des transferts de compétences par blocs de compétences. Dans son rapport public de 1993, *Décentralisation et ordre juridique,* Le Conseil relève que la répartition des compétences par blocs est une « *construction complexe encore contestée et instable* » En effet, « *une bonne part des transferts de compétences de l'Etat – administrations centrales et services extérieurs- vers les collectivités territoriales opérés par les lois de décentralisation…l'ont été sous le signe de la volonté de constituer des « blocs de compétences »…Force est malheureusement de constater que les choix finalement opérés n'illustrent qu'imparfaitement ce parti* »[195] Pour confirmer son constat, le Conseil d'Etat reprend plusieurs domaines de compétences qui font l'objet de difficultés, notamment en matière de police qui est un « *domaine de compétence par essence transversal* » et d'action sanitaire et social. La doctrine ne pouvait alors que valider le constat du Conseil d'Etat.

Le Doyen MADIOT reconnaissait que « *la répartition des compétences par blocs, très cartésienne, obéissait à une démarche logique* »[196] et le professeur PONTIER déclarait que « *l'idée de départ était louable : faire en sorte que chaque catégorie de collectivités territoriales dispose de compétences propres qu'elle serait seule à exercer* »[197]

Si la répartition par blocs de compétences pouvait être un mode répartition présentant des intérêts de simplification, il est évident que le « législateur a pêché par excès d'optimisme »[198]

Nous retiendrons également les interrogations du le professeur PONTIER sur la rigidité de la théorie des blocs de compétences face à la complexité de la réalité. Il va jusqu'à oser une comparaison imagée en alléguant : « *on pourrait dire qu'il fut un temps où les institutions administratives étaient des « blocs de granit » (pour reprendre une formule bien connue) tandis qu'aujourd'hui les blocs de compétences ressembleraient beaucoup plus aux montres molles de Dali : inconsistants, se liquéfiant, se transformant (ce qui une négation même de l'idée)* »[199]

---

[195] *Décentralisation et ordre juridique,* rapport public du Conseil d'Etat 1993, Etudes et documents n° 45, la documentation française, p. 21

[196] Yves MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, septembre – octobre 1996, p. 966

[197] J.-M. PONTIER, « La décentralisation et Le temps », *RDP*, septembre – octobre 1991, p. 1235

[198] Jacques MOREAU, *Administration régionale, départementale et municipale,* Mémentos Dalloz, 2004, p. 43

[199] J.-M. PONTIER, « La décentralisation et Le temps », *RDP*, septembre – octobre 1991, p. 1235

De manière beaucoup moins imagée et beaucoup concrète, le Doyen MADOIT retient que la répartition par blocs de compétences ne « *peut pas constituer une procédure efficace ou « opérationnelle » dans la mesure où l'Etat conserve, par son budget, par le nombre de ses agents, par ses techniques d'intervention et par la puissance peu entamée de ses administrations centrales, un « poids » qui déséquilibre les structures de décentralisation* »

La théorie des blocs de compétences n'est donc pas la bonne méthode de répartition des compétences entre les collectivités territoriales. Elle est inexploitable pour permettre aux collectivités de pouvoir bénéficier des compétences pouvant être mise en œuvre à leur échelon et pour éviter des imbrications de compétences. Pour ne donner qu'un exemple, dans le domaine de l'action sanitaire et sociale, nous sommes en présence de plusieurs intervenants. Malgré l'existence d'un bloc de compétence transféré au département dans se domaine, nous ne pouvons que constater la double vocation sanitaire et sociale de l'Etat et du département (alors que la logique du bloc de compétence ne voudrait qu'il n'existe plus qu'un seul intervenant) Tout en gardant l'intérêt national du système de santé (la sécurité sociale dans l'orbite de l'Etat) il existe plusieurs autres modes de couverture sociale : c'est le cas de l'aide sociale qui dépend du département. Ce problème étant amplifié par la difficulté d'y rattacher les différentes catégories d'usagers. Pour reprendre l'idée du professeur PONTIER, nous pourrions conclure que la répartition des compétences par blocs est « *irréalisable parce que irréaliste* »[200]

Nous pensons que ces difficultés de transferts par blocs de compétences, ou plutôt la difficulté de trouver une méthode acceptable et adéquate de transferts de compétences, sont, en partie, à l'origine du gel de la décentralisation pendant presque vingt ans. Le nouvel élan de décentralisation va alors tirer les conséquences de ces difficultés en proposant un nouveau mode de répartition de compétences.

B. Le principe de subsidiarité et la répartition des compétences

Avant de revenir sur le principe de subsidiarité, qui pourrait être le nouveau mode de répartition des compétences entre les collectivités locales, nous allons nous arrêter un instant sur la proposition du professeur MADIOT, qui en 1996, présentait un système original de

[200] J.-M. PONTIER, « Une décennie de décentralisation vue par le Conseil d'Etat », *Revue administrative n° 281*, septembre – octobre 1994, p. 505

répartition des compétences[201]. Ayant constaté les échecs de la clause générale de compétence et de la théorie des blocs de compétence, il explique que « *le mécanisme de répartition des compétences devrait reposer sur un principe assorti, en quelque sorte, de deux « soupapes » de sécurité* » Le principe est formulé à l'article 65-I, alinéa 2 de la loi du 4 février 1995[202]. Les compétences devraient être réparties « *de manière que chaque catégorie de collectivités territoriales dispose de compétences homogènes* »[203] Cette disposition suggère plusieurs observations.

Premièrement, le législateur bénéficie d'un éventail de choix : il peut « recomposer » la répartition des compétences entre les différents niveaux de collectivités territoriales. Cette solution n'est pas évidente car elle supposerait une remise à plat des compétences transférées. Nous constaterons simplement que cette idée, certes intéressante pour la cohésion du système de répartition, n'a jamais été envisagée par le législateur.

En second lieu, le législateur a le choix, au regard de la technique de législation, entre deux possibilités. Il peut, tout d'abord, réaliser une sorte de « code » des compétences des collectivités locales, rassemblant, dans un texte unique, les compétences dispersées dans de nombreuses lois. Cette technique est envisageable mais elle serait maladroite et inutile depuis l'adoption du Code général des collectivités territoriales. La seconde possibilité consiste à respecter le cadre législatif actuel et donc à apporter, aux différentes lois concernées, les modifications nécessaires.

Enfin, l'exigence législative de donner à chaque catégorie de collectivités locales des compétences homogènes est complexe. L'homogénéité des compétences dans certains domaines peut être simple à obtenir (l'auteur prend l'exemple de l'éducation). Dans tous les cas, quelques soient les techniques de répartition adoptées, la loi opérant les transferts de compétences devra aménager un système de correction[204]. Force est de constater que cette idée n'a jamais été suivie d'effets.

---

[201] Yves MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, septembre – octobre 1996, p. 969

[202] Loi n° 95-115 du 4 févier 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF, 5 février 1995

[203] Emmanuel AUBIN et Catherine ROCHE, *Droit de la Nouvelle décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p. 31. Pour les auteurs, ce principe de répartition des compétences devait faire l'objet d'une loi dans le délai d'un an. Ces dispositions devaient permettre de déroger à la clause générale de compétence et pouvaient déboucher sur un bouleversement du paysage institutionnel français. Cette proposition est restée lettre morte.

[204] Selon le professeur MADIOT, ces techniques de correction de la répartition des compétences devraient prendre en compte des considérations qui tiennent à la fois du réalisme et de la prudence, et des impératifs de la construction européenne et d'un souci de modernisation du fonctionnement de l'Etat.

A la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et de la loi du 13 août 2004, nous avons, comme le relève le professeur AUBY[205], l'impression d'y voir aujourd'hui un peu plus clair dans la délimitation des compétences locales. Mais d'où vient cette impression de clarté ?

Nous pouvons affirmer à cet instant que le législateur n'a pas eu recours à la technique des blocs de compétences pour les transferts réalisés en 2004, dans la mesure où nous avons approché les limites de cette technique. Si la répartition par blocs de compétences suggère selon l'article L. 1111-4 du Code générale des collectivités territoriales que les compétences doivent être affectées dans la mesure du possible à un même niveau de collectivité, la loi du 13 août 2004 portant répartition de compétences ne satisfait pas à cette exigence. Nous pouvons constater que de nombreuses compétences transférées dans le cadre de cette loi font encore l'objet d'un partage entre plusieurs niveaux de collectivités (notamment dans le transfert des grands équipements, dans le transfert de certains monuments historiques ou de la voirie)

Nous avons écrit à propos de l'article 72 alinéa 2[206] de la Constitution que cet article était de nature à accroître les champs d'intervention des collectivités des collectivités pouvant alors bouleverser les règles traditionnelles des transferts de compétences[207]. Les transferts de compétences opérés par la loi du 13 août 2004, ne répondent-ils pas à cette affirmation ? Ni clause générale de compétence ni blocs de compétences n'apparaissent dans la loi. Il semblerait que les transferts voulus par le législateur soient le fruit d'un compromis entre les deux techniques de répartition. A partir du moment où des lois antérieures de transferts de compétences ont déjà eu lieu, marquant d'un premier sceau les vocations générales des collectivités, et que d'autres lois énumératives de compétences aient confirmé cette empreinte, il revenait au législateur de trouver une autre solution pour les transferts de compétences à venir. Les transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004 obéissent selon nous au principe de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution.

Nous pouvons justifier notre propos par l'étude de la saisine du Conseil Constitutionnel et sa décision[208]. En effet, les députés ont soumis au contrôle de constitutionnalité l'ensemble de la

[205] AUBY (J-B), AUBY (J-F) et NOGUELLOU (R), *Droit des collectivités locales,* paris, PUF, 3e édition refondue, 2004, p. 204

[206] Article 72 alinéa 2 : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mise en oeuvre à leur échelon »

[207] Voir notre développement page 31

[208] Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-503 DC, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*

loi[209]. Il ressort de la décision du Conseil Constitutionnel qu'aucune disposition de la loi ne méconnaît le principe contenu dans l'article 72 alinéa 2 de la Constitution. Nous aurions pu observer une non-conformité des compétences transférées aux différents niveaux de collectivités[210]. Le Conseil a implicitement validé les choix opérés par le législateur, c'est-à-dire l'adéquation entre la compétence transférée et le meilleur échelon de collectivité pouvant la mettre en œuvre.

Ainsi, le principe de subsidiarité serait-il devenu le nouveau mode de répartition des compétences entre les collectivités territoriales ?
Dans la mesure où le Conseil Constitutionnel n'y a pas fait explicitement référence, mais n'a pas pour autant déclaré non-conforme à la Constitution les transferts de compétences opérés par la loi du 13 août 2004, tout porte à croire que nous sommes en présence du nouveau mode de répartition des compétences.
Enfin, nous pouvons voir lors de l'étude du rapport du sénateur René GARREC, que l'inscription du principe de subsidiarité au sein de la Constitution a une double vocation : *« Il s'agit bien de donner à la fois un nouvel élan à la décentralisation et un fondement à la répartition des compétences entre les collectivités* » [211]
Il faudra alors attendre de nouvelles lois de transferts de compétences pour confirmer ou infirmer cette proposition, rejoignant ainsi l'affirmation de Robert HERTZOG sur le principe de subsidiarité qui pense que celui-ci « *est une vraie adjonction à la Constitution, lourde de développements potentiels, qui dépendront de ce qu'acceptera le juge* »[212]
A partir de cet instant, lorsque le professeur AUBY parle de clarté, nous préférons voir un clair-obscur dans la délimitation des compétences locales.

[209] Il ressort cependant des observations du gouvernement que 14 articles en particulier faisaient griefs.
[210] Au-delà des 14 articles, le Conseil Constitutionnel pouvait légitimement exercer un contrôle approfondi de la loi. En se fondant sur l'article 61 de la Constitution, le Conseil procède de sa propre initiative à l'examen de dispositions dont l'inconstitutionnalité n'avait pas été soulevée par les requérants. Il peut également soulever des griefs d'inconstitutionnalité qui n'avaient pas été évoqués. La décision du Conseil Constitutionnel n'a pas fait l'objet de réserves d'interprétations.
[211] René GARREC, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République,* Sénat, n° 27, 23 octobre 2002, p. 99
[212] R. HERTZOG « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA*, 2003, p. 548

SECTION II
L'INTERDICITION DE LA TUTELLE ET L'INSTAURATION DE LA NOTION DE CHEF DE FILE

En plus de la théorie du transfert par blocs de compétences, les lois de décentralisation de 1982 et 1983 mettaient en place plusieurs autres principes fondamentaux[213]. Le second principe directeur est l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre, énoncé à l'article 2 de la loi du 7 janvier 1983. Cette interdiction a été réaffirmée à plusieurs reprises également par le Conseil Constitutionnel. L'interdiction de la tutelle a été constitutionnalisée lors de la révision du 28 mars 2003. Après avoir présenté les différents aspects de l'interdiction de la tutelle, nous reviendrons sur la jurisprudence qui constate que ce risque est toujours présent (§1). Ce principe étant affirmé, il existe cependant des cas où, plusieurs collectivités peuvent intervenir dans des domaines de compétences transversaux. Nous pensons par exemple à l'aménagement du territoire ou à la politique de la ville. Le législateur a imaginé dans ce cas le principe pour une collectivité de devenir chef de file pour l'opération envisagée. Nous verrons que ce principe de collectivité chef de file n'est pas une nouveauté issue de la révision constitutionnelle de mars 2003, dans la mesure où plusieurs lois y faisaient référence avant cette date (§2).

§1. L'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre

Dans les lois de décentralisation de 1982 et 1983, nous trouvons deux références au terme « tutelle ». Dans la loi du 2 mars 1982, le législateur a prononcé « la suppression de la tutelle » a priori de l'Etat sur les actes de collectivités locales. La tutelle a été remplacé par un contrôle a posteriori par le représentant de l'Etat. Il ne revient pas dans notre propos d'opérer une analyse sur le pouvoir de tutelle compris comme tutelle administrative. La loi du 7 janvier

[213] René CHAPUS, *Droit administratif général,* Tome I, Paris, Montchrestien, 15e édition, 2002, p. 296. Comme le relève le professeur CHAPUS, les principes énoncés dans la loi n° 83-3 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat font l'objet de l'intitulé suivant : « Des principes fondamentaux et des modalités des transferts de compétences » Les trois premiers articles de la loi définissent les trois principes directeurs devant guider les transferts de compétences. Nous avons vu que le premier principe consistait à opérer dans la mesure du possible les compétences par blocs homogènes. Le second principe dispose que les transferts de compétences ne doivent pas provoquer d'ingérence d'une collectivité dans les affaires d'une autre, de façon qu'aucune d'elles ne soit en situation d' « exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit ». Enfin, en vertu du troisième principe, les transferts de compétence doivent être rigoureusement accompagnés du transfert par l'Etat aux collectivités ou de leur mise à disposition des moyens nécessaires à l'exercice des compétences transférées. Nous reviendrons dans la deuxième partie de notre étude sur la compensation financière des transferts de compétences.

1983, quant à elle, interdit toute tutelle d'une collectivité sur une autre. Comme l'illustre Jacques MOREAU[214], « *Il ne s'agit pas ici d'interdire à nouveau à l'Etat de ressusciter les tutelles administratives et financières, supprimée par la loi du 2 mars 1982. Il s'agit bien plutôt de prohiber à l'avance tout mécanisme par lequel une collectivité puissante et riche contrôlerait une collectivité faible et pauvre* » Nous mettrons en évidence les caractéristiques de l'interdiction de la tutelle (A). Cependant, force est de constater que cette interdiction absolue doit faire l'objet d'une attention de tous les instants (B).

A. Une interdiction absolue et réaffirmée

L'article 2 de la loi du 7 janvier 1983, aujourd'hui codifié à l'article L. 1111-3 du Code général des collectivités territoriales dispose que « La répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles »
L'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre est, selon le professeur LE MESTRE, une des garanties de la libre administration des collectivités territoriales[215]. Cette affirmation est validée par les professeurs BOURDON, PONTIER et RICCI[216] qui remarquent que l'article L. 1111-4 alinéa 3 du même code prévoit que « Les communes, les départements et les régions financent par priorité les projets relevant des domaines de compétences qui leur ont été dévolus par la loi. Les décisions prises par les collectivités locales d'accorder ou de refuser une aide financière à une autre collectivité locale ne peuvent avoir pour effet l'établissement ou l'exercice d'une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur celle-ci… »
Ainsi, les collectivités territoriales françaises sont indépendantes les unes des autres (ce principe est propre à tous les Etats unitaires) et toutes en relation directe avec l'Etat, qui seul peut exercer un contrôle sur elles. Il n'existe donc aucune hiérarchie entre les collectivités territoriales, il ne peut y avoir soumission de l'une à une autre ou à un établissement public.

Il semblerait que l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre, est pour origine la montée en puissance de la région, collectivité bénéficiaire d'importants transferts de compétences lors des lois de 1983. Comme le relève le professeur CHAPUISAT dans son commentaire de la loi du 7 janvier 1983 : « *Le bannissement de toute tutelle locale ne doit*

[214] Jacques MOREAU, *Administration régionale, départementale et municipale,* Paris, Dalloz, 14e édition, Mémentos, 2004, p. 43
[215] R. LE MESTRE, *Droit des collectivités territoriales,* Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 300
[216] J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales,* Paris, PUF, 1998, p. 119

cependant pas tromper. Entre la commune et le département, un dialogue ancien s'est établi, des échanges constants se sont institutionnalisés, alimentés par un personnel politique largement commun et par un réseau de communications sociales très bien rodé…C'est donc, une fois encore, la région qui apparaît comme intruse…dont l'Etat et les collectivités territoriales traditionnelles veulent prévenir toute velléité hégémonique, ce que l'on conçoit, mais aussi toute immixtion directe dans la vie locale… »[217]

Aussi, à plusieurs reprises, le Conseil Constitutionnel est intervenu pour veiller à ce principe. Dans sa décision du 20 janvier 1984[218], le Conseil Constitutionnel rappelle l'interdiction de toute tutelle en dehors de celle de l'Etat, expliquant que la loi ne peut imposer une sanction aux autorités territoriales qui n'auraient pas respecté une obligation envers un établissement public auquel elles ne sont points affiliées.
Dans sa décision n° 2001- 454 du 17 janvier 2002 sur la loi relative à la Corse, le Conseil Constitutionnel a ainsi vérifié qu'aucune des dispositions transférant de nouvelles compétences à la collectivité territoriale de Corse « *ne méconnai(ssai)t les compétences propres des communes ou des départements ou n'établi(ssai)t de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre* »[219]
Plus récemment, le Conseil constitutionnel a souligné que le fait de confier à la Polynésie française le soin d'autoriser, dans les communes où il n'existe pas de service d'assainissement assuré par la Polynésie française, les communes ou les EPCI à prescrire certaines mesures d'assainissement, n'avait pas pour effet d'instaurer une tutelle de la Polynésie française sur l'exercice par les communes d'une de leurs compétences[220].
Il ressort ainsi de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel que le principe de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre est un principe a valeur constitutionnel.

L'article 72 alinéa 5 de la Constitution intègre désormais l'interdiction de la tutelle comme norme constitutionnelle : « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ». Cette rédaction issue de la révision du 28 mars 2003 peut faire l'objet de plusieurs

[217] Jérôme CHAPUISAT, « Commentaire de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *AJDA*, 20 février 1983, p. 84
[218] Conseil Constitutionnel, Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Fonction publique territoriale*
[219] René GARREC, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Sénat, n° 27, 23 octobre 2002, p. 107
[220] Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

observations qui selon nous ont guidé l'intégration de cette interdiction comme norme constitutionnelle :

Nous pouvons avancer le fait que le Conseil Constitutionnel avait reconnu depuis longtemps l'interdiction de la tutelle comme principe à valeur constitutionnelle, ce principe n'étant pas inscrit au sein de la Constitution avant la révision de mars 2003.

De plus, de nombreux auteurs[221] avaient opéré une comparaison entre la notion de tutelle appliquée aux collectivités territoriales et la définition de la tutelle en droit civil. Selon Michel PIRON, « *la tutelle, définie en droit civil comme l'exigence d'une autorisation ou d'une approbation du tuteur pour que le pupille puisse agir, étendue aux collectivités territoriales, peut prendre des formes multiples, parfois « insidieuses », la collectivité finançant la plus grande part d'un projet pouvant prendre l'ascendant sur les autres* »[222] Il semblait alors dans la logique de la révision constitutionnelle, d'inscrire l'interdiction de la tutelle comme norme constitutionnelle pour éviter qu'une collectivité en contraigne une autre à effectuer certains choix, à influencer ses décisions ou lui imposer le respect de certaines conditions dans telle ou telle procédure.

Enfin, l'interdiction de la tutelle allait de pair avec la répartition des compétences fondées sur la notion de blocs, en fonction des vocations dominantes de chaque collectivité[223] :

La commune devait avoir la maîtrise du sol, c'est-à-dire l'essentiel des compétences dans le domaine de l'urbanisme, et exercer la responsabilité des équipements de proximité. Le département assumait une mission de solidarité et de péréquation, par la gestion des services d'aide sociale et par une redistribution entres les communes. La région voyait son rôle de réflexion et d'impulsion renforcé en matière de planification, d'aménagement du territoire et plus généralement d'action économique et de développement. Aussi, il importait d'inscrire au sein de la Constitution cette interdiction pour éviter que certaines collectivités outrepassent leurs domaines de compétences.

Bien que cette interdiction absolue soit aujourd'hui inscrite au sein de la Constitution, le risque de tutelle est toujours présent.

---

[221] Notamment les professeurs PONTIER et CHAPUS ainsi que Michel PIRON député dans un récent rapport d'information sur l'équilibre territorial des pouvoirs.

[222] Michel PIRON, *Rapport d'information déposé par la commission des lois constitutionnelles sur l'équilibre territorial des pouvoirs*, Assemblée Nationale, n° 2881, 22 février 2006

[223] Ce constat était établi par le sénateur Michel MERCIER, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales*, Sénat, n° 447, tome I, 28 juin 2000

B. Un risque de tutelle toujours présent

Dans un système de répartition par blocs de compétences, les collectivités ne devraient pas intervenir dans des domaines autre que les leurs. Pourtant, dans quelques cas, elles auraient tendance à vouloir sortir de ce cadre strict des compétences. Nous pouvons alors remarquer dans ce cas l'intervention du juge administratif. Il existe également plusieurs situations qui seraient susceptibles de mettre en évidence une source éventuelle de tutelle.
Les catégories de collectivités territoriales ne constituent pas d'ensembles fermés indépendants les uns des autres. Malgré la théorie des blocs de compétences, elles agissent souvent de concert et le transfert de compétences de l'Etat entraîne régulièrement une multiplication des relations inter-collectivtés. Selon la doctrine[224], ces relations peuvent être encouragées par le législateur en prévoyant des interventions croisées ou complémentaires et en incitant au développement des procédures contractuelles. Ces rapports obligés seraient susceptibles d'instituer des dépendances et de faire naître de nouvelles tutelles entre les collectivités territoriales.
Les auteurs distinguent trois cas pouvant faire naître des tutelles entre les collectivités territoriales.

Le premier cas pouvant être rencontré concerne le fait qu'en vertu de la loi, dans certains domaines, les décisions des collectivités doivent être compatibles, sinon conformes, avec des décisions prises par d'autres collectivités. Le cas a été rencontré dans le cadre de la loi du 20 juillet 1982 sur les compétences de la région de Corse, le schéma d'aménagement arrêté par l'assemblée régionale s'impose aux communes de cette région pour l'élaboration de leurs plans d'occupation des sols puisqu'il détermine la destination générale des différentes parties de l'île, l'implantation des grands équipements d'infrastructure et la localisation préférentielle des activités industrielles, artisanales, agricoles et touristiques. Le législateur est dans l'obligation d'établir une hiérarchie juridique entre les actes des collectivités territoriales.

Le deuxième cas se rapproche du premier et concerne les décisions de certaines collectivités qui sont subordonnées aux décisions d'une autre collectivité. C'est par exemple le cas pour les départements et les communes en matière d'allocations d'aides directes aux entreprises. En vertu de l'article L. 1511-2 du Code général des collectivités territoriales, les

[224] BOURDON (J), PONTIER (J-M), RICCI (J-C), *Droit des collectivités territoriales*, Paris, PUF, 1998, p. 120

régions bénéficient d'une prééminence pour définir les régimes d'aides directes[225]. Les départements, les communes ou leurs groupements ne peuvent attribuer ces aides que si la région les a créées, selon les règles qu'elle a énoncées, à titre complémentaire. Les aides directes relèvent de la compétence du Conseil régional qui a l'initiative de la mise en place de leur régime (critères de recevabilité des demandes, nature des activités aidées), les départements et les communes ou leurs groupements ayant seulement la possibilité de compéter les aides apportées par la région dans le cadre d'une convention passée avec cette dernière.

Enfin, la troisième source éventuelle de tutelle concerne essentiellement les petites communes. Selon l'article L. 3233-1 du Code général des collectivités territoriales[226], les communes peuvent devenir dépendante des départements sous la forme de tutelle recherchée ou de tutelle acceptée.

Le pouvoir de décision des autorités communales peut se trouver vidé de son contenu par un transfert au bénéfice des services dotés du pouvoir d'expert des départements[227].

Au-delà de ces situations, les tentations hégémoniques de certaines collectivités (notamment les régions) peuvent ressortir insidieusement. Selon le professeur PONTIER, les affaires dans lesquelles le juge administratif a été amené à vérifier qu'une collectivité n'exerçait pas de tutelle sur une autre « *sont significatives d'une interprétation rigoureuse, par le juge de ce principe* »[228] Les collectivités locales étant méfiantes, elles ne veulent pas subir ni exercer de tutelle sous quelque forme que ce soit. Il est possible cependant de trouver quelques décisions des juridictions administratives relatives à l'interdiction ce principe.

Selon la formule d'Oliver DUGRIP, « *quelques mois seulement après son entrée en vigueur, la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, est déjà l'objet d'intéressantes décisions de la juridiction administrative…Le jugement rendu définitivement par le tribunal administratif de Montpellier*

[225] Selon l'article L. 1511-2 du CGCT : « …le conseil régional définit le régime et décide de l'octroi des aides aux entreprises dans la région qui revêtent la forme de prestations de services, de subventions, de bonification d'intérêt, de prêt et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations. Les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement de ces aides dans le cadre d'une convention passée avec la région… »

[226] Article L.3233-1 : « Le département apporte aux communes qui le demandent son soutien à l'exercice de leurs compétences »

[227] Nous pensons ici notamment au domaine de l'urbanisme

[228] J.-M. PONTIER, « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 635

le 20 juin 1983 devrait occuper à cet égard une place privilégiée : il est en effet l'un des premiers à se prononcer sur l'autonomie des collectivités décentralisées, les unes par rapport aux autres »[229] En l'espèce, le tribunal administratif de Montpellier a annulé un règlement des subventions édicté par le Conseil régional de Languedoc Roussillon conférant aux présidents des conseils généraux des départements composant la région un rôle d'intermédiaire entre les communes et cette dernière dans l'octroi et le contrôle de l'utilisation des subventions allouées par le conseil régional. En effet, selon le jugement du tribunal administratif « considérant que ces dispositions, en donnant aux présidents des conseils généraux un rôle essentiel en ce qui concerne l'octroi puis le contrôle de l'utilisation des subventions du conseil régional, institue une forme de tutelle contraire à la volonté du législateur qui a entendu, par la loi susmentionnée du 2 mars 1982, supprimer tout contrôle a priori sur les autorités décentralisées, volonté d'ailleurs ultérieurement explicitée dans l'article 2 de la loi du 7 janvier 1983… » Ce jugement met en avant l'interprétation stricte par le juge de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre. A la suite des lois de décentralisation de 1982 et 1983, aucun texte ne réglementait la procédure d'octroi et de contrôle de l'utilisation des subventions. Rien n'interdisait le Conseil régional de Languedoc Roussillon d'élaborer un règlement intérieur définissant les modalités de ses interventions et précisait notamment la procédure d'octroi des subventions. Or comme le constate Olivier DUGRIP, « *Si le conseil régional pouvait ainsi prévoir, légitiment semble-t-il, de recueillir l'avis des conseils généraux, il ne pouvait pas imposer aux bénéficiaires éventuels de présenter toutes leurs demandes de subventions sous couvert du président du conseil général concerné et ne prendre en considération que les demandes ayant donné lieu à un avis du conseil général. Ce faisant, le règlement attaqué ne se bornait pas à prévoir la consultation du conseil général par le conseil régional : il obligeait les bénéficiaires éventuels des subventions à solliciter l'avis du conseil général, faisant de l'intervention des départements une condition de recevabilité de leur demande. En l'absence d'avis du conseil général la demande ne pouvait pas être examinée, ni la subvention allouée* » L'octroi de la subvention demandée dépendait plus à la limite de l'intervention du Conseil général que du Conseil régional.

L'auteur revenait ensuite sur la « vague définition » de la tutelle en précisant qu'a la suite du jugement du tribunal administratif de Montpellier, le juge sera en mesure de déterminer et de sanctionner les formes de tutelle. Et de proposer alors une définition de cette notion en déclarant : « *le terme de tutelle devrait retrouver en recouvrant la réalité*

[229] Olivier DUGRIP, « Note sous l'arrêt du tribunal administratif de Montpellier du 20 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région de Languedoc Roussillon* », *AJDA*, 20 décembre 1983, p. 678

administrative, une plus grande efficacité pratique, désignant toute action de contrainte ou tout acte de contrôle exercé sur une collectivité locale par les organes d'une collectivité territoriale supérieure. Plus précisément, constitue une forme de tutelle toute soumission non prévue par un texte, par quelque moyen que ce soit, d'une collectivité à une autre. C'est par référence à cette relation hiérarchique, à ce rapport de subordination, qu'il faut comprendre la notion de tutelle, telle que l'entend le législateur, lorsqu'il règle les relations des collectivités locales entre elles »

L'analyse de ce jugement par Olivier DUGRIP rejoint également l'idée selon laquelle l'interdiction de la tutelle était la condition de mise en œuvre des transferts par blocs de compétences, les collectivités locales ne pouvant pas intervenir dans des domaines de compétences que ne sont pas les leurs, cette interdiction étant formelle et absolue. Selon DUGRIP : « *Il est ainsi permis de se demander si ce n'est pas le principe même de l'intervention de la collectivité départementale dans un domaine de compétence qui ne lui était pas attribué et qu'elle ne partageait pas qui a été sanctionnée par la juridiction administrative* »

Les décisions des juridictions administratives relatives a l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre sont étonnamment peu nombreuses. Nous retrouvons ici l'analyse du professeur PONTIER qui expliquait que « *les collectivités locales sont elles-mêmes méfiantes, ne voulant ni subir ni exercer une tutelle* » [230]

La rareté des décisions relatives à cette notion a été confirmée par Jean-Louis REY, Conseiller au tribunal administratif de Pau. Celui-ci écrivait : « *on est étonné, quinze ans après la grande loi de décentralisation du 3 mars 1982, de ne trouver, à proprement parler, qu'une seule décision de justice traitant de ce problème* »[231] Il s'agit de la décision du tribunal administratif de Montpellier que nous venons d'évoquer. Cependant, dans le jugement rendu par le tribunal administratif de Pau[232], la question soulevée est sensiblement différente. Dans le jugement du tribunal de Montpellier, le juge a sanctionné non pas le risque de tutelle d'une collectivité sur une autre, mais le fait que le règlement élaboré par le Conseil régional pour les subventions aux communes donnait un rôle essentiel aux présidents des Conseils généraux « en ce qui concerne l'octroi puis l'utilisation des subventions du conseil régional » Le

[230] J.-M. PONTIER, « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 635
[231] J-L REY, « Application du principe interdisant à une collectivité d'exercer une quelconque tutelle sur une autre collectivité », *AJDA*, 1997, p. 542
[232] Tribunal administratif de Pau, 13 mai 1997, *Préfet des Landes c/ département des Landes*

règlement avait été annulé par ce que la collectivité compétente avait donné un pouvoir de tutelle à une autre collectivité qui, elle, n'avait pas de compétence particulière dans ce domaine.
Jean-Louis REY constatait néanmoins que la question du respect des compétences respectives des collectivités dans la jurisprudence relative aux interventions économiques était plus fréquente que celle relative à la notion de tutelle.

En l'espèce, la question qu'avait à trancher le tribunal administratif de Pau était quelque peu différente : en modulant le taux de subvention en fonction du mode de gestion du service communal, le département avait-il, comme le soutenait le préfet, exercé une tutelle prohibée par les textes relatifs à la décentralisation ?
Le tribunal pour répondre à cette question a cherché à délimiter la portée de l'interdiction de toute tutelle d'une collectivité sur une autre. Selon le Conseiller REY, « *cette interdiction découle directement du principe de libre administration des collectivités territoriales posé par l'article 72 de la Constitution* » Il rappelait également, comme nous l'avons vu[233], que le Conseil Constitutionnel a eu, a plusieurs reprises, l'occasion de veiller au respect de ce principe par le législateur. Cependant, il avait une remarque très pertinente dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité s'était toujours fait dans le cadre des relations entre l'Etat et les collectivités et non dans celui des rapports entre les collectivités territoriales. Le tribunal administratif de Pau déduisait alors, comme l'avait fait celui de Montpellier, qu'il résulte du principe constitutionnel de libre administration qu'aucune collectivité ne peut, à l'occasion de l'exercice de ses compétences, exercer sur une autre une quelconque tutelle en déclarant :
« que si le principe de libre administration des collectivités n'empêche pas que les régions ou les départements définissent, dans le cadre des politiques de subventionnement au profit des communes ou syndicats de communes relevant de leurs compétences, des critères incitatifs, il s'oppose à ce que, par ce biais, ils incitent ces communes ou leurs syndicats à retenir un mode de gestion précis du service public concerné par la subvention, ce qui relève de la seule compétence de ces derniers[234] »[235] La délibération déférée modifiait les règlements départementaux d'aide aux travaux d'assainissement ou d'alimentation en eau potable des communes ou de leurs syndicats en introduisant une modulation du taux de subvention en fonction du mode de gestion du service[236] D'après le Conseiller, « *l'objectif poursuivi d'un*

[233] Voir page 67
[234] Il s'agit d'une compétence communale
[235] Premier considérant du jugement
[236] Selon le tribunal administratif de Pau : « le conseil général des Landes, par la décision attaquée, majorant le taux de subvention de 5 % pour les collectivités dont le service d'assainissement et d'alimentation en eau potable

meilleur rapport qualité - prix du service et d'une plus grande transparence, était, comme en convenait le préfet, on ne peut plus louable » Il fallait en définitive analyser les modalités retenues face aux principes dégagés par les lois de décentralisation.

Comme dans la première décision du tribunal administratif de Montpellier, le tribunal de Pau a pris en compte la répartition des compétences entre les collectivités. Il a d'abord rappelé que le choix entre les divers modes de gestion des services publics était de la compétence exclusive des conseils municipaux. Il a ensuite constaté que la modulation litigieuse avait pour objet de peser sur ce choix, alors que le département ne disposait d'aucune compétence dans ce domaine. Cette approche permettait alors d'élaborer « *un considérant de principe susceptible d'éclairer les collectivités territoriales pour la mise en œuvre de leur politique de subvention aux autres collectivités et de sanctionner le département pour avoir, même si ce n'est que de façon indirecte, empiété sur les compétences propres des communes* »

Le tribunal annulait alors la décision du conseil général du département des Landes relative à la modulation des subventions.

A la différence du jugement du tribunal administratif de Montpellier rendu en première instance, le département des Landes demandait au juge de cassation de censurer ce raisonnement, confirmé par la cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 31 mai 2001.

Le Conseil d'Etat a alors donné entière satisfaction au département des Landes, non seulement en écartant la qualification de tutelle et l'idée d'une atteinte à la libre administration, mais encore en repoussant les divers griefs qui étaient faits à la délibération attaquée, notamment celui relatif à la violation du principe d'égalité devant les charges publiques. Comme le relève Francis DONNAT et Didier CASAS, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, l'Assemblée du contentieux a jugé que la délibération attaquée ne méconnaissait aucune des dispositions. Ils ont alors observé que l'Assemblée semble avoir voulu traiter distinctement la question de la tutelle de celle de la libre administration[237]. Ainsi, même si la décision cite, dès le début, tant les dispositions de l'article 72 de la Constitution que celles de l'article L. 1111-4 du Code général des collectivités territoriales, l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat juge de cassation ne porte que sur la violation de ces

---

est en régie et minorant de 5 % celui pour les collectivités dont le service est affermé, a entendu influencer le choix des communes et de leur syndicat de coopération quant au mode de gestion du service… »

[237] Francis DONNAT et Didier CASAS, « Dans quelles limites et conditions une collectivité territoriale peut-elle subventionner les projets d'une autre ? », *AJDA*, 2004, p. 195

dernières dispositions, relatives à la notion de tutelle. Selon les auteurs, « *cette façon de faire correspond, …, à la volonté de bien marquer la différence entre deux notions qui, pour être cousines, ne sont pas synonymes : si la tutelle est un mode particulier d'établissement des relations juridiques entre deux organes, la libre administration est le principe qui gouverne globalement le statut des collectivités territoriales* »

Pour prononcer la validité de la délibération du département des Landes, le Conseil d'Etat rappelle que l'exercice de la tutelle ne saurait être confondu avec une simple démarche incitative. Dans la droite ligne de sa jurisprudence, le Conseil constate que la tutelle est en droit administratif une notion précise qui repose sur deux idées simples : d'une part, la tutelle ne se présume pas, et les pouvoirs dont se trouve investie l'autorité de tutelle sont précisément et uniquement ceux qui ont été énoncés par un texte. D'autre part, la tutelle suppose une capacité de contrainte réelle de la part de l'autorité qui en bénéficie sur les organes qui la subissent. Cette contrainte peut prendre la forme, selon le cas, d'un pouvoir d'approbation, d'autorisation ou de substitution d'action. Les conclusions de François SENERS, Commissaire du gouvernement, sont particulièrement éclairantes à cet égard[238].
Aussi, pour juger, contrairement aux juges du fond, qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de tutelle de la part du conseil général sur les autres collectivités, le Conseil d'Etat a en effet relevé que, si le département avait entendu inciter les communes à faire des choix particuliers en modulant le montant de ses subventions, il n'exerçait ce faisant aucun pouvoir d'autorisation ou de contrôle sur les communes[239]

L'arrêt rendu par l'Assemblée du Conseil d'Etat semble être salutaire dans la mesure où, « *une interprétation extensive de la tutelle est rejetée car elle affecterait d'une grave incertitude juridique la pratique généralisée des financements croisés entre collectivités et elle porterait atteinte à la faculté des personnes publiques d'user librement de leurs fonds* »[240]
Tant les conclusions du Commissaire du gouvernement que le commentaire des Maîtres des requêtes sur cet arrêt, mettent en évidence le bon sens de la décision. Selon Francis DONNAT

[238] François SENERS, Commissaire de gouvernement, « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, RFDA, mai – juin 2004, p.p. 518- 524
[239] Aux termes du 4e considérant de l'arrêt du 12 décembre 2003 du Conseil d'Etat : « Considérant…que si la délibération litigieuse a entendu, par une modulation du taux des subventions, inciter financièrement les communes ou leurs syndicats à gérer en régie leurs réseaux d'eau et d'assainissement plutôt que de les affermer, elle n'a pas subordonné l'attribution de ces aides à une procédure d'autorisation ou de contrôle ; que, dès lors, en jugeant que cette délibération avait institué une tutelle et méconnu ainsi les dispositions précitées de l'article L.1111-4 du code général des collectivités territoriales, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit… »
[240] Jean-Claude DOUENCE, Note sous « La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre », Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, *Département des Landes*, RFDA, mai – juin 2004, p.p. 525- 529

et Didier CASAS[241], « *la décision Département des Landes permet… de préserver la sécurité juridique de méthodes largement utilisées par les collectivités publiques, locales en particulier, pour financer les infrastructures dont la réalisation est à leur charge* »
Or, il n'existait pas, jusqu'à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, de procédure permettant à une collectivité d'intervenir dans des compétences qui ne lui été pas attribuées. Il était alors nécessaire de prévoir un système qui autoriserait des interventions d'une collectivité dans le cadre des compétences d'une autre sans être certaine de subir la sanction du juge administratif comme exerçant une tutelle.

§ 2. L'instauration de la notion de collectivité chef de file

Partant du constat que certaines interventions des collectivités, dans des domaines ne leur appartenant pas, étaient régulièrement sanctionnées, il était nécessaire de mettre en place un procédé qui ne pourrait pas être jugé inconstitutionnel et illégal pour des projets d'envergure ou complexes. Le législateur conscient de ce manque a donc prévu le système de collectivité chef de file. Voulant entériner une situation de fait (A), nous aborderons le contenu de cette notion issue de la révision de mars 2003 (B).

A. Une existence ancienne

La notion de collectivité chef de file trouve peut-être, d'après le professeur PONTIER, ses sources intellectuelles dans le rapport de la Commission de développement des responsabilités locales déposé en 1976 sous le titre « Vivre Ensemble » Il constatait que certaines propositions de ce rapport, tout en adoptant une terminologie différente allaient dans ce sens[242]. Mais il relevait également qu'en 1976, le Conseil Constitutionnel n'avait pas encore développé sa jurisprudence sur le principe de libre administration des collectivités territoriales, principe qui, aujourd'hui, conditionne et limite l'intervention du législateur.
La première véritable apparition de la notion de collectivité chef de file est contenue dans la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire[243]. Le II de l'article 65 de la loi énonçait avant son examen par le Conseil Constitutionnel, qu'une loi ultérieure

[241] Ils déclaraient dans le cadre de cette analyse que la décision commentée parait inspirée « par un heureux pragmatisme »
[242] J.-M. PONTIER, « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *Revue administrative n°328,* juillet - août 2002, p.p. 402 - 407
[243] Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF,* 5 février 1995

définirait « *Les conditions dans lesquelles une collectivité pourra assurer le rôle de chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales* » Il ajoutait que « *jusqu'à la date d'entrée en vigueur de cette loi, les collectivités territoriales pourront, par convention, désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice de ces mêmes compétences* »
Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 94-358 du 26 janvier 1995 censura cette disposition, pourtant non critiquée par les auteurs de la saisine au motif que « *le législateur ne saurait renvoyer à une convention conclue entre les collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférentes à cette fonction* » Mais il semblerait que l'analyse de cette décision soit erronée. Pour le sénateur René GARREC[244], « *en fait, le Conseil Constitutionnel ne censurait pas, en tant que telle, la possibilité de désigner une collectivité « chef de file », mais simplement « l'incompétence négative » du législateur. Cette décision n'en a pas moins été interprétée comme un rejet de la notion* » Pourtant le professeur PONTIER s'interroge sur la décision du Conseil Constitutionnel. Il explique que cette décision est sujette à plusieurs interprétations dont l'une serait que le Conseil aurait sanctionné la notion même de collectivité chef de file, parce qu'elle instituerait une hiérarchie entre les collectivités que l'article 72 de la Constitution, ni ne prévoit, ni n'autorise[245].

Lors de l'examen de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, le Sénat avait adopté un article additionnel prévoyant la désignation d'une collectivité « chef de file » pour des actions communes menées par la voie conventionnelle par les collectivités et leurs groupements en matière d'aménagement du territoire et de développement économique. Pour le Sénat, la collectivité « chef de file » devait jouer un rôle de coordination de la programmation et de l'exécution de ces actions communes. Garante de la cohérence des objectifs communs aux différentes collectivités, elle n'aurait exercé en aucun cas un pouvoir de contrainte. Mais cet article additionnel fut écarté par l'Assemblée Nationale lors de la lecture définitive du projet de loi après l'échec de la commission mixte paritaire.

Chemin faisant, la notion de collectivité chef de file réapparaît en 2002. L'article 102 de la loi n° 2002-476 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a prévu une

[244] René GARREC, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Sénat, n° 27, 23 octobre 2002, p. 109
[245] J.-M. PONTIER, « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *Revue administrative n°328*, juillet - août 2002, p. 403

première application de cette notion en confiant à la région le soin d'attribuer les aides directes aux entreprises et de définir leur régime, tout en permettant aux départements et aux communes de contribuer à leur financement à la condition de signer une convention avec le Conseil régional. N'ayant pas été saisi de la loi, le Conseil Constitutionnel n'a pas eu à se prononcer sur cette disposition.

Aussi, peut-être avant d'aborder la constitutionnalisation de la notion de chef de file, nous pensons nécessaire d'approfondir cette notion. Selon Michel PIRON[246], « *la double nécessité de clarifier la répartition des compétences entre collectivités territoriales et de permettre la désignation de collectivités chef de file pour la mise en œuvre de compétences croisés fait l'objet d'un large consensus* » Cette idée avait pour origine le rapport de la Commission MAUROY [247] qui proposait que lorsqu'une collectivité intervenait dans un domaine de ses compétences, elle pouvait solliciter des financements d'autres collectivités partenaires en tant que chef de file du projet à mener.
Comme l'indique le professeur PONTIER, la détermination du contenu de la notion de collectivité chef de file doit s'orienter dans une double direction.

Il convient premièrement de s'interroger sur les relations entre cette notion et la répartition des compétences entre les collectivités locales. Partant du constat que les collectivités locales bénéficient de compétences et que la répartition est relativement complexe, c'est à cet instant que la notion de collectivité chef de file émerge. Depuis le temps, les collectivités locales ont appris à coopérer mais elles ressentent selon l'auteur « *quelques fois le besoin de désigner l'une d'entre elles comme l'animateur, le conducteur, le meneur, ou tout autre terme que l'on préfère* » La notion de collectivité chef de file n'a pas pour objet et ne peut avoir pour effet de modifier la répartition des compétences telle qu'elle existe. La raison d'être de la détermination de la collectivité chef de file consiste, dans un domaine déterminé et pour une ou plusieurs actions précises, à donner à une collectivité engagée dans l'opération, des fonctions d'animation et de coordination.

Une fois précisée le contenu de la notion, il faut alors analyser quelles peuvent être les relations entre la collectivité déclarée chef de file et les autres collectivités locales. Nous pouvons déjà relever que ce type de relation interdit toutes formes de tutelle que ce soit sous peine d'être sanctionné par le juge administratif. En effet, le sénateur Michel MERCIER, dans

[246] Michel PIRON, *Rapport d'information déposé par la commission des lois constitutionnelles sur l'équilibre territorial des pouvoirs*, Assemblée Nationale, n° 2881, 22 février 2006, p. 45
[247] *Commission pour l'avenir de la décentralisation*, intitulé « *Refonder l'action publique locale* »

son rapport sur « La République territoriale », fait valoir que le collectivité chef de file n'exercerait en aucun cas un pouvoir de contrainte sur les autres collectivités et ajoute que cette notion « *ne remet donc pas en cause le principe fondamental des lois de décentralisation qui prohibe toute tutelle d'une collectivité sur l'autre* »[248] Cette analyse est confirmée par le professeur PONTIER qui opère une comparaison avec le droit civil : « *Dans un contrat de droit privé, il est admis que l'un des contractants puisse disposer de prérogatives particulières sans que cela affecte le consensualisme* »[249] Effectivement, si une convention passée entre plusieurs collectivités publiques attribue un rôle particulier à l'une d'entre elles, cela ne crée pas pour autant une tutelle.
Il ne restait plus alors dans la révision conscientielle du 28 mars 2003 que d'inscrire la notion de collectivité chef de file dans le même article que celui interdisant la tutelle.

B. La constitutionnalisation du principe de collectivité chef de file

La reconnaissance de la collectivité chef de file par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 est intégrée à l'article 72 alinéa 5 de la Constitution. Nous avons vu que ce même article débute par le rappel de l'interdiction de toute tutelle[250]. Il se termine par l'intégration du principe de collectivité chef de file[251] : « Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune »
La rédaction de cet article vient une nouvelle fois « *monter que le pouvoir constituant n'a pas souhaité revenir à une « théorie pure » des blocs de compétences* » selon le professeur BRISSON[252]. Il remarque alors que si l'idée de spécialisation des compétences autour de l'affirmation de vocation dominante pour chaque échelon reste un objectif, la Constitution prend acte de ce que la plupart des domaines de l'action locale donneront lieu, même dans le

[248] Michel MERCIER, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales*, Sénat, n° 447, tome I, 28 juin 2000
[249] J.-M. PONTIER, « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *Revue administrative n°328*, juillet - août 2002, p. 407
[250] Nicolas KADA, « L'acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP n° 5*, septembre – octobre 2005, p. 668. Comme l'atteste l'auteur : « Certes, l'interdiction d'une hiérarchie entre collectivités, sans cesse proclamée par le droit positif ainsi que par une jurisprudence classique du Conseil Constitutionnel, est réaffirmée avec force par le Constituant »
[251] Idem : « Certes, la notion de « collectivité chef de file » n'est pas mentionnée expressément »
[252] J.-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivité locales », *AJDA*, 24 mars 2003, p. 538

cadre de nouveaux transferts, à l'exercice de compétences partagées. Nous retrouvons alors les développements antérieurs sur le principe de subsidiarité qui semble être le nouveau mode de répartition des compétences entre collectivités territoriales.

La lecture attentive de ce nouvel article 72 alinéa 5 de la Constitution appelle cependant quelques commentaires de la doctrine notamment dans la mise en place de ce procédé. En effet, selon Nicolas KADA, « *la disposition constitutionnelle ne précise pas si la collectivité ainsi reconnue chef de file pourra prendre, seule, des décisions (les autres collectivités n'intervenant que pour la mise en œuvre) ou devra seulement assurer un rôle de superviseur, sur le plan pratique, de la mise en œuvre* » L'auteur considère qu'aux vues de l'absence de précision et de la référence explicite « aux modalités de l'action commune », la collectivité chef de file puisse bénéficier d'un pouvoir décisionnaire important.
Il s'impose que la transposition de cette notion nécessite quelques précautions. Il conviendra alors d'éviter un détournement de procédure, qui résulterait de son application dans des domaines qui favoriseraient l'incursion d'une collectivité là où une autre collectivité locale détient une compétence exclusive. Toujours selon KADA, dans le silence du texte constitutionnel, il est possible d'envisager la coopération ente collectivités de même niveau, dont l'une serait le chef de file. Cela signifie que la collaboration entre régions est de fait concevable, de même qu'une coopération entre communes en dehors de toute convention et de tout établissement public de coopération intercommunale. Plus généralement, comme le constate le professeur FIALAIRE, « *une réflexion devrait être menée sur les limites à ne pas franchir pour que ce procédé reste compatible avec la théorie des compétences des autorités publiques. Il conviendrait ici de reprendre les travaux visant à formuler une nouvelle théorie dite « de l'habilitation », susceptible de dégager des marges nouvelles d'action pour les collectivités locales* »[253]

Face à ces interrogations, quelles peuvent être alors les domaines dans lesquels une collectivité pourrait être nommée chef de file ?
Cette question revient sensiblement à la distinction opérée par le professeur PONTIER quant l'utilisation de la notion de collectivités chef de file dans des domaines de compétences exclusives des collectivités ou bien des domaines partagés entre l'Etat et les collectivités territoriales[254].

[253] Jacques FIALAIRE, « Les nouvelles règles constitutionnelles d'encadrement des compétences », *Cahiers administratifs et politistes du Ponant*, Institut Français des Sciences Administratives –Section Ouest, Brest, automne hiver 2002, n° 7, p. 27
[254] J.-M. PONTIER, « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *Revue administrative n°328*, juillet - août 2002, p. 403

Concernant le recours à une collectivité chef de file dans des domaines de compétences exclusives des collectivités[255], aujourd'hui possible depuis la révision constitutionnelle, nous pouvons nous interroger sur l'utilité de recourir à ce procédé. Comme le concède PONTIER, « *s'agissant de compétences qui leur ont été attribuées par la loi, les collectivités locales peuvent trouver toutes seules les moyens de s'entendre, si elles en éprouvent le besoin* »
Plutôt que de recourir à la désignation d'une collectivité chef de file pour diriger une opération relevant des compétences exclusives, les collectivités disposent de deux autres modes de coordination.
La première voie est la voie contractuelle. Il est toujours possible, à plusieurs collectivités qui estiment qu'une coordination de leur action est souhaitable, de s'entendre en passant entre elles un contrat. La seconde voie consisterait pour les collectivités à créer un établissement public pour coopérer. Dans ce cas, il est évident qu'il ne s'agit pas d'un EPCI. Cependant, les collectivités recourent assez peu à cette formule, beaucoup moins souple que le contrat.

Concernant le recours à une collectivité chef de file dans des domaines de compétences partagés entre l'Etat et les collectivités locales, il est possible de rencontrer plusieurs domaines d'intervention. Il existe effectivement plusieurs domaines, énumérés de manière relativement vague par la loi où les compétences sont partagées entre l'Etat et les différentes collectivités locales. L'article L. 1111-2 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les communes, les départements et les régions « concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire « dans leur dimension économique, sociale, sanitaire, culturelle et scientifique, ainsi qu'au développement durable » »
S'agissant du Conseil régional, l'article L. 4221-1 alinéa 3 du même code prévoit qu' « il peut engager des actions complémentaires de celles de l'Etat, des autres collectivités territoriales et des établissements publics situés dans la région… »
Nous pensons que c'est dans le cadre des interventions partagées entre l'Etat et les collectivités locales que la notion de collectivité chef de file pourra se développer

[255] Nous faisons ici référence à la clause générale de compétence qui est codifiée pour les communes à l'article L. 2121-29 du CGCT, à l'article L. 3211-1 pour les départements et à l'article L. 4221-1 du même code pour les régions

TITRE II
LES TRANSFERTS DE COMPETENCES « HORIZONTAUX » : L'INTERCOMMUNALITE

L'examen des transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation a mis en évidence les principes directeurs « fondamentaux » par lesquels l'Etat se désengage de compétences qu'il exerçait autrefois au profit des trois niveaux de collectivités territoriales. Il existe un second cadre dans lequel nous pouvons rencontrer des transferts de compétences : il s'agit de l'intercommunalité. Nous allons alors présenter le cadre général de l'intercommunalité qui consiste pour les communes à créer un établissement public et à lui transférer un certain nombre de compétences communales. Nous reviendrons ensuite sur la loi du 13 août 2004, qui, bien qu'intéressant la décentralisation et instaurant de nouveaux transferts de compétences au profit des collectivités territoriales, contient également un titre consacré entièrement à l'intercommunalité. Le titre IX « Des communes et de l'intercommunalité » composé de 52 articles propose plusieurs innovations concernant les EPCI (Chapitre I).

Une fois le cadre général détaillé, nous reviendrons sur les particularités liées au transfert de compétences aux EPCI. Nous avons retenu deux particularités relativement significatives ayant pour origine la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Il s'agit notamment de la définition de l'intérêt communautaire et de la délégation de compétences d'une collectivité au profit d'un EPCI. Nous conclurons alors sur l'intercommunalité en analysant les différents rapports rendus récemment par la Cour des Comptes[256] et par le Sénat[257] (Chapitre II).

CHAPITRE I. Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité

CHAPITRE II. Les particularités des transferts de compétences aux EPCI

[256] *L'intercommunalité en France,* rapport de la Cour des Comptes, 14 novembre 2005

[257] P. DALLIER, Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre, Sénat, n° 193, 1er février 2006

CHAPITRE I
DEFINITION DE LA NOTION DE TRANSFERTS DE COMPETENCES DANS LE CADRE DE L' INTERCOMMUNALITE

Au même titre que la décentralisation, dont l'objet est d'établir une répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, l'intercommunalité participe à une réorganisation des compétences entre les communes et leurs groupements.
L'intercommunalité rejoint également la décentralisation par le fait que ce n'est pas un processus nouveau[258] d'organisation des compétences entre les communes et leurs groupements. La « révolution intercommunale »[259], consacrée par la doctrine, se définit aujourd'hui par une grande diversité de ses structures (Section I) Le terme de « révolution » peut, semble-t-il, prêter à confusion, nous préférons le terme d' « évolution » qui selon nous, est plus en adéquation avec l'approfondissement de l'intercommunalité issu de la loi du 13 août 2004 (Section II) dans la mesure ou cette loi n'apporte pas de bouleversements majeurs.

SECTION I
UN CADRE DIFFERENT POUR LES TRANSFERTS DE COMPETENCES : LA CREATION D'UN ETABLISSEMENT PUBLIC POUR RECEVOIR DES COMPETENCES

Le professeur DEBBASCH constate que « *dans tous pays se manifestent toujours deux tendances en partie contradictoires, la tendance à l'unité et la tendance à la diversité* » Si la tendance à l'unité se traduit par la centralisation, il existe simultanément, une autre tendance, « *la tendance à la diversité des groupes sociaux, commandée par des considérations d'ordre géographique ou historique. Le respect de cette diversité implique, sur le plan administratif, l'adaptation des mesures aux particularismes de chaque groupe social. C'est la*

[258] Les tentatives de regroupement communal ont marqué l'histoire administrative depuis 1789. Devant l'Assemblée constituante, THOURET, SIEYES et CONDORCET plaidaient pour la création de quelque 6500 grandes municipalités, alors que MIRABEAU défendait au contraire la transformation en communes des 44 000 paroisses de l'Ancien Régime. C'est cette dernière position qui l'emporta avec la création d'une municipalité dans chaque ville ou paroisse, le nombre total étant cependant réduit à 38 000. Cette organisation administrative fut vite contestée et depuis une multitude de projets a cherché à réduire le nombre des communes.
[259] *L'intercommunalité*, Paris, La documentation française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005. Cette expression est consacrée par le professeur BUISSON, p. 5

décentralisation »[260] A l'origine, il existe dans la conception administrative française, deux formes de décentralisation : la décentralisation territoriale et le décentralisation technique (§1). Nous verrons ensuite de quelles manières sont régis les transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité (§ 2).

§ 1. La création d'un établissement public pour recevoir des compétences communales

Face à l'émiettement communal qui constitue l'ensemble hétérogène de ses 36 565 communes, la France, prenant acte de l'échec des politiques incitatives ou autoritaires de fusion de communes, a fait le choix du pragmatisme, en optant de manière progressive pour le regroupement intercommunal. Ce choix d'une intercommunalité rationalisée semble découler naturellement de la tradition intercommunale française issue de la IIIe République. Selon le sénateur Philippe DALLIER, « *la révolution silencieuse de l'intercommunalité de projet n'a donc pas inquiété dans un premier temps, mais aujourd'hui on prend conscience que pour être silencieuse, cette mutation n'en est pas moins profonde et révolutionnaire au plein sens du terme : l'intercommunalité qui, jusqu'à présent, procédait des communes et leur était subordonnée, apparaît désormais de plus en plus comme une supra-communalité…* »[261] Nous allons alors revenir sur les caractéristiques de la décentralisation technique (A) avant d'aborder la répartition des compétences selon les types de communautés (B).

A. De la décentralisation territoriale à la décentralisation technique

La définition de la décentralisation territoriale du professeur DEBBASCH[262] est « *la reconnaissance par l'Etat d'autres personnes publiques territoriales disposant d'un pouvoir de décision sur un certain nombre de matières* » La décentralisation technique est réalisée quant à elle par l'établissement public. Celui-ci est « *la reconnaissance par une personne publique territoriale d'affaires présentant une particularité suffisante pour être gérées de manière autonome en les confiant à une personne publique créée à cette fin* » La technique juridique de la décentralisation technique est la même que celle de la décentralisation territoriale : elle suppose des affaires spécialisées, la reconnaissance de la personnalité juridique, un pouvoir propre, la gestion par les intéressés.

[260] C. DEBBASCH, F. COLIN, *Droit administratif*, Paris, Economica, 7e éd., 2004, p. 169
[261] P. DALLIER, *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, n° 193, 1er février 2006, p. 5
[262] Op. Cité p. 83

La décentralisation technique nécessite la création d'un établissement public qui a longtemps répondu uniquement à des considérations de pure gestion : certaines affaires étaient mieux gérées si elles étaient isolées des autres affaires administratives.
Avant d'entreprendre la création d'établissements publics, le législateur a tenté dans un premier temps d'opérer une réforme de l'organisation communale. L'émiettement communal est apparu sous toutes les républiques comme l'une des causes des difficultés pour aboutir à une gestion plus efficace des affaires locales, le cadre des communes apparaissait trop étroit. Selon les dernières données statistiques, au 1er janvier 2005, la France comptait 36 565 communes[263].

Comme le déclare le Doyen BOURJOL, « *l'esprit technocratique dans lequel baigne l'intercommunalité, en a estompé les ressorts philosophiques. Il faut donc remonter aux sources afin de saisir l'essence des concepts fondamentaux sous-jacents à cette politique* »[264]
Il s'interroge alors sur les raisons de l'échec de la politique de regroupement de communes et de récuser l'idée selon laquelle l'échec aurait pour origine les élus et les populations, rurales notamment, de refuser les regroupements par « esprit de clocher » ou « pour garder leur écharpe »
En effet, la politique de regroupement de communes oppose d'une manière conceptuelle l'Etat aux communes. Pourtant, il ne s'agit pas d'envisager cette politique sous l'angle d'une opposition. Or l'échec de la politique de regroupement de commune paraissait inévitable dans la mesure ou en partant du « triangle magique » que forment, à la base, la commune et l'Etat et au sommet la Nation, la commune joue un rôle primordial et apparaît comme le fondement constitutif de la Nation. La suppression des communes ne pouvait alors qu'ébranler cet édifice construit à grande peine sous le Révolution française[265].
A la suite de l'échec des politiques de regroupements de communes, émergea l'idée de faire naître une politique de coopération.

Cette coopération doit respecter l'identité et la volonté de chacune des communes membres. Aux termes de l'article L. 5210-1 du Code général des collectivités territoriales, « le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des

[263] *L'intercommunalité,* Paris, La documentation française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005.
[264] M. BOURJOL, *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY,* « L'intercommunalité. Réflexion autour d'un mythe », Dalloz, 1992, p. 381
[265] Il convient de se rapporter à la démonstration du Doyen BOURJOL qui dans son étude présente l'essence des concepts fondamentaux de l'intercommunalité.

projets communs de développement au sein de périmètre de solidarité » Depuis la loi du 12 juillet 1999[266], l'Etat est devenu un partenaire essentiel de cette coopération. L'objectif du projet de loi était de réduire le nombre des modes de coopération intercommunale, si possible sans user de la contrainte, sous peine de retomber dans le schéma de la loi MARCELLIN du 16 juillet 1971[267]. La loi de 1999 a entrepris un effort de rationalisation, en prévoyant la suppression des districts et des communautés de villes qui avaient jusqu'au 1er janvier 2002 pour se transformer. Afin de répondre aux besoins du milieu urbain, elle prévoyait la création d'une nouvelle catégorie de coopération intercommunale : il s'agissait de la communauté d'agglomération destinée aux ensembles d'au moins 50 000 habitants organisés autour d'une commune centre de 15 000 habitants, la commune chef-lieu de département. Cette structure était dotée de compétences obligatoires considérées comme stratégiques pour le développement urbain (développement économique, aménagement de l'espace) et la cohésion urbaine (équilibre social de l'habitat, politique de la ville). La loi prévoyait également de nouvelles communautés urbaines.

La loi de juillet 1999, reconnaissait au préfet, représentant de l'Etat, de larges attributions pour mettre en place cette politique de coopération intercommunale[268]. Il agissait, non seulement, comme organe d'impulsion, mais également comme arbitre des intérêts locaux en présence. Il devait, dans le respect des compétences de la commission départementale de la coopération intercommunale, définir la notion d'intérêt d'agglomération ou d'intérêt communautaire[269] et permettre la mise en place des structures adaptées à la satisfaction et au respect des intérêts communautaires.
Le préfet détermine également le périmètre de l'établissement public : il agit, soit à l'initiative d'un ou plusieurs conseils municipaux demandant la création d'un EPCI, soit de sa propre initiative. Dans ce cas, le préfet doit avoir, au préalable, demandé l'avis de la commission départementale de la coopération intercommunale.

[266] Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, JORF, 13 juillet 1999.
[267] La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République créait deux nouvelles structures, les communautés de communes et les communautés de ville et entendait axer la coopération intercommunale sur le développement économique et l'aménagement de l'espace.
[268] A. CHAMINADE, *Pratique des institutions locales*, 2e éd., Paris, Litec, 2005. L'auteur relevait à cette occasion les propos du ministre de l'Intérieur J.-P. CHEVENEMENT a propos des débats parlementaires relatifs à cette loi : « Ces pouvoirs d'appréciation des préfets constituent des garanties en terme de pertinence et d'applicabilité des projets »
[269] Nous reviendrons sur cette notion au cours du chapitre II relatif aux particularités des transferts de compétences aux EPCI dans la mesure où l'intérêt communautaire conditionne les compétences de ces établissements publics.

Comme toujours, le législateur soucieux de respecter le principe de la libre administration des collectivités territoriales, a prévu que le préfet ne pourrait agir qu'avec l'accord de l'organe délibérant de l'établissement public et celui des conseils municipaux des communes susceptibles d'être admises au sein de cet établissement. Le Code général des collectivités territoriales à l'article L. 5211-18 prévoit que l'extension du périmètre l'établissement public ne peut être mis en œuvre qu'en « l'absence d'opposition de plus du tiers des conseils municipaux des communes membres »

En résumé, nous pouvons rappeler sommairement les conditions initiales qui président à l'établissement d'un EPCI dont la procédure obéit à deux étapes encadrées par l'article L. 5211-5 du Code générale des collectivités territoriales. Comme nous venons de le voir, ces deux phases sont ponctuées par la prise d'un arrêté préfectoral. La première décision préfectorale est celle de la fixation du périmètre. La seconde décision est relative à l'arrêté de création.

Lorsque le législateur conditionne les pouvoirs du préfet en matière de coopération intercommunale, toujours dans l'optique de ne pas léser la libre administration des collectivités territoriales, le juge administratif lui reconnaît un large pouvoir d'appréciation dans ce domaine.

La jurisprudence considère que la préfet, lorsqu'il est saisi par une ou plusieurs communes d'une demande tendant à la création d'un EPCI, a la possibilité de ne pas créer ledit établissement alors même que les conditions légales relatives à la création de l'EPCI sont satisfaites[270]. Le Conseil d'Etat avait déjà jugé qu'il appartient au préfet d'apprécier l'opportunité de la création d'un syndicat de communes[271].
Le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur la décision du préfet relative à la liste des communes intéressées par la création d'un EPCI[272].
Le préfet peut également ne pas donner suite à une demande d'une ou plusieurs communes tendant à faire partie d'une communauté de communes déjà créée[273]. Dans ce cas, le contrôle exercé par le juge est également un contrôle restreint.

[270] CE, 2 octobre 1996, *Commune de Civaux*
[271] CE, 13 mars 1985, *Commune de Cayenne*
[272] CE, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainxe, et de Gondeville*
[273] CE, 3 avril 1998, *Communauté des communes du Pays d'Issoudun*

Cependant, dans le respect du principe de la libre administration des collectivités territoriales, le Conseil d'Etat a admis qu'une commune dont le préfet avait décidé de faire figurer sur la liste des communes intéressées par la création d'une communauté de communes, justifie l'intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'arrêté créant cette communauté. La commune est recevable à agir qu'elle ait été ou non incluse dans l'établissement.

B. Une répartition des compétences variable selon les différentes formes de communautés

Nous pouvons établir une distinction fondamentale entre les différentes formes d'intercommunalité qui oppose les syndicats intercommunaux et les EPCI à fiscalité propre. La distinction entre les deux formes d'intercommunalité tient dans le fait que seules les communautés sont dotées de compétences obligatoires, automatiquement transférées par les communes. Les syndicats ne disposent en revanche que des attributions que les communes ont librement choisi de leur conférer.

Les syndicats intercommunaux, qui peuvent être à vocation unique (SIVU) ou à vocation multiple (SIVOM), remplissent essentiellement des fonctions techniques, telles que la gestion de l'eau, la voirie, les transports urbains, la collecte des ordures ménagères.
Les SIVU sont des associations de communes qui sont chargés d'une seule compétence ou de la gestion d'un seul service, alors que les SIVOM peuvent recevoir plusieurs attributions en même temps que la gestion des services correspondants[274].
Issu de la loi du 22 mars 1890, le syndicat intercommunal a été plusieurs fois rénové. L'ordonnance du 5 janvier 1959 a assoupli les règles de l'unanimité et autorisé la « vocation multiple ». La loi du 5 janvier 1988 a instauré le syndicat « à la carte » de manière que les communes puissent adhérer pour la ou les compétences de leur choix. Les syndicats intercommunaux sont aujourd'hui régis par les articles L. 5212-1 à l. 5212-34 du Code général des collectivités territoriales.

[274] Selon Bernard PERRIN, la distinction entre le SIVU et le SIVOM est peu évidente, d'abord parce que la compétence unique n'exclut pas la gestion de plusieurs services, à condition bien sur qu'ils soient complémentaires, ensuite parce que les règles qui font la différence ne sont bien souvent que de simples nuances.

Leurs recettes proviennent principalement des contributions des communes, ainsi que du produit des taxes et contributions correspondant aux services assurés (taxe d'enlèvement des ordures ménagères)

Quant aux syndicats mixtes, qui associent des communes avec des départements, des régions ou des établissements publics, ils gèrent des services identiques à ceux des SIVU ou des SIVOM. Ils ont été reconnus par le décret-loi du 30 octobre 1935 dont l'article 1er disposait que « les départements, communes, chambres de commerce et établissements publics peuvent se grouper sous forme de syndicats pour l'exploitation, par voie de concession, de services publics représentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause » Un décret du 20 mai 1955 prévoit que la création d'un syndicat mixte répond à deux types de préoccupations : étendre la coopération aux collectivités territoriales de niveaux différents et aux établissements publics ; assouplir les règles de fonctionnement, de manière à échapper à quelques contraintes propres aux syndicats intercommunaux relevant du droit commun. Il existe deux types de syndicats mixtes. Les syndicats mixtes dits « fermés » de l'article L. 5711-1 du Code général des collectivités territoriales sont composés de communes et d'EPCI ou exclusivement d'EPCI. Leur fonctionnement se rapproche de celui des autres syndicats. Les syndicats mixtes dits « ouverts » de l'article L. 5721-2 du même code peuvent emporter l'adhésion de collectivités territoriales, de groupements de collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public (chambres consulaires et autres établissements publics) Ils doivent cependant comprendre au moins une collectivité territoriale ou un groupement de ces collectivités.

En ce qui concerne les EPCI a fiscalité propre, ils ont une mission beaucoup plus large que celle des syndicats. Ils ont vocation à structurer les espaces autour de la réalisation de projets d'intérêt communautaire, de sorte que, tout naturellement aucune commune ne peut faire partie à la fois de deux EPCI à fiscalité propre[275]. Au 1er janvier 2005, la France comptait 2 525 EPCI à fiscalité propre, rassemblant 88 % des communes (contre 27 % en 1993) et 82 % de la population française (contre 14 % en 1993)[276]

Nous reviendrons plus tard sur les modalités de transferts obligatoires, optionnels et facultatifs des EPCI à fiscalité propre.

[275] Article L. 5210-2 du CGCT : « Une commune ne peut appartenir à plus d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre »

[276] *L'intercommunalité*, Paris, La documentation française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005

L'Etat verse à ces EPCI une dotation d'intercommunalité (DGF des structures intercommunales) qui est d'autant plus importante que l'intégration intercommunale est plus forte. Les EPCI à fiscalité propre se répartissent en deux groupes :

Les EPCI à fiscalité additionnelle, qui sont les plus nombreux (56 %) ; ces EPCI prélèvent sur les quatre impôts directs locaux (taxe d'habitation, taxe foncière sur les propriétés bâties, taxe foncière sur les propriétés non bâties et taxe professionnelle) une fiscalité additionnelle à celle des communes. Ils peuvent également prélever la taxe professionnelle de zone (TPZ) sur une partie du territoire intercommunal, qui constitue une taxe professionnelle unique limitée géographiquement.

Les EPCI à taxe professionnelle unique (TPU), sont moins nombreux (44 %). Ils prélèvent en totalité et à un taux unique la taxe professionnelle sur l'ensemble du territoire regroupé. Ils peuvent également prélever une fiscalité additionnelle aux trois taxes sur les ménages (taxe d'habitation et taxes sur les propriétés bâties et non bâties) Elles bénéficient surtout d'une DGF bonifiée. Ces EPCI se présentent sous la forme de communautés qui sont de trois sortes : communautés de communes, communautés d'agglomération et communautés urbaines.

Les différentes sortes de communautés représentent la forme ultime de coopération intercommunale[277].

Les communautés de communes regroupent plusieurs communes formant un ensemble en principe d'un seul tenant et sans enclave et concernent essentiellement le milieu rural. Au 1er janvier 2005, il y avait 2 343 communautés de communes, regroupant 29 172 communes et 25, 3 millions d'habitants. Elles sont de deux sortes :

Les communautés de communes classiques sont celles prévues par la loi de 1992. Elles exercent, en lieu et place des communes, des compétences d'intérêt communautaire ; certaines sont obligatoires (aménagement de l'espace et développement économique) et l'une au moins est optionnelle, choisie dans l'un des cinq domaines suivants : environnement, logement et cadre de vie, voirie, équipements culturels et sportifs et de l'enseignement

[277] Nous n'aborderons pas le cas particulier des communautés de villes, crées par la loi de 1992 et dont l'objet était de construire de véritables agglomérations bien structurées, organisées sur la base d'un développement concerté. Le dispositif législatif et réglementaire qui les enferme plus qu'il ne les encadre a eu raison du développement de cette formule. Les cinq communautés de villes créées en 1992 ont aujourd'hui disparu de la scène intercommunale avant même que la loi du 12 juillet 1999 ne les condamne à une mort programmée en 2002.

élémentaire, action sociale. Leurs ressources sont en principe celles des EPCI à fiscalité additionnelle.

Les communautés de communes à TPU et à DGF bonifiée sont issues de la loi de 1999. Plus intégrées que les communautés de communes classiques, elle doivent exercer au moins quatre des six groupes de compétences d'intérêt communautaire suivantes : développement économique, logement, voirie, équipements sportifs, aménagement de l'espace et déchets.

Les communautés d'agglomération regroupent plusieurs communes formant un ensemble de plus de 50 000 habitants, en principe d'un seul tenant et sans enclave, autour d'une commune centre de 15 000 habitants ou d'un chef –lieu. Elles étaient 162, au 1er janvier 2005, regroupant 2 750 communes et 20, 4 millions d'habitants. Elles exercent des compétences communautaires à titre obligatoire dans quatre domaines : développement économique, aménagement de l'espace, équilibre social de l'habitat, politique de la ville. Elles doivent également exercer trois des six compétences suivantes : voirie, assainissement, eau, environnement, équipements culturels ou sportifs, action sociale. Elles bénéficient toute des ressources des EPCI à taxe professionnelle unique et donc à DGF bonifiée.

Les communautés urbaines regroupent plusieurs communes formant un ensemble de plus de 500 000 habitants, toujours en principe d'un seul tenant et sans enclave. Ce régime s'adresse aux 14 plus grandes agglomérations françaises (regroupant 355 communes et 6,2 millions d'habitants) Actuellement, deux types de régimes coexistent :

Les communautés urbaines de la loi de 1966, qui sont soumises au régime des EPCI à fiscalité additionnelle, exercent obligatoirement un certain nombre de compétences : urbanisme, habitat, développement économique, zones d'activités…Elles peuvent sous certaines conditions, élargir leurs compétences pour rejoindre le régime de la loi de 1999.

Les communautés urbaines de la loi de 1999, sont soumises au régime des EPCI à taxe professionnelle unique (TPU). Elles exercent les compétences obligatoires suivantes : développement et aménagement économique, social et culturel ; aménagement de l'espace ; habitat ; politique de la ville ; gestion des services d'intérêts collectif ; protection de l'environnement.

§ 2. Les principes généraux des transferts de compétences à l'intercommunalité

Avant d'aborder les particularités des transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité, il nous faut présenter les principes généraux devant guider ces transferts. Nous verrons alors que les établissements publics de coopération intercommunale sont gouvernés par les principes de spécialité et d'exclusivité issu du droit administratif français (A). Nous reviendrons ensuite sur la nécessité de déterminer le périmètre pertinent de l'EPCI qui conditionne l'application des compétences sur cet espace (B).

A.. L'application des principes du droit administratif aux établissements publics

Nous avons vu que la coopération intercommunale peut prendre des formes variées, parfois très souple (une simple convention par exemple), alors que l'établissement public en constitue la forme la plus élaborée. En donnant cette qualification d'établissement public aux différentes structures qu'il a mises en place depuis 1890, le législateur a marqué leur différence de nature par rapport aux collectivités territoriales. Les collectivités territoriales ont une vocation générale sur leur territoire (cette idée est renforcée par l'attribution de la clause générale de compétence), l'établissement public est au contraire régi par la principe de spécialité et d'exclusivité[278]. En application du principe de spécialité, qui régit tous les établissements publics, un EPCI ne peut intervenir que dans le champ des compétences qui lui ont été transférées[279] (principe de spécialité fonctionnelle) et à l'intérieur de son périmètre (principe de spécialité territoriale). En vertu de ce principe, un EPCI ne peut donc intervenir, ni opérationnellement ni financièrement, dans le champ de compétences que les communes ont conservées. Ce principe interdit également tout transfert de compétences à un EPCI, en provenance du département, de la région ou de l'Etat.

En application du principe d'exclusivité, les EPCI sont par ailleurs les seuls à pouvoir agir dans les domaines se rattachant aux compétences qui leur ont été transférées. Toutefois, ce principe ne leur interdit pas de confier l'exercice de certaines de leurs compétences à un

[278] Selon la circulaire relative aux dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « liberté et responsabilités locales », du 15 septembre 2004, les caractéristiques de l'établissement public sont clairement rappelées.
[279] L'EPCI exerce en conséquence des compétences strictement limitées par son statut, que ces compétences résultent directement de la loi ou aient été définies librement par les communes.

syndicat mixte à condition que le périmètre su syndicat inclut en totalité le périmètre communautaire après création du syndicat ou adhésion de la communauté.

Autrement dit, les principes de spécialité et d'exclusivité d'un EPCI ont pour objet de définir de manière limitative les compétences de ces établissements et ont pour conséquence de procéder au dessaisissement intégral des communes de leurs compétences déléguées.

En outre, alors que la collectivité territoriale dispose d'organes élus au suffrage universel, l'établissement public de coopération intercommunale est administré par un comité ou un conseil composé de délégués élus par les communes. La loi du 12 juillet 1999 a prévu que désormais, les délégués doivent être obligatoirement choisis parmi les conseillers municipaux, une dérogation étant néanmoins admise pour les syndicats de communes. Le comité ou le conseil prend des délibérations, dont les conditions de validité sont celles fixées pour les conseils municipaux, sous réserve de certaines dispositions spécifiques applicables aux communautés urbaines. Les lois et règlements qui concernent le contrôle administratif et financier des communes sont applicables aux EPCI. Le président, organe exécutif de l'EPCI, prépare et exécute les délibérations. Il est l'ordonnateur des dépenses et prescrit l'exécution des recettes. Il est le seul chargé de l'administration, sous réserve de certaines délégations qu'il peut donner à d'autres membres du bureau.

Concernant les règles de création des EPCI, en dehors des quatre communautés urbaines (Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg) qui ont été crées directement par la loi, l'initiative de la création d'un établissement public, revient aux communes elles-mêmes. Nous avons vu que depuis la loi du 12 juillet 1999, il appartient au préfet de donner leur plein effet aux délibérations prises par les communes pour la création de l'EPCI, par un arrêté qui vaut délibération institutive. Aussi, ces pouvoirs sont modulés par le juge administratif en matière de création et d'extension du périmètre de l'EPCI.

Nous allons terminer notre développement sur les modalités de transferts de compétences aux EPCI :

Il faut noter dans un premier temps que le caractère du transfert de compétence à un EPCI est express. Toute compétence exercée par un groupement de communes doit obligatoirement et expressément loi avoir été attribuée par la loi ou des délibérations. Les attributions peuvent intervenir soit au moment de la création de l'EPCI, soit au cours de son

fonctionnement, dans le respect des règles de majorité qualifiée. Cette condition est générale pour l'ensemble des missions attribuées aux EPCI par les communes membres. Les conséquences attachées au caractère exclusif du transfert ne permettent pas d'accepter qu'un tel établissement se déclare ou soit déclaré compétent, sans que ces dernières aient effectivement procédé à une délégation. Pour le professeur LE MESTRE, « *c'est là une question de sécurité juridique : l'administré devant savoir quelle autorité est habilitée à gérer un équipement ou un service public déterminé* »[280]
L'attribution doit être précisément définie et strictement appliqué. Or il arrive fréquemment que les communes négligent de définir exactement et de manière détaillée le contenu de ce qu'elles souhaitent transférer à l'EPCI. Elles utilisent des formules générales, sans révéler la conception qu'elles se font de leur signification exacte. Aussi, la juridiction administrative n'hésite alors pas à interpréter le contenu des statuts de l'EPCI pour rechercher la réalité de l'attribution[281].

Dans un deuxième temps, nous pouvons relever le caractère exclusif du transfert de compétences. Les compétences exercées par un EPCI ne sont pas simplement déléguées, mais font l'objet d'un transfert total opéré de la commune vers le groupement. Il en découle que l'EPCI ne se superpose pas à la commune, mais la remplace bel et bien. Il exerce en effet, ses attributions « de plein droit et au lieu et place des communes »[282] L'établissement fait, dans ces conditions, écran entre les communes membres et les autres collectivités territoriales pour les compétences qui lui sont attribuées. La commune peut cependant conserver une mission qu'elle n'a pas expressément transférée. Pour LE MESTRE, « *l'exclusivité ne porte, en effet, que sur la partie transférées, et non sur le domaine concerné dans son entier* » [283]

Enfin, nous pouvons aborder les conséquences des transferts de compétences aux EPCI. Le transfert d'une compétence d'une commune à un EPCI entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mis en œuvre. Nous développerons dans la deuxième partie de notre étude les conditions de la mise en œuvre du transfert de agents non titulaires et des fonctionnaires territoriaux qui remplissaient leurs fonctions dans un service ou

[280] R. LE MESTRE, *Droit des collectivités territoriales,* Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 210
[281] TA Montpellier, 10 octobre 1984, *Giret et Vaillat*
[282] CE Ass., 16 octobre 1970, *Commune de Saint Vallier*
[283] Opus cité p. 96. L'auteur prend pour exemple l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1996, *Commune de Sète.* Une commune, ayan transféré à un syndicat intercommunal une mission pour la construction et l'exploitation d'un réseau de distribution d'eau potable, conserve le droit d'exploiter elle-même une source dont elle disposait auparavant.

partie de service ainsi transféré à un EPCI. Dans ce cadre, nous aborderons également les modalités de financement des missions affectées aux EPCI.

B. La recherche d'un périmètre pertinent conditionnant l'exercice des compétences communautaires

Comme nous l'avons vu, la création d'un EPCI se fait en deux étapes, ponctuées pour chacune d'entre elle par la prise d'un arrêté préfectoral. La première décision fixe le périmètre envisagé. Le Code général des collectivités territoriales fait référence à la notion de « périmètre de solidarité » et codifie à l'article L. 5211-18 les modalités relatives à la modification du périmètre.
Aussi, la doctrine et le juge administratif font référence à la notion de périmètre pertinent quand ils envisagent l'exercice des compétences par une structure intercommunale sur un territoire donné.
Mais qu'entend-on par périmètre pertinent ? Quelle autorité publique peut détenir la capacité juridique pour décider qu'un territoire dispose d'un périmètre pertinent et ainsi s'engager dans une démarche intercommunale ? Comme le relève Damien CHRISTIANY[284], « *l'expression peut apparaître malaisée car elle ne correspond à aucune qualification juridique mais elle est nettement préférable à celle de « périmètre homogène », faisant implicitement référence à une continuité administrative. Tandis que ce qui est homogène est équilibré, ce qui est pertinent est approprié, voire pragmatique. Un territoire homogène n'est pas forcément le plus pertinent pour l'exercice de compétences exercées à l'échelon communautaire* »

Aussi, pour le juriste, un périmètre pertinent, en matière de coopération intercommunale, répond classiquement à la double condition d'un territoire d'un seul tenant et sans enclave et, dont la volonté de ses initiateurs est d'élaborer un projet commun de développement.
Ainsi, la loi du 12 juillet 1999 a constitué une césure dans la manière d'appréhender le périmètre d'une structure intercommunale. Jusqu'à cette date, le législateur n'a jamais véritablement fait part de sa volonté de rationaliser les périmètres existants. L'absence réelle de contrainte en matière de fixation de périmètre jusqu'en 1999, démontre que le seul critère constitutif d'un EPCI reposait sur l'existence d'un projet de territoire, notion qui par ailleurs,

[284] Damien CHRISTIANY, « Etude sur les contentieux de création et d'extension des établissements publics de coopération intercommunale », *JCP Collectivités Territoriales – Intercommunalité*, mars 2006, p. 5

n'a revêtu aucune réelle valeur juridique jusqu'à la loi du 25 juin 1999, d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire[285].

Or, comme le précise l'article L. 5210-1 du Code général des collectivités territoriales, la notion de solidarité territoriale doit encourager les futurs élus communautaires à penser leur territoire de manière novatrice, en intégrant dans leurs réflexions l'établissement d'un « projet commun de développement et d'aménagement » Pour CHRISITANY, « *il est alors incontestable que se chevauchent deux périmètres rarement conciliables entre eux compte tenu de leur finalité respective* » En effet, alors que le périmètre d'intercommunalité institutionnalise le territoire, le périmètre d'aménagement obéit à la mise en œuvre de la compétence la plus stratégique pour les communautés : l'aménagement de l'espace.
Si le périmètre d'intercommunalité suppose, en principe, un territoire ne souffrant d'aucune discontinuité administrative, le périmètre d'aménagement correspond au territoire de projet. Le périmètre solidaire, tel qu'il ressort des textes, n'est pas celui qui répond uniquement à l'impératif de continuité territoriale : il obéit aussi à une logique de projet où l'intérêt communautaire se substitue à la somme des intérêts communaux.

Damien CHRISTIANY remarque alors que « *la cohérence des périmètres institutionnels à ceux d'aménagement constitue aujourd'hui l'une des questions les plus importante en matière de coopération intercommunale. Dans un souci évident de cohérence et de spatialisation des équipements publics, l'aménagement de l'espace territorial ne peut être assurée qu'à l'échelle supra communale* »
Nous retrouvons alors dans les compétences des trois formes de communautés la compétence « aménagement du territoire ». Pour les communautés de communes, la compétence relative à l'aménagement de l'espace[286] est simplement énumérée, alors que pour les communautés urbaines[287] et d'agglomération[288], cette compétence est plus détaillée.

[285] Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, *JORF*, 29 juin 1999
[286] Article L. 5214-16 du CGCT : « La communauté de commune exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêts communautaires, des compétences relevant de chacun des deux groupes suivants : 1° Aménagement de l'espace… »
[287] Article L. 5215-20 du CGCT : « La communauté urbaine exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, les compétences suivantes…2° En matière d'aménagement de l'espace communautaire… »
[288] Article L. 5216-5-I du CGCT : « La communauté d'agglomération exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, les compétences suivantes…2° En matière d'aménagement de l'espace communautaire… »

Un récent rapport de la Cour des Comptes en date du 14 novembre 2005[289], précise que l'obligation de former un territoire d'un seul tenant et sans enclave est la première condition de pertinence des périmètres. Elle est applicable aussi bien aux communautés de communes qu'aux communautés d'agglomération et aux communautés urbaines. C'est une des novations importantes de la loi du 12 juillet 1999 par rapport au droit antérieur de l'intercommunalité. La Cour des Comptes rappelle également que les périmètres des communautés doivent permettre une mise en œuvre efficace et cohérente des compétences qui ont été dévolues par la loi aux communautés, que cela suppose que le territoire des communautés corresponde aux réalités économiques et sociales et d'affirmer que cela est loin d'être toujours le cas.
Dans son rapport, elle relève que la mise en oeuvre de deux politiques essentielles, le développement économique et l'aménagement du territoire pâtissait de cette incohérence des périmètres.

Nous venons de voir que le droit de l'intercommunalité souffrait de quelques lacunes jusqu'à la loi du 13 août 2004. Le législateur a saisi l'occasion de cette loi pour procéder à des améliorations permettant un meilleur fonctionnement de l'intercommunalité. Nous allons donc appréhender les apports de cette loi.

SECTION II
L'APPROFONDISSEMENT DE L'INTERCOMMUNALITE : LES APPORTS DE LA LOI DU 13 AOUT 2004

Comme le relève le professeur MOREAU[290], en 1983, lors des premiers transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales, le droit de l'intercommunalité n'avait pas subi de modification. Les grandes réformes furent réalisées beaucoup plus tard (lois du 6 février 1992 et du 12 juillet 1999). Gilles NOVARINA et Samuel MARTIN, constataient également que « *les lois de décentralisation de mars 1982 et de janvier 1983 n'ont pas débouché sur une refonde de la législation sur les syndicats de communes …* »[291]

[289] *L'intercommunalité en France*, rapport de la Cour des Comptes, 14 novembre 2005
[290] J. MOREAU, « L'intercommunalité dans la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales », *Jurisclasseur Collectivités Territoriales – Intercommunalités*, octobre 2004, p. 6
[291] G. NOVARIN et S. MARTIN, *Décentralisation et intercommunalité*, Paris, 1988, p. 19

Dans la loi n° 2004-809 du 13 août 2004, le législateur n'a certes pas directement opéré de transferts vers l'échelon intercommunal ; ceux-ci ne bénéficient qu'aux régions, départements et communes. Mais dans la mesure où il convenait d'améliorer le fonctionnement des EPCI, il est logique que le gouvernement et le Parlement aient saisi l'occasion d'une loi de transferts de compétences pour décider des changements opportuns en matière d'intercommunalité. Les apports de la loi du 13 août 2004 seront aborder sous deux aspects : au niveau du perfectionnement des structures intercommunales (§1) et au niveau du renforcement de la place des groupements de communes dans l'exercice des compétences décentralisées (§2)

§ 1. Le perfectionnement des structures intercommunales

Selon le professeur DEGOFFE, la loi du 13 août 2004 contient essentiellement des dispositions techniques relatives à l'intercommunalité et tend à en améliorer le fonctionnement[292]. C'est donc de manière logique que nous aborderons le perfectionnement des structures intercommunales en présentent l'évolution facilitée des structures (A) permettant un fonctionnement plus efficace (B).

A. Une évolution des structures intercommunales facilitée

Pour le professeur DEBOUY, la loi du 13 août 2004 « *répond à des attentes, mais vise aussi à combler des lacunes que le législateur avait laissées en 1999, à corriger des erreurs de rédaction ou à supprimer des imprécisions dans le code, voire à clarifier des dispositions inutilement vagues* »[293]. L'auteur analyse précisément le contenu de la loi et constate qu'elle facilite l'évolution des structures intercommunales et l'évolution de la composition du groupement : « *Une fois le groupement de communes créé, au terme souvent d'un long cheminement parsemé de compromis et de négociations, il devient difficile de le faire évoluer. Cela peut tenir à l'impossibilité juridique de procéder à certaines évolutions, comme par exemple procéder à la fusion de plusieurs établissements publics de coopération intercommunale. Dans d'autres situations, c'est l'évolution de la structure dans ses éléments constitutifs (membres) qui peut poser des difficultés que le code ne résout pas ou mal* »

[292] M. DEGOFFE, « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA*, 2005, p. 133
[293] C. DEBOUY, « De l'intercommunalité », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, Dossier spécial, 10 janvier 2005, p. 64

Un fois le constat établi, le professeur DEBOUY montre que la loi contient « *deux mesures essentielles à ce sujet : d'une part la possibilité de fusion entre établissements publics de coopération intercommunale, d'autres part la transformation de syndicats en communautés de communes ou d'agglomérations* »[294]

Nous envisagerons alors l'évolution des structures intercommunales dans sa simplification par la procédure de fusion des EPCI. Cette procédure est une nouveauté de la loi du 13 août 2004, permettant de résoudre les difficultés rencontrées par des EPCI, qui au fil du temps, ont pris conscience des insuffisances de leur périmètre respectif en vue de réaliser sur un espace cohérent un projet commun de développement à une échelle territoriale pertinente. A la rencontre de deux EPCI, une commune membre pouvait quitter l'un pour intégrer l'autre. Le retrait d'une commune pour adhérer à un autre EPCI n'était évidemment pas la meilleure solution et n'avait aucune autre marge de manœuvre pour trouver un équilibre convenable aux deux EPCI. Pour l'auteur, « *dans une certaine mesure, la question de la fusion des structures intercommunales est aussi la rançon du succès de développement de l'intercommunalité : le territoire national étant presque entièrement couvert par des établissements publics de coopération intercommunale, la nécessité de redessiner les contours de l'intercommunalité s'est fait sentir* » Avant la loi du 13 août 2004, le Code général des collectivités territoriale ne prévoyait que la possibilité de procéder à la dissolution de l'un des deux EPCI, puis d'autoriser les communes « libérées » de l'EPCI dissout à adhérer à l'autre établissement. L'autre possibilité était de dissoudre les deux EPCI et de prévoir la création d'un seul établissement. Outre les difficultés juridiques à surmonter, la nécessaire simplification des procédures de fusion « *a pour mérite d'éviter le passage par la dissolution préalable des structures existantes, souvent politiquement sensible* »[295]

Aussi, cette procédure intéresse pleinement notre sujet : l'article 153 de la loi prévoit les modalités de fusion de deux EPCI. Le processus suppose qu'au moins l'un des deux établissements soit un EPCI à fiscalité propre[296]. L'EPCI issu de la fusion est soumis au régime de l'établissement le plus intégré : le critère est celui des compétences accordées par la loi, il n'y a pas lieu de prendre en compte les compétences que les communes ont choisi de transférer à la structure intercommunale. Les taux d'imposition, abattements et exonérations de la nouvelle structure sont maintenus ou, ne doivent pas subir de fortes variations pour

[294] Idem p. 65
[295] Nicolas PORTIER, « Loi du 13 août 2004 : un bilan mitigé pour l'intercommunalité », *AJDA*, 2005, p. 140
[296] Dans la mesure ou les EPCI à fiscalité propre sont la forme de coopération intercommunale la plus élaborée, il semblait évident que le noyau de cette fusion ne puisse être d'une des trois formes de communautés (commune, agglomération ou urbaine)

garantir la sécurité juridique des contribuables concernés. Enfin, la fusion entraîne une nouvelle élection des délégués des communes au conseil du nouvel EPCI[297].

La fusion d'EPCI emporte des conséquences importantes que la loi du 13 août 2004 prend en compte en y apportant des réponses adaptées. Laissant de côté les considérations purement techniques[298], nous retrouvons l'intérêt de notre sujet dans la mesure ou la fusion va emporter un réaménagement du partage des compétences puisque celles qui avaient été transférées à titre obligatoire ou optionnel aux EPCI seront désormais exercées par le nouvel établissement public sur l'ensemble de son périmètre, ce qui conduira à étendre autoritairement les transferts de compétences dans le cas des communes les moins intégrées auparavant. En revanche, pour les autres compétences transférées avant la fusion, un choix est possible puisque si elles seront exercées en principe par le nouvel EPCI, celui-ci pourra en restituer aux communes[299]. La loi a également prévu les modalités de succession du nouvel établissement public aux établissements fusionnés pour ce qui concerne les biens, droits, obligations et les personnels. Elle a également organisé les conséquences financières et fiscales de la fusion[300].

Si la possibilité de fusion de plusieurs EPCI est une innovation importante apportée par la loi du 13 août 2004, elle opère une simplification du droit quant à la procédure de transformation d'un syndicat en communauté de commune ou d'agglomération. L'article 152 de la loi (codifié à l'article L. 5211-41-2 du Code générale des collectivités territoriales) prévoit que lorsque les conditions sont remplies, pour qu'un syndicat de commune puisse devenir communauté de commune ou communauté d'agglomération, la transformation est décidée par délibérations concordantes du comité syndical et des conseils municipaux des communes membres ; elle est prononcée par arrêté préfectoral et engendre les effets habituels sur les

[297] De la même manière, l'article 155 de la loi du 13 août 2004 permet aux syndicats mixtes ouverts et fermés, de fusionner entre eux dans les mêmes conditions que celles prévues pour les EPCI

[298] La complexité du procédé de fusion entre plusieurs EPCI est un constant unanime de la doctrine, tant pour le professeur DEBOUY que pour le professeur MOREAU. Pour lui, la fusion de plusieurs EPCI « est une des innovations marquantes de la loi, qui exprime bien l'extraordinaire enchevêtrement des structures intercommunales dans la France d'aujourd'hui…la lecture de la très longue disposition commentée montre que l'opération demeure complexe puisque doivent être réglés des problèmes touchant au périmètre, aux compétences, à la composition du conseil de nouvel EPCI, sans oublier les conséquences fiscales et juridiques » J. MOREAU, « L'intercommunalité dans la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales », *Jurisclasseur Collectivités Territoriales – Intercommunalités*, octobre 2004, p. 7

[299] Comme le constate le professeur DEBOUY, la procédure de restitution n'est pas précisée, la circulaire d'application étant au surplus muette sur ce point.

[300] Les conséquences financières et fiscales de la fusion de plusieurs EPCI sont prévues en ce qui concerne le calcul de la dotation d'intercommunalité par l'article 153 – II de la loi du 13 août 2004, codifié à l'article L. 5211-31-1 du Code général des collectivités territoriales.

droits et obligations, biens et personnels. L'ancienne procédure consistait à dissoudre le syndicat et à créer un nouvel EPCI.

B. Un fonctionnement plus efficace

La loi du 13 août 2004 veut améliorer le fonctionnement des établissements publics de coopération intercommunale par un fonctionnement plus efficace qui passe notamment par une évolution du périmètre de l'intercommunalité. Comme le constate Bernard PERRIN, « *tout est fait pour organiser la coopération intercommunale sur de plus vastes territoires, en tout cas autour de périmètres pertinents* »[301] Pourtant, cette possibilité offerte aux EPCI de modifier leur périmètre ne semble pas faire l'unanimité de la doctrine car elle « sacrifie » à la règle cohérente de la couverture territoriale devant être d'un seul tenant et sans enclave. Ce constat est partagé par Nicolas PORTIER qui déclare que « *ce souci général de couverture et de cohérence territoriales est néanmoins apparu entaché par des dispositions de caractère dérogatoire qui semblent aller en sens contraire du mouvement engagé ces dernières années* »[302] Le principe de la continuité territoriale affirmé avec force par la loi de 1999 connaît une altération avec l'article 175 de la loi du 13 août 2004 codifié a l'article L. 5211-18 1° du Code général des collectivités territoriales qui permet à une ou plusieurs communes d'adhérer à une communauté même dans l'hypothèse où résulterait de cette adhésion une enclave ou une discontinuité liée au refus d'une seule autre commune de s'associer.
Dans tous les cas, la modification du périmètre de l'EPCI emporte des conséquences de plein droit quant aux transferts de compétences : selon le II de l'article L. 5211-18 du code, « L'établissement public de coopération intercommunale est substitué de plein droit, à la date du transfert de compétences, aux communes qui le composent dans toutes les délibérations et tous leurs actes »

La loi du 13 août 2004 offrait également, dans l'article 173 codifié à l'article L. 5216-7-2 du Code général des collectivités territoriales, la possibilité pour une ou plusieurs communes membres d'une communauté d'agglomération de demander leur retrait de cette dernière sans que celle-ci ne puisse s'y opposer (ni même se prononcer sur le sujet). Comme le relève Nicolas PORTIER, cette disposition « *a été très mal comprise par les acteurs intercommunaux* » Cette disposition était offerte aux communes jusqu'au 1er janvier 2005 et

[301] Opus cité p.87
[302] Nicolas PORTIER, « Loi du 13 août 2004 : un bilan mitigé pour l'intercommunalité », *AJDA*, 2005, p. 140

soumises à plusieurs conditions (avis de la commission départementale de coopération intercommunale, obligation pour la ou les communes de rejoindre un autre EPCI à fiscalité propre, préservation de la continuité territoriale de la communauté d'agglomération de départ et absence d'atteinte au seuil démographique de 50 000 habitants) Selon PORTIER, « *cette disposition aura eu sans doute davantage d'effets symboliques que d'effets concrets* »
L'auteur déclare qu'à la date butoir fixée par le législateur, seules quelques agglomérations (Rennes, Morlaix, Périgueux, Montpellier) ont en effet confrontées à ces demandes de retraits, acceptées ou non par les préfets. L'insertion d'une telle disposition dans la loi, issue d'un amendement parlementaire, témoigne d'un certain recul du volontarisme intercommunal et d'un retour en force que PORTIER appelle le « *souverainisme municipal* ». Nous serions tenter de soutenir que cette disposition certes symbolique est également de nature politique, alors que pour Bernard PERRIN, il s'agit « *d'une mesure de circonstance* »
Le législateur semble privilégier la voie de l'unanimité, gage d'une certaine rigidité, alors même que les règles de la majorité qualifiée demeurent, étant synonyme d'une certaine souplesse qui caractérise le mieux selon nous, l'esprit de la coopération intercommunale[303].

Ces développements relatifs à l'extension du périmètre de l'intercommunalité peuvent paraître hors sujet tant ils ne semblent pas intéresser le thème des transferts de compétences. Pourtant, nous avons vu que les transferts de compétences, que ce soit dans le cadre de la décentralisation ou de l'intercommunalité, entraînent des conséquences en matière de personnels et de biens. Dans le cadre de l'intercommunalité, l'article L. 5211-4-1 I du Code générale des collectivités territoriales, prévoit le transfert automatique des agents de la commune vers l'EPCI s'ils exercent, en totalité ou en partie, leurs fonctions dans le service, ou la partie de service, transférée à l'EPCI. Le retrait de commune d'un EPCI emporte donc, nécessairement, des conséquences sur la situation de ces mêmes personnels. En effet, selon Sylvain DALLE-CRODE, « *l'EPCI enregistre forcément une baisse d'activité qui semble imposer un certain redéploiement des agents vers la commune sortante* » et de constater que la loi reste « *quasi silencieuse sur la question* »[304] Pour l'auteur, en ce qui concerne l'automaticité des transferts des agents de l'EPCI vers la commune sortante, le dernier alinéa

[303] Nicolas PORTIER juge les apports de la loi du 13 août 2004 concernant l'intercommunalité auraient pu trouver une place plus appropriée au sein d'un texte spécifique, compte tenu de la densité des articles consacrés à la coopération intercommunale. Il considère que cette loi est apparue davantage comme un texte d'ajustement technique que comme la pierre de fondation d'une nouvelle étape de l'intercommunalité pouvant préfigurer « l'acte III de la décentralisation »
[304] Sylvain DALLE-CRODE, « Le retrait de commune d'une structure intercommunale », JCP Administrations et Collectivités territoriales, n° 47, 21 novembre 2005, p.p. 1723-1728

de l'article L. 5211-4-1 I du Code est source de confusions. S'il est expressément mentionné que « des personnels » peuvent être transférés « à des communes », on ne peut en déduire que « les personnels » sont systématiquement transférés aux communes sortantes. Le redéploiement des agents, s'il est prévu et possible, n'est en aucun cas automatique car pour l'auteur, « *rien ne garantit que le niveau des effectifs correspondant à la baisse d'activité enregistré par l'EPCI coïncide avec le besoin en personnel exprimé par la commune sortante* » Ainsi, dans le cas d'un retrait d'une commune, la juste répartition des effectifs sera celle permettant à chacune des communes membres de retrouver les moyens nécessaires à la réalisation de son niveau d'activité normal, toute la difficulté résidera dans le fait de parvenir à un consensus acceptable et cohérent tant d'un point de vue économique que des garanties offertes aux agents. Pour Sylvain DALLE-CRODE, « *il n'est pas inenvisageable d'appliquer le droit commun statutaire des mutations ou des mises à disposition* »

Le constat établi quant aux transferts de personnels issus du retrait d'une commune d'un EPCI, peut être appliqué aux transferts de biens. Dans tous les cas, c'est la complexité qui domine. La situation engendrée est entièrement placée sous le signe du consensus entre l'EPCI et la commune sortante, sans quoi la répartition patrimoniale et financière sera opérée par arrêté préfectoral.

L'article 171 de la loi du 13 août 2004 prévoit que les statuts des EPCI doivent faire preuve d'une plus grande lisibilité[305]. Nous pouvons constater que la rédaction des statuts des EPCI prévoient généralement la possibilité du retrait pour les communes membres et fixent les modalités financières de ce retrait et le sort des biens en transposant les dispositions du Code général des collectivités territoriales. Dans tous les cas, les modalités concrètes d'application des retraits sur les plans patrimoniaux et financiers sont pour Sylvain DALLE-CRODE « assez laconiques » Pour faire simple et d'une manière schématisée, dans le cas du retrait d'une commune d'un EPCI, les situations contractuelles restent inchangées, les biens propres de la commune doivent lui être « restitués » et les éléments formant le « patrimoine commun » doivent être « répartis ». Pour l'auteur, c'est de toute évidence ce patrimoine commun à la commune et à l'EPCI qui va poser le plus de difficultés puisque la loi en prévoit la répartition mais, n'en précise aucunement les modalités. La loi impose donc un accord entre élus mais sans mettre en place une véritable méthodologie de partage. A défaut d'accord

[305] L'article 171 de la loi codifié à l'article L. 5211-5-1 du CGCT prévoit que les statuts d'un EPCI mentionnent notamment la liste des communes membres de l'établissement, le siège de celui-ci, la durée de constitution, les modalités de répartition des sièges, le nombre de sièges attribués à chaque commune membre, l'institution éventuelle de suppléants et les compétences transférées à l'établissement.

entre l'EPCI et les conseils municipaux, l'article L. 5211-25-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que la répartition est fixée par arrêté du préfet.

Nous venons de monter comment le perfectionnement des structures intercommunales intéresse directement le contenu de notre étude sur les transferts de compétences. Nous pouvons alors aborder les nouvelles compétences transférées aux EPCI dans le cadre de la loi du 13 août 2004.

§ 2. Le renforcement de la place des groupements de communes dans l'exercice des compétences décentralisées

Toujours dans le cadre des apports de la loi du 13 août 2004 nous allons maintenant analyser ce qui semble être pour la doctrine une des dispositions les plus novatrices de la loi, à savoir la possibilité de transférer à l'EPCI certains pouvoirs de police spéciale liés à ses compétences statutaires (A). L'autre aménagement que nous aborderons concerne les possibilités pour l'EPCI ou les communes membres de nouer des relations conventionnelles entre elle, c'est-à-dire la question du partage des services (B)

A. Un élargissement des compétences des groupements de communes

L'article 163 de la loi du 13 août 2004, codifié à l'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales, organise limitativement la possibilité de transférer par les maires des communes membres d'un EPCI à fiscalité propre, certains pouvoirs de police spéciale dans un certain nombre de matière. Il s'agit sans doute d'une des innovations les plus importantes car unanimement salué par la doctrine[306] qui en substance remarque que le président d'un EPCI ne disposait pas jusqu'à l'adoption de cette loi de pouvoirs généraux en ce sens.
L'intérêt d'un tel transfert est de doter le président d'un EPCI de pouvoirs d'interventions fonctionnels, venant appuyer des moyens humains qui avaient déjà été rendus possibles par différentes lois successives favorisant l'intercommunalité. L'examen de l'article rendant possible le transfert de la compétence de police du maire au président d'EPCI met en évidence la particularité de la nature du pouvoir de police transféré. Selon Jean-François JOYE, « *il apparaît que le transfert est réservé uniquement aux EPCI à fiscalité propre, qu'il n'est pas*

[306] Notamment Nicolas PORTIER, les professeurs Michel VERPEAUX et Christine DEBOUY

automatique et qu'enfin le pouvoir de police du président de l'EPCI est partagé avec le maire »[307]

L'analyse de l'article 163 de la loi du 13 août 2004 dispose que seuls les EPCI à fiscalité propre peuvent être candidats au transfert de pouvoir de police du maire, réservant ainsi aux établissements les plus intégrés la possibilité de bénéficier de ces transferts. Jean-François JOYE s'interroge cependant sur le transfert de la police de la circulation et du stationnement qui aurait pu être également utile à un syndicat de communes gérant un service de transport urbain ou un service de traitement des déchets. Le législateur a réservé la possibilité de ces transferts aux trois formes de communautés écartant ainsi le syndicat de communes.
Le transfert de pouvoir de police n'a rien d'automatique, ne pouvant être réalisé que sous conditions.

En premier lieu, la proposition doit émaner d'un ou plusieurs maires concernés et après accord de tous les maires des communes membres de l'EPCI et de son président. L'auteur relève qu'il revient aux maires et non au président de l'EPCI d'être à l'initiative du transfert alors que le président est le premier intéressé par le transfert : « *le président n'apparaît pas au regard du texte comme une force de proposition initiale alors qu'il est le premier intéressé au transfert* »[308] De plus, le texte ne prévoit pas la nécessité d'une délibération de conseil municipal, laissant seul le maire décider de l'éventualité du transfert. Pour JOYE, le conseil municipal n'a pas son mot à dire et comme le transfert du pouvoir de police peut avoir des conséquences sur la vie de l'ensemble de la commune, il aurait pu être envisagé de le décider par une approbation plus collégiale et par là plus démocratique, que par la simple décision du maire[309]. Dans tous les cas, le transfert est entériné par arrêté préfectoral, le préfet ne pouvant pas s'y opposer. En théorie, le transfert des pouvoirs de police n'est pas définitif et le retrait est possible à l'inverse des autres compétences transférées par les communes membres à l'EPCI.

[307] Jean-François JOYE « Le nouveau pouvoir de police du président d'un établissement public de coopération intercommunale », *AJDA*, 2005, p. 21
[308] Idem.
[309] Le régime accordé aux communautés urbaines est plus souple que pour les autres EPCI, car seule la majorité qualifiée des maires des communes membres de l'EPCI sera requise du côté de l'EPCI et non l'unanimité. Le préfet officialise par arrêté le transfert après accord du président de la communauté urbaine et des deux tiers au moins des maires de communes membres dont la population représente plus de la moitié de la population totale, ou de la moitié des maires de communes membres dont la population représente plus des deux tiers de la population totale.

En second lieu, le pouvoir de police du maire est partagé avec le président de l'EPCI. L'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales ne dessaisit pas totalement le maire de son pouvoir de police, y compris après l'officialisation par le préfet du transfert. En effet, tous les arrêtés pris dans le cadre de ce transfert de compétence de police devront être pris conjointement par le président de l'EPCI et du ou des maires des communes concernées. Il s'agit pour Jean-François JOYE d'un verrou important en vue d'assurer un pouvoir de police propre au président de l'EPCI mais qui risque dans la pratique d'être une source de lourdeur et de complication[310] : la codécision en matière de police suppose que l'entente devra être réelle pour ne pas arriver à une situation de blocage. Le refus de signature d'un maire, comme en matière de proposition de transfert des pouvoirs de police à l'EPCI, suffirait à « pénaliser » l'ensemble de l'EPCI.

Toutes les activités des EPCI ne sont pas concernées par le transfert du pouvoir de police municipal, la loi ne retient que cinq cas énumérés par l'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales. Dans les matières concernées par cet article, c'est en majorité le pouvoir de police générale du maire qui fait l'objet de transfert, cependant, dans le cas de l'accueil des gens du voyage, il s'agit du transfert d'une police spéciale. Nous allons procéder de manière énumérative pour présenter les transferts de pouvoir de police.

Selon l'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales, l'assainissement est le premier domaine pouvant faire l'objet d'un transfert de pouvoir de police du maire au profit d'un EPCI, par dérogations aux dispositions de l'article L. 2212-2 du même code. Le président de l'EPCI peut ainsi établir des règlements d'assainissement et mettre en œuvre leur application sous la responsabilité d'agents spécialement assermentés. Il peut notamment arrêter ou retirer des autorisations de déversements d'effluents non domestiques.
Par dérogations aux dispositions des articles L. 2212-2 et L. 2224-16, lorsqu'un EPCI à fiscalité propre est compétent en matière d'élimination des déchets ménagers, les maires des communes membres de celui-ci peuvent transférer au président de cet établissement des attributions lui permettant de réglementer cette activité. Il peut, dans le cadre de ce pouvoir, établir des règlements de collecte et mettre en œuvre leur application sous la responsabilité d'agents spécialement assermentés.

[310] En définitive, le texte de loi utilise le vocabulaire de « transfert » là où il s'agit d'un partage du pouvoir de police

Concernant l'accueil des gens du voyage, il s'agit d'un cas de police spéciale du maire. Un EPCI à fiscalité propre peut être compétent en matière de réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage. Il faut que les communes aient transféré cette compétence à un EPCI, lequel sera chargé de mettre en œuvre les dispositions du schéma départemental d'accueil élaboré par le représentant de l'Etat dans le département et le président du Conseil général ou encore de contribuer financièrement à l'aménagement et à l'entretien de ces aires d'accueil dans le cadre de conventions intercommunales. Dans ces cas, les maires des communes membres de l'EPCI peuvent transférer au président les attributions de police qui s'y rapportent. Pour JOYE, beaucoup de communes seraient satisfaites du transfert du pouvoir de police lié à cette compétence à l'EPCI. Au terme de l'article 9 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, le pouvoir de police pourra concerner la possibilité d'interdire par arrêté conjoint le stationnement des résidences mobiles en dehors des aires d'accueil aménagées.

Les maires des communes membres d'un EPCI à fiscalité propre peuvent transférer au président de cet établissement les prérogatives qu'ils détiennent en application de l'article 23 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité pour assurer la sécurité des manifestations culturelles et sportives organisées dans les établissements communautaires. En particulier, les organisateurs de manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif peuvent être tenus d'y assurer un service d'ordre lorsque leur objet ou leur importance le justifie.

Enfin, en matière de voirie, par dérogation aux dispositions de l'article L. 2212-2, lorsqu'un EPCI à fiscalité propre est compétent dans ce domaine, les maires des communes membres peuvent transférer au président de cet établissement tout ou partie des prérogatives qu'ils détiennent en matière de circulation et de stationnement. Ce transfert du pouvoir de police est le plus nécessaire dans la mesure ou la police de la circulation et du stationnement est le corollaire du développement de la voirie communautaire depuis la loi du 12 juillet 1999. C'est tout le champ de la sécurité routière, des permis de stationnement, de la répression des infractions et de la coordination des travaux qui pourront concerner l'EPCI, directement par son président ou par le biais de des agents assermentés[311].

[311] Jean-François JOYE développe dans son article la mise à disposition d'agents de police par l'EPCI aux communes. La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a rendu possible le

Ainsi, le transfert du pouvoir de police du maire au profit du président de l'EPCI ne peut se faire que sous une double condition : Tout d'abord, le transfert n'est possible que dans les cinq domaines énumérés par l'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales. Le transfert d'une partie du pouvoir de police du maire induit que ce dernier ne pourra plus agir seul en ces cinq domaines[312]. Mais également, le transfert n'est ouvert qu'à l'unique condition que les EPCI soient bien, au cas par cas, compétents pour gérer les activités énumérées par l'article L. 5211-9-2 du Code général des collectivités territoriales puisque toutes ne sont pas des compétences obligatoires des différentes catégories d' EPCI. Les attributions de police municipale transférées ne se rattachent qu'à un équipement ou à un service relevant de la compétence de cet établissement public de coopération intercommunale. Dans certains cas, le transfert de pouvoir de police ne pourra être réalisé que si les équipements concernés sont d'intérêt communautaire, le maire gardera dans les autres cas son pouvoir de police propre.

En conclusion, pour Jean-François JOYE, « *l'innovation de la loi du 13 août 2004 ouvrant la possibilité de transférer les pouvoirs de police du maire au président d'EPCI est symbolique en tant qu'elle crée une brèche dans le système de police administrative traditionnellement dévolu, au niveau local, au maire et au préfet. Elle représente un outil au fort potentiel de développement.* »
Ainsi émerge progressivement l'idée d'une police propre à l'échelon intercommunal qui concerne directement certains domaines de compétences des EPCI.

B. Une amélioration des conditions d'exercice des compétences des groupements de communes

Afin de rendre plus effectif les compétences transférées aux EPCI, le législateur a introduit dans les articles 165 et 166 de la loi du 13 août 2004, la possibilité pour un EPCI de nouer des relations conventionnelles avec ses communes membres. L'article 166 de la loi codifié à l'article L. 5211-4-1 II du Code général des collectivités territoriales prévoit que « les services d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent être en tout ou

recrutement par un EPCI d'agents de police en vue de les mettre à dispositions de l'ensemble des communes qui en font la demande (article L. 2212-5 du Code général des collectivités territoriales)

[312] Le maire pourra continuer d'exercer en propre la police dans l'ensemble des matières non énumérées par l'article L. 5211-9-2 du CGCT

partie mis à disposition d'une ou plusieurs de ses communes membres, pour l'exercice de leurs compétences, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services. Une convention conclue entre l'établissement et les communes intéressées fixe alors les modalités de cette mise à disposition. Cette convention prévoit notamment les conditions de remboursement par la commune des frais de fonctionnement du service »

Les conventions établies entre l'EPCI et ses communes membres peuvent également prévoir la mise à disposition de services communaux à l'EPCI selon le second alinéa du même article : « Dans les mêmes conditions, par dérogation au I, les services d'une commune membre peuvent être en tout ou partie mis à disposition d'un établissement public de coopération intercommunale pour l'exercice de ses compétences, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services » Comme le constate le professeur DEBOUY[313], l'article L. 5211-4-1 du Code général des collectivités territoriales autorisait déjà la mise à disposition des services du groupement au profit des communes membres mais pas l'inverse. La loi prévoit désormais cette mise à disposition et élargit en même temps le champ d'application de la mise à disposition à l'ensemble des services[314]. Quel que soit le sens de la mise à disposition du service, les mêmes conséquences en découlent : l'exécutif (le maire ou le président selon le cas) peut adresser des instructions au chef de service concerné et même lui donner délégation de signature

La mise à disposition repose sur une convention entre la commune et l'EPCI. Le professeur DEBOUY relève qu'à ce sujet, une difficulté est apparue lors des débats avec un amendement sénatorial précisant que cette convention est conclue sans formalité préalable quel qu'en soit le montant, ce qui a fait réagir la Commission européenne s'agissant d'un marché public à

[313] C. DEBOUY, « De l'intercommunalité », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, Dossier spécial, 10 janvier 2005, p. 70

[314] Avant la loi du 13 août 2004, une mise à disposition ne pouvait s'opérer que si le service, ou partie de service, était « économiquement et fonctionnellement nécessaire à la mise en œuvre conjointe » des compétences relevant tant du groupement que des communes membres. Désormais, il suffit que cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre « d'une bonne organisation des services ». Concernant le cas des EPCI à fiscalité propre, celui-ci peut aussi mettre son personnel et ses services à la disposition des communes qui en font la demande dans le cadre d'une gestion unifiée du personnel selon l'article L. 5211-4-1 du CGCT. Cette disposition est ainsi étendu aux communautés de communes et aux communautés d'agglomération car elle était déjà possible pour les communautés urbaines à l'article L. 5215-30 du CGCT.

titre onéreux. La doctrine s'est alors interrogée sur le fait que l'absence de formalité pose immanquablement la question de l'application du code des marchés publics[315].
La rédaction retenue pour l'article 166-I de la loi du 13 août 2004, afin d'écarter cette critique tout en conservant la mise à l'écart de la concurrence, ne fait référence qu'à « la bonne organisation des services ». Pourtant cette rédaction est loin de régler le problème, ne faisant que l'occulter selon le professeur RICHER qui estime qu' « *il n'appartient au gouvernement et au Parlement ni de décider librement de la qualification d'une convention au regard de la notion de marché public ni de créer des exceptions à l'application des directives communautaires* »[316] L'auteur déclare alors que si le France tient à faire prévaloir la conception selon laquelle la conclusion de conventions (même pour une longue durée et des prestations imprécises) entre personnes publiques doit être considéré comme une forme d'exercice du pouvoir régalien et doit, par conséquent, être soustrait aux règles sur les marchés publics, il aurait fallu qu'elle défende cette conception lors de l'adoption des directives européennes sur les marchés publics. Et de conclure que « *l'emploi d'un vocabulaire institutionnel consistant à baptiser la prestation de service « mise à disposition de service» ne saurait avoir la moindre conséquence* »
Il semblerait cependant que pour le professeur DEGOFFE, ces conventions de mise à disposition de service puissent échapper à la qualification de marché public notamment par rapport au caractère onéreux de la convention[317]

Pour finir sur les apports de la loi du 13 août 2004 à l'intercommunalité, il nous semble important d'aborder les aspects financiers. La loi de 2004 comporte de très nombreuses dispositions financières et nous aborderons ici, le cas particulier des fonds de concours.
Pour le professeur PONTIER, « *les fonds de concours sont une procédure particulière de contribution à un financement. Leur histoire n'est pas récente, mais leur utilisation dans le cadre de l'intercommunalité constitue un renouvellement assez remarquable de la notion* »[318]

[315] Michel DEGOFFE, « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA*, 2005, p. 133 et Christian DEBOUY, « De l'intercommunalité », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, Dossier spécial, 10 janvier 2005, p. 70
[316] Laurent RICHER, « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *AJDA*, 2004, p. 852
[317] Michel DEGOFFE, « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA*, 2005, p. 133. Pour le professeur DEGOFFE, la convention doit seulement prévoir les « conditions de remboursement par la commune des frais de fonctionnement du service » mis à la disposition. Cette convention, en principe, ne dégage un profit pour aucune des parties.
[318] Jean-Marie PONTIER, « Les réformes de l'intercommunalité dans la loi « libertés et responsabilités locales » , *Revue administrative n° 342*, novembre – décembre 2004, p. 630

Nous ne reviendrons pas sur l'utilisation classique des fonds de concours des collectivités locales à l'Etat mais nous nous intéresserons directement à leur application pour l'intercommunalité[319]. La loi du 12 juillet 1999 a modifié les articles L. 5214-16, L. 5215-26 et L. 5216-5 du Code général des collectivités territoriales afin de rendre possible aux EPCI la procédure de fonds de concours.
Le professeur PONTIER soulevait les difficultés liées à l'utilisation de ce procédé dans le cadre de l'intercommunalité. En effet, les EPCI sont par définition des établissements publics soumis au principe de spécialité. Donc, le budget d'un EPCI ne peut comporter d'autres recettes ou dépenses que celles qui se rapportent à l'exercice de ses compétences limitativement énumérées. Nous avons vu que lorsqu'une commune transfère une de ses compétences à l'EPCI auquel elle appartient, son budget ne peut plus comporter de dépenses ou de recettes concernant la compétence transférée, dans la mesure où celle-ci emporte dessaisissement de la commune au profit de l'EPCI. Ainsi, nous pouvons en conclure qu'un EPCI ne pouvait attribuer de subventions aux communes membres.

Les articles L. 5214-16, L. 5215-26 et L. 5216-5 du Code général des collectivités territoriales permettent aux différentes communautés d'attribuer aux communes membres des fonds de concours, afin de contribuer à la réalisation ou au fonctionnement d'équipements d'intérêt commun. Comme le rappelle le professeur PONTIER, la légalité d'attribution d'un tel fonds de concours est subordonnée à l'existence d'un « intérêt commun ».
Il se révélait cependant difficile pour le ministère de l'Intérieur de définir cette notion « d'intérêt commun ». Le ministère de l'Intérieur et le ministère des Finances faisaient valoir dans une note de novembre 2000 que pour être « d'intérêt commun », un équipement devait répondre à trois conditions : ne pas présenter d'intérêt communal, ne pas présenter d'intérêt communautaire (sinon il relèverait de la compétence de l'EPCI) et présenter un intérêt qui soit commun à l'EPCI et à la commune[320].

A l'occasion du vote de la loi sur la démocratie de proximité, les parlementaires substituèrent l'expression équipement « dont l'utilité dépasse manifestement l'intérêt communal » à celle

[319] L'article du professeur PONTIER retrace l'historique de l'utilisation des fonds de concours dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Utilisés à l'origine pour les travaux publics, les domaines faisant l'objet de tels fonds deviennent de plus en plus variés.
[320] Le rapporteur du projet de loi de 2002 relevait également que « le fait qu'un équipement présente un intérêt pour plusieurs communes ne pourrait justifier l'intervention d'un établissement public de coopération intercommunale, y compris par subvention, si la compétence ne lui a pas été transférée » D. HOEFFEL, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la démocratie de proximité*, Sénat, n° 156, 19 décembre 2001, p. 243

d'équipement d'intérêt commun. A partir de cette loi, les EPCI pouvaient attribuer des fonds de concours aux communs membres afin de contribuer à la réalisation d'équipements « dont l'utilité dépasse manifestement l'intérêt communal » permettant ainsi un assouplissement des conditions d'octroi de fonds de concours.

La loi du 13 août 2004 marque une rupture avec cette période, elle autorise dorénavant les communes à verser des fonds de concours à l'EPCI, alors que le Conseil d'Etat l'interdisait jusqu'ici[321].
Nous pouvons noter également le remplacement de la notion « d'utilité dépassant manifestement l'intérêt communal » pour l'octroi des fonds de concours. L'article 186 de la loi du 13 août 2004 prévoit désormais que les fonds de concours peuvent être versés « afin de financer la réalisation ou le fonctionnement d'un équipement » sans autre précision.
Les fonds de concours peuvent alors être utilisés pour la réalisation d'un équipement mais également pour les dépenses de fonctionnement de cet équipement.
Avec pour seule limite introduite par la loi : le montant total des fonds de concours ne peut pas excéder la part du financement assuré, hors subventions, par le bénéficiaire du fonds de concours[322]. Pour le professeur DEGOFFE, cette limite est heureuse dans la mesure où celui qui détient juridiquement la compétence doit apporter majoritairement le financement. Sans cette limite, il serait possible de voir ressurgir l'intercommunalité « d'aubaine » : la commune conservant les compétences et les faisant financer par l'EPCI.

Les modalités du fonds de concours sont déterminées par un vote à la majorité simple donné par le conseil communautaire et des conseils municipaux concernés. Le versement s'effectuera avec la même majorité simple après accord concordants exprimé par le conseil communautaire et les conseils municipaux concernés.

Ainsi, les conditions posées à l'octroi de fonds de concours s'émancipent donc de la définition des compétences respectives de l'EPCI et des communes membres. La loi souhaite permettre

[321] Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que, dès qu'une commune a transféré la compétence voirie à une communauté urbaine, elle ne peut plus financer des travaux de réfection de cette voirie. CE, 14 janvier 1998, *Communauté urbaine de Cherbourg.*
[322] Ce qui signifie que le bénéficiaire du fonds de concours doit au minimum prendre à sa charge la moitié du reste à financer après subventions.

un « partenariat » financier entre l'EPCI et l'une ou plusieurs des communes membres sur un équipement donné quelle que soit son utilité[323].

Nous venons de présenter le cadre général des transferts de compétences pour l'intercommunalité. La loi du 13 août 2004 modifie le fonctionnement de l'intercommunalité par un assouplissement des règles. Nous allons présenter les particularités des transferts de compétences, liée à l'intercommunalité dont notamment l'obligation de définir pour les EPCI l'intérêt communautaire de leur structure.

[323] Pour le professeur DEGOFFE, cette souplesse dans l'utilisation des fonds de concours remet en cause la rigueur de la séparation des compétences voulues par la loi du 12 juillet 1999 et confortée par la jurisprudence. Il donne comme exemple le jugement du tribunal administratif de Limoges qui a censuré un arrêté préfectoral approuvant les statuts d'un syndicat au motif qu'ils prévoyaient que le syndicat serait uniquement compétent pour réaliser des travaux au profit des communes membres. Or, « l'exécution de travaux ne constitue en règle générale qu'une modalité d'exercice d'une compétence locale ». Par conséquent, « en se bornant à exposer que le SIERS est habilité a effectuer des travaux relevant de différentes compétences communales sans préciser s'il en aura lui-même le pouvoir d'en décider la programmation, le préfet de la Creuse n'a pas déterminé avec certitude la réalité des transferts de compétences pouvant être opérées ». TA Limoges, 31 décembre 2002, *Fédération régionale des travaux publics du Limousin et autres c/ Préfet de la Creuse.*

CHAPITRE II
LES PARTICULARITES DES TRANSFERTS DE COMPETENCES AUX EPCI

Nous venons de présenter les dispositions relatives aux transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité. L'intercommunalité se caractérise par une grande diversité de structures permettant aux communes de transférer des compétences, soit de manière obligatoire car le transfert de certaines compétences est imposé par le législateur, soit de manière moins autoritaire, les communes membres de l'EPCI pouvant décider de transférer telle ou telle compétence. La loi du 13 août 2004 apporte de nombreuses modifications au droit de l'intercommunalité, lui accordant une plus grande souplesse dans son fonctionnement. Dans le chapitre précédent, nous avons aborder les mesures d'ordre générale touchant à la procédure de fusion de plusieurs EPCI, à l'élargissement des compétences par le transfert de certains pouvoirs de police du maire au président de l'établissement public de coopération intercommunale, à l'utilisation des fonds de concours pour la réalisation et le fonctionnement d'équipements…

Nous pensons qu'il est intéressant de développer dans ce chapitre les particularités liées aux transferts de compétences aux EPCI. En effet, nous avons retenu deux particularités qui feront l'objet des deux sections du présent chapitre. Nous reviendrons alors sur la notion d'intérêt communautaire, notion qui concerne pleinement notre étude puisqu'elle doit permettre de définir l'étendue des compétences attribuées à l'EPCI (Section I).

La seconde partie proposera l'étude d'un système innovant de transferts de compétences institué par la loi du 13 août 2004 et qui permet à un EPCI de bénéficier des compétences, d'une part départementales ou régionales et d'autre part de l'Etat[324]. Nous conclurons alors en proposant un bilan de l'intercommunalité qui peut paraître idyllique, mais qui fait pourtant l'objet de nombreuses réserves voire de critiques justifiées (Section II).

[324] Nous ne pouvons pas parler de transferts de compétences car la loi du 13 août 2004, dans son article 151 utilise le terme de délégation de compétences. Cependant, nous pensons que le développement de ce système de délégation de compétence peut trouver sa place dans notre étude.

SECTION I
LA DEFINITION DE L'INTERET COMMUNAUTAIRE

Dans les trois articles du Code général des collectivités territoriales relatifs aux trois formes de communautés[325], il est dit, soit explicitement, soit implicitement, que l'établissement considéré doit définir ce qui est d'intérêt communautaire, les compétences exercées étant subordonnées à cette définition. Ainsi présenté, l'intérêt communautaire est la technique de répartition des compétences entre les communes et leurs EPCI. Il conviendra alors de présenter ce que recouvre cette notion (§1). Ligne de partage entre les compétences communales et les compétences communautaires, l'intérêt communautaire reste difficile à appréhender. Tellement difficile que certains EPCI ne l'ont toujours défini. Partant alors du constat que l'absence de définition est préjudiciable, pouvant masquer la réalité tangible de certains EPCI, le législateur, ne prenant toujours pas le soin de définir cette notion, a obligé les EPCI à trouver leur intérêt communautaire dans un délai restreint, pour ceux qui ne l'auraient pas encore défini. Cette obligation est inscrite à l'article 164 de la loi du 13 août 2004 (§2).

§ 1. L'intérêt communautaire, technique de répartition des compétences

Avant d'envisager l'intérêt communautaire comme technique de répartition des compétences communales et communautaires (B), nous devons rechercher une définition acceptable de cette notion (A).

A. La recherche d'une définition de l'intérêt communautaire

Il revient à François BENCHENDIKH de mettre en évidence l'existence ancienne de la notion d'intérêt communautaire[326]. D'après l'auteur, la première apparition de la notion d'intérêt communautaire remonte au début du XIXe siècle, présenté alors sous la notion d'intérêt intercommunal. Il relève alors que plusieurs lois adoptées au cours de cette période contribuèrent pleinement à l'avènement d'un intérêt autre que communal. Ainsi, ces intérêts

[325] Article L. 5214-16-IV pour les communautés de communes, article L. 5215-20 pour les communautés urbaines et l'article L. 5216-5 pour les communautés d'agglomération.
[326] François BENCHENDIKH, « Les avatars de la notion d'intérêt communautaire des communautés d'agglomération », *RGCT*, n° 24, juillet – août 2002, p.p. 267 - 297

« intercommunaux » avaient un objectif commun qui était de circonscrire certains domaines d'action des compétences communales. Par conséquent, l'intérêt intercommunal et l'œuvre d'utilité intercommunale avaient pour vocation de reconnaître la compétence du regroupement communal au détriment de la commune. Dès l'origine, il s'agissait bien d'un critère susceptible de répartir des compétences communales entre la commune et les différentes formes de regroupements de l'époque.
Tout au long du XXe siècle, et avec l'aide du juge administratif, s'élabora la différenciation entre l'intérêt communal et l'intérêt intercommunal.
Une fois la distinction entre intérêt communal et intérêt intercommunal effectué, nous pouvons procéder à la différenciation de l'intérêt intercommunal et de l'intérêt communautaire.
L'intérêt intercommunal peut s'analyser comme étant la mise en œuvre, à un niveau supra communal, d'un intérêt simplement communal. Pour François BENCHENDIKH, l'intérêt intercommunal à part entière, « *n'existe donc pas, puisqu'il correspond à la translation de l'intérêt communal à la structure intercommunale. Il s'analyse ainsi comme un système permettant de transférer des compétences communales sans en altérer leur substance* » En revanche, l'intérêt communautaire ne satisfait pas à cette définition. Il s'analyse comme un élément contribuant à la formation progressive et à part entière d'une identité intercommunale. Pour l'auteur, « *l'intérêt communautaire tire son originalité de son autonomie par rapport à l'intérêt intercommunal* »

La notion d'intérêt communautaire a été introduite par la loi du 6 février 1992[327] pour les communautés de communes et élargie aux communautés urbaines et aux communautés d'agglomération par la loi du 12 juillet 1999. Nous pouvons cependant noter que la définition de l'intérêt communautaire n'appartient pas aux mêmes organes qu'il s'agisse des communautés de communes ou des communautés d'agglomération et urbaines. En effet, concernant les communautés de communes, il appartient aux conseil municipaux de définir l'intérêt communautaire des communes membres à la majorité qualifiée requise pour la création[328]. A l'inverse, la définition de l'intérêt communautaire des communautés

[327] La loi du 6 février 1992, disposait respectivement dans ses articles 71 et 73 que les communautés de villes et de communes, exercent de plein droit, au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire, des compétences relevant, chacune, des groupes de compétences obligatoires et optionnelles.
[328] Article L. 5214-16 III et IV du Code générale des collectivités territoriales

d'agglomération et urbaines est faite par l'organe délibérant de l'EPCI à la majorité des deux tiers du conseil[329].

La nécessité de définir l'intérêt communautaire pour les EPCI est clairement inscrite dans la loi du 12 juillet 1999. Mais le législateur n'a pas pris la peine de définir lui-même cette notion. Aussi la question se pose de savoir pourquoi la définition de l'intérêt communautaire n'est pas identique pour les trois types de communautés. Comme le relève François BENCHENDIKH, les parlementaires se sont longuement interrogés afin d'établir s'il fallait associer les conseils municipaux dans la définition de l'intérêt communautaire pour les communautés urbaines et d'agglomération.

Il fut cependant décidé que la définition de cette notion, dans le cadre d'une communauté d'agglomération, se ferait sans recours au vote des conseils municipaux la composant[330].

Pour François BENCHENDIKH, la définition de l'intérêt communautaire pour les communautés d'agglomération échappe aux conseils municipaux qui la composent car elle est une structure beaucoup plus intégrée que la communauté de communes. Les parlementaires craignaient également qu'en alignant la définition de l'intérêt communautaire des communautés de communes sur les deux autres communautés (à savoir que la définition serait établie par le conseil communautaire), on contribue à freiner la constitution des communautés les moins intégrées.

L'auteur constate alors que « *ces distinctions dans les lieux et les modalités de définition, entre les communautés urbaines et d'agglomération d'une part, et les communautés de communes d'autre part, ne permettent en aucun cas l'avènement d'une notion commune pour l'ensemble des structures intercommunales* »

Nous serions tenté de valider cette affirmation en effectuant à partir de la différence effectuée entre l'intérêt intercommunal et l'intérêt communautaire, une comparaison : Le premier pouvant être facilement appliqué aux communautés de communes[331] et le second étant appliqué aux communautés d'agglomération et urbaines[332].

---

[329] Article L. 5215-20-I pour les communautés urbaines et article L. 5216-5-III pour les communautés d'agglomération

[330] Il ressort que les députés communistes avaient également souhaité que l'avis des conseils municipaux soit requis pour la définition de l'intérêt communautaire des communautés urbaines.

[331] Cette observation n'est pas soutenable d'un point de vue juridique dans la mesure ou le CGCT ne fait référence bien sur qu'à l'intérêt communautaire pour les communautés de communes : article L. 5214-16 : « La communauté de commune exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêt communautaire**,** des compétences relevant de chacun des deux groupes suivants… »

[332] En tenant compte des critères d'intégration, de la taille et de l'étendue des trois types de communautés et du nombre de compétences transférées, nous constatons une différence entre d'un côté les communautés de communes et les deux autres formes de communautés. Nous pouvons alors nous interroger sur le fait de savoir si

La loi du 12 juillet 1999 marquait une importante évolution par rapport à celle de 1992. En effet, le transfert de compétences, suite à la définition de l'intérêt communautaire, ne provient plus des conseils municipaux souhaitant se départir de certaines compétences, mais des communautés d'agglomération et des communautés urbaines qui vont déposséder les communes membres de leurs compétences. Ce sont donc ces deux structures les plus intégrées qui vont déterminer le degré de leurs compétences. Elles se voient reconnaître la faculté de déterminer de leur propre chef ce qu'elles considèrent comme étant une compétence d'intérêt communautaire.

L'absence de définition légale de l'intérêt communautaire engendra néanmoins de nombreuses difficultés d'interprétation. Face à l'impossibilité de définir la notion d'intérêt communautaire, c'est-à-dire à l'impossibilité d'édicter des critères susceptibles de circonscrire les compétences des organes communautaires, certains parlementaires et certains auteurs ont opéré un rapprochement avec le principe de subsidiarité.
Nous avons déjà vu que le principe de subsidiarité, adopté par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003[333], permettrait d'opérer un système de répartition des compétences entre les différents niveaux de collectivités. Appliqué à la définition de l'intérêt communautaire, le principe de subsidiarité voudrait dire que la communauté s'emparerait de la compétence que la commune ne pourrait pas efficacement mettre en œuvre à son niveau.
Mais il semble impossible d'assimiler le principe de subsidiarité avec la définition de l'intérêt communautaire. En effet, si une commune éprouve certaine difficultés à accomplir une de ses compétences, la structure intercommunale ne pourra nullement se substituer à elle au seul motif que la collectivité de base n'exerce pas sa mission avec suffisamment d'efficacité.

Aussi, comme le constate François BENCHENDIKH, le Code générale des collectivités territoriales n'a pas prévu que les structures intercommunales doivent faire la preuve, pour déposséder les communes, d'un meilleur exercice des compétences communales au niveau communautaire, ni même de l'existence de difficultés rencontrées par les communes[334]. L'auteur explique alors qu' « *il est possible d'affirmer que le principe de subsidiarité n'a aucune vocation à contribuer à la répartition des compétences entre l'EPCI*

---

les communautés de communes ont conscience ou non de l'existence d'une identité intercommunale forte à la différence des grandes communautés d'agglomération, sans aborder le cas des communautés urbaines.

[333] Article 72 alinéa 2 de la Constitution

[334] Le transfert de compétence répond à des règles précises qui ne peuvent nullement être comparées avec celles régissant la dévolution des compétences des Etats membres vers les institutions européennes. Le seul point commun entre ces deux notions est qu'il s'agit d'une technique de répartition des compétences, mais cela ne suffit pas pour procéder à un rapprochement.

et les communes membres, car il a, à ce jour, toujours été confiné dans sa définition communautaire…La définition du principe de subsidiarité, pour ce qui est de la répartition des compétences entre les structures intercommunales et leurs membres, ne peut en aucun cas être assimilée à celle du droit communautaire »[335].

Partant du constat qu'il n'existe pas de définition claire et précise de l'intérêt communautaire, le législateur a donc laissé le soin aux conseillers communautaires de le faire. Dans tous les cas, la définition de l'intérêt communautaire permet d'opérer une répartition des compétences entre celles des communes membres et celles de leur EPCI.

B. La répartition des compétences communales et communautaires

S'il est difficile de définir la notion d'intérêt communautaire, il est en revanche simple d'en cerner l'objet. Celui-ci réside dans le partage des compétences entre les communautés et les communes. François BENCHENDIKH affirme clairement que « *cette notion est effectivement appréhendée comme un moyen permettant de structurer les compétences entre les EPCI et les communes membres* »
A ce stade, nous pouvons entrevoir des différences fondamentales entre les systèmes de répartition des compétences entre la décentralisation et l'intercommunalité. En effet, dans le cadre de la décentralisation, les compétences transférées aux collectivités ont eu pour méthode la clause générale de compétence puis la méthode des blocs de compétences. Or l'intérêt communautaire ne procède d'aucune de ces deux méthodes de répartition des compétences. Le législateur n'a pas accordé de clause générale de compétences aux communautés, qui aurait eu pour conséquence de leur permettre de se déclarer compétente dans de nombreux domaines propres aux conseils municipaux. Dans ce cas, la structure intercommunale aurait « vider » de sa substance le principe même de l'action communale défini par « le fameux et historique » article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » Pourtant, comme le constate Pierre-Yves MONJAL, « *cette règle continue et continuera de demeurer le principe établissant la compétence générale des communes. Mais l'attribution de compétences sans*

[335] François BENCHENDIKH, « Les avatars de la notion d'intérêt communautaire des communautés d'agglomération », *RGCT*, n° 24, juillet – août 2002, p.p. 276

cesse plus importantes aux EPCI…risque néanmoins, par effet d'engrenage, d'aspirer par le haut les « affaires communales » »[336]

Le législateur n'a pas non plus établi des blocs de compétences qui auraient répondu à l'intérêt communautaire. Comme le relève les professeurs DEGOFFE et DREYFUS, « *la communauté de commune se prête à un enchevêtrement des compétences puisque la loi ne définit pas les compétences de cette catégorie d'établissement public de coopération intercommunale en termes de blocs de compétences* »[337]. Il s'est borné à énumérer les compétences exercées de plein droit au lieu et place des communes. Il a dressé la liste des compétences optionnelles parmi lesquelles le choix est effectué par décision des conseils municipaux, selon les règles de la majorité qualifiée. Les communes peuvent également décider librement de transférer à la communauté des compétences autres que celles dont le transfert est imposé par la loi. Mais l'intérêt communautaire n'est pas défini à priori. A l'intérieur de domaines assez vastes (développement économique, aménagement de l'espace communautaire, équipement social de l'habitat …) la notion d'intérêt communautaire doit permettre de tracer une ligne de partage entre les compétences demeurant communale et celles dont disposent les EPCI. A l'intérieur de ces vastes domaines de compétences, indiqués par le législateur, la communauté (les communautés d'agglomération et les communautés urbaines) peut donc se saisir elle-même des prérogatives qu'il lui parait opportun d'exercer. C'est pourquoi, nous sommes fondés à dire que le législateur n'a pas établi de blocs de compétences relevant de l'intérêt communautaire.
Force est de constater qu'il n'a pas réussi non plus à établir par blocs les compétences pouvant être transférées entre l'Etat et les différents niveaux de collectivités territoriales, dans la mesure ou il n'existe pas de barrière étanche entre les différentes compétences transférées.

Ainsi, pour MONJAL, « *on ne dispose pas de critères juridiques qui permettraient à coup sur de conclure, une fois ces critères réunis, dans quelle situation il y a un intérêt communautaire à procéder à tel ou tel transfert de compétences* »[338].

[336] Pierre-Yves MONJAL, « Les enjeux de la notion « d'intérêt communautaire » ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI », *AJDA*, 29 septembre 2003, p. 1703
[337] M. DEGOFFE, et J.-D. DREYFUS, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, p. 807
[338]Pierre-Yves MONJAL, précité

L'intérêt communautaire est donc une donnée brute qui fonde la compétence de l'EPCI, sans précision quant au moment du constat de cet intérêt, de sa réversibilité, de son appréciation objective et de sa portée.
Pourtant, il existe un critère fournissant une indication quant à la portée du transfert de compétence à opérer : il s'agit du principe de spécialité. En effet, une compétence ne peut faire l'objet d'une attribution globale à un EPCI, qui priverait alors les communes de son exercice. L'auteur explique qu'effectivement, « *le seul critère dont on pourrait disposer, à condition que la juridiction administrative le systématise, c'est celui tiré du principe d'attribution, qui suppose que les communes, titulaires de la compétence générale d'action, ne se privent pas de cette compétence au profit exclusif d'un EPCI* ».

Quoi qu'il en soit, l'intérêt communautaire, même s'il reste difficile à appréhender, doit être défini à un moment donné pour que les compétences de la communauté puissent être mises en oeuvre. Aussi, la solution réside dans l'inscription dans les statuts de l'EPCI de l'intérêt communautaire de la structure. Hervé GROUD[339] constate qu'il n'y a pas de réponse dans la loi. La Direction générale des collectivités locales parait souhaiter qu'une décision définitive intervienne dès la rédaction des statuts, afin d'éviter une multiplication des conflits. Pour autant, les communautés intégrent rarement, au sein de leurs statuts, la définition des compétences qu'elles estiment être d'intérêt communautaire. Les dispositions statutaires reprennent, le plus souvent, les termes mêmes du Code général des collectivités territoriales.
Pour François BENCHENDIKH, « *les statuts apparaissent généralement d'un intérêt limité si l'on veut connaître avec précision les compétences de ces structures intercommunales* »
La solution consisterait à rédiger avec plus de précision les statuts de la structure intercommunale[340]. La rédaction plus consciencieuse des statuts permettrait aux communes, de circonscrire certaines compétences particulièrement larges et importantes (développement économique, environnement…), en ne transférant qu'une partie de celle-ci. Seule une ligne de partage claire entre les compétences transférées au groupement et les compétences conservées par les communes permettrait d'éviter certains contentieux.
Bien que cette solution semble simple, elle est pourtant difficile à mettre en œuvre. La rédaction des statuts, intégrant la définition de l'intérêt communautaire de la structure

[339] Hervé GROUD, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA*, 2000, p. 967
[340] Comme le constate Hervé GROUD, « *une telle solution conduirait à une situation proche de celle des anciens EPCI, une répartition des compétences étant préétablie. Au contraire, la lecture des premiers statuts et l'observation des négociations en cours montrent que, dans une très grande majorité des cas, les élus préfèrent s'abstenir d'arrêter une position à priori afin de s'autoriser une définition au cas par cas, permettant de faire évoluer les compétences communautaires en fonction des besoins et du climat politique* »

intercommunale, engendrerait de la sorte sa propre limitation, en ce sens où une délibération du conseil communautaire pourrait être illégale car contraire à la définition statutaire. Selon BENCHENDIKH, « *Choisir de définir la notion d'intérêt communautaire au sein des statuts engendre effectivement une auto-limitation mais également un risque de contentieux dont l'objectif était précisément de l'éviter* »[341].
Finalement, il est nécessaire de se référer aux délibérations de l'instance communautaire pour savoir dans quelle mesure elle peut exercer une compétence qu'elle aurait préalablement qualifiée d'intérêt communautaire. Il semble plus facile, à ce moment, de définir cet intérêt au fil de leur existence plutôt qu'à leur création.

§ 2. L'obligation de définir l'intérêt communautaire

Pour Nicolas PORTIER, « *la consécration de la notion d' « intérêt communautaire » par la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 a ainsi constitué une première volonté d'assouplissement de la notion de compétence en permettant, au sein de champs de politiques publiques données, une définition fine et évolutive des rôles respectifs des communes et de leurs groupements* »[342]. Le législateur de 1999, s'était cependant abstenu de définir cette notion, ne privilégiant alors que l'adoption des modalités procédurales de définition de l'intérêt communautaire[343]. La loi du 13 août 2004 ne revient pas sur cette méthode d'adoption mais impose de définir rapidement l'intérêt communautaire de ces structures (A). L'adoption automatique de l'intérêt communautaire pour les communautés pourrait alors préfigurer l'existence de compétences générales propres à ces groupements de communes (B).

A. Les conséquences de l'absence de définition de l'intérêt communautaire

L'article 164 de la loi du 13 août 2004, modifiant les articles L. 5214-16, L. 5215-20 et L. 5216-5 du Code générale des collectivités territoriales, vient désormais encadrer dans des délais précis l'obligation de définir l'intérêt communautaire pour les trois formes de communautés. En cas de carence, les communautés seront sanctionnées par le transfert intégral et automatique des compétences figurant à leurs statuts. Fixé à un an pour les

[341] François BENCHENDIKH, « Les avatars de la notion d'intérêt communautaire des communautés d'agglomération », *RGCT*, n° 24, juillet – août 2002, p.p. 273
[342] Nicolas PORTIER, « Loi de 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *AJDA*, 2005, p. 140
[343] L'intérêt communautaire est défini par les conseils municipaux pour les communautés de communes et par les conseils communautaires pour les communautés d'agglomération et urbaines.

compétences déjà inscrites au statut à la date d'entrée en vigueur de la loi, ce délai a été fixé à deux ans pour les compétences déléguées a posteriori. Cet encadrement législatif est, selon PORTIER, contesté par de nombreux acteurs intercommunaux qui estiment que le délai est trop rigide et qui lui auraient préféré d'autres principes. Il estime que « *la définition de l'intérêt communautaire aurait pu être imposée comme la condition préalable à l'exercice effectif des compétences concernées, ce qui aurait notamment permis des rythmes différenciés et progressifs de détermination de l'intérêt communautaire, compétence par compétence, au gré de la maturité de la concertation locale* » rejoignant alors l'idée que la détermination de l'intérêt communautaire est plus effective pendant la vie de la structure intercommunale qu' à sa date de création.

L'absence de définition de l'intérêt communautaire a eu pour conséquence l'immixtion du juge administratif. Celui-ci est venu confirmer que la notion d'intérêt communautaire a pour effet de circonscrire les compétences des structures intercommunales[344]. Ainsi, un EPCI ne peut pas se réfugier derrière la notion d'intérêt communautaire pour tenter de justifier sa compétence dans un domaine qui ne lui a pas été transféré. Comme nous l'avons vu précédemment, la juge apprécie alors la notion d'intérêt communautaire conformément au principe de spécialité des établissements publics.
Pour François BENCHENDIKH, le juge administratif exerce un contrôle à double niveau : dans un premier temps, il vérifie si l'opération, qualifiée d'intérêt communautaire, peut être rattachée à une compétence expressément déléguée par les communes membres à l'EPCI. Dans l'affirmative, le juge pourra uniquement procéder au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Pour l'auteur, en procédant ainsi, « *le juge confirme bien que l'intérêt communautaire est une notion juridique et nullement politique* » La nature même de cette notion peut prêter à confusion. En effet, Pierre-Yves MONJAL estime pour sa part, que l'intérêt communautaire est « nécessairement politique » car constaté par les élus, conseillers communautaires qui sont eux-mêmes conseillers municipaux[345].

Nous pensons que la notion d'intérêt communautaire procède effectivement d'une double nature, politique et juridique. Elle est de nature politique car il revient aux conseillers

[344] CAA de Lyon, 17 juin 1999 : « A défaut de texte l'habilitant à connaître de toutes les affaires d'intérêt communautaire, la Communauté urbaine…ne peut exercer d'autres compétences que celles qui lui ont été expressément transférées en vertu de la loi »
[345] Pour MONJAL, « Regroupés dans une communauté de communes, les élus n'ont pas d'autres choix que de rechercher l'intérêt générale de ladite communauté. Ils sont invités à transcender les intérêts communaux pour appréhender de manière globale le projet communautaire ».

municipaux de la définir (dans le cadre des communautés de communes) et il s'agit évidemment d'un exercice complexe car l'élu local est attaché à sa commune. Il doit donc préserver les intérêts financiers, industriels…Ce que MONJAL explique en déclarant que l'élu local doit composer sur deux tableaux, par le jeu d'un dédoublement fonctionnel visant les intérêts communaux et les intérêts intercommunaux. Mais l'intérêt communautaire est aussi une notion de nature juridique du fait des conséquences qu'elle emporte. Les communautés ne peuvent avoir recours à une compétence d'intérêt communautaire si elles ne l'ont pas préalablement définie. Cette obligation a été affirmée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt du 26 octobre 2001, *Commune de Berchères-Saint-Germain.* En l'espèce, le Conseil d'Etat reconnaît la possibilité pour la communauté de commune de l'Orée de Chartres, de définir postérieurement à sa création la notion d'intérêt communautaire. En reconnaissant cette possibilité de définir une compétence d'intérêt communautaire, obligatoire ou optionnelle, après la constitution de la communauté, l'arrêt du Conseil d'Etat admet implicitement l'impossibilité pour une structure intercommunale d'exercer une compétence qui n'a pas été préalablement définie[346].

Aussi, les communautés (de communes, d'agglomération et urbaines) seraient qualifiées d'autorités incompétentes dès lors qu'elles se départissent de la définition d'intérêt communautaire dans un domaine qui l'exige. La sanction serait donc l'annulation de l'ensemble des actes et délibérations. BENCHENDIKH remarque à cette occasion que cette irrégularité pourrait être certes être soulevée par voie d'action, mais aussi par la voie de l'exception d'illégalité. Les conséquences financières pourraient être particulièrement importantes s'il fallait revenir sur des investissements financiers réalisés à l'occasion d'un équipement sportif ou culturel (une piscine, un zénith…), ou encore de l'aménagement d'une zone d'activité, suite à l'annulation des délibérations du conseil de la communauté. De plus, les nouvelles délibérations ne pourraient en aucun cas légaliser rétroactivement le transfert de compétences mal effectué. En théorie, seul le vote d'une loi de validation par le législateur permettrait de valider à posteriori les carences de la communauté.

Pour conclure sur la nature juridique de la notion d'intérêt communautaire, François BENCHENDIKH fait référence à deux circulaires qui disposent que « la ligne de partage

[346] Cet arrêt du Conseil d'Etat revient sur un jugement du Tribunal administratif de Montpellier du 15 novembre 2000. Le juge administratif de première instance avait exigé que les compétences d'intérêt communautaire soient définies dans les statuts pour qu'une communauté de communes puisse prétendre au bénéfice de la DGF bonifiée.

entre les compétences de la communauté et celle de des communes n'est toutefois juridiquement établie qu'après la définition de l'intérêt communautaire, à l'exception des compétences dont l'obligation de transfert n'est pas liée à cette notion »
Ainsi, la loi du 13 août 2004 impose l'obligation de définir l'intérêt communautaire des EPCI à fiscalité propre pour des raisons de sécurité juridique et budgétaire. Il revient à la circulaire du 15 septembre 2004[347] de rappeler l'importance de la définition de cette notion : « Certains EPCI n'ont pas défini l'intérêt communautaire dans un délai raisonnable. Or, l'absence de définition de l'intérêt communautaire ne permettrait pas le transfert effectif de la compétence. Cette situation était préjudiciable en tant qu'elle contribuerait à créer des structures intercommunales exerçant effectivement peu de compétences, alors même qu'elles bénéficient de dotations majorées au titre de leur qualité d'EPCI à fiscalité propre »
L'obligation de définir l'intérêt communautaire dans un certain délai correspond également au fait que cette notion est une condition *sine qua non* de l'exercice des compétences obligatoires ainsi que pour certaines compétences facultatives, car jusqu'à la loi du 13 août 2004, aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait de délai pour adopter cette définition.

En conclusion, la circulaire du 15 septembre 2004 précise quel peut être le contenu de l'intérêt communautaire de l'EPCI en déclarant : « L'intérêt communautaire parait plutôt devoir être défini au moyen de critères objectifs permettant de fixer une ligne de partage stable entre les compétences communautaires et celles qui demeurent de nature communale, qu'il s'agisse d'opérations, zones et équipements existants ou futurs »[348]. Elle rappelle aussi que l'objet même des EPCI à fiscalité propre est l'élaboration et la mise en œuvre d'un projet de développement et d'aménagement dépassant l'échelle communale.

B. L'intérêt communautaire, préfiguration d'une compétence générale ?

Nous avons vu qu'un nom du principe de spécialité qui qualifie la nature des établissements publics de coopération intercommunale, une compétence ne peut faire l'objet d'une attribution globale à un EPCI, car elle priverait alors les communes de son exercice. Pour Hervé GROUD, « *aujourd'hui, l'intérêt communautaire ne se présente donc pas comme une*

[347] Circulaire du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « libertés et responsabilités locales »
[348] La circulaire du 15 septembre 2004 explique que la définition de l'intérêt communautaire ne doit pas se réduire à une simple liste de zones, d'équipements ou d'opérations au sein des différents blocs de compétences. Une liste qui aurait un caractère limitatif subordonnerait toute nouvelle intervention de l'EPCI à une modification statutaire.

habilitation globale pour les communautés, mais plus prosaïquement comme une multitude de césures qui se situent à des degrés divers à l'intérieur de vastes blocs de compétences ».
Nous avons également aperçu de quelles manières la jurisprudence interprétait strictement les compétences des EPCI[349].
Le professeur MOREAU a pu écrire, à cet effet, que « *la jurisprudence relative à l'interprétation des compétences dévolues aux syndicats à vocation unique ou à vocation multiple est plutôt restrictive, et à juste titre. En effet, ces établissements publics territoriaux ne possèdent aucune compétence de droit ; toutes celles qu'ils exercent leur ont été dévolues par les communes dans l'acte institutif du syndicat ou par des décisions postérieures modificatives. On comprend dès lors qu'en cas de litige sur ce point tribunaux administratifs et Conseil d'Etat se réfèrent à la lettre des statuts et, en cas de rédaction obscure, fassent prévaloir une interprétation favorable à l'autonomie communale* »[350] Ces observations peuvent être étendues, selon nous, aux différentes formes de communautés.

A la suite d'une jurisprudence classique, la doctrine s'est cependant interrogée au lendemain de l'adoption de la loi de 1999 sur les évolutions possibles de l'intercommunalité en France. Les apports de la loi du 13 août 2004 peuvent, selon nous, accentuer ces interrogations, du fait des nouvelles compétences pouvant être transférées au président du conseil de l'EPCI et de l'assouplissement des règles de fonctionnement des structures intercommunales. Dès 1999, Hervé GROUD avait analysé que l'institution intercommunale porteuse de projet existait par elle-même. La « révolution intercommunale » se caractérise alors par l'explosion d'une véritable intercommunalité de projet grâce aux choix judicieux du législateur. Celui-ci a donné des moyens susceptibles de créer une existence propre aux communautés : l'obligation d'un territoire homogène correspondant à un bassin d'emploi ; l'application d'une taxe professionnelle unique, facteur d'intégration et de solidarité ; l'attribution d'une dotation globale de fonctionnement bonifié, permettant d'envisager d'importantes politiques…
Tous ces moyens permettent l'émergence d'un projet devant être au coeur de la structure intercommunale.

[349] Toujours selon GROUD : « *les EPCI doivent s'en tenir à exercer les compétences énumérées dans le texte créateur et ne peuvent engager au-delà les communes qui ont délégué celles-ci. Tribunaux administratifs et Conseil d'Etat considèrent que les difficultés doivent être résolues ne faveur des communes qui exercent une compétence générale, dans le cadre d'une libre administration et dont les organes délibérants, élus au suffrage universel, représentent directement la population locale* »
[350] Observations Jacques MOREAU, sous CE 20 janvier 1989, *SIVOM de l'agglomération Rouennaise, AJDA,* 1989, p. 398

Hervé GROUD constate également que ces réformes ont pour objet « *d'abandonner progressivement, mais de façon irréversible, les institutions classiques …Si les syndicats intercommunaux pourront, sous certaines conditions, continuer d'exister, il sera beaucoup plus difficile d'en créer de nouveaux* ».
Les nouvelles communautés vont donc absorber progressivement les syndicats existants ou voir ceux-ci se transformer en communautés de communes ou d'agglomération[351]. Aussi, si autrefois, des communes ont peut-être souhaité confier certaines compétences à des institutions intercommunales limités et spécialisées, les communautés les reprennent aujourd'hui dans un cadre de prérogatives beaucoup plus large. Pour GROUD, « *l'intérêt communautaire est appelé à devenir le fondement des compétences d'EPCI - beaucoup plus autonome par rapport aux communes – qui ont leur existence propre et assument les responsabilités locales les plus importantes, dans le cadre d'un projet* ».

Outre la volonté du législateur de concevoir une coopération intercommunale beaucoup plus intégrée, le Conseil d'Etat semble tenir compte de l'émergence d'une compétence générale des communautés. Ainsi, à plusieurs reprises, s'agissant de formes de coopération plus intégrées, le Conseil d'Etat a élaboré une jurisprudence « constructive » conduisant à admettre qu'il était impossible de découper une compétence. Celle-ci doit dans certains cas, être considérée comme assurée globalement par un EPCI de manière à obtenir une identification plus claire pour les citoyens.
Par exemple, la loi du 31 décembre 1966 transférait aux communautés urbaines les compétences exercées par les communes en matière de voirie et de signalisation. Il revient alors aux communautés urbaines d'accorder la concession d'affichage sur les palissades édifiées pour clôturer les chantiers sur les voies publiques. Le Conseil d'Etat tire toutes les conséquences d'un transfert de compétences pour l'envisager dans sa globalité et considère que, dans ces conditions, la communauté urbaine devient gestionnaire du domaine[352]. En conséquence, c'est à la communauté urbaine qu'il appartient de délivre les permissions de voirie, le maire ne conservant, en raison de son pouvoir de police générale, que les autorisations de stationnement. Xavier PRETOT, notait que, « *soucieuse de mieux marquer les compétences, et partant, les responsabilités de chaque collectivité, la jurisprudence ; tout*

[351] S'agissant des syndicats de communes, le Code général des collectivités territoriales n'avait pas organisé une procédure de transformation comparable à ce que prévoit l'article L.5211-41 au profit des communautés. La transformation d'un syndicat de communes en communauté de communes ou d'agglomération ne pouvait s'opérer que par la dissolution préalable. L'article 152 de la loi du 13 août 2004 comble cette lacune en créant un nouvel article L. 5211-41-2 au CGCT qui s'inspire des dispositions de l'article L. 5211-41
[352] CE, 14 janvier 1987, *Ville de Bordeaux*

en conservant le pouvoir de police du ressort exclusif de l'autorité communale, s'efforce de faire la part des pouvoirs de gestion dévolus, en propre, à la communauté urbaine »[353].

Cette interprétation devrait se poursuivre s'agissant des compétences exercées par les trois types de communautés. Il est clairement établi que le principe de libre administration exclu que les communes soient dessaisies de certaines de leur compétence, en raison d'une définition trop vague des compétences transférées à un EPCI. L'obligation de définir l'intérêt communautaire, n'empêchera pas selon nous, le conseil communautaire de vouloir gérer, dans la logique de sa globalité, une compétence qui n'appartient pas à son attribution ou à ses statuts. L'évolution actuelle de l'intercommunalité, nous fait envisager l'émergence d'une clause générale de compétence qui pourrait être calquée sur celle des communes[354] et qui pourrait être rédigée de la manière suivante : « Le conseil communautaire règle par ses délibérations les affaires de la communauté »[355].
Cette idée novatrice peut trouver son fondement dans le fait que pour un nombre de plus en plus grand de compétences, le transfert au niveau de l'intercommunalité parait désormais s'imposer. Pour Hervé GROUD, « *il devient possible de définir une logique transversale à divers blocs de compétences. En conséquence, la notion d'intérêt communautaire glisse d'une simple clé de délimitation des compétences entre le niveau communal et l'EPCI vers une source de droit commun des nouvelles communautés* » et d'envisager *« l'essentiel des procédures de délégations de service public et de marchés publics relèveront sans doute à l'avenir de la responsabilité des communautés* ».
De plus, la doctrine a plusieurs fois constaté que la différence entre collectivité locale et établissement public territorial s'estompe et nous constatons une unification des règles applicables au statuts des personnels, au système comptable et à l'application des règles de marché publics.

Bien évidemment, l'instauration d'une clause générale de compétence au profit des trois formes de communautés n'est qu'une hypothèse de travail. Nous l'envisageons dans la mesure où elle semble cristalliser un certain nombre de réflexions émanant de plusieurs

[353] Xavier PRETOT, Note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, du 14 janvier 1987, *Ville de Bordeaux, AJDA,* 20 juin 1987, p. 428
[354] Nous pensons à la clause générale de compétence contenue à l'article L. 2121-29 du CGCT : « Le conseil municipal règles par ses délibérations les affaires de la commune »
[355] Cette clause générale de compétence pourrait très bien être appliquée dans le CGCT aux articles L. 5214-1 pour les communautés de communes, L. 5215-1 pour les communautés urbaines et L. 5216-1 pour les communautés d'agglomération, comme elle existe déjà pour la commune à l'article L. 2121-29, aux départements à l'article L. 3211-1 et aux régions à l'article L. 4221-1 du même code.

auteurs. Inapplicable à l'heure actuelle, il serait possible de voir cette idée entrer un jour au sein du Code général des collectivités territoriales, au même titre que l'élection au suffrage universel des conseillers communautaires, qui fait depuis 1999 l'objet d'une attention récurrente. Ces dispositions peuvent être selon le professeur PONTIER, « porteuses d'avenir » dans la mesure où elles manifestent une progression de l'intercommunalité

SECTION II
DES IDEES INNOVANTES POUR UN BILAN MITIGE

Nous allons terminer ce chapitre en abordant l'une des dernières innovations issue de la loi du 13 août 2004 qui permet aux EPCI à fiscalité propre, de demander d'exercer sous certaines conditions, au nom et pour le compte du département ou de la région, tout ou partie des compétences dévolues à l'une ou à l'autre de ces collectivités. Ce procédé a été défini comme « l'appel à compétence » et relève d'une délégation de compétence plutôt qu'un d'un transfert de compétence (§1). A la suite de toutes ces innovations, l'intercommunalité a pris un nouveau visage, devenant incontournable dans le paysage institutionnel français. Cependant, cette montée en puissance masque une réalité moins flamboyante qu'il n'y parait. Le bilan est effectivement mitigé dans la mesure où plusieurs questions restent à régler. Nous présenterons alors la trop grande diversité fonctionnelle de l'intercommunalité, restant à résoudre, ainsi que le contentieux lié aux transferts de compétences (§2).

§ 1. « L'appel à compétence »

En principe, un EPCI tient ses compétences des communes membres ; celles-ci ne pouvant lui transférer que les compétences dont la loi autorise le transfert. La loi du 13 août 2004 prévoit que l'EPCI pourra obtenir des transferts de compétences des régions et des départements, d'une part, et de l'Etat, d'autre part (A). Cela nous amènera alors à analyser le système de conventions entre les EPCI et les communes membres (B).

A. Une délégation de compétences plutôt qu'un transfert de compétences

Avant d'aborder la procédure de délégation de compétence issue de la loi du 13 août 2004, nous devons revenir un instant sur la notion de délégation de compétences. En effet, l'étude des règles relatives aux transferts de compétences, suppose, comme nous l'avons fait en introduction, de distinguer les transferts de compétences des notions voisines. Les professeurs DEGOFFE et DREYFUS retiennent la définition de Herbert MAISL de la notion de délégation. Ainsi, la délégation peut se définir comme « *l'acte unilatéral par lequel une autorité qui y est habilitée transfère une partie de sa compétence, son propre titre de compétence étant maintenu* »[356]. Dans ce cas, la délégation ne peut être réalisée sans habilitation préalable, et elle maintient le titre de compétence du déléguant. Le professeur CHAPUS ajoute que la délégation de pouvoir subsiste « *tant qu'une décision du délégant ne l'a pas abrogée* »[357].

La délégation ne peut pas porter sur n'importe quelle compétence. Il y a ainsi des compétences que la personne publique peut déléguer et d'autres qu'elle ne peut pas déléguer. Les auteurs utilisent ensuite la définition de Claude BLUMANN de la cession de compétence. Celle-ci se définit comme « *le transfert par voie contractuelle à une personne privée ou à une autre personne publique d'une compétence normalement reconnue par la loi à une autorité publique déterminée* ». Une distinction est alors à opérer entre la délégation de compétence qui est toujours faite au profit d'une personne publique et la cession de compétence qui s'opère plutôt à une personne privée. Enfin, Laurent TESOKA signale pour sa part que la technique de délégation est relativement récente dans les rapports entre les catégories de collectivités décentralisées. Elle n'apparaît en effet qu'au cours des années quatre vingt avec les premières lois portant transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités territoriales[358].

Pour nous assurer que le procédé prévu par la loi du 13 août 2004 est une délégation de compétence et non un transfert de compétences, nous pouvons tenter de les différencier. Le transfert de compétence détient plusieurs caractéristiques dans le droit de l'intercommunalité. Tout d'abord, le transfert vise une relation entre deux personnes publiques (une commune et un EPCI). Dans l'exercice de cette compétence, la personne publique transférante disparaît et

[356] M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, p. 807
[357] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome I, Montchrétien, 15e édition, 2002
[358] L. TESOKA, *Les rapports entre les collectivités territoriales*, PUAM, 2004, p. 162

ne peut de sa propre autorité recouvrer sa compétence transférée. Elle a cependant toujours un titre à terme à recouvrer sa compétence (par exemple, si l'EPCI est dissout, les communes membres recouvrent leurs compétences). Enfin, le transfert de compétence ne peut être décidé que par la loi. Une fois toutes ces précisions apportées, nous pouvons maintenant analyser le procédé de délégation de compétence institué par la loi « libertés et responsabilités locales ».

L'article 151 de la loi du 13 août 2004 a codifié à l'article L. 5210-4 du Code général des collectivités territoriales la possibilité pour les EPCI à fiscalité propre de demander à exercer au nom et pour le compte du département ou de la région, toute ou partie des compétences dévolues à l'une ou à l'autre de ces collectivités. Comme le remarque le professeur DEGOFFE[359], et compte tenu de nos précisions, « *l'on ne peut juridiquement pas parler de transfert, la loi parle de délégation, puisque l'EPCI agira alors « au nom et pour le compte » de la collectivité territoriale* ». En effet, cette procédure de délégation de compétences n'est pas un transfert de compétences avec dessaisissements corrélatif des compétences des départements et des régions, mais une délégation consentie par voie de convention. Comme le constate le professeur VERPEAUX, « *alors que, de manière habituelle, les compétences sont déléguées du bas vers le haut, celles-ci le seront dans le sens inverse* » [360] et d'affirmer que cette délégation va plus loin que le simple partenariat en vue de l'élaboration de tout projet de développement et d'aménagement du territoire de l'EPCI, déjà prévu par l'article L. 5210-3 du Code général des collectivités territoriales.

L'article L. 5210-4 du Code générale des collectivités territoriales prévoit que la relation entre le département ou la région et l'EPCI fera l'objet d'une convention déterminant l'étendue de la délégation, sa durée ainsi que ses conditions financières et ses modalités d'exécution. La convention établie entre les deux entités précise également les conditions de partage des responsabilités encourues dans le cadre de cette délégation, sans préjudice des droits des tiers. Le rapporteur du Sénat, Jean-Pierre SCHOSTECK déclarait à propos de cet

[359] Michel DEGOFFE, « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *AJDA*, 2005, p. 133
[360] Michel VERPEAUX, « La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, p. 1960

article : « *par son caractère extrêmement général, l'habilitation proposée marque une véritable rupture* »[361].

En effet, il existe dans le corpus législatif d'autres cas de délégation de compétences mais pas avec un objet aussi large[362].

L'étude de l'article L. 5210-4 du Code général des collectivités territoriales énonce les conditions précises pour que l'EPCI puisse disposer de délégations de compétences. Tout d'abord, l'établissement doit, pour demander cette habilitation, y être expressément autorisé par ses statuts. Ensuite, le président du conseil régional ou du conseil général est tenu d'inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante dans un délai de six mois l'examen d'une demande en ce sens. L'assemblée délibérante doit se prononcer sur la demande par délibération motivée. Comme le relève André CHAMINADE[363], la délibération d'acceptation ou de refus doit être motivée. Il relève que le Code général des collectivités territoriales ne se prononce pas sur le contenu de cette motivation mais qu'elle devra cependant contenir des éléments de fait et de droit permettant de connaître avec précision la volonté de l'assemblée. Il est à craindre que des débats contentieux ne viennent à se produire quant au contenu de cette motivation, débats dont l'origine pourrait se trouver dans le mécontentement d'élus, d'administrés ou de personnes morales de droit public.

Le professeur PONTIER[364] apporte des précisions quant à la convention établie entre l'EPCI et le conseil général ou régional. Il note que cette convention n'est pas soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence afférentes aux marchés publics car, étant relative à l'organisation interne des collectivités, elle n'entre pas dans le champ de la concurrence. En effet, la circulaire du 15 septembre 2004 rappelle fermement ces principes. Aussi, l'application de la délégation n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour les cocontractants de la collectivité territoriale qui délègue sa compétence selon le dernier alinéa de l'article L. 5210-4 du Code général des collectivités territoriales.

Pour le professeur DEGOFFE, les EPCI pourront également bénéficier des transferts de compétences provenant de l'Etat. Ainsi, les « groupements » de collectivités territoriales

---

[361] J.-P. SCHOSTECK, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales*, Sénat, n° 31, octobre 2003, p. 425

[362] L'article 33 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 donnait la possibilité aux départements de déléguer aux communes tout ou partie de leurs compétences dans le domaine de l'aide sociale. Mais cette possibilité a été peu utilisée.

[363] André CHAMINADE, *Pratique des institutions locales*, 2e édition, Paris, Litec, 2005, p. 221

[364] J.-M. PONTIER « Les réformes de l'intercommunalité dans la loi « libertés et responsabilités locales » », *Revue administrative n° 342*, novembre - décembre 2004, p. 626.

pourront gérer l'attribution des aides publiques en faveur de la construction, de l'acquisition, de la réhabilitation et de la démolition des logements locatifs sociaux et de celles en faveur de la rénovation de l'habitat privé, selon l'article 61 de la loi du 13 août 2004. La dotation de l'Etat afférente à ces diverses aides sera géré par le préfet de région. Il répartira les sommes entre les communautés urbaines, les communautés d'agglomération, les syndicats d'agglomération nouvelle, les communautés de communes et enfin le département, collectivité compétente pour la distribution de ces aides pour les communes non couvertes par l'un des EPCI précités. Si l'EPCI est doté d'un programme local de l'habitat, ce qui est une compétence de la communauté d'agglomération par exemple[365], il pourra être chargé par une convention avec l'Etat de la répartition de ces aides. Pour l'auteur, l'EPCI devient alors l'égal du département dans l'exercice de cette compétence particulière et note qu'il n'est plus question de la commune.

En définitive, pour DEGOFFE, « *le législateur parie sur la dégénérescence de la commune ou du département au profit de l'EPCI. L'affirmation de celui-ci n'apparaît pas nettement. Mais elle peut être en germe dans la réforme* ». Les conclusions de Nicolas PORTIER sont peut être moins excessives mais il déclare que « *s'il est peu probable que cette disposition connaisse de nombreuses utilisations à court terme, elle apparaît néanmoins d'un très grand intérêt expérimental pour l'avenir en proposant de nouvelles modalités d'agencement institutionnel et d'organisation des relations entre niveaux de collectivités ; c'est-à-dire sur les sujets qui demeurent à ce jour les véritables impensés de l'acte II de la décentralisation* »[366].

B. Les transferts conventionnels de compétences dans le cadre de l'intercommunalité

Comme le constate Laurent TESOKA, la technique du transfert de compétences reste rare entre catégories de collectivités territoriales, mais elle est assez fréquemment utilisée entre les collectivités territoriales et les EPCI[367]. En effet, le Code général des collectivités territoriales envisage expressément, dans certaines dispositions, la conclusion de conventions entre collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale.

[365] Article L. 5216-5-I, 3e du CGCT.
[366] Nicolas PORTIER, « Loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *AJDA*, 2005, p. 140
[367] Opus cité p. 130

L'article L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales[368] permet à une collectivité territoriale de mettre ses services à la disposition d'une autre. Pour les professeurs DEGOFFE et DREYFUS, cet article a toutefois une portée limitée selon la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ils relèvent que le commissaire du gouvernement Henri SAVOIE[369] a indiqué, dans un arrêt de section du Conseil d'Etat en date du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr,* que cet article s'applique aux collectivités locales et non pas à leurs établissements publics[370]. Pourtant, pour Fabien RAYNAUD et Pascale FOMBEUR, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, « *des arguments solides pouvaient militer dans le sens de l'application de ces dispositions au cas de l'espèce* »[371].
Ils relevaient que l'article L. 5111-1 du Code répond à la volonté du législateur de favoriser le développement de toutes les formes de coopération entre les collectivités territoriales, principalement les communes, en vue de remédier aux effets négatifs du morcellement de la carte communale française. En l'espèce, les requérants soutenait que la convention passée entre eux entrait bien dans le cadre des prévisions de l'article L. 5111-1, dans la mesure où cette convention avait pour objet la mise à disposition de la communauté de communes du Piémont de Barr par le service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin (SDEA), syndicat mixte regroupant plusieurs communes, de ses services d'assainissement, contre le paiement d'une somme, afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences.

Les auteurs soutenaient alors que l'application des dispositions de l'article L. 5111-1 du Code aux faits de l'espèce se heurtait à deux obstacles que la section du contentieux n'a pas franchis. La première difficulté tenait aux circonstances de l'affaire : il était clair que l'opération envisagée par la communauté de communes et le syndicat mixte consistait moins en la « mise à disposition de ses services » par le syndicat au profit de la communauté de communes pour lui « faciliter l'exercice de ses compétences » que, plus simplement, d'assurer, pour la communautés de communes, le remplacement de la Lyonnaise des eaux par

[368] Article L. 5111-1 du CGCT : « Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur. Les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences »
[369] Henri SAVOIE, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autres* », *RFDA*, mai – juin 1998, p. 611. Comme le relève le commissaire du gouvernement, l'objet des conventions visées par l'article L. 5111-1 du CGCT n'est pas identique à celui de contrat en cause. D'autre part, cet article s' applique aux collectivités locales et non pas à leurs établissements publics.
[370] CE Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autres*.
[371] F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, « Les personnes publiques, lorsqu'elles décident de contracter, sont soumises aux obligations de concurrence issues du droit communautaire », *AJDA*, 1998, p. 553

le SDEA, lequel était appelé finalement à se comporter en prestataire de services davantage qu'en « facilitateur » de la tâche de la communauté de communes.

La seconde difficulté était plus complexe car elle provenait de la lettre des dispositions de l'article L. 5111-1 elle-même. En effet, cet article ne vise que les conventions passées entre collectivités territoriales. La section du contentieux, suivant le commissaire du gouvernement Henri SAVOIE a considéré que les dispositions de l'article L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales « ne sont pas applicables au contrat litigieux prévu pour la gestion d'un service d'assainissement entre deux établissements publics de coopération intercommunale ».

Une dernière hésitation persistait quant à la qualification de cette convention en marché public dans la mesure où l'acte en cause pouvait également s'analyser, compte tenu de l'adhésion de la communauté de communes au syndicat mixte, comme un transfert de compétences de la communauté vers le syndicat mixte. Même si l'assainissement ne fait pas partie des compétences obligatoirement transférées par les membres du syndicat à ce dernier, l'arrêté préfectoral instituant le syndicat mixte prévoit bien que les communes membres peuvent décider de transférer d'autres compétences au syndicat mixte, parmi lesquelles figure l'assainissent. Toutefois, force est de constater que ce n'est pas ainsi que la communauté de communes avait engagé ses relations sur ce point avec le syndicat mixte. Pour Fabien RAYNAUD et Pascale FOMBEUR, sans doute un effort aurait été nécessaire pour recourir à une telle qualification qui aurait présenté l'avantage de cantonner l'affaire dans la sphère de l'intercommunalité et de conclure « *la section du contentieux ne s'est pas orientée dans cette direction que ni les parties ni son commissaire du gouvernement ne l'invitaient à explorer* ».

Ainsi, lorsque l'on aborde la question des relations susceptibles de se nouer entre une structure intercommunale et les collectivités qui en sont membres, et en particulier celle des rapports contractuels, il faut partir de la théorie générale des contrats entre personnes publiques. Nous sommes en effet en présence d'un EPCI, c'est-à-dire d'une personne publique, qui souhaite conclure une ou plusieurs conventions avec une ou plusieurs collectivités territoriales, c'est-à-dire, là encore, des personnes publiques. Il ressort alors de la théorie générale des contrats entre personne publiques qu'elles ne sont pas libres de leurs actes, parce qu'elles sont tenues par leurs compétences. Elles ne sont donc pas libres de conclure quelque convention de leur choix, puisque, si elles sortent de leurs compétences, elles n'ont plus de titre les fondant à exercer un pouvoir. Elles sont alors dans l'illégalité.

A l'issue du transfert de compétences opéré par les collectivités territoriales à un EPCI, seul celui-ci est compétent pour agir dans les domaines d'activité qui lui ont été confiés[372]. En effet, avec l'intercommunalité, nous sommes dans une logique de remontée de compétences vers une organisation de type fédératif qui va priver les membres de la structure (les communes) de tout titre les fondant à intervenir. Ayant fait le choix de céder leur compétence - et donc leur titre juridique à exercer un pouvoir[373] - à une autre personne, elles ne peuvent plus juridiquement intervenir dans ce champ.

Dans la pratique, il existe deux cas dans lesquels un EPCI peut passer des conventions avec une commune membre.

Il s'agit premièrement des conventions liées à l'exercice de compétences facultatives[374]. Les communes créant des EPCI ont souvent donné, pour les professeurs DEGOFFE et DREYFUS, « un sens particulier à la notion de compétence facultative ». Les dispositions relatives aux trois formes de communauté ont énuméré des compétences obligatoires (L'EPCI doit les exercer), des compétences optionnelles (L'EPCI peut choisir de les exercer) et laissé la possibilité aux EPCI d'aller plus loin et d'exercer d'autres compétences : les compétences facultatives. Or les auteurs démontrent que les EPCI ont donné une interprétation sensiblement différente dans l'exercice des compétences facultatives. Dans l'hypothèse où les communes membres choisissent librement de transférer une compétence alors que la loi ne les obligeait pas à le faire (nous sommes bien dans le cas des compétences facultatives) nous ne pourrions plus envisager une relation contractuelle entre l'EPCI et ses communes. Nous avons vu effectivement que les conséquences d'un transfert de compétence sont différentes de celles d'une délégation.
DEGOFFE et DREYFUS observent alors que les EPCI n'entendent pas de cette manière la notion de compétence facultative. L'EPCI indique simplement dans ses statuts qu'il peut se livrer à telle ou telle prestation au profit de des communes membres. Mais il ne l'exercera

[372] M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, p. 807. Les professeurs DEGOFFE et DREYFUS déclarent que l'on ne peut plus parler de « compétence commune » partagée entre les communes membres et l'EPCI. Le dessaisissement consécutif au transfert de compétences a pour effet un monopole d'action, dans le champ des compétences transférées, au profit de la structure intercommunale

[373] Les professeurs DEGOFFE et DREYFUS retiennent la définition d'Olivier BEAUD du terme compétence. Pour lui, « la compétence est le titre juridique qui fonde un individu à exercer un pouvoir, et donc indirectement une action. La compétence est donc le titre de pouvoir »

[374] Nous avons vu qu'un EPCI détient des compétences obligatoires, c'est-à-dire des compétences que la loi impose aux communes de transférer au groupement. A côté de ces compétences obligatoires, le groupement peut également avoir des compétences facultatives.

effectivement pour les unes et les autres que lorsque celles-ci le lui auront demandé. Cela passe alors par une convention[375].

L'autre cas de convention passée par un EPCI avec ses communes membres est qualifié de convention de gestion. Ainsi, il est fréquent que des communes créent un EPCI sous la forme de « coquille vide » et que celui-ci, n'ayant aucun moyen de gestion, conclue des conventions avec les communes membres ou au moins avec la commune centre afin que celle-ci assure l'intendance. Ce type de convention semble pour les auteurs entaché d'illégalité, car une fois les compétences transférées, les EPCI ne sont pas libres de les utiliser et s'en remettent à leurs membres pour leur gestion. En effet, il nous semble important de rappeler que les textes prévoient que le transfert de compétence doit s'accompagner du transfert de bien et de personnel nécessaire à l'exercice effectif de la compétence.

Malgré toutes améliorations apportées à l'intercommunalité par la loi du 13 août 2004, celle-ci reste marquée par de nombreuses imperfections que nous allons tenter de présenter.

§ 2. La réalité du bilan de l'intercommunalité du point de vue des transferts de compétences

De nombreuses institutions, relayé par la doctrine, ont mis en évidence « le bilan incertain »[376] ou le « demi-succès »[377] voire « les devenirs »[378] de l'intercommunalité. Malgré les chiffres éloquents que nous avons présenté, l'intercommunalité reste victime d'une trop grande diversité fonctionnelle qui met à mal l'exercice des compétences de manière effective (A). L'autre enjeu majeur que devra relever l'intercommunalité est celui du contentieux lié aux transferts de compétences (B).

---

[375] DEGOFFE et DREYFUS notent qu'il n'est pas rare de trouver des dispositions de statut de syndicat de communes ou de syndicat mixte rédigées ainsi : « le syndicat peut se voir confier par un ou plusieurs de ses membres, par voie de convention, la création et ou la gestion de certains équipements ou services relevant des attributions de ces membres ayant trait aux déchets » Aussi, une telle précision dans les statuts est nécessaire car, sans elle, le syndicat, personne morale soumise au principe de spécialité, n'aurait aucune vocation à intervenir. Ce pose également la question de la légalité. La compétence facultative telle qu'entendue est alors un transfert illégal de compétence, car seul le législateur peut en aménager l'exercice.

[376] P. DALLIER, *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, n° 193, 1er février 2006

[377] M. VERPEAUX, « La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, p. 1960

[378] Avis adopté par le Conseil économique et social sur le rapport présenté par M. Pierre-Jean ROZET, *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*

A. Une trop grande diversité fonctionnelle préjudiciable pour l'exercice des compétences transférées

Le professeur BUISSON[379] établie la trop grande diversité fonctionnelle de l'intercommunalité qui reste à résoudre pour un exercice optimum des compétences devant être mises en œuvre à ce niveau. Il distingue au moins quatre sortes de communauté présentant chacune des difficultés quant à l'exercice effectif des compétences. Il s'agit des communautés « coquilles vides », des communautés « de mission », des communautés « magasins » et des communautés « supracommunales ». Il est certain que les trois premières formes de communautés ne soient pas en adéquation avec l'esprit de l'intercommunalité voulu par le législateur.

Nous pouvons rappeler que l'un des traits caractéristiques des groupements à fiscalité propre, outre les différentes sortes de communautés que le professeur BUISSON a distingué, tient aux compétences obligatoires ou optionnelles énumérées par la loi[380]. La question principale qui se pose alors est celle de savoir si, au-delà des définitions légales, les compétences assignées aux communautés sont réellement exercées. En effet, l'exercice effectif des compétences justifie le pouvoir fiscal étendu et les avantages en termes de donation de l'Etat consentis aux communautés.

Dans le cadre de l'intercommunalité qualifiée de « coquille vide », nous avons vu que la communauté ne bénéficie que de moyens modestes, les compétences étant réduites au minimum légal. Cette forme d'intercommunalité concerne essentiellement les communautés de communes et d'agglomération. Elles sont dans l'obligation de passer des conventions de gestion avec les communes membres afin de pouvoir exercer leurs compétences. Les professeurs DEGOFFE et DREYFUS[381] ont observé que la pratique des conventions de gestion faisait l'objet de doutes quant à la légalité de ce mode de gestion. Ils analysent une décision de la Chambres Régionale des Comptes de Champagne – Ardennes[382] qui a constaté

[379] Jacques BUISSION, *L'intercommunalité,* Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005, p. 15

[380] Les groupements à fiscalité propre se distinguent ainsi des syndicats (SIVU ou SIVOM). Pour les syndicats, la loi définit seulement l'organisation et leur fonctionnement, mais ne leur assigne pas d'objet obligatoire. Celui-ci relève des statuts de ces établissements publics. Le plus souvent ces syndicats sont créés pour gérer un ou plusieurs services communs pour le compte des communes.

[381] M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, p. 807

[382] Chambre Régionale des Comptes Champagne- Ardennes 29 septembre 2000

une telle pratique dans le fonctionnement du district de Reims. Lors de la constitution du district en 1964, il n'y a pas eu constitution d'une administration districale. Des délibérations concordantes du district et de la commune de Reims ont été adoptées prévoyant que les compétences transférées au district ont continué à être gérées par les services de la ville. Les auteurs relèvent à cette effet que toutes les dépenses devaient être remboursées par le district, y compris la quote-part des dépenses dites indirectes, notamment les frais d'administration générale et les dépenses mobilières et immobilières. Puis, à la suite d'observation du représentant de l'Etat et de la Chambre Régionale des Comptes, a été conclue une convention entre la ville de Reims et le district pour la mise en œuvre des services communs. Dans cette perspective, les statuts du district ont été modifiés et disposent que, « sauf dispositions particulières arrêtées par le conseil du district, les compétences du district sont mise en œuvre par les services de la ville de Reims. Cette disposition fait l'objet de compensations financières correspondantes ». Nous avons ici un parfait exemple des difficultés de mise en œuvre des compétences par une structure intercommunale, laissant à l'une de ses communes membres le soin d'exercer à sa place des compétences lui étant normalement dévolue.

Le rapport de la Cour des Comptes en date de novembre 2005[383], établissant un bilan de l'intercommunalité, relève l'absence de mise en œuvre ou la mise en œuvre partielle de certaines compétences dans ce cadre. Selon la Cour, « *dans de nombreux EPCI, les compétences statutaires prévues ne sont pas encore toutes exercées, qu'elles exigent ou pas une définition de l'intérêt communautaire. Sur l'échantillon examiné, dans plus d'une douzaine de cas (8 communautés de communes et 5 communautés d'agglomération), des compétences statutairement obligatoires n'étaient pas réellement exercées* »[384].
La diversité fonctionnelle de l'intercommunalité remet en cause les principes de spécialité et d'exclusivité devant la gouverner[385]. Ce constat est également établi par la Cour des Compte, qui relève que « *le développement de l'intercommunalité est confronté à ces deux principes dont l'application est remise en cause par la pratique et les dernières modifications législatives* ».

[383] Cour des Comptes, *L'intercommunalité en France*, 14 novembre 2005
[384] Rapport précité page 147
[385] Comme nous l'avons déjà vu, le statut d'établissement public des trois formes de communauté, nonobstant le nombre et l'importance de leurs compétences obligatoires ou facultatives, a pour conséquence qu'ils sont régis par le principe de spécialité et son corollaire, l'exclusivité de l'exercice des compétences transférées.

Il semblerait que les différentes lois intervenues dans le cadre de l'intercommunalité soient à l'origine de cette diversité fonctionnelle, remettant en cause les principes de spécialité et d'exclusivité des EPCI.

Le professeur BUSSION a mis en évidence une forme d'intercommunalité qualifiée de communauté « de mission ». Il explique que cette forme de communauté parait avoir été constituée pour élaborer des projets très ciblés et n'a pas vocation à faire de la gestion s'appuyant de ce fait sur les services communaux. La Cour des Comptes a constaté l'existence de cette forme de communauté par la pratique de certain EPCI. La Cour a réalisé que certaines communautés avaient opéré un partage de compétences créant une « division inopérante ». C'est particulièrement le cas lorsque, « *dans un domaine de compétence pour lequel la loi prévoit le transfert de l'ensemble « construction, entretien et fonctionnement d'équipements » (par exemple équipements culturels ou sportifs), la communauté et une commune se partagent ces différentes actions de telle sorte que l'une assure la réalisation tandis que l'autre assure la gestion* »[386].

Pourtant, la circulaire du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi du 13 août 2004, rappelle à juste titre que « quelle que soit la compétence, l'investissement et le fonctionnement doivent être exercés par la même personne publique car une scission entre les deux ne permettrait pas, dans le cadre de la mise à disposition des biens qui accompagne le transfert de toute compétence, de respecter l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit que le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence. En outre, l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales précise que la collectivité bénéficiaire du transfert assume l'ensemble des obligations du propriétaire. Or, les obligations du propriétaire comprennent les dépenses d'investissement et de fonctionnement attachées aux biens transférés. La scission entre le fonctionnement et l'investissement n'est donc pas autorisée ».

En conséquence, pour la Cour des Comptes, une communauté titulaire de la compétence « construction, entretien et fonctionnement d'équipements de l'enseignement préélémentaire et élémentaire »[387] ne peut pas procéder à la construction de bâtiments sans en assurer

[386] Rapport de la Cour des Comptes précité, p. 160

[387] Article L. 5214-16- II du CGCT. Il s'agit d'une compétence optionnelle de la communauté de communes.

également le fonctionnement des équipements. Elle peut cependant confier, par convention, l'entretien à une commune membre, celle-ci intervenant comme prestataire de services.

L'intercommunalité qualifié de « communauté de mission » trouve un autre exemple dans la compétence voirie. En effet, l'intervention communautaire ne peut pas se limiter aux grosses réparations, les communes conservant l'entretien courant. Il a été rappelé que le transfert d'une compétence à une communauté nécessite obligatoirement la transmission de l'ensemble des éléments patrimoniaux nécessaire à l'exercice effectif de cette compétence.

D'une manière générale, le rapport de la Cour des Comptes met en évidence un bilan mitigé au niveau du transfert et de l'exercice effectif des compétences dans le cadre de l'intercommunalité. Outre la grande diversité fonctionnelle, plusieurs institutions ont pointées les améliorations pouvant être apportées pour une intercommunalité plus efficace. Par exemple, le sénateur Philippe DALLIER a présenté « un bilan incertain du point de vue de l'organisation territoriale »[388], analysant la progression des EPCI vers le statut de collectivité territoriale de plein exercice. Nous pouvons maintenant présenter l'autre enjeu pour l'intercommunalité qui est celui de son financement.

B. Le contentieux de l'intercommunalité lié aux transferts de compétences

Comme le relève Damien CHRISTIANY[389], « *la création d'un EPCI, fondé sur un périmètre pertinent en vue d'élaborer et de mettre en œuvre un projet de développement sous entend de transférer les compétences qui obéiront à la formalisation du projet commun* ».
En effet, la procédure de transfert de compétences obéit aux dispositions de droit commun selon l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales. Selon cet article, le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de l'EPCI bénéficiaire des biens meubles et immeubles, constatée par un procès-verbal établi contradictoirement. Les compétences limitativement énumérées par le Code général des collectivités territoriales font l'objet d'une dissociation en fonction du degré de transfert à l'échelon communautaire. Nous avons vu que corollairement aux transferts de compétences obligatoires et optionnels, la loi permet l'exercice des compétences facultatives.

[388] P. DALLIER, *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, n° 193, 1er février 2006.
[389] D. CHRISTIANY, « Etude sur les contentieux de création et d'extension des établissements publics de coopération intercommunale », *JCP Collectivités Territoriales – Intercommunalité*, mars 2006, p. 10

Le contentieux lié aux transferts de compétences concerne la détermination des compétences. L'organe délibérant doit distinguer les compétences qui seront effectivement exercées par l'EPCI. Cette détermination des compétences implique des conséquences juridiques et financières pour les communes. Comme le constate CHRISTIANY, « *parmi ces bouleversements qui reconditionnent l'organisation interne des collectivités locales, celui du transferts de personnels revêt une importance significative à l'égard des communes qui disposent de services en régie structurés et efficients. Ces communes témoigneront d'une attention plus prononcée quant aux conditions du transfert* ».

Aussi, dans le cadre du contentieux relatif à la détermination des compétences, nous pouvons opérer une dissociation entre, d'une part, le choix de la compétence qui est transférée et d'autre part, le contenu de la compétence transférée[390].

Le choix des compétences transférées à l'échelon communautaire, lors de la création de la structure communautaire ou lors de l'extension ponctuelle du champ des compétences repose la question du rôle des pouvoirs conférés au préfet. Le législateur semble avoir voulu conférer au représentant de l'Etat un pouvoir d'appréciation dans le choix des compétences transférées, comme dans celui du périmètre de création de l'EPCI[391]. Pourtant, le juge administratif n'a pas retenu cette interprétation en reconnaissant le principe d'une compétence liée du préfet pour tout transfert de compétence. Selon le Conseil d'Etat, « lorsqu'un transfert de compétences répondant aux conditions fixées par la loi a été régulièrement approuvé par l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale et par la majorité des conseils municipaux requise pour la création de cet établissement, le représentant de l'Etat, qui, dans ce cas, est tenu de prononcer le transfert de compétence, peut prendre un arrêté en ce sens »[392].
Pour CHRISTIANY, « *la question de la détermination des compétences renvoie naturellement à l'importance que revêt le principe de spécialité à l'égard des établissements publics. Le principe de spécialité des établissements publics de coopération intercommunale, considéré à juste titre comme l'une des « lois de l'intercommunalité » avec le principe*

[390] C'est-à-dire le champ d'intervention de la communauté pour l'exercice de ladite compétence.
[391] D. CHRISTIANY s'interroge sur l'étendu des pouvoirs du préfet. Si celui-ci semble détenir des pouvoirs étendus, il reviendrait à le considérer comme l'acteur essentiel du projet de territoire en orientant et en incitant le transfert d'une compétence dont lui seul apprécierait la mise en œuvre du principe de subsidiarité sur le territoire communautaire.
[392] CE, 3 mai 2002, *Commune de Laveyron.*

d'exclusivité, impose que l'organisme n'exerce que les compétences limitativement énumérées par sa décision institutive ».

En complémentarité des compétences obligatoires et optionnelles, se pose la question de la détermination des compétences facultatives. Le problème juridique soulevé peut être posé de la manière suivante : a quel moment une compétence facultative peut-elle être transférée à l'EPCI ? D'une manière équivalente, cela revient à s'interroger sur le faire de savoir si l'on peut transférer une compétence facultative à l'EPCI dès la décision institutive.

Le Conseil d'Etat a récemment rendu une décision de cassation[393], concernant cette question, contre un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes. La Cour administrative[394] avait jugé que la disposition législative permettant le transfert d'une compétence facultative n'était pas applicable à l'acte insitutif de l'EPCI en se fondant sur l'article L. 5211-17 du Code générale des collectivités territoriales qui dispose que « les communes membres d'un EPCI peuvent à tout moment transférer, en tout ou partie, à ce dernier certaines de leurs compétences dont le transfert n'est pas prévu par la loi ou par la décision institutive ».

En l'espèce, le contentieux est né du refus d'une commune membre de voir transférer à l'échelon communautaire une compétence relative au soutien à l'enseignement supérieur. Durant l'instruction du recours en cassation, la position retenue par la Cour administrative d'appel avait fait l'objet, selon Damien CHRSITIANY, d'une contradiction interposée de la doctrine administrative par la circulaire du 15 septembre 2004. Il relève à cette occasion que le ministre délégué aux libertés locales reconnaissait explicitement que tous les assouplissements doivent être encouragés afin de conforter et d'amplifier le mouvement intercommunal : « *Cette interprétation me semble contraire à l'esprit de l'intercommunalité qui tend à favoriser la mutualisation d'un maximum de compétences. Cette interprétation semble devoir être écartée : aucun frein ne doit être apporté à l'essor de l'intercommunalité et les communes qui souhaitent, dès la constitution de l'EPCI, transférer des compétences supplémentaires peuvent le faire* ». Aussi, il déclare que cette interprétation est confirmée par le Commissaire du Gouvernement, François SENERS, dans ses conclusions dans l'arrêt du Conseil d'Etat, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Cyr en val*, « en permettant aux collectivités territoriales concernées de procéder à des transferts supplémentaires de compétences à tout moment après la création de l'EPCI, selon les règles de majorité qui sont d'ailleurs les mêmes que celles qui s'appliquent à la création de la communauté, elles ne limitent en aucune façon le champ des transferts décidés au départ ».

[393] CE, 9 mai 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Cyr en Val*
[394] CAA Nantes, 13 mai 2003, *Commune de Saint Cyr en Val*

Le contentieux du choix des compétences introduit également celui de l'interprétation des compétences. Pour Damien CHRSITIANY, « *le contentieux de l'interprétation des compétences permet au juge administratif de se prononcer « en disséquant » le contenu d'une compétence légale générique exercée par une structure intercommunale. Sous ce travail d'anatomie juridique couvent des sous compétences dont la loi ne fait mention ni même les statuts lorsque ceux-ci sont la retranscription fidèle des dispositions du Code générale des collectivités territoriales* »[395]. Il se cache, en effet, sous une dénomination générique de la compétence pouvant être transférée, des interprétations de la part des conseillers communautaires pouvant diverger. Par exemple, quel périmètre d'intervention communautaire couvre la compétence « actions de développement économique » ou celle relative à « l'équilibre social de l'habitat » ?

Une nouvelle fois, nous pouvons mentionner l'arrêt du Conseil d'Etat, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Cyr en val* car il s'agit du deuxième intérêt de cette décision. Le juge de cassation a estimé que l'action de « soutien à l'enseignement supérieur », inscrite au sein des statuts de la communauté revêtait un lien significatif et évident avec l'ensemble des actions de développement économique. Le Commissaire du Gouvernement, François SENERS, dont les conclusions ont été suivi par le Conseil, reconnaissait que « le développement économique d'un territoire ne se limite pas aux aides directes ou indirectes aux entreprises et, sans lui donner une extension attrape-tout, il n'y a guère de doute que le renforcement de l'enseignement supérieur et de la recherche en constituent l'un des volets dans une agglomération qui a une vocation tertiaire et technologique. Il n'y a pas de confusion à admettre que le soutien apporté par une collectivité locale au développement de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique ou technologique puisse relever des actions de développement économique local telles que les entend l'article L. 5214-16 du CCGT » Cet arrêt a cassé la décision d'appel rendue par la Cour Administrative d'appel de Nantes qui avait, quant à elle, fonder sa décision au regard d'une lecture plus rigoureuse des textes.

L'arrêt du Conseil d'Etat ne constitue pas une décision isolée en matière de qualification juridique des compétences exercées par les communautés. Le juge administratif a été amené a se prononcer sur la qualification juridique de la compétence relative à la création ainsi que la gestion d'aires d'accueil des gens du voyage. Un jugement du tribunal administratif d'Amiens

[395] D. CHRISTIANY, « Etude sur les contentieux de création et d'extension des établissements publics de coopération intercommunale », *JCP Collectivités Territoriales – Intercommunalité,* mars 2006, p. 11

a reconnu que cette compétence relevait des actions de soutien à la réalisation de logements sociaux sur le territoire communautaire en considérant que « les dispositions de l'article L. 5216-5 du CGCT prévoient que les communautés d'agglomération exercent de plein droit, sous réserve d'un intérêt communautaire, au lieu et place des communes membres, les compétences relatives aux actions en faveur du logement social et du logement des personnes défavorisées ; que la réalisation d'aires d'accueil de gens du voyage, d'une part, s'accompagne d'actions à caractère social, ainsi que s'exprime la loi du 5 juillet 2000, et vise à compenser le désavantage qu'ont les gens du voyage de ne pouvoir librement stationner sur le domaine public des communes ; qu'ainsi la réalisation de telles aires relève des compétences de plein droit de la communauté d'agglomération »[396].

Ainsi, comme le conclue Damien CHRSITIANY, « *l'admission d'une compétence au titre de ses effets indirects ne choque pas* ». Bien évidemment, l'intercommunalité ne pourra être que plus effective en élargissant, quelque que soit la manière, le champ de ses compétences.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La première étape de notre étude a permis d'identifier le double niveau de transferts de compétences existant. Les règles relatives aux transferts ne sont pas les mêmes dans le cadre de la décentralisation et de l'intercommunalité.

Nous devons maintenant mettre en évidence les différents modes de transferts de compétences ainsi que les conséquences qui en découlent. En effet, tout transfert de compétence a des répercussions en matière de personnel, de patrimoine et financière.

[396] TA Amiens, 2 octobre 2003, *Commune de Boves c/ Communauté d'agglomération d'Amiens Métropole*

DEUXIEME PARTIE

D'UNE DIVERSITE DES MODES DE TRANSFERTS DE COMPETENCES A UNE DIVERSITE DES MODES DE RECEPTION DES COMPETENCES

Les transferts de compétences peuvent prendre plusieurs formes. Ils peuvent être obligatoires, optionnels et facultatifs. Dans cette seconde partie, nous allons aborder la manière dont s'opèrent les transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation et dans le cadre de l'intercommunalité. Nous trouvons des transferts obligatoires de compétences dans ces deux modes d'administration. Cependant, il n'existe pas de transferts facultatifs et optionnels dans le cadre des transferts de compétences « verticaux », ceux-ci étant propre à l'intercommunalité.
La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a imaginé un nouveau mode de transfert de compétence : il s'agit du transfert expérimental inscrit à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution[397]. Nous allons donc présenter toutes ces formes de transferts de compétences en opérant une distinction entre les modes « traditionnels » de transferts et le transfert expérimental (Titre I).

Les transferts de compétences, au niveau de la décentralisation et de l'intercommunalité, emportent des conséquences sur plusieurs plans. Nous avons distingué trois conséquences majeures liées aux transferts. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a introduit au sein de la Constitution un article rappelant toutes ces conséquences. En effet, selon l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution, « tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrés à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressource déterminées par la loi ». Ainsi, lorsqu'un transfert de compétence s'opère, il doit obligatoirement être accompagné des transferts de personnels, de biens meubles et immeubles ainsi que d'une compensation financière. Nous présenterons alors comment les collectivités publiques réceptionnent ces ressources.

TITRE I. Une diversité des modes de transferts de compétences
TITRE II. Une diversité des modes de réception des compétences

[397] Article 72 alinéa 4 de la Constitution : « 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 et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences »

TITRE I
UNE DIVERSITE DES MODES DE TRANSFERTS DE COMPETENCES

Selon le professeur PONTIER, « *dans la conception traditionnelle que l'on a pu avoir, jusqu'à ces dernières années, de la répartition des compétences, les choses étaient relativement simples : les compétences étaient considérées comme relevant d'une catégorie de collectivités ou d'une autre, de l'Etat ou des collectivités locales et l'on pouvait, en quelque sorte, faire la « pesée » de l'attribution respective de chaque catégorie. Les transferts de compétences se déclinent aujourd'hui sur des modes différenciés, ce qui conduit à nuancer toute appréciation sur les transferts* »[398]. Nous ne pouvions pas trouver de meilleure synthèse pour présenter nos réflexions sur la diversité des modes de transferts de compétences. Nous analyserons alors les modes traditionnels de transferts de compétences qui regroupent les transferts obligatoires et les transferts optionnels ou facultatifs (Chapitre I).

Nous envisagerons ensuite le transfert de compétence expérimental (Chapitre II), qui se révèle être le plus « récent » dans l'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités locales. Bien qu'il soit effectivement d'application récente dans notre système juridique, les réflexions relatives à l'expérimentation dans la matière juridique ne sont pas nouvelles. Nous présenterons alors l'expérimentation appliquée aux transferts de compétences verticaux et horizontaux rendu possible par l'article 72 alinéa 4 de la Constitution.

CHAPITRE I. Des modes traditionnels de transferts de compétences
CHAPITRE II. Un nouveau mode de transfert de compétence : le transfert expérimental

[398] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 39

CHAPITRE I
DES MODES TRADITIONNELS DE TRANSFERTS DE COMPETENCES

Pour débuter ce chapitre, nous avons scindé en deux les différents modes traditionnels de transferts de compétences. Nous aborderons d'abord les transferts obligatoires de compétences qui présentent des caractéristiques différentes lorsqu'ils sont appliqués à la décentralisation et à l'intercommunalité (Section I). Nous reviendrons ensuite sur les transferts de compétences facultatifs et optionnels en mettant en évidence l'inexistence de ces transferts pour la décentralisation[399] et leurs particularités pour l'intercommunalité (Section II).

SECTION I
LES TRANSFERTS OBLIGATOIRES

Les transferts obligatoires de compétences sont les plus connus dans la mesure où ce sont ceux qui connaissent le plus grand écho dans la presse. A chaque loi de transferts de compétences, tous les citoyens sont informés que telle collectivité est désormais compétente pour tel domaine, autrefois propriété de l'Etat. Ils ont pris l'habitude depuis 1982 de voir apparaître régulièrement des lois de transferts de compétences. Nous sommes ici en présence des transferts obligatoires de compétences dans le cadre de la décentralisation (§1).

Les transferts obligatoires de compétences dans le cadre de l'intercommunalité ont des caractéristiques différentes de ceux effectué dans le cadre de la décentralisation dans la mesure où nous l'avons déjà signalé, le transfert s'opère dans un sens horizontal et non plus vertical (§2). De plus, les compétences des communautés sont régis par les principes de spécialité et d'exclusivité et sont limitativement énumérées.

[399] Le professeur PONTIER relève cependant, dans le cadre de l'article cité à la page précédente, l'existence des transferts facultatifs dans le cadre de la décentralisation. En effet, en 1971, le législateur avait décidé de transférer aux départements quelque 50 000 kilomètres de routes classées jusque là dans les routes nationales secondaires. Il s'agissait bien d'un transfert facultatif, les départements étant libres d'accepter ou de refuser le transfert. Il note cependant que cette liberté était toute relative, les autorités nationales ayant tout fait pour que les départements acceptent le transfert. Et de conclure que si, « *au début, certains départements ont « rechigné » à ce transfert, ils ont fini, de plus ou moins bon gré, par l'accepter* »

§ 1. Les transferts obligatoires de compétences dans le cadre de la décentralisation

Pour le professeur PONTIER, « *lorsque l'on parle aujourd'hui de la décentralisation, on inclut presque nécessairement les transferts de compétences, comme si cela allait de soi. Cette position doit cependant être justifiée, car elle soulève un certain nombre de questions, voire d'objections* ». Nous allons donc tenter d'appréhender le lien existant entre la décentralisation et les transferts de compétences en présentant le processus législatif initiateur de ces transferts (A). Cette approche nous permettra de mieux comprendre la problématique des transferts de compétences dans le cadre actuel des transferts de compétences verticaux (B).

A. La compétence du législateur dans le processus de transfert obligatoire de compétences

Nous avons vu dans la première partie de notre étude que les collectivités territoriales disposaient d'une clause générale de compétence, leur permettant de se saisir de toute question d'intérêt local, départemental ou régional. Pour autant, elle ne permet pas une liberté totale d'intervention des collectivités dans la mesure où l'Etat leur a assigné certains domaines de compétences propres. Cette répartition a été effectuée par blocs de compétences, qui malgré l'intention louable du législateur n'a pas permis une délimitation précise des domaines d'intervention[400]. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003, a marqué un approfondissement de la décentralisation en réécrivant le titre XII de la Constitution, insufflant un nouvel esprit aux transferts de compétences[401]. Nous allons donc présenter le processus de ces transferts de compétences en tenant compte des apports de cette révision.

Ainsi, tout transfert de compétence obligatoire de compétence au profit des collectivités territoriales s'opère par une loi qui peut être organique[402] ou ordinaire.

---

[400] J.-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 529. Le professeur BRISSON explique que pour ce qui est de la clarification des compétences, il est à peine nécessaire de souligner combien ce thème illustre le décalage entre le discours politique et la raison juridique. Celle-ci met en avant l'impossibilité de donner une définition matérielle stricte aux compétences des collectivités locales permettant de distribuer de manière claire et cohérente les compétences en fonction des territoires.

[401] La notion de transfert de compétence figure désormais au sein de la Constitution à l'article 72-2 alinéa 4.

[402] La Constitution prévoit six lois organiques en matière de droit des collectivités territoriales. Elles sont relatives à l'expérimentation (article 72-1 al.2), à la part déterminante des recettes fiscales et des recettes propres au sein des ressources des collectivités territoriales (article 72-2 al. 3), aux conditions dans lesquelles des habilitations peuvent être attribuées aux départements et régions d'outre mer pour adapter les règles nationales

Nous nous intéresserons principalement, dans ce paragraphe aux transferts de compétences obligatoires dans le cadre des lois ordinaires. Nous reviendrons cependant sur certaines de ces lois organiques adoptées dans le cadre de l'expérimentation et de l'autonomie financière des collectivités territoriales, ne traitant pas celles relatives à l'outre mer.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, « la loi détermine les principes fondamentaux : - de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». A ce titre, nous pouvons mettre en avant la compétence expresse du législateur dans le processus du transfert de compétences au détriment du pouvoir réglementaire de l'article 37 de la Constitution[403].

Comme le souligne le professeur FAVOREU[404], « *la matière des collectivités territoriales est certainement l'une de celles dans lesquelles l'interprétation initiale des articles 34 et 37 de la Constitution a été la plus clairement démentie par l'évolution ultérieure* ». En effet, pour l'auteur, il a d'abord été soutenu, dans les années soixante, que la loi aurait une place limitée en matière locale au motif que « *l'article 34 ne prévoyait la compétence législative que pour « déterminer les principes fondamentaux » et non pour « fixer les règles »* ».

Or, comme nous pouvons le constater, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat ont « gommé » la distinction entre détermination des principes et fixation des règles et ont ainsi progressivement étendu le domaine de la loi.

Le professeur FAVOREU constate alors, à la lecture du Code général des collectivités territoriales, que la matière est largement législative. Il affirme ainsi qu'il ne saurait en être autrement, car « *le principe de libre administration des collectivités territoriales implique pour sa mise en œuvre le respect d'une substantielle « réserve de loi »* »[405].

La compétence du législateur a été ainsi entendue de façon extensive parce qu'elle protégerait, selon le professeur VERPEAUX, *« mieux que ne pouvait le faire le pouvoir*

---

sur leur territoire (article 73 al. 6), à la liste des compétences qui ne pourront pas faire l'objet d'un pouvoir d'adaptation par les départements et régions d'outre mer (article 73 al. 4) ou les collectivités d'outre mer (article 74 al. 4)

[403] Article 37 de la Constitution : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire »

[404] Louis FAVOREU, « La loi, le règlement et les collectivités territoriales », *AJDA*, 2002, p. 561

[405] Nous pourrions résumer la situation actuelle en constatant que la décentralisation relève de la loi tandis que la déconcentration peut être opérée par voie réglementaire. Le professeur FAVOREU remarque cependant à cet égard que même la déconcentration - un des derniers bastions de la compétence réglementaire – n'est pas à l'abri des incursions du pouvoir législatif, ainsi qu'il a été constaté, notamment avec la loi d'orientation pour le développement et l'aménagement du territoire du 4 février 1995

réglementaire soupçonné à tort ou à raison d'être plus « étatiste » que le législateur, le principe de libre administration »[406].

Cependant, dans le cadre des transferts obligatoires de compétences, le pouvoir réglementaire n'est pas dépourvu de tout pouvoir d'intervention dans la mesure où il est nécessaire pour la mise en œuvre des règles posées par le législateur. Les modalités d'application des lois de transferts obligatoires de compétences passent nécessairement par le pouvoir réglementaire d'exécution des lois.
L'article 72 alinéa 3 de la Constitution dispose que « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Les transferts de compétences obligatoires de compétences sont donc régis par les articles 34 et 72 de la Constitution.
L'article 34 laisse le soin au législateur de fixer les domaines de compétences qui seront transférées aux collectivités territoriales et l'article 72 précise dans quelles conditions elles pourront les exercer.

Pour mieux appréhender la notion de transferts de compétences obligatoires, nous pouvons réaliser un parallèle avec l'exercice des compétences dans un Etat fédéral.
Dans un Etat fédéral, les compétences de la fédération et des Etats fédérés sont déterminées par la Constitution fédérale et sont protégées par le juge constitutionnel qui assure le respect de ce partage des compétences entre les différents niveaux. Dans un Etat unitaire, c'est la loi qui fixe essentiellement les compétences de chacun des niveaux d'administration et c'est le juge administratif qui censure tout acte contraire à la loi, que ce soit celui d'une collectivité territoriale, ou celui d'une autorité réglementaire française.
Ainsi, lorsque le législateur décide de transférer des compétences aux collectivités, il bénéficie d'une certaine liberté de choix dans la matière qui fera l'objet du transfert, devant néanmoins respecter la libre administration des collectivités au sens de l'article 72 de la Constitution[407]. Les transferts obligatoires de compétences peuvent donc recouvrir de nombreux domaines tant qu'ils ne lèsent pas le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Celles-ci ne peuvent pas s'opposer à ce transfert (d'où le

[406] Michel VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, 2eme éd., Dalloz, 2004, p. 62
[407] Nous ne reviendrons pas sur la notion de libre administration des collectivités territoriales, dans la mesure où nous avons présenté cette notion dans la première partie de notre étude.

qualificatif de transfert obligatoire) et sont dans l'obligation de réceptionner ces nouvelles compétences mises à leur charge.

La compétence du législateur en matière de transferts de compétences obligatoires a été régulièrement affirmée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, le Conseil a précisé qu'il revenait au Parlement de « définir les compétences respectives de l'Etat et des collectivités territoriales »[408] et de « déterminer les transferts de compétence entre l'Etat et les collectivités territoriales, de même que la répartition entre plusieurs catégories de collectivités territoriales de leurs attributions respectives »[409].

Nous pouvons enfin noter que les lois de transferts obligatoires de compétences se sont multipliées à partir de 1983 jusqu'à celle du 13 août 2004, construisant au fur et à mesure un rôle dominant pour chaque échelon d'administration. Aussi, nous ne détaillerons pas l'intégralité des compétences des trois niveaux de collectivités territoriales, évitant de retranscrire mot pour mot les articles du Code générale des collectivités territoriales, nous présenterons les compétences principales. Ainsi, la région est surtout une collectivité chargée du développement économique, puisqu'elle est compétente en matière de planification économique et de programmation des équipements. Ces attributions sont codifiées à l'article L. 4211-1 du Code général des collectivités territoriales.
Le département a été conçu en 1983 plutôt comme une collectivité gestionnaire, tournée vers les services et les actions de solidarité. Il a donc reçu à ce titre de nombreuses compétences obligatoires en matière d'aide et d'action sociale. Mais à la différence de la région, les compétences départementales ne sont pas énumérées. L'article L. 3211-1 du Code général des collectivités territoriales dispose que « le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département ». Aussi, l'interprétation d'une telle disposition dépend de l'intensité des besoins ressentis ainsi que de l'appréciation portée par le juge administratif ainsi que des compétences transférées à son niveau par le législateur.
Enfin, la commune comme le département ne fait pas l'objet dans le Code général des collectivités territoriales d'une liste énumérative de compétences, n'intervenant que dans le cadre de sa clause générale de compétence de l'article L. 2121-29 du Code et dans les domaines de compétences que l'Etat a mis à sa charge. Comme le note Michel VERPEAUX,

[408] Conseil constitutionnel, décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Droit au logement*
[409] Conseil constitutionnel, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*

« *les lois de décentralisation n'ont pas bouleversé, à la différence des régions et des départements, les compétences des communes* »[410].
Pour donner quelques exemples, les communes ont reçu principalement des compétences en matière d'urbanisme (elles ont acquis une autonomie de décision et une liberté de conception dans l'élaboration des documents réglementaires d'urbanisme) ou d'enseignement avec la charge des écoles élémentaires et préélémentaires (création et implantation des écoles, gestion et financement sauf les rémunérations des enseignants, élaboration de la caret scolaire)…

En conclusion, les transferts obligatoires de compétences ont défini, parfois avec des contours fluctuants, les domaines d'intervention des trois échelons de collectivités territoriales. Mais, cette répartition des compétences opérées par le législateur peut parfois aboutir à un véritable enchevêtrement des compétences[411], étant alors en opposition avec l'esprit de la décentralisation. Nous pensons que cela est dû à l'évolution de la signification des transferts de compétences.

B. La signification évolutive de la notion de transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation

Comme le remarque le professeur PONTIER, « *les transferts de compétences concentrent sur eux l'attention qu'ils méritent effectivement…* »[412]. Ce constat a pour origine l'évolution de la problématique des transferts de compétences depuis les années 1982/1983 jusqu'à aujourd'hui. Nous pouvons affirmer que l'évolution de la problématique des transferts de compétences est liée systématiquement à celle de la répartition des compétences.
Cette idée est validée par l'affirmation du professeur PONTIER qui déclare : « *il serait vain de croire qu'il est possible de régler une fois pour toute la question de la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales. C'est l'inverse qui est vrai : une répartition est définie à un moment donné, avec des transferts déterminés, en tenant compte*

[410] Opus cité p. 151
[411] Laetitia JANICOT, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquées aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, p. 1574. L'auteur met en évidence de nombreux domaines donnant lieu à une collaboration obligatoire entre l'Etat et les collectivités territoriales. Elle donne l'exemple de la formation professionnelle continue et d'apprentissage. Elle relève également que certaines collectivités territoriales peuvent intervenir dans le domaine de compétence d'autres collectivités dès lors que celui-ci ne leur est pas réservé. Par exemple, une commune a été autorisée à intervenir dans le domaine de l'action sociale, domaine attribué par la loi aux départements.
[412] J.-M. PONTIER « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative n° 332*, mars 2003, p. 191

des besoins, des aspirations et des conceptions prévalant à ce moment donné…Et dès l'instant que l'on admet qu'il est indispensable de revoir une partie de la répartition des compétences, on intègre l'idée de transferts à opérer, qu'il s'agisse de simples rectifications de transferts déjà effectués ou de nouveaux transferts de compétences »[413].

En effet, la problématique des transferts de compétences a évolué avec le temps. Déjà en 1983, Jérôme CHAPUISAT déclarait que la méthode législative retenue pour les transferts de compétences pouvait s'apparenter « *à la technique du roman-feuilleton dans lequel chacun des épisodes annonce le suivant* »[414].

Cette analyse reste toujours d'actualité, sauf à prendre en compte les apports de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, qui pourtant, ne semble pas avoir modifié le processus législatif des transferts de compétences. Pour PONTIER, « *quel que soit le domaine considéré, des lois ultérieures ont complété ou corrigé le dispositif des transferts de compétences, et les lois de 1983 ont elles-mêmes été modifiées à maintes reprises. Mais les transferts effectués depuis 1983 sont plus difficiles à apprécier que ceux résultant directement des lois de 1983* ».

Nous pouvons établir plusieurs raisons à ce phénomène : En premier lieu, les transferts de compétences effectués depuis ceux de 1983, présentent un effet moins spectaculaire parce qu'il ne s'est plus agi de transférer des matières mais d'apporter des aménagements, des inflexions aux transferts de 1983. En deuxième lieu, ces modifications sont réparties dans un assez grand nombre de textes[415], eux-mêmes étalés dans le temps, ce qui ne favorise guère la visibilité des transferts. En dernier lieu, les ajouts apportés ont un caractère de plus en plus technique parce que, après avoir posé les principes généraux, il faut bien entrer dans le détail. Selon PONTIER, « *ces aspects techniques se prêtent moins facilement à une appréciation générale, les citoyens y sont moins sensibles et les comprennent moins* ».

---

[413] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 38

[414] Jérôme CHAPUISAT, « La répartition des compétences : Commentaires de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *AJDA*, 20 février 1983, p.p. 81-91

[415] J.-M. PONTIER, « Pourquoi de nouvelles lois de décentralisation », *Revue administrative n° 329*, septembre - octobre 2002, p. 507. L'auteur explique les raisons de l'abondance de texte dans le domaine de la décentralisation. Il déclare à ce titre : « *un autre facteur permet de rendre compte de la production continuelle de lois en France, le phénomène s'appliquant tout particulièrement à la décentralisation, c'est ce que l'on pourrait qualifier d'auto – engendrement des normes. Les textes appellent les textes. Ou encore, plus la production normative est importante, plus il est indispensable de continuer à adopter des textes pour compléter, corriger, amender ceux qui existe déjà* ».

Cette abondance de textes peut traduire des finalités divergentes des transferts de compétences. Cette idée signifie que « *les transferts de compétences ne se suffisent pas, parce qu'ils ne peuvent trouver en eux-mêmes leur propre justification. Ce ne sont que des moyens pour servir une fin* »[416].
Les transferts de compétences ont ainsi une double finalité et doivent être appréciés au regard des objectifs poursuivis.
Le premier objectif assigné aux transferts de compétences obligatoires a pour fondement l'approfondissement de la décentralisation. Cette plus grande décentralisation passe nécessairement par des transferts de compétences dans la mesure où ils la définissent partiellement. Cette affirmation est justifiée par le professeur PONTIER qui affirme a ce sujet que « *la décentralisation ne peut être sans des transferts de compétences opérées par l'Etat au profit des collectivités territoriales, sauf à affirmer que celles-ci disposent de certaines compétences ce qui, en France, non seulement n'a jamais été consacré, mais a toujours été refusé* ».

Ainsi, la raison d'être des transferts de compétences obligatoires est de donner « corps » aux trois niveaux de collectivités territoriales, en leur permettant d'exister « en dehors » de l'Etat, c'est-à-dire en leur confiant une autonomie de gestion dans les compétences que l'Etat leur a transféré. Pour illustrer notre propos, nous n'hésitons pas à reprendre, une nouvelle fois, la définition de la véritable décentralisation du professeur Charles EISENMANN qui déclarait : « *les autorités locales reçoivent le pouvoir de poser des règles ou des normes d'espèce avec la liberté que leur laisse le législateur, sans être soumises à aucune volonté d'une autorité administrative d'Etat* »[417]. Cette définition qui date de 1948 peut aujourd'hui parfaitement s'appliquer à notre étude sur les règles relatives aux transferts de compétences, du moins dans le cadre de la décentralisation. Nous allons voir que les finalités des transferts de compétences obligatoires dans le cadre de l'intercommunalité sont différentes.

§ 2. Les transferts obligatoires de compétences dans le cadre de l'intercommunalité

Nous allons présenter dans ce paragraphe les modalités de transferts de compétences obligatoires dans le cadre de l'intercommunalité. Nous avons choisi de distinguer ces

[416] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 42

[417] C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948

modalités de transferts de celles mises en place dans le cadre de la décentralisation car, si elles procèdent de la même logique, elles ont des conséquences différentes (A). Nous pourrons alors déterminer les compétences obligatoires des EPCI[418] (B).

A. Les conséquences du transfert obligatoire de compétence pour les EPCI

Les transferts de compétences obligatoires dans le cadre de l'intercommunalité procèdent d'une loi, comme les transferts de compétences aux collectivités territoriales. Ainsi, les compétences des communes membres transférées aux EPCI nécessitent une intervention législative prise en application de l'article 34 de la Constitution. En effet, l'obligation faite aux communes par le législateur, de transférer certaines de leurs compétences trouve sa justification dans cet article.

Ici s'arrêtent les similitudes avec les transferts de compétences obligatoires dans le cadre de la décentralisation. Dans le cadre de la décentralisation, le législateur définit les compétences que l'Etat va transférer aux trois niveaux de collectivités territoriales et met en place la répartition à effectuer. Dans le cadre de l'intercommunalité, le législateur impose aux communes de transférer obligatoirement certaines de leurs compétences, si elles souhaitent s'associer dans un EPCI. Comme nous l'avons vu, nous passons d'un système vertical de transferts de compétences à un système horizontal de transfert, les compétences transférées ne procédant pas directement de l'Etat. Il ressort également de la notion de transfert horizontal de compétences et du principe de spécialité des établissements publics, que les EPCI ne peuvent recevoir que des compétences des communes ; les départements, les régions et l'Etat ne pouvant pas transférer directement des compétences aux EPCI[419].

Nous pouvons constater également que les EPCI ne bénéficient pas des mêmes garanties constitutionnelles que les collectivités territoriales, et ils ne sont mentionnés indirectement qu'à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution (article relatif aux transferts expérimentaux de compétences). Il n'est fait aucune mention au sein de la Constitution des EPCI, à la différence

[418] Nous tenons à signaler que nous n'entrerons pas dans un développement systématique des compétences des trois types de communautés, de telles précisons seraient fastidieuses et n'apporteraient pas d'éclairage nouveau à nos travaux.

[419] Nous avons cependant présenté dans le cadre des apports de la loi du 13 août 2004 la procédure « d'appel à compétence » prévue à l'article L. 5210-4 du CGCT qui permet une délégation de certaines compétences régionales et départementales aux EPCI, sous certaines conditions

des collectivités territoriales, les dispositions relatives aux EPCI étant uniquement reléguées dans le Code générale des collectivités territoriales[420].

C'est pourquoi, la définition des compétences des EPCI constitue un enjeu important, sans doute le plus important lorsque l'on envisage la création d'un tel établissement. Le choix des compétences présente une importance fondamentale dans la mesure où le choix en faveur de l'intercommunalité engage en effet durablement les communes. La conséquence majeure d'un transfert obligatoire de compétence dans le cadre de l'intercommunalité est le dessaisissement total et immédiat des communes membres pour les compétences transférées. Les compétences transférées à l'EPCI doivent donc être décrites avec précision dans les statuts, lors de la création ou d'une modification statutaire ultérieure. Comme le soulève le professeur ROUAULT, « *le respect de cette règle permettra d'éviter l'apparition d'éventuels conflits, qui ne manqueront pas de se produire si les statuts sont rédigés de manière ambiguë ou obscure, et de délimiter précisément les attributions que les communes entendent transférer* »[421]. Il est juridiquement nécessaire d'identifier clairement les prérogatives que les communes transfèrent aux EPCI notamment dans le cadre d'un contrôle de légalité qui ne pourra pas s'exercer correctement si les responsabilités ne sont pas établies avec précision. L'identification précise des compétences est une nécessité constitutionnelle, la jurisprudence ayant rappelé que la libre administration des collectivités territoriales s'oppose à ce que les communes soient privées de certaines de leurs compétences par le seul effet d'une définition très vague, très générale des compétences transférées[422]. Dans l'arrêt du tribunal administratif de Dijon, du 10 juin 1997, *M. Maillet c/ Préfet du département de la Nièvre et autres,* le tribunal a affirmé que les compétences pouvant être transférées à une communauté de communes lors de sa création devaient obligatoirement figurer parmi la liste de compétences susceptibles d'appartenir à la liste des compétences obligatoires exercées par l'EPCI. Pour le tribunal : « la définition des compétences transférées au sein de chacun des groupes est fixé par la majorité qualifiée requise à l'article L. 167-1, que, parmi les compétences transférées à la communauté de communes par l'arrêté préfectoral du 29 décembre 1995, figurent deux compétences, la construction, l'entretien et le fonctionnement d'équipements sociaux, ainsi

[420] La doctrine s'interroge cependant sur cette absence dans la mesure ou la distinction entre les collectivités territoriales et certains EPCI (notamment les EPCI à fiscalité propre) est devenue difficile ou embarrassante du faite de l'importance prise par les EPCI, qui peuvent exercer des compétences plus importante que certaines collectivités territoriales.
[421] Marie-Christine ROUAULT, *Encyclopédie des collectivités locales*, Tome VIII, chapitre 2 : Compétences des établissements publics de coopération intercommunale, Dalloz, 2005
[422] TA Dijon, 10 juin 1997, *M. Maillet c/ Préfet du département de la Nièvre et autres*

que l'insertion sociale et professionnelle des jeunes, qui ne sont susceptibles d'être rattachées à aucun groupe de compétences transférables par application de l'article L. 167-3… »[423].

Dans le cadre des transferts obligatoires de compétences à l'intercommunalité, il ressort que certains EPCI, les communautés de communes, d'agglomération et urbaines exercent des attributions que la loi leur confie de plein droit. S'y ajoutent des compétences optionnelles et facultatives (qui feront l'objet d'un développement ultérieur). A l'inverse, certaines compétences ne peuvent jamais être exercées par des EPCI. Nous avons déjà abordé le fait que ces derniers, comme tous les établissements publics sont soumis au principe de spécialité. Ils ne peuvent légalement intervenir que dans le champ des compétences qui leur ont été transférées et à l'intérieur de leur périmètre. Les EPCI ne disposent donc que de compétences d'attribution que les communes doivent ou peuvent leur attribuer.

Aussi, la jurisprudence interprète toujours strictement les compétences des EPCI. En cas de litige, le juge contrôle systématiquement si la compétence en cause a bien été transférée. Pour lui, les EPCI doivent se limiter à exercer les compétences énumérées par la loi et l'acte institutif. En cas de doute, la compétence est réputée relever des communes, qui exercent dans le respect du principe de libre administration, une compétence générale et dont les conseils élus au suffrage universel direct représentent la population locale.

Nous sommes alors face à une difficulté dans la détermination des compétences obligatoires des communautés de communes. Dans ce type de communauté, le législateur a défini des domaines de compétences et s'est borné à mentionner l'intitulé générique de chaque groupe, laissant aux conseils municipaux le soin de définir précisément le contenu des compétences[424].
Les compétences transférées doivent s'inscrire dans l'un des deux groupes déterminés par la loi et doivent être correctement rattachées dans les groupes, afin que la communauté soit bien

[423] Michel VERPEAUX, « Difficultés liées à la création d'une communauté de communes », *AJDA*, 1998, p. 356. Le professeur VERPEAUX revient sur les conditions d'appréciation par le tribunal administratif de Dijon des compétences pouvant être transférées à un EPCI par une commune et l'interprétation restrictive faite par le tribunal.
[424] Il apparaît à la lecture de l'article L. 5214-16 du CGCT que le législateur a effectivement fait preuve d'une grande indétermination quant aux compétences devant être transférées aux communautés de communes : « La communauté de commune exerce de plein droit au lieu et place des communes membres, pour la conduite d'actions d'intérêts communautaires, des compétences relevant de chacun des deux groupes suivants : 1° aménagement de l'espace 2° Actions de développement économique intéressant l'ensemble de la communauté »

investie de compétences procédant soit du développement économique, soit de l'aménagement de l'espace.
A la différence des communautés de communes, les communautés d'agglomération ne disposent d'aucune liberté de choix dans le groupe de compétences obligatoires mais peuvent en revanche opérer des choix au sein des groupes de compétences optionnelles. Nous avons vu que dans tous les cas, la détermination des compétences est conditionnée par la définition de l'intérêt communautaire de la structure, celui-ci appartenant au seul conseil communautaire.
Enfin, la situation des communautés urbaines est un peu particulière. Elles ne se voient guère offrir de liberté de choix, la liste des compétences étant fixée par la loi. Le législateur énumère leurs compétences de manière précise et en fournit la liste exhaustive, avec une possibilité d'extension sur décision des conseils municipaux et du conseil de la communauté.

B. Les compétences obligatoires exercées par les EPCI

Les compétences exercées par les EPCI révèlent des situations diverses, le législateur laissant sur ce point une plus ou moins grande liberté aux différentes communautés. Il semblerait, à la lecture du Code général des collectivités territoriales, qu'en apparence, les dispositions relatives aux communautés urbaines seraient plus restrictives que celles des communautés d'agglomération, et que les communautés de communes bénéficieraient d'une latitude plus large pour la détermination de leurs compétences. Pourtant, une étude plus précise des textes et surtout la pratique montre que les communautés urbaines sont capables d'élargir leur champ d'intervention[425].
Le Code générale des collectivités territoriales contient, s'agissant des compétences, des dispositions spécifiques à chaque type de communautés codifiées à l'article L. 5214-16 pour les communautés de communes, à l'article L. 5215-20 pour les communautés urbaines créées après promulgation de la loi du 12 juillet 1999 et L. 5215-20-1 pour les communautés

[425] M.-C. ROUAULT, *Encyclopédie des collectivités locales*, Tome VIII, chapitre 2 : Compétences des établissements publics de coopération intercommunale, Dalloz, 2005. Comme le note le professeur ROUAULT, « *la communauté urbaine possède des compétences très larges qui la rapproche beaucoup d'une véritable commune. Cet aspect était renforcé dans la rédaction donnée à l'article L. 165-1 du Code des communes par la loi « administration territoriale de la République » du 6 février 1992 (art. 72) : il était précisé que « la communauté urbaine est un établissement public de coopération intercommunale dont les attributions et les règles de fonctionnement sont identiques à celles de collectivités territoriales, sous réserve des dispositions spécifiques fixées au présent code ». Cette précision a par la suite disparu du code, sans que la réalité qu'elle exprimait ait pour autant été niée* »

urbaines existant avant la promulgation de cette loi[426] ; et à l'article L. 5216-5 pour les communautés d'agglomération. Le Code procède de façon comparable pour les communautés de communes et d'agglomération. Ces dispositions posent, pour les communautés d'agglomération, une première liste de compétences exercées de plein droit au lieu et place des communes membres et une seconde liste de cinq compétences, la communauté d'agglomération devant exercer au moins trois de ces compétences. Suivant la même méthode pour les communautés de communes, le Code dispose d'une première liste de deux groupes de compétences exercées de plein droit et une seconde liste de quatre groupes de compétences, la communauté devant en exercer au moins un. La différence tient au fait que, pour les communautés d'agglomération, la loi pose des compétences et, pour les communautés de communes, des groupes de compétences.
Les communautés urbaines exercent de plein droit, au leu et place des communes membres, toutes les compétences énumérées à l'article L. 5215-20 pour les communautés urbaines créées après promulgation de la loi du 12 juillet 1999 et L. 5215-20-1 pour celles existant avant la promulgation de cette loi. La détermination des compétences des communautés urbaines est constituée par une énumération législative ne présentant qu'un catalogue de fonctions, sans véritable fil conducteur. Nous n'aborderons pas l'historique des différentes compétences attribuées aux communautés urbaines, dans la mesure où ce type de communauté, datant de 1966 a fait l'objet de nombreuses fluctuations en termes de compétences. Il résulte aujourd'hui de cette évolution que si les textes établissent des frontières juridiques, déterminant un champ de compétences respectives entre la communauté urbaine et les communes, chaque solution doit être compatible avec le maintien d'une vie administrative communale assurée. En effet, quelque soit le type de communauté, le législateur a pris soin de veiller à la préservation de l'identité communale, et d'éviter qu'elle se dilue dans la structure communautaire.

Les communautés de communes n'exercent de plein droit que des compétences relevant des deux groupes prévus au I de l'article L. 5214-16 du Code et « pour la conduite d'actions communautaires ». Ces compétences sont l'aménagement de l'espace et le développement économique. Nous pouvons noter que l'article relatif aux compétences obligatoires de la

[426] La communauté urbaine a été crée par une loi du 31 décembre 1966 dont l'objet était de répondre aux problèmes posés par les grande agglomérations. Cette loi instaurait d'office quatre communautés urbaines (Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg). Il faut noter à cet égard que le seuil de population nécessaire à la création de ce type de communauté était en 1966 de 50 000 habitants, de 200 000 habitants avec la loi ATR de 1992 et de 500 000 habitants avec la loi Chevènement de 1999.

communauté de communes diffère radicalement des dispositions applicables aux communautés d'agglomération, qui développent avec précision le contenu de ces deux groupes de compétences. Cependant, du fait de la grande latitude donnée aux communautés de communes dans ces deux groupes de compétences, on peut se référer à ce qui figure sous la même dénomination s'agissant des communautés d'agglomération.

Les communautés d'agglomération exercent de plein droit, quant à elles, les quatre compétences énumérées au I de l'article L. 5216-5 du Code générale des collectivités territoriales[427]. La loi énumère les compétences de ce type de communauté de façon exhaustive. D'une certaine manière, les communautés d'agglomération se situent entre les communautés urbaines et les communautés de communes. La différence d'intégration de ces différents types de communautés se reconnaît, outre le mode de définition des compétences, par le nombre de compétences attribuées. A ce titre, la communauté d'agglomération doit exercer sept compétences obligatoires, quatre de plein droit et trois compétences optionnelles à choisir parmi cinq.
Nous avons précisé dans la première partie de nos travaux, que les compétences exercées par les communautés se font dans la limite de l'intérêt communautaire et avons tenté de cerner cette notion. Nous rappellerons simplement que l'intérêt communautaire doit définir et préciser la ligne de partage dans chaque domaine entre la compétence communautaire et la compétence communale.

SECTION II
LES TRANSFERTS DE COMPETENCES FACULTATIFS ET OPTIONNELS

Que ce soit dans le cadre de la décentralisation ou de l'intercommunalité, il existe plusieurs modes de transferts de compétences. Nous venons de présenter le cadre des transferts obligatoires de compétences, qui ont pour initiateur le législateur. Celui-ci est le seul à pouvoir décider des transferts de compétences aux profits des collectivités territoriales en vertu des articles 34 et 72 de la Constitution. Le législateur est également le seul compétent pour imposer aux communes de transférer des compétences aux EPCI issus de la volonté des

[427] Nous ne reviendrons pas dans le détail des compétences de la communauté d'agglomération, sauf à reprendre les quatre domaines de compétences à savoir, le développement économique, l'aménagement de l'espace communautaire, l'équilibre social de l'habitat sur le territoire communautaire et la politique de la ville.

communes de se regrouper. Outre les transferts obligatoires, il existe également des transferts de compétences optionnels et facultatifs. Cependant, ces modes de transferts de compétences ne se trouvent que dans l'intercommunalité (§2), étant inexistant dans le cadre de la décentralisation (§1).

§ 1. L'inexistence des transferts facultatifs et optionnels dans le cadre de la décentralisation

Nous avons vainement recherché toute existence de transferts facultatifs ou optionnels de compétences vers les collectivités territoriales. Une loi de finance de 1971[428] mettait à la charge des départements un transfert facultatif de compétences en matière de routes classées nationales secondaires. Il s'agissait bien pour PONTIER d'un transfert facultatif, les départements étant libres d'accepter ou de refuser ce transfert. La différence entre ces deux modes de transfert réside dans la liberté de choix de la collectivité de l'accepter ou non. Cependant, cette liberté est relative dans la mesure où les autorités nationales ont tout fait pour que les départements acceptent ce transfert. Si au début, certains départements ont « rechigné » à ce transfert, ils ont tous fini de plus ou moins bon gré par l'accepter. Aussi, plutôt de mettre en place des transferts facultatifs de compétences, le législateur encourage le recours aux délégations de compétences (A). En effet, « la tradition française » n'est guère favorable aux transferts facultatifs car ils s'accommodent mal avec l'idée d'égalité (B).

A. Des délégations de compétences plutôt que des transferts facultatifs de compétences

Depuis 1995[429], le principe du recours aux délégations de compétences était institué, au détriment des transferts facultatifs de compétences dans le but de concilier la double exigence de cohérence et de proximité des politiques publiques. A ce titre, le législateur a posé le principe dans l'article 65 de la loi du 4 février 1995, dépourvu de portée normative qu'une collectivité territoriale pourra, dans les conditions prévues par une loi ultérieure, « se voir confier une compétence susceptible d'être exercée pour le compte d'une autre collectivité territoriale ». Ainsi, le recours aux délégations de compétences permet à la loi d'ajuster, avec

[428] Il s'agit de l'article 66 de la loi n° 71-1061 du 29 décembre 1971 portant loi de fiances pour 1972 et mis en œuvre par un décret du 17 avril 1972.
[429] Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

plus de souplesse que par un transfert de compétences, la répartition des compétences entre collectivités territoriales.

A la différence des transferts de compétences, qu'ils soient obligatoires ou facultatifs, les délégations sont temporaires. Elles reposent sur le volontariat et le contrat. Elles permettent à l'Etat où à une collectivité territoriale de confier à une autre collectivité, sous son contrôle et sa responsabilité, la mise en œuvre de certaines actions. Le délégataire agit ainsi au nom, et pour le compte et selon les instructions du déléguant.

Bien qu'encouragé à partir de 1995, les délégations de compétences, considérées par le professeur CHAPUS comme « les prolongements contractuels de la décentralisation »[430] étaient présentes dans la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. L'article 26 de la loi prévoyait par exemple la conclusion de conventions entre l'Etat et les départements afin de mettre en place la nouvelle organisation de leurs services administratifs. La loi de transfert de compétences du 22 juillet 1983 a permis au département de confier à une commune la mise en œuvre de ses compétences en matière d'action sociale et de transport scolaire. Elle a également autorisé les communes à assumer, pour le compte des départements et des régions, les grosses réparations, l'équipement et le fonctionnement des collèges et lycées.
La loi n° 90-587 du 4 juillet 1990 relative aux droits et obligations de l'Etat et des départements concernant les instituts universitaires de formation des maîtres, à la maîtrise d'ouvrage de constructions d'établissements d'enseignement supérieur et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale, à la jeunesse et aux sports, a autorisé l'Etat à confier aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, par convention, la maîtrise d'ouvrage de constructions ou d'extensions d'établissements d'enseignement supérieur. Cette possibilité a été étendue par la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité.

Pour le professeur CHAPUS, « *il est certainement naturel que la décentralisation débouche sur des pratiques contractuelles. En tout cas, on ne peut, en l'état du droit, que constater que les rapports entre l'Etat et les institutions décentralisées ne sont pas exclusivement déterminés par des dispositions législatives et réglementaires* »[431].

[430] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome I, Paris, Montchrestien, 15e éd., 2002
[431] Idem

Le contrat, caractérisé par une certaine souplesse à la différence des transferts de compétences, constitue l'une des techniques identifiées par le Doyen MADIOT, comme permettant de rectifier la répartition des compétences entre les collectivités territoriales. Cependant, il existe différentes formes de partenariat. Pour le Doyen MADIOT, « *entre le partenariat librement consenti débouchant sur un acte librement négocié et le partenariat « contraint » aboutissant à un acte dont les termes sont « dictés » par la partie la plus puissante, s'insèrent des procédures très diverses dans leurs modalités comme dans leur contenu* »[432]. Ainsi, le partenariat peut prendre des formes conventionnelles (les contrats de plan aujourd'hui dénommé contrat d'objectif) ou institutionnelles (société d'économie mixte, groupement d'intérêt public…).
La question s'est toutefois posée de savoir jusqu'où pouvait aller la liberté contractuelle des collectivités territoriales. Pour Emmanuel AUBIN et Catherine ROCHE, « *saisi de la question, le Conseil Constitutionnel a refusé de voir, dans cette liberté, un principe constitutionnel….De même, certains domaines excluent, par principe, le recours à la méthode contractuelle* ». Ils ont en effet mis en évidence que « *le Conseil Constitutionnel a, ainsi, jugé que la loi ne pouvait autoriser la conclusion de conventions de délégation portant sur « des tâches inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté »* »[433].

Dans le cadre de notre étude, nous remarquons que la loi du 13 août 2004 renforce le recours aux délégations de compétences, aussi bien dans l'intercommunalité[434] que pour la décentralisation. Nous avons déjà abordé les nouvelles possibilités offertes aux EPCI à fiscalité propre de demander des délégations de compétences pour le compte des collectivités territoriales (régions et départements) ainsi que de l'Etat[435]. A titre d'exemple, dans le cadre de la décentralisation, les régions ayant obtenu le transfert des cours d'eau et canaux peuvent déléguer, par convention, tout ou partie de leurs compétences aux collectivités territoriales qui en font la demande. Les régions peuvent également déléguer aux départements qui en font la demande, toujours par voie de convention, leurs compétences d'agrément des établissements dispensant des formations sociales. Les départements sont, en effet, les premiers employeurs de travailleurs sociaux.

[432] Yves MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, septembre – octobre 1996, p. 967
[433] E. AUBIN, C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p. 78
[434] Nous pouvons noter que la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, a également permis au département de déléguer ses compétences en matière d'aide sociale aux communautés urbaines et aux communautés d'agglomération.
[435] Voir notamment nos développements sur cette question page 121 et suivantes.

Enfin, le Syndicat des transports d'Ile de France peut déléguer tout ou partie de ses attributions, à l'exception de la politique tarifaire, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements.

En conclusion, selon Séverin FONROJET[436], les délégations de compétences ont connu un succès limité. Il relève qu'en 1995, la Cour des Comptes notait que seules trois communes, celle de Paris, de Valence et de Strasbourg, avaient bénéficié d'une délégation de compétences de leur département en matière d'action sociale, le conseil municipal et le conseil général de Paris, présentant la particularité d'être composés des mêmes élus. Le professeur PONTIER remarque également que la délégation de compétences est peu pratiquée entre les personnes publiques. En effet, il constate que les délégations de compétences dont il est question présentent une triple particularité. Elles sont assez étroitement corrélées à des transferts de compétences de l'Etat vers les collectivités locales, en ce sens que ce sont le plus souvent les mêmes textes qui, d'une part, transfèrent des compétences et, d'autre part, prévoient une délégation possible de ces compétences. De plus, ces délégations de compétences excluent toute hiérarchie entre la collectivité délégante et la collectivité délégataire, dans la mesure ou on ne se situe plus dans une relation d'autorité et de subordination mais dans une relation d'égalité. Enfin, ces délégations de compétences n'ont pas lieu au sein d'une personne publique, ni même seulement entre l'Etat et les collectivités locales, mais également entre ces dernières.

D'une manière générale, les transferts de compétences facultatifs ne sont pas utilisés dans le cadre de la décentralisation à cause notamment du risque d'atteinte au principe d'égalité. Il est préféré une délégation de compétence à la place d'un transfert facultatif ou optionnel de compétences. PONTIER conclue sur les avantages des délégations de compétences en expliquant qu' « *aux yeux des pouvoirs publics,* (la délégation de compétences présente) *bien des avantages car elle est une version atténuée, plus douce …des transferts de compétences. Ne voulant pas opérer de véritables transferts qui pourraient tout autant effaroucher les partisans un peu crispés des prérogatives de l'Etat que ne convaincre les élus locaux du bien fondé de mesures susceptibles d'être mal interprétées, les autorités nationales pourraient se borner à une délégation de compétence* ».

[436] *Décentralisation, Etat et territoires,* Paris, La documentation française, coll. Cahiers français, n ° 318, janvier 2004, p. 26

B. La protection du principe d'égalité

En venant de montrer qu'il n'existe pas (sauf une exception relevée) de transfert facultatif et optionnel de compétences dans le cadre de la décentralisation, nous pouvons approfondir ce constat. Le professeur PONTIER affirme pour sa part, que, « *la « tradition française » n'est guère favorable aux transferts facultatifs : le législateur décide souverainement de ce qui est bon pour l'Etat comme pour les collectivités locales ; s'il procède à un nouveau partage de compétences, on présumera que c'est dans l'intérêt général des citoyens comme dans celui des collectivités locales. Le transfert facultatif s'accommode mal, au surplus, avec l'idée d'égalité* »[437]. Il constate ainsi que l'on s'est habitué, dans notre pays, à l'uniformité des structures, des compétences et des pouvoirs, qui a été voulue par la Révolution et il s'interroge sur le fait de comment admettre dans ces conditions, que les collectivités locales exercent certaines compétences et d'autres non.

En réalité, la doctrine intègre l'idée que c'est la diversité qui caractérisera nos structures administratives locales, cette diversité étant en partie issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003[438] dont le professeur PONTIER, qui avance plusieurs arguments plaidant pour l'existence d'une diversité croissante des structures administratives locales.

D'une part, la variabilité des compétences existe déjà dans les relations entre communes et certains EPCI. Outre les compétences obligatoirement transférées, dans certains cas, facultativement, dans d'autres, les communes membres peuvent toujours transférer des compétences supplémentaires. Nous ne pouvons pas nier cette vérité mais nous pensons que cette démonstration qui est certes valable dans le cas de l'intercommunalité, ne trouve pas de justification dans le cadre de la décentralisation. Les transferts facultatifs et optionnels de compétences dans ce système vont à l'encontre, selon nous, du principe d'égalité entre les citoyens et du principe de libre administration des collectivités territoriales.

D'autre part, PONTIER montre qu'il faut bien accepter l'idée que, en fait, les collectivités appartenant à une même catégorie ne sont pas toutes placées dans la même situation, que certaines d'entre elles ne sont pas en mesure d'exercer les compétences que la loi, théoriquement, leur reconnaît. L'auteur achève son observation en déclarant : « *l'uniformité et l'égalité des collectivités locales sont un mythe* ».

---

[437] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 40

[438] Nous rappellerons nos développements sur le principe de subsidiarité et sur l'expérimentation qui vont profondément modifier les règles de transferts et de répartition des compétences dans l'avenir.

Ce constat est partagé par Nicolas KADA[439] qui reconnaît qu' « *il est indéniable que l'acte II de la décentralisation entretient une contradiction majeure autour de la notion juridique d'égalité* ». Aussi, les interrogations relatives au respect du principe d'égalité dans le cadre des transferts de compétences, si elle se posent avec vigueur à la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, étaient également présentes dès 1982. Nous pouvons alors rechercher dans quelles mesures les transferts de compétences facultatifs ou optionnels peuvent mettre à mal le principe d'égalité[440].
L'auteur montre que la coexistence au sein d'un même article constitutionnel (l'article premier de la Constitution)[441] des principes d'égalité et de décentralisation, « *laisse entrevoir, au-delà des seuls futurs débats doctrinaux, la complexité des prochains arbitrages jurisprudentiels* ». Il insiste principalement sur les collectivités d'outre mer qui peuvent adopter des mesures justifiées par des circonstances locales en faveur de leur population. Enfin, il revient sur la constitutionnalisation de l'expérimentation qui est difficilement conciliable avec le principe d'égalité.

Eu égard la protection renforcée du principe d'égalité, nous pensons effectivement que le législateur préférera prévoir des délégations de compétences plutôt que des transferts facultatifs et optionnels de compétences, dans la mesure où, si le Conseil Constitutionnel est saisi, il ne manquera pas de déclarer ces dispositions inconstitutionnelles. En effet, « *les collectivités locales doivent appliquer le principe d'égalité. Il n'y a rien de plus normal car à partir du moment où l'on proclame le principe d'égalité entre les hommes, on ne peut admettre que des différences soient instituées selon que l'on habite une partie ou une autre du territoire* »[442].

---

[439] Nicolas KADA, « L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *RDP*, septembre 2005, p. 1274
[440] Nous pouvons rappeler que le principe d'égalité est solidement installé et protégé dans notre bloc de constitutionnalité. Il apparaît dans le Préambule, à l'article premier et à l'article six de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyens du 26 août 1789, ainsi que dans certaines dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Le principe d'égalité est également affirmé avec force à l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958, article dans lequel est désormais inscrit le caractère décentralisé de l'organisation de la République, avant que l'article deux ne rappelle sa devise : « Liberté, égalité, fraternité » Enfin, le principe d'égalité est protégé par une jurisprudence abondante du Conseil Constitutionnel qui le consacre comme constituant un principe de valeur constitutionnel, étant également un principe général du droit défendu par les juridictions administratives.
[441] Article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée »
[442] J.-M. PONTIER, « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330*, novembre 2002, p. 634

Hormis les transferts expérimentaux, très encadrés, il est inconcevable de voir des collectivités territoriales de même niveau, exercer des compétences différentes. Comme le relève le professeur VERPEAUX, « *la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 n'a pas porté atteinte à la structure des collectivités territoriales en France. Elle se contente d'affirmer de nouveaux principes, d'assouplir un peu plus les catégories de collectivités territoriales et de profondément modifier le régime constitutionnel de l'outre-mer français* »[443].
Aussi, pour faire respecter le principe d'égalité entre les personnes sur tout le territoire, les pouvoirs publics ont défini et mis en œuvrer de nombreux et complexes mécanismes de compensation, notamment financiers. La logique décentralisatrice implique ou accepte les différenciations de richesses sur le territoire, liées à de multiples facteurs, qui entraînent à leur tour des différences dans les services fournis et les équipements réalisés. Ces différences deviennent rapidement des inégalités et nous devons nous interroger alors de savoir si celles-ci sont acceptables.
Si dans la plupart des pays, la réponse est nécessairement nuancée, en France, elle sera dans tous les cas négative. La compensation est évidemment une spécificité française, au même titre que l'attachement au principe d'égalité, justifiant de fait l'inscription au sein de la Constitution d'un dispositif de péréquation à l'article 72-2 alinéa 5 : « La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ».

Si les transferts facultatifs ou optionnels de compétences ne peuvent pas être mis en œuvre dans le cadre de la décentralisation, à cause du risque d'atteinte au principe d'égalité, ils sont cependant régulièrement opérés dans le cadre de l'intercommunalité. Nous serons amené à distinguer dans ce cas le transfert optionnel de compétence du transfert facultatif de compétence.

§ 2. Les transferts facultatifs et optionnels de compétences dans le cadre de l'intercommunalité

Il existe une distinction fondamentale entre ces deux types de transferts de compétences. Le transfert optionnel de compétence détient un caractère obligatoire dans la mesure où la loi impose à l'EPCI, lors de sa création, de choisir certaines compétences qu'il devra exercer parmi un groupe de compétences défini par le législateur (A). A l'inverse, par

[443] Michel VERPEAUX, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, juillet – août 2003, p. 666

compétences facultatives, « on désigne des compétences dont le transfert n'est pas prévu par la loi ou par la décision institutive »[444] (B).

A. Des transferts optionnels « obligatoires »

Lorsque l'on envisage les transferts de compétences optionnels, nous pouvons penser que les EPCI sont libres ou non de les exercer. Cette liberté est cependant limitée dans la mesure ou ils ont l'obligation de choisir parmi un certain nombre de compétences celles qu'ils souhaitent exercer. Les compétences optionnelles sont en réalité des compétences obligatoires exercées sur option. Ce système d'option n'est possible que pour les communautés d'agglomération et les communautés de communes. En effet, les communautés urbaines n'exercent que des compétences obligatoires de par la loi, ou des compétences facultatives.
Aussi, les compétences optionnelles sont déterminées par la loi, mais ne sont mises en œuvre que si la décision institutive en organise le transfert.

Des interrogations subsistent quant au fait de savoir quelle procédure devra être suivie si les communes membres décident, après la création de communauté, de confier à celle-ci de nouvelles compétences, identifiées par la loi, mais qui n'avaient pas été retenues lors de la constitution de l'EPCI. S'agit-il de la procédure d'extension des compétences, impliquant de recueillir une majorité identique à celle nécessaire à la création de la communauté et nécessitant de déterminer préalablement des moyens matériels ou peut-on se satisfaire de la majorité relative à la constitution de la communauté, qui en est dispensée, puisque relavant de la détermination de l'intérêt communautaire ?

Pour le professeur ROUAULT[445], « *la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question. Il est peut être plus prudent, pour éviter le risque d'annulation contentieuses, avec leurs conséquences ultérieures, de multiplier les délibérations, qui seront au pire inutile* ».
Ces délibérations ne peuvent pas faire l'objet d'annulation, le Conseil d'Etat ayant confirmé qu'il faut analyser les délibérations des communes organisant le transfert de compétence à un EPCI comme des actes préparatoires insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[446]. Seul l'arrêté préfectoral organisant le transfert constitue un acte faisant grief.

[444] Définition de René LE MESTRE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 209
[445] *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2005
[446] CE, 3 mai 2002, *Commune de Laveyron*

La communauté d'agglomération doit exercer, outre les compétences transférées de plein droit, au moins trois compétences parmi les cinq énumérées à l'article L. 5216-5-II du Code général des collectivités territoriales. Cet article énumère le contenu de chacune des compétences optionnelles, suivant une méthode différente de celle retenue pour les communautés de communes. Cette façon de procéder a pour effet de limiter la liberté des communes, de la même manière que pour les compétences obligatoires[447]. La communauté d'agglomération ne doit pas seulement exercer « des » compétences parmi celles énumérées, car, dès lors qu'une compétence a été choisie, elle doit être exercée en totalité.
Le choix des compétences optionnelles est arrêté par décision des conseils municipaux intéressés dans les conditions de majorité qualifiée requise pour la création (article L. 5216-5-II dernier alinéa du CGCT). Les compétences optionnelles proposées sont : 1° création ou aménagement et entretien de voirie d'intérêt communautaire ; création ou aménagement et gestion de parcs de stationnement d'intérêt communautaire 2° l'assainissement 3° l'eau 4° en matière de protection et de mise en valeur de l'environnement et du cadre de vie ; lutte contre la pollution de l'air, lutte contre les nuisances sonores, élimination et valorisation des déchets des ménages et déchets assimilés ou partie de cette compétence dans les conditions fixées par l'article L.2224-13 du Code général des collectivités territoriales 5° construction, aménagement, entretien et gestion d'équipements culturels et sportifs d'intérêt communautaire[448].

Concernant la communauté de commune, elle doit exercer, dans les mêmes conditions que les compétences que la loi lui attribue de plein droit, des compétences relevant d'au moins un des quatre groupes prévus à l'article L. 5214-16-II du Code général des collectivités territoriales. Il s'agit : 1° de la protection et mise en valeur de l'environnement, le cas échéant dans le cadre de schémas départementaux (comme le traitement et l'élimination des déchets, ou la construction et la gestion d'une station d'épuration des eaux usagées) 2° de la politique du logement et du cadre de vie 3° de la création, aménagement et entretien de la voirie 4° de la construction, entretien et fonctionnement d'équipements culturels et sportifs et d'équipements de l'enseignement préélémentaire et élémentaire.

[447] Nous avons ainsi vu que la définition de l'intérêt communautaire des communautés d'agglomération et des communautés urbaines était issue d'un vote des conseillers communautaires alors que l'intérêt communautaire des communautés de communes était validé par les conseillers municipaux.
[448] Pour connaître le contenu précis de chaque compétence optionnelle, que nous ne détaillerons pas, nous proposons la lecture de l'*Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2005

Aussi, les communes ont l'obligation de transférer à la communauté « des » compétences relevant d'au moins un des quatre groupes énoncés et non « les » compétences de ces groupes. Elles doivent donc choisir certaines compétences se rattachant à un, ou à plusieurs groupes et définissent librement les compétences qu'elles choisissent de transférer à la communauté. Mais les communes bénéficient d'une grande liberté de choix, devant néanmoins respecter les groupes de compétences fixées par la loi, qui se contentent d'intitulés assez généraux, sans énumérer avec précision le contenu de chacun de ces groupes. La définition des compétences transférées au sein de chacun de ces groupes, incombe aux conseils municipaux se prononçant à la majorité requise pour créer la communauté.

Le professeur PONTIER remarque qu'il serait envisageable de consacrer la méthode des transferts optionnels au profit des collectivités territoriales elles-mêmes, et indépendamment de l'appartenance à un EPCI : « *on pourrait considérer que les domaines ou matières à transférer de l'Etat aux collectivités territoriales ne le soient pas automatiquement, mais seulement proposés aux collectivités souhaitant exercer cette ou ces compétences* »[449]. Bien qu'intéressante, cette proposition ne peut pas être envisagée dans la mesure ou nous avons vu les risques potentiels d'atteinte au principe d'égalité.

B. Les transferts facultatifs de compétences

Comme nous l'avons déjà présenté, les compétences facultatives sont des compétences dont le transfert n'est pas prévu par la loi ou la décision institutive. Les communes membres d'un EPCI peuvent à tout moment, décider de les lui transférer, en tout ou partie, ainsi que les biens, équipements ou services publics nécessaires à leur exercice. Les transferts facultatifs de compétences sont codifiés à l'article L. 5211-17 du Code général des collectivités territoriales. Cet article détermine les conditions nécessaires à la réalisation de ce transfert. Ils sont « décidés par délibérations concordantes de l'organe délibérant et des conseils municipaux se prononçant dans les conditions de majorité requise pour la création de l'établissement public de coopération intercommunale. Le conseil municipal de chaque commune membre dispose d'un délai de trois mois, à compter de la notification au maire de la commune de la délibération de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération

[449] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 40

intercommunale, pour se prononcer sur les transferts proposés. A défaut de délibération dans ce délai, sa décision est réputée favorable. Le transfert de compétences est prononcé par un arrêté du ou des représentants de l'Etat dans le ou les départements intéressés ».

Ces transferts facultatifs de compétences trouvent leur justification dans le cadre de l'intercommunalité dans la mesure où ils participent à la bonne marche de la coopération. En effet, outre les compétences obligatoires, chaque catégorie de communauté peut exercer, de sa propre volonté, des compétences supplémentaires, qualifiées de facultatives, choisies parmi les groupes de compétences optionnels non retenus à titre obligatoire[450], soit issues de leur imagination, afin de répondre par exemple à des problèmes spécifiques ou locaux.

Damien CHRISTIANY justifie d'une manière sensiblement différente le recours aux transferts facultatifs de compétences en déclarant : « *le socle juridique des structures intercommunales, fondé sur un transfert de compétences communales strictement définies et énumérées par le cadre législatif ne saurait méconnaître la possibilité pour les établissements publics de coopération intercommunale d'exercer des compétences à caractère facultatif dont la gestion est souvent liée à un héritage historico-adminsitratif des anciens syndicats intercommunaux* »[451].

Cette possibilité d'étendre le périmètre de compétence communautaire a fait l'objet d'un arrêt du Conseil d'Etat que nous avons déjà analysé en date du 9 mai 2005[452] et qui souligne notamment que la création d'un EPCI ne fait pas obstacle à ce que l'arrêté préfectoral attribue d'autres compétences que celles définies par les textes. Comme le résume CHRISITANY, « *saisi d'un recours en cassation, la Haute Assemblée a annulé l'arrêt de la Cour administrative d'appel qui avait elle-même annulé un arrêté préfectoral portant création d'une communauté de commune au motif que l'acte institutif prévoyait le transfert de compétences supplémentaires dont le soutien à l'enseignement supérieur, autres que celles limitativement énumérées* ». Mais comme il le souligne, « *cet arrêt ne tranche pas une question isolée puisque, déjà, la circulaire du 15 septembre 2004, avait « tendu la perche »*

[450] Les communes membres d'une communauté peuvent ainsi, au cours de l'existence de cette dernière, souhaiter accroître ses compétences et franchir un pas de plus dans l'intercommunalité.
[451] Damien CHRISTIANY, « Intercommunalité et compétences facultatives », *Juris classeur Collectivités territoriales – intercommunalité*, septembre 2005, p. 3
[452] CE, 9 mai 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Cyr en Val*

aux juges du Palais Royal en incitant les services de l'Etat à favoriser le développement de compétences supplémentaires des EPCI et ce, dès leur création ».

En effet, la circulaire du 15 septembre 2004 rappelle que les compétences facultatives peuvent être transférées à tout moment : « Les communes membres d'un EPCI peuvent, à tout moment, transférer à ce dernier des compétences dont le transfert n'est prévu ni par la loi, ni par la décision institutive de l'EPCI. Ce transfert entraîne de plein droit, à la date où il est effectué, la mise à disposition de l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à l'exercice des compétences transférées des droits et obligations rattachés à ces derniers ».
Dans ce cas, « l'EPCI est substitué de plein droit à la date du transfert des compétences, aux communes qui le composent, dans toutes leurs délibérations et tous les actes. Les contrats sont donc exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La commune ayant transféré les compétences doit informer les cocontractants de la substitution intervenue ».

Nous pouvons terminer notre développement sur l'idée que la loi est restée silencieuse sur le caractère exclusif ou partagé d'une compétence facultative transférée à l'intercommunalité. Il semble bien que le choix soit laissé aux EPCI et à leurs communes membres ; cependant, la décision de transférer des compétences aussi hétérogènes témoigne d'une réelle volonté politique de ne pas envisager l'intercommunalité a minima mais de profiter d'outils juridiques nouveaux issus notamment de la loi du 13 août 2004, pour consacrer de vraies ambitions territoriales.

CHAPITRE II
UN NOUVEAU MODE DE TRANSFERT DE COMPETENCE : LE TRANSFERT EXPERIMENTAL

Dans son article intitulé « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », le professeur Jean-Marie PONTIER établi une typologie des différents modes de transferts de compétences[453]. Après avoir mis en évidence les différences existantes entre les transferts obligatoires, facultatifs et optionnels, le professeur PONTIER explique qu'il existe maintenant un nouveau type de transfert de compétence : le transfert expérimental. L'expérimentation est une méthode de transfert de compétences déjà ancienne mais qui a connu de nouveaux développements lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et a fait l'objet de l'adoption d'une loi organique[454] qui a permis la codification des principes dans la Code général des collectivités territoriales[455]. Nous avons assisté alors à une importante production doctrinale s'interrogeant tant sur la méthode expérimentale que sur les développements potentiels de cette méthode. Aussi, après avoir présenté la méthode expérimentale, nous mettrons en évidence la consécration de l'expérimentation par la reconnaissance constitutionnelle de cette notion (Section I).

Cependant, l'expérimentation soulève de nombreuses interrogations et a nécessité l'adoption d'une loi organique encadrant strictement les modalités du transfert expérimental de compétences. Nous nous interrogerons alors sur les développements potentiels de l'expérimentation en recherchant quelles seront les suites de cette nouvelle méthode de transfert de compétences (Section II).

[453] J.-M. PONTIER, « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *RFDA*, janvier – février 2003, p. 40
[454] Loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales
[455] Cette loi a ainsi codifié l'expérimentation pour les collectivités territoriales aux articles LO. 1113-1 à LO 1113-7 de CGCT et ouvert la possibilité d'expérimentation aux établissements publics de coopération intercommunale à l'article LO. 5111-5 du même code.

SECTION I
DEFINITION DE LA METHODE EXPERIMENTALE

Dans notre développement relatif aux transferts expérimentaux de compétences, il nous semble nécessaire de partir de la définition de la méthode expérimentale pour proposer une définition de l'expérimentation. En effet, il apparaît que ces notions sont sensiblement différentes : Comme le relève le professeur BOULOUIS, « *formule de l'expérience, expérimentation, méthode expérimentale, ces trois expressions qui sont souvent utilisées indifféremment pour désigner la démarche mise en œuvre ne sont pas vraiment synonymes. Elles ont cependant en commun la référence directe à un mode opératoire dont la réputation d'objectivité est incontestée »*[456]. Il définit alors le contenu de la méthode expérimentale en précisant que « *le modèle* (expérimental), *au moins dans sa forme la plus élaborée, comporte trois séries de dispositions. Les premières concernent l'hypothèse, c'est-à-dire les mesures qui seront soumises à l'épreuve et le ou les objectifs que, grâce à elles, on se propose d'atteindre. Les secondes délimitent le champ de l'expérience à la fois dans le temps, dans l'espace et dans ses dimensions techniques particulières. Les dernières règlent enfin la composition de la mission chargée de suivre le déroulement de l'opération, d'en dérouler la bonne marche, d'en établir le rapport et d'en tirer les enseignements ».* Partant de cette notion, nous présenterons comment le recours à la méthode expérimentale nous permet de proposer une définition de l'expérimentation dans le cadre des transferts de compétences[457] (§1).

La transition de la méthode expérimentale à l'expérimentation se fait en répondant à la question suivante : peut-on transposer la méthode expérimentale des sciences classiques à la science administrative et plus particulièrement aux transferts de compétences ? La consécration de l'expérimentation par la révision constitutionnelle de 2003 apporte une réponse positive à cette question. Nous présenterons alors les apports de cette révision constitutionnelle, notamment par la rédaction de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution et en insistant sur les différences existantes entre le transfert expérimental de compétences et les transferts traditionnels de compétences (§ 2).

[456] Jean BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes », Mélanges offerts à Monsieur le Doyen LouIs TROTABAS, Paris, LGDJ, 1970, p. 29
[457] Il existe en effet deux sortes d'expérimentations : l'expérimentation locale offerte aux collectivités territoriales et l'expérimentation législative.

§ 1. De la méthode expérimentale à l'expérimentation

La doctrine est unanime quant à l'existence ancienne de l'expérimentation dans le domaine des transferts de compétences ou du moins dans la pratique administrative[458]. Nous nous interrogeons alors sur la nécessité d'opérer des transferts de compétences expérimentaux, plutôt que des transferts obligatoires. La pratique de l'expérimentation permettra de mieux cerner les atouts de cette méthode de transfert de compétences (A). Cette innovation, avant d'être consacrée par la Constitution, a fait l'objet d'un contrôle approfondi tant par le juge constitutionnel que par le juge administratif (B).

A. Une pratique ancienne…

Comme le relève le professeur PONTIER, « *après avoir expérimenté sans le dire ouvertement, les pouvoirs publics n'hésitent plus à consacrer l'expérimentation, mais dans des domaines moins sensibles ou moins discutés que l'organisation locale* »[459]. Si l'expérimentation a été appliquée en matière d'administration d'Etat, sans véritable cohérence[460], l'idée d'utiliser ce processus en matière d'administration locale a rapidement fait son chemin. Les premières expérimentations dans le domaine des collectivités locales avaient pour objet l'instauration de nouvelles circonscriptions administratives. En effet, l'expérimentation a permis de tester de nouvelles formes d'organisation administrative en instaurant par décret à partir de 1963 des structures régionales dans les circonscriptions de Bourgogne et de Haute-Normandie. Cette expérimentation a ainsi été généralisée sur tout le territoire français permettant la création de régions d'abord dotée du statut d'établissement public local à vocation spécialisée par la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 avant d'accéder au rang de collectivité territoriale par la loi du 2 mars 1982. Une fois établi un nouveau type de collectivité territoriale, dans l'optique de prolonger l'élan décentralisateur de 1982/1983, l'expérimentation s'est ainsi orientée dans le domaine des transferts de compétences.

---

[458] Catherine MAMONTOFF, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP*, 1998, p. 354. L'auteur explique que « *le procédé de l'expérimentation ne semble pas être nouveau dans la pratique administrative. M. F. Burdeau fait référence dans ce sens à des expériences inédites ou des innovations avant la première guerre mondiale dont l'objet est l'amélioration de l'efficacité de l'administration au moindre coût* »

[459] J. -M. PONTIER, « L'expérimentation et les collectivités locales », *Revue administrative n° 320*, Mars – avril 2001, p. 170

[460] Idem. Pour PONTIER, « *au fond, dans l'administration centrale, on ne cesse d'expérimenter, dans le plus grand désordre, chaque ministère générant des formes que l'on n'osera certes pas qualifier de monstrueuses mais qui n'entrent dans aucun cadre et répondant uniquement à des préoccupations momentanées de la puissance publique. La plus grande rigidité cohabite ici avec la plus étrange inventivité dont on peut douter qu'elle serve l'efficacité de l'action administrative* »

Aussi, nous avons assisté au passage de la méthode expérimentale telle que définie par le professeur BOULOUIS à une l'émergence d'une véritable expérimentation notamment pour les transferts de compétences. Pour le professeur AUBY, « *l'expérimentation consiste dans le transfert de compétences, à titre expérimental, sur une base volontaire et conventionnelle, pour une durée limitée et sanctionnée, en principe, par un bilan ou une évaluation* »[461]. Si la méthode expérimentale est ancienne, le professeur AUBY, relève quant à l'expérimentation, qu' « *il s'agit d'un mécanisme qui est apparu récemment et qui devrait connaître un bel avenir* ».

En effet, la définition de la méthode expérimentale nécessite trois séries de dispositions, dont l'hypothèse de départ, la délimitation du champ de l'expérience à la fois dans le temps, dans l'espace et dans ses dimensions techniques particulières et la composition de la mission chargée de suivre le déroulement de l'opération, d'en dérouler la bonne marche, d'en établir le rapport et d'en tirer les enseignements ; nous pouvons noter que l'expérimentation semble être le pendant pratique de cette définition théorique. Le professeur BOULOUIS définissait l'expérimentation comme « *la première phase opératoire d'un processus de réforme dont la fonction demeure limitée et dont l'objet est de faire l'économie des inconvénients liés à l'application immédiate de mesures généralisées* »[462]. Aussi, une fois la définition de l'expérimentation établie, il est indéniable qu'elle constitue pour E. AUBIN et C. ROCHE « *l'un des moyens permettant d'atteindre l'objectif d'une décentralisation plus proche des administrés* »[463].

Appliquée aux collectivités territoriales, l'expérimentation permet le transfert de certaines compétences qui ne sont pas de leur attributions, en vue de voir comment elles sont à même de les gérer, pour une durée limitée. La phase d'évaluation devant permettre de décider ou non de la généralisation de ce transfert, ce qui semble être au final moins « traumatisant » pour les collectivités qu'un transfert obligatoire de compétences. Il apparaît alors que certains domaines seraient plus aisés à expérimenter que d'autres. La santé, le social et la gestion d'infrastructures semblent être des domaines de prédilection de l'expérimentation. Avant la révision constitutionnelle de 28 mars 2003, instaurant la constitutionnalisation de

[461] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 3e éd., 2004, p. 210
[462] Jean BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes », Mélanges offerts à Monsieur le Doyen LouIs TROTABAS, Paris, LGDJ, 1970
[463] E. AUBIN et C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p. 75

l'expérimentation, de nombreux essais dans ces domaines ont eu lieu. Le professeur AUBY, remarque, dans le domaine « social », qu'en 1986, certains départements avaient testé un dispositif d'aide sociale et de réinsertion préfigurant ce qui deviendra le RMI. Une nouvelle politique de prise en charge de la dépendance des personnes âgées était expérimentée au profit des départements en 1994. Cette expérimentation a été généralisée à l'ensemble des départements en 1997 et suite à l'évaluation, a été systématisée par la loi de 2001 instaurant l'Allocation personnalisée d'autonomie (APA).
Dans le domaine de la gestion des infrastructures, plusieurs expérimentations ont été mises en place et également généralisées. Nous pouvons donner comme exemple la gestion régionalisée de certaines lignes de chemin de fer. Depuis plusieurs années, des régions ont passé des accords avec la SNCF. Il s'agissait d'un conventionnement relativement classique, les régions s'engageant au fond, à payer pour certains services que n'aurait pas spontanément assurés la SNCF, tel que le maintien de certaines lignes déficitaires ou l'achat de certains matériels roulants. La loi du 4 février 1995, complétée par la loi du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France » est allée plus loin en prévoyant le transfert aux régions qui l'accepteraient de compétences relatives à l'organisation des transports collectif dans le cadre régional. Comme le constate le professeur PONTIER, la loi elle-même parlait d'expérimentation en déclarant que « les régions concernées par l'expérimentation (…) sont autorités organisatrices des services régionaux de voyageurs de la Société nationale des chemins de fer français ». L'expérimentation conduite sur les années 1997 à 1999 concernait six régions et fut prolongée jusqu'à la fin 2001. Cette expérience devait ensuite être étendue à toutes les régions qui le souhaitent.
Mais l'auteur observe cependant que les expérimentations sont le plus souvent à l'initiative ou à la demande de l'Etat et plus rarement des collectivités territoriales.

Enfin, face à la réussite de certains transferts de compétences expérimentaux, le rapport MAUROY[464] se prononçait très nettement en faveur de la généralisation de l'expérimentation pour les collectivités territoriales : « *la commission, tout au long de ses débats, s'est interrogée sur les conditions et les limites du « droit à l'expérimentation » revendiqué par un certain nombre de collectivités territoriales. Certes, celui-ci ne saurait remettre en cause le principe même d'unité sur lequel est bâtie notre décentralisation, la réparation des compétences relevant de la loi. Mais dans l'esprit même de ce principe, la commission a*

[464] *Refonder l'action publique locale,* rapport de la Commission pour l'avenir de la décentralisation, présidée par Pierre MAUROY, La documentation française, 2001

envisagé la mise en œuvre d'actions expérimentales, telles qu'elles ont été mise en place en vue du transfert aux régions des transports ferroviaires, comme étape d'une généralisation éventuelle. La commission rappelle tant le gouvernement que le législateur à tenir compte, dans l'élaboration des textes, des nécessités propres à la mise en œuvre de cette préfiguration locale de certaines réformes nationales. L'éventuelle expérimentation doit ainsi être conçue comme la préfiguration d'une généralisation. Elle ne saurait se transformer en une décentralisation à la carte susceptible de remettre en cause les principes d'égalité, de solidarité et des libertés publiques ».

Plus récemment, et sans doute dans la continuité des réflexions de la commission MAUROY, le législateur a autorisé de nouveaux recours aux transferts expérimentaux de compétences. La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, a instauré des attributions expérimentales de compétences dans le domaine de la gestion des ports et des aérodromes ainsi qu'en matière de protection et de gestion du patrimoine culturel. Selon la loi, les régions peuvent, à titre expérimental et sur la base de convention conclues avec l'Etat, décider de gérer les ports maritimes d'Etat ; elles peuvent également se charger de l'entretien et de l'exploitation des ports de commerce ou des ports de pêche gérés par le département. Elles peuvent enfin exploiter les aérodromes civils qui ne sont pas déjà gérés par d'autres collectivités locales. La loi permet aux départements de développer à titre expérimental, et sur la bases de conventions conclues avec l'Etat, de nouvelles compétences en matière de gestion des aérodromes civiles et de protection et gestion du patrimoine culturel.

D'une manière générale, l'expérimentation s'est développée grâce à l'intervention du législateur qui autorisait, de manière ponctuelle et selon les lois, le recours à ce mode de transfert de compétence. Cependant, l'expérimentation n'était possible que dans certaines limites constitutionnelles.

B. …sous le contrôle du juge

En dehors de tout cadre constitutionnel et législatif encadrant les règles de transferts de compétences expérimentaux, il revient au juge constitutionnel dans un premier temps, puis ensuite au juge administratif de veiller à la bonne marche des expérimentations décidées par le législateur. Le professeur BOULOUIS déclarait à cet effet que « *l'expérimentation produit dans l'ordre juridique une série de discontinuités plus ou moins graves qui créent autant*

d'atteintes à la sécurité juridique et d'altérations aux principes sur lesquels se fonde l'ordonnancement des règles de droit ». Le recours à l'expérimentation entraîne en effet de nombreuses difficultés juridiques. Catherine MAMONTOFF pose la problématique de l'expérimentation de manière claire en déclarant : « *l'expérimentation du droit pose juridiquement le problème de l'atteinte au principe d'égalité puisque par définition l'essai implique la création d'un régime juridique d'exception applicable à un groupe restreint sur un territoire limité* »[465].

Il apparaît alors que le Conseil constitutionnel admet le principe des règles à caractère expérimental, mais avec une certaine prudence. Dans sa décision du 28 juillet 1993 sur la loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel[466] et notamment dans le neuvième considérant, il établit « qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations (…) de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celles-ci des règles nouvelles … ».
Mais, en premier lieu, le Conseil impose des conditions restrictives pour l'expérimentation qui doit avoir un caractère très explicite : « … toutefois il lui incombe alors de définir précisément la nature et la portée de ces expérimentations, les cas dans lesquels celles-ci peuvent être entreprises … ».
Ensuite, le Conseil établit des conditions relatives au bilan de fin de l'expérience : il incombe au législateur de définir précisément « …les conditions et les procédures selon lesquelles (les expérimentations) doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon ».
Dans cette décision, le juge décide que la loi déférée est contraire à la Constitution en raison du fait que l'évaluation instaurée par le législateur est une faculté et non une obligation, ce qui revient à dire que le bilan de fin d'expérience doit être impérativement effectué. En d'autres termes pour Catherine MAMONTOFF, « *pour le juge constitutionnel, l'expérimentation ne doit pas être un acte sans suite. Au contraire, non seulement le législateur doit instaurer un bilan mais aussi les conditions et procédures du bilan aboutissant soit au maintien du test tel quel ou avec certaines adaptations ; soit encore il doit définir les conditions et procédures aboutissant à l'extension définitive à l'ensemble du territoire de l'expérience, du fait qu'elle s'est avérée concluante ; enfin, si l'évaluation faisait apparaître que l'essai n'est pas*

[465] Catherine MAMONTOFF, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP*, 1998, p. 361
[466] Conseil Constitutionnel, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

satisfaisant, les conditions et procédures de la cessation de l'essai doivent encore être déterminées ». Les frontières établies par le Conseil constitutionnel apparaissent de la sorte comme parfaitement justifiées. En effet, une possibilité d'expérimentation trop floue pourrait donner lieu à des abus, voire à un certain arbitraire. Le juge constitutionnel joue ici parfaitement son rôle en encadrant étroitement et progressivement l'expérience juridique, dans le but de prévenir les dérapages.

La jurisprudence constitutionnelle nous donne un second exemple d'intervention du Conseil constitutionnel dans l'expérimentation juridique. La décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994[467] apporte de nouvelles précisions quant à la durée limitée de l'expérimentation.
L'article 11 de la loi du 1er février 1994, modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, autorisait le CSA à délivrer, sans procéder à un appel à candidatures, des autorisations d'émettre à un service de télévision hertzienne pour une durée n'excédant pas six mois. Ce texte fut déféré au Conseil constitutionnel qui le jugea conforme à la Constitution en raison du fait que « le législateur a pu estimer que la procédure d'appel à candidatures définie aux articles 29 et 30 de la loi du 30 septembre 1986 était inadaptée par sa lourdeur à des expériences occasionnelles ou saisonnières ». Par ailleurs, « une telle autorisation de caractère temporaire doit être entendue comme ne permettant pas de renouvellement immédiat au regard des règles fixées par les articles 29 et 30 de ladite loi en matière d'appel à candidatures…que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions de l'article 11 de la loi déférée ne méconnaissent aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ».
Autrement dit, le législateur peut, pour réaliser des expérimentations juridiques, écarter les dispositions d'une loi jugée trop contraignante, cependant, l'essai du droit doit avoir un caractère temporaire, et non immédiatement renouvelable. Pour le Conseil constitutionnel, dès lors que ces conditions sont respectées, il n'y a pas atteinte aux règles et principes à valeur constitutionnelle et en conséquence, il n'y a pas atteinte au principe d'égalité.
Comme le relève cependant le professeur AUBY, ces décisions n'ont pas été rendue à propos de l'administration locale, les solutions adoptées sont « *évidemment transposables aux expérimentations locales* ».

[467] Conseil constitutionnel, Décision n° 93-333 du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*

Le Conseil constitutionnel a précisé, en outre, dans une décision rendue à propos de la loi sur la Corse[468], que le législateur ne pouvait pas autoriser, à titre expérimental, une collectivité territoriale à déroger aux dispositions législatives en vigueur : une telle délégation de compétence législative ne pouvant être le fait que de la Constitution et non d'une simple loi.

En plus de ce contrôle constitutionnel particulièrement restrictif, le juge administratif est venu préciser les conditions de mise en œuvre de l'expérimentation et concilier l'intérêt d'une telle démarche avec le principe d'égalité[469].
Un avis d'Assemblée générale du Conseil d'Etat présente les contours que doit avoir l'expérimentation administrative[470]. Comme le souligne Catherine MAMONTOFF, « *l'apport le plus intéressant de cet avis, rejoignant d'ailleurs la position du Conseil constitutionnel, est relatif à la notion de durée déterminée de l'expérimentation : la rupture d'égalité qui s'instaure du fait de l'application limité d'une mesure n'est envisageable que pour un temps limité, ou période expérimentale* »[471]. Ainsi, l'Administration peut procéder à des expérimentations et créer de ce fait des traitements inégaux, cependant, cette différence de traitement ne peut être indéfinie et doit avoir obligatoirement un terme[472].

Selon Florence CROUZATIER-DURAND[473], « *finalement, deux exigences fondamentales se dégagent de la jurisprudence administrative : la méthode expérimentale doit être limitée dans le temps et parfois dans l'espace, et elle doit être motivée par l'intérêt général afin que l'atteinte au principe d'égalité devant la loi soit justifiée* ». Aussi, l'auteur s'interroge sur l'existence de différences entre deux situations, de surcroît lorsque des collectivités territoriales sont concernées. Dès lors, il est permis de s'interroger : « Jusqu'à quel point des différences, donc des inégalités, sont appréciables entre collectivités ? »[474].
Florence CROUZATIER-DURAND constate à cette occasion que le Conseil d'Etat s'est prononcé sur cette question dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2003 : il a rendu un avis négatif le 11 octobre 2002 concernant notamment l'article 2 du projet de réforme, qui prévoyait que la loi ou le règlement peuvent comporter des dispositions à caractère

[468] Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*
[469] CE, 21 février 1968, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris.*
[470] Section des travaux publics, n° 353605 du 24 juin 1993, *Rapport public 1993*, Etudes et documents n° 45, La documentation française
[471] Catherine MAMONTOFF, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP*, 1998, p. 364
[472] Autrement dit, pour le juge administratif, l'expérimentation qui crée par définition deux groupes ne porte pas atteinte au principe d'égalité lorsque les bénéficiaires sont objectivement dans des situations différentes.
[473] Florence CROUZATIER-DURAND, « L'expérimentation locale », *RFDA*, janvier – février 2004, p. 23
[474] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation locale », *AJDA*, 2003, p. 1715

expérimental. Le Conseil d'Etat proposait une nouvelle rédaction disposant que le droit à l'expérimentation déroge au principe d'égalité, souhaitant ainsi que les atteintes éventuelles à ce dernier soient inscrites dans la Constitution même. Nous retiendrons que le gouvernement n'a pas suivi l'avis du Conseil d'Etat.
En conclusion, l'expérimentation était très encadrée avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Le recours à ce procédé supposait un objet et une durée limités, déterminés par le texte portant expérimentation, ces possibilités étant exclusivement réservées au législateur et soumis à évaluation avant abandon, éventuelle prolongation ou généralisation.
Aussi, comme le note le professeur AUBY, « *le pouvoir constituant a manifestement été séduit à la fois par l'idée et par le mécanisme de l'expérimentation puisqu'il en a fait un des pivots de la réforme de la décentralisation* »[475].

§ 2. La consécration de l'expérimentation

Le professeur Guillaume DRAGO déclarait que « *l'expérimentation n'est plus une mode passagère, c'est aujourd'hui un mode de gouvernement* »[476] mettant en avant l'engouement des élus pour ce mode de gestion des politiques publiques. Le député Mr Emile BLESSIG prônait également la reconnaissance constitutionnelle de l'expérimentation en expliquant sa nécessité[477]. Aussi, avant d'aborder la loi organique relative à l'expérimentation, qui en encadre le processus, nous allons présenter le contenu de la révision constitutionnelle intégrant l'expérimentation locale (A). Nous pourrons alors par la suite identifier plus facilement les différences existantes entre les transferts expérimentaux de compétences et les autres modes de transferts (B).

A. La reconnaissance constitutionnelle du droit à l'expérimentation

La constitutionnalisation de l'expérimentation, tant au profit de l'Etat, qu'au profit des collectivités territoriales ne pouvait se faire que sous la réunion de plusieurs éléments. Ces conditions sont dégagées notamment par Florence CROUZATIER-DURAND qui relevait : « *finalement, la constitutionnalité de l'expérimentation supposait la réunion de quatre*

[475] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 3e éd., 2004, p. 211
[476] Guillaume DRAGO, « Expérimentation et Constitution », *AJDA*, 21 octobre 2002, p. 989
[477] Emile BLESSIG, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales*, Assemblée Nationale, n° 2854, 10 janvier 2001

conditions cumulatives : il faut d'abord qu'un terme soit fixé, toute loi expérimentale devant avoir un caractère temporaire. Il convient ensuite que ce terme soit fixé dans le texte même, c'est-à-dire ab initio. L'expérimentation doit également être suivie d'une évaluation de ses effets. Enfin, la pérennisation éventuelle du dispositif doit être subordonnée à l'adoption d'une loi ultérieure. La conjonction du caractère temporaire et de l'existence d'un engagement d'évaluation constitue la spécificité des lois expérimentales »[478].
La prise en compte de ces conditions a nécessité la modification de plusieurs articles de la Constitution.
Ainsi, l'article 37-1 de la Constitution prévoit maintenant que « La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Comme le note le professeur AUBY, « *les conditions générales de recours à l'expérimentation juridique sont donc sensiblement allégées par rapport aux limites posées par le Conseil Constitutionnel* ». La rédaction retenue semble en effet, être moins draconienne que les contraintes établies tant par le Conseil constitutionnel[479] que par le Conseil d'Etat[480] pour le recours à l'expérimentation.

La révision constitutionnelle a, en outre, prévu un cadre spécifique pour les expérimentations locales, c'est-à-dire les expérimentations offertes aux collectivités territoriales en introduisant l'article 72 alinéa 4. Cet article prévoit que, « Dans les conditions prévue 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 ».

Cette disposition renvoie donc à une loi organique le soin de préciser les conditions de sa mise en œuvre. Désormais, les collectivités territoriales mais aussi leurs groupements, c'est-à-dire les établissements publics de coopération intercommunale, pourront déroger à un texte législatif ou réglementaire sous respect de certaines conditions. Pour le professeur PONTIER,

[478] Florence CROUZATIER-DURAND, « L'expérimentation locale », *RFDA*, janvier – février 2004, p. 23
[479] Le Conseil Constitutionnel a toutefois rappelé que le législateur devait définir « de façon suffisamment précise l'objet et les conditions » des expérimentations (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*)
[480] Le Conseil d'Etat a admis que la différence de traitement est concevable, à condition que ce soit pour une période limitée, d'une part, et qu'elle soit justifiée par des considérations impérieuses d'intérêt général, d'autre part.

« *les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont des bénéficiaires éventuels et potentiels de l'expérimentation, mais pas tous : la formule constitutionnelle implique l'exclusion d'une catégorie d'EPCI, les syndicats mixtes* »[481]. En effet, la formulation retenue nous laisse penser que les EPCI à fiscalité propre seront ceux qui demanderont à expérimenter des compétences issues notamment de certaines collectivités territoriales.

Le professeur AUBY souligne dans le cadre de la révision constitutionnelle que « *les transferts de compétences à titre expérimental peuvent donc être accompagnés de l'octroi de pouvoirs normatifs exceptionnels permettant aux collectivités d'écarter des dispositions nationales, que celles-ci soit réglementaires ou législatives* »[482].
L'analyse de ce nouvel article 72 alinéa 4 de la Constitution soulève quelques difficultés d'interprétation comme le concède le professeur MOREAU. Le contenu de l'article précise qu'il faudra l'intervention d'une loi organique qui fixera les conditions du recours à l'expérimentation. De plus, elle soit voit interdire des domaines liés aux droits fondamentaux. Elle sera bien évidemment facultative et non obligatoire (« les collectivités peuvent… »). L'expérimentation vaut alors nécessairement dérogation et ne porte que sur « l'exercice de leurs compétences ».
Aussi, ce dernier point soulève de nombreuses interrogations. Pour le professeur MOREAU, « *que faut-il entendre par exercice des compétences ? L'expression vise les pouvoirs juridiques dévolus aux collectivités locales ; exclut-elle les limites territoriales de ces collectivités ?...* »[483].

Bien que suscitant des interrogations quant à son contenu, l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, « *était en revanche d'une absolue nécessité pour dépasser les limites à l'expérimentation par les collectivités territoriales tracées par le juge constitutionnel* » [484].
A ce stade, nous pouvons tenter de distinguer les deux formes d'expérimentations inscrites dans la Constitution. Le statut constitutionnel de l'expérimentation issu de l'article 72 alinéa 4 se distingue principalement sur deux points de celui de l'article 37-1 : la procédure

[481] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation locale », *AJDA*, 2003, p. 1715
[482] J. -B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Paris, PUF, 3e éd., 2004, p. 213
[483] Jacques MOREAU, « De l'expérimentation », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, Dossier spécial : projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, 28 octobre 2002, p. 98
[484] Patrick JANIN, « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 10 octobre 2005, p. 1526

d'expérimentation et l'objet de l'expérimentation. Alors que « l'expérimentation étatique », au sens de l'article 37-1, peut être mise en œuvre par l'Etat agissant directement par la loi ou par décret, et ainsi mettre en place des transferts de compétences expérimentaux au profit des collectivités territoriales, la mise en œuvre du pouvoir d'expérimentation par les collectivités territoriales est rigoureusement organisé par l'article 72 alinéa 4 de la Constitution et complété, nous le verrons dans la section suivante, par la loi organique du 1er août 2003, qui ensembles, créent un dispositif très développé. Ce dispositif encadre étroitement, selon Patrick JANIN, *« la capacité des collectivités territoriales, désormais reconnue, à adapter elles-mêmes et temporairement les règles de droit relatives à l'exercice de leurs compétences* ».

Au fond, il s'agit de leur conférer un pouvoir normatif leur permettant de déroger aux dispositions législatives et réglementaires. Ce n'est plus l'Etat qui expérimente au profit des collectivités territoriales en mettant en œuvre sa compétence législative ou réglementaire, mais les collectivités territoriales elles-mêmes. Pour JANIN, « *la possibilité de permettre aux collectivités territoriales de déroger elles-mêmes à la loi ou au règlement national, certes temporairement puisqu'à titre expérimental, constitue sans aucun doute le bastion avancé d'une décentralisation à laquelle le droit continue de reconnaître qu'une nature administrative* ».

Les apports de cette révision constitutionnelle sont de premier ordre. En effet, le premier soin de cette révision en matière d'expérimentation est de faire « sauter le verrou » posé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 2002 relative à la Corse. Les collectivités territoriales peuvent désormais déroger à titre expérimental aux dispositions aussi bien législatives que réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences[485]. Nous devons alors distinguer deux formes d'expérimentation. Il faut effectivement distinguer les expérimentations qui se situent dans le cadre des normes existantes (qui n'entraînent la modification d'aucune norme pour pouvoir se dérouler, c'est-à-dire relevant de l'article 37-1) et celles qui sont dérogatoires à une norme, législative ou réglementaire. Aussi, c'est cette seconde catégorie qui a nécessité l'adoption de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution et qui est parfaitement bien illustré par la sanction du Conseil constitutionnel sur la loi relative à la Corse.

[485] Pour JANIN, c'est le titre juridique qui faisait défaut au législateur jusqu'ici pour déléguer sa compétence aux collectivités territoriales.

B. Les rapports entre l'expérimentation et les transferts de compétences

Nous avons vu que la rédaction de l'article 72 alinéa 4 soulevait des difficultés d'interprétation et notamment, dans la formule « exercice de leurs compétences ». Le professeur PONTIER a recours aux travaux du rapporteur du projet de loi constitutionnelle pour tenter d'éclairer le contenu de cette formule[486]. Le rapporteur estimait que « *cette rédaction doit être comprise à la fois comme autorisant une dérogation aux règles de répartition des compétences et une dérogation aux règles régissant la compétence déléguée. Il s'agit donc à la fois d'une règle de forme, la répartition des compétences entre collectivités et entre l'Etat et les collectivités, d'une règle de fond, la détermination d'un corpus normatif régissant un secteur* »[487].

Il existe bien une différence entre les expérimentations qui consistent en des transferts de compétences et celles qui confient un pouvoir normatif relevant de la loi aux collectivités territoriales, qui pour PONTIER, « *représentent une véritable innovation juridique* ». Cependant, il parait nécessaire d'opérer une distinction entre « les expérimentations dérogeant aux lois régissant une compétence » et « les expérimentations – transferts de compétences » restant possibles sans le recours à une loi d'habilitation. Le député Mr Michel PIRON, rapporteur du projet de loi organique relatif à l'expérimentation, semble en effet, opérer une distinction entre ces deux formes lors de l'examen des articles de la loi. Pour lui, l'expression « dispositions législatives régissant l'exercice de leurs compétences » inscrite à l'article LO 1113-1 du Code général des collectivités territoriales, « ne concerne que les expérimentations dérogeant aux lois régissant une compétence, les expérimentations - transferts de compétences restant possibles sans nécessiter la procédure des lois d'habilitation » prévue par la loi organique[488]. Le rapporteur du projet de loi organique au Sénat, le sénateur Mr Gérard LONGUET, a observé, qu'en pratique, il est fort possible que la procédure d'habilitation pour les expérimentations normatives s'applique également aux expérimentations portant sur des transferts de compétences, mais, ces derniers n'étant pas soumis au même régime juridique que les premiers, il faudra dissocier, dans la loi, selon la nature des transferts. En effet, pour le rapporteur, « *s'agissant des collectivités territoriales, la Constitution leur*

[486] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation locale », *AJDA*, 2003, p. 1718
[487] Pascal CLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Assemblée Nationale, n° 376, 13 novembre 2002
[488] Michel PIRON, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Assemblée Nationale, n° 955, 18 juin 2003

donne la faculté non seulement de bénéficier de transferts expérimentaux de compétences, décidés par la loi, mais également de modifier elles-mêmes les règles législatives et réglementaires qui en régissent l'exercice »[489].

En effet, les deux articles relatifs à l'expérimentation issus de la révision constitutionnelle (l'article 37-1 et l'article 72 alinéa 4) n'ont pas le même objet. L'article 72 alinéa 4 doit permettre de déterminer les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales et leurs groupements pourront être habilités à déroger, à titre expérimental, aux dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences. C'est pourquoi, la mise en place de ce type d'expérimentation a nécessité l'adoption d'une loi organique. Il n'est pas question ici des expérimentations concernant d'éventuels transferts de compétences aux collectivités territoriales. Celles-ci relèvent en effet de l'article 37-1 de la Constitution, dont la mise en œuvre ne suppose l'adoption d'aucune loi organique.

Aussi, le rapporteur du Sénat précise que, « *de surcroît, il sera sans doute intéressant de mettre en place des expérimentations prévoyant à la fois le transfert de certaines compétences à des collectivités territoriales et de les autoriser à déroger aux règles qui en régissent l'exercice* ». Nous pouvons donner un exemple d'expérimentation, en matière de transfert de compétences, nécessitant des dérogations à certaines règles de la part des collectivités territoriales. Le rapport de l'Assemblée Nationale cite ainsi l'exemple de la compétence régionale en matière de lycée qui pourrait être étendue à l'ensemble des dispositions normatives qui entourent la gestion des lycées.

En conclusion, « *inscrites dans une même démarche, sous tendues par un objectif commun, les expérimentations normatives et celles portant sur les transferts de compétences ne recouvrent cependant pas les mêmes enjeux et n'ont pas la même portée* ».
Pour le sénateur Gérard LONGUET, les transferts expérimentaux de compétences auront pour objet, « *conformément au principe de subsidiarité inscrit dans notre loi fondamentale par la révision constitutionnelle…de déterminer le niveau le plus idoine pour l'exercice de telle ou telle compétence. Les collectivités territoriales seront toutefois tenues d'agir dans un cadre défini par les autorités nationales* ». Les expérimentations normatives permettront aux

[489] Gérard LONGUET, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Sénat, n° 408, Commission des lois, 16 juillet 2003

collectivités territoriales « *d'élaborer elles-mêmes les règles régissant l'exercice de leurs compétences et de les adapter à leurs spécificités* »[490].

Finalement les transferts expérimentaux de compétences pourront avoir lieu dans le cadre de l'article 37-1 de la Constitution lorsqu'il s'agit simplement pour une durée limitée de transférer une compétence à un échelon de collectivité locale, pour voir s'il est possible de le généraliser à l'ensemble de cet échelon. Nous nous rapprochons alors des transferts de compétences obligatoires, dans la mesure où la collectivité est obligée de réceptionner cette compétence au moins jusqu'au terme de l'expérience. Si l'exercice de la compétence transférée nécessite des dérogations à certaines normes législatives ou réglementaires, le transfert de compétence expérimental doit se faire dans le cadre de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution[491]. La possibilité maintenant offerte de « déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » nécessite un encadrement strict codifié dans le Code général des collectivités territoriales.

SECTION II
L'EXPERIMENTATION DANS LA DECENTRALISATION ET L'INTERCOMMUNALITE

Si l'expérimentation porte simplement sur une compétence transférée à un échelon de collectivité pour une durée limitée, la procédure est relativement simple. Cependant, lorsque l'expérimentation doit porter sur la possibilité offerte aux collectivités de déroger à titre expérimental aux règles nationales, il faut nécessairement une loi d'habilitation. C'est la loi organique du 1er août 2003 qui prévoit strictement le processus de mise en place de ce type de transfert expérimental (§1). Une fois déterminées les règles de mise en place, nous

[490] Gérard LONGUET, *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Sénat, n° 408, Commission des lois, 16 juillet 2003. Pour le rapporteur, ce droit à la spécificité ne constitue nullement une remise en cause de l'indivisibilité de la République et du principe d'égalité des citoyens devant la loi. Il consacre au contraire la vocation des collectivités territoriales à incarner l'intérêt général et invite les autorités nationales, en particulier le législateur, à fixer les règles communes, déterminer les principes fondamentaux garantissant les mêmes droits aux citoyens, en laissant au pouvoir local le soin de les mettre en œuvre.

[491] C'était le cas de la loi sur la Corse qui prévoyait que l'Assemblée de Corse pouvait déroger à certaines dispositions législatives nationales.

monterons, en reprenant la formule du professeur BRISSON, que la mise ne place de l'expérimentation dans notre système juridique met plus en évidence « un droit à demander l'expérimentation davantage qu'un droit à l'expérimentation » (§2).

§ 1. La loi organique relative à l'expérimentation

A la suite de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, a été adopté la loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation. Cette loi organique contenait deux articles. Le premier insère, dans la première partie du Code général des collectivités territoriales, un chapitre III dans le titre unique du livre Ier de la première partie et intitulé « Expérimentation » sans autre précision. Ce chapitre comprend sept articles, numérotés L.O 1113-1 à L.O 1113-7. Comme l'expérimentation est susceptible d'intéresser aussi les EPCI, l'article 2 de la loi organique complète le chapitre unique du titre unique du livre Ier de la cinquième partie du même code par un article L.O. 5111-5 qui se contente de préciser que « les dispositions des articles L.O 1113-1 à L.O 1113-7 sont applicables aux établissements publics regroupant exclusivement des collectivités territoriales ». Plutôt que de reprendre le contenu articles par articles, comme l'a fait Florence CROUZATIER-DURAND[492], nous reviendrons sur la procédure très encadrée de la mise en place de l'expérimentation (A), avant de voir comment elle peut être mise en œuvre tant par les collectivités que par les EPCI, mettant ainsi en avant un approfondissement de la décentralisation (B).

A. Une procédure très encadrée

Nous avons vu qu'il existait en réalité deux sortes d'expérimentations instaurées par le constituant, celle de l'article 37-1, qui ne nécessite pas de loi d'habilitation et celle de l'article 72 alinéa 4 pouvant être qualifiée d'expérimentation législative. Le professeur PONTIER illustre de manière simple la mise en œuvre de l'expérimentation en déclarant : « *le déclenchement de l'expérimentation législative relève du législateur, et de lui seul : une loi d'habilitation doit être adoptée pour que l'expérimentation puisse avoir lieu, lorsque la*

[492] Florence CROUZATIER-DURAND, « L'expérimentation locale », *RFDA*, janvier – février 2004, p. 24 à p. 27

dérogation porte sur la loi. S'agissant de l'expérimentation réglementaire, elle est autorisée par le gouvernement agissant pas voie de décret en Conseil d'Etat »[493].

Ainsi, la loi organique relative à l'expérimentation renvoie à la loi, qui sera une loi ordinaire et qui autorisera le principe même de la dérogation expérimentale. Cette loi devra aussi définir quelles seront les collectivités qui pourront le faire. Elle devra préciser « la nature juridique et les caractéristiques des collectivités autorisées à participer à l'expérimentation »[494]. Ce ne sera pas une liste nominative de collectivités mais la loi fixera des critères objectifs et généraux : il pourra ainsi s'agir des régions, des départements ou certaines communes. La loi organique a également ouvert la possibilité aux EPCI de bénéficier de l'expérimentation. La concrétisation des collectivités interviendra dans un second temps : en effet, les collectivités ou les EPCI qui se sentiront concernés par la loi d'habilitation devront faire la demande au ministre chargé des collectivités territoriales[495]. Aussi, le gouvernement devra se contenter de vérifier si les conditions légales sont remplies. C'est par décret, nécessairement publié que le gouvernement publie la liste des collectivités territoriales autorisées à participer à l'expérimentation. Dans ce contexte, le professeur VERPEAUX remarque qu' « *il ne pourra s'agir cependant du gouvernement, mais du Premier ministre, seul auteur des décrets* »[496]. Il constate ensuite qu' « *une fois cette liste dressée et rendue publique, la loi organique quitte le terrain des autorités de l'Etat pour s'intéresser à ce que feront les collectivités territoriales de l'autorisation qui leur est donnée d'expérimenter. Mais l'Etat revient en force, à la fin de la période d'expérimentation, pour en dresser le bilan et prendre des mesures qui s'imposent* ».

En effet, après avoir aborder la procédure de mise en place de l'expérimentation, nous allons analyser la fin de l'expérimentation. Nous rappelons ici, que nous sommes dans le cadre des expérimentations mise en place en vertu de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, c'est-à-dire dans le cadre ou les expérimentations nécessitent de la part des collectivités ou des EPCI des dérogations aux normes législatives régissant l'exercice de leurs compétences.

---

[493] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation locale », *AJDA*, 2003, p. 1719

[494] Article L.O 1113-1 al. 2 du CGCT.

[495] Aux termes de l'article L.O. 1113-2 du CCGT : « Toute collectivité territoriale entrant dans la champ d'application défini par la loi mentionnée à l'article L.O 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 »

[496] Michel VERPEAUX, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales L. org. n° 2003-704, 1er août 2003 », *JCP Edition Générale*, 20 octobre 2004, p. 1893

L'expérimentation a, par définition, une durée limitée, et comme l'indique le professeur PONTIER, « *une finalité qui consiste à en tirer un enseignement pour l'ensemble de la collectivité nationale* ».
Ainsi, la loi organique a prévu trois hypothèses de sortie de l'expérimentation. La première possibilité consiste, pour le législateur à déterminer les conditions de la prolongation ou de la modification de l'expérimentation, pour une durée qui ne peut excéder trois ans. La seconde possibilité est « le maintien et la généralisation des mesures prises à titre expérimental ». C'est en quelque sorte la solution la plus normale, la généralisation étant la finalité « naturelle » de l'expérimentation. Cependant, cette généralisation peut prendre plusieurs formes. Pour PONTIER, « *on peut penser, en effet, que l'expérimentation aura été le fait de plusieurs collectivités, voire de plusieurs catégories de collectivités. Le législateur …a alors le choix : il peut opérer une synthèse entre les différentes normes appliquées parmi les expérimentations jugées les mieux « réussies » ; il peut également choisir de généraliser les normes expérimentées par une seule collectivité ; il pourrait encore, tirant les leçons des expérimentations conduites par les collectivités concernées, décider d'adopter des normes totalement différentes…Une autre solution serait envisageable, celle consistant pour le législateur, et dans le respect des normes constitutionnelles fixant sa propre compétence, à confier aux collectivités territoriales, le soin de régir le domaine ayant fait l'objet de l'habilitation* ». Enfin, la troisième possibilité est l'abandon complet, par le législateur, de l'expérimentation, parce que celle-ci n'a pas donné de résultats probants. La loi détermine alors les conditions de sortie de l'expérimentation, en prévoyant les dispositions transitoires qui s'imposent pour le passage d'un régime juridique, à un autre[497].

Le professeur PONTIER imagine dans le cadre de son article relatif à l'analyse de la loi organique sur l'expérimentation, d'autres possibilités de sorties non envisagées par l'article L.O 1113-6 du Code général des collectivités territoriales. Ces possibilités sont au nombre de trois. Il s'agit du cas où une collectivité bénéficiaire de l'expérimentation peut décider au cours de celle-ci de l'abandonner. L'autre cas de sortie de l'expérimentation imaginé par Jean-Marie PONTIER concerne la carence du législateur pour donner suite à l'expérimentation. En effet, aux termes de l'article L.O. 1113-6 dernier alinéa du Code, « l'expérimentation ne peut être poursuivie au-delà du terme fixé par la loi qui l'avait organisée ». C'est-à-dire que l'expérimentation cesse de produire effet, et que les actes

[497] Les conditions de sortie de l'expérimentation sont prévues par l'article L.O. 1113-6 du CGCT

dérogatoires pris durant cette période doivent être considérés comme abrogés. Une dernière hypothèse pouvant être envisagée et non prévue par le Code est celle dans laquelle l'expérimentation a donné lieu à des résultats satisfaisants mais ne peut cependant donner lieu à généralisation parce qu'il n'y a pas de « transposabilité », compte tenu de la situation particulière des collectivités ayant procédé à l'expérimentation.

Nous avons vu que la procédure d'expérimentation est très encadrée dès sa mise en place. Mais elle l'est également strictement durant son déroulement et jusqu'avant son terme. Nous ne reviendrons pas sur le contrôle de légalité des actes pris par la collectivité ou les EPCI durant l'expérimentation. L'article L.O. 1113-3 du Code général des collectivités territoriales évoque les « actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale »[498] et l'article L.O. 1113-4 concerne le contrôle exercé par le représentant de l'Etat sur les actes dérogatoires pris par les autorités locales dans le cadre de l'expérimentation[499]. Nous aborderons cependant le contrôle de l'expérimentation par l'évaluation. L'expérimentation qui dérive de la méthode expérimentale suppose, en effet, un contrôle strict des résultats par l'évaluation. Celle-ci « *n'est pas seulement une mode conduisant à vouloir faire porter un jugement sur tout et n'importe comment. C'est d'abord une démarche scientifique, depuis longtemps systématiquement utilisée dans des domaines facilement quantifiables…* »[500]. L'article 72 de la Constitution n'évoque pas l'évaluation de l'expérimentation. Mais le Conseil constitutionnel a reconnu quant à lui la constitutionnalité de l'évaluation et a également lié celle-ci à l'expérimentation en considérant « qu'il est même loisible au législateur de prévoir la possibilité d'expériences comportant des dérogations (…) de nature à lui permettre d'adopter par la suite, au vu des résultats de celle-ci, des règles nouvelles (…) que toutefois il lui incombe alors de définir (…) les conditions et les procédures selon lesquelles elles doivent faire l'objet d'une évaluation conduisant à leur maintien, à leur modification, à leur généralisation ou à leur abandon »[501].

[498] Article L.O. 1113-3 du CCGT : « 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 »

[499] Article L.O. 1113-4 du CCGT : « Le représentant de l'Etat peut assortir un recours dirigé contre un acte pris en application du présent chapitre d'une demande de suspension ; cet acte cesse alors de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué sur cette demande. Si le tribunal administratif n'a pas statué dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire »

[500] J.-M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation locale », *AJDA*, 2003, p. 1722

[501] Conseil constitutionnel, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

Aussi, c'est l'article L.O. 1113-5 du Code général des collectivités territoriales qui prévoit les conditions d'évaluation de l'expérimentation, devant permettre la sortie de ce procédé. Le gouvernement doit, avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation, transmettre au Parlement « aux fins d'évaluation », un rapport assorti des observations des collectivités territoriales qui ont participé à l'expérimentation. Selon le Code, « ce rapport expose les effets des mesures prises par ces collectivités en ce qui concerne notamment le coût et la qualité des services rendus aux usagers, l'organisation des collectivités territoriales et des services de l'Etat ainsi que leurs incidences financières et fiscales ». Nous retrouvons alors toute la démarche scientifique de l'évaluation devant conduire ou non à la généralisation de l'expérimentation.

B. L'expérimentation offerte aux collectivités territoriales et aux EPCI

Malgré la présentation que nous venons de faire, nous n'avons toujours répondu à la question suivante : Expérimenter, pour quoi faire ? La première réponse que nous pouvons donner serait que l'expérimentation permettra de déterminer le meilleur niveau pour l'exercice des compétences. Aussi, il semble important d'envisager le recours à l'expérimentation avec les autres innovations issues de la révision du 28 mars 2003, nécessitant finalement une vision globale de la nouvelle décentralisation. En effet, le professeur AUBY s'interroge sur ce qu'apporte l'Acte II de la décentralisation. Il propose une réponse à cette question en déclarant notamment : « *sans que la Constitution révisée s'efforce de clarifier la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales, elle enrichit le sujet de deux apports remarquables. Le premier réside dans le mécanisme d'expérimentation, par l'effet duquel des collectivités territoriales pourront demander à tester de nouvelles compétences, qui apparemment le plus souvent issues du giron de l'Etat. Le second réside dans la proclamation d'une sorte de principe de subsidiarité, selon lequel « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon »* »[502].

Pour le professeur AUBY, la technique de l'expérimentation pourrait avoir « *de grandes vertus en termes d'apprentissage de la différence* ». En effet, le sens profond de

[502] Jean-Bernard AUBY, « La décentralisation 2003 : le modèle français en mutation », *Pouvoirs locaux,* n° 59, décembre 2003, p. 37

l'expérimentation est de permettre aux collectivités locales mais aussi, ne l'oublions pas aux EPCI, qui le souhaitent, de tester des solutions particulières que la législation nationale n'a pas pu ou pas voulu prendre en compte. Elle ouvre donc du champ à l'innovation juridique et dans la gestion publique. Et de conclure qu' « *au passage, les expérimentations devraient être une bonne école de la différence. Dans les limites rassurantes qu'auront fixé les lois les autorisant, elles devraient montrer à quel point les mêmes problèmes peuvent appeler des solutions différentes selon les territoires : du moins dans certains cas, car parfois elles feront la démonstration inverse, auquel cas le retour à des règles uniformes s'imposera. L'expérimentation, si elle est correctement conduite, possède des vertus pédagogiques sur lesquelles il n'est pas nécessaire d'insister* ».

En effet, si l'expérimentation est correctement conduite, nous pensons qu'elle pourra aller au-delà des pratiques actuelles et concerner un pouvoir d'auto-organisation des collectivités. Pour le professeur BRISSON, « *un tel pouvoir pourrait permettre à certaines collectivités d'opter pour des modes d'organisation et de fonctionnement spécifiques distincts de ceux organisés actuellement par la loi* »[503]. L'auteur affirme alors que ce pouvoir de différenciation statutaire est aujourd'hui reconnu dans nombre de pays tandis qu'en France le principe de libre administration, qui veut que l'organisation des collectivités relève de la loi, conduit au contraire à l'uniformité des statuts. L'adaptation des lois qui régissent le statut des collectivités territoriales pourrait encore, selon BRISSON, permettre aux collectivités qui en feraient la demande de confier l'exercice d'une ou de plusieurs de leurs compétences légales à une autre collectivité. De telles expérimentations pourraient alors servir de « tremplin » à une modification à terme de la carte administrative par fusion ou absorption des collectivités partenaires. Toujours dans le domaine des suppositions, nous pouvons imaginer qu'à la suite d'une réorganisation des compétences territoriales, des structures intercommunales pourraient se voir investies de compétences non prévues par la loi. D'ailleurs, la distinction entre les compétences obligatoires et les compétences facultatives d'intérêt communautaire offre déjà aux autorités intercommunales un large éventail de possibilités, mais l'expérimentation, comme le note le professeur BRISSON, peut leur permettre d'exercer par exemple en zone urbaine les compétences relevant du département ou de l'Etat. Nous avons déjà remarqué que certains EPCI ont de nombreuses revendications de se saisir de différentes compétences exercées par d'autres collectivités. Dans tous les cas, le législateur devra veiller à ce que ces

[503] J.-F. BRISSION, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 529

redistributions de compétences n'amènent pas les collectivités bénéficiaires des transferts expérimentaux à exercer ou établir de tutelle sur les autres collectivités. Le principe de l'interdiction de la tutelle est désormais inscrit à l'article 72 alinéa 5, alinéa suivant celui autorisant les expérimentations.

Enfin, il est indispensable de rappeler qu'il ne saurait être question de laisser aux autorités locales l'initiative d'une expérimentation, qu'il s'agisse de déroger à des dispositions législatives ou réglementaires. Cette interdiction est rappelée par le professeur BRISSON, qui déclare : « *avec l'expérimentation, ce sont en effet les deux supports de l'indivisibilité de la République à savoir l'unité du pouvoir normatif et l'identité institutionnelle qui risquent de vaciller* ». Effectivement, le maintien du caractère unitaire de l'Etat impose de placer les expérimentations sous le contrôle des autorités centrales. Nous rappelons que l'article 72 alinéa 4 de la Constitution exige en ce sens qu'une loi ait « prévu » chaque expérimentation. Dès lors, si les assemblées délibérantes locales, sur proposition de l'exécutif, pourront en faire la demande, c'est au gouvernement que devra appartenir en dernier lieu, la décision de lancer l'expérimentation, soit en saisissant le Parlement, soit en adoptant un décret. Mais il appartient également aux autorités centrales de tirer les enseignements grâce à l'évaluation de l'expérimentation et de décider alors de sa généralisation, de sa reconduction ou de son abandon.

§ 2. « *Un droit à demander l'expérimentation davantage qu'un droit à l'expérimentation* »[504]

Les conditions de mise en place de l'expérimentation peuvent apparaître très restrictive, pouvant laisser croire qu'il sera difficile de les mettre en œuvre. Pourtant, la loi du 13 août 2004, prise dans la continuation de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, prévoit plusieurs cas d'expérimentations. Comme le relève le professeur VERPEAUX, « *la loi du 13 août 2004 ne fait pas référence aux deux formes d'expérimentation et seules celles prévues sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution sont organisées par cette loi* »[505]. Aussi, avant de présenter les différentes expérimentations contenues dans la loi du 13 août

[504] J.-F. BRISSION, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 529. Le professeur BRISSON est l'auteur de cette expression qui montre notamment que malgré l'innovation qu'apporte l'expérimentation, les conditions de mise en place sont d'une rigidité pouvant « décourager » les collectivités désireuses d'expérimenter.
[505] Michel VERPEAUX, « La loi du 13 août 2004 : le demi succès de l'acte II de la décentralisation », *AJDA*, 2004, p. 1960

2004 (B), nous allons revenir un instant sur la décision du Conseil constitutionnel qui eu à connaître de certains griefs dirigés contre les dispositions expérimentales contenues dans cette loi (A).

A. « les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité »[506]

Lors du contrôle de la constitutionnalité de la loi du 13 août 2004, le Conseil constitutionnel saisi par plus de soixante députés, devait examiner des griefs relevés par les saisissants concernant les dispositions expérimentales contenus dans la loi. On pouvait noter dans la saisine du Conseil que, selon les députés, « s'agissant du principe d'égalité devant la loi, si le Conseil a validé le droit à l'expérimentation prévue par une loi organique, c'est sans préjudice du contrôle qu'il est amené à exercer au cas par cas sur les conditions de ces expérimentations. Or le texte déféré comporte de nombreuses dispositions qui remettent en cause l'égalité des citoyens faute pour le législateur d'avoir défini par des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, l'encadrement des multiples expérimentations envisagées ».
Ainsi, les requérants estimaient porteuses de ruptures d'égalité, notamment en raison des imprécisions dont elles seraient entachées, cinq dispositions du texte de loi (le II de l'article 1er, les articles 44, 70, 86 et 203). L'originalité de cette argumentation était que les quatre premières des cinq dispositions contestées présentaient le caractère de dispositions expérimentales et donnaient ainsi à l'occasion au Conseil constitutionnel de se prononcer tant sur la base constitutionnelle des expérimentations en cause que sur la nature du contrôle qu'il est appelé dans l'avenir à exercer sur de telles dispositions, s'agissant en particulier de griefs tirés de la violation du principe d'égalité.

L'examen de la loi par le Conseil supposait qu'il réponde à trois questions qui se posaient : A quel type d'expérimentation avait-on ici affaire ? Quel contrôle opérer ? Qu'en était-il en l'espèce ?
Après avoir analyser les deux types d'expérimentation mise en place par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, le Conseil déclarait se trouver, s'agissant de la loi déférée,

[506] Bertrand FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales* », *RFDA*, novembre – décembre 2004, p. 1150. Nous reprenons une nouvelle fois l'expression de l'auteur car elle qualifie selon nous la véritable problématique posée par la mise en place de l'expérimentation dans le cadre des transferts de compétences.

dans le cadre des expérimentations de l'article 37-1 de la Constitution : en effet, les articles 1er (II), 44, 70 et 86 ne permettent nullement aux collectivités participant à l'expérience de déroger à quelque norme que ce soit. Il s'agit dans tous les cas du transfert temporaire d'un pouvoir de gestion normalement dévolu à un organe de l'Etat.

Quant au type de contrôle que le Conseil doit exercer sur des dispositions législatives prévoyant des expérimentations du type de celles mentionnées à l'article 37-1 de la Constitution, les travaux parlementaires de la révision montrent que l'encadrement nécessaire réside dans les éléments suivants : objet limité, conditions précises, durée limitée, réversibilité, bilan. De fait, le Conseil estime que l'expérimentation suppose qu'on laisse une marge de manœuvre suffisante à l'organisme investi du pouvoir d'expérimenter et même à l'autorité de l'Etat appelée à désigner cet organisme.

Enfin, l'examen des quatre articles critiqués ne pose pas de difficultés au Conseil constitutionnel puisque dans sa décision, notamment le considérant 14, « le législateur a défini de façon suffisamment précise l'objet et les conditions des expérimentations en cause ; que ces dispositions ne méconnaissent aucune autre exigence de valeur constitutionnelle ; que par suite, elles sont conformes à la Constitution »[507]

Aussi, la décision du Conseil constitutionnel du 12 août 2004 invite selon le professeur FAURE « *à reprendre la réflexion sur un point important des études déjà nombreuses, consacrées au droit de l'expérimentation : le rapport de l'expérimentation au principe d'égalité* » En effet, pour l'auteur, « *selon les saisissants, « l'égalité des citoyens » feraient les frais des expérimentations mises en place sur le fondement du nouvel article 37-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003* ».

Nous touchons ici au paradoxe de cette décision dans la mesure ou le Conseil a concilié le principe de l'égalité des citoyens[508] avec l'expérimentation qui commande l'inégalité. Aussi, la question qui se pose est la suivante : la conception de l'égalité, issue de la tradition révolutionnaire française, établie par l'unité de la règle est-elle celle dont on peut demander au juge de sanctionner la violation ? Le Conseil constitutionnel l'affirme très clairement dans sa décision en déclarant dans son neuvième considérant : « Considérant que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les

[507] Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*

[508] L'égalité des citoyens est en effet commandée par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que la loi doit être la même pour tous.

cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que tel est le cas de l'article 37-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 susvisée, qui permet au Parlement d'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 ; que toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne doit pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle ».

Il résulte ainsi de ce considérant, que, si le législateur peut se permettre de procéder à des expériences qui révoquent la règle générale, c'est précisément parce qu'elles ont reçu le titre constitutionnel et l'autorité propre qui leur faisait défaut pour tenir en échec toute disposition constitutionnelle contraire dont le principe d'égalité. Le professeur FAURE remarque que « *cette lecture, le juge la faisait déjà dans sa décision n° 478 DC du 30 juillet 2003 (loi organique relative à l'expérimentation), à peu près dans les mêmes termes, à propos de la procédure d'expérimentations – dérogation de l'article 72 alinéa 4 , de la Constitution* »[509].

Mais l'auteur va plus loi dans le paradoxe existant dans cette décision du Conseil Constitutionnel. Il estime que si la rédaction de la décision du 12 août 2004 se fait l'écho des relations paradoxales entre l'expérimentation et l'égalité, ces paradoxes s'étalent dans le régime défini par les expérimentations – dérogations de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution. Force est de constater que l'attachement à la généralité de la règle se retrouve dans la dernière étape de leur régime constitutionnel : il est impératif d'unifier le droit après expérience, soit en généralisant la norme expérimentale, soit en l'abandonnant pour maintenir la norme ancienne[510].

Après avoir constaté qu'aucun des articles déférés devant le Conseil constitutionnel concernant l'expérimentation n'était contraire à la Constitution, nous allons présenter ces dispositions contenues dans la loi du 13 août 2004.

---

[509] Bertrand FAURE, « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité. A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales* », *RFDA*, novembre – décembre 2004, p. 1151. L'auteur pense que c'était certainement en inclinant de la même manière de l'égalité normative qui interdit tout écart face à la règle générale que le Conseil d'Etat avait suggéré, dans son avis du 11 octobre 2002, que la rédaction du futur article 37-1 manifeste expressément que l'expérimentation déroge au principe d'égalité.

[510] Le respect de l'unité de la règle de droit suppose effectivement qu'à l'issue de l'expérience si des résultats contrastés se révèlent, il sera impossible de s'en prévaloir pour adopter des mesures différenciées. N'ayant pas d'autre choix que de généraliser l'expérience ou de l'abandonner complètement, le professeur FAURE remarque que « *c'est la signature de la victoire de l'unité sur l'expérimentation* »

B. Les expérimentations mises en place dans le cadre de la loi du 13 août 2004

Nous avons vu qu'il convient effectivement de distinguer deux types d'expérimentations depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, celles qualifiées d'expérimentations - transferts et les expérimentations – dérogations. Ainsi, l'article 37-1 de la Constitution consacre la possibilité pour le Parlement ou le gouvernement de décider des expérimentations. Il est notamment possible pour les autorités d'expérimenter le transfert aux collectivités territoriales de nouvelles compétences. Ce type d'expérimentation a connu une nouvelle impulsion grâce à la loi du 13 août 2004, dont nous pouvons rappeler le double contenu de cette loi : il s'agit d'une loi de décentralisation et d'une loi de répartition des compétences. Nous pouvons rappeler également que certains domaines pouvaient se prêter plus facilement à des expérimentations que d'autres. Le législateur a donc établi, dans la loi du 13 août 2004 un certain nombre de domaine susceptible de faire l'objet d'expérimentation, dans le cadre de l'article 37-1.

Le domaine sanitaire et social est concerné en premier chef par l'expérimentation. Dans le domaine sanitaire, l'article 74 de la loi du 13 août 2004 autorise, par exemple, les 208 communes disposant d'un service d'hygiène et de santé à demander à exercer la responsabilité de la politique de résorption de l'habitat insalubre et de lutte contre la présence du plomb (saturnisme) dans le quatre d'une expérimentation de quatre ans. Comme le constate Emmanuel AUBIN et Catherine ROCHE, « *de même, si la loi recentralise, après celle du 9 août 2004 relative à la politique de la santé, la lutte contre les grandes maladies, les collectivités territoriales peuvent demander à exercer des activités dans le domaine de la lutte contre les grandes maladies en concluant, à cette fin, une convention avec l'Etat* »[511]. Toujours dans ce domaine, les régions peuvent participer à la commission exécutive de l'agence régionale de l'hospitalisation dès lors qu'elles font la demande de participer au financement et à la réalisation des équipements sanitaires. L'article 70 de la loi du 13 août 2004, prévoit sur ce point, une expérimentation de quatre ans dans le cadre d'une convention ; en outre, dans un délai de six mois avant le terme de l'expérimentation, le gouvernement doit adresser au Parlement un rapport d'évaluation permettant de dresser le bilan de l'expérience régionale dans ce domaine.

[511] E. AUBIN et C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p. 76

La loi de 2004 prévoit également, dans son article 59, la possibilité pour les départements de gérer, dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance, l'exécution des mesures d'assistance éducative ordonnées par le juge des enfants (en application des articles 375 à 375-8 du Code civil) afin d'assurer une protection judiciaire de la jeunesse.

Dans le secteur économique, l'article 1er- II de la loi du 13 août 2004, prévoit qu'à « titre expérimental et pour une durée de cinq ans, aux fins de coordination des actions de développement économiques définies à l'article L. 1511-1 du code général des collectivités territoriales, l'Etat peut confier à la région le soin d'élaborer un schéma régional de développement économique ». La loi prévoit toute la procédure de mise en place de l'expérimentation. En effet, « après avoir organisé une concertation avec les départements, les communes et leurs groupements ainsi qu'avec les chambres consulaires, le schéma régional de développement économique expérimental est adopté par le conseil régional ». Le contenu du schéma régional « prend en compte les orientations stratégiques découlant des conventions passées entre la région, les collectivités territoriales ou leurs groupements et les acteurs économiques et sociaux du territoire concerné ». Le schéma est alors communiqué au représentant de l'Etat dans la région. L'objet du schéma régional est de définir les orientations stratégiques de la région en matière économique (nous avons vu que la région possédait d'importantes compétences dans ce domaine). Il vise à promouvoir un développement économique équilibré de la région, à développer l'attractivité de son territoire et à prévenir les risques d'atteinte à l'équilibre économique de tout ou partie de celle-ci.
La conséquence de l'adoption d'un schéma régional de développement économique est le transfert de l'Etat au profit de la région, par délégation, de l'attribution des aides aux entreprises.
Aussi, comme toute expérimentation, la loi du 13 août 2004 prévoit dans cet article une phase d'évaluation : « un bilan quinquennal de mise en œuvre de ce schéma expérimental est adressé au préfet de région, afin qu'une synthèse de l'ensemble des expérimentations puisse être réalisée à l'intention du Parlement ».

Toujours dans le domaine économique, l'article 44 de la loi prévoit, quant à lui, la possibilité pour les régions, ou aux autres collectivités territoriales à défaut des premières, de gérer, à titre expérimental, les fonds structurels européens pour la période 2000-2006. En raison de leurs compétences dans le domaine social, les départements peuvent se voir confier par l'Etat, dans le cadre d'une convention, la gestion du Fonds social européen.

A l'occasion d'un récent rapport parlementaire, le député Mr Michel PIRON notait que toutes les régions se sont portées candidates pour élaborer le schéma régional de développement économique. Le dispositif relatif à la gestion des fonds structurels européens est actuellement expérimenté par les régions Alsace et Auvergne[512].

Enfin, et d'une manière disparate, la loi du 13 août 2004 prévoit également, le transfert des aérodromes civils de l'Etat pourra également faire l'objet d'une phase expérimentale avant le transfert définitif prévu le 1er janvier 2007[513], la création d'établissements publics d'enseignement primaire par les communes ou leurs groupements (article 86 de la loi) et l'entretien et la restauration du patrimoine classé n'appartenant pas à l'Etat (article 99 de la loi). Le député Mr Michel PIRON relevait que, eu égard à ces transferts expérimentaux de compétences, certaines communes du Cher ont exprimé le souhait de mener une expérimentation tendant à créer des établissements publics d'enseignement primaire. Il remarquait également, qu'à la fin du mois de septembre 2005, une seule région semblait intéressée par la possibilité de se voir transférer la gestion des crédits affectés à l'entretien et à la restauration des immeubles, orgues et objets mobiliers protégés n'appartenant pas à l'Etat ou à ses établissements publics.

Tel est aujourd'hui le premier bilan que nous pouvons dresser des transferts expérimentaux de compétences, qualifiés d'expérimentations – transferts pris en vertu de l'article 37-1 de la Constitution. Nous n'avons pas eu connaissance de projet de loi à venir pouvant être pris en application de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, permettant aux collectivités ou à leurs groupements de déroger « a titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

En conclusion, il nous semble important de retenir les avancées potentielles de l'expérimentation, qu'elle procède à de simple transferts de compétences, ou qu'elle permette de déroger aux règles législatives régissant l'exercice des compétences des collectivités ou de

[512] M. PIRON, *Rapport d'information sur l'équilibre territorial des pouvoirs,* Assemblée Nationale, n° 2881, 22 février 2006

[513] Article 28 – IV de la loi du 13 août 2004 : « Dans un délai d'un an à compter de la publication de la présente loi, les collectivités ou groupements visés au I peuvent demander un transfert à titre expérimental, dont l'échéance ne peut excéder le 31 décembre 2006. Dans ce cas, les biens visés au III sont mis à disposition de la collectivité ou du groupement intéressé. Les actes pris par le bénéficiaire de l'expérimentation dont l'effet excèderait la durée du transfert sont soumis à l'accord préalable de l'Etat. Au 31 décembre 2006, tout aérodrome dont le transfert expérimental arrive à échéance est transféré définitivement, dans les conditions prévues au I et II, à l'attributaire, sauf si ce dernier s'y est opposé par délibération prise avec un préavis de six mois »

leurs groupements. Nous retiendrons alors la définition donnée par l'ancien Premier ministre, Mr Jean-Pierre RAFFARIN de l'expérimentation : « *c'est la capacité de réformer sans bloquer et de tester avec pragmatisme des solutions dans des domaines complexes* »[514].

[514] J.-M. PONTIER, « La République décentralisée de J.-P. Raffarin », *Revue administrative,* n° 332, mars – avril 2003, p. 189

TITRE II
UNE DIVERSITE DES MODES DE RECEPTION DES COMPETENCES

Pour administrer les collectivités territoriales, il faut, outre des élus, du personnel ou « moyen humain », de l'argent ou « moyens financiers » et des biens ou « moyens matériels »[515]. Cette remarque du professeur VERPEAUX vaut également pour les établissements publics de coopération intercommunale. Quel que soit le mode de transfert de compétences (obligatoires, facultatifs, optionnels ou expérimentaux) celui-ci suppose obligatoirement le transfert des moyens accompagnant la compétence. Nous allons donc maintenant aborder les différentes modalités de réception de ces moyens ayant pour origine un transfert de compétence. Nous verrons que les moyens humains ont connu une profonde évolution du fait des lois de décentralisation et du fait de développement de l'intercommunalité, les moyens financiers sont un sujet permanent de débat et de conflit entre l'Etat et les collectivités territoriales et que les moyens matériels sont beaucoup plus classiques par rapport aux règles du droit administratif.

Nous présenterons alors, dans un premier temps l'aspect financier des transferts de compétences, dans le cadre de la décentralisation et de l'intercommunalité, en tentant de cerner l'étendue du problème relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales (Chapitre I). Puis, nous serons amené à étudier, dans un second temps, les modalités de réception des biens et des personnels issus de transfert de compétence, notamment au regard de la loi du 13 août 2004 (Chapitre II).

CHAPITRE I. La compensation financière des transferts de compétences
CHAPITRE II. La réception par les collectivités et les EPCI des biens et personnels transférés

[515] Michel VERPEAUX, *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, 2eme édition, 2004, coll. connaissance du droit, p. 124

CHAPITRE I
LA COMPENSATION FINANCIERE DES TRANSFERTS DE COMPETENCES

Les collectivités territoriales se plaignent beaucoup de la rareté de leurs moyens financiers et considèrent que l'Etat leur transfère beaucoup de charges nouvelles sans contrepartie suffisante. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a inscrit dans la Constitution la protection de l'autonomie financière des collectivités territoriales dans l'article 72-2. Ce dispositif a été complété par une loi organique du 29 juillet 2004 devant préciser à partir de quel moment l'autonomie des collectivités est menacée. Cependant, nous verrons comment le Conseil constitutionnel a sanctionné cette loi, notamment à cause de sa trop grande imprécision. Aussi, la loi du 13 août 2004, qui prévoit de nombreux transferts de compétences, semble avoir respectée toutes les prescriptions constitutionnelles relatives à la compensation intégrale et concomitante prévues par l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution[516]. Malgré ces dispositions, les collectivités territoriales ont pourtant lourdement augmenté leur fiscalité à partir de l'année 2005 en arguant notamment que toutes les compétences transférées ne sont pas intégralement financées. Pour faire « la lumière » sur ces augmentions fiscales, une Commission d'enquête parlementaire a été créée et à rendu un important rapport sur l'évolution de la fiscalité locale[517]. Nous aborderons alors dans un premier temps le financement des compétences transférées aux collectivités territoriales (Section I).

Nous verrons ensuite de quelles manières sont financées les compétences transférées aux EPCI. Nous mettrons alors l'accent sur la nécessaire évaluation des charges transférées (dont les règles ont été modifiées par la loi du 13 août 2004) dans le cadre d'un transfert de compétences. Nous conclurons cette section en élargissent le débat sur l'avenir du couple commune - intercommunalité (Section II).

[516] Article 72-2 alinéa 4 de la Constitution : « Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquences d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi »

[517] Hervé MARITON, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'évolution de la fiscalité locale*, Assemblée Nationale, n° 2436, Tome I, 5 juillet 2005

SECTION I
LE FINANCEMENT DES COMPETENCES TRANSFEREES AUX COLLECTIVTES TERRITORIALES

Face au constat de la compensation insuffisante des transferts de compétences[518] aux collectivités territoriales, les élus locaux, relayés notamment par leurs grandes associations nationales représentatives, ainsi que par leurs représentants au sein du Comité des finances locales et au Parlement, ont fait valoir leurs inquiétudes contre un mouvement qui va s'amplifiant, amputant toujours davantage leur autonomie de décision. Aussi, dans le soucis de relancer la décentralisation, l'ancien Premier ministre, Mr Jean-Pierre RAFFARIN a souhaité inscrire dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, un volet concernant l'autonomie fiscale des collectivités territoriales. Nous aborderons logiquement le contenu de cette révision, qui a nécessité l'adoption par la suite d'une loi organique visant à définir les termes de l'article 72-2 relatif à l'autonomie financière des collectivités (§1).

La loi du 13 août 2004 opérant de nombreux transferts de compétences a donc suivi scrupuleusement les principes directeurs relatif à l'autonomie financière des collectivités, en prévoyant notamment une compensation financière intégrale et concomitante des compétences transférées (§2).

§ 1. Un nouveau cadre juridique pour les finances locales

Comme le relève Robert HERTZOZ, l'article relatif aux finances locales dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 « *n'est pas un texte de rupture qui annonce une ère nouvelle pour les finances locales, mais plutôt un ensemble de règles pour consolider des acquis en les gravant dans la charte suprême* »[519]. Aussi, nous allons donc présenter le nouveau cadre constitutionnel des finances locales (A) avant de voir que celui-ci a nécessité l'adoption d'une loi organique pour en clarifier les termes (B).

[518] *La Décentralisation*, Paris, La documentation française, coll. Regards sur l'actualité, n° 286, décembre 2002, p. 40. Pour les départements, il en est allé des dépenses d'action sociale, bien maîtrisées dans les années suivant le transfert (1984), et qui ont connu un net accroissement, du fait notamment des dépenses (non compensées) liées au revenu minimum d'insertion. A partir de 1995, le montant des recettes de transferts n'a plus couvert le coût des compétences transférées. Pour leur part, les régions se sont trouvées dans cette situation dès 1986.
[519] Robert HERTZOG, « L'ambiguë constitutionnalisation des fiances locales », *AJDA*, 2003, p. 548

A. La constitutionnalisation des finances locales

Le professeur Michel BOUVIER a noté à l'occasion de l'examen de l'article relatif à l'autonomie fiscale des collectivités que « *le transfert de compétences nouvelles aux collectivités locales amène à soulever la question du désengagement de l'Etat et la crainte exprimée par les élus que les compensations soient insuffisantes et que les inégalités entre collectivités riches et collectivités pauvres ne soient pas réduites par des dispositifs de péréquation. C'est la raison pour laquelle certains considèrent que l'obligation de compenser ainsi que de corriger les inégalités de ressources devrait être inscrites dans la Constitution* »[520]. La révision constitutionnelle adoptée par le Congrès a ainsi intégré à la Constitution un article 72-2 qui est entièrement consacré aux finances locales. Cet article est considéré par le professeur HERTZOG comme « *une réelle innovation en droit constitutionnel* ». Il note à cet effet que « *si la plupart des Constitutions modernes font référence aux libertés et à l'autonomie locales, peu nombreuses sont celles qui mentionnent les fiances locales, toujours en termes assez généraux et jamais en posant des exigences aussi précises que celles du texte français* »[521].

Ainsi, toutes les dispositions de l'article 72-2 de la Constitution peuvent être alors regardées comme des réponses aux préoccupations conjoncturelles exprimées par la classe politique locale, face à l'évolution récente de la fiscalité locale d'une part, et face à la perspective de nouveaux transferts de compétences, d'autre part. Aussi, à la lecture de l'article 72-2 de la Constitution, aucun lien n'est clairement introduit dans le dispositif constitutionnel entre les différentes composantes de l'autonomie locales. Rejoignant l'avis du professeur HERTZOG selon lequel il existe des difficultés à définir l'autonomie financière des collectivités locales, Antoinette HASTINGS – MARCHANDIER[522] remarque que devant l'Assemblée Nationale, le député Mr Pascal CLEMENT apportait un éclairage intéressant en distinguant clairement l'autonomie de gestion et l'autonomie de décision[523]. En effet, pour qu'une collectivité locale

---

[520] Michel BOUVIER, « De l'autonomie financière et de la libre administration des collectivités territoriales », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, Dossier spécial : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée, par Louis FAVOREU, 28 octobre 2002, p. 101

[521] Voir également Henri Michel DARNANVILLE, « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales passe par une réforme de leur fiscalité », *AJDA*, 9 septembre 2002, p. 620

[522] *Cahiers administratifs et politistes du Ponant*, Institut Français des Sciences Administratives – Section Ouest, Brest, automne – hiver 2002, n° 7, p. 38

[523] Pascal CLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Assemblée Nationale, n° 376, 13 novembre 2002 « Le concept d'autonomie financière est difficile à définir ; il peut s'agir aussi bien de l'autonomie de gestion que de l'autonomie de décision. Dans le premier cas, les transferts financiers de l'Etat peuvent assurer l'autonomie

ne rencontre jamais d'obstacle financier dans l'exercice de ses compétences, elle doit disposer de ressources dont la flexibilité et la nature la laissent toujours libre de choisir le montant et l'orientation de ses dépenses. Aussi, l'article 72-2 apporte alors quelques garanties concrètes sur l'autonomie de la dépense, mais n'affronte pas globalement la problématique de l'autonomie de la ressource.

En reprenant la définition de J.-M. UHALDEBORDE, Antoinette HASTINGS – MARCHANDIER précise que « *l'autonomie de la dépense peut être définie comme la liberté d'affectation des ressources à des emplois qui seront une expression locale* ». C'est là un enjeu de la décentralisation que d'offrir aux collectivités territoriales la possibilité de développer une politique propre[524], par souci d'adaptation territoriale. A défaut, les transferts de compétences pourraient être assimilés à de simples mouvements de délocalisation des dépenses de l'Etat. Laissant un instant le contenu des trois premiers alinéas du nouvel article 72-2, nous allons revenir sur le quatrième alinéa, qui avec l'encadrement des prérogatives fiscales (article 72-2 alinéa 3) est le volet le plus développée de ce nouvel article constitutionnel. Cet article prévoit que « Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ». Pour Antoinette HASTINGS – MARCHANDIER, l'ambition de cet article est large puisqu'il va bien au-delà du processus de décentralisation, en faisant peser une obligation systématique sur le législateur. Effectivement, rien ne doit échapper à ce dispositif pour « *éviter en effet le « théorème de l'APA »*[525]*, cette logique qui consiste à donner une compétences sans les moyens* »[526]. Désormais, quelle qu'en soit

---

locale, à condition qu'ils soient suffisamment importants et que les élus locaux restent libres d'en disposer ; dans le second cas, l'autonomie financière implique la maîtrise des ressources ; cette maîtrise se concrétise par une liberté accrue en matière d'accès à l'emprunt et, surtout, par la reconnaissance d'un véritable pouvoir fiscal local »

[524] Cette expression est notamment consacrée dans la Charte européenne de l'autonomie régionale : « Le système de financement des régions doit leur fournir un montant prévisible de recettes proportionnées à leurs compétences, leur permettant de mener une politique propre »

[525] Pascal CLEMENT, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, Assemblée Nationale, n° 376, 13 novembre 2002. Cette dépense sociale est constamment évoquée dans les débats parlementaires pour illustrer les dérives financières imposées aux collectivités. Ce théorème a été mis en évidence par Pascal CLEMENT : « Les collectivités locales ont dû faire face à des dépenses nouvelles importantes, sans que, pour autant, les ressources n'évoluent de façon corrélative : l'allocation personnalisée d'autonomie, mise en place par la loi du 20 juillet 2001, constitue à n'en pas douter le meilleur exemple de cette atteinte à l'autonomie de gestion »

[526] Ce propos a été tenu par l'ancien Premier ministre, Mr Jean-Pierre RAFFARIN lors de la séance du 29 octobre 2002 au Sénat.

l'origine, tout élargissement du champ des compétences devra être assorti de compensation financière. Concrètement, les transferts de compétences devront s'accompagner selon la Constitution « de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice ». La compensation se calcule donc en référence au volume des dépenses que l'Etat consacrait lui-même à l'exercice de la compétence concernée. Cette solution transpose au plan constitutionnel ce qui avait déjà été mis en place par les lois de décentralisation du 7 janvier et du 22 juillet 1983 et codifié à l'article L. 1614-1 du Code général des collectivités territoriales[527].

Il est intéressant de noter que l'article L.1614-1 du Code général des collectivités territoriales se réfère d'abord au transfert de ressources nécessaires « à l'exercice normal de ces compétences », précisant ensuite que ce montant doit être équivalent « au dépenses effectuées, à la date du transfert, par l'Etat ». Selon Antoinette HASTINGS – MARCHANDIER, « *la notion d' « exercice normal » n'a pas été reprise dans la Constitution, car l'expérience a prouvé que cela pouvait aussi correspondre à la façon dont les collectivités locales développaient cette compétence après son transfert, en y consacrant éventuellement davantage de moyens* »[528]. L'auteur relève également que certains parlementaires auraient d'ailleurs préféré que la Constitution impose plutôt un transfert des moyens « nécessaires à leur exercice », signifiant clairement que l'Etat décentralise parfois des compétences auxquelles il ne consacre pas des crédits suffisants.

En conclusion, malgré les efforts du constituant pour clarifier les règles de compensation financière, l'extension des compétences dévolues aux collectivités territoriales aura toujours une incidence sur leur mode de financement. Or la Constitution ne s'est pas prononcée sur la nature des ressources qui devront être créées ou transférées. De sorte que le législateur sera théoriquement libre de prévoir la création de nouveaux impôts locaux (création de nouveaux impôts ou transferts d'impôts de l'Etat) ou l'augmentation des dotations versées par l'Etat. Cependant, si le législateur privilégie cette dernière solution, il pourra se trouver limité par les

[527] Article L. 1614-1 du CGCT : « Tout accroissement net de charge résultant des transferts de compétences effectués entre l'Etat et les collectivités territoriales est accompagné du transfert concomitant par l'Etat aux communes, aux départements et aux régions des ressources nécessaires à l'exercice normal de ces compétences. Ces ressources sont équivalentes aux dépenses effectuées, à la date du transfert, par l'Etat au titre des compétences transférées et évoluent chaque dès la première année comme dotation globale de fonctionnement. Elles assurent la compensation intégrale des charges transférées »

[528] *Cahiers administratifs et politistes du Ponant*, Institut Français des Sciences Administratives – Section Ouest, Brest, automne – hiver 2002, n° 7, p. 45

engagements pris au niveau constitutionnel de maintenir un niveau déterminant de ressources propres.

B. Le recours à une loi organique

L'article 72-2 de la Constitution a pour objet de définir le nouveau cadre de l'autonomie financière des collectivités locales. Dans le cadre de son troisième alinéa, selon le rapporteur du projet de loi organique, *« le pouvoir constituant a entendu transformer 15 milliards d'euros de recettes fiscales locales en dotations de l'Etat, réduisant ainsi l'autonomie financière* »[529]. En effet, l'article 72-2 alinéa 3 de la Constitution prévoit que « Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre ».
Bien que ne concernant pas directement les mécanismes de compensation des compétences transférées, il est nécessaire d'étudier le contenu de cette loi organique dans la mesure où elle permet de mieux comprendre comment les collectivités pourront gérer les compétences dont elles ont la charge.
Le texte constitutionnel se devant d'être concis, il n'a pu procéder à une énumération de ce qui relevait des ressources propres et des recettes globales : la loi organique procède donc à « une explication de texte » en précisant ce qui n'a pu être introduit dans la Constitution.

La loi organique du 29 juillet 2004[530] ne porte application que du troisième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution. Bien que « relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales », elle ne définit et ne garantie, pour Fabrice ROBERT « *que leur autonomie de ressources et ne porte pas sur les multiples dimensions de l'autonomie financière locale* »[531].
L'intitulé du projet, puis de la loi organique, excède son champ d'application réel, mais il n'a pas été contesté car il porte sur l'élément de loi le plus sensible de l'autonomie financière ;
D'une part, il s'agit de définir les ressources dont les collectivités conservent la maîtrise.
D'autre part, il s'agit du seuil de ces ressources dites « propres », à partir duquel on peut

[529] Guy GEOFFROY, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique, modifié par le Sénat, pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Assemblée Nationale, n° 1674, 16 juin 2004.
[530] Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales, JORF, 30 juillet 2004.
[531] *Décentralisation, acte II : les dernières réformes*, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 308, février 2005, p. 36

considérer les collectivités comme autonome. Cette loi organique est un texte de 5 articles, qui a été codifié aux articles L. O. 1114-1 à L. O. 1114-4 du Code général des collectivités territoriales a l'initiative du Sénat. Toujours selon Fabrice ROBERT, cette loi permet de répondre à trois questions « *A quel niveau juge-t-on l'autonomie ? Comment juge-t-on l'autonomie ? Comment garantit-on l'autonomie ?* ».
L'examen obligatoire de cette loi organique par le Conseil constitutionnel a été sanctionné, deux passages ont été déclarés contraire à la Constitution. L'un portait sur l'exclusion des provinces de Nouvelle-calédonie de la catégorie des régions et l'autre qui comportait une définition générale et conceptuelle de la « part déterminante » des ressources propres des collectivités territoriales.

Dans sa décision[532], le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution une partie des dispositions contenues dans l'article 4 de la loi organique. Cet article qui devait être codifié à l'article L. O 1114-3 du Code général des collectivités territoriales prévoyait que : « Pour chaque catégorie, la part des ressources propres est déterminante, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, lorsqu'elle garantit la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui lui sont confiées. Elle ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003 ».
Le Conseil a donc jugé qu'il y a lieu de déclarer contraire à la Constitution, au troisième alinéa de l'article 4 de la loi organique, les mots « *est déterminante, au sens de l'article 72-2 de la Constitution, lorsqu'elle garantit la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui lui sont confiées. Elle* ». Cet article modifié est donc aujourd'hui codifié à l'article L. O 1114-3 du Code général des collectivités territoriales[533].
Le Conseil constitutionnel estime en effet que, « considérant que la première des deux conditions prévues par l'article 4 de la loi déférée, relative à la garantie de la libre administration des collectivités territoriales, outre son caractère tautologique, ne respecte, du fait de sa portée normative incertaine, ni le principe de clarté de la loi ni l'exigence de précision que l'article 72-2 de la Constitution requiert du législateur organique ».

[532] Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.*
[533] L'article L. O 1114-3 du CGCT est ainsi rédigé : « Pour chaque catégorie, la part des ressources propres ne peut être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003 ».

Robert HERTZOG a alors mis en avant le caractère compliqué de cette loi organique[534]. Il constate alors que « *s'il est une disposition constitutionnelle qui nécessitait d'être précisée par la loi organique c'est bien celle de la part déterminante des ressources propres, que le constituant a voulue délibérément vague* ». Force est de constater que c'est justement cette disposition qui a été sanctionnée par le Conseil constitutionnel. Pour l'auteur, la part déterminante telle que définit dans le projet de loi, n'avait aucune signification directement compréhensible et ne donnait aucune indication de grandeur ou de proposition. C'est pour cela que le Conseil a sanctionné ce passage, au motif qu'il ne respectait pas « l'exigence de précision de l'article 72-2 de la Constitution ».

En conclusion, malgré la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et la loi organique du 29 juillet 2004, créant un nouvel édifice consacré à l'autonomie financière des collectivités locales, il semblerait que la conciliation des transferts de compétences (article 72-2 alinéa 4) et le respect de l'autonomie fiscale soit rendue plus « compliquée ». A l'avenir, la compensation des transferts de compétences devra comprendre soit exclusivement des impôts, soit un mélange d'impôts et de dotations dans une proportion identique à celle constatée en 2003 pour la catégorie de collectivité concernée. Pour le professeur HERTZOG, en matière financière, la nouvelle phase de décentralisation repose sur deux piliers présentés comme étant également indispensables à l'édifice et qui semblent parfaitement symétrique : obligation de maintenir un certain niveau d'autonomie fiscale et de vastes transferts de compétences compensés « à l'euro près ». Si le premier tire son importance du niveau élevé des normes qui le consacrent, le second détermine bien davantage les caractères et la substance de « la nouvelle administration publique ». Or, à l'expérience, on découvre qu'on ne peut pas renforcer le premier à mesure où se renforce l'autre parce qu'il est impossible de trouver suffisamment de nouveaux impôts qui remplissent les conditions du bon impôt local[535], malgré la facilité provenant de ce que les nouvelles compétences vont essentiellement aux régions et aux départements dont les territoires permettent d'envisager l'usage d'impôts qui seraient inapplicables dans les communes. La neutralisation de l'impôt sur le revenu et l'interdiction politique de toute taxe locale additionnelle à la CSG réduisent considérablement le champ des solutions, qui ont donc été recherchées dans l'élargissement discutable de la notion de recette fiscale locale au sens de l'article 72-2 de la Constitution.

[534] Robert HERTZOG, « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », *AJDA*, 2004, p. 2003

[535] Le professeur HERTZOG fait ici référence à la distribution de l'assiette sur tout le territoire, à la localisation dans chaque niveau de collectivité, au rendement satisfaisant aux besoins du transfert de charges…

§ 2. Le financement des transferts de compétences dans le cadre de la loi du 13 août 2004

La loi du 13 août 2004 mettant en place de nouveaux transferts de compétences au profit des collectivités territoriales, doit désormais respecter le principe constitutionnel prévu à l'article 72-2 alinéa 4 de la Constitution. Les transferts de compétences doivent donc être entièrement financés. Aussi, depuis la révision constitutionnelle, les transferts de compétences seront compensés par des transferts de fiscalité et non par des dotations de l'Etat. Nous verrons alors que la loi du 13 août 2004 remplie toutes les prescriptions relatives à l'autonomie financière des collectivités territoriales (A). Puis, avec le recours de la loi de finances pour 2005, nous montrerons que toutes les compétences transférées sont intégralement compensées, avec l'aide du récent rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur l'évolution de la fiscalité locale qui a été chargée d'analyser les causes de l'augmentation de la fiscalité locale au cours de l'année 2005 (B).

A. Les principes de l'autonomie financière respectés

Nous venons de voir que les transferts de compétences aux collectivités territoriales s'accompagnent des ressources autrefois consacrées par l'Etat à l'exercice des compétences transférées. Ce principe, mis en œuvre depuis 1983, a été érigé en principe constitutionnel par la révision du 28 mars 2003. Aussi, la loi du 13 août 2004 a donc prévu les modalités de la compensation financière des transferts de compétences qu'elle va opérer. Cette compensation financière des charges résultant des transferts de compétences inscrits dans la loi répond ainsi à plusieurs principes, tendant à assurer la neutralité de ces transferts tant sur le budget de l'Etat que sur celui des collectivités territoriales bénéficiaires.

La compensation financière sera ainsi intégrale car les ressources transférées sont équivalentes aux dépenses effectuées par l'Etat au titre des compétences transférées. Toutes les dépenses, directes ou indirectes, liées à l'exercice des compétences transférées sont prises en compte. Aussi, il faut avoir recours à la circulaire du 10 septembre 2004[536] pour connaître les modalités pratiques de calcul de la compensation qui sera versée aux collectivités dans le cadre des transferts de compétences prévus par la loi du 13 août 2004. Selon la circulaire, « les charges de fonctionnement seront évaluées à partir de la moyenne actualisée des dépenses

[536] Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des libertés locales. Circulaire du 10 septembre 2004, Entrée en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

consacrées par l'Etat au cours des trois années précédant le transfert. S'agissant des charges d'investissement, le niveau de dépenses variant d'un exercice à un autre, l'évaluation des charges transférées sera établie sur la base de la moyenne actualisée des crédits précédemment ouverts au budget de l'Etat au titre des investissements exécutés ou subventionnés au cours des 5 années, au moins, précédent le transfert. Un décret en Conseil d'Etat précisera les modalités de l'actualisation et les périodes de dépenses à prendre en considération ».

La compensation financière est également concomitante aux transferts de compétences : tout accroissement de charges résultant des transferts est accompagné du transfert concomitant des ressources nécessaires à l'exercice des compétences. Toujours selon la circulaire du 10 septembre 2004, « concrètement, l'année précédant le transfert de compétences, les ministères décentralisateurs procèderont à l'évaluation provisoire des dépenses qu'ils consacraient jusqu'alors à l'exercice des compétences transférées. Le montant correspondant permettra de prendre, en loi de finances, les dispositions nécessaires à la compensation provisoire des charges nouvelles. Bien entendu, dès que les données définitives seront connues, il sera procédé aux régularisations qui s'imposent ».

De plus, la compensation est contrôlée puisque le montant des accroissements de charges résultant des transferts de compétences est constaté par arrêté interministériel, après avis de la commission consultative d'évaluation des charges.
L'article 118 de la loi du 13 août 2004 prévoit que la commission consultative d'évaluation des charges sera désormais présidée par un élu. Elle devra être consultée sur les modalités d'évaluation des charges d'investissement, et chaque année, sur l'évaluation des charges liées à toutes les nouvelles compétences, notamment au regard des recettes fiscales transférées. Par ailleurs, le bilan de l'évolution des charges transférées aux collectivités locales devra désormais retracer, pour chaque catégorie de collectivités, l'évolution du coût des compétences qui leur ont été transférées ou confiées au cours des dix dernières années. Le bilan devra également retracer les conséquences financières des transferts de personnels et des délégations de compétences, ainsi que l'évolution du produit des impositions de toutes natures transférées en compensation des créations, transferts et extensions de compétences. D'une manière générale, la circulaire du 10 septembre 2004 précise que « le bilan établi par la CCEC (commission consultative d'évaluation des charges) à l'intention du Parlement, plus en prise avec l'actualité examinera l'évolution des transferts de compétences les plus récents, les

modalités de leur compensation mais également l'évolution des recettes provenant des impositions ».

Enfin, la loi du 13 août 2004, dans son article 119-II, prévoit que la compensation financière s'opérera, à titre principal, par l'attribution d'impositions de toutes natures. Par ailleurs, cet article déroge aux dispositions de droit commun relatif à la compensation des transferts de compétences et prévoit que l'évaluation des charges de fonctionnement correspondant aux compétences transférées par la loi sera calculée à partir des trois derniers exercices, et pour les charges d'investissement, au moins à partir des cinq derniers exercices, de manière à limiter l'impact d'une éventuelle minoration artificielle des dépenses de l'Etat au cours de la dernière année précédant le transfert. Le législateur a également imaginé, une sorte de compensation « de secours » dans l'article 119. En effet, si les recettes provenant des impositions attribuées aux collectivités territoriales au titre de la compensation financière des transferts de compétences diminuent, « pour des raisons étrangères au pouvoir de modulation reconnu aux collectivités bénéficiaires, l'Etat compense cette perte dans des conditions fixées en loi de finances afin de garantir à ces dernières un niveau de ressources équivalent à celui qu'il consacrait à l'exercice de sa compétence avant son transfert. Ces diminutions de recettes et les mesures de compensation prises au titre du présent alinéa font l'objet d'un rapport au Comité des finances locales ».
Pour le sénateur, Mr Philipe MARINI, « *cette dernière disposition est essentielle, puisqu'elle garantit le niveau, en valeur, des ressources fiscales transférées par l'Etat aux collectivités territoriales en compensation des transferts de compétences. Certes, elle ne suffit pas à assurer les ressources nécessaires pour financer une compétence dont le coût serait très dynamique, mais elle limite toutefois le risque d'une diminution des ressources transférées, risque inexistant dans le cas des dotations, mais aujourd'hui réel avec le transfert de ressources fiscales* »[537].

En conclusion, les transferts de compétences prévus par la loi du 13 août 2004, sont donc dans leur quasi-totalité, financés par des transferts de fiscalité. La compensation financière sera alors conforme à l'objectif d'autonomie financière inscrit dans la Constitution[538].

[537] Philipe MARINI, *Rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2005 adopté par l'Assemblée Nationale*, Sénat, n° 74, Tomme III, 25 novembre 2004, p. 49
[538] Rapport de l'Observatoire des finances locales : « les finances des collectivités locales en 2005 », Direction générale des Collectivités locales

B. Les ressources transférées aux collectivités dans le cadre des transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004

L'article 119 de la loi du 13 août 2004 prévoyant une sorte de compensation « de secours » trouve son origine dans une décision du Conseil Constitutionnel. Celui-ci, garant de la libre administration des collectivités territoriales s'est également attaché au contrôle du respect de l'autonomie des collectivités territoriales et de ses implications financières. Le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu que la libre administration des collectivités territoriales justifie leur autonomie fiscale[539]. Aussi, dans sa décision n° 2003 – 489 DC du 29 décembre 2003 relative à la loi de finance pour 2004 et aux modalités de compensation des charges induites pour les départements par la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, le Conseil a souligné, d'une part, que si les modalités de compensation figurant dans la loi de finances étaient déclarées contraires à la Constitution, la loi déférée n'entrerait pas en vigueur, d'autre part, que si les recettes départementales provenant de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers venaient à diminuer, il appartiendrait à l'Etat de maintenir un niveau de ressources équivalant à celui qu'il consacrait à l'exercice de cette compétence avant son transfert. La rédaction de l'article 119 de la loi du 13 août 2004, reprend pratiquement ce considérant du Conseil constitutionnel, voulant souligner une nouvelle fois que tout transfert de compétence doit être accompagnée de l'attribution des ressources qui étaient consacrées à leur exercice.

Aussi, pour appréhender les ressources transférées aux collectivités territoriales dans le cadre des transferts de compétences, il convient de se rapporter à la lecture de la loi de finances pour 2005. Nous pouvons alors constater que pour l'année 2005, les ressources consacrées par l'Etat à l'exercice des compétences transférées sont estimées à 450 millions d'euros pour les régions, 156 millions d'euros pour les départements, 14,3 millions d'euros pour les communes et 113 millions d'euros pour le Syndicat des transports d'Ile de France[540].

[539] Henri Michel DARNANVILLE, « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales passe par une réforme de leur fiscalité », *AJDA*, 9 septembre 2002, p. 620
[540] *Décentralisation, acte II : les dernières réformes*, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 308, février 2005, p. 36

Selon le Sénat[541], dans la cadre de la loi de finances pour 2005, en compensation des transferts de compétences prévus par la loi du 13 août 2004, les régions devraient recevoir une fraction non modulable de la taxe intérieure sur les produits pétroliers et bénéficier du produit d'une taxe régionale additionnelle à la taxe d'apprentissage en contrepartie d'une baisse de leur dotation générale de décentralisation.
L'article 33 du projet de loi de finances pour 2005 prévoyait « d'attribuer aux régions une fraction de tarif de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers, sur un principe identique à celui adopté l'année dernière pour compenser les charges induites par le transfert aux départements du revenu minimum d'insertion et du revenu minimum d'activité » Sous réserve de l'accord unanime des membres du Conseil de l'Union européenne, les conseils régionaux pourraient également obtenir, à compter de 2007, la possibilité de moduler la fraction du tarif de la taxe intérieure sur les produits pétroliers qui leur est attribuée. En effet, le gouvernement envisage de régionaliser cette taxe en autorisant les conseils régionaux à moduler son tarif autour d'un cours pivot.

Concernant les départements, la loi de finances pour 2005 leur attribue deux fractions non modulables du taux spécial sur les contrats d'assurance contre les risques de toute nature relatifs aux véhicules terrestres à moteur, l'une pour compenser les charges nouvelles induites par la loi du 13 août 2004, l'autre au titre du financement des services départementaux d'incendie et de secours. Les conseils généraux pourraient être autorisés à en moduler les taux à compter de 2007.

Malgré la compensation intégrale des compétences transférées, il est notamment apparu au début de l'année 2005 une augmentation non négligeable de la fiscalité des conseils régionaux. Aussi, l'Assemblée Nationale a alors décidée de créer une Commission d'enquête sur l'évolution de la fiscalité locale[542] afin de voir si, entre autre, les transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004 en seraient la cause. Nous ne reviendrons pas sur l'intégralité du rapport mais nous tenterons d'en aborder le sens général. C'est ainsi que face à « l'émoi » provoqué par la hausse des impôts locaux, la Commission d'enquête parlementaire a tenté d'en rechercher les causes. En partant du « film des évènements », la Commission a mis en évidence la « flambée » de la fiscalité régionale et une modération dans la hausse des

[541] Bernard SAUGEY, *Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2005 adopté par l'Assemblée Nationale,* Sénat, n° 79, Tome I, 25 novembre 2004.
[542] Hervé MARITON, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'évolution de la fiscalité locale,* Assemblée Nationale, n° 2436, Tome I, 5 juillet 2005.

fiscalités départementales et communales. Pour expliquer cette hausse, les collectivités ont avancé plusieurs arguments dont, l'acte II de la décentralisation, le « désengagement de l'Etat » et le faible poids de la fiscalité régionale. Face à ces arguments, la Commission d'enquête a montré « qu'il n'y avait pas de fatalité à la hausse des taux » et que l'augmentation de la fiscalité ne saurait être justifiée par les compétences transférées en 2005. Sans entrer dans le détail du rapport, nous pouvons signaler que l'enquête a mis en évidence que les transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004 étaient en fait peu nombreux pour l'année 2005 et qu'ils étaient bien compensés. Cette affirmation peut être validée par le contenu de la loi de finances pour 2005, dont nous avons montré qu'elle prévoyait, dans le respect de l'autonomie financière des collectivités, la compensation intégrale et concomitante des compétences transférées. En conclusion, pour la Commission d'enquête, les véritables causes de l'augmentation significative de la fiscalité locale résident dans des raisons politiques plutôt que dans des raisons juridiques. Elle met ainsi en avant le cycle électoral et le dérapage des frais généraux comme fait générateur à l'augmentation de la fiscalité locale.

SECTION II
LE FINANCEMENT DES COMPETENCES TRANSFEREES AUX EPCI

De la même manière que les collectivités territoriales, les établissements publics de coopération intercommunale ont besoin de financement pour exercer les compétences transférées par les communes membres. A la différence des collectivités, les EPCI ont des régimes de financement qui varient en fonction de leur structure juridique. Nous présenterons alors dans un premier temps la diversité des sources de financement des EPCI (§1). Puis, après avoir constaté que la loi du 13 août 2004 a modifié les règles de compensation des charges, nous nous interrogerons sur l'avenir du couple commune – intercommunalité, dans la mesure où il semblerait que l'intercommunalité serait en train de prendre le pas sur les communes tant au niveau de l'exercice des compétences, de plus en plus nombreuses, que des pouvoirs financiers (§2).

§ 1. Des sources de financement diversifiées et adaptées aux différentes formes d'EPCI

Il existe plusieurs formes d'intercommunalité : d'un côté les syndicats de communes et de l'autre les EPCI qualifié d'EPCI à fiscalité propre[543]. Le financement de leurs compétences varie selon leurs formes juridiques. Nous présenterons alors les différentes sources de financement de l'intercommunalité (A), avant de revenir sur les modalités d'évaluation des charges transférées accompagnant le transfert de compétence opéré (B).

A. Les différents régimes de financement de l'intercommunalité

Les structures intercommunales dont la vocation est limitée à la gestion commune de certains services publics locaux ou à la réalisation d'équipements locaux n'ont pas de fiscalité propre. Ce sont principalement des syndicats à vocation unique (SIVU), les syndicats à vocation multiple (SIVOM) et les syndicats mixtes qui ne peuvent donc pas voter des taux d'imposition locale, et ne disposent d'aucun pouvoir en matière fiscale. Leurs ressources proviennent principalement des contributions budgétaires des communes adhérentes, selon une clé de répartition figurant dans les statuts (article L. 5212-19 du Code générale des collectivités territoriales). Le professeur LE MESTRE[544] précise également que ces versements ont le caractère de dépenses obligatoires pendant la durée du syndicat et dans la limite des nécessités du service telles que les décisions du syndicat l'ont déterminée.
Le comité syndical peut néanmoins décider le passage à des contributions fiscalisées selon l'article L. 5219-20 du Code, consistant en un supplément à la fiscalité communale (il s'agit d'un supplément aux quatre impôts locaux directs traditionnels). Ce système n'accorde pas un pouvoir fiscal propre au groupement qui, en particulier, ne vote pas de taux d'imposition. Les communes membres disposent d'un délai de quarante jours pour s'y opposer en affectant d'autres ressources au paiement de leur quote-part.

Après le régime des contributions budgétaires ou fiscalisées, le législateur a prévu pour les EPCI les plus intégrés, un régime de fiscalité propre. Comme le constate Jean-Christophe

[543] Nous ne reviendrons pas sur les différences existantes entre ces deux formes d'intercommunalité. Nous signalons simplement que les syndicats intercommunaux ont surtout des fonctions techniques (gestion de l'eau, transport urbain…) alors que les EPCI à fiscalité propre ont une mission beaucoup plus large que celle des syndicats : ils ont vocation à structurer les espaces autour de la réalisation de projets d'intérêts communautaires.
[544] René LE MESTRE, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Gualino éditeur, 2004, p. 211

MORAUD[545], la progression de l'intercommunalité s'est traduite par une part croissante du poids des EPCI dans les finances locales. Si, en 1993, la fiscalité directe des groupements représentait moins de 10 % dans l'ensemble du secteur communal, en 2003, près de 30 % d'impôts sont prélevés directement par l'intercommunalité à fiscalité propre. Les structures intercommunales à fiscalité propre recouvrent les trois types de communautés (urbaines, d'agglomération et de communes) mais également d'anciennes formes d'établissements publics de coopération intercommunale, supprimés ou en voie de transformation ou de suppression tels les districts et les syndicats d'agglomération nouvelle.
Le régime de la fiscalité propre se décline en fiscalité additionnelle (avec ou sans taxe professionnelle de zone), d'une part, et taxe professionnelle unique (avec ou sans fiscalité mixte), d'autre part[546].

Le régime de la fiscalité additionnelle, régime initial des districts avant 1992 et encore le plus appliqué. Il concerne également les communautés de communes qui n'ont pas opté pour la taxe professionnelle unique et les communautés urbaines créées avant la loi du 12 juillet 1999 dès lors qu'elles n'ont pas changé de régime fiscal. Dans ce régime fiscal, le groupement intercommunal est doté des mêmes compétences fiscales qu'une commune : il vote le taux et perçoit le produit des quatre taxes directes locales. Mais sa fiscalité se surajoute à celle des communes, qui continuent de percevoir leur fiscalité sur les quatre taxes directes. Ce taux additionnel apparaît d'ailleurs sur la feuille d'imposition de chaque contribuable. Le législateur permet en outre aux groupements à fiscalité propre additionnelle d'opter pour la taxe professionnelle de zone (TPZ), tout en conservant leur fiscalité sur les autres taxes. Cette TPZ vise à unifier le taux de la taxe professionnelle sur une zone d'activité économique correspondant à un espace industriel, technologique ou commercial clairement délimité, situé sur une ou plusieurs communes. Le taux de la TPZ est unique sur l'ensemble de la zone, faisant ainsi disparaître les inégalités de pression fiscale. Pour Jean-Christophe MORAUD, le recours à la TPZ est bien adaptée aux zones rurales, il constitue souvent l'étape préalable à l'adoption du régime de la taxe professionnelle unique.

Le régime de la taxe professionnelle unique (TPU) a été instauré par la loi du 6 février 1992. Il s'applique désormais de plein droit aux communautés d'agglomération, aux communautés

[545] *L'intercommunalité*, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005, p. 21
[546] En 2005, sur les 2524 EPCI à fiscalité propre regroupant 32 305 communes et plus de 54,5 millions d'habitants, 1103 ont opté pour le régime fiscal de la taxe professionnelle unique (TPU).

urbaines créées après la publication de la loi du 12 juillet 1999 et aux syndicats d'agglomération nouvelle. Depuis le 1er janvier 2002, ce régime s'applique également, sauf délibération contraire d'au moins la moitié des conseils municipaux des communes intéressées, aux communautés urbaines créées avant la loi du 12 juillet 1999. Il s'applique également de manière optionnelle aux communautés de communes. Le régime de la TPU induit une spécialisation des taxes : les taxes sur les ménages (taxe d'habitation et taxes foncières) reviennent aux communes, tandis que la taxe professionnelle revient aux groupements. Dans ce régime, l'EPCI se substitue progressivement aux communes pour la gestion et la perception du produit de la taxe professionnelle sur l'ensemble de son périmètre. Le groupement perçoit le produit de la taxe professionnelle des communes regroupées, vote le taux et décide des exonérations. Les communes conservent cependant dans leur intégralité les autres impositions tout en maintenant un lien entre l'évolution des taux de l'ensemble de ces impositions. La pression fiscale reste globalement stable et la taxe professionnelle unique ne constitue pas un facteur d'inflation fiscale. Aussi, les EPCI à taxe professionnelle unique ne conservent pas toutefois la totalité du produit fiscal encaissé puisqu'ils doivent restituer, sous forme d'une attribution de compensation versée à leurs communes membres, le produit fiscal excédant le financement des dépenses qui leur ont été transférées. Le conseil communautaire peut aussi décider de verser aux communes membres une dotation de solidarité communautaire à finalité péréquatrice[547].

Enfin, il faut noter également que d'autres produits fiscaux peuvent venir financer les EPCI, directement liés aux compétences transférées. Ainsi, les communautés urbaines et les communautés de communes peuvent lever la taxe d'enlèvements des ordures ménagères. Les communautés d'agglomération peuvent également percevoir la taxe de séjour et la taxe sur la publicité.

En plus de ces différents régimes fiscaux permettant de financer les compétences transférées, les EPCI, que ce soit des syndicats ou des EPCI à fiscalité propre, peuvent percevoir des dotations de l'Etat.

[547] Le professeur LE MESTRE précise que seules les communautés urbaines doivent (les autres EPCI à fiscalité propre peuvent) redistribuer aux communes le solde de la taxe professionnelle, sous le nom de dotation de solidarité communautaire.

Les structures intercommunales sans fiscalité propre peuvent bénéficier de certains concours financiers de l'Etat. Il s'agit de concours financiers en investissement. Jean-Christophe MORAUD note qu'il s'agit du Fonds de compensation à la TVA (FCTVA) qui s'applique aux dépenses d'investissement des groupements et qui a été élargi, par dérogation, avec la loi du 13 août 2004, aux investissements dans le domaine routier. Ces structures intercommunales sont en outre éligibles à la dotation globale d'équipement (DGE) versée aux groupements de moins de 20 000 habitants.

Les EPCI à fiscalité propre peuvent bénéficier de dotations de fonctionnement et d'équipements d'autant plus substantielles qu'ils sont plus fortement intégrés. Ils peuvent alors recevoir d'autres types de dotations budgétaires de l'Etat : la dotation globale de fonctionnement[548] ou « dotation d'intercommunalité », prélevée sur la masse à répartir destinée aux communes ; la dotation de développement rural (DDR), versée aux groupements de communes à fiscalité propre de moins de 20 000 habitants exerçant une compétence en matière d'aménagement de l'espace et de développement économique. En outre, au titre de l'accompagnement de leurs investissements, ils sont éligibles au Fonds de compensation de la TVA et à la dotation globale d'équipements.

B. La question de l'évaluation des charges transférées

Nous avons vu que les EPCI bénéficiant du régime de la taxe professionnelle unique doivent reverser aux communes la partie du produit de la taxe professionnelle qui excède le montant des charges correspondant aux compétences transférées. Cette restitution, sous la forme d'une « attribution de compensation » est fonction du calcul du « coût net des charges transférées » qui viennent en déduction du produit perçu. Aussi, pour la Cour des comptes, la question de l'exactitude de l'évaluation des charges transférées est donc essentielle. Elle a donc examiné, dans un rapport[549], les modalités d'évaluation des charges financières liées aux transferts de compétences aux communautés à taxe professionnelle unique. La Cour constate alors que les méthodes d'évaluation des charges de fonctionnement et des charges d'investissement transférées, telles qu'initialement définies par la loi du 12 juillet 1999 et ses dispositions d'application, se sont révélées complexes et inadaptées.

[548] La dotation globale de fonctionnement est composée selon l'article L. 5211-28 du CGCT d'une dotation de base (30 %) et d'une dotation de péréquation (70 %)

[549] *L'intercommunalité en France,* Rapport de la Cour des comptes, 14 novembre 2005

Pour arrêter le montant des attributions de compensations, les conseils municipaux et les assemblées délibérantes communautaires disposaient de travaux des commissions locales d'évaluation des charges transférées. La Cour a relevé des dysfonctionnements dans le fonctionnement de ces commissions locales.
Cette commission locale d'évaluation des charges transférées, qui doit être obligatoirement crée lors du passage à la taxe professionnelle unique, est composée de membres des conseils municipaux des communes concernées. Elle a un rôle fondamental : elle doit en effet chiffrer les charges correspondant aux transferts de compétences réalisés afin de permettre un juste calcul de l'attribution de compensation versée par l'EPCI aux communes membres. Elle intervient non seulement lors du transfert de charges initial mais également à chaque nouveau transfert de charges. Aussi, la commission doit rendre ses conclusions l'année de l'adoption de la taxe professionnelle unique par l'EPCI, son rapport étant soumis à l'approbation des communes membres. Comme le constate le rapport de la Cour des comptes, le plus souvent, la commission a bien fonctionné et de manière diligente. Mais des anomalies ont été relevées. En effet, la commission locale d'évaluation des charges transférées n'a parfois pas été mise en place. Dans d'autres cas, elle a été réunie trop tardivement. Enfin, la commission s'est trop fréquemment contentée d'entériner les études réalisées par des cabinets de consultants.

Dans le dispositif de la loi du 12 juillet 1999, le montant des dépenses transférées (qu'il s'agisse de dépenses de fonctionnement ou d'investissement) est évalué d'après le coût inscrit dans les budgets communaux lors de l'exercice précédent le transfert de compétences ou d'après la moyenne de leur coût réel dans les trois derniers comptes administratifs. A cet égard, la Cour des comptes remarque que d'une manière assez fréquente, les transferts de charges n'ont pas fait l'objet d'un traitement homogène ou cohérent. Les charges transférées ont été parfois sous-évaluées au profit des villes centres et au détriment du groupement intercommunal[550]. Elle relève également que dans certains cas, aucune évaluation des charges d'investissement transférées n'a été réalisée. La loi de 1999 prévoyait que les charges d'investissements transférées à la communauté sont évaluées par rapport au coût réel tel qu'il apparaît dans le dernier budget ou par rapport à la moyenne des coûts réels tels qu'ils figurent dans les trois derniers comptes administratifs. Ces charges sont déduites de l'attribution de

[550] La Cour des comptes site en exemple le constat de la chambre régional des comptes de Midi-Pyrénées qui a relevé des erreurs et des anomalies dans les calculs des montants des attributions de compensation reversées par la communauté de communes du Pays de Cahors (Lot) à ses communes membres. En particulier, des piscines de la commune de Cahors ont été transférées à la communauté en 2000 et 2001, sur la base d'un montant de charges sous-évaluées, le coût des fournitures d'eau ayant été notamment omis.

compensation versée aux communes. Aussi, ce dispositif ne prend pas en compte le caractère par nature irrégulier des dépenses d'investissement. Par exemple, une commune qui a beaucoup investi pour remettre à neuf un équipement au cours des trois années précédant le transfert à la communauté a eu des charges d'investissement de niveau élevé au cours de la période de référence. Elle est donc pénalisée dans le calcul de son attribution de compensation car ces charges en seraient déduites. A l'inverse, les communes qui n'ont pas investi récemment et transfèrent des équipements en mauvais état sont injustement avantagées.

Dans le cadre de l'évaluation des charges transférées, il convient également de s'intéresser au transfert de la dette afférente aux biens mis à disposition. En effet, le transfert d'une compétence implique le transfert de charges financières accompagnant cette compétence. Les charges financières étant composées des charges de fonctionnement et des charges d'investissement. Lorsque les emprunts sont individualisés, l'évaluation de la dette afférente aux viens mis à disposition ne pose pas véritablement de problème. Par contre, pour les emprunts globalisés des communes, cas le plus fréquent, l'évaluation s'avère beaucoup plus difficile à réaliser. Aussi, quand les emprunts sont globalisés et ne sont pas affectés à un équipement particulier, la commission d'évaluation doit en déterminer une quote-part permettant d'individualiser la charge financière afférente aux équipements transférés.
Dans tous les cas, face à un emprunt, globalisé ou non, le respect du principe de neutralité financière impose que la commission d'évaluation s'attache à déterminer une quote-part de financement par l'emprunt.

Si l'emprunt n'est pas juridiquement et comptablement transféré à la communauté, la commune membre continue alors en assurer le remboursement. Dans ce cas, si son attribution de compensation est bien minorée des charges financières, comme dans le cas où il y a transfert effectif de l'emprunt, la communauté doit lui rembourser l'annuité de l'emprunt considéré. Ce remboursement prend fin à l'extinction de la dette. Si l'emprunt est juridiquement et comptablement transféré à la communauté, cette dernière assume la charge de remboursement auprès de l'établissement préteur. Dans ce cas, contrairement au cas précédent, le montant des annuités de remboursement n'a pas à être remboursé à la commune. Mais cette dernière supportera définitivement une réfaction sur le montant de son attribution de compensation. Dans les deux cas, l'esprit de la loi et la rationalité budgétaire impliquent que l'attribution de compensation soit calculée de la même manière et demeure invariable.

En conclusion, la Cour des comptes dans son rapport, nous permet d'appréhender dans sa globalité les conséquences financières d'un transfert de compétence et plus précisément du transfert d'un équipement d'une commune à un EPCI. Pour la Cour, la sous-évaluation des charges transférées peut être lourde de conséquences pour l'avenir car elle entraîne un affaiblissement durable des capacités financières des EPCI et donc des risques dans l'exercice des compétences de son ressort. Aussi, la loi du 13 août 2004 a permis de revoir dans un délai limité les modalités de calcul des charges transférées et de l'attribution de compensation et donc d'apporter les corrections souhaitables aux évaluations de charges qui méconnaissent l'objectif de neutralité des transferts.

§ 2. « Communes, intercommunalités quels devenirs ? »[551]

Il ressort de notre développement que les relations financières entre un EPCI à fiscalité propre et ses communes membres sont particulièrement compliquées. La loi du 13 août 2004 a essayé de simplifier les systèmes de compensations entre ces deux entités dans l'optique d'une plus grande souplesse de fonctionnement (A). Malgré cette réforme, il y a sous-jacent une difficulté qui touche à l'essence même de la montée en puissance de l'intercommunalité. Il s'agit bien évidemment des relations existantes entre l'intercommunalité et ses communes membres et en particulier lorsque l'intercommunalité se présente sous les formes les plus intégrées. Nous verrons alors que l'appartenance des EPCI à la catégorie juridique des établissements publics est de plus en plus contrariée et que la frontière s'amenuise pour obtenir la qualification juridique de collectivités territoriales (B).

A. Les modifications dans le mécanisme des dotations opérées par la loi du 13 août 2004

Nous allons revenir un instant sur les apports de la loi du 13 août 2004 qui ont modifié les règles relatives aux dotations de compensation et aux dotations de solidarité communautaire. En effet, le législateur a souhaité assouplir les méthodes d'évaluation des charges transférées par les communes à l'EPCI dont elles sont membres ainsi que les modalités de calcul de l'attribution de compensation qu'elles perçoivent en contrepartie. Les dispositions applicables jusqu'à la loi du 13 août 2004 se trouvaient dans l'article 1609 nonies C du Code général des

[551] Titre d'un rapport du Conseil Economique et Social présenté au nom de la section des économise régionales et de l'aménagement du territoire par Mr Pierre-Jean ROZET, 22 juin 2005

impôts dans sa rédaction résultant de la loi du 12 juillet 1999. Ces dispositions concernent le régime de la taxe professionnelle unique dans les EPCI qui ont opté pour ce régime. En application de cet article, un EPCI à taxe professionnelle unique doit verser à ses communes membres une attribution de compensation[552]. Le principe simple étant posé, il reste à savoir comment calculer le montant de l'attribution de compensation, ce qui est plus délicat. Selon le professeur PONTIER, le mode de calcul diffère en effet selon que l'EPCI à taxe professionnelle unique résulte d'une création ou d'une transformation d'un EPCI à fiscalité additionnelle[553]. Dans le premier cas, le calcul est simple, le montant de l'attribution de compensation est égal à la différence entre le produit de la taxe professionnelle perçu par les communes l'année précédant le passage à la taxe professionnelle unique et le coût net des compétences transférées à l'EPCI.

Lorsque l'EPCI résulte de la transformation d'un EPCI à fiscalité additionnelle, on procède en deux étapes. Dans un premier temps, le montant de l'attribution de compensation est égal à la différence entre le produit de la taxe professionnelle perçu par les communes l'année précédant le passage à la taxe professionnelle unique et celui des autres taxes, qualifiées de « taxes ménages » (la taxe d'habitation et les deux taxes foncières). Dans un second temps, l'attribution de compensation est diminuée, d'une part à hauteur des compensations perçues par l'EPCI au titre d'exonérations de la taxe d'habitation et de la taxe foncière sur les propriétés l'année précédant le passage à la taxe professionnelle unique, d'autre part du coût des nouvelles compétences transférées.
Dans les deux cas, le coût net des charges transférées est évalué selon les dispositions prévues par l'article 1609 nonies C IV du Code général des impôts[554]. Le professeur PONTIER souligne qu'une fois arrêtée par les communes membres de l'EPCI, l'évaluation des charges transférées est définitive, et il n'est plus possible de revenir dessus pour le calcul de l'attribution de compensation.

[552] Cette attribution de compensation répond au principe de spécialité qui s'applique à l'EPCI puisqu'il est un établissement public (ses ressources doivent correspondre à ses dépenses et il doit reverser « l'excédent » des ressources procurées par la taxe professionnelle aux communes membres) qu'au principe de neutralité budgétaire posé pour le passage à la taxe professionnelle unique.
[553] J.-M. PONTIER, « Les réformes de l'intercommunalité dans la loi « libertés et responsabilités locales », *Revue administrative*, n° 342, novembre- décembre 2004, p. 633
[554] Il convient alors de se rapporter à la circulaire du 15 septembre 2004 relative aux dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « libertés et responsabilités locales » qui revient longuement sur les modalités pratiques de l'évaluation des charges transférées.

La loi du 13 août 2004, dans son article 183 a donc modifié le IV de l'article nonies C du Code général des impôts, afin de modifier les méthodes d'évaluation des charges transférées et les conditions de majorité requises pour cette évaluation. En ce qui concerne les méthodes d'évaluation des charges transférées, l'idée dominante est de tenir compte de la distinction entre dépenses de fonctionnement et dépenses d'investissement. Les dépenses de fonctionnement doivent continuer à être évaluées d'après leur coût réel. Les dépenses d'investissement doivent être évaluées, non plus à leur coût réel mais sur la base d'un « coût moyen annualisé », permettant de tenir compte, non seulement du coût d'acquisition ou de réalisation de l'équipement , mais également du coût de renouvellement lié à l'usure du bien[555].

Quant à la modification des conditions de majorité requises pour l'évaluation des charges transférées, l'objectif poursuivi dans la loi du 13 août 2004 a été de supprimer le « droit de veto » dont bénéficiaient les communes les plus peuplées.

La dotation de solidarité communautaire a été instituée par la loi du 6 février 1992 et dont l'objectif était le financement d'une politique de péréquation au sein des communes membres d'un EPCI à taxe professionnelle unique. Le professeur PONTIER remarque que, dans le cadre de la loi du 13 août 2004, « *les mesures relatives à la dotation de solidarité communautaire, et plus largement toutes les dispositions de nature financière, ont donné lieu à de longs débats* ».

Le gouvernement proposait au départ l'instauration d'une double enveloppe de la dotation de solidarité communautaire, une première enveloppe répartie « en tenant compte prioritairement » des critères péréquateurs en vigueur (l'importance de la population, le potentiel fiscal par habitant, l'importance des charges des communes membres), une seconde enveloppe dont le conseil communautaire fixerait librement les critères pour sa répartition. Aussi, pour PONTIER, de telles mesures allaient incontestablement dans le sens d'une plus grande liberté des autorités locales. Le dispositif adopté est le suivant. L'EPCI autre qu'une communauté urbaine soumis aux dispositions du I de l'article 1609 nonies C du Code général des impôts (c'est-à-dire les communautés d'agglomération et les communautés de communes) peut instituer au bénéfice de ses communes membres et, le cas échéant, d'EPCI à fiscalité

[555] Aux termes de ces nouvelles dispositions, ce coût « intègre le coût de la réalisation ou d'acquisition de l'équipement, ou, en tant que besoin, son coût de renouvellement. Il intègre également les charges financières et les dépenses d'entretien. L'ensemble de ces dépenses est pris en compte pour une durée normale d'utilisation et ramené à une seule année. Le coût des dépenses transférées est réduit, le cas échéant, des ressources afférentes à ces charges »

propre limitrophes, une dotation de solidarité communautaire dont le principe et les critères de répartition sont fixés par le conseil communautaire statuant à la majorité des deux tiers. Le montant de cette dotation est fixé librement par le conseil de l'EPCI. Elle est répartie en tenant compte prioritairement de l'importance de la population et du potentiel fiscal par habitant, les autres critères étant fixés librement par le conseil.

Ces modifications intervenues dans les modes de dotations participent pleinement, selon nous, aux règles de financement des compétences transférées aux EPCI. En effet, ces structures intercommunales dotées de moyens propres exercent des compétences de plus en plus lourdes et ont pris en charge une part croissante de l'investissement local. Nous venons de monter que la loi du 13 août 2004 a conforté le rôle des EPCI au plan local, leur donnant la possibilité d'exercer de nouvelles compétences et, d'utiliser pleinement leur potentiel fiscal et budgétaire afin de remplir dans un soucis de plus grande souplesse l'exercice de leurs compétences transférées par les communes. Comme le constate le Sénateur Mr Philippe DALLIER, se pose aujourd'hui la question du développement de l'intercommunalité[556] qui semble révéler « l'échelon de trop » tant au niveau de la dépense publique que de la cohérence territoriale.

B. L'avenir du couple commune – intercommunalité

L'intercommunalité semble avoir aujourd'hui atteint son point culminant dans son développement[557]. Comme le constate le professeur Michel DEGOFFE « *c'est bien entendu la commune qui est la plus menacée par le développement des EPCI. La création d'une communauté implique pour les communes membres un dessaisissement des compétences et un transfert des moyens financiers. Lorsque la commune aura perdu l'essentiel de ses compétences et de ses moyens financiers, la question se posera de l'opportunité de son maintien* »[558].

Aussi, le vote de la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, dans le prolongement de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, a démontré que les communes avaient autant à craindre de la politique unilatérale de l'Etat que

[556] Philippe DALLIER, *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat, n° 193, 1er février 2006.
[557] *L'intercommunalité*, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005, p. 27. Il est effectivement constaté que la progression de l'intercommunalité à fiscalité propre est parvenue à un point d'inflexion en 2003, confirmé depuis. En effet, la très forte progression enregistrée entre 1999 et 2002 a cédé la pas à une progression plus limitée correspondant à une phase de parachèvement des intercommunalités.
[558] Idem p. 35

du succès de l'intercommunalité. Il a été montré a plusieurs reprises que les élus locaux critiquaient les interventions multiples du législateur tendant à supprimer des impôts locaux pour les remplacer par des dotations de l'Etat. Une collectivité territoriale perd, en effet, une part de son autonomie, quand ses moyens lui sont fournis par l'Etat. C'est pourquoi la Constitution exige désormais que les ressources fiscales et autres ressources propres représentent une « part déterminante » de l'ensemble de ses ressources, aux termes de l'article 72-2 alinéa 3 de la Constitution. Aussi, selon le professeur DEGOFFE, concernant l'évaluation de cette part déterminante, il faudra prendre en compte également, s'agissant des communes, les ressources propres des EPCI (article L. O. 1114-2 alinéa 2 du Code général des collectivités territoriales). Or l'autonomie financière des communes est tout autant menacée par la politique de l'Etat tendant à remplacer les impôts par des dotations que par les progrès des EPCI à fiscalité propre et, en particulier, des EPCI à taxe professionnelle unique : un impôt prélevé par les EPCI est distrait des ressources communales. Dans ces conditions, selon le sénateur Philippe DALLIER, « *les structures intercommunales les plus importantes cessent d'être perçues comme issues de la réunion des volontés des communes membres pour assumer ensemble des compétences ; elles deviennent l'expression d'un lieu de pouvoir représentant l'intérêt de la population du territoire concerné, intermédiaire entre la commune centre et le département* ».

La place de l'intercommunalité dans le schéma actuel de l'organisation territoriale française doit donc être repensée. Le professeur DEGOFFE explique que l'intercommunalité souffre de la contradiction suivante : créée afin de parer à l'émiettement communal jugé excessif et donc dans un souci de rationalité, elle ne peut pas constituer une structure de plus. Par conséquent, soit elle demeure un établissement public soumis au principe de spécialité ce qui dispense de se poser des questions sur sa place dans les institutions, soit elle devient, à terme, une collectivité territoriale et, dans cette hypothèse, cela ne pourra être qu'à la place d'une collectivité territoriale existante. Aussi, DEGOFFE s'interroge sur le sens de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 : celle-ci aurait pu permettre de se poser ces questions et éventuellement de les résoudre. Mais le problème n'est pas encore arrivé à maturité : quelle collectivité supprimer – le département, la commune ? D'ailleurs, les communautés sont de plus en plus difficilement contenues dans le cadre des établissements publics. Si elles le sont toujours juridiquement, cette qualification présente quelques artifices. En effet, comme une collectivité territoriale, elles lèvent l'impôt. Elles peuvent du reste percevoir la totalité de la

taxe professionnelle à la place des communes membres[559]. Ces EPCI à taxe professionnelle unique détiennent alors des ressources financières plus importantes que les communes membres. Par ailleurs, leurs compétences sont limitativement énumérées par opposition aux collectivités territoriales qui disposent de compétences générales. Mais, la liste des compétences des EPCI est si longue, les communes pouvant en outre l'allonger en y incluant des compétences facultatives, que la spécialité, critère de l'établissement public, devient relatif.

Il ressort également que depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, la Constitution fait référence aux EPCI sous le terme de groupements. A ce titre, les EPCI se voient reconnaître, à l'égal des collectivités territoriales, le droit à l'expérimentation ainsi que la possibilité d'être reconnu chef de file lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités ou groupements.

Le Conseil Economique et Social a proposé dans son rapport une solution alternative à la fin non encore programmée des communes. Il part du constat qu'il existe plusieurs conceptions de l'intercommunalité. La première conception est celle du type « plus d'intercommunalité » qui suggère un véritable pouvoir supracommunal, annonçant la relativisation du niveau communal. La seconde conception est celle de « moins d'intercommunalité » qui limite celle-ci à une tradition plus ancienne, notamment celle des syndicats. C'est en définitive une mutualisation des moyens visant à déléguer à l'intercommunalité, la réalisation et la gestion des équipements onéreux tout en maintenant aux communes leur zone d'autonomie de décisions. La dernière conception est celle de « mieux d'intercommunalité » ou l'intercommunalité de projet dans un bassin de vie. Le Conseil met alors en avant le fait que c'est autour de cette dernière notion que le fait intercommunal s'est développé dans notre pays, en s'appuyant sur plusieurs principes. Il s'agit de la pérennité du niveau communal auquel les citoyens sont historiquement et culturellement très attachés, de l'application du principe de subsidiarité (on ne transfère à un niveau d'organisation plus large que ce que l'on reconnaît ne pas être suffisamment en mesure, à un niveau plus restreint, de remplir comme compétences et responsabilités), de l'adaptabilité et de la notion de projet qui est la finalité de l'intercommunalité.

La solution apportée par le Conseil Economique et Social réside dans la nécessité de laisser s'épanouir les initiatives locales qui dépassent les clivages politiques et de leur donner les

[559] Nous avons vu en outre que les communautés doivent ainsi en restituer une partie à ses communes membres sous la forme d'une attribution de compensation.

moyens d'y parvenir. Cependant, si le constat établi par le Conseil est emprunt d'une véritable réalité, la solution apportée en est quant à elle bien loin. Nous pensons alors qu'il est possible de reprendre les arguments de la Commission d'enquête parlementaire[560] qui observe que l'intercommunalité (du moins dans l'aspect financier) doit faire l'objet de simplification et de révision de ses modes de financement.

[560] Hervé MARITON, *Rapport fait au nom de la Commission d'enquête sur l'évolution de la fiscalité locale*, Assemblée Nationale, n° 2436, Tome I, 5 juillet 2005.

CHAPITRE II
LA RECEPTION PAR LES COLLECTIVITES ET LES EPCI DES BIENS ET DES PERSONNELS TRANSFERES

Le transfert de compétences entraîne obligatoirement la mise à disposition des biens, équipements et services nécessaire à l'exercice des compétences que ce soit pour les collectivités territoriales ou les EPCI. Aussi, entendu comme « mise à disposition », le transfert de biens ne signifie pas qu'il s'agit d'un transfert de propriété. Le Code général des collectivités territoriales prévoit ainsi un article général réglant les conséquences des transferts de compétences en matière de biens. Celui-ci s'applique donc aux collectivités territoriales et aux EPCI. Pourtant, dans le cadre de l'intercommunalité, nous serons amené à montrer qu'il existe un régime dérogatoire au transfert de biens. Nous reviendrons alors sur les difficultés pouvant émerger lors de ce transfert, difficultés pouvant notamment être liées soit à la nature du bien transféré soit au respect du principe de libre administration des collectivités territoriales (Section I).

Nous terminerons nos travaux par la dernière conséquence liée à un transfert de compétence. Il s'agit du transfert de personnels. Nous présenterons alors comment la décentralisation a nécessité la création d'un régime particulier de la fonction publique en mettant en évidence des divergences existantes entre les personnels transférés aux collectivités et ceux transférés aux EPCI. Nous reviendrons ensuite sur les apports de la loi du 13 août 2004 qui a modifié les règles de transferts de personnels dans le cadre de nouveaux transferts de compétences (Section II).

SECTION I
LA RECEPTION DES BIENS TRANSFERES AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES ET AUX EPCI

La réception d'un bien par une collectivité et un EPCI dans le cadre d'un transfert de compétence n'a pas obligatoirement la même signification. En effet, les collectivités territoriales et les EPCI ont des finalités sensiblement différentes. Dans le cadre d'un transfert de compétence vers des collectivités territoriales, celles-ci ont l'obligation de réceptionner cette compétence avec tout ce qu'elle suppose, à savoir des charges financières, des biens meubles et immeubles et des personnels. Dans le cadre d'un transfert de compétence d'une commune vers un EPCI, les biens relevant de la réception de cette compétence n'ont pas la même connotation. Comme le relève Jean-Christophe VIDELIN, dans ce contexte, « *les biens sont un objectif et un moyen de l'intercommunalité. C'est un objectif puisque les communes se regroupent pour acquérir des équipements qu'elles n'auraient pas pu construire ou exploiter seules. C'est un moyen car ils sont utiles pour les compétences des établissements publics de coopération intercommunale* »[561]. Aussi, malgré l'existence d'un cadre juridique commun aux collectivités et au EPCI pour régler la réception des biens issue d'un transfert de compétence, nous verrons que le législateur a du prévoir un régime dérogatoire (ou d'exception) d'attribution de biens aux EPCI (§ 1).

La réception des biens par les collectivités et par les EPCI pose également des difficultés. Nous présenterons à l'aide d'un exemple, la réception d'un bien qui peut être rendu compliquée à cause de la nature de celui-ci. Puis, nous nous interrogerons, en tenant compte des apports de la loi du 13 août 2004 et des nombreux équipements qu'elle transfère aux collectivités, sur les atteintes au principe de la libre administration, dans la mesure où certains transferts de compétences, devant être opéré en concertation, ont en réalité, été opéré par contrainte (§ 2).

[561] Jean-christophe VIDELIN, « Les biens des établissements publics de coopération intercommunale », AJDA, 2001, p. 829

§ 1. Le transfert de bien, synonyme de « mise à disposition »

Nous verrons que l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit les règles générales de « mise à disposition » des biens en cas de transfert de compétences. Cet article s'applique à la fois pour les collectivités et les EPCI. Cependant, pour ces derniers, la mise à disposition des biens issus d'un transfert de compétence s'opère indirectement par le biais de cet article. En effet, la mise à disposition des biens pour les EPCI trouve son fondement de l'article L. 5211-5-III du Code général des collectivités territoriales, dans la mesure où le transfert de compétence entraîne de plein droit l'application de l'article L. 1321-1 du même Code. Pour Jean-Christophe VIDELIN, *« le régime issu d'une des lois organisant la décentralisation est donc imposé* ». Après avoir mis en évidence le contenu du régime général applicable aux transferts de biens (A), nous présenterons le régime dérogatoire à la « mise à disposition » des biens qui prévoit en particulier le transfert en pleine propriété des biens aux EPCI (B).

A. L'existence d'un cadre juridique unique …

L'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « Le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date du transfert, pour l'exercice de cette compétence ». Les modalités pratiques de cette mise à disposition sont prévues au second et troisième alinéa de l'article : « Cette mise à disposition est constatée par un procès-verbal établi contradictoirement entre les représentants de la collectivité antérieurement compétente et de la collectivité bénéficiaire. Le procès-verbal précise la consistance, la situation juridique, l'état des biens et l'évaluation de la remise en état de ceux-ci.

Pour l'établissement de ce procès-verbal, les parties peuvent recourir aux conseils d'experts dont la rémunération est supportée pour moitié par la collectivité bénéficiaire du transfert et pour moitié par la collectivité antérieurement compétente. A défaut d'accord, les parties peuvent recourir à l'arbitrage du président de la chambre régionale des comptes compétente. Cet arbitrage est rendu dans les deux mois ».

Ce cadre juridique mettant en place la procédure de mise à disposition des biens issu d'un transfert de compétence a été instauré par la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat. Si cet article n'appelle pas de difficulté d'interprétation dans le cadre d'un transfert de biens entre deux

collectivités publiques (entendu entre l'Etat et ses collectivités territoriales), il en va différemment pour les EPCI. En effet, il n'existait pas à l'époque de cadre spécifique pour les transferts de biens aux EPCI. Il convient alors de préciser dans un premier temps quels peuvent être les biens propres d'un EPCI.

Jean-Christophe VIDELIN[562] remarque que les biens des EPCI constituent ainsi un patrimoine intercommunal. D'une part, les biens proviennent du domaine privé et du domaine public des communes[563]. Par conséquent, les biens utiles sont le plus souvent des dépendances du domaine public des communes. D'autre part, les biens sont destinés à être utilisés au profit de toutes les communes membres sous l'autorité de l'EPCI. Outre la diversité de leur nature, les biens se distinguent également par leur mode d'acquisition. Ils peuvent être acquis de deux manières différentes : soit le bien existe avant la création de l'EPCI ; dans ce cas, il lui est transféré, soit le bien n'existe pas et l'EPCI acquiert en propre le bien qu'il intègre dans son patrimoine. Cette seconde méthode d'acquisition ne pose pas d'interrogations, le régime étant commun à tous les établissements publics. En revanche, pour VIDELIN, « *le procédé du transfert des biens soulève de réelles interrogations alors qu'il est le moyen principal pour l'EPCI de disposer de biens. En effet, le transfert des biens d'une collectivité locale à un EPCI n'aboutit pas nécessairement au transfert de propriété* ».

Les lacunes du régime juridique permettant le transfert d'un bien à un EPCI résultent de plusieurs facteurs. Cependant, tous les transferts opérés étaient contrôlés en application du principe de spécialité des établissements publics. Les EPCI ne peuvent effectivement disposer de biens qui ne servent pas à l'exercice de leurs compétences. Par conséquent, le principe essentiel qui conduit le transfert des biens est celui selon lequel le transfert n'a lieu que si les biens sont nécessaires à l'exercice des compétences des EPCI. Seules la loi du 30 décembre 1966 relative aux communautés urbaines et la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de l'intercommunalité ont rappelé expressément ce principe. La loi du 12 juillet 1999, a en outre mis en place le régime de mise à disposition des biens par le transfert de compétences des communes vers un EPCI. La mise à disposition est donc devenue le régime de droit commun au titre de l'article L. 5211-5-III du Code général des collectivités territoriales puisque le transfert de compétences entraîne « de plein droit » l'application de

[562] Article précité p. 234
[563] Même si les biens du domaine privé sont plutôt rares. Seuls les zones d'activité économique, les logements sociaux et éventuellement les forêts pourraient être intégrés dans le patrimoine des EPCI.

l'article L. 1321-1 du même Code. Désormais, il faut entendre que, sauf dispositions contraires, le bien ne peut qu'être mis à disposition.

Le régime de mise à disposition est cependant appréhendé avec difficulté par les communes, même si celle-ci est réalisée dans le cadre d'une convention et d'un procès-verbal contradictoire selon l'article L. 1321-1 du Code. En effet, elles considèrent la mise à disposition comme un transfert de propriété en raison de la proximité des deux régimes. Une confusion peut effectivement se produire dans la mesure où les droits acquis par le bénéficiaire de la mise à disposition s'apparentent aux droits d'un propriétaire. VIDELIN constate alors que la disposition est une « quasi-propriété ». La mise à disposition permet à l'EPCI d'exercer pleinement ses compétences avec et sur les moyens matériels utiles à ces fins, car les droits et obligations afférentes à une compétence déterminée suivent à titre accessoire le transfert de celle-ci. Dit autrement, tous les droits, et les obligations pendantes attachés au bien, doivent être transférés car ils permettent d'exercer pleinement les compétences qui ont été dévolues à l'EPCI. Aussi, l'article L. 1321-2 du Code général des collectivités territoriales[564] ne laisse aucun doute sur les conséquences : l'affectataire se substitue au propriétaire en matière contractuelle, financière et contentieuse dès la prise de possession du bien.

Toutefois, le régime de la mise à disposition de l'article L. 1321-2 du Code n'emporte pas le transfert de tous les droits relatifs aux biens. Le droit d'aliéner n'est effectivement pas transféré. L'aliénation ne présentant pas d'utilité pour les EPCI hormis en matière d'activité de développement économique, le droit qui y est relatif n'est pas transféré. Aussi, la préservation de ce droit est le fondement de la distinction entre le transfert de propriété et la mise à disposition. Aussi, pour se convaincre des différences existant entre ces deux formules, nous allons reprendre l'objet du transfert de biens. Le transfert, n'est en réalité que destiné à affecter le bien. D'un côté, nous avons le transfert de propriété qui permet d'aliéner le bien. De l'autre côté, nous avons la mise à disposition qui permet d'affecter le bien. Or, dans le cadre général de la mise à disposition, le transfert du bien est uniquement destiné à être

[564] Extraits de l'article L. 1321-2 du CGCT : « la collectivité bénéficiaire de la mise à disposition assume l'ensemble des obligations du propriétaire (…). La collectivité bénéficiaire peut procéder à tous travaux. La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition est substituée à la collectivité propriétaires dans ses droits et obligations découlant des contrats (…) La collectivité bénéficiaire de la mise à disposition est également substituée à la collectivité antérieurement compétente dans les droits et obligations découlant pour celle-ci à l'égard de tiers de l'octroi de concession ou d'autorisations de toute nature sur tout ou partie des biens remis ou de l'attribution de ceux-ci en dotation »

affecté. Dans ces conditions, le transfert du bien, pris dans le sens d'une mise à disposition est gratuit et limité aux seules compétences utiles à sa gestion. La mise à disposition du bien repose alors sur l'absence d'indemnités puisque la propriété n'est pas transférée et qu'elle ne constitue pas une location. Le versement d'indemnités irait du reste à l'encontre de l'esprit et de l'objet de l'intercommunalité. En conclusion, pour VIDELIN, « *l'intercommunalité a créé un lien entre transfert du bien et transfert de compétence qui aboutit à écarter la propriété au profit de l'affectation* ». Dans ce but, la mise à disposition a été adoptée comme régime de droit commun car elle préserve le droit de propriété des collectivités territoriales.

B. …nécessitant la mise en place d'un régime dérogatoire pour les EPCI

Nous savons que l'intercommunalité est avant tout destinée à permettre la gestion d'équipements publics par plusieurs collectivités et qu'à ce titre, les biens des EPCI se composent essentiellement des biens transférés par les communes membres qui sont en majorité des dépendances du domaine public. Il reste cependant que certains biens transférés appartiennent au domaine privé des communes. Ce sont notamment les zones d'aménagement concerté (ZAC) et les zones d'activité économique (ZAE) qui représentent avec leur transfert une ressource budgétaire conséquente pour les EPCI et pour leur ancien propriétaire une perte toute aussi significative. C'est pour cette raison que le législateur a créé un régime dérogatoire pour leur transfert.

C'est le Conseil d'Etat qui a été amené à rappeler les principes de ce régime dérogatoire dans l'arrêt du 29 avril 2002, *District de l'agglomération de Montpellier*[565] en rejetant un recours en cassation intenté par le ministre de l'Intérieur et du district de l'agglomération de Montpellier. Le Conseil jugea que « l'arrêté préfectoral (…) n'avait pu légalement transférer au district de l'agglomération de Montpellier une compétence en matière de zones d'activité

[565] Des communes membres du district de l'agglomération de Montpellier ainsi que d'autres EPCI qui regroupent ces communes avaient saisi le tribunal administratif de Montpellier de deux requêtes, l'une en annulation et l'autre en suspension de trois arrêtés préfectoraux qui, successivement, avaient élargi les compétences du district aux ZAC et ZAE puis étendu le périmètre du district et, enfin, transformé le district en communauté d'agglomération. Ils fondaient leurs requêtes sur plusieurs illégalités dont l'une était relative à l'application de l'article L. 5211-17 du CGCT qui organise le transfert des biens notamment les ZAE et les ZAC. Les requérants considéraient que tout transfert de bien doit faire l'objet d'une délibération avant l'arrêté préfectoral de transfert de compétences. Le tribunal administratif leur avait donné satisfaction. Le district de l'agglomération de Montpellier et le ministre de l'Intérieur interjetèrent appel devant la Cour administrative d'appel de Marseille qui confirma le jugement rendu par le tribunal administratif. La Cour jugeait qu le régime dérogatoire qui s'applique aux biens des ZAC et ZAE impose non seulement aux communes de délibérer sur les conditions patrimoniales et financières du transfert mais aussi de le faire avant le transfert de compétences. Le district et le ministre de l'Intérieur ont alors saisi le Conseil d'Etat d'un pourvoi en cassation. Le Conseil d'Etat rejeta ce recours.

économique et de zones d'aménagement concerté sans qu'aient auparavant été fixées les conditions du transfert des moyens nécessaires à l'exercice de cette compétence ».
Pour Jean-Christophe VIDELIN[566], la loi du 12 juillet 1999 a réorganisé le régime des transferts des biens en tentant de concilier les intérêts des communes et des EPCI. Elle posait quatre principes généraux qui étaient le maintien du principe selon lequel le transfert ne peut avoir lieu que si les biens sont « nécessaires » à l'exercice des compétences de l'EPCI ; la gratuité du transfert ; l'obligation de choisir les régimes de transfert selon les biens ou les EPCI (les communes ne peuvent plus choisir le régime sauf pour le transfert des ZAE et ZAC) et a retenu la mise à disposition comme régime de droit commun de transfert[567].

Ainsi, le Conseil d'Etat opère selon nous une stricte observance de la loi du 12 juillet 1999. Dans le cadre des transferts obligatoires de compétences aux EPCI (et plus particulièrement aux trois formes de communautés), les communes ne font que « mettre à disposition » les biens nécessaire à l'exercice des compétences transférées aux EPCI. Nous avons vu que les communes peuvent également transférer des compétences facultatives à leurs groupements aux termes de l'article L. 5211-17 du Code général des collectivités territoriales. Cet article détermine alors expressément les compétences dérogatoires des communes et de l'EPCI en matière de transfert de ZAE et ZAC. Le Conseil d'Etat constate que les communes et l'EPCI doivent délibérer « sur les conditions financières et patrimoniales du transfert des biens immobiliers nécessaires à leur exercice ». En d'autres termes, selon VIDELIN, « *la loi permet, en contradiction avec le régime commun de plein droit de la mise à disposition, que les communes et l'EPCI décident des conditions du transfert. Ils sont compétents pour les deux aspects du transfert : l'un patrimonial et l'autre financier* ». En effet, ils peuvent opter légalement entre la mise à disposition et le transfert de propriété, et quel que soit leur choix, entre le versement ou non d'une indemnité.

La liberté de choix se justifie par la nature et l'affectation de ces biens qui constituent des éléments significatifs du domaine privé des communes. Ces biens ont une fonction à proprement parler patrimoniale car ils ont une vocation commerciale dans la mesure où les ZAC et les ZAE génèrent des recettes budgétaires par leur exploitation et surtout par leur

[566] Jean-Christophe VIDELIN, « La procédure de transfert des biens aux établissements publics de coopération intercommunale », *AJDA*, 2003, p. 676
[567] Le transfert total de propriété constitue depuis la loi du 12 juillet 1999, l'exception et, est limité aux biens affectés au domaine public des communautés urbaines et, si les communes le souhaitent, aux ZAE et ZAC quel que soit l'EPCI bénéficiaire.

vente. La vente fait partie intégrante de l'exercice de la compétence de l'EPCI en matière de ZAE et ZAC. Il doit donc en être propriétaire pour pouvoir les céder. Ainsi, les communes transfèrent des biens qui seront, théoriquement vendus par la suite. C'est donc une perte patrimoniale définitive. Pour toutes ces raisons, un régime dérogatoire se justifiait afin de laisser une compétence plus étendue des communes sur le transfert de ce type de biens. En somme, dans un souci de préserver les budgets municipaux, les communes peuvent légalement décider de se faire indemniser, le prix arrêté pouvant correspondre au montant des dépenses déjà engagées par la commune au titre des investissements utiles pour le développement d'une ZAE ou d'une ZAC. Aussi, cette compétence dérogatoire incite les juridictions administratives à être vigilantes sur son exercice. C'est pourquoi, le Conseil d'Etat juge logiquement que l'arrêté préfectoral « n'avait pu légalement transférer (…) sans qu'aient auparavant été fixées les conditions du transfert des moyens ». Le préfet doit s'assurer que les conditions patrimoniales et financières du transfert ont fait l'objet d'une délibération, avant de prendre l'arrêté prononçant le transfert de compétence[568].
Par conséquent, le préfet doit disposer de deux délibérations par commune pour transférer les compétences par arrêté : une première concernant la décision de transférer des compétences, la seconde concernant celle de transférer les biens nécessaires ainsi que les modalités patrimoniales.

Ainsi, la nécessité d'une délibération concordantes du conseil communautaire et des conseils municipaux des communes membres pour fixer les conditions financières et patrimoniales est obligatoire en matière de ZAE et de ZAC pour le transfert des biens attachés à l'exercice de cette compétence[569]. Cette procédure législative rappelée par le Conseil d'Etat dans son arrêt confirme selon nous l'objectif de préserver le droit de propriété des collectivités locales. En effet, la nécessité du bien à l'exercice d'une compétence transférée impose à la collectivité locale propriétaire de transférer son bien. En somme, l'affectation prime sur le droit de propriété. Pour autant, l'affectation est conditionnée car les transferts de biens ne peuvent

[568] La pratique avait fait que, le plus souvent, toutes les modalités n'étaient pas fixées avant l'arrêté préfectoral de transfert de compétences. Le Conseil d'Etat pose le principe inverse. Cette solution est limitée aux ZAC et ZAE, puisque les communes et les EPCI ne conservent des compétences sur les conditions du transfert patrimonial que sur ce type de biens. A reprendre l'article L. 5211-17 du CGCT, le fondement du transfert de biens demeure le transfert de compétences. Tout transfert de biens est justifié par sa nécessité pour l'exercice des compétences transférées : les communes peuvent « transférer (…) certaines de leurs compétences (…) ainsi que les biens (…) nécessaires à leur exercice » Le bien sert la compétence et non l'inverse.
[569] Jean-Christophe VIDELIN estime pour sa part que le Conseil d'Etat aurait pu dégager une règle générale qui impose que toute délibération patrimoniale soit préalable à l'arrêté préfectoral concernant tout transfert de biens, qu'il ait lieu lors de la création ou de la transformation d'un EPCI et qu'il occasionne un transfert de propriété ou de mise à disposition.

alors avoir lieu que s'ils sont utiles au regard de la compétence transférée. L'arrêt du Conseil d'Etat contribue à confirmer que le patrimoine des collectivités locales et les droits attachés se distinguent du patrimoine des personnes privées. Les biens publics ne peuvent pas être exploités dans les mêmes conditions y compris pour les biens du domaine privé. L'affectation peut imposer, au nom de l'intérêt général, que ce bien soit utilisé par un EPCI. Ainsi, le bien devra être transféré sans que la commune propriétaire puisse user, sauf exception législative des ZAE et ZAC, de ses droits pour choisir les conditions de cette perte patrimoniale.

Nous venons de voir que le transfert de biens implique la protection du droit de la propriété publique. Il peut être également source de difficultés.

§ 2. Des difficultés liées au transfert de biens dans le cadre d'un transfert de compétence

Si selon l'article L.1321-1 du Code général des collectivités territoriales, le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à disposition des biens utilisés pour l'exercice de cette compétence, cette mise à disposition peut être source de difficultés. La première difficulté que nous avons rencontré concerne la nature du bien à transférer (A). L'autre difficulté suppose une réflexion plus approfondie sur l'essence même du principe de transfert de compétence. En effet, celui-ci doit se faire, en application des lois de transferts de compétences, dans une certaine souplesse avec une concertation voulue par l'esprit de la loi. Or, nous montrerons que dans le cadre des transferts de compétences opérés par la loi du 13 août 2004, notamment pour les transferts de grands équipements, la mise à disposition des biens ne semble pas avoir respecté tous les principes constitutionnels mis en place pour une meilleure décentralisation (B).

A. Des difficultés liées à la nature du bien transféré

Dans le cadre d'un article relatif au transfert de biens entre collectivités publiques, Jean-Marc PEYRCAL[570] s'est interrogé sur la possibilité d'utiliser l'article L. 1321-1 du Code général des collectivités territoriales pour le transfert de biens et d'ouvrages entre un département et des communes, voire à un EPCI, concernant en particulier le cas d'un département propriétaire d'un réseau de production et de distribution d'eau potable et assumant l'activité

[570] Jean-Marc PEYRICAL, « Transfert de biens entre collectivités publiques », *AJDA*, 2002, p. 1157

du service public qui y est attaché. S'agissant de transferts de biens entre des communes et un EPCI, l'article L. 1321-1 du Code trouve à s'appliquer comme nous l'avons montré précédemment. L'auteur se pose la question de savoir si dans le cas précité, cet article trouve toujours à s'appliquer. Il remarque alors que « *le Conseil d'Etat a en effet déjà constaté qu'aucun texte de nature législative n'avait conféré aux communes une exclusivité de compétence dans ce domaine et a jugé qu'un service de distribution d'eau potable pouvait être pris en charge par une collectivité départementale, à partir du moment où ce service avait un intérêt départemental* ». Ainsi, dès lors qu'un conseil général, en application de l'article L.3211-1 du Code général des collectivités territoriales, « le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département » et qu'aucun texte de loi n'exclut le service public de l'eau potable de ces affaires départementales, rien n'interdit à la collectivité départementale de prendre en charge, juridiquement et financièrement un tel service[571]. Concrètement, en France, il existe des départements qui gèrent un service de production et de distribution d'eau potable, sans que des communes initialement compétentes leur aient explicitement confié cette compétence[572].

Même s'il existe quelques traces législatives expliquant l'origine de ces situations, dans d'autres cas, la compétence départementale n'a pas de source précisément déterminée, ni sur un plan législatif, ni même sur un plan réglementaire. Jean-Marc PEYRCAL revient un instant sur la notion de compétence en déclarant que « *l'on a coutume d'avancer qu'un transfert de compétence entre personnes morales distinctes ne peut être décidé que par la loi, la notion de compétence étant intrinsèquement attachée à cette dernière* ». Pour lui, une telle affirmation est susceptible d'appeler quelques réserves. Elle ne concerne, en effet, que les compétences expressément conférées par une loi à une collectivité ou un établissement public. Or, si l'on définit une compétence comme l'aptitude d'une personne morale ou physique à prendre des décisions dans une matière donnée, on peut convenir que, sauf loi suffisamment précise ou encadrement jurisprudentiel, le champ des compétences des collectivités est très

[571] En effet, aucun texte n'impose aux communes d'exercer leur compétence de distribution d'eau potable. Il n'existe donc pas d'interdiction à ce que ce soit d'autres collectivités territoriales, comme les départements, qui prennent en charge une telle compétence.

[572] Dans certains cas, il est possible de trouver des traces législatives expliquant l'origine de ces situations. S'agissant plus particulièrement de la gestion de l'assainissement, des lois du 10 juillet 1894 et du 13 août 1926 avaient conféré à l'ancien département de la Seine le droit de créer et d'exploiter un réseau d'assainissement sur l'ensemble de son territoire, comprenant celui des communes existantes. Ce droit a été transféré aux départements s'étant substitués, de par la loi du 10 juillet 1964, au département de la Seine. Ainsi, le département du Val de Marne peut tout à fait percevoir une taxe de raccordement au réseau versée par les propriétaires des immeubles édifiés postérieurement à ce dernier.

large, leurs assemblées locales gérant par délibération les affaires en relevant[573]. En conséquence, PEYRCAL constate que rien n'empêcherait une collectivité de transférer une compétence à tiers, la seule limite étant la nécessaire nature publique de ce tiers, une compétence ne pouvant être transférée (étant donnée qu'elle entraîne un réel dessaisissement) à une personne privée, au contraire d'une délégation de service public par exemple. Et, dès lors qu'un département pour des raisons historiques détient des missions ou gère des activités en matière de production et de distribution d'eau potable, et que ces missions et activités ne sont pas des compétences clairement attribuées par la loi, rien ne s'oppose à ce que ce département transfère ces missions et activités (et les biens qui lui sont rattachés) à un tiers, surtout si ce tiers est une structure de droit public.

Une telle situation (gestion par un département d'un service public d'eau potable et transfert de cette activité et des biens qui y sont attachés vers une autre structure publique) appelle deux remarques. La première concerne les conséquences juridiques de la gestion par un département d'un tel service. Nous ne développerons pas ce point car il n'intéresse pas directement nos travaux[574]. La seconde est liée au développement croissant de l'intercommunalité : certains départements disposant d'un réseau de production et de distribution d'eau potable sont amenés à opérer le transfert de ce réseau vers des structures intercommunales.
Sauf s'il s'agit de syndicats mixtes, auxquels adhéreraient les départements ayant cette compétence, les mécanismes prévus par le droit de l'intercommunalité, et en particulier celui de l'article L. 1321-1 du Code, ne trouvent pas à s'appliquer ici. De même, si dans le cas du transfert des biens et ouvrages affectés au service public de l'eau potable d'un département vers un EPCI, il y a également transfert de l'activité attachée au service public en cause, nous ne sommes toujours pas dans la même logique que celle d'un transfert de compétence d'une commune vers un EPCI[575]. On entrerait donc dans la logique du transfert de biens domaniaux entre deux structures publiques distinctes, ce transfert accompagnant le transfert de mission (au lieu de transfert de compétences) relatif à la production et à la distribution de l'eau potable.

[573] Nous retrouvons ici la clause générale de compétence que nous avons déjà présenté.
[574] La gestion d'un service d'eau potable entraîne en effet la prise en charge d'un grand nombre de responsabilités tant sur le plan administratif que sur le plan pénal. La responsabilité du département pourra être par exemple engagée en cas de pollution causée par des déversements dans son réseau.
[575] En effet, seules des communes peuvent créer entre elles des EPCI et leur transférer certaines de leurs compétences, comme nous l'avons vu antérieurement.

Pour Jean-Marc PEYRCAL, « *si une telle situation a depuis longtemps été envisagée par les textes et la jurisprudence, les solutions proposées ne correspondent pas nécessairement à la spécificité et aux contraintes qui sont propres au cas évoqué* ». Il écarte ainsi plusieurs théories classiques du droit administratif. Il récuse dans un premier temps le procédé du changement d'affectation qui suppose qu'un bien appartenant à une collectivité et affecté à un service donné soit mis à la disposition d'une autre collectivité en vue d'une affectation différente[576]. Puis, il écarte le mécanisme du transfert de gestion, qui est une modification d'affectation entraînant un changement de service ou de collectivité qui n'intéresse que le domaine public de l'Etat, ainsi que le procédé des mises à disposition liées aux transferts de compétences prononcés au titre de la loi de 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat[577]. Enfin, il repousse le procédé des changements autoritaire d'affectation, seul l'Etat s'étant vu reconnaître le droit de modifier à son profit et par voie d'autorité l'affectation d'un bien appartenant au domaine public d'une autre collectivité publique.

Face au constat inopérant de ces théories classiques pouvant justifier le transfert de biens et d'ouvrages attachés à un service de production et de distribution d'eau potable entre un département et un EPCI, il est nécessaire de s'attacher à trouver une solution pour mener à bien une telle opération avec l'objectif de trouver un équilibre entre le respect des principes de la domanialité publique et celui du principe de la libre administration des collectivités locales.

Partant alors du constat que le transfert de cette responsabilité à un EPCI apparaît cohérent[578] et justifié, il ne répond pas effectivement à la logique du transfert de compétence opéré dans le cadre de l'intercommunalité. A partir de là, il convient de déterminer les modalités par lesquelles le transfert des biens peut être opéré. Bien sur, le département peut choisir de mettre les biens et ouvrages attachés au service public de la production et de la distribution de l'eau à disposition de l'EPCI compétent en la matière. Mais le département peut aussi opter pour le transfert de propriété des biens en cause. Cependant, eu égard la nature de ce bien, il

[576] En l'espèce, si le transfert à une autre collectivité est réalisé pour le cas qui nous intéresse ici, les biens et ouvrages affectés au service public de l'eau du département n'ont pas vocation à changer d'affectation, étant donné qu'ils seront destinés au même service relevant, cette fois de la compétence d'un EPCI bénéficiaire du transfert.

[577] De telles mises à disposition accompagnent, en effet, des transferts de compétences précisément déterminés, dans le cadre de la décentralisation, entre l'Etat et les collectivités locales (communes, départements, régions). Elles ne transfèrent pas la propriété à ces dernières, qui ne peuvent devenir propriétaire des biens mis à disposition qu'en cas de désaffectation de ceux-ci.

[578] En effet, le transfert de production et de distribution d'eau potable à un EPCI apparaît cohérent, non seulement avec la nature même de ce service, service de proximité par excellence, mais aussi avec la répartition des compétences depuis les loi de répartition de 1983.

n'existe pas de solution prévue par le législateur. Aussi, Jean-Marc PEYRCAL remarque que l'article L. 5215-28 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les communes adhérentes d'une communauté urbaine doivent obligatoirement transférer la propriété des biens attachés à leurs compétences et que notamment, « le transfert définitif de propriété ainsi que les droits et obligations attachés aux biens transférés est opéré par accord amiable ». Il propose alors « *qu'un tel mécanisme, qui fait appel à l'accord conventionnel, peut être adapté au cas des transferts des biens d'un département vers un EPCI* ». Il imagine dans ce cas que le transfert serait opéré en deux temps : mise à disposition, puis transfert définitif. Cette double opération devrait nécessairement s'accompagner d'une délimitation précise des biens en question, mais aussi des droits et obligations qui y sont attachés. Cependant, il constate que la légalité d'un tel système de conventionnement ne manquera pas d'être discutée. Le transfert de propriété des biens ainsi envisagé ne répond pas aux procédures de déclassement ou de classement utilisées lors d'un changement de propriété[579]. Il conviendrait que les biens affectés au service public de l'eau transférés du département vers l'EPCI soient d'abord déclassés par le département, affectés à son domaine privé, aliénés au profit du domaine privé de l'EPCI, puis classés et intégrés au domaine public de ce dernier.

En conclusion, s'il apparaît que le législateur a prévu un régime de droit commun prévoyant la mise à disposition des biens nécessaires à la compétence transférée, aux termes de l'article L. 1321-1 du Code, il n'existe pas de véritable possibilité quant au transfert de propriété de ces biens. En outre, nous venons de constater que de nombreuses difficultés peuvent apparaître lorsque la collectivité veut transférer la propriété du bien attaché à l'exercice de la compétence dont elle avait la charge avant le transfert. Nous allons également remarquer que la mise à disposition d'un bien dans le cadre d'un transfert de compétence peut révéler des atteintes au principe de libre administration des collectivités, en revenant une nouvelle fois à la loi de transferts de compétences du 13 août 2004.

[579] Comme le remarque l'auteur, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois précisé qu'une collectivité publique ne saurait aliéner les biens de son domaine public sans qu'ils aient été au préalable déclassés. Et un ouvrage qui n'a pas fait l'objet d'une décision de déclassement est réputé toujours appartenir au domaine public de sa collectivité d'origine.

B. Des interrogations quant au respect du principe de libre administration

Les chapitres I et II de la loi du 13 août 2004 et plus précisément leurs articles 18 à 36 ont essentiellement pour objet, d'une part, le transfert de dépendances du domaine public de l'Etat (voirie, infrastructures aéroportuaires, portuaires et fluviales) à celui des collectivités territoriales et, d'autre part, au bénéfice de ces dernières, des possibilités d'institution de péages. Aussi, cette loi n'innove donc ni pour les transferts de compétence qu'elle opère ni par l'extension du recours au péage à laquelle elle procède. En effet, l'objectif qu'elle poursuit est celui de l'accroissement des libertés et responsabilités locales, ce qui conduit pour le professeur Pierre SUBRA DE BIEUSSES, « *à l'envisager, pour s'en tenir à l'essentiel, sous l'angle de l'effectivité de sa motivation décentralisatrice* »[580].
L'auteur constate alors que à première vue, les motifs énoncés (dans la loi du 13 août 2004) sont en parfaite cohérence avec une démarche « authentiquement décentralisatrice ».

S'agissant de la voirie, « le transfert de la majorité des routes nationales aux départements répond aux objectifs de décentralisation en permettant une identification plus simple de l'autorité responsable et une meilleure prise en compte des besoins des usagers (…) la gestion par les conseils généraux augmentera la proximité dans les choix d'aménagement et de niveau de service en entretien ». Pour les grands équipements, le transfert concerne ceux « pour lesquels le maintien de la compétence de l'Etat ne s'avère plus justifié à l'heure où il convient de gérer au plus près du terrain les infrastructures »[581]. Enfin, laissé à la discrétion des collectivités à la discrétion des collectivités, le recours au péage procéderait lui aussi d'une conception décentralisatrice, d'un plein respect de l'autonomie financière assuré par le transfert de ressources conformément à l'article 72-2 de la Constitution. Pourtant, « *à mieux y regarder, l'adéquation des dispositions des chapitre I et II du titre II aux objectifs d'une décentralisation pertinente se révèle pour le moins incertaine. D'une part, elles semblent porteuses d'inconvénients non négligeables en termes de bonne gestion. De l'autre, l'authenticité de leur inspiration décentralisatrice apparaît discutable* ». À partir de ce constat, si les transferts de propriétés domaniales au « bénéfice » des collectivités territoriales sont théoriquement motivés par la préoccupation décentralisatrice d'une gestion de proximité qui serait par définition bénéfique, de fait ils sont porteurs d'inconvénients.

[580] Pierre SUBRA DE BIEUSSES, « Voirie et grands équipements ou la décentralisation prétexte », *AJDA*, 2005, p. 144
[581] Jean-Pierre SCHOSTECK, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales*, Sénat, n° 31, Tome I, 22 octobre 2003

En effet, aux termes de l'article 22 de la loi, « les collectivités et groupements propriétaires des voies classées comme route à grande circulation communiquent au représentant de l'Etat dans le département, avant leur mise en œuvre, les projets de modification des caractéristiques techniques de ces voies et toutes mesures susceptibles de rendre ces routes impropres à leur destination ». Or, pourquoi le maintien d'une obligation d'information, si ce n'est pour que le représentant de l'Etat, selon les conditions d'application que déterminera un décret en Conseil d'Etat, puisse finir par empêcher, après coup[582]. Parce que les routes à grande circulation relèvent effectivement de l'intérêt national plutôt que d'en tirer la conséquence logique d'un maintien dans le domaine de l'Etat, on réserve l'hypothèse où tel département pourrait décider de travaux allant à l'encontre de cet intérêt supérieur. Pour le professeur SUBRA DE BIEUSSES, « *on ne saurait mieux dire que certains domaines de compétences s'accommodent mal de la décentralisation et qu'en l'occurrence il est parfaitement fallacieux de présenter le système mis en place comme respectueux du principe de libre administration des collectivités territoriales* » et d'affirmer alors qu' « *au-delà de ce qui relève des régimes juridiques de gestion domaniale, ce sont les conditions des transferts de propriété qui se révèlent contestables au regard de ce même principe de libre administration* ».

Effectivement, une logique élémentaire conduit à considérer comme antinomiques les notions de contrainte et de liberté, même si la commission des affaires économiques du Sénat évoque « un dispositif qui associe contrainte et volontarisme »[583], de sorte que, dans un système de libre administration, un transfert de propriété et de compétences devrait être, non pas imposé, mais librement accepté ou refusé. Tel n'est certainement pas le cas avec la loi du 13 août 2004 pour ce qui relève des transferts de propriété de dépendances du domaine public. A propos du transfert de voierie, le professeur SUBRA DE BIEUSSES remarque que le ministre Jean-François COPE s'est opposé à un amendement du groupe communiste tendant à subordonner le transfert à l'accord du conseil général, au motif que « *au-delà d'un risque de blocage du système de transfert envisagé, l'exigence d'un accord des conseils généraux aurait comme éventuelle conséquence de créer un émiettement du futur domaine routier national. Or, il a tout de même une obligation de consistance, de cohérence. Le refus d'un conseil général d'opérer un tel transfert pourrait conduire à rendre inopérant le souci de continuité et de cohérence des itinéraires nationaux* ». On peut observer, au passage, dans ce propos l'aveu

[582] Le législateur renonce à la réintroduction de la tutelle, mais la disposition reste une « disposition de défiance » à l'égard des collectivités territoriales concernées.
[583] G. GRUILLOT, *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales*, Sénat, n° 34, 22 octobre 2003

implicite mais clair de l'inadaptation d'un dispositif « authentiquement décentralisateur », au sens d'une réelle liberté d'administration, aux exigences de continuité et de cohérence pour les itinéraires jusqu'ici nationaux. De fait, c'est une formule autoritaire à laquelle s'est arrêté le législateur.

La démonstration peut être complétée par l'article 18 de la loi qui dispose, certes, que le transfert intervient après avis des départements intéressés sur le projet de décret, mais cet avis n'est évidement que consultatif. Concrètement, aux termes de cet article, « à l'exception des routes répondant au critère prévu par l'article L. 121-1 du code de la voierie routière (c'est-à-dire les autoroutes et routes d'intérêt national ou européen), les routes classées dans le domaine public national à la date de la publication de la présente loi, ainsi que leurs dépendances et accessoires, sont transférées dans le domaine public routier départemental (…). Ce transfert est constaté par le représentant de l'Etat dans le département dans un délai qui ne peut excéder dix-huit mois après la publication des décrets en Conseil d'Etat (…). Cette décision emporte, au 1er janvier de l'année suivante, le transfert aux départements des servitudes, droits et obligations correspondants, ainsi que le classement des routes transférées dans la voirie départementale ». Il ne s'agit donc pas de concertation, mais de contrainte. La solution peut éventuellement être jugée pertinente, mais on ne peut en revanche la considérer comme respectueuse de l'esprit de la décentralisation entendue comme libre administration des collectivités territoriales. Des observations de même nature peuvent être faite pour l'examen des modalités de transfert des grandes infrastructures.

En définitive, ces observations révèlent des transferts de propriété et donc de compétences, dont la justification par référence aux bienfaits d'une gestion au plus près du terrain apparaît douteuse et qui interviennent dans des conditions qui, en méconnaissance du principe de libre administration des collectivités, font la part belle à la contrainte. Le motif d'une pure préoccupation décentralisatrice n'étant donc pas réellement convaincant, le professeur SUBRA DE BIEUSSES s'interroge pour savoir s'il n'existerait pas un motif moins avouable qui ne serait pas en définitive le motif réel et qui reposerait, pour l'essentiel, sur des préoccupations financières. Même si ces interrogations peuvent paraître légitime, il ne nous appartient pas dans un premier temps de critiquer les dispositions adoptées par le législateur et de mettre en avant des motifs fallacieux qui aurait conduit cette nouvelle phase de décentralisation. Ces transferts, même s'ils sont discutables ont au moins le mérite d'exister. Dans l'optique où l'Etat ne peut plus faire face à la bonne gestion de ces infrastructures, la

décentralisation, qui suppose de rapprocher au meilleur échelon de collectivité les décisions qui peuvent être prises à ce niveau, ne peut être que bénéfique. Aussi, celle-ci, loin d'être qualifiée par certain comme « moins d'Etat », a en réalité, du moins depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, fait ces premiers pas vers un « mieux d'Etat ». Nous avons alors voulu monter qu'il existe des règles applicables aux transferts de compétences et plus particulièrement des règles qui permettent la mise à disposition d'un bien nécessaire à l'exercice de cette compétence. Comme toutes règles, elles supposent des dérogations et rencontrent également des difficultés d'application. Mais nous ne pensons pas que ces difficultés d'application (dans l'optique du transfert d'un bien nécessaire à l'exercice d'une compétence) puissent trouver comme prétexte la décentralisation. Tous les transferts de biens (voirie) et d'équipements prévus par la loi du 13 août 2004, accompagnant le transfert de compétences s'effectuent malgré des difficultés certaines. Pourtant face aux lacunes constatées par toutes les institutions de l'Etat (Parlement, Cour des comptes, Conseil Economique et Social), le bilan est globalement positif, laissant penser alors que la France s'est enfin dotée des moyens nécessaires pour se réformer.

SECTION II
LES TRANSFERTS DE PERSONNELS AUX COLLECTIVITES ET AUX EPCI

Les deux premiers actes de la décentralisation ont nécessité, respectivement la création d'une fonction publique territoriale et le transfert ainsi que la mise à disposition de fonctionnaires d'Etat afin de pouvoir gérer les nouvelles compétences transférées aux collectivités territoriales. Le cadre de la fonction publique territoriale a été le fruit d'une longue évolution pour tenter de toujours « coller » au plus près des lois de décentralisation adoptée par le législateur. Nous verrons dans un premier temps que si la fonction publique territoriale a permis de gérer sans difficultés particulières les compétences transférées dans le cadre de la décentralisation, elle a cependant nécessité quelques adaptations pour être aussi efficace dans le cadre de l'intercommunalité (§ 1).

Nous reviendrons ensuite sur les nouvelles modalités de transferts de personnels prévus dans le cadre des transferts de compétences opérés par la loi du 13 août 2004 en insistant sur la procédure du transfert des personnels TOS (§ 2).

§ 1. « Le personnel des collectivités territoriales, les « forces vives » de la nouvelle décentralisation »[584]

Les transferts de compétences réalisés dans le cadre de la décentralisation de 1982/1983 ont nécessité, outre le transfert d'une partie des personnels de l'Etat, la création d'une fonction publique territoriale pour permettre une gestion des compétences transférées aux différents échelons de collectivités territoriales. Cette fonction publique territoriale visait à donner aux collectivités une fonction publique professionnelle construite sur le modèle de la fonction publique de l'Etat (A). Cependant, les modalités de transfert des personnels dans le cadre de l'intercommunalité n'ont été fixées que tardivement et soulèvent quelques interrogations méthodologiques (B).

A. La création en 1984 d'une fonction publique territoriale

Afin d'aider les collectivités territoriales à gérer les nouvelles compétences qui leur ont été transférées depuis les loi du 7 janvier et 22 juillet 1983, l'Etat a décidé de transférer des fonctionnaires et agents publics dans les collectivités territoriales en utilisant la formule de la mise à disposition. Pour E. AUBIN et C. ROCHE, « *celle-ci a été utilisée, au début des années 1980 pour « vider » le contentieux relatif au statut des fonctionnaires d'Etat dont l'affectation ne correspondait plus, en raison de l'adoption des lois de décentralisation, à leur rattachement statutaire* »[585]. Née au terme d'un « accouchement difficile » la fonction publique territoriales est une création induite par la réforme des collectivités territoriales et elle a connu une « jeunesse instable » liées aux évolutions du droit de la décentralisation. L'élaboration d'un statut applicable à des fonctionnaires territoriaux « *est un acte fondamental de la décentralisation* »[586], la fonction publique territoriale étant « au service de la décentralisation ».

La loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et aux obligations des fonctionnaires et celle du 26 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives aux fonctionnaires territoriaux, forment les titres I et III du statut général de la fonction publique d'Etat et des collectivités locales. Ce statut tend à créer une fonction publique unique à deux versants paritaires et spécifiques.

---

[584] E. AUBIN et C. ROCHE, *Droit de la Nouvelle Décentralisation*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p.135
[585] Idem p. 142
[586] O. SCHRAMECK, *La Fonction publique territoriales*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995

L'unité est triple : d'une part, fonctionnaires de l'Etat et fonctionnaires des collectivités territoriales sont soumis à des règles communes quant à leurs droits et leurs obligations ; d'autre part, un ensemble unique de règles est substitué à de nombreux régimes juridiques propres aux agents de chaque catégorie de collectivité, il n'existe plus d'agent communal[587], d'agent départemental ou d'agent régional, il n'existe que des fonctionnaires territoriaux. La parité qui instaure l'égalité de traitement avec la fonction publique de l'Etat, résulte de l'identité des architectures, des institutions et des procédures ; elle se traduit par une nouvelle garantit fondamentale pour tous les fonctionnaires, la mobilité entre les fonctions publiques mise en œuvre par le détachement, suivi ou non d'intégration et le concours interne. La spécificité s'exprime dans les règles propres à chaque fonction publique, notamment en raison de la multiplicité des employeurs dans la fonction publique territoriale comparée à l'unicité dans la fonction publique de l'Etat.
Le législateur avait donné quatre ans au gouvernement pour construire la fonction publique territoriale. En pratique, la mise en place s'est achevée avec la publication des statuts particuliers de la police municipale et des gardes champêtres le 28 août 1994. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette lenteur.

Une première raison est d'ordre politique. La condition des agents locaux est un domaine sensible aux fluctuations des majorités parlementaires. En particulier, la loi du 13 juillet 1987, suivant une alternance parlementaire, a changé la philosophie du système conçu en 1984 en effaçant les contraintes du régime de la carrière, en supprimant la comparabilité avec la fonction publique de l'Etat et en instituant une gestion locale des fonctionnaires à la place d'une gestion inter - collectivités.

Une seconde raison est d'ordre juridique. Selon une décision du Conseil constitutionnel du 2O janvier 1984[588], la gestion des personnels est un élément de l'application du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales. Réglementant les compétences des organes des collectivités locales, et créateur d'obligations pour les autorités locales, le droit de la fonction publique territoriale ne peut être édicté que par le législateur.

[587] Depuis l'arrêt *Cadot* du Conseil d'Etat du 13 décembre 1889, les agents des communes n'étaient plus placés dans une situation de droit privé, sans être assimilés pour autant à des fonctionnaires
[588] Conseil constitutionnel, Décision n ° 83-168 DC, du 20 janvier 1984, *Loi relative à la Fonction publique territoriale.* Le Conseil constitutionnel a relié la gestion des agents par les autorités locales au principe constitutionnel de libre administration en censurant, notamment, une disposition privant les autorités locales de leur liberté en matière de création ou de suppression d'emplois et de gestion du personnel. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel annulait pour la première fois les dispositions d'une loi qui portait atteinte à la libre administration des collectivités territoriales.

Là où un décret suffit pour la fonction publique d'Etat, une loi est nécessaire pour la fonction publique territoriale.

Enfin, selon le professeur Jacques BOURDON, la dernière cause de lenteur relève de « la sociologie administrative »[589]. Pour BOURDON, « *la lenteur a un effet cumulatif en raison de la multiplication des pressions contradictoires émanant des groupes d'intérêts divers pesant sur la prise de décision par l'autorité compétente. Plus la décision tarde, plus les groupes politiques, les groupes d'élus locaux, les organisation syndicales ou corporatives de fonctionnaires territoriaux et de l'Etat sont nombreux à tenter de faire prévaloir leur point de vue et plus la décision est retardée* ». Une dernière raison est d'ordre administrative. La construction statutaire de cette fonction publique suppose la publication de très nombreux textes réglementaires d'application qui impliquent souvent une concertation interministérielle et notamment l'approbation du ministre chargé du budget.

Dans l'évolution actuelle de la décentralisation, la fonction publique territoriale semble avoir des défis à relever. C'est en tout cas l'idée de Marie-José TULARD qui s'interroge sur l'avenir de cette fonction publique[590]. Elle constate alors que « *la fonction publique territoriale qui a joué un rôle essentiel dans la réussite de la première étape de la décentralisation n'en est pas moins confrontée à différents défis* ». Tout d'abord, la fonction publique territoriale devra relever le défi de sa structure démographique qui va appeler un profond renouvellement au cours des vingt prochaines années. Ensuite, elle devra surmonter les profondes mutations des politiques publiques locales à attendre des nouveaux transferts de compétences, qui entreront en vigueur à partir du 1er janvier 2005, favorisant l'émergence de nouveaux métiers à la technicité croissante, ainsi que des réorganisations institutionnelles liées notamment à la montée de l'intercommunalité. Enfin, elle devra prendre en compte des évolutions naissantes du contexte européen et en particulier de l'obligation d'ouvrir les emplois publics locaux aux ressortissants communautaires, conformément au principe de la libre circulation des travailleurs posé par l'article 39 du traité de Rome, qui n'en excepte que certains emplois publics.

[589] *Les collectivités locales en France,* Paris, La documentation Française 2e édition mise à jour, coll. les notices, 2002, p. 129
[590] *Décentralisation, Etat et territoires,* Paris, La documentation Française, coll. Cahiers français, n° 318, janvier février 2004, p. 88

La fonction publique territoriale, fruit d'une construction progressive, dont le professeur BOURDON retrace l'évolution depuis vingt ans[591] n'a que récemment trouvé ses règles spécifiques relatives aux modalités du transfert des agents au profit des EPCI.

B. Les modalités de transferts de personnels dans le cadre d'un transfert de compétence vers un EPCI

Selon le constat établi par la Cour des comptes dans son rapport de novembre 2005 relatif à l'intercommunalité en France, « avant le vote de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, la situation des personnels communaux exerçant les compétences transférées à un nouvel EPCI ou à un EPCI élargi n'était pas clairement réglé ». En effet, le droit de l'intercommunalité ne prévoyait aucune procédure spécifique au transfert de personnel. Aussi, Anne GARDERE et Michael VERNE[592] relèvent que la loi du 12 juillet 1999 était certes venue combler un vide juridique antérieur sur la question des modalités de transfert de biens, équipements et contrats nécessaires à l'exercice d'une compétence transférée à un EPCI[593]. Elle était restée, en revanche, « quasi silencieuse » sur la question des transferts de personnels. La loi de 1999 n'avait posé aucun principe d'application générale pour ce qui concerne les personnels. Dans le silence des textes, il était fait application, en matière de transfert de personnels à un EPCI, des dispositions du droit commun de la fonction publique territoriale et donc, notamment, des procédures de mise à disposition, détachement ou mutation.

L'article 46 de la loi sur la démocratie de proximité[594] est venu clarifier la situation sur ce point, en posant expressément, d'une part le principe du transfert de plein droit au service ou de la partie de service nécessaire à la mise en œuvre des compétences transférées à un EPCI, et, d'autre part, le transfert de plein droit des personnels exerçant en totalité leurs fonctions

[591] Jacques BOURDON, « La fonction publique territoriale, 20 ans d'évolution permanente », *AJDA,* 2004, p. 121

[592] Anne GARDERE et Michael VERNE, « Des modalités du transfert des personnels à un établissement public de coopération intercommunale », *JCP Administrations et Collectivités territoriales,* 2 novembre 2004, p. 1395

[593] La loi du 12 juillet 1999 prévoyait notamment dans le cadre de l'article L. 5211-5-III que « Le transfert des compétences entraîne de plein droit l'application à l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice, ainsi qu'à l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés à la date du transfert, des dispositions des trois premiers alinéas de l'article l. 1321-1, des deux premiers alinéas de l'article L. 1321-2 et des articles L. 1321-3, L. 1321-4 et L. 1321-5 » Cet article prévoyait également dans son dernier alinéa, avant d'être abrogé par la loi du 27 février 2002 que « L'affectation des personnels est décidée dans les mêmes conditions »

[594] Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JORF, 28 février 2002

dans lesdits services ou parties de services. Corrélativement, l'article 46 II abroge les dispositions de la loi de 1999 qui prévoyaient que l'affectation des personnels était décidée dans les mêmes conditions de procédure que celles prévues pour la détermination des modalités financières et patrimoniales du transfert des biens nécessaires à l'exercice des compétences ZAE et ZAC, à savoir par décision des conseils municipaux statuant dans les mêmes conditions de majorité qualifiée que celle requise pour la création de l'EPCI. Il est donc clair que (s'agissant, bien entendu, de transferts de compétences opérés postérieurement à la loi du 27 février 2002), pour ce qui concerne les transferts de personnels, seules ont désormais, en principe, vocation à s'appliquer les dispositions de l'article L. 5211-4-1 I du Code général des collectivités territoriales, tel qu'introduit par l'article 46 de la loi du 27 février 2002. Cependant, pour Anne GARDERE et Michael VERNE, « *la lecture des dispositions de l'article L. 5211-4-1 I du Code général des collectivités territoriales, de prime abord relativement simple, mérite quelques éclaircissements au plan juridique* ».

A la lecture de cet article, les dispositions sont applicables aux syndicats de communes, aux syndicats mixtes « fermés », aux communautés de communes et aux communautés d'agglomération. Elles ne sont cependant pas applicables aux communautés urbaines, le transfert des personnels communaux à cette catégorie d'EPCI faisant l'objet de disposition spécifiques du Code des communes. Les dispositions de l'article L. 5211-4-1 I du Code ont par ailleurs vocation à s'appliquer dans toutes les situations donnant lieu à un transfert de compétences lui-même accompagné d'un transfert de services au profit de l'EPCI concerné[595]. Ces dispositions n'opérant aucune distinction entre les compétences concernées, elles s'appliquent donc nécessairement pour toutes les compétences transférées à un EPCI, qu'il s'agisse de compétences légales obligatoires, des compétences légales optionnelles ou des compétences facultatives. Enfin, les dispositions de l'article s'appliquent tant aux fonctionnaires territoriaux qu'aux agents territoriaux non titulaires, du moins pour ce qui concerne les agents exerçant en totalité leurs fonctions dans le service transféré.

Après avoir rappelé le principe selon lequel le transfert de compétences d'une commune à un EPCI entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre,

[595] Tel est le cas dans l'hypothèse de la création d'un EPCI (article L. 5211-5 du CGCT) ou encore en matière d'extension des compétences (article L. 5211-17 du Code) ou du périmètre de l'EPCI (article L. 5211-18). En revanche, ces dispositions n'ont pas nécessairement vocation à s'appliquer en cas de transformation d'un EPCI ou dans le cadre de la nouvelle procédure de fusion de deux EPCI. Dans ces deux cas, il est prévu un transfert automatique des personnels de l'ancien (ou des anciens EPCI) au profit du nouvel EPCI issu de la transformation ou de la fusion.

l'article L. 5211-4-1 I du Code distingue deux cas de figure distincts, pour lesquels il est prévu deux procédures de transferts différents : les agents exerçant en totalité leurs fonctions dans le service ou la partie de service transféré, d'une part, et les agents exerçant en partie seulement leurs fonctions dans ce même service d'autre part.

Concernant le cas des agents exerçant en totalité leurs fonctions dans le service ou la partie de service transféré à l'EPCI, il est prévu selon l'article L. 5211-4-1 I alinéa 2 que ceux-ci « …sont transférés dans l'établissement public de coopération intercommunale. Ils relèvent de cet établissement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs». La loi prévoit donc tant pour las agents titulaires que contractuels exerçant en totalité leurs fonctions dans le service ou la partie de service transféré, un transfert de plein droit des agents et donc, corrélativement l'absence d'obligation de solliciter l'accord de ceux-ci, par dérogation au droit commun de la fonction publique territoriale (dans le cadre duquel, qu'il s'agisse des procédures de mise à disposition, détachement ou mutation, l'accord exprès et préalable des agents est toujours requis). C'est donc le principe de l'automaticité du transfert des agents qui est retenu, ceux-ci pouvant être transférés au sein de l'EPCI, certes « …dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs », mais sans leur accord. En termes de formalités, il est prévu que « … les modalités du transfert font l'objet d'une décision conjointe de la commune et de l'établissement public de coopération intercommunale, prise respectivement après avis du comité technique paritaire compétent pour la commune, et s'il existe, du comité technique paritaire compétent pour l'établissement public de coopération intercommunale »[596]. Un arrêt du Conseil d'Etat[597] est venu préciser que la décision conjointe de la commune et de l'EPCI et la consultation du ou des comités techniques paritaires[598] concernés, peut intervenir postérieurement à l'arrêté préfectoral prononçant le transfert de la compétence au profit de l'EPCI (et induisant le transfert des services afférents).

Concernant le cas des agents exerçant en partie seulement leurs fonctions dans le service ou la partie de service transféré à l'EPCI, il est prévu que les questions relatives à la situation de ces derniers « … sont réglées par convention entre les communes et l'établissement public de

[596] Article L. 5211-4-1 I alinéa 3 du CGCT.
[597] Conseil d'Etat, 10 octobre 2003, *Commune d'Angles*
[598] L'article 32 de la loi n° 84-56 du 26 janvier 1984 prévoit expressément que toutes les collectivités et établissements publics doivent, soit créer un comité technique paritaire lorsque l'effectif est supérieur à cinquante personnes, soit être rattachés au comité technique paritaire du centre de gestion territorialement compétent. En conséquence, il existe toujours un « comité technique paritaire compétent » à l'égard des collectivités.

coopération intercommunale après avis des commissions administratives paritaires concernées, dans le respect des conditions de statut et d'emploi fixés par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale »[599]. A la différence du cas des agents exerçant en totalité leurs fonctions dans le service transféré, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur le moment où doivent intervenir l'avis des commissions administratives paritaires et la conclusion de la convention. Pour GARDERE et VERNE, « *pour autant, par transposition de la jurisprudence du Conseil d'Etat…il apparaît possible de considérer que l'avis des commissions administratives paritaires et la convention ne doivent pas nécessairement intervenir avant l'arrêté préfectoral prononçant le transfert de compétences au profit de l'EPCI concerné* ». La loi impose, pour le cas des agents exerçant en partie seulement leurs fonctions dans le service ou la partie de service transféré, la passation d'une convention entre la commune et l'EPCI, convention dont la conclusion doit obligatoirement être précédée de l'avis des commissions administratives paritaires « concernées ». Bien que la loi ne précise pas expressément l'objet de l'avis des commissions administratives paritaires concernées, l'utilité de ce dernier ne se conçoit que si un projet de convention a été élaboré, au préalable entre la commune et l'EPCI, ce qui suppose donc qu'un accord de principe ait été trouvé en amont tant sur l'étendue des transferts de personnels que sur les modalités de celui-ci.

Enfin, l'article 46 de la loi du 27 février 2002 prévoit expressément que les agents transférés conserveront, dès lors qu'ils y auraient intérêt, le bénéfice du régime indemnitaire[600] qui leur était applicable antérieurement.

§ 2. Les nouveaux transferts de personnels prévus dans la loi du 13 août 2004

La loi du 13 août 2004 contient de nombreuses dispositions concernant le transfert de personnels chargés de la gestion des compétences. Aussi, le dispositif concernant le personnel n'est pas le même selon qu'il s'agit de compétences transférées aux collectivités territoriales ou de domaines faisant seulement l'objet d'expérimentation ou de délégation de compétences

[599] Article L. 5211-4-1 I alinéa 4 du CGCT

[600] Anne GARDERE et Michael VERNE citent le ministre de l'Intérieur qui est venu préciser la notion de régime indemnitaire, lequel est constitué « de l'ensemble des primes et indemnités obtenues par les fonctionnaires territoriaux au titre de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et du décret du 6 septembre 1991 pris pour son application. La nouvelle bonification indiciaire, en revanche, ne peut être assimilée au régime indemnitaire puisqu'elle constitue un droit pour l'agent qui remplit les conditions d'octroi prévues en la matière »

(A). La loi prévoit également le transfert de personnels TOS qui a été considéré lors des débats parlementaires comme un sujet sensible. Nous présenterons alors les modalités de ce transfert de personnels (B).

A. La mise à disposition des services et des personnels au titre de l'expérimentation et des délégations de compétences

Dans le cadre des transferts de personnels prévus pour l'exercice des transferts de compétences, « *les opérations intéressant les services ou partie de services feront appel à deux techniques : la mise à disposition et le transfert définitif. La mise à disposition sera le seul procédé applicable aux expérimentations et aux délégations de compétences, compte tenu du caractère réversible ou provisoire de ces dernières. Elle constituera une première étape, suivi du transfert définitif dans un second temps, pour les compétences transférées* »[601]. Aussi, les services (ou parties de services) concernés par la mise à disposition sont évidement ceux qui participent à l'exercice des compétences de l'Etat transférés par la loi du 13 août 2004 aux collectivités territoriales ou à leurs groupements. Mais la loi (article 104-I) ajoute les « services ou parties de services de l'Etat mis à la disposition des collectivités territoriales pour l'exercice des compétences transférées dans les domaines des ports, des voies d'eau et routes départementales en application de la loi n° 83-3 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-3 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat et de la loi n° 92-1255 du 2 décembre 1992 relative à la mise à disposition des départements des services déconcentrés du ministère de l'équipement et de la prise en charge des dépenses de ces services, ainsi qu'aux services ou parties de services mis à disposition de la collectivité territoriale de Corse dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 4422-43 du Code général des collectivités territoriales pour l'exercice des missions d'exploitation et de gestion des routes nationales ».

[601] Jacques FERSTENBERT, « Le transfert des personnels dans la loi relative aux libertés et responsabilités locales », *AJDA*, 2004, p. 1996

En ce qui concerne les biens entrant de la champ d'application qui vient d'être rappelé, (mise à disposition) l'article 104-II de la loi[602] renvoie simplement aux modalités prévues aux articles L.1321-1 du Code général des collectivités territoriales. Pour le professeur FERSTENBERT, « *s'agissant spécifiquement des personnes, elle* (la loi) *apporte un certain nombre de précisions utiles* ».
D'abord, la loi indique que les fractions d'emplois (quand ils ne peuvent donner lieu à un transfert) seront financièrement compensées. Ensuite, pour assurer la continuité du service public dans l'attente de la signature des conventions de mise à disposition ou des arrêtés ministériels les remplaçant, il est prévu que l'exécutif territorial pourra donner des instructions aux chefs des services de l'Etat, en charge des compétences transférées, à compter de la date de transfert de compétences. En outre, pour rassurer les élus locaux craignant que l'Etat ne procède à des diminutions d'effectifs dans les services concernés, avant le transfert des compétences, il est acté que seront transférés tous les emplois pourvus au 31 décembre de l'année précédant l'année du transfert, leur nombre global ne pouvant être inférieur à celui constaté le 31 décembre 2002. Enfin, le législateur a prévu la mise en place d'une commission consultative sur l'évaluation des charges et le gouvernement devra lui présenter un bilan portant sur l'évolution, entre 2002 et 2004, des emplois de l'Etat concernés par les transferts de compétences prévus par la loi du 13 août 2004.

Il ressort de la loi que la mise à disposition d'un service est le « prélude » à son transfert définitif pour les compétences transférées. Elle est également utilisée dans les hypothèses d'expérimentation et de délégation de compétences. Mais dans ces deux cas, elle déroge au droit commun. La mise à disposition précédant le transfert des services et agents est prévue pat l'article 104- III à 104-V de la loi du 13 août 2004. Elle doit ainsi faire l'objet d'une ou plusieurs conventions conclues entre le représentant de l'Etat et l'exécutif de la collectivité territoriale. Ces services ou parties de services sont dès lors placés sous l'autorité de cet exécutif.
La loi rend également possible des expérimentations dans des domaines variés, qui nécessitent un personnel compétent. De ce point de vue, elle constitue un progrès par rapport aux lois antérieures, qui ne prévoyaient en matière d'expérimentation aucune mise à disposition.

[602] Article 104 – II de la loi du 13 août 2004 : « Les services et parties de services mentionnées au I sont transférés selon les modalités prévues aux articles L. 1321-1 à L. 1321-8 du Code général des collectivités territoriales »

Pour la durée de l'expérimentation[603], ou de la délégation de compétences, les services ou parties de services qui participent à l'exercice des actions en faisant l'objet, sont mis à disposition, selon le cas, de la région, de la collectivité territoriale de Corse, du département, du groupement de collectivités ou de la commune selon l'article 112 de la loi. Les fonctionnaires, agents non titulaires, contractuels de droit privé, qui exercent leurs fonctions dans un tel service sont de plein droit mis à disposition et placés sous l'autorité de l'exécutif territorial. Ainsi, le régime de la mise à disposition prévu par la loi du 13 août met en avant son aspect dérogatoire dans la mesure où il n'entraîne pas définitivement le transfert des personnels affecté au service faisant l'objet du transfert de compétence. En effet, dans le cadre de l'expérimentation et des délégations de compétences, le service, objet de l'expérience ou de la délégation, a vocation à retourner (a la fin du délai de l'expérimentation ou de la durée de la délégation) à la collectivité étant à l'origine du transfert. Dans ce cas, il n'est pas alors utile que les personnels affectés à ce service soient transférés de manière définitive et absolue à la collectivité ayant bénéficiée de l'expérimentation ou de la délégation.

Enfin, la mise à disposition de l'article 105 de la loi du 13 août 2004 déroge à l'article 41 de la loi du 11 janvier 1984. Cet article précise en effet qu'un agent de l'Etat ne peut être mis à disposition qu'au profit d'une administration d'Etat ou d'un établissement public de l'Etat. Dans le cas de la loi de 2004, les agents concernés seront mis à disposition, à titre individuel, de l'exécutif de la collectivité ou du groupement de collectivités et placés sous son autorité. Dans le droit commun de la fonction publique l'accord du fonctionnaire est normalement nécessaire alors que la mise à disposition de l'article 105 s'effectue de plein droit, sans le consentement de l'intéressé. De plus, le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985, auquel renvoie l'article 41, limite à trois ans une telle mise à disposition, alors qu'ici aucun délai n'est prévu.

Quant aux transferts définitifs de services, un décret pris en Conseil d'Etat en fixera les modalités. Il s'agit des services qui participent à l'exercice des compétences de l'Etat transférées aux collectivités par la loi du 13 août 2004, mais également de ceux qui exercent les compétences transférées au département par la loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant le revenu

[603] Par exemple la gestion financière de programmes communautaires régionaux, la mise en œuvre des mesures d'assistance éducative en matière de protection judiciaire de la jeunesse, la gestion des crédits relatifs aux travaux d'entretien et de restauration de monuments historiques.

minimum d'activité. Pour les fonctionnaires de l'Etat exerçant leurs fonctions dans un service transféré à une collectivité ou un EPCI, un droit d'option est reconnu, entre le maintien du statut de fonctionnaire d'Etat ou l'accès au statut de fonctionnaire territorial[604].

B. Le cas particulier du transfert des personnels TOS

Le transfert aux départements et aux régions des personnels techniques, ouvriers et de service (TOS) a été l'un des points les plus contestés de la loi du 13 août 2004. Aussi, le Conseil constitutionnel annula un seul article de cette loi qui concernait les dispositions de transfert de ces personnels[605]. L'article 203 de la loi du 13 août 2004 censuré par le Conseil pour violation du principe d'égalité, différait l'entrée en vigueur de la loi dans les départements et les régions d'outre-mer au motif qu'il convenait préalablement de rééquilibrer les effectifs, estimés insuffisants dans les académies en cause. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'on ne pouvait trouver en l'espèce dans ces collectivités les « caractéristiques et contraintes particulières » qui justifieraient des adaptations, aux termes du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution. Il a souligné en effet que les écarts entre le besoin de personnels et les effectifs réels sont plus importants dans certaines académies de métropole.

Pour le professeur FERSTENBERT, « *ce faisant, la Haute juridiction donne un poids officiel aux inquiétudes exprimés par nombre d'élus des départements et des régions, en ce qui concerne plus particulièrement les TOS, craignant que leur soient transférés des effectifs insuffisants au regard des besoins et que, en plus de voir le nombre total de leurs agents doubler (pour les départements) ou même être multiplié par 4 ou 5 pour les régions…ils doivent rapidement procéder à des recrutements supplémentaires, sous une pression locale des parents, particulièrement efficace lorsqu'elle s'adresse aux autorités locales proches, plutôt qu'au lointain Etat* ». En effet, cette observation est partagée par le professeur FRIER[606] qui constatait que le transfert progressif des personnels techniciens, ouvriers et de services de l'éducation nationale (mais non des personnels administratifs) modifie substantiellement le poids et le rôle des collectivités territoriales qui vont donc les recruter et les gérer.

---

[604] Concernant les conséquences du choix entre les deux types de fonction publique dans le cadre d'un transfert de service, nous renvoyons à l'article de Jacques FERSTENBERT cité page 257

[605] Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales.*

[606] Pierre-Laurent FRIER, « Les transferts de compétences dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture », *AJDA*, 2004, p. 1984

D'une part, il va transformer la région, qui était jusqu'alors une administration que l'on pourrait qualifier de gestion, en une administration de mission[607]. D'autre part, le transfert de ces personnels est vivement contesté pour des raisons éthiques. Les craintes qui sont apparues chez l'ensemble des personnels de l'éducation nationale, portées également par les élus locaux, s'attachent à un risque de scission de la communauté éducative, les personnels enseignants et les personnels TOS n'étant plus porteurs des mêmes objectifs et des mêmes valeurs.

Face à ces craintes, la loi répond dans son article 82 en maintenant, au bénéfice du chef d'établissement, le pouvoir d'organisation et de gestion des services[608]. Cependant, ces craintes se sont progressivement transformées en conflit très vigoureux faisant apparaître rapidement l'équation « décentralisation = privatisation ». La doctrine semble au contraire unanime sur les conséquences du transfert de personnels au profit des collectivités territoriales, dans la mesure où celles-ci, gérant les services publics de proximité donnent souvent dans ce cadre une satisfaction plus immédiate et plus réelle aux usagers[609].

Pour le professeur FRIER, « *l'un des intérêts essentiels du dispositif législatif est qu'il doit conduire, à terme, vers une « éducation » commune à la responsabilité : responsabilité de l'Etat, qui devra réellement tenir ses engagements sur les dossiers dont il demeure en charge ; responsabilités des élus, qui apprendront le coût des promesses ou des ambitions (matérielles bien sûr lorsque sont livrés de superbes bâtiments scolaires, paquebots somptueux où des armadas de personnels devront se déployer)* ».

Dans ces conditions, la loi de 2004 prévoit le transfert de ces agents de la manière suivante : le principe est que les services ou les parties de services qui participent à l'exercice des compétences nouvellement confiées aux collectivités territoriales seront transférés à ces dernières. Ce transfert concerne les fonctionnaires et les agents non titulaires de droit public. La loi entre en vigueur au 1er janvier 2005. L'année 2005 est une année de transition au cours

[607] A titre d'exemple, le professeur FRIER cite le cas de la région Midi-Pyrénées qui compte actuellement 600 agents et devrait d'ici trois ans en accueillir 2500 de plus. Elle va donc devoir créer un véritable service de gestion de ces personnels.

[608] Le président du conseil général ou régional pour l'exercice des compétences qui lui incombent s'adresse directement au chef d'établissement et lui fait connaître les objectifs fixés par la collectivité de rattachement et les moyens que celle-ci alloue à l'établissement. Le chef d'établissement est dès lors chargé de mettre en œuvre ces objectifs et de rendre compte de l'utilisation de ces moyens. Ce chef d'établissement, agent de l'Etat, assisté des services d'intendance et d'administration encadre et organise le travail des personnels TOS placés sous son autorité dans ce cadre. Il est donc garant du maintien de l'unité de la communauté éducative, ce que la loi conforte en rappelant que les personnels TOS sont membres de celle-ci et concourent directement aux missions du service public de l'éducation nationale.

[609] Ce constat avait déjà été établi dans le cadre de la régionalisation des transports ferroviaires aux usagers, tout le monde ayant constaté que désormais « les trains (régionaux) partent à l'heure et arrivent à l'heure »

de laquelle, en vertu de l'article 83 de la loi, l'Etat conserve la responsabilité de l'organisation des concours de recrutement et de l'affectation des personnels TOS. Ainsi, la rentrée scolaire 2005 devrait, pour l'implantation des postes de ces personnels, être préparée par l'Etat seul (la logique voudrait que le travail de l'Etat s'effectue ici en lien avec les collectivités concernées). Durant cette année 2005, l'Etat et les collectivités territoriales vont travailler à l'élaboration de conventions de mise à disposition de services ou de parties de services (article 104), qui permettront aux collectivités d'exercer les compétences qui leur sont transférées. A défaut d'accord entre l'Etat et une collectivité, une liste des services mis à disposition sera établie par arrêté interministériel. A compter de la publication de décret en Conseil d'Etat approuvant définitivement les conventions ou les arrêtés de transfert de services, une période de choix d'une durée de deux ans s'ouvre pour les agents (article 109). Durant ce laps de temps, ils pourront choisir entre le transfert dans la fonction publique territoriale, au sein de cadre d'emplois susceptibles de les accueillir, ou le maintien dans la fonction publique d'Etat, avec un détachement de longue durée au sein d'une collectivités territoriale. Les fonctionnaires qui ont opté pour le détachement sans limite de durée pourront d'ailleurs demander par la suite leur intégration dans la fonction publique territoriale. En attendant, ils suivront un double déroulement de carrière jusqu'à la date de leur retraite en tant que fonctionnaire d'Etat. Le processus complet de transfert sera donc achevé au 1er janvier 2008, et c'est à cette date que les collectivités territoriales seront en pleine capacité d'exercer avec les agents concernés les compétences qui leurs ont été dévolues par la loi[610].

Pour le professeur FRIER, la question du transfert des personnels TOS semble, dans la réalité, moins inquiéter les agents concernés qu'elle n'agite les collectivités territoriales. Les personnels TOS savent en effet que, pour différentes raisons, leurs droits statutaires seront conservés[611]. En revanche, cette question inquiète beaucoup les élus, à la fois pour des raisons financières et quant à leur capacité à faire face à des problèmes de gestion des personnels.

[610] Nous nous sommes efforcés de présenter simplement les modalités de transferts des personnels TOS. Pour plus de détails, nous conseillons l'analyse de Roselyne ALLEMAND et Pierre TIFINE « Le transfert aux collectivités territoriales des personnels techniques et ouvriers de service de l'éducation nationale : l'analyse des questions statutaires », *AJDA*, 26 juin 2006, p. 1260.

[611] La durée de travail est de 1607 heures dans la fonction publique d'Etat comme dans la fonction publique territoriale et les primes semblent nettement plus avantageuses dans la fonction publique territoriale.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

L'analyse des différents modes de transferts de compétences a permis de mettre en évidence les nouveaux moyens dont s'est doté l'Etat afin d'optimiser la décentralisation et l'intercommunalité. En effet, à côté des moyens traditionnels de transferts (transferts obligatoires, optionnels ou facultatifs) la mise en place de l'expérimentation, offerte tant aux collectivités et aux EPCI semble prometteuse.

Quant aux conséquences des transferts de compétences, nous avons vu qu'elles emportaient le transfert des biens, des personnels et financier nécessaire à l'exercice des compétences faisant l'objet du transfert. Nous avons alors constaté, que la loi du 13 août 2004, qui prévoit de nombreux transferts de compétences, a dans son contenu respecté toutes les nouvelles prescriptions constitutionnelles issues de la révision du 28 mars 2003. Pourtant, des difficultés émergent lors de la mise en application de cette loi.

CONCLUSION GENERALE

Lorsque nous avons abordé le sujet des règles relatives aux transferts de compétences ente collectivités publiques, nous ne pensions pas faire face à une telle étendue recouvrant notre sujet. Nous avons d'abord constaté que les transferts de compétences aux collectivités publiques peuvent être opérés sur un double niveau : celui de la décentralisation et celui de l'intercommunalité. Bien que ne procédant pas de la même essence, elles convergent vers un objectif commun, celui d'une meilleure rationalité de l'organisation administrative.

La décentralisation vise en effet, et maintenant plus encore avec l'introduction du principe de subsidiarité en sein de la Constitution[612], à permettre aux collectivités territoriales de prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. Nous avons montré dans un premier temps que les transferts de compétences définissent la décentralisation en nous appuyant sur les travaux du professeur Jean-Marie PONTIER. Puis, nous avons mis en évidence la relance de la décentralisation par de nouveaux transferts de compétences, aujourd'hui appelé « l'Acte II » de la décentralisation. Ensuite, nous nous sommes attachés à présenter les conséquences des transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation notamment quant à la libre administration des collectivités territoriales. Dans un second temps, nous avons observé les principes fondamentaux régissant les transferts de compétences. Après avoir étudier les différentes modalités de répartition des compétences dans le cadre de la décentralisation (clause générale de compétence, théorie des blocs de compétences, principe de subsidiarité), nous avons mis en avant les nouvelles règles constitutionnelles devant être respectées lors des nouveaux transferts de compétences[613].

L'intercommunalité permet quant à elle, de mutualiser des moyens afin de rendre un meilleur service aux populations, de développer des infrastructures et des services que l'Etat ne pouvait assumer seul et doit servir, d'une part à lutter contre l'émiettent des communes et d'autre part à utiliser de manière plus efficace les moyens publics pour tenir compte des

[612] Article 72 alinéa 2 de la Constitution.
[613] En fait, il s'agit de la règle traditionnelle de l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre et de l'instauration de la notion de collectivité chef de file, notion ancienne constitutionalisée par la révision de 2003

évolutions démographiques et économiques[614]. Nous avons alors présenté en quoi consiste l'intercommunalité en analysant la création d'un établissement public pour recevoir des compétences communales. L'intercommunalité suppose en effet différentes formes d'établissements publics permettant un transfert variable des compétences. Nous nous sommes aperçu en fait que les EPCI doivent alors définir « l'intérêt communautaire » de leur structure avant de pouvoir obtenir le transfert de compétences[615]. Enfin, nous avons vu que la loi du 13 août 2004 modifiait la possibilité de transferts de compétences en créant la possibilité d'une délégation de compétence, c'est-à-dire que les EPCI pourront se voir confier des compétences appartenant aux collectivités régionales et départementales ainsi que dans certains domaines des compétences étatiques.

Nous avons, dans la deuxième partie de notre recherche, tenté de présenter l'ensemble des règles applicables aux transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation et de l'intercommunalité. Le recours quasiment systématique au Code général des collectivités territoriales, nous a permis de comprendre l'étendue des transferts de compétences opérés par la loi du 13août 2004. Cette loi de transfert de compétences, mais également de répartition de compétences, a profondément marqué le développement de nos travaux dans la mesure où les dispositions qu'elle contient touchent à la décentralisation et à l'intercommunalité. Nous pouvons cependant regretter le manque de clarté de cette loi ainsi que sa lourdeur (202 articles), qui a nécessité en outre deux circulaires pour sa mise en application[616].
Après avoir détaillé les différents modes « traditionnels » de transferts de compétences existants, nous sommes revenu sur l'innovation mise en place par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 instaurant le transfert expérimental de compétence.

Nous avons terminé notre étude par la présentation des conséquences liées au transfert de compétence, à savoir le transfert des moyens financiers, matériels et personnels nécessaires à

[614] *L'intercommunalité*, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005, p.14
[615] Alain GEST, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales*, Assemblée Nationale, n° 3199, 28 juin 2006 p. 130. Le rapporteur rappelle qu'en vertu de l'article 164 de la loi du 13 août 2004, l'intérêt communautaire devait être fixé au plus tard le 17 août 2005, pour les compétences déjà transférées à un EPCI à fiscalité propre à la date de la publication de la loi. Au-delà de cette date, l'absence de définition devait entraîner un transfert intégral des compétences à la communauté. L'article 18 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique a prorogé le délai de la définition de l'intérêt communautaire d'un an, au 17 août 2006.
[616] Circulaire du 10 septembre 2004 relative à l'entrée en application de la loi n° 2004-809 du 13 août relative aux libertés et responsabilités locales et Circulaire du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « libertés et responsabilités locales »

l'exercice des compétences transférées. L'article 72-2 alinéa 3 de la Constitution qui prévoit depuis 2003 que « Tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquences d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi », nous a permis d'aborder la question de la compensation financière des transferts de compétences en montrant, qu'en principe, toutes les nouvelles compétences transférées par la loi du 13 août 2004 étaient entièrement compensées[617].
Les transferts de compétences entraînent également des conséquences sur les biens et sur les personnels : nous avons alors mis en évidence les règles applicables à ces transferts en montant combien ces principes juridiques peuvent être difficiles à mettre en œuvre dans leur application[618].

Enfin, preuve est faite de l'intérêt et de l'actualité de notre étude en consultant le rapport CAILLOSSE sur la « clause générale de compétence »[619] qui pose comme problématique la place de cette technique de distribution des fonctions entre l'Etat et les collectivités territoriales et de répartition des tâches entre collectivités. Selon Laurence LEMOUZY[620], au-delà des propositions pour un changement de modèle territorial, il semble urgent de mettre un terme à la multitude de modes de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales. Aussi, avant d'opter définitivement pour un modèle de répartition de compétences, il nous semble opportun de procéder à une analyse approfondie du bilan de « l'acte II de la décentralisation ».

[617] Hervé MARITON, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête parlementaire sur l'évolution de la fiscalité locale,* Assemblée Nationale, n° 2436, Tome I, 5 juillet 2005
[618] En particulier dans le cadre des transferts de personnels devant accompagner les compétences transférées.
[619] J. CAILLOSSE, *Repenser les responsabilités locales,* Les cahiers de l'institut de la décentralisation, n° 8, II, 2006
[620] Laurence LEMOUZY, « Le rapport Caillosse sur la « clause générale de compétence », *JCP Administrations et collectivités territoriales,* 3 juillet 2006, p. 927

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

A) OUVRAGES GENERAUX

AUBIN (E), ROCHE (C), *Droit de la Nouvelle Décentralisation,* Paris, Gualino éditeur, 2005, 267 p.

AUBY (J-B), AUBY (J-F), NOGUELLOU (R), *Droit des collectivités locales,* Paris, PUF, 3e édition refondue, 2004, 361 p.

BAYCOYANNIS (c), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales,* PUAM, Economica, 1993, 319 p.

BOURDON (J), PONTIER (J-M), RICCI (J-C), *Droit des collectivités territoriales,* Paris, PUF, 2e édition mise à jour, coll. Thémis Droit public, 1998, 708 p.

CHAMINADE (A), *Pratique des institutions locales,* 2e édition, Paris, Litec, 2005, 335 p.

CHAPUS (R), *Droit administratif général,* tome I, Paris, Montchrestien, 15°éd., 2002, 1427 p.

DEBBASCH (C), COLIN (F), *Droit administratif,* Paris, Economica, 7° éd., 2004, 782 p.

DUGUIT (L), *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : Théorie général de l'Etat,* Paris, 1911, 570 p.

EISENMANN (C), *Centralisation et décentralisation Esquisse d'une théorie générale,* Paris, L.G.D.J, 1948

GIRARDOU (J), *les collectivités territoriales,* Paris, Ellipses Edition, coll. Mise au point, 2001, 159 p.

JOYAU (M), *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local,* Paris, L.G.D.J, 1998, 362p.

LE MESTRE (R), *Droit des collectivités territoriales,* Paris, Gualino éditeur, 2004, 560 p.

MONTAIN-DOMENACH (J), *Le droit des collectivités locales,* Presses universitaires de Grenoble, 1993, 159p

MOREAU (J), *Administration régionale, départementale et municipale,* Paris, Dalloz, 14e édition, coll. Mémentos, 2004, 247 p.

NOVARINA (G), MARTIN (S), *Décentralisation et intercommunalité,* Paris, 1988, 250 p.

PERRIN (B), *La coopération intercommunale,* Paris, Berger-Levrault, 5e édition, coll. Les Indispensables, 2005, 605 p.

TESOKA (L), *Les rapports entre les collectivités territoriales,* PUAM, 2004, 519 p.

VERPEAUX (M), *Les collectivités territoriales en France,* Dalloz, 2e édition, 2004, coll. Connaissance du droit, 176 p.

B) OUVRAGES SPECIALISES, THESES

Cahiers administratifs et politistes du Ponant, Institut Français des Sciences Administratives – Section ouest, Brest, automne hiver 2002 n° 7, 195 p.

Décentralisation, Etat et territoires, Paris, La documentation Française, coll. Cahiers français, n°318, janvier février 2004, 94 p.

Décentralisation : « Acte II », scène un…, Pouvoirs Locaux, n° 59, décembre 2003, 144 p.

Décentralisation, acte II : les dernières réformes, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 308, février 2005, 109 p.

Encyclopédie des collectivités locales, 1er volume, Introduction générale, Dalloz, 2005

La Décentralisation, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 286, décembre 2002, 84 p.

Les collectivités locales en mutation, Paris, La documentation Française, coll. Cahiers français, n° 293, octobre décembre 1999, 112 p.

Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes, Les travaux du centre d'études et de prospective du Ministère de l'intérieur, Paris, La documentation française, 2004, 278 p.

Les collectivités locales en France, Paris, La documentation Française 2e édition mise à jour, coll. les notices, 2002, 152 p.

L'intercommunalité, Paris, La documentation Française, coll. Regards sur l'actualité, n° 314, mai 2005, 91 p.

ALBERTINI (J-B), BERENGUER (C), MARX (J-L), *Dictionnaire juridique – Pouvoirs locaux,* Paris, Dalloz, 1993, 534 p.

AUBY (J-B), FAURE (B), (sous la direction de) *Les collectivités et le droit – Les mutations actuelles* , Actes du colloque tenu à Pau du 24 au 25 juin 1999 organisé par l'association française de droit des collectivités locales, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001, 285 p.

BŒUF (J-L), *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, Paris, La documentation Française, coll. Découverte de la vie publique, 2004, 152 p.

BŒUF (J-L), *Décentralisation et expérimentations locales,* Paris, La documentation Française, coll. problèmes politiques et sociaux n° 895, décembre 2003, 114 p.

BOURJOL (M), *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Paris, Dalloz, 1992, 811 p.

BOULOUIS (J), *Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réforme,* Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis TROTABAS, Paris, LGDJ, 1970, 572 p.

DELCAMP (A), *Le Sénat et la Décentralisation*, Paris, Economica, 1991, 791 p.

DOUENCE (J-C), *Les cahiers du CFPC*, octobre 1983

GARBAR (C-A), (sous la coordination de) *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU, Paris, Dalloz, 2002, 719 p.

PONTIER (J-M), *L'Etat et les collectivités locales : la répartition des compétences*, LGDJ, 1978

SCHRAMECK (O), *La Fonction publique territoriale*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995

C) AUTRES OUVRAGES

Code général des collectivités territoriales, Dalloz, 2005

Constitution française du 27 octobre 1946

Constitution française du 4 octobre 1958

Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF, Lamy, 2003

Lexique de politique, Dalloz, 1992

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 1999

RAFFARIN (J-P), *Pour une nouvelle gouvernance*, L'Archipel, 2002

II. ARTICLES DE DOCTRINE

ALLEMAND (R) et TIFINE (P), « Le transfert aux collectivités territoriales des personnels techniques et ouvriers de service de l'éducation nationale : l'analyse des questions statutaires », *A.J.D.A,* 26 juin 2006, p. 1260

BENCHENDIKH (F), « Les avatars de la notion d'intérêt communautaire des communautés d'agglomération », *R.C.G.T,* juillet août 2002, n° 24, p.p 267-297

BENOIT (F-P), « Vers un renouveau de la décentralisation ? », *R.D.P,* 1976, p. 981

BENOIT (L), « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *A.J.D.A,* 10 octobre 2005, p.p. 1878-1885

BENOIT (J), « La liberté d'administration locale », *R.F.D.A,* novembre-décembre 2002, p.p.1065-1079

BERNARD (P), « La décentralisation à la française », *Revue administrative n°334,* août 2003, p.p. 376-378

BOUDINE (J), « La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique ? », *R.D.P,* janvier février 1992, p.p. 171-199

BOURDON (J), « La fonction publique territoriale, 20 ans dévolution permanente », *A.J.D.A,* 2004, p. 121

BRISSON (J-F), « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales », *A.J.D.A,* 24 mars 2003, p.p. 529-539

BRISSON (J-F), « La France est une République indivisible … son organisation est décentralisée ! », *R.D.P,* janvier février 2003, p.p 111-114

CABANES (A), « La coopération décentralisée : comment s'extraire des contingences de l'intérêt public local ? », *A.J.D.A,* 31 mars 2003, p.p. 593-602

CHAPUISAT (J), « Autonomie territoriale et régionalisation politique », *A.J.D.A,* 2O février 1983, p.p. 60-64

CHRISTIANY (D), « Le transfert de la compétence voirie », *Revue mensuelle du Juris Classeur Collectivités Territoriales – Intercommunalités,* juillet 2004, p.p. 6-11

CHRISTIANY (D), « Intercommunalités et compétences facultatives », *Revue mensuelle du Juris Classeur Collectivités Territoriales – Intercommunalités,* septembre 2005, p.3

CHRISTIANY (D), « Etude sur les contentieux de création et d'extension des établissements publics de coopération intercommunale », *Revue mensuelle du Juris Classeur Collectivités Territoriales – Intercommunalités,* mars 2006, p.3

CROUZATIER-DURAND (F), « L'expérimentation locale (loi organique du 1er août 2003) » *R.F.D.A*, janvier-février 2004, p.p. 21-28

DALLE-CRODE (S), « Le retrait de commune d'une structure intercommunale », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 21 novembre 2005, p.p. 1723-1728

DARNANVILLE (H-M), « L'autonomie financière et fiscale des collectivités locales passe par une réforme de leur fiscalité », *A.J.D.A*, 9 septembre 2002, p.p. 670-678

DEBOUY (C), « De l'intercommunalité », Dossier spécial sur la loi relative aux libertés et responsabilités locales, *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 10 janvier 2005, p.64

DEGOFFE (M), « L'intercommunalité après la loi du 13 août 2004 relatif aux libertés et responsabilités locales », *A.J.D.A*, 2005, p.133

DEGOFFE (M), DREYFUS (J-D), « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *A.J.D.A*, 2001, p. 807

DOAT (M), « Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France », *R.D.P*, janvier février 2003, p.p 115-117

DOLLAT (P), « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ? » *R.F.D.A*, juillet-août 2003, p.p. 670-677

DURAND-PRINBORGNE (C), « A propos de la politique de décentralisation : vers de nouveaux transferts de compétences en éducation et formation ? », *A.J.D.A*, 20 janvier 2003, p.p. 65-71

FABRE (M-H), « L'unité et l'indivisibilité de la République, Réalité ? Fiction ? », *R.D.P*, 1982, p. 603

FAURE (B), « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? », *R.D.P*, novembre décembre 1996, p.p. 1539-1553

FAURE (B), « La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *R.F.D.A*, mai-juin 2002, p.p. 469- 473

FAURE (B), « A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales », *R.F.D.A*, novembre-décembre 2004, p.p. 1150- 1155

FAVOREU (L), « Dossier spécial : le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République », *JCP Administrations et Collectivités territoriales*, 28 octobre 2002, p.95

FAVOREU (L), « Chronique constitutionnelle française – Décentralisation et Constitution », *R.D.P*, 1982, p. 1259

FLAMAND-LEVY (B), « Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat », *R.F.D.A,* janvier-février 2004, p.p. 59-68

FRIER (P-L), « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?», *A.J.D.A,* 24 mars 2003, p.p. 550-554

FRIER (P-L), « Les transferts de compétences dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture », *A.J.D.A,* 2004, p. 1984

GARDERE (A), VERNE (M), « Des modalités du transfert des personnels à un établissement public de coopération intercommunale », *JCP Administrations et collectivités territoriales,* 2 novembre 2004, p.1395

GOHIN (0), « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France », *A.J.D.A,* 24 mars 2003, p.p. 522-528

GROUD (H), « l'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *A.J.D.A,* 2000, p. 967

HERTZOG (R), « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *A.J.D.A,* 2003, p.548

HERTZOG (R), « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », *A.J.D.A,* 2004, p. 2003

JANICOT (L), « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *A.J.D.A,* 2004, p. 1574

JANIN (P), « L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation », *JCP Administrations et collectivités territoriales,* 10 octobre 2005, p.1524-1528

JOYE (J-F), « Le nouveau pouvoir de police du président d'un établissement public de coopération intercommunale », *A.J.D.A,* 2005, p.21

KADA (N), « l'acte II de la décentralisation et le principe d'égalité », *R.D.P,* septembre-octobre 2005, p.p 1273-1302

KEGELART (J-J), « Décentralisation, la répartition nécessaire », *Revue administrative n°330,* novembre 2002, p.p. 646-647

LEMOUZY (L), « Le rapport Caillosse sur la « clause générale de compétence » », *JCP Administrations et collectivités territoriales,* 3 juillet 2006, p.p. 927-929

MADIOT (Y), « L'aménagement du territoire et le droit », *R.F.D.A,* septembre – octobre 1994, p.p. 891-899

MADIOT (Y), « Sur quelques problèmes actuels de la décentralisation – 1. Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *R.F.D.A,* septembre-octobre 1996, p.p. 964-972

MAMONTOFF (C), « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *R.D.P*, mars avril 1998, p.p 351-371

MONJAL (P-Y), « Les enjeux de la notion « d'intérêt communautaire » ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisives pour les EPCI », *A.J.D.A,* 29 septembre 2003, p.p 1701-1707

MOREAU (J), « L'intercommunalité dans la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales », *Revue mensuelle du Juris Classeur Collectivités territoriales – Intercommunalités,* octobre 2004, p.p 6-8

MOREAU (J), « La loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales – Caractères généraux de la loi », *JCP éd. G,* N°4, 26 janvier 2005, p.133

PEYRICAL (J-M), « Les contrats de prestation entre collectivités publiques : réflexions et interrogations », *A.J.D.A,* 2000, p. 581

PEYRICAL (J-M), « Transferts de biens entre collectivités publiques », *A.J.D.A,* 2002, p. 1157

PERRIN (B), « Décentralisation acte II le rideau se lève », *Revue administrative n°329,* septembre-octobre 2002, p.p. 512-516

PERRIN (B), « Décentralisation acte II : contribution à un bilan d'étape », *Revue administrative n°335,* septembre octobre 2003, p.p. 526-535

PONTIER (J-M), « SEMPER MANET. Sur une clause générale de compétence », *R.D.P,* 1984, p.1443

PONTIER (J-M), « La décentralisation et le temps », *R.D.P,* 1991, p.p. 1217-1237

PONTIER (J-M), « Une décennie de décentralisation vue par le Conseil d'Etat », *Revue administrative n°281,* septembre-octobre 1994, p.p. 504-510

PONTIER (J-M), « Propositions pour une relance de la décentralisation : le Sénat, la commission Mauroy », *Revue administrative n° 318,* novembre- décembre 2000, p.p. 623-629

PONTIER (J-M), « Actualité, continuité et difficultés des transferts de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *R.F.D.A,* janvier-février 2003, p.p.35-46

PONTIER (J-M), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *A.J.D.A,* 29 septembre 2003, p.p. 1715-1723

PONTIER (J-M), « La décentralisation territoriale en France au début du XXIe siècle », *R.G.C.T,* mars-avril 2002, p.p. 87-110

PONTIER (J-M), « L'expérimentation et les collectivités locales », *Revue administrative n°320,* mars-avril 2001, p.p. 169-177

PONTIER (J-M), « La décentralisation est-elle une idée dépassée ? », *Revue administrative n°324,* novembre-décembre 2001, p.p. 621-627

PONTIER (J-M), « Pour une reconnaissance de la notion de collectivité chef de file », *Revue administrative n° 328,* juillet-août 2002, p.p. 402-407

PONTIER (J-M), « Pourquoi de nouvelles lois de décentralisation », *Revue administrative n°329,* septembre-octobre 2002, p.p. 503-512

PONTIER (J-M), « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition de compétences entre les collectivités publiques », *R.D.P,* janvier février 2003, p.p 193-237

PONTIER (J-M), « L'administration territoriale : le crépuscule de l'uniformité ? », *Revue administrative n° 330,* novembre décembre 2002, p.p. 628-638

PONTIER (J-M), « La République décentralisée de J.-P Raffarin », *Revue administrative n° 332,* mars avril 2003, p.p. 187-195

PONTIER (J-M), « Les lois organiques de l'été 2003 », *Revue administrative n° 336,* novembre décembre 2003, p.p. 622-630

PONTIER (J-M), « Le projet de loi sur les responsabilités locales », *Revue administrative n° 339,* mai juin 2004, p.p. 298-307

PONTIER (J-M), « Les réformes de l'intercommunalité dans la loi « libertés et responsabilités locales » », *Revue administrative n° 342,* novembre décembre 2004, p.p. 623-635

RAYNAUD (F) et FOMBEUR (P), « Les personnes publiques, lorsqu'elles décident de contracter, sont soumises aux obligations de concurrence issues du droit communautaire », *A.J.D.A,* 1998, p. 553

RICHER (L), « Actualités du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A,* 2004, p. 852

SCHOETTL (J-E), « Le Conseil Constitutionnel et le statut de la Corse », *A.J.D.A,* 2002, p. 100

SUBRA DE BIEUSSES (P), « Voirie et grands équipements ou la décentralisation prétexte », *A.J.D.A,* 2005, p. 144

VERPEAUX (M), « La décision du Conseil constitutionnel n° 2001- 454 DC du 17 janvier 2002 – Une décision attendue ? », *R.F.D.A,* mai-juin 2002, p.p. 459- 468

VERPEAUX (M), « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos »», *R.F.D.A,* juillet-août 2003, p.p. 661- 669

VERPEAUX (M), « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités locales L. org. N° 2003-704, 1er août 2003 », *JCP éd. G,* Doctrine, N°43, 20 octobre 2004, p.1893

VIDELIN (J-C), « Les biens des établissements publics de coopération intercommunale », *A.J.D.A,* 2001, p. 829

VIE (J-E), « Décentralisation et Conseil d'Etat », *Revue administrative n°281,* septembre-octobre 1994, p.p. 461-465

III. CONCLUSIONS, CHRONIQUES, COMMENTAIRES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

AUBY (J-F), « Chronique législative – La commune et la loi du 2 mars 1982 », *A.J.D.A,* 20 mai 1982, p.p. 307-338

BERNARD (P), « La décentralisation à la française », *A.J.D.A,* 25 novembre 2002, p. 1253

BOULOUIS (J), « Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale – Commentaire des décisions du Conseil Constitutionnel », *A.J.D.A,* 20 mai 1982, p.p.303-306

BOURJOL (M), « Vers une prétendue subsidiarité », *A.J.D.A,* 2003, p.201

BRONDEL (S), « La Cour des comptes veut améliorer et rationaliser l'intercommunalité », *A.J.D.A,* 28 novembre 2005, p. 2204

CHAPUISAT (J), « La répartition des compétences – Commentaire de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat », *A.J.D.A,* 2O février 1983, p.p. 81-91

CHIROUX (R), « Le projet Raffarin de décentralisation ou la revanche des Girondins ? », *Revue administrative n°330,* novembre 2002, p.p. 657-660

DARGO (G), « Expérimentation et Constitution », *A.J.D.A,* 21 octobre 2002, p. 989

DEBRE (J-L), « La décentralisation, ce n'est pas le bazar ! », *JCP Administrations et Collectivités territoriales,* 18 novembre 2002, p.199

DE MONTECLER (M-C), « Les nouveaux transferts de compétences devraient entrer en vigueur en 2005», *A.J.D.A,* 15 septembre 2003, p.p.1580-1581

DE MONTECLER (M-C), « Décentralisation : l'ère du soupçon dans les relations financières Etat-collectivités », *A.J.D.A,* 14 juin 2004, p.1153

DE FROMENT (B), « Pour relancer la décentralisation, il faut clarifier les compétences et instaurer la péréquation », *A.J.D.A,* 20 janvier 2003, p.57

DE MONTECLER (M-C), « Décentralisation : Jean-Pierre Raffarin annonce les transferts de compétences », *A.J.D.A,* 10 mars 2003, p.p. 412-413

DONNAT (F), CASAS (D), « Dans quelles limites et conditions une collectivité territoriale peut-elle subventionner les projets d'une autre ? », *A.J.D.A,* 2004, p. 195

DOUENCE (J-C), « Note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *R.F.D.A,* mai – juin 2004, p. 525

DRAGO (R), « Les Français et la décentralisation », *Revue administrative, n°331,* janvier février 2003, p.p 49-50

DUGRIP (0), « Note sous l'arrêt du Tribunal administratif de Montpellier du 20 juin 1983 *Commune de Narbonne* », *A.J.D.A,* 20 décembre 1983, p. 678

FAVOREU (L), « La loi, le règlement et les collectivités territoriales », *A.J.D.A,* 2002, p.561

FERSTENBERT (J), « Le transfert des personnels dans la loi relative aux libertés et responsabilités locales », *A.J.D.A,* 2004, p. 1996

FRIER (P-L), « Patrimoine culturel et décentralisation », *A.J.D.A,* 13 octobre 2003, p.1793

HERTZOG (R), « Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ? », *A.J.D.A,* 11 novembre 2002, p.1149

HERTZOG (R), « L'autonomie fiscale des collectivités territoriales : beaucoup de bruit … pour quoi ? », *A.J.D.A,* 2003, p. 2057

HOEFFEL (D), « La décentralisation ne saurait être un prétexte pour l'Etat de renoncer à sa propre réforme », *JCP Administrations et Collectivités territoriales,* 4-11 novembre 2002, p.160

JEGOUZO (Y), « Un Etat décentralisé », *A.J.D.A,* 24 mars 2003, p. 513

MATHIEU (B), VERPEAUX (M), « Droit constitutionnel », *JCP éd. G,* Chronique, N°10, 5 mars 2003, p.393

MOREAU (J), Observations sous CE 20 janvier 1989, *SIVOM de l'agglomération Rouennaise, A.J.D.A,* 1989, p. 398

MOREAU (J), « La Charte européenne de l'autonomie locale », *Revue mensuelle du Juris Classeur Collectivités Territoriales- Intercommunalités,* février 2005, p.33

PEYRONNET (J-C), « Le maire, icône moderne des Français : trop tard ? », *A.J.D.A,* 13 mars 2006, p.513

PONTIER (J-M), « Décentralisation – La deuxième loi relative à la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales », *A.J.D.A,* 20 septembre 1983, p.p.466-471

PONTIER (J-M), « La maladie infantile de la décentralisation », *A.J.D.A,* 30 septembre 2002, p. 829

PONTIER (J-M), « Décentralisation et expérimentation », *A.J.D.A,* 28 octobre 2002, p. 1037

PONTIER (J-M), « L'Europe des collectivités territoriales », *A.J.D.A,* 12 mai 2003, p. 913

PORTIER (N), « Loi du 13 août 2004 : un bilan en demi-teinte pour l'intercommunalité », *A.J.D.A,* 2005, p.140

PRETOT (X), « Observations sous l'arrêt du Conseil d'Etat, 14 janvier 1987, *Ville de Bordeaux* », *A.J.D.A,* 20 juin 1987, p. 428

REMOND (B), « Loin du compte », *A.J.D.A,* 2004, p. 1561

REY (J-L), « Application du principe interdisant à une collectivité d'exercer une quelconque tutelle sur une autre collectivité », *A.J.D.A,* 1997, p. 542

RIHAL (H), « Les transferts de compétences, solidarité et santé », *A.J.D.A,* 2004, p. 1978
SANTINI (A), « Décentralisation : des clefs pour réussir », *A.J.D.A,* 18 novembre 2002, p. 1205

SAVOIE (H), « Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autre* », *R.F.D.A,* mai – juin 1998, p.p. 609- 617

SENERS (F), « Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, *Département des Landes* », *R.F.D.A,* mai – juin 2004, p. 518

TURPIN (D), « République et décentralisation », *A.J.D.A,* 15 septembre 2003, p.1577

VERPEAUX (M), « Difficulté liées à la création d'une communauté de communes », Note sous l'arrêt du tribunal administratif de Dijon, 10 juin 1997, *M. Maillet c/ Préfet du département de la Nièvre et autres, A.J.D.A,* 1998, p. 356

VERPEAUX (M), « La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation », *A.J.D.A,* 2004, p. 1960

VIDELIN (J-C), « La procédure de transfert de biens aux établissements publics de coopération intercommunale », *A.J.D.A,* 2003, p. 676

IV. AVIS, RAPPORTS ET PROPOSITIONS PARLEMENTAIRES

A) L'ASSEMBLEE NATIONALE

BLESSIG (E), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur la proposition de loi constitutionnelle tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales,* Assemblée Nationale, n°2854, 10 janvier 2001.

CLEMENT (P), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République,* Assemblée Nationale, n°376, 13 novembre 2002

DAUBRESSE (M-P), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Assemblée Nationale, n° 1435, 12 février 2004

GEOFFROY (G), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales,* Assemblée Nationale, n° 1541, 14 avril 2004

GEOFFROY (G), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique, modifié par le Sénat, pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales,* Assemblée Nationale, n° 1674, 16 juin 2004

GEST (A), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux libertés et responsabilités locales adopté avec modifications par le Sénat en deuxième lecture,* Assemblée Nationale, n° 1733, 16 juillet 2004

GEST (A), *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales,* Assemblée Nationale, n° 3199, 28 juin 2006

MARITON (H), *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'évolution de la fiscalité locale,* Assemblée Nationale, n°2436, tome I, 5 juillet 2005

PIRON (M), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales,* Assemblée Nationale, n° 955, 18 juin 2003.

PIRON (M), *Rapport d'information déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'équilibre territorial des pouvoirs,* Assemblée Nationale, n°2881, 22 février 2006

B) LE SENAT

BOCANDET (A), *Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Sénat, n° 33, 22 octobre 2003

DALLIER (P), *Rapport d'information fait au nom de l'Observatoire de la décentralisation sur l'intercommunalité à fiscalité propre,* Sénat, n°193, 1er février 2006

GARREC (R), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République,* Sénat , n°27, 23 octobre 2002

GARREC (R), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi constitutionnelle, modifié par l'Assemblée Nationale relatif à l'organisation décentralisée de la République,* Sénat, n° 86, 5 décembre 2002

GRUILLOT (G), *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Sénat, n° 34, 22 octobre 2003

HOEFFEL (D), *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois par le groupe de travail sur la décentralisation,* Sénat, n° 239, 1996/1997

HOEFFEL (D), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif à la démocratie de proximité,* Sénat, n° 156, 19 décembre 2001

HOEFFEL (D), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique adopté par l'Assemblée Nationale pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales,* Sénat, n° 324, 26 mai 2004

LONGUET (G), *Rapport sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales,* Sénat, n° 408, Commission des lois, 16 juillet 2003.

MARINI (P), *Rapport général fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 2005 adopté par l'Assemblée Nationale,* Sénat, n° 74, tome III, 25 novembre 2004.

MERCIER (M), *Avis présenté au nom de la commission des fiances sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Sénat, n° 41, 23 octobre 2003

MERCIER (M), *Avis présenté au nom de la commission des fiances sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée Nationale, pris en application de l'article 72-2 de la Constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales,* Sénat, n° 325, 26 mai 2004

MERCIER (M), *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales,* Sénat, n° 447, tome I, 28 juin 2000

RICHERT (P), *Avis présenté au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Sénat, n° 32, 22 octobre 2003

RICHERT (P), *Avis présenté au nom de la commission des affaires culturelles sur le projet de loi modifié par l'Assemblée Nationale relatif aux libertés et responsabilités locales,* Sénat, n° 368, 23 juin 2004

SAUGEY (B), *Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2005 adopté par l'Assemblée Nationale,* Sénat, n° 79, tome I, 25 novembre 2004.

SCHOSTECK (J-P), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales,* Sénat, n° 31, tome I et II, 22 octobre 2003

SCHOSTECK (J-P), *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi modifié par l'Assemblée Nationale relatif aux libertés et responsabilités locales,* Sénat, n° 369, tome I et II, 23 juin 2004

V. JURISPRUDENCE CITEE

A) TRIBUNAUX ADMINSITRATIFS

Tribunal administratif de Montpellier, 26 juin 1983, *Commune de Narbonne c/ Région du Languedoc Roussillon*

Tribunal administratif de Montpellier, 10 octobre 1984, *Giret et Vaillat*

Tribunal administratif de Pau, 13 mars 1997, *Département des Landes*

Tribunal administratif de Dijon, 10 juin 1997, *M. Maillet c/ Préfet du département de la Nièvre et autres*

Tribunal administratif de Montpellier, 15 novembre 2000, *Communauté de communes du pays de l'Or et autres*

Tribunal administratif de Limoges, 31 décembre 2002, *Fédération régionale des travaux publics du Limousin et autres c/Préfet de la Creuse*

Tribunal administratif d'Amiens, 2 octobre 2003, *Commune de Boves c/ Communauté d'agglomération d'Amiens Métropole*

B) COURS ADMINSITRATIVES D'APPEL

Cour administrative d'appel de Lyon, 17 juin 1999, *Communauté urbaine de Lyon*

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 31 mai 2001, *Département des Landes*

Cour administrative d'appel de Nantes, 13 mai 2003, *Commune de Saint Cyr en Val*

C) CONSEIL D'ETAT

Conseil d'Etat, 13 décembre 1889, *Cadot*

Conseil d'Etat Ass., 19 février 1943, *Sieur Ricordel*

Conseil d'Etat, 21 février 1968, *Ordre des avocats près la Cour d'appel de Paris*

Conseil d'Etat Ass., 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*

Conseil d'Etat, 13 février 1985, *Syndicat Communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise*

Conseil d'Etat, 13 mars 1985, *Commune de Cayenne*

Conseil d'Etat, 14 janvier 1987, *Ville de Bordeaux*

Conseil d'Etat, 11 octobre 1989, *Commune de Port - Saint - Louis - du- Rhône c/ Préfet des Bouches du Rhône*

Conseil d'Etat, 11 octobre 1989, *Commune de Gardanne et autres*

Conseil d'Etat, 2décembre 1994, *Commune de Cuers*

Conseil d'Etat, 31 juillet 1996, *Commune de Sète*

Conseil d'Etat, 2 octobre 1996, *Commune de Givaux*

Conseil d'Etat, 2 octobre 1996, *Communes de Bourg-Charente, de Mainx et de Gondeville*

Conseil d'Etat, 14 janvier 1998, *Communauté urbaine de Cherbourg*

Conseil d'Etat, 3 avril 1998, *Communauté des communes du Pays d'Issoudun*

Conseil d'Etat Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autre*

Conseil d'Etat, 26 octobre 2001, *Commune de Bréchère-Saint-Germain*

Conseil d'Etat, 29 avril 2002, *District de l'agglomération de Montpellier*

Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Commune de Laveyron*

Conseil d'Etat, 10 octobre 2003, *Commune d'Angles*

Conseil d'Etat Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*

Conseil d'Etat, 9 mai 2005, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Cyr en Val*

D) CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Conseil Constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de la Nouvelle Calédonie*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à la Fonction publique territoriale*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 88-247 DC du 17 janvier 1989, *Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n° 159 (concernant la réadaptation professionnelle et l'emploi des personnes handicapées)*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Droit au logement*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriales de Corse*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, *Aménagement du territoire*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées*

dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance

Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-397 DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Mode d'élection des conseils régionaux*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 03-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation*

Conseil Constitutionnel, Décision n°03-487 DC du 18 décembre 2003, *RMI/RMA*

Conseil Constitutionnel, Décision n°03-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*

Conseil Constitutionnel, Décision n°04-490 DC du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*

Conseil Constitutionnel, Décision n° 04 – 505 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*

VI. ARTICLES DE PRESSE

CHAVANE (L), « Faut-il vraiment rayer les départements de la carte de France ? », *Le Figaro*, 8 mars 2006, p.17

DE VENDEUIL (R), « La colère des grands maires », *L'Express*, 9 février 2006, p. 42

FAUJAS (A), « La saison des transferts s'ouvre pour 130 000 agents de l'Etat », *Le Monde Economie*, 21 septembre 2004, p. 7

JACQUEMART (C), « Quand, au XIXe siècle, apparaît l'idée régionale », *Le Figaro*, 22 mars 2004

JEROME (B) et De ALMEDIA (D), « Les régions se méfient de la décentralisation proposée par le gouvernement», *Le Monde*, 12 octobre 2002, p.13

JEROME (B), « Le transfert partiel de la TIPP financera la décentralisation », *Le Monde,* 17 septembre 2004, p.14

JEROME (B), « Les élus locaux s'inquiètent des mesures fiscales du budget », *Le Monde,* 30 septembre 2005.

JEROME (B), « Le gouvernement veut freiner les dérives de l'intercommunalité », *Le Monde,* 8 octobre 2005.

JEROME (B), « La Cour des comptes pointe le coût de l'intercommunalité », *Le Monde,* 24 novembre 2005.

QUEYRANNE (J-J), « Réformer l'Etat, c'est accorder l'autonomie régionale », *Le Monde,* 6 septembre 2005.

LEBRANCHU (M), « Bâtir une République des territoires », *Le Monde,* 19 avril 2006, p.18

PIGEOT (J), « Décentralisation : Raffarin se réjouit du quasi-quittus des Sages », *Le Figaro,* 1er août 2004

POGNON (O), « Les régions présidées par le PS et le gouvernement amorcent un dégel », *Le Figaro,* 27 juin 2005

REYNE (D), « La puissance publique décentralisée », *Le Figaro,* 17 octobre 2005, p.13

ROUSSEAU (D), « La loi ? Un instrument de communication », *Le Monde,* 4 février 2005.

ROUSSET (A), « Le verrou jacobin », *Le Monde,* 8 décembre 2005

VAN EECKHOUT (L), « pourquoi les régions devront augmenter leurs impôts en 2005 », *Le Monde,* 8 octobre 2004, p. 8

VII. AUTRES REFERENCES

A) AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Décentralisation et ordre juridique, Rapport public du Conseil d'Etat 1993, Etudes et documents n° 45, La documentation française, p.p. 15-105

Section des travaux publics n° 353605 du 24 juin 1993, Rapport public du Conseil d'Etat 1993, Etudes et documents n° 45, La documentation française, p. 338

B) LEGISLATION

Circulaire du 10 septembre 2004 relative à l'entrée en application de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales

Circulaire du 15 septembre 2004 relative aux nouvelles dispositions concernant l'intercommunalité introduites par la loi « libertés et responsabilités locales »

Loi n° 71- 588 du 16 juillet 1971 sur les fusions et les regroupements de communes, J.O.R.F, 18 juillet 1971

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, J.O.R.F, 3 mars 1982

Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, J.O.R.F, 9 janvier 1983

Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, J.O.R.F, 23 juillet 1983

Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, J.O.R.F, 12 janvier 1984

Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, J.O.R.F, 27 janvier 1984

Loi n° 87-529 du 13 juillet 1987 modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale, J.O.R.F, 16 juillet 1987

Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, loi d'amélioration de la décentralisation, J.O.R.F, 6 janvier 1988

Loi n° 90-587 du 4 juillet 1990, relative aux droits et obligations de l'Etat et des départements concernant les instituts universitaires de formation des maîtres, à la maîtrise d'ouvrage de constructions d'établissements d'enseignement supérieur et portant diverses dispositions relatives à l'éducation nationale, à la jeunesse et aux sports, J.O.R.F, 11 juillet 1990

Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, J.O.R.F, 8 février 1992

Loi n° 94-88 du 1er février 1994 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O.R.F, 2 février 1994

Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O.R.F, 24 janvier 1995

Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, J.O.R.F, 5 février 1995

Loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, J.O.R.F, 29 juin 1999

Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, J.O.R.F, 13 juillet 1999

Loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, J.O.R.F, 6 juillet 2000

Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, J.O.R.F, 28 février 2002

Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, J.O.R.F, 29 mars 2003

Loi organique n° 2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, J.O.R.F, 2 août 2003

Loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local, J.O.R.F, 2 août 2003

Loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, J.O.R.F, 19 décembre 2003

Loi organique n° 2004-758 du 29 juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la constitution relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales, J.O.R.F, 30 juillet 2004

Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, J.O.R.F, 17 août 2004

C) LE CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL

Avis adopté par le Conseil économique et social au cours de la séance du 13 juin 2001 relatif à l'avenir de l'autonomie financière des collectivités locales

Rapport n° 2001-10 présenté au nom de la section des finances publiques par M. Jean-Pierre BRUNEL, relatif à l'avenir de l'autonomie financière des collectivités locales

Avis adopté par le Conseil économique et social au cours de la séance du 22 juin 2005 relatif au devenir des communes et de l'intercommunalité

Rapport présenté au nom de la section des économies régionales et de l'aménagement du territoire par M. Pierre-Jean ROZET relatif au devenir des communes et de l'intercommunalité

D) DIVERS

L'intercommunalité en France, rapport de la Cour des comptes, 14 novembre 2005

Refonder l'action publique locale, rapport de la Commission pour l'avenir de la décentralisation présidée par Pierre Mauroy, La documentation française, 2001

Démocratie locale, Lettre d'information de la Direction générale des collectivités locales, n° 99, septembre 2004.

La gazette des communes, Collectivités : Bien préparer les nouveaux transferts, n° 1771, 3 janvier 2005, p.p. 22-31

Rapport de l'Observatoire des fiances locales : « les finances des collectivités locales en 2005 », Direction générale des collectivités locales

CAILLOSSE (J), *Repenser les responsabilités locales :* Les cahiers de l'Institut de la décentralisation, n° 8, II, 2006

TABLE DES MATIERES :

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....p.1

1ere Partie : De la décentralisation à l'intercommunalité : l'existence d'un double niveau de transferts de compétences…….....p.20

Titre I : Les transferts de compétences « verticaux » : la décentralisation……..……....p.22

Chapitre I : Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de la décentralisation……....p.23

Section I : L'objet des transferts de compétences……..p.23

§1. Les transferts de compétences définissent la décentralisation…….p.24

A) L'établissement de nouveaux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales……..p.24

B) Les transferts de compétences et la répartition des compétences…….p.26

§2. La relance de la décentralisation par de nouveaux transferts de compétences……....p.29

A) L'affirmation du principe constitutionnel de la décentralisation……..p.30

B) Une nouvelle loi de transferts de compétences…….p.33

Section II : Les conséquences des transferts de compétences……....p.36

§1. La libre administration des collectivités dans l'exercice des compétences transférées...p.37

A) La mise en oeuvre de la libre administration des collectivités territoriales……..p.37

B) L'existence d'un pouvoir réglementaire local pour l'exercice des compétences…….p.40

§2. Les limites de la libre administration des collectivités territoriales…….p.44

A) La conciliation de la libre administration des collectivités avec d'autres principes a valeur constitutionnelle…….p.44

B) Les atteintes à la forme unitaire de l'Etat……..p.48

Chapitre II : L'observation des principes fondamentaux lors des transferts de compétences verticaux…….p.51

Section I : Les différentes modalités de répartition des compétences……...p.51

§1. La clause générale de compétences……..p.51

A) La signification de la clause générale de compétence……..p.52

B) Le maintien de la clause générale de compétence……p.55

§2. Des nouveaux modes de répartition des compétences…….p.58

A) La théorie des blocs de compétences et le constat de son échec……..p.58

B) Le principe de subsidiarité et la répartition des compétences……...p.61

Section II : L'interdiction de la tutelle et l'instauration de la notion de collectivité chef de file……..p.65

§1. L'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre…….p.65

A) Une interdiction absolue et réaffirmée……..p.66

B) Un risque de tutelle toujours présent……p.69

§2. L'instauration de la notion de collectivité chef de file…….p.76

A) Une existence ancienne…….p.76

B) La constitutionnalisation du principe de collectivité chef de file…….p.79

Titre II : Les transferts de compétences « horizontaux » : l'intercommunalité…….p.82

Chapitre I : Définition de la notion de transferts de compétences dans le cadre de l'intercommunalité……...p.83

Section I : Un cadre différent pour les transferts de compétences : la création d'un établissement public pour recevoir des compétences…….p.83

§ 1. La création d'un établissement public pour recevoir des compétences communales……...p.84

A) De la décentralisation territoriale à la décentralisation technique……p.84

B) Une répartition des compétences variable selon les différentes formes de communautés ……p.88

§ 2. Les principes généraux des transferts de compétences à l'intercommunalité……...……..p.92

A) L'application des principes du droit administratif relatifs aux établissements publics……..…..p.92

B) La recherche d'un périmètre pertinent conditionnant l'exercice des compétences communautaires…….…p.95

Section II : L'approfondissement de l'intercommunalité : les apports de la loi du 13 août 2004……p.97

§1. Le perfectionnement des structures intercommunales…….p.98

A) Une évolution des structures intercommunales facilitée……..p.98

B) Un fonctionnement plus efficace……p.101

§2. Le renforcement de la place des groupements de communes dans l'exercice des compétences décentralisées……..p.104

A) Un élargissement des compétences des groupements de communes…….....p.104

B) Une amélioration des conditions d'exercice des compétences des groupements de communes……p.108

Chapitre II : Les particularités des transferts de compétences aux EPCI……...p.114

Section I : La définition de l'intérêt communautaire……...p.115

§ 1. L'intérêt communautaire, technique de répartition des compétences……...p.115

A) La recherche de définition de l'intérêt communautaire……..p.115

B) La répartition des compétences communales et communautaires……..p.119

§ 2. L'obligation de définir l'intérêt communautaire……...p.122

A) Les conséquences de l'absence de définition de l'intérêt communautaire…….p.122

B) L'intérêt communautaire, préfiguration d'une compétence générale ?.....p.125

Section II : Des idées innovantes pour un bilan mitigé……p.129

§ 1. « L'appel à compétence »…….p.129

A) Une délégation de compétence plutôt qu'un transfert de compétence……...p.130

B) Les transferts conventionnels de compétences dans le cadre de l'intercommunalité….p.133

§ 2. La réalité du bilan de l'intercommunalité du point de vue des transferts de compétences…….p.137

A) Une trop grande diversité fonctionnelle préjudiciable pour l'exercice des compétences transférées…… ……..p.138

B) Le contentieux de l'intercommunalité lié aux transferts de compétences……..p.141

2eme Partie : D'une diversité des modes de transferts de compétences à une diversité des modes de réception des compétences……p.146

Titre I : Une diversité des modes de transferts de compétences……..p.148

Chapitre I : Des modes traditionnels de transferts de compétences……...…….p.149

Section I : Les transferts obligatoires……...p.149

§ 1. Les transferts obligatoires de compétences dans le cadre de la décentralisation……..p.150

A) La compétence du législateur dans le processus de transfert obligatoire de compétences…….p.150

B) La signification évolutive de la notion de transfert de compétences dans le cadre de la décentralisation……....p.154

§ 2. Les transferts obligatoires de compétences dans le cadre de l'intercommunalité……p.156

A) Les conséquences du transfert obligatoire de compétence pour les EPCI…….p. 157

B) Les compétences obligatoires exercées par les EPCI…….p.160

Section II : Les transferts de compétences facultatifs et optionnels……p.162

§ 1. L'inexistence des transferts facultatifs et optionnels dans le cadre de la décentralisation……p.163

A) Des délégations de compétences plutôt que des transferts facultatifs de compétences…….p.163

B) La protection du principe d'égalité…….p.167

§ 2. Les transferts facultatifs et optionnels dans le cadre de l'intercommunalité……p.169

A) Des transferts optionnels « obligatoire »……p.170

B) Les transferts facultatifs de compétences……....p.172

Chapitre II : Un nouveau mode de transfert de compétence : le transfert expérimental……...……p.175

Section I : Définition de la méthode expérimentale dans la matière juridique……p.176

§ 1. De la méthode expérimentale à l'expérimentation……p.177

A) Une pratique ancienne……p.177

B) …sous le contrôle du juge……...p.180

§ 2. La consécration de l'expérimentation……...……p.184

A) La reconnaissance constitutionnelle du droit à l'expérimentation……..p.184

B) Les rapports entre l'expérimentation et les transferts de compétences……...p.188

Section II : L'expérimentation dans les transferts verticaux et horizontaux……p.190

§ 1. La loi organique relative à l'expérimentation……...p.191

A) Une procédure encadrée……..…p.191

B) L'expérimentation offerte aux collectivités territoriales et aux EPCI……....p.195

§ 2. « Un droit à demander l'expérimentation davantage qu'un droit à l'expérimentation »……..p.197

A) « Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité »…….p.198

B) Les expérimentations mises en place dans le cadre de la loi du 13 août 2004……...p.201

Titre II : Une diversité des modes de réception des compétences.....p.205

Chapitre I : La compensation financières des transferts de compétences……...p.206

Section I : Le financement des compétences transférées aux collectivités……..p.207

§ 1. Un nouveau cadre juridique pour les finances locales……..p.207

A) La constitutionnalisation des finances locales……..……p.208

B) Le recours à une loi organique……p.211

§ 2. Le financement des transferts de compétences dans le cadre de la loi du 13 août 2004……..p.214

A) Les principes de l'autonomie financière respectés…….p.214

B) Les ressources transférées aux collectivités dans le cadre des transferts de compétences issus de la loi du 13 août 2004…….p.217

Section II : Le financement des compétences transférées aux EPCI……...…p.219

§ 1. Des sources de financement diversifiées et adaptées aux différentes formes d'EPCI……..p.220

A) Les différents régimes de financement de l'intercommunalité……...…p.220

B) La question de l'évaluation des charges transférées……...p.223

§ 2. « Communes, intercommunalités, quels devenirs ? »……...p.226

A) Les modifications dans le mécanisme des dotations opérées par la loi du 13 août 2004……...…p.226

B) L'avenir du couple commune – intercommunalité…….p.229

Chapitre II : La réception par les collectivités et les EPCI des biens et des personnels transférés……p.233

Section I : La réception des biens transférés aux collectivités et aux EPCI……....p.234

§ 1. Le transfert de biens, synonyme de « mise à disposition »……...p.235

A) L'existence d'un cadre juridique unique…….…p.235

B) ….nécessitant la mise en place d'un régime dérogatoire pour les EPCI……p.238

§ 2. Des difficultés liées au transfert de biens dans le cadre d'un transfert de compétence…….……..p.241

A) Des difficultés liées à la nature du bien transféré……...…p.241

B) Des interrogations quant au respect du principe de libre administration……....p.246

Section II : Les transferts de personnels aux collectivités et aux EPCI……...p.249

§ 1. « Le personnel des collectivités territoriales, les « forces vives » de la nouvelle décentralisation……p.250

A) La création en 1984 d'une fonction publique territoriale……...p.250

B) Les modalités de transferts de personnels dans le cadre d'un transfert de compétence vers un EPCI……p.253

§ 2. Les nouveaux transferts de personnels prévus dans la loi du 13 août 2004……..p.256

A) La mise à disposition des services et des personnels au titre de l'expérimentation et des délégations de compétences…….p.257

B) La cas particulier du transfert des personnels TOS…….p.260

CONCLUSION GENERALE……...p.264

BIBLIOGRAPHIE…….p.267

TABLE DES MATIERES…….p.288

TITRE DE LA THESE EN FRANÇAIS :

LES REGLES RELATIVES AUX TRANSFERTS DE COMPETENCES ENTRE COLLECTIVITES PUBLIQUES

RESUME DE LA THESE EN FRANÇAIS :

LE SUJET PORTE SUR LES MODALITES DES TRANSFERTS DE COMPETENCES DANS LE CADRE DE LA DECENTRALISATION ET DE L'INTERCOMMUNALITE. IL A D'ABORD ETE DEFINI ET PRESENTE LA NOTION DE TRANSFERTS DE COMPETENCES ET LES REGLES APPLICABLES LORS D'UN TRANSFERT DANS LE CADRE DE LA DECENTRALISATION PUIS DE L'INTERCOMMUNALITE. ENSUITE, IL FUT MIS EN EVIDENCE LES NOUVEAUX TRANSFERTS DE COMPETENCES ISSUS DE LA LOI DU 13 AOUT 2004 RELATIVE AUX LIBERTES ET RESPONSABILITES LOCALES. IL A ETE DEMONTRE QUE CETTE LOI A ETE PRISE DANS LA CONTINUITE DE LA REVISION CONSTITUTIONNELLE DU 28 MARS 2003. A CET EGARD, LA LOI DU 13 AOUT 2004 EST UNE LOI DE TRANSFERTS DE COMPETENCES ET EGALEMENT UNE LOI DE REPARTITION DE COMPETENCES QUI INTERESSE LA DECENTRALISATION ET L'INTERCOMMUNALITE. MONTRANT ALORS QUE TOUT TRANSFERT DE COMPETENCES NECESSITE LE TRANSFERT DES BIENS, DES PERSONNELS ET DES FINANCES NECESSAIRE A L'EXERCICE DE LA COMPETENCE TRANSFEREE, IL FUT ETUDIE LES MODALITES DE CES TRANSFERTS.

TITRE DE LA THESE EN ANGLAIS :

RULES RELATING TO TRANSFERS OF COMPETENCES BETWEEN PUBLIC BODIES

RESUME DE LA THESE EN ANGLAIS :

THE AIM OF THIS SUBJECT IS TO STUDY THE DIFFERENT CONDITIONS REQUIRED TO TRANSFER COMPETENCES WITHIM THE FRAMEWORK OF DECENTRALIZATION AND INTERCOMMUNALITY. FIRSTLY, THE SURVEY HAS DEFINED AND EXPLAINED THE CONCEPT OF DECENTRALIZATION TRANSFER AND ITS APPLICABLE RULES DURING A TRANSFER WITHIN THE FRAMEWORK OF DECENTRALIZATION ON THE ONE HAND AND OF INTERCOMMUNALITY ONE THE OTHER HAND. SECONDALY, IT HAS PUT EMPHASIS ON THE NEW COMPETENCE TRANSFERS RESULTING FROM THE LAW OF AUGUST 13 TH 2004 ABOUT FREEDOMS AND LOCAL RESPONSABILITIES. IT HAS ALSO SHOWN THAT THIS LAW WAS TAKEN IN THE CONTINUITY OF THE CONSTITUTIONAL REVISION OF MARCH 28 TH 2003. IN THIS RESPECT, THE LAW OF AUGUST 13 TH 2004 IS NOT ONLY A COMPETENCE TRANSFERRING LAW BUT ALSO A COMPETENCE DISTRIBUTING LAW APPLICABLE TO BOTH FIELDS : DECENTRALIZATION AND INTERCOMMUNALITY. THEREFORE SHOWING THAT ANY COMPETENCE TRANSFER REQUIRES THE TRANSFER OF GOODS, PERSONNEL AND FINANCES INDISPENSABLE TO THE APPLICATION OF THE TRANSFERRED COMPETENCE, THE CONDITIONS AND METHODS OF THESE TRANSFERS HAVE BEEN EXAMINED THOROUGHLY.