



La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales

Anthony Papin-Puren

► To cite this version:

Anthony Papin-Puren. La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales. Droit. Université d'Angers, 2018. Français. ⟨NNT : 2018ANGE0063⟩. ⟨tel-02737206⟩

HAL Id: tel-02737206

<https://theses.hal.science/tel-02737206v1>

Submitted on 2 Jun 2020

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.



HAL Authorization

THESE DE DOCTORAT DE DROIT PUBLIC

L'UNIVERSITE D'ANGERS
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Droit constitutionnel*

Par

Anthony PAPIN-PUREN

LA NOTION CONSTITUTIONNELLE DE GROUPEMENTS DE COLLECTIVITES TERRITORIALES

Thèse présentée et soutenue à Angers, le 13 décembre 2018

Unité de recherche : Centre Jean BODIN

Thèse N° : 181288

Rapporteurs avant soutenance :

Mathieu DOAT

Professeur d'Université

Université de Perpignan

Jacqueline DOMENACH

Professeur d'Université

Université Paris-Nanterre

Composition du Jury :

Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université de Panthéon-Sorbonne,
Président

Mathieu DOAT, Professeur à l'Université de Perpignan, Rapporteur

Jacqueline DOMENACH, Professeur à l'Université de Paris-Nanterre,
Rapporteur

Vincent AUBELLE, Professeur associé à l'Université Paris-Est - Marne-
la-Vallée, Examinateur

Martine LONG, Maîtresse de conférences HDR Droit public à
l'Université d'Angers, Examinatrice

Félicien LEMAIRE, Professeur à l'Université d'Angers, Directeur de
thèse

REMERCIEMENTS

Il peut paraître assez paradoxal que toutes les thèses commencent par des remerciements alors que l'on considère souvent que ce travail est une œuvre solitaire comme l'aurait dit le Doyen VEDEL. Cette page me semble être avant tout l'expression d'un travail d'équipe dans lequel le rédacteur de ces modestes lignes n'est que le porte-étendard.

Je tiens, tout d'abord, à remercier Monsieur le Professeur Félicien LEMAIRE pour sa patience, son écoute et ses conseils avisés. Sans guide éclairé et expérimenté, il n'est pas toujours évident de se mouvoir sur les chemins tortueux de la construction juridique.

J'adresse mes remerciements à tous les membres du jury, ayant bien voulu assister et participer à cette soutenance, lieu d'échanges et de controverses toujours utiles pour apprendre et comprendre sans l'épuiser son sujet de thèse. Je suis particulièrement honoré que Monsieur le Professeur Michel VERPEAUX ait accepté la présidence de ce jury. Je remercie également Monsieur le Professeur Mathieu DOAT et Madame le Professeur Jacqueline DOMENACH de remplir les fonctions de rapporteur sur mon travail. Il m'est aussi agréable que Monsieur le Professeur Vincent AUBELLE et Madame Martine LONG, Maîtresse de conférences HDR, participent à l'examen de cette thèse.

Je remercie enfin toutes les personnes de mon entourage, ma famille et mes amis qui m'ont encouragé dans cette aventure. Aventure qu'Esther, Evariste, Abraham et Aristide vont voir se terminer avec un bonheur non dissimulé. Mes enfants auront la réponse à leur question « quand est-ce que tu la termines ta thèse ? » : le 13 décembre ! Ce jour sera aussi pour toi Claire une liberté, droit que tu m'as accordé pour faire ce travail et que j'espère te rendre dans les années futures.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualité juridique – droit administratif
Al.	Alinéa
AMF	Association des maires de France
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
ASADAC	Agence Savoyarde d’Aménagement, de Développement et d’Aide aux Collectivités
ATD	Agence technique départementale
ATR	Administration territoriale de la République
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
C	Constitution de la V ^{ème} République
Cass. Civ.	Cour de Cassation chambre civile
CCAS	Centre communal d’action sociale
CCI	Chambre de commerce et d’industrie
CCIR	Chambre de commerce et d’industrie de région
CCIT	Chambre de commerce et d’industrie territoriale
CDCI	Commission départementale de coopération intercommunale
CIAS	Centre intercommunal d’action sociale
CE	Conseil d’État
CEDH	Convention européenne des Droits de l’Homme
CES	Conseil économique et social
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CODER	Commission de développement économique régional
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CPO	Conseil des prélèvements obligatoires
CU	Communauté urbaine
CVAE	Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises
DATAR	Délégation interministérielle à l’aménagement du territoire et à l’attractivité régionale
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires

DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DGCL	Direction générale des collectivités locales
DGF	Dotation globale de fonctionnement
Dir.	Sous la direction de
Ed.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'État
EPCC	Etablissement public de coopération culturelle
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
Fasc.	Fascicule
GIP	Groupement d'intérêt public
<i>Ibid.</i>	Référence identique à la précédente dont la page peut être différente
<i>Infra.</i>	Renvoi vers un paragraphe postérieur
JCP A	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition administrations et collectivités territoriales
JCP G	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L	Décision de déclassement
L.	Législatif
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LO	Loi organique
MAPTAM	Modernisation de l'action publique territoriale et affirmation des métropoles
n°	numéro
NOTRe	Nouvelle organisation territoriale de la République
ONU	Organisation des Nations-Unies
op. cit.	Opere citato
p./ pp.	page / pages
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PLM	Paris Lyon Marseille

PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Réed.	Réédition
Rec.	Recueil
Resp.	Respectivement
RATP	Régie autonome des transports parisiens
RDP	Revue de droit public
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFSP	Revue française de science politique
SDCI	Schéma départemental de coopération intercommunale
SPL	Société publique locale
<i>Supra</i>	Renvoi à un paragraphe antérieur
TA	Tribunal administratif
TCCFE	Taxe communale sur la consommation finale d'électricité
TIPP	Taxe intérieure sur les produits pétroliers

LA NOTION CONSTITUTIONNELLE DE GROUPEMENTS DE COLLECTIVITES TERRITORIALES

SOMMAIRE

1^{ère} partie : La double dimension administrative et constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales

Titre 1 : L'origine administrative et législative de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales

Chapitre 1 : L'apport de la notion législative de groupements de collectivités territoriales

Chapitre 2 : L'insuffisance de la définition législative de groupements de collectivités territoriales

Titre 2 : L'émergence constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales

Chapitre 1 : Le cadre juridique fonctionnel de l'apparition des groupements de collectivités territoriales

Chapitre 2 : La particularité constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

2^{ème} partie : La clarification constitutionnelle de la définition des groupements de collectivités territoriales

Titre 1 : De la distinction constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales de la collectivité territoriale

Chapitre 1 : L'originalité des groupements de collectivités territoriales : une institution entre collectivité territoriale et établissement public

Chapitre 2 : Les caractères constitutionnels des groupements de collectivités territoriales

Titre 2 : La confirmation constitutionnelle de l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales

Chapitre 1 : La spécificité de l'élection au suffrage universel de l'organe délibérant des groupements de collectivités territoriales

Chapitre 2 : Les garanties constitutionnelles propres aux groupements de collectivités territoriales

INTRODUCTION

« Il nous paraît parfaitement exact que tout groupement a sa « constitution », qu'on peut donc parler pour tous de leur droit constitutionnel avant tout pour ceux qui bénéficient de « l'autonomie constitutionnelle » ; qu'il y a là des phénomènes et des données qui sont en leur essence dernière du même ordre et de la même nature »¹. La généralité du terme « groupement » renvoie effectivement à une acception institutionnelle, celle d'être le résultat de l'action de se grouper. Le groupement englobe, par définition, tous types de groupements, qui auront pour base un substrat humain. Il en existe différentes formes, dont l'importance peut être variable dans le temps et dans l'espace. L'éventail est très large : le groupement peut-être éphémère, naissant d'une simple réunion de citoyens sur la place publique, organisant progressivement son fonctionnement² à un groupement d'États à l'image de l'Organisation des Nations-Unies (ONU). Elle peut également prendre la forme d'entités intermédiaires, qui peuvent prendre le visage, par exemple, d'associations de collectivités territoriales.

Il n'est pas évident de faire ressortir immédiatement une unité de problèmes identiques à partir de cas aussi nombreux et éclectiques même en le limitant au droit constitutionnel français. C'est pourquoi il est intéressant de commencer notre analyse en s'appuyant sur ce caractère initial du terme groupement, à savoir sa diversité. Nous essaierons d'avoir une idée plus précise du groupement par une approche générale (I). Celle-ci nous amènera, ensuite, à considérer la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales comme l'expression et le catalyseur des crises de notions voisines, dont celle de collectivité territoriale (II). Nous verrons, dans un dernier temps, que les groupements de collectivités territoriales sont, *in fine*, des organismes visant à pallier la restructuration de l'organisation administrative française (III). C'est cette problématique principale qui nous permettra de définir notre méthodologie de recherche et la manière dont nous avons traité notre objet d'étude (IV).

¹ C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, DES 1950-1951, Les cours de droit, Paris V, p. 40

² Le mouvement Nuit debout, né en 2016, illustre cette progressive structuration de réunions publiques successives. Voir à ce sujet, l'article de R. BESSE-DESMOULIERES, « Nuit debout, histoire d'un ovni politique », *Le Monde*, 7 avril 2016, p. 12

I. Approche générale des groupements

Afin de saisir les groupements, il est nécessaire de construire une approche englobant tous les types existants. Ce n'est qu'à partir de la généralité du terme que l'on pourra essayer de mieux le cerner. Cela suppose, d'une part, de partir de sa définition générale pour rechercher les éléments juridiques permettant de les reconnaître constitutionnellement (A). Ces premiers traits marquants seront complétés par une approche ontologique des groupements à savoir si on doit l'étudier comme une notion, un concept ou une catégorie juridique (B).

A. Les éléments juridiques de reconnaissance constitutionnelle des groupements

L'action de se grouper ou le fait d'être groupés correspond au sens premier du groupement, c'est-à-dire qu'il se situe dans une démarche dynamique de constitution. Il est le fruit de la liberté ou non de se réunir ou de s'associer. Or le groupement, sous deux formes différentes, englobe ceux qui sont temporaires et ceux qui sont constitués, notamment les associations. On retrouve cette dualité de la définition du groupement dans les textes internationaux. Ainsi, l'article 20 la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUHC) dispose que « 1. *Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques* » et que « 2. *Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association* ». Il est à noter qu'elle place cette liberté symboliquement avant celle « *de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis* ». Il en résulte toutefois que les groupements, constitués ou en formation, doivent être distingués car ils n'ont pas la même vocation. Ceux qui sont en cours de formation ne peuvent se voir reconnus juridiquement des droits, mis à part celui de se réunir. Seuls les groupements qui sont institutionnalisés ou constitués peuvent prétendre à une protection juridique ou produire des droits spécifiques notamment dans le champ constitutionnel.

Moins facile à différencier dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), la liberté de réunion oscille entre la proclamation d'une liberté individuelle et une liberté placée sous le signe institutionnel en précisant que « *Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres*

des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts »³. La distinction entre les groupements institutionnalisés, sous la forme ici de syndicats, et ceux qui sont en cours de formation peut être utile pour identifier, pour reprendre les termes de C. EISENMANN, ceux qui ont en leur essence des problèmes du même ordre et de même nature.

Cette dualité du groupement, calquée sur sa définition, pourrait nous amener à réduire leur nombre en recherchant ceux qui ont vocation à entrer dans le champ du droit constitutionnel. Pour cela, il serait logique de retenir uniquement dans notre analyse l'ensemble des groupements qui ont « une autonomie constitutionnelle », c'est-à-dire ceux qui sont cités dans la norme fondamentale. On écarterait ainsi les groupements, dits en formation, étant observé qu'ils n'obéissent pas à des règles durables, régulières et pérennes. En outre, il serait peu conforme à la logique constitutionnelle de mentionner des entités transitoires ou en émergence. La Constitution du 4 octobre 1958 emploie le terme groupement à quatre reprises : deux fois à l'article 4 C⁴ et deux fois à l'article 72 C⁵. Il y est fait référence à deux genres de groupement : les groupements politiques et les groupements de collectivités territoriales, qui reprennent chacun à leur manière les deux dimensions polysémiques que l'on vient d'étudier.

L'introduction des groupements politiques dans la Constitution répond au principe de garantir la pluralité de l'expression démocratique dans l'État français. Cette logique implique la reconnaissance de groupes politiques à savoir les partis et les groupements. Il s'avère que la définition de ces derniers ne ressort ni du texte constitutionnel ni de la législation. Comme l'écrit J. P. CAMBY, « *L'absence de définition législative du parti politique – justifiée du fait de l'article 4 de la Constitution – a pour corollaire l'absence de toute réglementation de ses structures, sinon le degré d'exigence minimale qui s'attache à la collectivité de dons déductibles*

³ Article 11 de la CEDH

⁴ L'article 4 C dispose : « Les partis et **groupements** politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi. La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et **groupements** politiques à la vie démocratique de la Nation ».

⁵ L'article 72 C précise notamment que « (...) Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs **groupements** peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. 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 ».

de l'impôt des citoyens ou de publication des comptes »⁶. L'article 7 en son premier alinéa de la loi du 11 mars 1988 pose simplement que « *Les partis et groupements politiques se forment et exercent leur activité librement. Ils jouissent de la personnalité morale* »⁷. Cette définition sommaire reprend le double sens donné au groupement car le législateur vise à favoriser l'action de se constituer en groupe politique tout en lui donnant une base institutionnelle par l'octroi de la personnalité juridique. Il donne toutefois une légère primauté à l'action de se grouper par rapport au contenu juridique de la structure. En effet, le caractère propre du groupement politique ne peut être différencié de celui du parti politique par la personnalité juridique, trait commun aux deux structures.

Le groupement de collectivités territoriales est, quant à lui, beaucoup plus circonscrit que le groupement politique puisqu'il va s'attacher à des structures juridiques définies constitutionnellement à l'article 72 C. L'aspect institutionnel est plus marqué dans la mesure où l'absence de collectivité territoriale appartenant à ce groupement induit son inexistence juridique. Cela ne veut pas dire non plus que l'action de se grouper est absente du groupement de collectivités territoriales. Nous aurons l'occasion de montrer toute l'importance de cette seconde dimension bien qu'elle ne transparaît pas immédiatement dans le texte constitutionnel.

Quoi qu'il en soit, le parti et le groupement politiques ainsi que le groupement de collectivités territoriales induisent la reconnaissance de groupes, ce que la tradition constitutionnelle française refuse en principe d'admettre au nom de l'indivisibilité de la République et l'égalité entre les citoyens. Malgré plusieurs exceptions notables, le groupement politique et celui de collectivités territoriales sont acceptés moyennant l'effacement de tout trait distinctif reposant sur la culture, l'ethnie ou la religion. Bien qu'ils soient reconnus en raison de leur objet d'intérêt général⁸, on reste toutefois confronté au paradoxe d'une reconnaissance constitutionnelle de groupes particuliers sans avoir les critères juridiques pour les différencier afin de leur apporter d'éventuelles garanties propres. Ce droit des groupes particuliers ou ceux des groupements peut-il être étudié notamment sous l'angle constitutionnel ? Si l'on estime que l'analyse doit être réalisée dans le cadre des titulaires de ces droits, à savoir le groupement

⁶ J. P. CAMBY, « Qu'est-ce qu'un parti politique ou un groupement politique ? », *Les Petites Affiches*, n°29, 1997, pp. 14-19, p. 17

⁷ Loi 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

⁸ C'est l'absence d'un objet d'intérêt général qui fonde la non-reconnaissance constitutionnelle des syndicats, que la CEDH mentionne. Il est révélateur, à ce titre, que le premier groupement de collectivités territoriales est dénommé « syndicat de communes ».

institutionnalisé, on se heurte à la difficulté de la dualité d'essence du groupement, c'est-à-dire que l'on écarte l'action de se grouper. Il s'y ajoute le problème de la définition institutionnelle du groupement.

On peut néanmoins essayer d'éviter ces deux écueils en utilisant l'hypothèse de H. MOUTOUH, à savoir le point de vue de la finalité du groupement⁹. Son approche nous apprend que deux conceptions peuvent être utilisées : celle reposant sur le titulaire des droits du groupe et celle qui s'appuie sur la finalité du groupe. Cette dernière définit « *un droit comme droit de groupe à partir du moment où son but et son objectif réels consistent fondamentalement dans la protection et la préservation du groupe en tant que tel* »¹⁰. Elle est privilégiée par rapport à la notion de titulaire de droit, qui, selon cet auteur, implique deux ou trois catégories de titulaires de droit : les individus, les entités, c'est-à-dire les personnes morales, et les groupes ou catégories. Or la perméabilité des entités, vues comme des droits relais des individus ou du groupe rend difficile l'attribution de droits propres. Pour le groupement politique et le groupement de collectivités territoriales, il n'est pas évident de caractériser, de surcroît, le groupe ou la communauté initiale. Pour le groupement politique, on peut faire face à un groupe de personnes dont l'attache est simplement fondée sur un partage d'idées communes voire de partis se constituant selon des affinités politiques (appartenance à la majorité ou à la minorité d'une assemblée...). De manière similaire, le groupement de collectivités territoriales est une personne morale composée de personnes morales identifiant des communautés initiales. Celles-ci seraient plus stables que la communauté politique formant le parti ou le groupement politique en raison du critère d'ordre territorial servant à le définir. Dans les deux cas, la composition du groupement s'appuie sur l'agrégation de personnes ou de personnes morales ayant des intérêts communs. Ainsi, les deux groupements reposent avant tout sur l'action de grouper des ensembles connus.

Constitutionnellement, le groupement politique est un acteur de la vie démocratique et il lui est adossé des droits spécifiques. Le point de vue de H. MOUTOUH, sur une caractérisation basée sur une finalité, celle en l'espèce d'une participation à la vie politique explique la jurisprudence sur l'élection présidentielle de 2017. En effet, la décision 2017-651 QPC du 31 mai 2017 établit son raisonnement non seulement sur le principe de « *la participation de ces partis et groupements à la vie démocratique de la Nation* »¹¹ mais aussi

⁹ H. MOUTOUH, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, 2007, pp. 479-493

¹⁰ *Ibid.*, p. 489

¹¹ Cons. Const, décision n°2017-651 QPC du 31 mai 2017

sur la définition institutionnelle de différents partis ou groupements politiques. Deux catégories, d'ailleurs constitutionnalisées à l'article 51-1 C, sont mentionnées : les partis ayant une représentation à l'Assemblée nationale et les partis ou groupements non dotés d'une telle représentation. Pour justifier la solution adoptée par le Conseil constitutionnel dans cette décision, les juges vont confirmer la distinction organique entre deux partis ou groupements politiques par l'objectif d'intérêt général de « clarté du débat électoral ». La première catégorie assure une continuité non pas de l'ancienne représentation du corps législatif mais plutôt définit un cadre déterminant l'expression d'un pluralisme politique institutionnel ayant pour finalité la recherche d'une majorité. La seconde catégorie des partis ou groupements politiques non représentés exprime, quant à elle, la dynamique ou l'action de créer un groupe politique non encore institutionnalisé ou minoritaire. Ce sont les raisons principales de la distinction des partis ou groupements politiques. Autrement dit, les titulaires de droits des groupes peuvent se voir attribuer des régimes juridiques différents fondés soit sur la faculté de se grouper soit d'être des groupes existants stabilisateurs du système. De ce fait, on assiste bien à une différence de traitement en fonction de la nature du parti ou groupement politique.

Qu'en est-il lors que l'on recherche à appliquer ce raisonnement aux groupements de collectivités territoriales ? Une forte similitude peut être constatée avec le cas des groupements politiques puisque le groupement est en lien direct avec les collectivités territoriales comme le parti politique peut l'être avec un groupe parlementaire. Le parallèle peut être fait entre la distinction de deux régimes juridiques du groupement d'un groupe minoritaire ou d'un groupement de groupes d'opposition, d'un parti de la majorité constitué d'un groupe majoritaire et celui non doté de groupe parlementaire¹² et une éventuelle distinction entre les groupements de communes, de départements, de régions voire de groupements de catégories différentes de collectivités territoriales. L'existence d'un régime juridique à un type de groupements de collectivités territoriales, à l'instar des groupements politiques, méritera une analyse approfondie pour savoir si la transposition est possible. La multiplication des types de groupements est, dans un premier temps, un point commun évident.

Cette diversité du groupement, qu'il soit politique ou qu'il soit « de collectivités territoriales », est amplifiée par une première particularité grammaticale, celle de l'emploi

¹² On pourrait aller plus loin en mettant en évidence le régime du groupe d'opposition ou du groupe minoritaire. En effet, ils sont reconnus des « droits spécifiques » dans le texte constitutionnel.

systematique du pluriel pour citer le terme groupement dans la norme fondamentale. Cette particularité renforce, d'une part, le caractère générique au sens constitutionnel du groupement. Il induit, d'autre part, une forme de souplesse liée à la forme que peut revêtir le groupement considéré. On peut prendre pour exemple significatif le vocable le plus proche, celui de groupe. Il est lui aussi mentionné à six reprises, cinq fois au pluriel et une seule fois au singulier¹³. L'emploi de ce singulier concerne l'article 50-1 C¹⁴ qui renvoie à l'article 51-1 C listant les types de groupes¹⁵. Qu'est ce qui peut expliquer l'usage du pluriel ou du singulier dans la norme fondamentale pour l'usage du terme « groupe »? On peut émettre l'hypothèse que le singulier est générique et suppose la définition de groupes ou de groupements. Ainsi, l'article 48 C¹⁶ met en exergue une liste fermée de trois types de groupes, les groupes minoritaires, les groupes d'opposition et, en creux, le ou les groupe(s) majoritaire(s). Ces trois types de groupes impliquent un régime juridique propre lié à la définition institutionnelle du groupe. En ce sens, les « droits spécifiques » de ces groupes est une reconnaissance constitutionnelle. En effet, la distinction de groupes parlementaires au niveau constitutionnel ne peut avoir pour conséquence d'établir un régime juridique identique pour ces groupes car elle effacerait l'intérêt de l'inscrire dans la Constitution. Ces groupes supposent en outre qu'ils soient en lien direct avec les notions institutionnelles de partis ou des groupements politiques, ce sans quoi on ne pourrait avoir une définition stable des groupes parlementaires. Pour les collectivités territoriales, on a une construction similaire : une liste fermée existe et l'article 72 C alinéa 1 utilise le singulier uniquement pour la création de « toute autre collectivité territoriale ». Pour les catégories d'établissements publics, on retrouve aussi ce pluriel pour leur création par le législateur. Dès lors, la détermination d'une liste fermée à partir d'un pluriel ou d'un singulier renvoyant à une liste fermée implique une énumération finie. Il est alors plus facile de lui attribuer un régime juridique propre.

¹³ L'emploi du terme groupe relève tous du titre V relatif à l'organisation du Parlement et de ses rapports avec l'Exécutif.

¹⁴ L'article 50-1 C précise que « *Devant l'une ou l'autre des assemblées, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un **groupe** parlementaire au sens de l'article 51-1, faire, sur un sujet déterminé, une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans engager sa responsabilité* ».

¹⁵ L'article 51-1 C dispose que « *Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des **groupes** parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux **groupes** d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux **groupes** minoritaires* ».

¹⁶ L'article 48 C indique en son alinéa que « *Un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des **groupes** d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des **groupes** minoritaires* ».

Cependant, l'usage du pluriel, sans référence à une liste fermée, peut être compris différemment. C'est le cas pour les partis et groupements politiques : l'exemple du parti La République en marche (LREM) illustre le cas d'un groupement non adossé à un groupe parlementaire. C'est manifestement la situation du groupement de collectivités territoriales. On est alors dans le cas de figure d'une diversité institutionnelle déterminée par des fonctions constitutionnelles recouvrant une pluralité de régimes juridiques. A partir du moment où l'on cherche à définir une institution et son régime juridique, il s'agit de rechercher son essence ou son être. On dispose alors de trois approches ontologiques des groupements, c'est-à-dire que l'on peut choisir de l'étudier en tant que notion, concept ou catégorie.

B. L'approche ontologique des groupements : notion, concept ou catégorie juridique

Trois expressions similaires peuvent répondre à cette recherche de qualification : la catégorie juridique, le concept juridique et la notion juridique. De nombreux auteurs¹⁷ utilisent de manière indifférenciée la catégorie, la notion ou le concept. La raison principale tient dans le fait de donner une définition précise de chaque terme tout en les distinguant. Pour notre part, nous rejoignons la position de J. L. BERGEL, qui considère qu'« *Il faut regrouper dans une même catégorie, soumise à un régime déterminé, les entités les plus profondément semblables et séparer en catégories différentes, dotées de règles différentes, des entités foncièrement dissemblables* »¹⁸. On en déduit que la catégorie juridique ne recouvre pas le sens donné à la notion ou au concept, ceci étant particulièrement vrai en droit constitutionnel et pour l'analyse du groupement de collectivités territoriales. Une définition de la catégorie juridique de M. CUMYN nous paraît très intéressante, et d'une portée plus pratique, en posant que la catégorie juridique « *regroupe deux ensembles qui se superposent, et qu'elle met en relation : un ensemble de situations factuelles, d'une part, et un ensemble de règles de droit qui forment un régime juridique, d'autre part* »¹⁹. Il est important de préciser que la notion de catégorie juridique en droit constitutionnel n'a pas cependant la même signification qu'en droit administratif.

¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition, PUF, 2003, p. 132, T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1987, p. 285

¹⁸ J. L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, 399 p., p. 236

¹⁹ M. CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématité du droit », *Les cahiers de Droit*, Laval (Canada), n°52, 2011, p. 368

D'une part, l'on peut aisément constater que les situations factuelles sont moins nombreuses en droit constitutionnel qu'en droit administratif. Par conséquent, ces ensembles sont moins nombreux et correspondent à des régimes juridiques moins significatifs, que l'on peut qualifier de constitutionnels.

D'autre part, ces régimes juridiques constitutionnels seront toujours moins précis que leurs alter ego-administratifs puisque ces derniers peuvent venir compléter ou donner le cadre légal de telle ou telle catégorie constitutionnelle. A ce titre, il est loisible de remarquer que le terme « catégorie » est mentionné à quatre reprises dans la Constitution du 4 octobre 1958 : l'une concerne les établissements publics (article 34 C), l'autre les collectivités territoriales (article 72-2 C) et deux fois dans le même sens pour des actes des assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer et de la Nouvelle-Calédonie (article 74 et 77). Il ressort que la définition donnée de la catégorie juridique, au sens général, est confirmée dans les quatre dispositions constitutionnelles qui y font référence. Par exemple, la création des catégories d'établissements publics implique que le législateur lui fasse correspondre un ensemble de règles dédiées. Quant à l'article 72-2 C²⁰, celui-ci se révèle spécifique aux garanties financières accordées à chaque catégorie de collectivités territoriales, ceci étant développée par une loi organique propre. Ainsi le régime juridique des ressources financières de chaque catégorie de collectivités correspond à la définition donnée par M. CUMYN. Enfin, les catégories d'actes des assemblées des collectivités d'outre-mer sont liées au régime juridique de contrôle organisé par l'État²¹. On remarque que la catégorie juridique fait coïncider un régime juridique à un type de structure ou d'acte dans la norme fondamentale.

En revanche, on ne retrouve pas les deux aspects de la définition de la catégorie dans l'emploi constitutionnel de l'expression « groupements de collectivités territoriales ». D'une part, les groupements de collectivités territoriales, à l'image du pluriel utilisé, peuvent faire référence à différents régimes juridiques notamment ceux de différentes catégories d'établissements publics pouvant recouvrir cette acception voire ceux reposant sur le statut

²⁰ Cette disposition prévoit notamment 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 ».

²¹ L'article 74 C indique notamment que « La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles : - le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi » et l'article 77 C précise que la loi organique détermine « les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ».

associatif ou de droit privé comme une société publique locale. D'autre part, la diversité des formes que peut prendre le groupement, non défini au niveau constitutionnel, constitue un obstacle très difficile à surmonter pour définir une situation commune. Dès lors, il est préférable de ne pas retenir l'expression « catégorie juridique », dans le sens donné par M. CUMYN ou J. L. BERGEL, pour étudier les groupements de collectivités territoriales et de voir si celles de notion et de concept ne seraient pas plus appropriées.

Avant de comparer intrinsèquement la notion et le concept, il est utile de les confronter successivement avec la catégorie juridique. On a volontairement écarté initialement un point commun entre le concept et la catégorie juridique à savoir que les concepts juridiques « *représentent des catégories juridiques seulement dans la mesure où ils désignent un ensemble de règles associé à un ensemble de situations factuelles* »²². On sait que le concept est avant tout une représentation, une théorisation, c'est la « *faculté, manière de se représenter une chose concrète ou abstraite; résultat de ce travail* »²³. Face à un ensemble identique de cas concrets, il semble logique que l'on lui donne une définition pour mieux le saisir, ce qui traduit le concept. A la différence de la catégorie juridique, il y a à la base la nécessité d'avoir cette représentation avant de l'associer à un régime juridique. Le travail de théorisation de la définition est donc la principale différence entre le concept et la catégorie juridique.

Quant à la notion, la définition première de ce terme renvoie à l'idée « *d'une connaissance immédiate, intuitive de quelque chose* ». A l'instar de la catégorie juridique, la notion prend source dans la réalité, se fonde sur une pratique. Ce point de départ est de nature aristotélicienne, c'est-à-dire qu'il s'appuie sur une observation ou un classement d'éléments identiques. En revanche, la notion s'en différencie par le fait qu'elle ne s'arrête pas forcément sur un régime juridique mais qu'elle implique de la caractériser de manière plus large. Lorsqu'on applique la notion en théologie, elle devient un « *attribut propre d'une personne, qui nous la fait connaître en la distinguant des autres personnes* ». La transposition en droit de la définition théologique de la notion nous éclaire davantage sur le groupement de collectivités territoriales, que l'on aborderait comme l'étude d'un organisme constitutionnel de droit public aux multiples visages dont on rechercherait le ou les attribut(s) propre(s) ou plus précisément les traits de caractères essentiels. La notion ne s'intéresse donc plus seulement à un régime juridique comme peut l'induire le concept ou la catégorie juridique mais aussi à d'autres

²² M. CUMYN, *op. cit.*, p. 369

²³ Les définitions sont issues du portail www.cntrl.fr, dont les sources proviennent notamment des dernières éditions du Dictionnaire de l'Académie française. La date de référence de la dernière consultation est de 2018.

caractéristiques. Ainsi, le groupement de collectivités territoriales fait appel à une autre notion, celle de collectivité territoriale présentant aussi des attributs propres distincts du groupement.

Néanmoins, la notion se rapproche du concept à partir du moment où la recherche de l'attribut propre d'une « personne » va nécessiter la représentation, une idée générale de cette dernière. D'ailleurs, une troisième définition de la notion, en philosophie ou en linguistique, énonce qu'elle correspond à « *une idée générale et abstraite en tant qu'elle implique les caractères essentiels de l'objet* ». Dès lors et si on utilise ce sens donné à la notion, on peut se demander si l'on n'a pas rendu caduc les distinctions que l'on vient d'opérer entre la notion, le concept et la catégorie. En effet, la notion juridique, définie comme une représentation impliquant des caractères juridiques essentiels, est un concept juridique, par le travail de théorisation de la représentation juridique. Comme le concept implique un ensemble de situations factuelles identifié à une définition théorique, on peut l'associer à un régime juridique propre s'il est identifié au caractère essentiel de la notion juridique. Ainsi, ces expressions seraient, en droit, interchangeables.

Peut-on s'appuyer sur une différenciation de la définition d'un concept ou d'une notion au sens juridique du terme ? Comme on vient de le montrer, il n'est pas si facile de savoir s'il existe une différence entre notion, et concept, de la même manière que la catégorie juridique recouvre aussi en tout ou partie ces derniers. C'est ce que note E. PIC en soulignant qu'« *il reste encore difficile d'établir s'il existe une différence entre concept, notion et catégorie juridiques : entre concept et notion, le flou le plus total règne sur une éventuelle distinction* »²⁴. Elle cite notamment la thèse de F. HAID sur les notions indéterminées dans la loi, qui affirme que « *Nous ne ferons pas dans le cadre de cette étude de distinction entre les termes notion et concept, une telle distinction nous paraissant très discutable et difficile à réaliser* » pour les entendre « *comme la signification (au sens premier du terme) d'une expression linguistique, la représentation mentale général et abstraite à laquelle elle renvoie* »²⁵. Cette interchangeabilité des termes nous paraît faire abstraction des ressorts philosophiques juridiques qui sont à l'origine de la distinction entre le concept et la notion. Il nous semble que l'on ne peut passer sous silence ces fondements qui se sont aussi exprimés dans des controverses doctrinales débutant autour du XX^{ème} siècle. Celles-ci se sont poursuivies après la Seconde Guerre

²⁴ E. PIC, « Faire de la terminologie en droit ? », *Cahiers du CIEL*, 2007-2008, p. 62

²⁵ F. HAID, *Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse, 2005, 372 p.

mondiale et sont éclairantes pour mieux comprendre la notion de groupements de collectivités territoriales.

Bien que la notion et le concept aient pour point commun une représentation théorique, elles n'adoptent pas le même point de vue philosophique c'est-à-dire que le concept a historiquement d'abord emprunté davantage au jusnaturalisme compris dans le sens où le concept préexiste au droit. Il s'est d'ailleurs imposé, à un moment²⁶, comme étant la réalité du droit. Ceci est particulièrement vrai au début du XX^{ème} siècle dans le domaine du droit public et ceci a été dénoncé régulièrement par de nombreux auteurs de cette époque. C'est ce que relève, par exemple, R. BONNARD en 1922 : *« les concepts ne sont pas différenciés de la réalité et beaucoup persistent à leur maintenir le caractère d'élément tenant à l'essence de l'institution et à leur attribuer une valeur d'explication rationnelle et pratique. Aucun ne donne nettement l'impression d'avoir compris qu'au-dessus de la réalité de l'État, il y a quelque chose qui est une superstructure de purs concepts, utiles, sans doute, indispensables mêmes pour permettre, à la méthode, grâce à leur utilisation logique, de produire son plein effet, mais possédant un caractère artificiel certain et, par suite, pouvant être modifiés sans que l'essence même de l'État en soit atteinte »*²⁷. Cette approche jusnaturaliste a progressivement été concurrencée par une autre méthode, celle consistant à construire des concepts à partir de la réalité. C'est le début des doctrines positivistes qui consacrera le courant normativiste comme le plus important. En France et parallèlement aux travaux de H. KELSEN, le courant du positivisme sociologique prenait toutefois en compte une finalité à cette réalité : celle de la nécessité de limiter le pouvoir des gouvernants. Ainsi, L. DUGUIT se différenciait du normativisme en concluant son article sur les doctrines objectivistes par *« Plus j'avance en âge, plus je reste convaincu que toutes les spéculations juridiques sont vaines si elles n'arrivent pas à déterminer d'une manière positive le fondement solide d'une limitation juridique apportée à l'action de ceux qui dans une société donnée, individus, groupements, classes sociales, détiennent la plus grande force. Je ne comprends pas, je le répète, comment ce fondement peut être établi si le droit et l'État se confondent, si tout le droit est l'État, si l'État est tout le droit »*²⁸. La définition de la notion s'inscrit davantage dans ce sillon puisqu'elle part du réel pour construire une représentation.

²⁶ F. GENY a été un auteur important dans ce changement de paradigme, en témoigne son ouvrage F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Marescq, 1899, 606 p.

²⁷ R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 17. Il ajoute en note de bas de page la liste des auteurs de droit public raisonnant sur cette logique : A. ESMEIN, M. HAURIOU, R. CARRE de MALBERG, F. GENY y intégrait également L. DUGUIT, ce que R. BONNARD conteste en partie.

²⁸ L. DUGUIT, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP*, 1927, p. 573

Cette controverse entre les tenants du subjectivisme et de l'objectivisme présente aujourd'hui beaucoup moins d'acuité et l'on peut remarquer qu'elles recherchent, toutes deux, par une construction théorique sur des fondements philosophiques différents à expliquer, au mieux, l'évolution du droit positif. Par voie de conséquence, la notion et le concept se rapprochent nettement puisqu'ils ont la même vocation, à savoir construire des représentations.

Nous retenons toutefois la critique de L. DUGUIT, qui s'interroge sur les théories juridiques qui ne se limitent pas à l'action des gouvernants ou de l'État, voire... des groupements. Elle est d'autant plus pertinente que le droit constitutionnel a pour objectif de définir l'organisation des pouvoirs publics et, par conséquent, leurs limites. En ce sens, la notion convient mieux à l'étude du groupement de collectivités territoriales que le concept, qui ne véhicule pas forcément l'idée du tenant du droit réaliste, celle d'une limitation du pouvoir des gouvernants, qu'ils soient nationaux ou locaux. Il y a derrière la notion, un caractère très concret, lequel peut transparaître très rapidement dans l'exemple où l'organe délibérant du groupement est limité par ceux de ses collectivités membres ou par l'État en interférant, sans limite, sur l'organisation et le fonctionnement des groupements. Or la limitation du pouvoir de différentes institutions locales, qui peuvent être aussi de nature administrative n'est pas facilement évidente à mettre en évidence par le caractère rigide du concept, qui part plutôt du seul droit administratif ou du seul droit constitutionnel pour forger une théorie que d'englober par un effort de théorisation conséquent les matières phares du droit public. La notion a une plasticité née de l'effort de théorisation à partir du réel que ne présente pas toujours le concept. Ce sont les raisons pour lesquelles nous lui donnons notre préférence dans notre étude.

Il reste que la notion ou le concept ont de fortes similitudes et celle qui devient récurrente tient dans le fait qu'ils peuvent devenir instables dans la mesure où la théorie, issue de l'observation de la réalité ou de son application à des cas concrets ne soit pas conforme à la pratique. Cet équilibre entre théorie et pratique ou entre notion et jurisprudence sera remis en cause pendant la période après 1945 et précisément en droit administratif. Les termes du débat ont quelque peu changé : on évoque l'existentialisme contre l'intellectualisme ou les faiseurs de système. C'est la controverse entre des représentants du Conseil d'État, B. CHENOT en tête²⁹,

²⁹ Les propos sur la notion de service public de B. CHENOT font écho à ceux que l'on entend sur la notion de collectivité territoriale ou d'établissement public. Ainsi, dans son introduction, il constate qu'« à vrai dire, quand on considère le flot tourmenté des décisions qui en quelques années font et défont ce qu'on appelle, après coup, jurisprudence, on a le sentiment que le juge administratif reste étranger à ces inquiétudes doctrinales. Si ses arrêts contrarient des théories générales ou démentent des notions fondamentales, nul d'ailleurs n'en tient rigueur à une juridiction qui s'attache moins à élaborer des concepts ou des règles qu'à résoudre, au jour le jour, les problèmes

et des membres de la doctrine, en la personne de J. RIVERO. Le premier considérait que les notions étaient vues comme une opération universitaire pour connaître l'essence des institutions alors que « *le juge est l'ennemi de la « chose en soi ». Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier* »³⁰. En réponse à cette critique de l'évolution des notions au regard du droit positif, J. RIVERO, affirme « *Qu'il le veuille ou non, le juriste n'échappe pas à la notion, parce qu'il est condamné à l'abstraction ; le juge ne peut se refuser à considérer « la chose en soi », car c'est à elle qu'il lui faut référer, pour en déterminer le statut juridique, la multiplicité des situations que lui propose la vie. Il demeure, même contre son gré, « un faiseur de système »* »³¹. Le contexte était celui d'une remise en cause des notions de service public, de contrat administratif, conduisant à ébranler progressivement la confiance accordée à une explication globale de ces notions. La démarche, du « *« faiseur de système », remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de mener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux* »³² introduit une approche plus générale, plus systémique, mettant en relation différentes notions, qui peuvent avoir une certaine proximité ou qui s'influencent mutuellement.

La démarche concrète fait aussi de la notion une catégorie juridique quand il y a identité entre un ensemble de situations factuelles et son régime juridique. Elle s'en différencie toutefois par son intégration dans un ordre ou un système juridique alors que la catégorie juridique repose uniquement sur ces situations et un ensemble de normes, comme le suggère la position de B. CHENOT. La notion vise à comprendre les interactions entre différentes catégories juridiques, qui ne fonctionnent pas « en soi » ou indépendamment les unes des autres. Dans cet ordonnancement des notions juridiques, certaines ont une importance plus grande, ce sont celles qui relèvent de la norme fondamentale, les notions constitutionnelles. Pour confirmer l'intérêt de cette distinction entre catégorie juridique, notion et concept sur ce plan, le groupement de collectivités territoriales est un exemple tout à fait intéressant. En tant que catégorie

dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit », B. CHENOT, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, p. 77

³⁰ *Ibid.*, p. 82

³¹ J. RIVERO, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », in A. de LAUBADERE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 9

³² *Ibid.*, p. 5

d'établissements publics, il peut être facilement identifiable. Néanmoins, le groupement de collectivités territoriales peut prendre d'autres formes administratives et ne pas appartenir à la catégorie des établissements publics. Par exemple, une association de collectivités territoriales est un groupement et, de prime abord, peut être concernée par notre étude. La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales peut donc comprendre au moins deux catégories juridiques et il conviendra de voir si elles peuvent exister chacune à leur manière au niveau de la norme fondamentale. Si l'on envisageait le groupement comme un concept, il ferait l'objet d'une mise en relation avec les autres institutions, celles des collectivités territoriales mais aussi celles nommément désignées dans le texte constitutionnel. Il en ressortirait une définition abstraite, que la réalité pourrait ou non confirmer. L'avantage du concept est son caractère plus stable dans la mesure où l'information jurisprudentielle ou textuelle d'une définition peut être contestée. Au contraire, la notion, qui est confrontée immédiatement à l'évolution de la législation et de la jurisprudence, doit être revue car elle ne peut subsister longtemps à l'emprise de la réalité. A ce titre, la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales est révélatrice des crises actuelles de notions voisines, dont celle de collectivité territoriale.

II. De la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales en rapport aux notions voisines

La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales fait face à plusieurs difficultés issues du droit positif et de son évolution rapide. Cette dernière se traduit dans la pluralité des groupements de collectivités territoriales, à laquelle fait référence le texte constitutionnel. Cette diversité peut notamment recouvrir en partie ou en totalité des notions voisines, telles que celles de collectivité territoriale ou d'établissement public. Du fait que le groupement exprime aussi les crises de notions voisines (A), le recours à ce type de structure par les normes fondamentales étrangères peut nous apporter des éléments de compréhension moins contingents (B). A partir de cette grille de lecture issue du droit comparé, on essaiera de voir comment le groupement de collectivités territoriales s'inscrit dans l'évolution du droit de la décentralisation française (C).

A. De la pluralité des groupements comme expression des crises de notions voisines

Le groupement de collectivités territoriales montre que, dans le domaine constitutionnel, son insertion tardive contrairement au groupement politique, est soumis à ce mouvement incessant du droit ou à une évolution permanente. Bien que le groupement de collectivités territoriales soit inscrit textuellement dans la norme fondamentale, la diversité institutionnelle qu'il peut revêtir demeure une problématique en soi que seule la notion constitutionnelle permettra de faire ressortir. Du pluriel comme singularité du groupement de collectivités territoriales, si l'on nous permet l'oxymore, on essaiera de montrer que son étude juridique sera plus féconde en l'abordant par le prisme constitutionnel. En outre, la mise en relation du terme groupement avec d'autres notions peut être remarquée dans la Constitution sous l'effet de l'emploi de conjonction de coordination « et » et « ou ».

Cette seconde particularité grammaticale concernant le terme constitutionnel « groupement » est marquée par deux utilisations présentant un sens différent des deux conjonctions de coordination. Pour le groupement utilisé à l'article 4 C, il est associé aux partis politiques par la conjonction de coordination copulative ou additionnelle « et ». Cet article confirme que le parti et le groupement politique peuvent se recouper ou présenter la même nature. Leur différence juridique n'est donc pas fondamentale, en témoigne l'absence de définition spécifique du groupement dans la loi de 1988. En ce qui concerne le groupement de collectivités territoriales, il est utilisé la conjonction de coordination de disjonction « ou ». Autrement dit, le groupement de collectivités territoriales n'est pas obligatoirement assimilable à une collectivité territoriale et s'en différencie par sa nature. La recherche de savoir si le « ou » est inclusif, c'est-à-dire que la structure concernée est indifférenciée ou si le « ou » est exclusif, c'est-à-dire que la structure concernée est soit l'une soit l'autre peut-elle être utile à la connaissance de notre objet d'étude ? Il n'est pas certain, qu'à ce stade de l'analyse, on puisse répondre de façon tranchée. En revanche, cette interrogation doit nous servir dans une première approche du groupement de collectivités territoriales. Si ce dernier peut se substituer à une collectivité territoriale dans le sens inclusif alors il y a coexistence de deux structures pouvant soit exercer une expérimentation soit être chef de file. On se place alors dans le champ du droit administratif permettant d'avoir recours à une autre forme de structure, différente des collectivités territoriales. L'exemple en la matière le plus connu est celui de l'établissement public et le champ d'étude est de nature administrative. Si le groupement est considéré comme

exclusif de la collectivité territoriale pour la mission confiée alors on recherche une solution institutionnelle applicable sur le plan national, ce qui relève plutôt de l'organisation territoriale constitutionnelle. On pense immédiatement au titre XII de la Constitution, titre réservé aux collectivités territoriales et cela ouvre une étude dans le cadre du droit constitutionnel.

Privilégier la seconde hypothèse paraît plus logique étant donné l'objet de notre recherche. Écarter le champ du droit administratif aboutirait néanmoins à considérer le groupement de collectivités territoriales comme une institution purement et simplement de nature constitutionnelle alors que cette structure puise ses origines dans le droit administratif. On en veut pour preuve que son insertion constitutionnelle est largement postérieure à sa naissance juridique, celle-ci remontant à la fin du XIX^{ème} siècle. Pourtant, que ce soit sous l'angle du droit administratif ou du droit constitutionnel, on est véritablement confronté à un contexte similaire à savoir une crise des notions à laquelle le groupement fait appel : les notions de collectivité territoriale et d'établissement public, la première étant le contenu du second, forme juridique potentiellement la plus usitée de notre objet d'étude.

La crise de la notion d'établissement public est la plus connue et la plus ancienne. Elle a été mise en exergue par R. DRAGO en 1950 et n'a véritablement jamais été surmontée. Elle serait née de l'inadéquation entre la définition classique de l'établissement public comme « service public personnifié » et la jurisprudence administrative qui a reconnu plusieurs formes d'organismes publics³³. Ce flou de la notion d'établissement public est également entretenu par le fait que *« l'autonomie patrimoniale qui est sa caractéristique essentielle lui confère une extrême sensibilité à toutes les conceptions politiques, il s'avère une forme juridique commode pour leurs réalisations et va, de ce fait, accroître considérablement son domaine »*³⁴. Le Conseil d'État n'y voit pas d'ailleurs forcément une crise mais plutôt un outil de gestion publique prometteur³⁵. Il n'en demeure pas moins que la place du groupement de collectivités territoriales,

³³ Les arrêts les plus célèbres débutent avec TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, n°00515, pour se poursuivre en 1942 avec l'arrêt CE, 21 juillet 1942, *Monpeurt*, n°71342 et CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, n°72242, et plus tard par l'arrêt CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*

³⁴ R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone, 1950, 287 p., pp. 20-21

³⁵ Ainsi, le rapport sur les établissements publics du Conseil d'État conclut que son avenir est *« Prometteur, parce qu'à y regarder de plus près, les menaces ou les facteurs de rigidité que l'on brandit parfois pour dénoncer les limites de la formule ou prédire un déclin qui ne s'est jamais vérifié jusqu'à présent, se dissipent aisément et parce que l'intérêt administratif de cet outil juridique ne se dément pas, bien au contraire : la plasticité de ce régime, les atouts qu'il représente tant pour l'administration que pour l'organe ainsi créé, rencontrent bon nombre des*

sous la forme d'un établissement public, n'est pas analysée dans l'étude du Conseil d'État. Il précise d'ailleurs qu'« *A l'inverse, l'exclusion des établissements publics locaux du périmètre de l'étude conduit à ne pas décompter d'importantes catégories d'établissements comme par exemple les quelque 8 000 établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées, établissements d'enseignement adapté) et les 2 583 établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, dont il ne faut toutefois pas oublier qu'ils font également partie de la réalité administrative que recouvre la notion* »³⁶. Étrangement, les rapporteurs notent en bas de page que ces deux catégories d'établissements publics sont entendues « *au sens ordinaire du terme et non pas constitutionnel* »³⁷. Il en résulte une double exclusion de notre objet d'étude : par le caractère local du groupement et par la primauté du sens administratif sur le sens constitutionnel. Or le groupement de collectivités territoriales participe, à tout le moins sur le plan administratif, à renforcer la crise de la notion d'établissement public en remettant en cause ses caractères usuels. Compte tenu de leur nombre et bien qu'ils aient fortement diminué depuis 2015, le Conseil d'État fait aussi abstraction des autres établissements publics locaux sans fiscalité propre, dont le nombre avoisinait les 11 000 en 2010. Ils sont aussi des groupements de collectivités territoriales, qui auraient mérités d'être mentionnés au même titre que les établissements publics d'enseignement. Cette diversité de la forme des groupements de collectivités territoriales est une problématique en soi particulièrement complexe car elle nécessite de définir des critères permettant de caractériser les groupements locaux relevant d'une même catégorie ou de définir s'il existe une seule et même catégorie d'établissement public comprenant l'ensemble des groupements de collectivités territoriales. En outre, il n'est pas évident de transposer le raisonnement tenu dans le cadre du droit administratif au droit constitutionnel. On fait face à une nouvelle difficulté à savoir que le groupement de collectivités territoriales est cité au titre XII de la Constitution sans qu'il soit fait référence à la forme de l'établissement public pour le caractériser. Autrement dit, le droit constitutionnel n'implique pas obligatoirement que la formule de l'établissement public soit la seule applicable au groupement de collectivités territoriales. En résumé, la crise de la notion d'établissement public est aggravée par l'apparition de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales en

attentes les plus contemporaines en matière de gestion publique », Rapport d'études sur les établissements publics, 2009, p. 61

³⁶ *Ibid.*, p. 14

³⁷ *Ibid.*

raison de la diversité des formes qu'elle peut recouvrir et par l'affaiblissement des critères propres à l'établissement public.

La seconde crise est plus récente et se situe dans le champ du droit constitutionnel, même si des questions d'ordre administratif de nature équivalente ont été posées antérieurement³⁸. J. C. DOUENCE concluait en 1986, de façon prémonitoire, que seule une réponse constitutionnelle pouvait définir la notion de collectivité territoriale. Qu'est-ce qui a pu déclencher cette crise ? A-t-elle des conséquences aussi profondes sur la définition de la collectivité territoriale ? Le groupement de collectivités territoriales est-il également une victime collatérale ou une cause de cette crise ? L'introduction, en 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité a permis d'ouvrir un nouveau champ du droit constitutionnel visant à donner des effets directs aux dispositions de la norme fondamentale dans le cadre de contentieux posés devant les juridictions par les différents requérants. Les collectivités territoriales ou leurs groupements ont pu revendiquer un certain nombre de droits ou de libertés potentiellement ou réellement accordées par la constitution. L'interprétation du juge constitutionnel dans la jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a eu pour conséquence de définir des libertés constitutionnelles propres aux collectivités territoriales. Face à la définition doctrinale générique, induite par les articles constitutionnels du titre XII, de la notion de collectivité territoriale, les décisions QPC ont peu à peu remises en question les critères propres résultant d'une conception uniforme de la collectivité territoriale. L'exemple le plus significatif est l'abandon de la clause de compétence générale tant par le législateur que par le juge constitutionnel comme droit propre à toute collectivité territoriale. Or ce critère permettait d'exclure toute structure juridique pouvant se rapprocher dans son fonctionnement d'une collectivité territoriale. Le groupement de collectivités territoriales, non doté de cette prérogative, était ainsi différencié de la collectivité territoriale par nature. Il ne peut donc être question de comprendre le groupement en opposition à la collectivité territoriale, celle-ci devenant quelque part insaisissable au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence

³⁸ J. C. DOUENCE concluait son article par « *Sur le plan juridique, une question reste pendante : la loi peut-elle créer une collectivité territoriale à vocation spécialisée exerçant uniquement des compétences d'attribution ou bien la vocation générale telle qu'elle a été dégagée par la législation classique, est-elle inhérente à la libre administration des collectivités locales et relève-t-elle donc d'une garantie constitutionnelle ? Seul le Conseil constitutionnel peut apporter une réponse définitive sur ce point et dire si la région est ou non une collectivité comme les autres* », in J. C. DOUENCE, « La région : collectivité à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, p. 554

et des textes législatifs, c'est-à-dire du droit de la décentralisation. Ce dernier étant compris uniquement à l'aune du droit constitutionnel français, et plus spécifiquement d'un droit issu du modèle type de l'État unitaire centralisé, on pourrait être amené à conclure trop rapidement à une conception peut-être réductrice ou limitée des groupements de collectivités territoriales. C'est pourquoi il nous paraît utile, au préalable, de connaître l'usage des groupements de collectivités territoriales dans d'autres États, pouvant eux-mêmes avoir une autre forme juridique.

B. Du groupement de collectivités territoriales en droit comparé

Les groupements de collectivités territoriales sont très rarement cités dans les constitutions étrangères européennes. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la forme de l'État influe peu sur la présence constitutionnelle de ce type d'institution dans la norme fondamentale. Ainsi, les Pays-Bas, État unitaire décentralisé, n'envisagent pas ces groupements au niveau constitutionnel mais seulement sur le plan législatif³⁹. La constitution polonaise, État d'une assez grande superficie, présente une configuration juridique similaire à savoir que les collectivités territoriales, autres que les communes sont créées par la loi et elles peuvent s'associer dans les conditions fixées aussi par la loi⁴⁰.

Une position différente est prise par les États régionaux : les constitutions italiennes et espagnoles, restent muettes sur ce sujet. Il est toutefois loisible de remarquer la Constitution espagnole de 1978 utilise un terme ambigu, celui d'*agrupacion*, c'est-à-dire qu'il peut être traduit soit par regroupement soit par groupement. Or le texte constitutionnel espagnol l'emploie à deux reprises dans les deux sens. Le premier sert à définir le territoire des provinces et l'autre

³⁹ L'article 123 de la constitution néerlandaise reconnaît deux niveaux d'administration locale, les provinces et les communes. Les groupements de collectivités sont créés par la loi et sont assimilés à d'autres structures publiques : l'article 134 pose, entre autres, que « *des organismes publics pour les professions et les entreprises ainsi que d'autres organismes publics peuvent être institués par la loi ou en vertu de la loi* ». Les groupements n'ont pas véritablement de visibilité constitutionnelle et, selon L. ZWAAN, « *l'intercommunalité néerlandaise pose un problème de légitimité dans certains cas, car le citoyen peut avoir des difficultés à s'identifier à l'administration, ce qui risque de creuser encore le fossé entre l'administré et la collectivité* », in L. ZWAAN, « *L'expérience en matière d'intercommunalité* », INET, *Entretiens territoriaux de Strasbourg*, 2010, p. 5

⁴⁰ L'article 172 de la constitution polonaise mentionne, dans son alinéa premier, que les collectivités territoriales peuvent s'associer par le truchement de dispositions, selon l'aliéna 3, prévues par la loi mais l'article 164 précise aussi que « *les autres collectivités régionales, ou locales et régionales, sont définies par la loi* ». R. PYKA estime que les groupements de communes n'ont pas le même rôle que les intercommunalités française : R. PYKA, « *La métropolisation en Pologne : le fonctionnement et l'avenir des espaces métropolitains polonais* », *Métropoles* [En ligne], 10 | 2011, mis en ligne le 15 mai 2012, consulté le 11 juillet 2018. URL : <http://journals.openedition.org/metropoles/4515>

autorise l'existence de regroupements de provinces. Pour caractériser les groupements de collectivités territoriales, le droit administratif espagnol utilise plutôt l'expression de *mancomunidades*, pouvant se traduire par celui d'association volontaire communale, qui est né d'un texte législatif de 1985. Il ne résulte donc pas de la constitution espagnole. Dans tous les cas, les deux États régionaux prennent en compte les groupements de collectivités territoriales qu'au niveau législatif.

Les États de forme fédérale présentent les deux cas de figure ; ils peuvent laisser cette compétence aux États fédérés et ne pas l'évoquer ou, au contraire, prendre en considération au niveau constitutionnel de manière plus ou moins prononcée la notion de groupements de collectivités territoriales. Si la constitution suisse ne traite pas de la question directement, l'État belge demeure compétent sur la délimitation des circonscriptions communales et provinciales, probablement une survivance de la centralisation napoléonienne dans le droit constitutionnel belge. En revanche, la compétence des régions pour la création de collectivités supra-communales est expressément visée par la combinaison des articles 134, qui attribue les compétences régionales par la loi, et 162. Si ce dernier renvoie au législateur le soin de régler les institutions communales et provinciales, il indique aussi dans ses derniers alinéas que « *les collectivités supracommunales sont réglées par la règle visée à l'article 134. Cette règle consacre l'application des principes visés à l'alinéa 2. La règle visée à l'article 134 peut fixer d'autres principes qu'elle considère comme essentiels, en recourant ou non à la majorité des deux tiers des suffrages émis à la condition que la majorité des membres du Parlement concerné se trouve réunie. Les articles 159 et 190 s'appliquent aux arrêtés et règlements des collectivités supracommunales* ». En outre, il prend soin d'ajouter qu'« *En exécution d'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces, plusieurs collectivités supracommunales ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer. Toutefois, il ne peut être permis à plusieurs conseils provinciaux, à plusieurs conseils de collectivités supracommunales ou à plusieurs conseils communaux de délibérer en commun* ».

L'expression « collectivités supracommunales » reste relativement ambiguë car elle peut faire référence à de nouvelles collectivités territoriales ou à des groupements de collectivités territoriales. Quoi qu'il en soit, la constitution belge ne traite pas directement des groupements de collectivités territoriales telles que nous les nommons ou les entendons. Nous

retenons toutefois qu'une distinction peut être effectuée entre les circonscriptions des collectivités constitutionnelles et les autres collectivités supra-communales.

Le texte constitutionnel le plus évocateur sur notre sujet est la constitution fédérale d'Allemagne qui cite l'expression « groupement de communes » à 25 reprises et en association avec les communes⁴¹. L'article le plus emblématique concerne les garanties apportées aux entités infranationales, dont les communes et, bien entendu, les Länder. Cette disposition étend ou assure expressément la libre administration aux groupements de communes. Ainsi, il est précisé à l'article 28 de la Constitution allemande qu'« *Aux communes doit être garanti le droit de régler, sous leur propre responsabilité, toutes les affaires de la communauté locale, dans le cadre des lois. Les groupements de communes ont également le droit à la libre administration dans le cadre de leurs attributions légales et dans les conditions définies par la loi. La garantie de la libre administration englobe également les bases de l'autonomie financière ; ces bases comprennent une ressource fiscale revenant aux communes, qui est assise sur le potentiel économique et dont les communes peuvent fixer le taux de perception* ». Cette définition de la nature de la commune et des droits constitutionnels qui lui sont accordées ainsi que le cadre juridique précis de l'extension de la libre administration aux groupements de communes présente l'intérêt de montrer des différences de nature entre les deux structures. Les similitudes constatées entre les constitutions française et allemande pourront être une source utile à une meilleure compréhension du groupement de collectivités territoriales français en se basant sur cette distinction entre une structure dotée d'une compétence générale et celle dotée d'attributions légales sachant que la forme fédérale de l'État allemand inspire fortement ces dispositions⁴².

Au terme de cet aperçu de droit constitutionnel comparé, on constate, d'une part, qu'il n'y pas de relation directe entre la forme de l'État et la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales. D'autre part, le cas français peut être situé entre les constitutions de la Belgique et des Pays-Bas, qui renvoient la création d'autres organismes publics au législateur et l'Allemagne, qui intègre fortement cette institution en lui accordant des droits similaires aux communes. La compétence du législateur, étant souvent déterminante en la

⁴¹ Trois formes sont présentes dans le texte constitutionnel allemand : la forme isolée pour le groupement en étant dissocié de la commune, la forme associative avec la conjonction « ou » et la présence de parenthèse et la forme additionnelle avec la conjonction « et ». Les deux dernières formes se retrouvent aussi dans le texte français.

⁴² Comme l'écrit M. VERPEAUX, « *S'il faut se méfier des comparaisons abusives et trop rapides, et s'il ne faut pas envisager l'existence de modèles clefs en mains, la comparaison n'interdit pas de tirer des leçons des expériences, qui ne sont pas toutes issues du passé, et de s'inspirer des solutions venues d'ailleurs* », in M. VERPEAUX, « Présentation – L'Europe des collectivités territoriales, l'Europe et les collectivités territoriales » in *Dossier Des réformes de collectivités territoriales en Europe*, RFDA, 2015, p. 685

matière, nécessite de voir comment le Parlement français a considéré le groupement de collectivités territoriales. Comme le législateur a compétence pour construire le droit de la décentralisation, l'introduction du groupement de collectivités territoriales est intimement liée à l'évolution de la place de ce droit, qu'il soit de niveau législatif ou constitutionnel.

C. Des groupements de collectivités territoriales en droit de la décentralisation

Autre élément d'instabilité chronique, le corpus juridique de la décentralisation a considérablement évolué depuis son acte I. Vu comme « *le plus profond bouleversement depuis l'an VIII* »⁴³, le caractère changeant des règles de fonctionnement des collectivités territoriales est frappant depuis 1982 et le rythme s'est accéléré depuis 2007 avec au moins quatre réformes d'ampleur, s'intéressant notamment au droit de l'intercommunalité⁴⁴. Mais si cette complexité administrative est connue depuis longtemps, l'interférence du droit de la décentralisation constitutionnelle a encore ajouté à l'instabilité des notions de collectivités territoriales et de groupement. Pourtant, le groupement de collectivités territoriales a été introduit de façon assez indifférenciée par le pouvoir constituant puisqu'il était un élément mineur de la réforme de 2003. Il n'a jamais fait non plus l'objet d'une étude constitutionnelle propre. Depuis la création législative du premier syndicat de communes en 1890, plusieurs thèses ont abordé notre objet d'étude par le prisme administratif. En outre et bien qu'elles soient peu nombreuses, elles se calquent souvent sur l'évolution du droit positif ou en lien avec une application concrète du fonctionnement d'un groupement de collectivités territoriales.

La première étude significative date de 1937 et l'analyse de V. LEYDET peut être résumée à un commentaire du régime administratif et un bilan détaillé du paysage des groupements de communes. On peut néanmoins retenir la définition qu'il donne du syndicat, à savoir « *une institution permanente dans son essence, instable dans son apparence formelle comme dans ses fins particulières, et qui tend à rapprocher des groupes humains irréductibles, pour la réalisation en commun d'œuvre d'intérêt collectif* »⁴⁵. La notion d'institution ou de

⁴³ Cité par B. FAURE in dossier « Trente ans de décentralisation », B. FAURE, « La glorieuse trentenaire », *AJDA*, 2012, p. 740

⁴⁴ Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales ; loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles ; loi n°2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral ; loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

⁴⁵ V. LEYDET, *Le syndicat de communes*, Thèse, Librairie technique et économique, 1937, 322 p., p. 253

structure, la fonction ou l'objet du syndicat ainsi que la composition du groupement sont trois éléments communs que l'on retrouve dans les différents travaux sur le sujet.

La deuxième thèse spécifique est celle de L. G. VERDUN en 1963 qui axe son propos sur la nature administrative du groupement de communes. Il considère que la nécessité de ces structures de coopération répond à deux objectifs, un local et l'autre national. Le premier incite à la formation volontaire par les communes de syndicats, selon une formule souple, pour exercer des compétences en commun et le second, initié par l'État, viserait à la constitution de groupements pour « *pallier les inconvénients du principe de l'uniformité et du trop grand nombre de communes* »⁴⁶. Cette double fonction de l'organisme de coopération de communes est une caractéristique fréquente voire indissociable du groupement et elle irrigue, sous forme de rhizome, souvent la notion.

Plus tard et avec la multiplication des textes sur les différentes formes d'intercommunalité de la loi ATR de 1992, C. RIBOT va mettre en évidence, dans sa thèse, le caractère dynamique du groupement en s'appuyant sur la théorie de l'Institution de M. HAURIOU. Elle se situe uniquement dans le champ du droit administratif. Cette dynamique ne montre que la finalité attendue de l'intercommunalité, qui répondait à la volonté des communes de s'associer pour répondre à leurs enjeux. De plus, elle tendait à faire apparaître l'autonomie progressive de l'institution intercommunale sans pour autant remettre en question le statut de l'établissement public⁴⁷. Il reste que les mêmes thématiques sont prises en compte : la diversité de l'institution, sa finalité et sa composition. En élargissant notre point de vue, il peut être intéressant de voir dans quel cadre juridique cette permanence d'une solution institutionnelle de coopération s'inscrit. A ce titre, B. FAURE remarque au moment du trentième anniversaire de la décentralisation française que « *toutes les réformes semblent se tenir la main en ne faisant qu'ajouter au modèle ce qui lui permet de se maintenir : une débauche de solutions palliatives (intercommunalité, procédés référendaires, techniques de clarification de la répartition des compétences...)* »⁴⁸. Il reproche à l'ensemble de ces réformes notamment leur caractère jacobin, où « *l'administration d'État continue de remplir toute la sphère de l'action publique qu'il ne peut se résoudre à laisser vivre* » et que l'espace de liberté laissé aux élus locaux reproduit « *de*

⁴⁶ L. G. VERDUN, *Le groupement de communes en France*, Thèse, 1963, 252 p., p. 250

⁴⁷ Elle écrit, « *Malgré la diversification des instruments juridiques pouvant être utilisés pour organiser une coopération entre municipalités, il apparaît que l'établissement public reste le mode privilégié d'encadrement des dynamiques intercommunales* », C. RIBOT, *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité*, Thèse, 1993, 596 p., p. 23

⁴⁸ B. FAURE, « *La glorieuse trentenaire* », *op. cit.*, p. 742

nouvelles formes de centralisation par le contrat et les cofinancements »⁴⁹. Le groupement de collectivités territoriales n'échappe pas à ces défauts de la décentralisation et une thèse plus récente, et très intéressante, l'aborde également sous cet angle unique, celui de l'État dans le domaine des collectivités territoriales⁵⁰.

M. HOUSER s'appuie sur le concept de recentralisation et adopte un point de vue fondé exclusivement sur l'intervention de l'État par le truchement d'un seul type de groupement, celui des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Il n'en demeure pas moins qu'il réduit, d'une part, considérablement l'éventail de la diversité des groupements à une des formes particulières des groupements des collectivités territoriales. Si l'on peut éventuellement admettre ce parti pris dans une étude dont la finalité est de mettre en évidence le concept administratif de recentralisation, cette réduction devient inopérante lorsque l'on se situe sur le plan constitutionnel. On rappelle qu'il définit la recentralisation comme une *« réorganisation locale des différents niveaux de collectivités territoriales, avec principalement la recherche du renforcement du niveau supérieur »*⁵¹. Cette définition, comme il l'écrit, s'oppose à la Constitution française car *« cette évolution s'inscrit en porte à faux avec la consécration du principe de subsidiarité en droit français par la réforme constitutionnelle de 2003 »*⁵². Bien qu'il estime que ce principe est étranger à la culture juridique française, affirmation qui pouvait se comprendre peu de temps après la révision du 28 mars 2003, les effets de la Constitution depuis la réforme constitutionnelle de 2008 ont passablement modifié la donne avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Nous aurons l'occasion de montrer, contre toute attente, la réalité juridique de l'insertion du principe de subsidiarité. Par voie de conséquence, le concept de recentralisation voit sa validité constitutionnelle remise en question non seulement par la contradiction posée par l'article 72 C mais aussi par la définition intrinsèque de la recentralisation. Au-delà du fait que la recentralisation *« d'un point de vue théorique, (...) n'existe pas [et que] la doctrine comme mode d'organisation de l'État ne connaît que la centralisation, la décentralisation et la semi-décentralisation »*⁵³, le renforcement du niveau supérieur, au sens constitutionnel, pourrait,

⁴⁹ *Ibid.*, p. 740

⁵⁰ M. HOUSER, *La nécessaire recentralisation de l'EPCI : la recherche d'une cohérence territoriale*, Université de Bourgogne, 2008 publiée chez l'Harmattan sous le titre *l'intervention de l'État et la coopération entre communes*, 2009, 592 p.

⁵¹ M. HOUSER, « Recherches sur le concept de recentralisation », *RRJ*, 2011-2, p. 752

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

dans un État unitaire, correspondre à celui de l'État, ce qui ne serait pas le moindre des paradoxes. Il ne peut donc être réalisé une identification constitutionnelle de l'EPCI à fiscalité propre au groupement de collectivités territoriales sur la base du concept de recentralisation. On peut toutefois retenir l'idée fondamentale de rechercher si tous les groupements sont concernés par les objectifs constitutionnels définis à ce dernier.

D'autre part, ses travaux sont pensés dans le cadre administratif, ce qui ne correspond pas à la dimension constitutionnelle de cette réorganisation voulue par l'État. La diversité de forme du groupement de collectivités territoriales est réduite à l'EPCI à fiscalité propre en fonction d'une seule finalité, celle de l'intervention de l'État dans la coopération locale. En focalisant sur ces derniers, et bien qu'ils soient effectivement un élément majeur et singulier du groupement, l'analyse est posée en droit administratif et non pas sur le plan constitutionnel. Pour dépasser le cadre administratif dans lequel les recherches passées ont pu logiquement se mouvoir et dans lequel est né le groupement de collectivités territoriales, il est intéressant de comprendre les raisons du recours de plus en plus fréquent à ce type d'institution dans le cadre de réformes organisationnelles.

III. Des groupements de collectivités territoriales comme palliatif à la restructuration de l'organisation administrative française

Fruit de la volonté de répondre à une réorganisation des collectivités territoriales souvent difficile à mettre en œuvre, la plasticité des groupements de collectivités territoriales nécessite un examen précis. Il semble fécond de retracer brièvement l'évolution historique des groupements de collectivités territoriales (A) pour mieux cerner l'indétermination de cette notion (B).

A. Une multiplication des formes de groupements de collectivités territoriales dans l'histoire institutionnelle française

Prenant naissance officiellement dans la loi du 22 mars 1890, le premier groupement de collectivités territoriales a rapidement vu son régime juridique évolué au gré des événements et des besoins de la population. Ainsi, la Première Guerre mondiale a été l'occasion d'élargir le

cercle des compétences des syndicats de communes pour apporter une réponse territoriale et locale à la reconstruction du pays. Ils se sont également développés en nombre en accompagnant le mouvement d'électrification, de réseau de transports en commun (funiculaire, tramway...) ou d'ouvrages d'art (digues de défenses contre la mer...). Ce rôle est en lien avec l'étroitesse des cadres communaux et la nécessité de coordonner l'action intercommunale dans des institutions de coopération ayant un objet plus ou moins pérenne⁵⁴.

Après la Seconde Guerre mondiale, l'intercommunalité va moins se caractériser par la création en nombre de syndicats de communes que par l'apparition d'autres types juridiques de groupements de collectivités territoriales. Ainsi, pour participer à l'effort de reconstruction du pays, les syndicats mixtes vont être créés en 1955 permettant l'association des départements et des communes. La même année, une évolution importante du régime des syndicats de communes permettra une coopération intercommunale dans une même entité pour plusieurs compétences, les syndicats intercommunaux à vocation multiple. On remarque que la motivation principale de la création de ces nouveaux groupements répond au sous-dimensionnement des communes pour la mise en œuvre de compétences structurantes. Cette faiblesse n'est pas uniquement liée à l'étroitesse territoriale, elle peut aussi être liée à l'absence de ressources financières suffisantes.

L'avènement de la V^{ème} République va impulser un nouvel élan dans la multiplication des formes de groupements de collectivités territoriales. L'exode rural et les demandes d'équipements collectifs vont impactés, non seulement et de manière plus prononcée, les formes et les besoins des agglomérations urbaines mais, aussi et dans une moindre mesure, les communes plus rurales. Par exemple, la création de bassin de natation ou de gymnase et l'étalement urbain ne peuvent pas toujours être portés par une seule commune. Les élus municipaux développeront donc la coopération locale pour répondre à ces besoins à partir des structures créées par les ordonnances de 1959, à savoir les districts urbains et ruraux. Un peu plus tard en 1966, la Communauté urbaine, premier groupement de communes très intégré sur le plan des compétences, est imposée par l'État dans plusieurs agglomérations (Lyon, Lille, Tours...).

La multiplication des formes de groupements de collectivités territoriales sera une constante dans les décennies qui suivront jusqu'à la loi Chevènement de 1999. Elle sera

⁵⁴ La durée d'un groupement de collectivités territoriales doit toujours être précisée dans les statuts de ces derniers, ce qui peut paraître contradictoire avec sa mention dans la Constitution.

notamment amplifiée par le mouvement décentralisateur débutant en 1982. Partie intégrante du droit de la décentralisation, les groupements de collectivités territoriales ne semblent plus cantonner à la sphère administrative. J. MONTAIN-DOMENACH s'interroge ainsi sur la place de l'intercommunalité avant la réforme constitutionnelle de 2003 introduisant l'organisation décentralisée de la République. Elle conclut son article sur l'évolution permanente du statut des groupements de communes et celle du droit de la décentralisation et de sa constitutionnalisation. Elle indique qu'« *En raison du contexte politique, il est aisé de comprendre qu'il pouvait apparaître périlleux de proposer une réforme d'ensemble intégrant les conséquences institutionnelles de l'évolution, qu'il était souhaitable de procéder empiriquement et de déduire de la pratique les principes après une phase de transition. Si le choix de la méthode empirique présente des avantages, encore faut-il en connaître les limites face aux mutations qui touchent également l'organisation des départements et des régions et qui sont liées aussi à l'évolution des Communautés européennes. Dès lors, la réforme de l'article 72 de la Constitution paraît devoir s'imposer pour répondre aux mutations en cours* »⁵⁵. Les principes fondant l'organisation institutionnelle du droit de la décentralisation n'ont, semble-t-il, pas permis de clarifier la nature des collectivités territoriales et, par conséquent, de leurs groupements. Cette indétermination est fortement marquée par la volonté de restructurer l'organisation administrative française malgré les modifications des dispositions constitutionnelles les concernant.

B. L'indétermination de la nature constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales marquée par la volonté de restructuration de l'organisation administrative française

Nous venons de voir que les groupements de collectivités territoriales a une histoire constitutionnelle plus récente mais cela ne doit pas empêcher d'avoir recours à notre histoire du droit dans sa dimension institutionnelle. Le droit constitutionnel des groupements de collectivités territoriales puise bien évidemment ses fondements dans le droit des collectivités territoriales et on ne peut passer sous silence que la présence du groupement de collectivités territoriales dans la norme fondamentale n'est pas sans lien avec une singularité française par rapport aux autres États européens, à savoir son nombre de collectivités territoriales.

⁵⁵ J. MONTAIN-DOMENACH, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », les Cahiers constitutionnels, n°12, mai 2002

Historiquement, le nombre de communes des autres États était comparable à la France mais ils ont tous réduit ce nombre en organisant la fusion de ces dernières. Ce constat est connu depuis longue date et ces réformes dans les autres États de l'Europe de l'Ouest notamment ont été majoritairement réalisées pendant la période allant de 1970 à 1985⁵⁶. Comment peut-on expliquer l'absence de réforme d'ampleur similaire en droit français et le lien que l'on peut faire avec la présence dans la Constitution du groupement de collectivités territoriales ?

La thèse de M. BAUBONNE présente l'hypothèse suivante : l'indétermination constitutionnelle du titulaire du pouvoir territorial a empêché la détermination de nouveaux territoires pertinents des collectivités territoriales. Il définit le pouvoir territorial comme le pouvoir « *de retracer les frontières délimitant le territoire des collectivités territoriales* »⁵⁷, qu'il subdivise entre le pouvoir territorial primaire, celui de créer de nouvelles collectivités territoriales appartenant, selon lui, au législateur et le pouvoir territorial secondaire, permettant de modifier les limites territoriales des collectivités en les fusionnant, dont le titulaire n'est pas précisé. Il inscrit le groupement de collectivités territoriales comme un signe de la dégénérescence de ce pouvoir puisqu'il affirme qu'« *il est possible de parler de forme dégénérée du pouvoir territorial parce que les groupements de collectivités territoriales obéissent à un principe de rattachement : ils ne sont pas conçus comme des institutions au service de la population d'un territoire mais comme des outils au service des communes pour rationaliser l'exercice de leurs compétences* »⁵⁸. Autrement dit, il estime que le groupement de collectivités territoriales est une réponse à l'absence de fusion de collectivités territoriales, conséquence d'un pouvoir territorial secondaire mal défini ou dans lequel les élus locaux ont un rôle important. Cette réponse organisationnelle est, selon cet auteur, dégénérée car elle ne permettrait pas les économies d'échelles avancées. Si l'on admet aisément que le groupement est une institution palliative à l'absence de l'exercice d'un pouvoir territorial secondaire, il ne semble pas évident de l'assimiler à une structure territoriale dégénérée. C'est d'ailleurs toute l'ambiguïté de la nature du groupement de collectivités territoriales, qui ne vise pas à un seul objectif de rationalisation de la carte des territoires mais qui peut répondre aussi à des problématiques locales. De ce dernier point de vue, le groupement de collectivités territoriales ne peut avoir une nature identique à ses membres. Il ne peut être compris comme une structure territoriale car le texte

⁵⁶ Voir, par exemple, les études de H. SIEDENTOPF, « Le processus de réforme communale en République Fédérale d'Allemagne (194-1980) », *RFAP*, 1981, pp. 11-33 et H. WUYTS, « Les réformes de l'administration locale en Belgique depuis 1960 », *RFAP*, 1981, pp. 51-65

⁵⁷ M. BAUBONNE, *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République*, Thèse, 2015, p. 30

⁵⁸ *Ibid.*, p. 193

constitutionnel le mentionne à côté des collectivités territoriales sans les confondre. L'approche du groupement de collectivités territoriales à partir de la focale étatique tend à réduire la notion du groupement, qui peut aussi avoir une vocation locale légitime.

Il ajoute que la rationalisation de l'organisation administrative française ne peut se faire tant que le cumul des mandats entre élus national et local existe et qu'une hiérarchie normative pallie l'absence de modification des périmètres des collectivités territoriales. L'introduction d'une hiérarchie normative ne nous semble pas évidente à mettre en œuvre surtout si le cumul des mandats est écarté. On se heurte à la légitimité électorale au sein d'une collectivité territoriale se trouvant bridée par le pouvoir d'action d'une autre collectivité dite supérieure. Autant il peut être admis que l'État impose le respect de la loi aux décisions locales par le contrôle du Préfet, autant une hiérarchie interne entre les actes des assemblées délibérantes est contestable et en inadéquation avec le procédé de l'élection⁵⁹. En résumé, il fait ressortir une qualification juridique du groupement de collectivités territoriales extrait d'un cadre moins administratif qu'organisationnel et étatique.

De cet échantillon significatif de thèses abordant notre sujet, on remarque que le groupement de collectivités territoriales est soit analysé sous l'angle administratif soit intégré à une réflexion d'ordre organisationnelle étatique ou constitutionnelle. Notre objet d'étude devient en quelque sorte un marqueur institutionnel de l'évolution du droit de la décentralisation. Les propos de M. DOAT, au sujet de la réforme constitutionnelle de 2003, font écho à cette transformation profonde en remarquant que « *L'ordre juridique qui s'impose au local devient par cette réforme un ensemble extensif et modulable. Il n'ordonne plus le territoire mais est un système de normes qui associe le local et le central ; ce qui constitue évidemment une altération profonde de la conception originaires* »⁶⁰. Il met en avant une conception a-centralisée dans le sens où « *le centre devenant à son tour une structure qui se fonde dans une organisation institutionnelle complexe* »⁶¹. Sous cet angle institutionnel, il est intéressant de s'interroger sur

⁵⁹ L'article 1^{er} de la réforme constitutionnelle engagée le 10 juillet 2018 prévoit de compléter l'article 23 en posant que « *Les fonctions de membre du Gouvernement sont également incompatibles, dans les conditions fixées par la loi organique, avec l'exercice d'une fonction exécutive ou de présidence d'assemblée délibérante au sein des collectivités régies par les titres XII et XIII, de leurs groupements et de certaines personnes morales qui en dépendent* ». Cette reconnaissance des fonctions exécutives locales, y compris celles des groupements, montre, selon nous, la difficulté d'introduire une hiérarchie entre les actes pris par les différentes collectivités territoriales. Par ailleurs, le terme « groupement » serait une nouvelle fois utilisé dans la norme fondamentale.

⁶⁰ M. DOAT, « Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France », *RDJ*, 2003, pp. 116-117

⁶¹ *Ibid.*

le fait de savoir si le groupement n'est pas à la croisée des chemins des droits constitutionnel et administratif. L'appréhender devient alors plus difficile car la notion constitutionnelle de groupement n'est pas identique à son homologue administratif. Ce que l'on peut se poser comme interrogation essentielle, c'est de savoir comment a été inscrite dans la norme fondamentale une notion de droit administratif. De façon connexe, il s'agit de questionner la transformation et l'évolution de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales au regard notamment des changements législatifs intervenus au cours des dernières décennies. Enfin, on se doit de le mettre en relation avec les autres notions constitutionnelles de collectivité territoriale et de catégorie d'établissement public.

Autrement dit, notre triple problématique est totalement incluse dans la définition de plusieurs notions institutionnelles. Entre la crise de l'établissement public et celle de la collectivité territoriale, la notion de groupements de collectivités territoriales apparaît comme prise dans un étau juridique, dont il semble difficile de sortir. Si elle emprunte à ces deux concepts voisins, elle contribue fortement à entretenir ces crises puisqu'il efface progressivement les distinctions usuelles retenues.

IV. Méthodologie et étude des groupements de collectivités territoriales

Dans le contexte particulier d'évolution rapide du droit de la coopération locale et d'interprétation récente des dispositions constitutionnelles par la voie de la QPC et du projet de loi constitutionnelle de mai 2018⁶², il est nécessaire d'adopter une méthode d'analyse cherchant à éviter un premier écueil : celui de développements trop descriptifs et factuels facilités par l'impression d'un mouvement perpétuel du droit. Un deuxième écueil doit être évité, celui qui nous entraînerait vers une prospective juridique dont l'objectif serait de déterminer une notion conformément à un droit positif correspondant à cette définition à plus ou moins long terme. Enfin, un dernier écueil doit être évité : il réside dans la nature juridique des groupements de

⁶² Cette approche vaut également pour la réforme constitutionnelle en cours. L'article 15 dudit projet de loi constitutionnelle du 9 mai 2018 ajouterait une seconde fois le terme « groupement » à la constitution pour leur permettre d'exercer le droit à la différenciation. Le texte prévoit que « *dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions* ».

collectivités territoriales, qui emprunte tout autant au droit administratif qu'au droit constitutionnel. Se contenter d'une analyse exclusivement constitutionnelle nous empêcherait de comprendre pleinement notre objet d'étude.

Pour surmonter ces difficultés, notre recherche s'est principalement appuyée sur deux méthodes : la théorie de la longue durée (A) et deux branches du positivisme : la théorie positiviste sociologique de L. DUGUIT et le normativisme de H. KELSEN, poursuivi, d'une certaine manière, par C. EISENMANN (B). A partir de cette méthodologie et la technique prétorienne du faisceau d'indices, on expliquera la manière dont on traitera notre objet d'étude (C).

A. Le recours à la logique de la longue durée

Le recours à la logique braudélienne de la longue durée⁶³ peut nous interroger sur les raisons d'avoir fait appel à une méthode plutôt ancienne relevant du domaine de l'histoire et de l'interdisciplinarité en sciences sociales.

En premier lieu, la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales est avant tout une notion qui doit être appréhendée sous une approche historique en rapport avec la succession de textes constitutionnels sur un espace géographique donné. En l'espèce, le droit constitutionnel français n'a pas débuté en 1789 avec la fin de l'Ancien Régime ou serait complètement déterminé par l'adoption de textes sous un régime républicain. Il serait parfaitement restrictif de s'exonérer de normes fondamentales historiques ayant eu des conséquences plus ou moins directes sur la notion de groupements de collectivités territoriales. Par exemple, la notion de commune et celle de département sont bien antérieures à celle de collectivité territoriale. On ne peut que s'enrichir d'une compréhension de l'histoire d'organismes locaux en lien avec la norme fondamentale.

La méthodologie relative à la recherche en droit constitutionnel rejoint par ailleurs celle de la longue durée sur deux points : une approche historique d'un cadre identique, celle d'une civilisation et un objectif commun, celle de ne pas s'attarder sur l'histoire événementielle. Cela ne veut pas dire que l'on écarte la façon dont la constitution est mise en œuvre ou appliquée

⁶³ F. BRAUDEL, « Histoire et science sociale : la longue durée », *Revue Annales*, 1958, pp. 725-753

mais on essaiera de privilégier l'interprétation de la norme constitutionnelle sur la norme administrative, qui peut avoir des effets beaucoup plus concrets et directs.

Il convient enfin de noter que la notion de groupements de collectivités territoriales est d'une nature particulière puisqu'elle ne procède pas exclusivement de la constitution mais a surtout été façonnée par son origine administrative. Or l'approche interdisciplinaire de la longue durée permet, en l'occurrence, de mettre en évidence les rapports et les influences mutuelles du droit constitutionnel sur le droit administratif et inversement. A ce titre, le groupement de collectivités territoriales illustre parfaitement cette réciprocité sur le plan institutionnel.

L'intégration de la longue durée en droit constitutionnel nécessite de faire appel à des méthodes de recherche reposant sur le droit, c'est-à-dire l'étude des textes sur une longue période. Il faut toutefois déterminer la période qui sera étudiée. En l'espèce, les limites temporelles sont liées à la définition constitutionnelle du groupement de collectivités territoriales, c'est-à-dire la prise en compte d'une constitution formalisée. Le premier texte formel français est donc la Constitution de 1791. Cependant, il ne suffit pas de faire l'exégèse d'une constitution pour en déduire des éléments utiles pour étudier le groupement de collectivités territoriales. C'est pourquoi l'analyse est complétée par les débats parlementaires ou des textes produits par le Constituant, essentiels à la compréhension de telle ou telle solution retenue par la constitution.

En outre, le groupement de collectivités territoriales présente aussi, comme nous l'avons soulevé antérieurement, une nature administrative, qui relève essentiellement des corpus législatifs. La même date peut être retenue pour étudier l'évolution de la législation en la matière. On pourra avoir recours à la législation de l'Ancien Régime car celle-ci n'a pas toujours complètement disparu du droit positif révolutionnaire voire du droit contemporain. Le groupement de collectivités territoriales porte lui aussi les conséquences de la permanence de traits juridiques provenant de ces textes très anciens. Comme le droit constitutionnel français moderne s'est construit en opposition à la Monarchie absolue, il s'agira de voir comment ces caractères ont pu subsister et ont pu être pris en compte dans la norme fondamentale. De plus, la frontière théorique entre les domaines constitutionnel et administratif est loin d'être parfaitement étanche. Au contraire, le texte constitutionnel peut renvoyer à la loi la définition d'un régime juridique d'une collectivité territoriale.

Prendre en compte l'évolution du droit positif et de la succession des textes constitutionnels ne nous a pas paru suffisant car l'influence de la doctrine a certainement joué

dans l'élaboration ou l'interprétation des textes et notamment législatifs. C'est pourquoi nous avons pris en compte les ouvrages de type universitaire ou politique et ceux de praticiens relatifs au droit administratif ou du droit des collectivités territoriales dans notre analyse.

A partir de ce triptyque juridique composé des archives parlementaires, de l'ensemble des normes constitutionnelles et législatives relatives aux collectivités territoriales et des ouvrages *ad hoc*, nous avons recherché à comprendre l'évolution du droit positif des collectivités territoriales et plus particulièrement du droit des communes et de leurs coopérations. Cette méthode nous a permis de faire ressortir un débat institutionnel sur le nombre de niveaux administratifs, qui n'apparaissait pas automatiquement dans le droit positif faute d'accord entre l'exécutif et le Pouvoir législatif. Le temps long permet de voir la lente maturation de l'organisation administrative française depuis la Révolution. Par exemple, le Second Empire est passé d'un régime administratif des collectivités territoriales autoritaire à un régime plus libéral. A l'autre bout de l'échelle du temps, la longue durée nous incite aussi à la prudence au regard de l'accélération des réformes des collectivités territoriales depuis dix ans.

Le point de vue de la longue durée doit être complété par une analyse juridique empruntée au positivisme sociologique et au normativisme.

B. Le recours aux théories du positivisme sociologique et du normativisme

Notre méthodologie s'appuiera également sur un courant minoritaire mais originaire, celui de la théorie objectiviste réaliste, issue d'une tradition française féconde, celle des juristes sociologues, qui a fait naître de multiples notions juridiques. Elle a initié et animé de fameuses controverses dont celles qui sont nées entre deux représentants du droit public français, à savoir L. DUGUIT et M. HAURIOU. Au-delà des différences importantes entre ces deux auteurs, un de leurs points communs étaient de s'appuyer sur le droit constitutionnel. Ce prisme est essentiel dans la démarche que nous avons retenue. Nous emprunterons régulièrement les analyses à ces deux auteurs tout en privilégiant dans la méthode le cadre théorique de L. DUGUIT. La théorie positiviste sociologique permet de donner un sens à une notion en interaction avec d'autres notions et de voir comment celles-ci s'inscrivent dans un système ou ordre juridique. La pensée positiviste est aussi marquée par le rôle joué par les textes, le corpus de normes formant un tout parfois disparate. Le normativisme introduit une structuration du droit par le droit, en insistant sur un système de validité des normes. Le passage d'un ensemble

de situations juridiques à la construction d'une abstraction expliquant la notion étudiée correspond à la démarche scientifique que l'on souhaite retenir. On ne veut pas dire que l'on forge une théorie à laquelle toute application concrète devra répondre. On suit plutôt la pensée ou la méthodologie de C. EISENMANN, qui est davantage perçu comme un auteur de droit administratif que comme un constitutionnaliste. Il ne se situe pas exclusivement dans le sillage de la pensée théorique de H. KELSEN mais place sa réflexion dans le courant réaliste, c'est-à-dire qu'il refuse que la logique du droit soit celle de la science du droit. Il pense, à l'instar de L. DUGUIT, qu'« à propos du droit, on peut et on doit se poser la question des problèmes sociologiques »⁶⁴. C'est cette approche plurale qui nous intéresse car l'extrême instabilité des textes depuis quelques années nous incite à élargir notre point de vue à d'autres matières assez proches comme le droit administratif, le droit économique ou encore les régimes politiques... Comme le conclut O. BEAUD, « cette forme de « constructivisme » juridique reste aujourd'hui peu usitée. La majorité de la doctrine restant fidèle à cet « inductivisme » à partir des solutions du droit positif. A notre sens, et nous rejoignons ici l'opinion de Charles Eisenmann et avant lui celle d'un François Gény, une telle conception, comporte un risque : celui que l'analyse de « doctrine » se borne à être un simple répertoire de la jurisprudence. Le risque inverse est que la doctrine, si elle devient hyperconstructiviste, oublie le sol juridique sur lequel elle doit reposer. La lecture de l'œuvre de Charles Eisenmann prouve que l'on peut éviter ces deux dangers, et démontre la possibilité de faire autrement la doctrine. C'est peut-être en cela que réside la plus grande actualité de son œuvre »⁶⁵. Face à un contexte de crises de plusieurs notions constitutionnelles, il pourrait être tentant de construire une nouvelle théorie à partir du groupement de collectivités territoriales ou d'essayer de le comprendre par l'analyse des jurisprudences administratives et constitutionnelles qui le concerne. Ce sont les raisons pour lesquelles nous empruntons à la doctrine objectiviste réaliste ou néo-réaliste, si l'on devait qualifier les travaux de C. EISENMANN. Les outils d'analyse juridique permettent d'appréhender le mieux possible notre objet d'étude.

⁶⁴ Propos cités par G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon C. EISENMANN », in P. AMSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, p. 18

⁶⁵ O. BEAUD, « A propos des écrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », *Droits*, n°36, 2002/2, pp. 189-200, p. 200

C. A la recherche de la notion de groupements de collectivités territoriales par le recours simultané aux méthodes scientifique, juridique et historique

Ce recours simultané aux méthodes scientifique et historique évite de présenter la notion constitutionnelle de collectivités territoriales comme une notion indépendante au sein de l'ordre juridique français et sans attache avec le droit administratif. Cette double approche renforce l'idée de la nécessité d'identifier dans la diversité administrative des groupements de collectivités territoriales ceux qui peuvent relever de la notion constitutionnelle. Elle procède du réel et d'une première connaissance réduisant le nombre d'organismes concernés par la notion constitutionnelle. Bien qu'elle puisse s'assimiler partiellement à la méthode scolastique, elle s'en différencie nettement par le fait qu'elle tend à mettre œuvre une méthodologie heuristique de type scientifique, c'est-à-dire une méthode qui analyse par rapprochements successifs les alternatives, les éliminant les unes après les autres, pour ne laisser que celles qui peuvent prétendre être la solution la plus en adéquation avec la réalité.

Elle sera complétée par le recours à la technique du faisceau d'indices : celle-ci permet de définir une notion cumulativement sur la base des textes législatifs, réglementaires ou de la jurisprudence. En l'espèce, la notion de groupements de collectivités territoriales pourra être précisée en analysant les différents usages qui sont faits de cette notion soit directement dans la norme fondamentale, les lois organiques et la jurisprudence constitutionnelle, soit indirectement dans les corpus législatif, réglementaire et dans la jurisprudence administrative.

De l'identification administrative et constitutionnelle d'un certain nombre de groupements de collectivités territoriales, il sera intéressant de les caractériser uniquement sur le plan constitutionnel (1^{ère} Partie). Dans un second temps, on sera ainsi amené à confirmer la définition de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales (2^{ème} Partie).

PREMIERE PARTIE : La double dimension législative et constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales

DEUXIEME PARTIE : La clarification constitutionnelle de la définition des groupements de collectivités territoriales

PREMIERE PARTIE : La double dimension administrative et constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales

La notion de groupements de collectivités territoriales⁶⁶ s'insère dans un environnement juridique complexe et particulièrement changeant. Comme l'écrit très justement B. FAURE, « *[le droit des collectivités territoriales] s'est profondément altéré en étant absorbé par le problème essentiel auquel il est confronté de la multiplication des niveaux d'administration décentralisée qui appelle des solutions de plus en plus perfectionnées* »⁶⁷. Autrement dit, notre objet d'étude est au cœur de cette complexité dans la mesure où le groupement est lui-même une structure supplémentaire dans un paysage institutionnel local éclaté. En outre, il fait partie initialement du droit administratif et non pas du droit constitutionnel. Il est alors curieux d'étudier une notion relevant du droit administratif des collectivités territoriales dans un cadre constitutionnel marqué, par définition, par sa stabilité. Il paraît difficile de dépasser le paradoxe de l'étude d'une institution administrative mouvante au regard des règles fixant le fonctionnement des organes prévus par la Constitution. Comment expliquer une notion purement législative en évolution permanente à partir de la norme fondamentale ?

Il nous semble que l'approche institutionnelle, à savoir l'étude de l'organisation du groupement de collectivités territoriales, nous permet non seulement de dépasser ce paradoxe mais également de justifier le cadre constitutionnel retenu.

D'une part, l'étude de l'organisation des différents groupements implique la recherche des éléments communs, des similitudes juridiques, des caractères réguliers. Pour cela, il est nécessaire de disposer d'une période suffisamment longue pour faire émerger ces traits communs et le droit des collectivités territoriales françaises est une source très riche par la

⁶⁶ Par abus de langage, l'expression au singulier « le groupement de collectivités territoriales » sera synonyme des expressions « la définition des groupements de collectivités territoriales » ou « la notion de groupements de collectivités territoriales ».

⁶⁷ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2014, 722 p., p. 11

multiplication des textes depuis le début du XX^{ème} siècle et de la construction de ce corpus juridique depuis la Révolution. Il est donc incontournable d'analyser les marqueurs juridiques du groupement à travers ces deux cents ans d'histoire administrative. Néanmoins, ces caractères demeurent initialement purement administratifs et ne peuvent prétendre, en quelque sorte, à une consécration constitutionnelle. On en veut pour preuve que de nombreux organes créés ont disparu⁶⁸ ou, tout simplement, n'ont jamais vu le jour. Il n'en demeure pas moins que le législateur a pu aussi introduire des éléments utiles à la compréhension du groupement de collectivités territoriales. Ainsi, il a défini une liste des groupements de collectivités territoriales en 2010, disposition qu'il a depuis modifiée. Force est donc de constater les limites du droit positif administratif pour comprendre notre objet d'étude.

D'autre part, l'approche constitutionnelle devient alors incontournable et l'émergence du groupement dans notre norme suprême nous interroge fortement sur le contenu d'une notion administrative non stabilisée. Cette insertion repose, nous semble-t-il, sur une logique constitutionnelle, que l'on essaiera de mettre en exergue. En retenant ce prisme d'analyse constitutionnelle, le groupement nous apparaîtra dès lors comme une structure mieux définie et moins liée aux contingences du droit administratif. Des caractéristiques intrinsèques à cette institution permettront, *in fine*, d'identifier dans les groupements administratifs existants les groupements constitutionnels.

Il convient donc d'étudier, dans un premier temps, l'origine administrative et législative de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales (Titre 1^{er}) avant de voir, dans un second temps, l'émergence des groupements de collectivités territoriales (Titre 2).

⁶⁸ L'exemple le plus emblématique est la municipalité de canton.

TITRE 1 : L'origine administrative et législative de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales

La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a introduit les notions d'organisation décentralisée et celle de groupement. Cependant elle n'a pas créé ces deux notions qui plongent leurs racines dans le XIX^{ème} siècle. Or l'instabilité constitutionnelle caractérisait cette époque. Au contraire, le cadre institutionnel de l'administration intérieure présentait une continuité notable, nonobstant les retouches de leur régime juridique ; s'adaptant en cela au mouvement émancipateur des libertés locales. Cette origine administrative du groupement de collectivités territoriales n'est pas sans effet sur la notion actuelle. Le monopole de compétence du législateur dans le domaine de la création de nouvelles personnes de droit public revient à écarter ce problème de la sphère constitutionnelle. D'autant que les articles 34 C et 72 C prévoient explicitement un double pouvoir au législateur : celui de créer des collectivités territoriales et celui de créer des catégories d'établissement public. On doit compter également sur le rôle des collectivités dans le processus de création. Dans sa note sur l'arrêt *Commune de Cayeux-sur-Mer*⁶⁹, E. ZOLLER s'interroge tout simplement pour savoir si la création des syndicats de communes est une décision des communes ou de l'État.⁷⁰ Cette origine juridique d'une notion devenue constitutionnelle ne lui a cependant pas fait perdre son caractère administratif. On en veut pour preuve que le groupement de collectivités territoriales a été défini par le législateur postérieurement à son insertion dans la Constitution. Dès lors, il paraît naturel d'étudier l'apport de la notion législative de groupement à celle de groupements de collectivités territoriales (Chapitre 1).

⁶⁹ CE, 23 juillet 1974, *Commune de Cayeux-sur-Mer*, n°86612, Rec. Lebon, p. 435

⁷⁰ E. ZOLLER, « La création des syndicats de communes : une décision des communes ou de l'État ? », *RDP*, 1976, pp. 985-994

Cette double dimension constitutionnelle et législative de la notion de groupements engendre des rapports complexes alors que l'on pourrait simplement supposer l'hypothèse d'une unité conceptuelle du groupement. La définition constitutionnelle pourrait se calquer sans problème majeur sur la définition du groupement donnée en 2010. Cependant, il peut être émis l'hypothèse que les débats parlementaires relatifs à la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 seraient suffisants pour comprendre les enjeux de cette réforme et le contenu de du groupement de collectivités territoriales. Rien n'est moins sûr. Bien que l'on puisse affirmer que cette révision est une forme de consécration constitutionnelle de la décentralisation, il n'en demeure pas moins que le flou et les ambiguïtés des débats ne permettent pas toujours de comprendre la portée de notions constitutionnelles nouvelles. Le groupement de collectivités territoriales pourrait donc être une notion floue, mal née, conséquence directe des contradictions perçues dans les débats parlementaires. Cela justifierait une nouvelle fois de s'appuyer sur le groupement législatif.

Mais la notion constitutionnelle de collectivité territoriale demeure au fondement de l'existence des groupements. D'ailleurs ce couple de notions est inséparable dans le texte constitutionnel, en témoigne l'utilisation de la conjonction de coordination « ou » et le possessif « leur » entre le terme groupements et collectivités territoriales. Or l'autonomie conceptuelle de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale est de plus en plus marquée en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En outre, cette autonomie est accentuée depuis la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité du fait que les collectivités territoriales, en tant que justiciables, peuvent défendre leurs droits et libertés constitutionnellement garantis. Notre objet d'étude est irradié par cette évolution rendant insuffisante la notion législative de groupement (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'apport de la notion législative de groupements de collectivités territoriales

Nul ne conteste que le droit administratif a largement modelé les formes juridiques que peut prendre le groupement de collectivités territoriales. Cette question est souvent englobée dans une problématique plus spécifique à cette matière, celle de la typologie des établissements publics. On remarque que l'aspect constitutionnel n'est pas absent dans la mesure où l'article 34 de la Constitution de 1958 est cité pour fonder la compétence du législateur. Ce monopole constitutionnel du Parlement est cependant récent à l'aune de l'histoire constitutionnelle et administrative française. La pratique administrative tempère toutefois fortement cette unicité de création législative. Le professeur F. P. BÉNOIT, en 1968, précisait ainsi que *« l'intervention législative peut prendre deux aspects : ou la loi crée un établissement public déterminé ne détachant pas cette notion de celle d'établissement public, (...) ; ou elle se borne à aménager un cadre, une structure abstraite, les établissements publics, ainsi définis étant ensuite créés, lorsque la chose paraît opportune, par les autorités administratives territoriales, comme c'est le cas par exemple des syndicats de communes ou des Offices publics d'HLM »*⁷¹. Ces deux branches de la notion d'établissement public ont, certes, l'avantage d'une très grande généralité, montrant la diversité des formes que peuvent prendre les structures administratives. En contrepartie, elles réduisent considérablement l'approche que l'on peut avoir du groupement de collectivités territoriales, catégorie particulière d'établissement public.

C'est pourquoi il convient d'envisager le groupement de collectivités territoriales, non pas sous la forme d'une étude du régime juridique de l'établissement public mais plutôt sous celle des formes des coopérations institutionnelles des collectivités territoriales. Le champ d'étude s'intéresse non seulement aux établissements publics de coopération locale mais aussi aux autres structures de coopération, telles que les associations ou les groupements d'intérêt public. Toutefois, on pourrait considérer que la définition législative des groupements de collectivités territoriales, donnée en 2010, suffit à caractériser la notion de groupements de

⁷¹ F. P. BÉNOIT, *Droit administratif*, Dalloz, 1968, p. 204

collectivités territoriales et que l'élargissement de la question à d'autres structures apparaît superfétatoire. Il faudrait alors supposer que la notion législative de groupements de collectivités territoriales ne présente pas d'ambiguïté et prend en compte l'ensemble des établissements publics de coopération locale. Il semble donc utile d'analyser cette notion législative de groupements de collectivités territoriales (Section 1). On s'apercevra que plusieurs critères juridiques peuvent servir de base à la détermination de cette liste, dont celui de l'établissement public. L'étude complémentaire de l'exclusion législative de certains groupements de collectivités territoriales (Section 2) nous permettra d'affiner les caractéristiques du groupement législatif.

Section 1 : La notion législative de groupements de collectivités territoriales

La notion législative de groupements de collectivités territoriales n'a pas émergé facilement au cours de l'histoire administrative française. Que ce soit la terminologie utilisée ou que ce soit le mode de création des structures concernées, aucune logique sous-jacente ne ressort véritablement. La genèse des groupements législatifs de collectivités territoriales est marquée par un fort empirisme contrastant avec l'image d'Épinal du « jardin à la Française » de notre organisation administrative. On pourrait croire que ce phénomène est relativement récent. Par exemple P. MAUROY soulignait, au début des années 2000, que « *Depuis 1982 les lois de décentralisation ont fait l'objet de très nombreuses modifications. Ce « pragmatisme juridique », s'il a permis des adaptations et des évolutions, a aussi eu pour conséquence une perte de lisibilité d'ensemble de l'architecture de l'organisation locale* »⁷².

Il faut néanmoins se défaire de cette impression que la décentralisation, engagée depuis 1982, est venue perturber le bel agencement de la loi du 28 pluviôse an VIII. En effet, le groupement législatif de collectivités territoriales interroge déjà l'organisation administrative napoléonienne dès sa naissance en 1890 et la multiplication des structures a accentué le problème. C'est l'une des raisons qui a poussé le législateur à identifier les groupements en 2010. Cette démarche dichotomique permet de montrer l'aspect pratique du groupement de collectivités territoriales tant par ses origines (§1) que par la détermination des structures concernées (§2).

§1. La genèse empirique de l'utilisation législative du terme « groupement »

L'utilisation du terme groupement dans l'histoire administrative française est marquée par son caractère empirique et présente deux sens différents. Sa signification est, dans un premier temps, hésitante (A) mais son usage dans les textes législatifs contient déjà en germe une connotation nouvelle, que l'on retrouvera ultérieurement dans le droit positif. L'affirmation

⁷² P. MAUROY, *Refonder l'action publique locale*, La Documentation française, 2000, p.7

de cette double signification du groupement se dessinera nettement après la Seconde Guerre mondiale (B).

A. Une terminologie initiale hésitante

Le groupement de collectivités territoriales est le résultat d'une longue sédimentation institutionnelle. L'apparition de ces organismes, dans le sens où le législateur le comprend aujourd'hui, ne semble pas avoir de lien direct avec le terme lui-même. En effet, les structures de groupement initiales ne sont pas considérées comme telles lors de leurs créations. Ainsi, les articles de la loi relative aux syndicats intercommunaux datant du 22 mars 1890 ne mentionnent pas expressément le terme groupement. Dans la même logique, la loi du 13 novembre 1917, modifiant la loi précédente, ne le fait pas non plus apparaître. La loi du 9 janvier 1930 relative aux ententes et institutions interdépartementales et le décret afférent ne l'utilisent toujours pas. Certes, on pourrait émettre l'hypothèse que les expressions de « syndicat intercommunal » ou d'« organisme interdépartemental » sont synonymes de celle de groupement mais elles n'ont pas la dimension générique de ce dernier. Il suffit de noter que le terme « syndicat » est employé pour les communes mais qu'il est refusé explicitement pour les départements. De plus, le vocable « syndicat » a une signification très large étant observé la diversité des structures que ce terme recouvre. On pense notamment aux associations syndicales de propriétaires et, plus encore, aux syndicats professionnels. Par ailleurs, le choix de la double dénomination d'« organisme ou d'institution interdépartemental » apparaît extrêmement imprécis et ce vocabulaire témoigne plutôt d'une souplesse de fonctionnement accordée aux départements que de la mise en place d'une structure aussi poussée que les syndicats intercommunaux. A ce titre, la circulaire d'application afférente précise que « *Non seulement le champ d'action de ces organismes est très vaste, mais encore l'objet de l'institution n'est pas déterminé ne varietur et les Conseils Généraux peuvent ultérieurement, par de nouvelles délibérations concordantes, l'étendre à d'autres services publics* »⁷³. On refuse nettement de les assimiler à des syndicats de communes. La circulaire précédente ajoute que ces organismes interdépartementaux « *ne peuvent, à la différence des Syndicats de Communes et des associations syndicales de particuliers, voter ni taxes ni centimes spéciaux; mais, du fait qu'ils sont investis de la*

⁷³ Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur, septembre 1934, p. 333

personnalité civile, ils se trouvent habilités à recevoir d'autres ressources et notamment des dons et legs, éventualité à retenir plus particulièrement en matière d'assistance ». Or la notion contemporaine de groupements de collectivités territoriales englobe ces entités sous un même terme. C'est le résultat également de la définition littérale et très générale du terme groupement, c'est-à-dire « l'action de grouper ». La raison pour laquelle on peut supposer que le mot groupement n'a pas été retenu au début du XX^{ème} siècle dans la législation relative à la coopération des collectivités locales est peut-être liée aux vocations différentes de ces organismes.

Le « groupement » est pourtant un terme utilisé par le législateur et l'approche retenue présente une certaine similitude avec sa définition actuelle. En effet, la loi du 24 décembre 1902 relative aux territoires du sud de l'Algérie désigne cette région géographique comme « *un groupement spécial dont l'administration et le budget sont distincts de ceux de l'Algérie* »⁷⁴. Il est alors intéressant d'observer que le groupement visé est constitué de cercles et d'annexes territoriaux. Ces derniers sont des structures administratives coloniales de gestion, c'est-à-dire des circonscriptions administratives à la tête desquelles se trouve un Commandant militaire⁷⁵. Pour mieux comprendre le rôle de ces circonscriptions, on peut dire qu'il correspond à celui de Sous-préfet dans le cadre d'un arrondissement d'une grande superficie à faible densité de population⁷⁶. Quel serait le rapport avec le groupement de collectivités territoriales ? Seul le terme « groupement » relierait cette institution à notre sujet et n'aurait donc pas de réelle portée. De plus, l'emploi de l'épithète « spécial », faisant référence à la législation coloniale, rend difficile une transposition dans le droit des collectivités territoriales. Au mieux pourrait-on dire que ce serait une structure regroupant l'équivalent des arrondissements dans le domaine de l'outre-mer. On serait alors tenté d'écarter cet exemple en raison de son appartenance au champ de la déconcentration plutôt que de la décentralisation. Néanmoins, l'organisation des territoires du Sud de l'Algérie présente des caractéristiques juridiques communes avec les groupements de collectivités territoriales actuels.

⁷⁴ Article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1902, *Loi portant organisation des Territoires du sud de l'Algérie et instituant un Budget autonome et spécial pour ces régions*, JORF du 27 décembre 1902.

⁷⁵ Sur la fonction de Commandant de cercle, voir l'article de V. DIMIER, « Le commandant de cercle : un « expert » en administration coloniale, un « spécialiste » de l'indigène ? », *Revue d'Histoire des Sciences humaines*, 2004/1, n°10, pp. 39-57

⁷⁶ Il suffit de lire le témoignage du Sous-préfet à Saint-Laurent du Maroni, M. VIZY, « Le dernier commandant du cercle ? », *RFAP*, 2002/1, n°101, pp. 111-114.

D'une part, cette organisation avait pour fonction de regrouper dans une structure dotée de la personnalité morale d'autres entités juridiques existantes⁷⁷. Dans ce sens, les circonscriptions coloniales militaires permettaient un contrôle des communes mixtes et indigènes dans le Sud de l'Algérie, c'est-à-dire des collectivités locales. D'autre part, la personnalité juridique de ce groupement a une signification très claire : l'attribution de la personnalité résulte principalement de l'application d'une décentralisation budgétaire. Ainsi, L. ROLLAND et P. LAMPUE soulignaient, dans leur manuel, qu'« *On préparait, à cette époque, une réforme de décentralisation budgétaire. La loi du 19 décembre 1900, en donnant à l'Algérie, avec la personnalité juridique, un budget distinct de celui de la métropole, est venue conférer des attributions effectives aux assemblées créées en 1898* »⁷⁸. Ces deux éléments juridiques sont des critères constants que l'on retrouvera dans différentes formes contemporaines de groupements de collectivités territoriales. Le contexte général de la création de ce groupement spécial au sein de l'Algérie répond de manière sous-jacente à une logique d'aménagement du territoire de l'Algérie par l'État français. En effet, l'objectif était de différencier l'organisation civile des trois départements algériens du Nord de l'organisation militaire du Sud. Il apparaît donc que le groupement était compris comme un outil d'aménagement du territoire pour l'État.

Cette logique d'aménagement du territoire est aussi présente dans l'emploi du terme groupement dans le cadre métropolitain. La deuxième utilisation du terme groupement se place dans le champ de l'activité économique par le truchement de l'organisation des chambres de commerce. Ces dernières étaient dotées d'un nouveau statut depuis la loi du 9 avril 1898 ayant eu pour conséquence la création de chambres consulaires de faible étendue géographique. Considérant que ces forces économiques étaient dispersées, le Ministre CLEMENTEL eut pour objectif de regrouper les chambres existantes dans des groupements pour aboutir, à terme, à l'organisation de nouvelles régions économiques. On pourrait toutefois objecter que le rapprochement effectué avec le groupement de collectivités territoriales n'est lié qu'au mot « groupement » et qu'il n'existe aucun autre rapport entre les collectivités territoriales et ces entités économiques.

⁷⁷ Ainsi l'article premier de la loi du 24 décembre 1902 dispose que « *les cercles (...) constituent le groupement (...)* ».

⁷⁸ L. ROLLAND, P. LAMPUE, *Législation et finances coloniales*, 1930, Sirey, 784 p., p. 155

Force est de constater pourtant que les chambres consulaires sont définies, en premier lieu, comme des établissements publics. Un premier rapprochement peut alors être réalisé : on rappelle, à ce stade, que la notion actuelle de groupements de collectivités territoriales intègre notamment des structures composées uniquement d'établissements publics. En deuxième lieu, la naissance des premiers groupements de collectivités publiques incluait les chambres de commerce⁷⁹. En dernier lieu, la similitude des problèmes est saisissante puisque l'on peut faire une correspondance entre la faiblesse des chambres de commerce et l'émiettement communal. La lettre circulaire du 25 août 1917 indique ainsi que « *J'estime que, pour y parvenir, il convient, tout d'abord, de grouper les forces éparses sur le territoire, de les associer dans une action commune et de leur donner une représentation qui leur permette de devenir d'utiles auxiliaires du pouvoir central dans l'œuvre qu'il poursuit* »⁸⁰. Le résultat de cette procédure de groupement des chambres eut pour conséquence la mise en place des régions économiques en 1938⁸¹. Le terme groupement est donc employé dans le même sens que pour les Territoires du Sud. En effet, la logique d'aménagement du territoire est sous-tendue dans cette lettre circulaire. Il affirme la nécessité de réorganiser les forces économiques à partir du réseau consulaire existant. En revanche, l'innovation réside dans la participation de ce même réseau à l'élaboration d'une nouvelle architecture territoriale. Le rôle de l'État est toujours le plus important mais il laisse malgré tout une place à l'action des chambres.

Cependant, la base légale retenue pour réaliser ce projet semble assez fragile et renvoie à la législation des premiers groupements de collectivités territoriales. Le fondement juridique pour créer les groupements régionaux repose sur la combinaison des articles 18 et 24 de la loi précédente relatifs respectivement aux ententes et à l'action commune des chambres. Ces articles sont respectivement la transposition de l'article 89 de la loi du 10 août 1871 relative aux ententes interdépartementales et l'article 116 de la loi du 5 avril 1884 relative aux travaux intéressant plusieurs communes. Cependant, ces deux articles n'ont pas vocation à attribuer la personnalité morale au groupement alors que ce critère est retenu par le gouvernement. L'avis de la Chambre de commerce de Paris est éclairant puisqu'il explique « *la conférence n'a pas de personnalité et ne peut en avoir. Si donc on donnait à un groupement de Chambres de Commerce, superposé aux différentes Chambres de Commerce, une action propre, on*

⁷⁹ Décret du 20 mai 1955 autorisant la coopération entre collectivités territoriales de niveaux différents.

⁸⁰ Circulaire du 25 août 1917 reproduite dans le Bulletin de la Chambre de commerce de Paris, 01/12/1917, p. 1294

⁸¹ Celles-ci seront renommées chambres régionales par le décret 64-1119 du 4 décembre 1964, *JORF* du 5 décembre 1964, p. 10384

toucherait à l'économie de la loi de 1898 et à l'autonomie des Chambres de Commerce qu'elle a instituée »⁸². C'est la raison pour laquelle les groupements régionaux ne se voient pas réellement attribués la personnalité juridique. L'arrêté ne l'envisage pas mais précise seulement qu'ils peuvent être propriétaires⁸³. On peut alors dire que le groupement est une forme préalable à la transformation en une nouvelle entité. En effet, le décret de 1938 affirme que les régions économiques sont des établissements publics dotés de la personnalité morale. En ajoutant que « Sous réserve du droit que conserve les Chambres de commerce de former des groupements en vue de la défense d'intérêts spéciaux et communs à certaines d'entre elles (...) », ce décret met en évidence une différence entre le groupement formé par les chambres et l'organisation nationale des forces économiques voulue par l'État. Le changement de dénomination des groupements en régions et l'attribution du statut d'établissement public aux seules régions nous montrent que le régime juridique du groupement est encore balbutiant et hésitant. Il est sans doute le fruit de deux logiques contradictoires : la première se trouve dans la volonté de l'État d'organiser et d'aménager le territoire et la seconde correspond à la prise en compte de la position des chambres consulaires.

La naissance d'un autre groupement en 1935 traduit cette double logique. Elle se situe toujours dans le cadre de l'aménagement du territoire et concerne plus particulièrement l'urbanisme. Une série de décrets-loi du 25 juillet 1935 porte sur les plans d'urbanisme régionaux⁸⁴ instituant des comités régionaux. Ces comités sont intitulés par l'article 2 « groupement régional » et cette dénomination n'est pas anodine. D'une part, on remarque que la question de la réforme régionale est lancinante à cette période et que le cadre départemental se révèle déjà assez étroit. Cette problématique étant particulièrement sensible, l'État recherche par des solutions transitoires à l'émergence de ce nouveau cadre territorial. D'autre part et par voie de conséquence, le gouvernement souhaite faire collaborer les structures existantes dans une compétence simultanément nationale et locale : l'urbanisme. Le terme groupement prend alors tout son sens puisqu'il donne un cadre de coopération entre les collectivités locales et l'État dans les projets régionaux d'urbanisme. L'insuffisance des solutions juridiques usuelles

⁸² Bulletin de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 1918, p. 719

⁸³ L'article 7 prévoit notamment que « les établissements créés par les Groupements régionaux sont la propriété de ces Groupements s'ils ont été fondés avec des capitaux propres auxdits Groupements ou s'ils proviennent de fond d'emprunt », arrêté du 12 avril 1919 relatif à l'organisation et au fonctionnement des groupements économiques régionaux, JORF du 18 avril 1919

⁸⁴ Le même décret existe pour la région parisienne. Étant donné qu'aucune spécificité juridique n'apparaît dans ce texte, on se limitera à l'étude du décret général.

explique aussi son apparition. Ainsi, H. PUGET, rapporteur général de ces projets, note que les structures locales de coopération existantes « *se sont révélées peu pratiques, inefficaces, elles faisaient trop crédit à la bonne volonté de tous les intéressés. Or il importe en diverses parties du territoire de régler suivant des plans d'ensemble l'aménagement de grandes étendues, au-delà du cadre de circonscriptions communales trop étroites* »⁸⁵. Il convient de souligner que l'inconvénient de la prise de décision par accord unanime des collectivités locales justifie l'introduction d'un nouveau cadre juridique, où l'État va jouer un rôle moteur. Il reste que ce groupement n'avait pas la personnalité juridique et la propriété des ouvrages d'art étaient la propriété des collectivités membres. Dès lors, il ne semble pas que le groupement de collectivités soit doté d'un régime juridique étoffé lorsque l'État souhaite répondre à une logique d'aménagement de son territoire.

Une signification différente de l'utilisation du mot groupement dans le droit positif de cette première moitié du XX^{ème} siècle est apportée par le décret-loi du 30 octobre 1935. Celui-ci introduit pour la première fois l'expression « groupement de collectivités publiques » dans un texte officiel. Ce décret ne semble pas particulièrement original par ses dispositions car il autorise seulement la constitution d'un groupement de collectivités publiques pour l'exploitation, par voie de concession, de services publics. Néanmoins, ce texte laconique prévoit le statut de syndicat pour ce groupement, c'est-à-dire celui d'établissement public. La composition est, quant à elle, étrange en raison de sa diversité : elle associe des départements, des communes, des chambres de commerce et des établissements publics. Ce texte nous intéresse tant par son élaboration que par son objet. En effet, le gouvernement n'a fait que répondre juridiquement à un problème local. La Cour des comptes avait dénoncé en 1935 la création d'une société composée uniquement de collectivités publiques sans fondement textuel. Comme l'écrit L. G. VERDUN, « *la cour, tout en reconnaissant l'avantage pratique considérable d'octroyer la concession à un groupement de diverses collectivités ou établissements publics intéressés, estimait qu'en l'état actuel du droit public et en l'absence d'un texte formel autorisant explicitement un tel groupement, l'association constituée entre les divers participants ne pouvait être maintenue et conseillait dans l'intérêt général, de prévoir par un texte législatif spécial, la possibilité de la constitution d'un tel groupement* »⁸⁶. Afin de

⁸⁵ H. PUGET, « L'urbanisme, l'aménagement de la région parisienne et les décrets-lois », *Revue Urbanisme*, octobre-novembre 1935, pp. 12-18

⁸⁶ L. G. VERDUN, *Le groupement de communes en France*, thèse, 1963, 252 p., p. 159

remédier à cette initiative purement locale, le gouvernement, et à sa suite le législateur, ont légalisé cette structure créée par des collectivités publiques. Ce décret ne présente donc pas seulement un intérêt historique en étant à l'origine des syndicats mixtes mais il est aussi la marque de l'initiative exclusive des collectivités locales dans le domaine de la coopération.

Au terme de cette analyse des textes de la première moitié du XX^{ème} siècle on peut dire que le groupement est finalement une notion ambivalente, résultat de la relation entretenue par l'État avec les collectivités publiques infra-étatiques. *Primo*, le groupement peut s'inscrire dans le cadre de l'aménagement du territoire déterminé par l'État français. Dans ce cas, le groupement ne bénéficie pas d'une structuration poussée à l'image des groupements régionaux d'urbanisme. *Secundo*, l'usage du mot « groupement » est le résultat de l'influence de l'action commune des collectivités locales pour un service précis. Le régime juridique du groupement est alors plus avancé et est déterminé par l'État sous la forme d'un établissement public. Ces deux tendances vont cohabiter et poursuivre leurs développements après la Seconde Guerre mondiale.

B. La double signification du groupement après la Seconde Guerre mondiale

Après la Seconde Guerre mondiale⁸⁷, la notion de groupements de collectivités territoriales est essentiellement traitée sous l'angle administratif et portée par le gouvernement. Pourtant, la nouvelle Constitution du 27 octobre 1946 affirmait le rôle du Parlement dans le domaine de l'organisation administrative. De plus, la reconstruction du pays impliqua un besoin impérieux d'aménagement du territoire. Il aurait été logique d'en déduire que la notion de groupements serait dessinée et modelée par le législateur. Or l'instabilité politique chronique de la IV^{ème} République a largement empêché l'approfondissement de l'utilisation du groupement, structure ayant vocation à aménager le territoire. Le Parlement de la IV^{ème} République espérait pourtant pouvoir réaliser cette refonte de l'organisation municipale mais il demeura muet sur le sujet. En effet, les diverses propositions relatives aux groupements de collectivités⁸⁸ furent rejetées dans l'attente de cette réforme attendue et non réalisée. De ce fait,

⁸⁷ Nous n'évoquerons pas les associations mixtes prévues par la loi du 28 février 1942 car celles-ci ont été abrogées.

⁸⁸ L. G. VERDUN, *op. cit.*, p. 115

le législateur laissa à l'exécutif le soin d'intervenir dans ce domaine de manière empirique et parcimonieuse. Le fondement juridique choisi témoigne de cette attitude prudente. La loi 53-611 du 11 juillet 1953, complétant la loi ANDRE-MARIE, étendit le pouvoir réglementaire dans le domaine de « *l'organisation, le fonctionnement et le contrôle des sociétés ou organismes français dont les collectivités, établissements et organismes visés au titre II de la loi 48-1268 du 17 août 1948 possèdent le contrôle ou la majorité du capital* »⁸⁹. Ces dernières rassemblent un certain nombre de structures nationales (sociétés nationales et filiales) et locales (les sociétés d'économie mixte, régies et établissements publics). Or cette liste a pour point commun de comprendre des établissements soumis au droit privé. C'est par le truchement de cette compétence de l'exécutif que le groupement de collectivités va prendre un nouvel essor. A cet égard, on remarque que c'est le deuxième sens du groupement qui va faire évoluer la notion. Le décret 53-949 du 30 septembre 1953 préconise de combler les lacunes de la législation en vigueur en permettant la coopération institutionnelle entre les communes et les départements dans le domaine des transports. Le gouvernement de l'époque s'appuie sur le décret du 30 octobre 1935 pour permettre la création de syndicats composés de département et de communes⁹⁰. Il y a donc manifestement une évolution des textes relatifs aux groupements de collectivités en fonction des demandes des collectivités territoriales. En effet, ce décret n'aurait pas vu le jour si les collectivités n'en avaient pas eu le besoin.

Le décret du 20 mai 1955 relatif aux syndicats de communes⁹¹ poursuit cette démarche pragmatique en modifiant la législation héritée de la loi du 22 mars 1890. A ce titre, l'exposé des motifs de ce texte est éloquent en employant un vocabulaire identique : les lacunes de la législation et la volonté d'association des collectivités locales sont les causes juridiques de l'intervention de l'exécutif dans ce domaine⁹². Ce décret a également une portée supplémentaire importante dans l'évolution de la notion de groupement. D'une part, le gouvernement structure davantage la coopération entre les collectivités territoriales. En effet, le décret définit notamment la nature de ce syndicat qui prendra la forme d'un établissement public et détaille ses principes de fonctionnement. D'autre part et plus intéressant, la notion de groupements de

⁸⁹ Loi 53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier, *JORF* du 11 juillet 1953, p. 6144

⁹⁰ L'article 1^{er} dispose que « *Les départements et les communes peuvent se grouper sous formes de syndicats en vue d'exploiter, soit en régie, soit par voie de concession ou d'affermage, des services de transports publics* », *JORF* du 1^{er} octobre 1953, p. 8610

⁹¹ Décret 55-606 du 20 mai 1955, *JORF* du 22 mai 1955, pp. 5141-5142

⁹² Ainsi l'exposé des motifs indique que « *l'absence de dispositions permettant à des personnes morales de droit public de diverses catégories, de s'associer pour une entreprise commune au sein de syndicats mixtes est sans doute l'une des plus graves lacunes du droit public français* », *op. cit.*, p. 5142

collectivités commence à être matérialisée par une liste. L'article 4 précise ainsi que « ces syndicats doivent comprendre au moins une collectivité territoriale ou un groupement de ces collectivités »⁹³. Outre le fait que le syndicat mixte ouvre la voie à une coopération élargie, on s'aperçoit du rôle pivot de la notion de « collectivité territoriale ». Le groupement de collectivités n'est plus seulement un groupement de collectivités publiques mais une structure contenant nécessairement des collectivités territoriales. Or la notion de collectivité territoriale n'a plus seulement un caractère législatif à cette époque mais elle est aussi définie constitutionnellement. Un lien nouveau s'opère donc entre une notion administrative, celle du groupement, et une notion constitutionnelle, celle de collectivité territoriale.

La mise en place de la Constitution de 1958 va encore multiplier les points de rencontre entre la notion administrative de groupements et celle, dorénavant et définitivement constitutionnelle, de collectivité territoriale. En effet, plusieurs ordonnances de janvier 1959 font référence au terme de groupement et, ce, de manière assez distincte. Premier apport à la notion de groupements, c'est l'apparition de nouvelles structures telles que les districts urbains et le district de la région de Paris. Bien qu'ils ne soient pas explicitement nommés groupement, ils viennent étoffer notre objet d'étude.

En liaison directe avec ces structures nouvelles ou modifiées, les bases de la réforme des finances locales posée par l'ordonnance 59-108 du 7 janvier 1959⁹⁴ vont amener le législateur à clarifier le rôle des groupements et à les distinguer. Au préalable, il faut rappeler que cette réforme initiée en 1959 va s'étendre sur une période assez longue (1959-1980). On peut alors distinguer deux étapes par rapport à la construction du groupement : l'une est relative à la réforme des bases et l'autre concerne uniquement la mise en place de la taxe professionnelle prévue par la loi du 25 juin 1975. Ces deux phases ont une influence déterminante sur l'évolution de la notion de groupement. L'ordonnance de révision des bases de fiscalité locale et de la mise en place de taux d'imposition votées par les collectivités se heurte au pouvoir de voter des centimes additionnels par les chambres de commerce et les syndicats de communes, disposition nouvelle introduite par l'article 2 de l'ordonnance 59-29⁹⁵. Étant donné la diversité

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Ordonnance n°59-108 du 7 janvier 1959 portant réforme des impositions perçus au profit des collectivités locales et de divers organismes, *JORF* du 9 janvier 1959, p. 622

⁹⁵ Ordonnance n°59-29 du 5 janvier 1959, *JORF* du 6 janvier 1959, p. 313. J. HOURTICQ insiste sur cette novation de cette ordonnance puisqu'il souligne qu'elle « s'est montrée plus audacieuse en ce qui concerne les recettes budgétaires. (...) Le Comité du syndicat peut désormais décider que la contribution des communes sera remplacée par des centimes », in « Districts urbains et syndicats de communes », *EDCE*, 1961, pp. 31-46, p. 42

des organismes visés (collectivités locales, autres organismes et établissements publics), le gouvernement va dissocier deux modalités d'imposition selon la catégorie juridique à laquelle ils appartiennent : celle formée par la catégorie des départements, des communes et leurs groupements et celle formée par les autres organismes. L'effet pour le contribuable n'est pas neutre puisque la seconde catégorie se verra appliquer des frais d'assiette et de recouvrement plus élevés que la première catégorie. De ce fait, le groupement de collectivités territoriales bénéficie d'un critère fiscal particulier permettant de l'identifier et de le distinguer des autres groupements de collectivités publiques. De plus, ce groupement renvoie implicitement à celui formé exclusivement de communes. Il permet d'en déduire que le syndicat de communes et le district urbain entrent dans la catégorie des groupements de collectivités territoriales. Autre point important, ce critère d'ordre financier est un repère utile pour rechercher les groupements dans les structures existantes. Le conseiller d'État J. HOURTICQ, qui participa activement à l'élaboration de ces ordonnances, précisa qu'*« on sait que les centimes additionnels sont condamnés à terme (jusqu'à réfection du cadastre) par l'ordonnance 59 du 7 janvier 1959 ; il faudra donc adapter la disposition qui vise [les syndicats de communes] aux nouvelles règles de la fiscalité communale »*⁹⁶. L'étude de la loi sur la création de la taxe professionnelle va nous permettre de voir comment est adaptée cette disposition en fonction des groupements visés.

Seconde étape, la transformation de la patente en taxe professionnelle votée en juillet 1975 éclaire également sur l'utilisation de la notion de groupements. L'article 1-II de cette loi liste deux catégories de bénéficiaires de la nouvelle taxe : l'une regroupe les collectivités locales, les communautés urbaines, les districts, les syndicats de communes et les syndicats d'agglomération nouvelle et l'autre est composée des régions, du district de la région parisienne, de l'établissement public de la Basse-Seine, de l'établissement public foncier de la Métropole lorraine et des chambres consulaires. On retrouve la même distinction que l'on a vue dans l'ordonnance 59-108 mais il est à remarquer l'absence notable du terme groupement. Toutefois, il est repris dans les articles 14 et 16⁹⁷ dans son sens générique en englobant plusieurs formes de groupement de communes. Par conséquent, cela exclut *a priori* les syndicats composés de communes et de département. L'influence de la catégorie constitutionnelle des collectivités territoriales se fait ici sentir puisque ces dernières ne comprennent que les

⁹⁶*Ibid.*, p. 43

⁹⁷ Loi 75-678 du 29 juillet 1975 supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle, *JORF* du 31 juillet 1975, pp.7763-7766, p. 7765

communes et les départements. Or les groupements de départements sont particulièrement peu développés à cette époque et se limitent aux ententes interdépartementales. En outre, elles ne se caractérisent pas par un lien direct avec la fiscalité directe, comme nous l'avons déjà souligné. Les lois relatives aux finances locales ultérieures renforceront l'exclusion des groupements interdépartementaux dans la mesure où elles matérialiseront un lien entre la notion de fiscalité directe et celle de groupement. En effet, la loi du 3 janvier 1979 relative à l'instauration de la dotation globale de fonctionnement (DGF)⁹⁸ est révélatrice à cet égard de cette inflexion. Elle ne se contente pas de distinguer certains groupements mais elle va aussi induire un principe de solidarité entre les collectivités par le truchement du mécanisme de la DGF. D'une part, la loi indique dans son intitulé que la DGF est attribuée à certains groupements. La distinction va se fonder notamment sur la notion de fiscalité propre. Sont visés ici les communautés urbaines et les districts dotés d'une fiscalité propre. D'autre part, la dotation de péréquation, seconde part de la DGF, est attribuée également aux groupements de communes à fiscalité propre⁹⁹. Autrement dit, le groupement traduit l'idée d'une solidarité entre les collectivités appartenant à une structure intercommunale. On note aussi que l'État retrouve son rôle moteur dans ce domaine.

La dernière phase de l'évolution de la notion de groupements correspond au mouvement de décentralisation débutant en 1982. Curieusement, les lois afférentes sont relativement discrètes sur le sujet. Cependant, elles octroient aux collectivités territoriales une nouvelle liberté de coopération institutionnelle qui va accélérer la mutation des cadres juridiques existants. On assiste alors à la multiplication des statuts de coopération et donc des types de groupements de collectivités territoriales. Ainsi, la loi du 2 mars 1982 met en place les agences départementales¹⁰⁰. La loi 88-13 du 5 janvier 1988 instaure les syndicats mixtes à la carte. La loi 92-125 du 6 février 1992 créent les communautés de communes et les communautés de ville. Force est de constater que le corpus législatif de cette période relatif aux groupements est éparé, éclaté et divers. Il n'en demeure pas moins que les deux grandes tendances dégagées précédemment sont confirmées. D'une part, les agences départementales et les syndicats à la carte relèvent plutôt d'une demande des collectivités territoriales. D'autre part, la logique

⁹⁸ Loi 79-15 du 3 janvier 1979 instituant une dotation globale de fonctionnement versée par l'État aux collectivités locales et à certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979, *JORF du 4 janvier 1979*, p.25

⁹⁹ Article 7 de la loi 79-15, *ibid.*, p. 27

¹⁰⁰ Voir notre article à ce sujet, « Coopération locale et agence départementale : l'œuvre du législateur à l'épreuve d'une institution singulière », *JCP A*, 9 septembre 2013, n°37, 2254

d'aménagement du territoire voulue par l'État de son organisation administrative reprend son essor dans les lois suivantes : les statuts des communautés sont plus élaborés et contraignants que les précédents. Dans une forme de synthèse de ces deux courants, le législateur a laissé aux collectivités le soin de s'approprier les formes juridiques proposées. Néanmoins et face à cette démultiplication des structures, le législateur se trouva dans la situation où une démarche de simplification devint nécessaire : ce sera l'objet de la loi Chevènement de 1999¹⁰¹.

Il résulte de ces développements que la notion de groupements s'articule autour de deux axes juridiques : le groupement présente premièrement une vocation générique par les structures qu'il englobe et, deuxièmement, joue un rôle important dans la problématique de l'aménagement du territoire étatique. Au-delà du succès de ce texte, le législateur a poursuivi son effort de clarification de la notion étudiée avec les lois 2002-276 du 27 février 2002 et 2004-809 du 13 août 2004. Enfin, ce processus a abouti à la définition des groupements de collectivités territoriales par la construction d'une liste, que l'on va maintenant analyser.

§2. La détermination pragmatique d'une liste de structures juridiques

La notion de groupements de collectivités territoriales est maintenant déterminée législativement depuis l'adoption de la loi du 16 décembre 2010. Bien que cette liste, posée par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 5111-1 du CGCT, ait le mérite de donner un nombre fini de structures juridiques, elle reste pourtant très hétérogène (A). C'est la raison pour laquelle on recherchera si des points communs existent entre les structures comprises dans l'énumération proposée (B).

A. Une liste fermée et hétérogène

L'article L. 5111-1 du CGCT établit une nouvelle nomenclature des groupements puisqu'il dispose que « *forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux*

¹⁰¹ Loi 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF* du 13 juillet 1999, p. 10361

articles L. 5711-1 et L. 5721-8, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales ». Avant d'analyser brièvement cette classification, il convient de voir les raisons qui ont poussé le législateur à introduire cette définition. Il semble que l'objectif était de clarifier le contenu des notions d'EPCI et de groupement. Ceci ne paraît guère étonnant par rapport au caractère empirique de la notion de groupements étudiée précédemment. Lors de la première lecture au Sénat de la future loi du 16 décembre 2010, le ministre M. MERCIER met en évidence le fait d'identifier les groupements en raison des incidences financières notamment en ce qui concerne les dotations de l'État. Ainsi, il affirme que « *De nombreux textes, notamment les textes relatifs à la dotation globale de fonctionnement, font référence à ces catégories, et il est bon de savoir de quoi on parle* »¹⁰². On a déjà mis en exergue le lien existant entre le terme groupement et le mécanisme financier de la dotation globale de fonctionnement. L'exécutif fait donc part de la nécessité de définir les groupements. Néanmoins, la construction de cette liste s'est révélée pour le moins désordonnée. En effet, les divers adjonctions et retrait de structures à cette liste confirment l'aspect empirique de la notion.

Dès la première lecture, le Sénat ajoute les pôles métropolitains, créés par la loi, afin de « *réparer* » une omission »¹⁰³. Il scinde également l'article proposé en séparant les établissements publics de coopération intercommunale des autres groupements dans le but d'« *introduire une logique « descendante » dans le classement des catégories. Dans un souci de clarification, elle a distingué, au sein d'un article spécifique, les EPCI, qu'elle a introduit en tête du titre que le CGCT leur consacre* »¹⁰⁴. Quelle est la signification de cette logique descendante ? La haute Assemblée semble indiquer que la vocation générique du groupement laisse la place à un sous-ensemble particulier, les groupements composés uniquement de communes. Ce raisonnement du législateur ne doit être compris que par rapport au fait que le groupement de collectivités territoriales recouvre de nombreuses structures. Cette généralité va pousser le Parlement à l'exhaustivité. Ainsi, l'Assemblée nationale, lors du premier examen du texte, complètera aussi la liste des groupements par les agences départementales et supprimera les Communautés d'agglomération nouvelle. Ces dernières vont disparaître de notre corpus juridique en raison de l'absence d'application concrète. Cela illustre *a fortiori* le caractère

¹⁰² Sénat, Débats, Séance du 3 février 2010, *JORF Sénat* du 4 février 2010, p. 925

¹⁰³ J. P. COURTOIS, *Rapport n°169 relatif au projet de loi portant réforme des collectivités territoriales*, Sénat, 16 décembre 2009, p. 102

¹⁰⁴ *Ibid.*

empirique de la notion de groupements de collectivités territoriales. Si l'article initial a été largement amendé, on ne peut pas dire que cette disposition ait soulevé de vives contestations devant le Parlement. Les débats se sont révélés même assez consensuels alors que l'ensemble de la loi a été âprement discuté. Cela s'explique aussi par le fait que le groupement législatif se contente plutôt d'être une taxinomie baroque de structures juridiques regroupant des collectivités territoriales. Une première analyse sommaire de ces catégories nous permettra de démontrer l'aspect hétérogène de la notion législative de groupement.

Première catégorie intégrée dans les groupements, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) forment un sous-ensemble vaste puisque cette catégorie ne contient pas moins de six types de structures : les syndicats de communes, les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération, les syndicats d'agglomération nouvelle et les métropoles. Comme ces organismes ne sont composés que de communes, le choix de l'intitulé EPCI peut surprendre car la dénomination « groupement de communes » aurait été peut-être plus claire. La préférence donnée à l'expression EPCI au détriment de celle proposée résulte, selon nous, de l'article L. 5210-1 du CGCT qui précède cet article L. 5210-1-1 A, numérotation, soit dit en passant, soulignant l'empilement des textes. Il pose le principe selon lequel « *Le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité* ». Autrement dit, la démarche de la coopération intercommunale ne repose pas seulement sur la volonté de l'État mais aussi sur celle des communes. Or nous avons souligné que le terme « groupements » a une double connotation où le rôle de l'État est soit d'être seul architecte soit le maître d'ouvrage principal. Il semble donc logique pour le législateur d'écarter le terme groupement puisque le rôle des communes est reconnu dans ce domaine. En outre, ce futur article L. 5210-1 du CGCT était inséré dans un chapitre III intitulé « *de la concertation dans la coopération intercommunale* » introduit par la loi ATR du 6 février 1992¹⁰⁵. Dès lors, l'expression EPCI apparaît plus adaptée car elle a seulement une signification technique ; elle donne un cadre dans lequel les communes peuvent s'exprimer. Il n'en demeure pas moins qu'il est difficile de voir une clarification utile à la notion de groupements de collectivités territoriales. La démarche pragmatique suivie par le Parlement nécessitera sans doute une révision régulière des structures appartenant à la liste des EPCI. L'exemple de la suppression des communautés d'agglomération nouvelle ne sera pas le seul précédent. S'est ainsi ajouté

¹⁰⁵ Loi du 6 février 1992, *JORF* du 8 février 1992, p. 2072

depuis le 1^{er} janvier 2017 la transformation des syndicats d'agglomération nouvelle en communauté d'agglomération ¹⁰⁶. L'intégration des métropoles suscite également une interrogation quant à son appartenance à cette liste. Peut-on dire en effet que la métropole est purement une structure de coopération intercommunale au vu des transferts obligatoires des collectivités départementales et régionales au profit de cette dernière ? La réponse serait affirmative si l'on s'appuie sur la composition du groupement formant la métropole. Il n'associe en effet que des communes. En revanche, le régime juridique n'emporte pas automatiquement une réponse aussi franche au vu des transferts de compétence du département ou de la région vers la métropole. Ainsi, la catégorie des EPCI ne présente pas une homogénéité et une stabilité aussi nettes que l'on pouvait s'y attendre.

La deuxième catégorie de groupement spécifique mentionnée est celle formée par les syndicats mixtes visés aux articles L. 5711-1 et L. 5721-8 du CGCT. Les premiers sont des organismes constitués par des EPCI et des communes. En effet, l'article L. 5711-1 du CGCT¹⁰⁷ prend soin d'indiquer que ce sont des syndicats mixtes constitués exclusivement de communes et d'établissements publics de coopération intercommunale et ceux composés uniquement d'établissements publics de coopération intercommunale. La seconde catégorie est, en quelque sorte, complémentaire de la première puisqu'elle est formée des syndicats mixtes associant exclusivement des communes, des établissements publics de coopération intercommunale, des départements et des régions. C'est la loi sur la démocratie de proximité qui les a singularisés en leur appliquant une partie du régime juridique des EPCI. Cette catégorie est habituellement désignée sous le vocable de syndicat mixte fermé. Quel est le critère juridique commun à ces deux types de syndicats ? Il semble que l'on cherche à rapprocher le fonctionnement des EPCI des collectivités territoriales. Par conséquent, les EPCI sont traités différemment par rapport aux autres groupements. La dimension fermée de ces syndicats provient du fait qu'ils sont composés de structures données. C'est le sens de l'adjectif « exclusivement ». De plus, les deux types de syndicats n'associent que deux catégories juridiques à savoir les collectivités territoriales constitutionnelles et les EPCI. C'est donc manifestement une volonté de singulariser, à côté des collectivités territoriales, la catégorie des EPCI.

¹⁰⁶ L'article 44 de la loi NOTRe a supprimé l'ensemble des dispositions y faisant référence.

¹⁰⁷ Les changements rédactionnels de cet article en 1999, 2002 et 2004 et 2015 visent, pour l'essentiel, à rapprocher le fonctionnement de ces syndicats mixtes de ceux des établissements publics de coopération intercommunale.

Les pôles métropolitains forment une nouvelle catégorie. Selon B. FAURE, « *le pôle métropolitain n'est pas une nouvelle catégorie institutionnelle : il est un type de syndicat mixte fermé* »¹⁰⁸. On peut effectivement y voir une redondance dans cette liste car le pôle fonctionne selon le modèle des syndicats mixtes fermés. Cependant, cet ajout tardif du Sénat nous permet de s'interroger sur la présence de cette catégorie institutionnelle dans la liste des groupements de collectivités territoriales. Sur l'existence de critères propres à cette catégorie, on peut noter que le pôle répond à la logique sous-tendue par les définitions précédentes, à savoir de caractériser les catégories à partir des membres du groupement et non pas à partir de leur régime juridique. Ce dernier ne vient qu'en seconde position et c'est la raison pour laquelle le pôle est intégré dans la liste des groupements. Quant au critère de la population, il est un élément du régime juridique de cet organisme puisqu'il conditionne sa création. Dès lors, ce seuil ne nous paraît pas le plus essentiel dans la formation d'une catégorie juridique. On en déduit que la raison principale de cette insertion des pôles métropolitains dans l'article L. 5711-1 du CGCT résulte de sa composition. En effet, les articles L. 5731-1 et L. 5731-2 du CGCT relatifs au régime des pôles métropolitains ne font pas référence à tous les EPCI mais à une sous-catégorie non évoquée, celle des EPCI à fiscalité propre. Or, cette terminologie n'est pas retenue par dans la liste des EPCI. Ainsi apparaît une nouvelle catégorie dans les groupements, celle des EPCI à fiscalité propre par le truchement de ces pôles métropolitains.

La catégorie des pôles d'équilibre territoriaux et ruraux est l'équivalent en milieu rural des pôles métropolitains, celle-ci étant créée par la loi MAPTAM. Lors des débats parlementaires, on peut noter que le Sénat défendait le statut de syndicat mixte ouvert, permettant au département d'y être associé, alors que l'Assemblée nationale n'y était pas favorable, position retenue dans le texte final¹⁰⁹. Dès lors, cette catégorie n'apporte que peu d'éléments supplémentaires et s'inscrit dans l'analyse réalisée pour les pôles métropolitains.

Les agences départementales sont l'antépénultième catégorie. Apparues en 1982, le nom d'agence départementale masque la coopération pouvant être réalisée entre ces structures. Peu différente dans son fonctionnement d'un syndicat mixte fermé, l'agence départementale pose la question de sa singularité vis-à-vis des autres structures. D'une part, il faut savoir qu'elle est une forme ancienne de coopération verticale entre les communes, les établissements publics

¹⁰⁸ B. FAURE, *Les institutions administratives*, 1^{ère} édition, PUF, 2010, p. 442

¹⁰⁹ L'Assemblée nationale considérait que la compétence du pôle relative à l'adoption de documents de planification ne permettait pas au département d'être membre. On remarque ici que l'objet du pôle détermine en quelque sorte sa composition.

intercommunaux et les départements. Elle exclut les régions du fait de la transformation de ces dernières en collectivités territoriales. D'autre part, elle se situe à la frontière de la coopération institutionnelle et conventionnelle entre collectivités¹¹⁰.

Avant dernière catégorie, les institutions ou organismes interdépartementaux semblent couvrir un champ très large de possibilités. Non limitée à la coopération exclusivement entre départements, ils se conforment au fonctionnement des syndicats mixtes depuis la codification effectuée en 1996. Cependant, la législation de ces groupements interdépartementaux a pour origine la loi de 1930 visant, rappelons-le, à permettre à plusieurs conseils généraux de pouvoir inscrire des actions communes dans le cadre d'une structure de coopération. L'objectif de ces institutions était de définir un cadre souple en interdisant le recours au régime juridique des syndicats de communes préfigurant, selon les parlementaires de l'époque, la constitution de régions. En conséquence, la genèse du groupement interdépartemental permet de différencier la nature de cette structure du régime juridique auquel il est soumis, c'est-à-dire celui de l'établissement public.

La dernière catégorie concerne la coopération interrégionale et se caractérise par une structuration différente de la précédente. Elle a été définie en tant qu'établissement public dès sa création en 1992 et demeure, par conséquent, peu utile à la compréhension de la notion de groupement. A cela s'ajoute que cet organisme présente un intérêt pratique limité en raison d'une procédure de création relativement lourde (nécessité d'un décret en Conseil d'État). Il reste qu'elle présente un intérêt purement théorique. En effet, l'entente interrégionale se situe à la marge de la coopération institutionnelle et se rapproche plutôt de la coopération conventionnelle à l'instar de l'agence départementale. C'est d'ailleurs l'une des explications de l'absence de succès de ces deux structures. En revanche, elle se différencie nettement des organismes interrégionaux de coopération conventionnelle¹¹¹. Ainsi, l'entente se substitue aux institutions d'utilité commune interrégionale dans le cadre de l'exercice des compétences des régions mais elle ne remplace pas ces dernières. Par ailleurs, la composition des ententes a évolué puisque leur nombre n'est plus limité pour former cet organisme interrégional.

¹¹⁰ Nous renvoyons à notre article précité pour une analyse approfondie.

¹¹¹ Un organisme de coopération conventionnelle se fonde sur la liberté contractuelle des collectivités territoriales de pouvoir créer une structure juridique pérenne et sur la liberté d'association, c'est-à-dire sur le fait de pouvoir y adhérer.

L'analyse de la liste des groupements de collectivités territoriales fait donc ressortir une grande hétérogénéité entre ces structures tant du point de vue de leur composition que de leur fonctionnement. La construction empirique de cette liste des groupements de collectivités territoriales ajoute à ce classement une incertitude temporelle. L'exemple des communautés d'agglomération nouvelle nous permet de douter de sa pérennité. Il convient donc de rechercher dans cette liste si des critères juridiques communs peuvent être dégagés.

B. La recherche de critères juridiques communs dans la liste des groupements de collectivités territoriales

La recherche de dénominateurs juridiques communs entre ces différents groupements de collectivités n'est pas forcément aisée, étant donné l'hétérogénéité de la liste. On doit aussi éviter qu'une classification de ces structures juridiques, donnée par le droit positif, emporte la définition d'une catégorie institutionnelle. A ce titre, C. EISENMANN nous enseigne que « *Les qualifications – les étiquetages et classements – des objets individuels ne préexistent pas aux définitions de catégories ; ils ne peuvent pas leur préexister, ils les présupposent au contraire, puis qu'ils en sont l'application, les corollaires, puisqu'ils ne peuvent s'opérer que sur leur base et par référence à ces définitions* »¹¹². Autrement dit, les classifications sont précédées de la définition des catégories. En l'espèce, la définition législative de la catégorie des groupements n'est pas autre chose qu'un classement des organismes existants. Quels sont les dénominateurs communs au sein de cette catégorie ? Plusieurs critères juridiques sont présents et répétés dans cette liste : il s'agit notamment de la qualification d'établissement public, de l'appartenance des collectivités territoriales à ces structures ou encore de la personnalité morale.

Le critère de l'établissement public nous paraît être le plus consistant pour caractériser le groupement. Toutes les formes de groupement y font référence et la catégorie des EPCI est même définie en fonction de cette forme juridique. On pourrait alors admettre comme hypothèse que le groupement n'est qu'un genre d'établissement public. Cependant, le droit positif et la logique juridique nous conduisent à écarter cette possibilité. En effet, toutes les formes de groupement n'impliquent pas le régime d'un établissement public. Deux exemples

¹¹² C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in C. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 297

suffiront à l'illustrer. Premièrement, la catégorie des agences départementales prévoit que les collectivités peuvent créer une agence sous la forme d'un établissement public. Mais il reste que cela ne concerne qu'une seule hypothèse définie par la loi et qu'un autre régime peut être choisi si l'objet ou la composition de cette agence est modifié. Nous ne retiendrons pas l'exemple historique de la Savoie puisque cette agence technique départementale sous forme associative est à l'origine de l'article 32 de la loi du 2 mars 1982. L'exemple de l'ATD du Nord nous semble plus pertinent car il est postérieur à la loi Defferre. Cette structure nous montre que la forme associative est une alternative à celle de l'établissement public. Un doute subsiste néanmoins quant à l'appartenance de l'agence technique départementale à la catégorie des agences départementales. En effet, la jurisprudence a considéré que le législateur a imposé le choix de l'établissement public pour l'agence départementale. En supposant que le juge ait interprété fidèlement les travaux parlementaires, cela a pour conséquence de nous interroger sur la nature de ces agences techniques départementales sous forme associative. C'est la raison pour laquelle le critère de l'établissement public est potentiellement et juridiquement intéressant mais il a une forte propension à simplifier la réalité juridique. Le deuxième exemple confirme cette tendance : le droit des ententes interdépartementales n'a pas toujours impliqué le choix du régime de l'établissement public d'un point de vue législatif. La loi du 9 janvier 1930 dispose que les institutions et les ententes interdépartementales « *sont investis de la personnalité civile et de l'autonomie financière* ». On ne doit pas en déduire pour autant une identification pure et simple au régime de l'établissement public. Le cadre juridique de l'association peut *a priori* répondre à cette définition de la loi de 1930. Le règlement d'administration publique du 28 juillet 1931 et la circulaire d'application n'imposent pas le régime de l'établissement public et laisse une grande souplesse aux Conseils généraux dans ce domaine. Le décret d'application de 1983¹¹³ viendra dans un premier temps attribuer à ces structures le seul visage de l'établissement public. Le visa de ce texte faisait pourtant référence à la loi de 1930 mais la référence à l'article 56 de la loi du 2 mars 1982 relatif aux seuls établissements publics interdépartementaux l'a emporté. Il ne restait plus qu'à inscrire le régime juridique de l'établissement public dans la loi de 1930 et cela fut réalisé par la codification des dispositions relatives au code général des collectivités territoriales qui ajoutera la mention « établissement public ». Autrement dit, l'interprétation juridique de la commission supérieure de codification a, selon nous, réduit le champ des possibilités des formes juridiques des groupements au seul

¹¹³ Décret 83-479 du 10 juin 1983 relatif aux institutions interdépartementales, *JORF* du 12 juin 1983, p. 1777

régime de l'établissement public. Il en résulte que la codification du droit a réalisé une modification majeure de la loi du 30 janvier 1930 en apportant cette précision technique¹¹⁴. Bien que le droit positif confirme finalement le critère de l'établissement public, régime unique du groupement de collectivités territoriales, il n'a pas le monopole des formes juridiques des groupements et on sera conduit à étudier ultérieurement ce rapprochement entre la nature et la forme des groupements de collectivités territoriales.

A ce premier argument pratique, on peut s'interroger sur le fait de savoir si la notion d'établissement public est un critère juridique. Il nous semble même qu'il s'opère une confusion entre le régime juridique et la nature des groupements. La logique du législateur a été de former la catégorie des groupements de collectivités à partir des structures de coopération des collectivités territoriales soumises au régime de l'établissement public. En d'autres termes, le classement des structures en fonction de leur régime juridique préexiste à la définition de la catégorie, dont on ne connaît pas la véritable nature. On en déduit, comme le souligne C. EISENMANN, que ce critère du régime juridique, à savoir celui d'établissement public, présente des insuffisances tant du point de vue théorique que pratique pour être retenu.

Un autre critère commun des groupements se matérialise par la coopération des collectivités au sein d'une structure donnée. La composition des groupements serait alors un caractère pertinent. On a d'ailleurs remarqué le fait que cette composition permet de distinguer les différentes sous-catégories des groupements de collectivités. Toutefois, on fait face à une caractéristique juridique large et imprécise. En effet, les groupements de collectivités territoriales sous forme associative sont également concernés par ce dernier critère. Or celles-ci sont a priori exclues de la liste législative des groupements. Ainsi le critère de la composition du groupement ne semble pas être un trait suffisamment spécifique de ces entités. On pourrait s'appuyer sur la combinaison des critères de l'établissement public et de la composition pour affirmer que ce sont principalement les établissements publics associant des collectivités territoriales qui forment les groupements. Mais certains syndicats mixtes sont exclus de cette liste. On ne peut donc retenir cette définition.

¹¹⁴ Cela est d'autant plus contradictoire que les institutions interdépartementales avaient vocation à remplacer les syndicats interdépartementaux, prévus sous la forme d'établissement public, créés par le décret-loi Poincaré de 1926. L'article 3 de la loi de 1930 confirme notre propos en abrogeant les dispositions afférentes à ces syndicats. R. MASPETIOL et P. LAROQUE soulignent aussi que « *la loi du janvier 1930 va beaucoup plus loin, étendant la règle à toutes les institutions interdépartementales et supprimant toute limite à la liberté reconnue aux conseils généraux tant pour créer que pour organiser ces institutions* », *La tutelle administrative*, 1930, Sirey, 402 p., p.55

Autre caractère presque évident, on peut supposer que ces groupements contiennent nécessairement des collectivités territoriales. Sans ces dernières, il paraît difficile de comprendre qu'un groupement de collectivités existe sans qu'une collectivité territoriale en soit membre. Or, ceci n'est pas le moindre des paradoxes, deux catégories citées ne contiennent pas forcément de collectivités territoriales *stricto sensu*. La première catégorie est un cas particulier de syndicat mixte fermé, c'est celui composé uniquement d'EPCI. L'autre catégorie est plus troublante, c'est celle des pôles métropolitains et des pôles d'équilibre territorial et rural n'acceptant pas comme membre de collectivité territoriale¹¹⁵. A ce titre, il semble que les groupements de collectivités territoriales se substituent aux collectivités territoriales existantes et soient considérées de ce point de vue comme l'équivalent de ces dernières. Le Conseil municipal est d'ailleurs assimilé à un EPCI à fiscalité propre à l'article L. 5741-1 du CGCT pour le pôle d'équilibre territorial et rural.

Dernier point commun envisagé, c'est celui de l'attribution de la personnalité morale à une structure associant des collectivités territoriales. L'aspect général de cette définition correspond à l'esprit du texte posé par la loi du 16 décembre 2010. Elle rejoint à cet égard l'aspect générique du groupement. La notion de personnalité morale n'est cependant pas exempte de toute ambiguïté. La personne morale n'est pas clairement définie initialement et elle n'existe que par la reconnaissance du droit positif. Cette prédominance de la personnalité juridique dans la doctrine rend difficile l'émergence d'autres concepts. De surcroît, la personnalité morale est devenue incontournable dans les classifications du droit administratif et constitutionnel. Ce critère, très large, demeure insuffisant puisqu'il englobe des groupements non-législatifs dotés de la personnalité morale (société d'économie mixte...). De plus, on peut prendre comme exemple le cas des groupements sans personnalité juridique, constituant de fait un groupement élémentaire de collectivités.

De ces traits communs rapidement analysés, il ne ressort aucun élément déterminant pour caractériser la notion de groupement. En se référant une nouvelle fois à C. EISENMANN, celui-ci nous apprend que le droit positif est utile pour établir des classifications dans le sens où il apporte uniquement les matériaux de base pour les édifier. On n'ira pas jusqu'à affirmer que le juriste « *demeure absolument libre de rejeter [les qualifications proposées par le*

¹¹⁵ Dans ce sens, l'article L. 5741-1 du CGCT dispose dans son I bis qu'une communes nouvelle, créée en lieu et place d'un EPCI, est adhérente au pôle d'équilibre jusqu'au moment de son adhésion à un EPCI à fiscalité propre. Pour le pôle métropolitain, seule la Métropole de Lyon, qui est une collectivité territoriale singulière, fait exception.

*législateur] si elles ne s'accordent pas avec les conclusions de l'analyse scientifique fondée sur un système de classification et sur des concepts ou définitions retenus par lui comme valable »¹¹⁶. En effet, il paraît illusoire de défendre une position théorique en méconnaissance totale de la réalité sous le prétexte d'une cohérence scientifique¹¹⁷. Néanmoins, on concédera aisément au disciple français de H. KELSEN que le rôle du théoricien est de « *discerner quel principe de qualification doit être retenu comme le meilleur* »¹¹⁸. Et ce dernier est choisi parmi plusieurs classifications possibles. C. EISENMANN propose ensuite de réduire ce nombre en considérant que la classification donnée doit répondre à une question, à une problématique. De plus, il ajoute que la question du principe de classification consiste « *à reconnaître quel est, pour un problème donné, celui des traits de l'objet qui offre le plus haut intérêt intellectuel, la plus haute valeur de connaissance* »¹¹⁹.*

Après ce rappel de ces principes théoriques, l'on peut essayer d'élaborer une classification à partir de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales. Au préalable, apparaît inévitablement la question de savoir si ce dernier est identique à l'objet groupement législatif. A ce stade émerge alors une autre difficulté, celle de la définition intrinsèque du groupement législatif. Une contradiction peut être relevée du fait que les critères, que l'on vient d'étudier, émanent tous du droit administratif et que le classement fourni par le législateur exclut un certain nombre de groupements administratifs de collectivités territoriales tels que les associations de collectivités ou encore les groupements de collectivités à vocation économique. Par conséquent, il convient de confronter ces caractères administratifs à ces structures afin d'en préciser leur contour et donner, dans la mesure du possible, une assise juridique solide à la catégorie législative des groupements.

¹¹⁶ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in C. LEBEN, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 297 et s., p. 299

¹¹⁷ Il atténue son propos lorsqu'il écrit que « *le juriste qui étudie un ensemble de solution du droit positif n'est en aucune façon scientifiquement libre de choisir selon ses préférences tel ou tel des principes de classifications possibles* », *op. cit.*, p. 303

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 299

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 303

Section 2 : L'exclusion législative de certains groupements de collectivités territoriales

De nombreuses formes juridiques peuvent prétendre à la qualification de groupements de collectivités territoriales. Le champ institutionnel de la coopération locale est vaste et l'énumération donnée par le législateur ne recouvre qu'une partie de ces structures. Par exemple rien ne nous permet *a priori* de dire que les associations type loi 1901 regroupant uniquement des collectivités territoriales ou encore les récentes sociétés publiques locales ne font pas partie des groupements législatifs de collectivités territoriales. A partir de ces organismes locaux, il est utile d'éprouver les critères analysés précédemment, à l'aune du fonctionnement de ces structures. Autrement dit, on se situe dans une démarche inductive : étant donné que la définition législative du groupement est déterminée par énumération et que notre perspective de recherche est de définir constitutionnellement la notion de groupements, il s'agit donc de confronter les groupements de collectivités territoriales non retenus dans la liste posée par le code général des collectivités territoriales. Ceci ne présage en rien que cette liste législative recouvre parfaitement ou reste dans les limites de la notion entendue au niveau constitutionnel¹²⁰. Surgit en revanche la qualification juridique de ces autres groupements. Peut-on les appeler groupements de collectivités territoriales ? Est-ce que toutes les structures de coopération sont potentiellement visées par cette expression ? Peut-on assimiler les sociétés d'économie mixte locales à des groupements de collectivités territoriales ? Les structures, utilisant le mot groupement, entrent-elles toutes dans notre étude ? Le choix de la logique inductive élargit considérablement le spectre d'étude. C'est la raison pour laquelle il convient de délimiter par le problème posé à sa dimension constitutionnelle : unité ou diversité de l'organisation étatique.

Deux traits ressortent clairement en prenant appui sur cette dernière interrogation : la première tendance est la définition par l'État de la coopération locale et la seconde correspond à l'usage extensif de tous les outils de coopération par les collectivités territoriales. On voit que

¹²⁰ Le législateur est dans son rôle lorsqu'il définit le contenu de la notion constitutionnelle du groupement sous réserve qu'il en respecte le cadre et n'outrepasse pas ses prérogatives.

l'on se situe toujours dans le giron du droit public, en raison de la nature des collectivités territoriales. Cependant, les instruments de coopération locale peuvent prendre des formes diverses à l'image des groupements de coopération sanitaires¹²¹. C'est pourquoi on peut scinder notre analyse en fonction de la nature des organismes de coopération. Nous verrons, tout d'abord, l'exclusion des groupements de collectivités territoriales soumis à un régime de droit privé (§1) avant d'examiner les raisons fondant l'éviction de certains groupements soumis à un régime de droit public (§2).

§1. L'exclusion des groupements de régime de droit privé de la liste législative

L'exclusion des groupements de collectivités territoriales soumis à un régime de droit privé paraît évidente car l'alinéa 1^{er} de l'article L. 5111-1 du CGCT prévoit que les collectivités peuvent s'associer, pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les conditions prévues par la loi. D'emblée, on est confronté à la définition de l'organisme public de coopération. Que recouvre cette dénomination ? Ces structures de coopération doivent-elles obéir uniquement à un régime juridique public ? Quelle articulation juridique existe-t-il entre le groupement de collectivités et cette notion d'organisme public de coopération ? Il n'est pas clairement écrit qu'un groupement de collectivités implique un régime exclusivement de droit public. Il semble donc utile de différencier, dans un premier temps, les organismes publics de coopération du groupement de collectivités territoriales (A) avant d'en démontrer, dans un second temps, sa nature publique (B).

A. De la différenciation des organismes publics de coopération des groupements de collectivités territoriales

L'article L. 5111-1 du CGCT distingue les groupements de collectivités territoriales des organismes publics de coopération. On pourrait supposer que la logique descendante, mise en

¹²¹ C. ESPER, « Un instrument juridique nouveau au bénéfice du secteur social et médico-social : le groupement de coopération sociale ou médico-sociale », *RDSS*, 2006. 909

exergue par le Sénat, s'applique à ces notions. Celle d'organisme public de coopération engloberait, par conséquent, celle de groupement. Or on se heurte à la généralité de la première expression. La notion d'organisme public est extrêmement vague et recouvre une diversité de structures malgré l'ajout de l'adjectif public. Le droit communautaire nous apporte son secours puisqu'il caractérise une notion très proche, celle d'organisme de droit public. Ces critères sont au nombre de trois : l'organisme doit être, premièrement, créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Deuxièmement, il doit être doté de la personnalité juridique. Troisièmement, l'organisme est considéré de droit public si son activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, si la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers ou si l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public¹²². La liste des organismes de droit public donnée par la France aux institutions communautaires correspond peu ou prou à celle des organismes publics en droit interne¹²³. Ainsi, on peut considérer que les deux expressions sont équivalentes. On peut noter que la liste donnée en 2004 séparait la catégorie des établissements publics nationaux des établissements publics locaux et la catégorie des groupements de collectivités territoriales. Cette dernière comprenait seulement les EPCI, les ententes interrégionales et les institutions interdépartementales. En revanche, l'organisme de droit public communautaire est susceptible de comprendre des organismes de droit public soumis à un régime privé. C'est le troisième critère à savoir que l'organisme doit être contrôlé en majeure partie par les collectivités originaires (associations paramunicipales, ...). La logique institutionnelle communautaire a largement influencé la liste française puisque celle-ci s'est élargie progressivement aux associations de collectivités, aux sociétés d'économie mixte locale ou aux sociétés publiques locales. Il en résulte que des organismes soumis au droit privé peuvent être considérés comme des organismes publics, neutralisant la portée juridique de l'épithète « public ».

Si l'on ajoute maintenant à l'organisme public le complément de nom « de coopération », ces quatre caractéristiques ne parviennent pas non plus à restreindre considérablement le nombre de structures concernées puisque la collaboration entre

¹²² Directive 2004/18/CE du Parlement européen du 31 mars 2004, JOUE, 30 avril 2004, p. L. 134/127

¹²³ Cf. annexe III de la directive précédente, p. L. 134/173. Il est précisé que cette liste peut être modifiée par les États selon les critères définis par cette directive.

collectivités territoriales peut être entendue de deux façons : la coopération institutionnelle et la coopération conventionnelle. Ces deux types de coopération s'appuient sur des structures très différentes et, dès 1994, J. M. PONTIER distinguait les premières des secondes par rapport au fait que « *il existe aussi des formes institutionnelles de coopération de droit privé mais, dans ce cas, il s'agit d'une collaboration contractuelle* »¹²⁴. Ainsi, on admet que la première forme ne peut exister que sous la forme d'une structure de droit public et que seule la seconde peut avoir recours à un régime de droit privé. Une approche similaire est retenue par M. VERPEAUX indiquant que « *Si on met à part la coopération locale, dont on pourrait se demander si elle constitue une relation « entre collectivités territoriales » dans la mesure où elle crée une nouvelle entité au-dessus ou à côté des collectivités, deux modes sont alors possibles : l'association et le contrat* »¹²⁵. Une précision supplémentaire apparaît dans cette seconde analyse, la différenciation du procédé contractuel du procédé de l'association dans la coopération contractuelle. On déduit de cette analyse succincte de la coopération locale trois fondements juridiques pour créer une structure de coopération : la libre administration des collectivités territoriales, la liberté contractuelle et la liberté d'association. Ce triple fondement de la coopération permet d'éclairer le paysage institutionnel des collectivités territoriales et de mieux situer le groupement de collectivités territoriales.

Confronter le groupement de collectivités territoriales à la libre administration revient à écarter toute forme de groupements de collectivités territoriales non prévue par la législation en vigueur dans ce domaine. La vision du groupement de collectivités est alors restreinte à la liste déjà étudiée et met surtout en évidence le rôle de l'État dans la détermination des formes de la coopération locale institutionnelle. L'occultation des autres formes que peut revêtir le groupement de collectivités est accentuée par le fait que le législateur semble réduire la coopération institutionnelle à la forme de l'établissement public. C'est la raison pour laquelle M. VERPEAUX s'interroge sur la nature de cette relation entre collectivités instituée par la loi et paraît même l'écarter en raison de l'absence apparente de liberté. Il existe néanmoins une marge de manœuvre des collectivités territoriales dans la forme que peut prendre l'organisme de coopération sur ce fondement bien qu'elle soit plus faible que dans le cadre des libertés

¹²⁴ J. M. PONTIER, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *La Revue administrative*, 1994, n°278, p. 163

¹²⁵ M. VERPEAUX, « Les principes constitutionnels », in S. CAUDAL et F. ROBBE (Dir.), *Les relations entre collectivités territoriales*, l'Harmattan, 2005, 223 p., pp.47-68, p. 47

d'association et contractuelle. Nous aurons l'occasion de le démontrer en la comparant avec les deux autres fondements juridiques.

Deuxième pilier permettant la création d'un organisme de coopération, c'est celui de la coopération dite conventionnelle. Elle comprend deux dimensions : la liberté contractuelle et la liberté d'association. Avant d'étudier la seconde dans notre prochain paragraphe, on peut remarquer que celle-ci est souvent masquée par la liberté contractuelle car l'exercice des compétences des collectivités a nécessité le recours à ce procédé dès le début du XX^{ème} siècle. La problématique relative à notre sujet renvoie alors à la question de savoir si un contrat passé entre deux ou plusieurs collectivités territoriales peut aboutir à la constitution d'un groupement. En effet, on peut concevoir que le contrat puisse être l'outil servant à la mise en place d'un organisme public de coopération de collectivités territoriales. Cette structure d'origine contractuelle peut alors prendre des formes multiples allant de la société d'économie mixte, en passant par un établissement public industriel et commercial, un groupement d'intérêt économique ou une société publique locale voire un syndicat mixte... Étant observé que la liberté contractuelle est aussi reconnue sur le plan constitutionnel¹²⁶, le groupement de collectivités territoriales créé sur cette base est-il compris dans la notion constitutionnelle de groupements ? Il est évident que toutes ces formes ne sont pas concernées par l'expression groupements de collectivités territoriales. Mais, la plupart de ces structures remplissent les conditions jurisprudentielles de la définition d'un organisme public de coopération¹²⁷. Dès lors, il faut s'attacher à trouver le critère permettant d'écarter ou d'intégrer ces entités.

D'une part, ces organismes de collectivités présentent la particularité d'être soumis à un régime de droit privé. On a vu que les auteurs précédents s'appuyaient sur la nature publique pour écarter ces organismes de coopération. Ceci est en lien étroit avec notre histoire administrative : les initiatives des collectivités locales et de l'État ont favorisé l'essor de groupements tant sous leur forme de droit public que de droit privé. Le domaine économique a été ainsi un formidable champ d'expérimentation et de structuration du droit des collectivités territoriales. En effet, le mode d'intervention traditionnelle des collectivités locales dans le champ économique a impliqué de faire apparaître des formes nouvelles de coopération locale, montrant les insuffisances du cadre posé en 1890 pour les syndicats de communes. Deux grandes tendances juridiques peuvent être dégagées : la première était d'introduire la possibilité

¹²⁶ Elle trouve notamment son fondement dans la libre administration des collectivités territoriales.

¹²⁷ On peut évidemment exclure les EPIC car leur objectif est purement industriel et commercial.

d'associer des collectivités territoriales, des établissements publics et des sociétés privées dans une structure donnée pour l'exploitation d'un service public. La seconde était portée par l'État dans le but d'introduire la coopération des collectivités locales et des établissements publics dans le cadre d'un projet d'aménagement. Autrement dit, la première tendait à réaliser la coopération locale entre des organismes de droit public et des structures privées dans le cadre du droit privé. La seconde avait pour objectif de permettre et de structurer la coopération entre établissements publics et collectivités locales dans le cadre du seul droit public. Ces deux idées se développèrent simultanément dans la première moitié du XX^{ème} siècle et correspondent à la mise en place des réseaux d'eau potable, d'assainissement et d'électrification du territoire.

En ce qui concerne la collaboration des collectivités publiques et des structures de droit privé, elle procède principalement de la faculté communale d'entreprendre et pas uniquement de la liberté contractuelle. A ce titre le rapport sur le décret-loi du 5 novembre 1926, qui a notamment étendu la compétence économique des communes en permettant leur participation financière dans une société privée, conforte notre position en précisant que « *la guerre et l'après-guerre ont affirmé l'aptitude et le droit des communes dans la création et la direction de tous les services publics destinés à assurer la vie économique et sociale de la cité. Nous ne pouvons, au demeurant, négliger l'exemple des pays étrangers qui nous environnent et, où, souvent, les législations en vigueur, moins libérales sur beaucoup de points que notre loi de 1884, favorisent mieux cependant le développement de toutes les entreprises d'intérêt communal* »¹²⁸. L'intérêt n'est d'ailleurs pas seulement communal, il peut intéresser plusieurs communes à une même entreprise de service public, ce qui nécessite la création d'une structure de coopération non pas sur une base contractuelle mais plutôt et par conséquent, sur le fondement de la liberté d'entreprendre. Cet aspect est consacré par l'ajout d'un point 12 relatif à ces participations à l'article 68 de la loi de 1884 du décret-loi précité. Néanmoins, le caractère privé de ces sociétés, dans lesquelles les collectivités interviennent, n'est absolument pas remis en cause et est confirmé par la détention du capital à des actionnaires privés à hauteur minimum de 60%¹²⁹. Quel est le rapport juridique avec la notion de groupements de collectivités territoriales ? Il est double : il permet, d'une part, à des communes et à des syndicats de communes de s'associer dans une structure et, d'autre part, il affirme le caractère privé de ce

¹²⁸ Rapport remis au Président de la République relatif au décret-loi du 5 novembre 1926 de décentralisation et déconcentration administrative, *Bulletin du Ministère de l'intérieur*, 1926/11, p. 543

¹²⁹ Décret relatif aux régies municipales du 28 décembre 1926, *Bulletin du Ministère de l'Intérieur*, n° 1926/12, p. 676

groupement. Toutefois, on pourrait rétorquer que la présence de sociétaires privés empêche de les considérer comme des groupements de collectivités territoriales. On présuppose alors de considérer ces groupements composés uniquement de collectivités territoriales ou d'organismes publics. Or à cette époque, ce type de groupement n'existait pas encore. Seuls les syndicats de communes étaient autorisés et les syndicats interdépartementaux, supprimés quatre années plus tard, apparaissaient tout juste. Dès lors, le fait d'associer des communes et des établissements publics, même avec d'autres acteurs privés, était donc une innovation juridique majeure. En effet, il convient de souligner que l'article 63 du décret dispose que « *Les syndicats de communes jouissent des mêmes facultés que les communes pour la participation aux entreprises privées. (...) Le comité du syndicat joue le rôle du conseil municipal et le président du comité celui du maire* »¹³⁰. Ainsi, l'assimilation des syndicats de communes aux communes est le principe retenu pour appliquer étendre ces dispositions à ce groupement. Ce texte sera d'ailleurs à l'origine de l'apparition de l'expression de groupements de collectivités publiques et servira de fondement à la création des sociétés d'économie mixte locale et, plus récemment, des sociétés publiques locales.

Ce sont ces dernières qui posent la plus grande difficulté car elles peuvent être assimilées à un groupement de collectivités territoriales. En retenant comme critère la nature purement publique des membres de l'organisme de coopération, on peut, certes, exclure les sociétés d'économie mixte locale puisque la loi impose l'appartenance d'un acteur privé¹³¹. En revanche, ce critère devient totalement inopérant pour les sociétés publiques locales (SPL). Il faut donc rechercher les raisons de l'exclusion des SPL des groupements de collectivités territoriales.

Les SPL sont des structures récentes mais elles ont été créées avant la rédaction de la liste législative des groupements. Les contextes juridique et politique étaient favorables à l'apparition de cette structure et, comme le note J. M. AUBY, « *Le législateur, avec l'appui du gouvernement, a en effet cherché à faire échapper des structures juridiques à la contrainte de*

¹³⁰ Décret du 17 février 1930 portant règlement d'administration publique sur les régies municipales, Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur, février 1930, p.65-66

¹³¹ L'article L. 1521-1 du CGCT précise ainsi que « *Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires* ».

la publicité et de la mise en compétition alors que cette contrainte, présentée comme étant extérieure, n'est en fait que le résultat des traités et directives communautaires que notre pays a largement contribué à construire »¹³². Nous remarquons donc que la SPL répond aux critères de l'organisme public européen puisqu'elle en est la résultante. Ce qui nous intéresse plus particulièrement est de savoir si elles peuvent être autant perçues comme un organisme public de coopération qu'un simple « outil » supplémentaire de gestion locale à disposition des collectivités territoriales¹³³. N. LAVAL-MADER l'inscrit, par exemple, « dans une évolution majeure de la décentralisation de notre État unitaire, irrésistible mouvement vers une décentralisation « partenariale » ou « coopérative » »¹³⁴. Elle insiste ainsi sur l'aspect de coopération ou de partenariat des collectivités territoriales. C'est dans ce sens que l'on comprend l'expression « décentralisation coopérative » car elle s'intéresse à l'étude de la coopération entre structures décentralisées. A ce titre, il est vrai que la SPL est un organisme de coopération dans la mesure où il associe au moins deux collectivités territoriales ou un de leurs groupements. Ces entités sont-elles, pour autant, des groupements de collectivités ? Il nous semble que l'on peut écarter les SPL en raison de la nature de ces structures. Le fondement contractuel, à l'origine de ces structures de coopération, marque non seulement le choix d'un régime juridique de droit privé mais aussi et surtout l'absence de rôle de l'État dans la création de ces sociétés¹³⁵. En d'autres termes, ce qui marque véritablement la société publique locale est le fondement contractuel de la coopération économique des collectivités territoriales et non pas son appartenance à la sphère du droit privé. La liberté d'entreprendre des communes n'implique pas un rôle déterminant de l'État dans la création d'une SPL. Sur le plan législatif et encore plus sur le plan constitutionnel, le groupement de collectivités territoriales répond à un besoin de l'État, ce que la SPL, pour le moins, ignore dans la pratique. La nature publique du groupement exprime, selon nous, cette double dimension, expression commune des volontés de l'État et de ses collectivités territoriales. Ce trait prend toute son importance avec la deuxième composante de la coopération conventionnelle, la liberté d'association.

¹³² J. F. AUBY, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *RFDA*, 2012, p.99

¹³³ La qualification retenue généralement par la doctrine pour conceptualiser la société publique locale est celle d'outil. Ce dernier terme nous semble peu pertinent car la SPL est une personne morale de droit public au même titre qu'une collectivité territoriale ou qu'un établissement public. Or un groupement de collectivités territoriales est aussi un outil à disposition des collectivités territoriales, ce qui rend confus les notions étudiées.

¹³⁴ N. LAVAL-MADER, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA*, 2012, p.1092

¹³⁵ En dehors de la compétence régaliennne de création de ces sociétés par le législateur.

B. ... à la nature publique des groupements législatifs de collectivités territoriales

La liberté d'association est une autre possibilité pour les collectivités territoriales de coopérer. Elle pose autant de questions théoriques et pratiques que celles nées de la liberté contractuelle car elle a un champ d'intervention très large et prend systématiquement la forme d'une structure dotée de la personnalité morale. Cette collaboration institutionnelle repose, quoi qu'il arrive, sur la forme d'une association de type loi 1901. Les exemples les plus nombreux ont concerné à l'origine l'exercice des compétences des collectivités communales puisque l'on trouve trace des fédérations nationales concédantes et régies sous forme associative dès 1934. Cette liberté d'adhésion et de création d'associations de collectivités locales a été consacrée à de multiples reprises au niveau administratif.

Ces associations formées uniquement de collectivités territoriales peuvent-elles être considérées comme des groupements de collectivités ? Pour y répondre, il faut distinguer deux cas de figure : le premier concerne les groupements sous forme associative émanant uniquement des collectivités territoriales ; le second est relatif aux groupements de collectivités territoriales prévus par la loi laissant éventuellement la possibilité de choisir la forme associative.

Dans le premier cas, l'organisme trouve son fondement juridique dans la seule liberté d'association initiée par les collectivités. L'article L. 5111-1 du CGCT n'intègre pas, sans doute, ces groupements de collectivités sous forme associative. La nature publique de l'organisme de coopération l'en empêcherait sûrement. On peut penser que le législateur n'admet pas une volonté concurrente dans ce domaine. Ceci est la conséquence logique de la structure unitaire de l'État français. Comme le note très justement O. GOHIN, « *C'est assez dire, de façon paradoxale sans doute, la forte présence contraignante de l'acte unilatéral de l'État dans la définition des rapports entre collectivités publiques* ⁷⁸. Comment s'en étonner ? Ce n'est là, après tout, que la manifestation du caractère d'abord unitaire d'une République par ailleurs décentralisée » ¹³⁶. On remarque ainsi que l'État enferme les relations entretenues par les collectivités territoriales dans le cadre du droit public. Cependant, cette législation en

¹³⁶ O. GOHIN, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Les nouveaux cahiers du Conseil*, n°17, 2004, pp. 95-102, p.102

vigueur ne couvre pas le champ de toutes les possibilités d'association des collectivités. En effet, la liberté d'association permet la création d'un groupement de collectivités locales pour des objets divers. Le lien avec le groupement de collectivités territoriales paraît assez ténu de prime abord et on pourrait simplement écarter ces associations dans la mesure où elles ne permettent pas l'exercice d'une compétence, comme le dispose l'alinéa premier de l'article L. 5111-1 du CGCT. Or l'exemple de la compétence tourisme montre que les collectivités peuvent s'associer dans un organisme public, soumis à un régime de droit privé. L'association loi 1901, composée uniquement de collectivités territoriales, est donc un groupement potentiel. Il reste que cette structure a pour fondement la seule liberté d'association des collectivités territoriales. L'intérêt de l'État dans le domaine de la coopération locale pour la création de ces associations n'existe pas véritablement et il ne vise qu'à garantir l'exercice de cette liberté. Autrement dit, on retrouve la même analyse que l'on a formulée à l'égard de la liberté contractuelle à savoir que la nature publique implique aussi un intérêt national. C'est la raison pour laquelle ces associations de collectivités territoriales sont exclues de la liste des groupements de collectivités territoriales. *A contrario*, on pourrait émettre l'hypothèse que les groupements de collectivités territoriales, définis par le législateur, sont conçus comme des outils répondant au seul intérêt étatique et que celui des « collectivités secondaires », telles qu'elles ont été appelées à un moment donné, ne participe pas à la caractérisation de notre objet d'étude.

Le second cas de figure d'une structure de coopération locale fondée sur la liberté d'association contredit cette possibilité et met donc en évidence la nécessité de prendre en compte simultanément les volontés de l'État et des collectivités territoriales. Pour illustrer ce lien entre le groupement de collectivités territoriales et cette double volonté de l'État et des collectivités associées, il est intéressant de se référer à la combinaison des articles L. 5210-1 et L. 5210-1-1-A¹³⁷ du CGCT, le premier se référant à la volonté des communes et le second dressant la liste des EPCI. Ainsi, il nous semble que l'on a une preuve que la volition des communes est indispensable à la formation de nombreux groupements de collectivités territoriales. Il se trouve aussi que la volonté étatique, par le truchement des schémas départementaux visés à l'article L. 5210-1-1 du CGCT, n'entre en considération qu'après celle des communes, puisque cette disposition se place après les deux articles L. 5210-1 et L. 5210-1-1-A du CGCT. Cependant le cadre législatif est contraignant et peut être considéré comme la

¹³⁷ La numérotation choisie, extrêmement confuse, montre, selon nous, le tâtonnement du législateur dans ce domaine.

contrepartie logique de cette expression de la volonté communale. Ainsi, le régime juridique appliqué à tous les EPCI est organisé en fonction de l'aménagement du territoire national et l'ensemble de ces statuts se base uniquement sur celui de l'établissement public, ce qui traduit la volonté de l'État de maîtriser et d'organiser la coopération locale.

Cependant, la possibilité de création de structures de coopération prévue par le législateur et dont la forme serait déterminée par les collectivités membres laisse planer le doute quant à la nature et au régime exclusivement publics des groupements. C'est notamment le cas des agences départementales, qui appartiennent à la liste des groupements de collectivités territoriales et aussi à un sous-ensemble juridique hétérogène, celui des agences locales. Etant observé que le phénomène des agences se développe considérablement, le Conseil d'État lui a consacré une étude dans son rapport annuel de 2012¹³⁸ et a constaté que ces structures ont des statuts divers allant de la simple association à l'établissement public administratif. Dans ces conditions, les agences départementales, définies comme des établissements publics, peuvent-elles prendre une autre forme que celle définie par la loi ? Si cette possibilité existe alors il convient d'en trouver le fondement juridique et de savoir si cette agence départementale demeure un groupement de collectivités territoriales. Ces interrogations semblent être théoriques et abstraites et contraires à l'aspect pratique du groupement de collectivités territoriales. Mais ces questions se posent malgré tout pour deux agences sous forme associative existantes : l'Agence Savoyarde d'Aménagement, de Développement et d'Aide aux Collectivités (ASADAC) et l'agence technique départementale du Nord (ATD 59).

L'ASADAC est une association loi 1901 de coopération locale particulière puisqu'elle est à l'origine de l'agence départementale. On peut se demander pourquoi son statut associatif a été et est maintenu si l'objet et la composition de l'organisme de coopération sont identiques à ceux de l'agence départementale. Le second exemple est encore plus troublant dans la mesure où l'ATD 59, créée postérieurement à la loi afférente, a exactement le même objet que l'agence départementale et que ses membres sont les mêmes que ceux prévus à l'article L. 5511-1 du CGCT¹³⁹. Ces deux associations sont donc des agences départementales dont la forme ne

¹³⁸ Conseil d'État, *Les agences : nouvelle gestion publique*, EDCE, 2012, Doc. fr., 291 p.

¹³⁹ Ainsi, l'ATD du Nord indique dans son article 3 que « L'Association a pour objet d'apporter à ses membres une assistance d'ordre technique en matière juridique, financière, culturelle, sociale ou toute autre matière ayant rapport avec la gestion des collectivités territoriales. Elle a vocation à entreprendre toutes études, démarches et réalisations permettant d'atteindre l'objectif précédemment défini ». A titre de comparaison, l'Agence technique départementale de Dordogne précise dans son article 2 que « L'Agence a pour objet d'apporter aux Collectivités Territoriales et aux Établissements Publics Intercommunaux du département qui le demandent une assistance

correspond pas à celle prévue par le législateur. Comment expliquer le choix et le maintien d'un statut associatif pour une agence, considérée comme un groupement de collectivités territoriales ? En ce qui concerne l'ASADAC, l'hypothèse selon laquelle la création de cette structure est antérieure à celle de l'agence départementale et de l'article L. 5111-1 du CGCT régissant la coopération locale pourrait suffire bien que cela ne nous donne pas le fondement juridique de cette coopération. Certains auteurs ajoutent que cet organisme est finalement une structure créée par une collectivité territoriale, à savoir le département. L'exemple des statuts de l'ATD 59 confirmerait cette possibilité. Ainsi, ce *statu quo* juridique serait compréhensible. Néanmoins, la jurisprudence essulée de la Cour d'appel de Douai du 6 février 2012 infirme ces deux arguments car elle indique très clairement que seul l'établissement public peut être choisi pour former une agence départementale. Il en résulte que, soit les deux associations évoquées, ne sont pas des agences départementales en raison de leur régime juridique soit qu'elles sont des agences départementales dotées d'un statut non prévu par le législateur.

Ecarter ces deux organismes en raison de leur régime juridique nous semble un syllogisme. Rien ne prouve en effet que tous les groupements de collectivités territoriales soient des établissements publics. Dès lors, il convient de démontrer que la forme associative est possible pour constituer un groupement de collectivités territoriales. Créer un organisme de coopération associatif par les collectivités territoriales suppose tout d'abord de trouver son fondement juridique. Il réside dans la liberté d'association, dont les personnes morales de droit public, sont également titulaires. Il s'ensuit que les collectivités territoriales peuvent créer une association dans le cadre législatif donné. Or le législateur a choisi la forme d'un établissement public pour une agence départementale. Par conséquent, notre hypothèse devrait être abandonnée. Mais ce cadre législatif n'épuise pas tous les cas de figure pour créer une agence départementale et les travaux parlementaires démontrent qu'il existe une marge de manœuvre pour les collectivités de définir la forme que ce groupement peut prendre¹⁴⁰.

Ainsi donc, une agence départementale peut prendre la forme d'une association et cette conclusion s'oppose nettement à la solution retenue de l'arrêt de la Cour d'appel de Douai, qui exclut la forme associative pour les agences départementales. Celles-ci sont parfaitement compatibles dans la mesure où l'on prend pour point de départ le fondement juridique

d'ordre technique, juridique ou financier. Elle a vocation à entreprendre toutes études, recherches, démarches et réalisations permettant d'atteindre l'objectif précédemment défini ».

¹⁴⁰ Nous renvoyons à notre étude publiée à la Semaine juridique, *op. cit.*

permettant de créer l'organisme de coopération. En tant que groupement de collectivités territoriales, on a remarqué que la double volonté des collectivités membres et de l'État était nécessaire. Or la création d'une agence départementale reposant sur la seule liberté d'association des collectivités n'implique aucun intérêt de l'État, aucune volonté de ce dernier dans la création de l'agence. Il manque, pour ainsi dire, un intérêt national : c'est dans ce sens que le législateur autorise les agences sous forme associative. Dès que l'intérêt national apparaît alors le groupement doit respecter la forme prévue par le législateur, c'est-à-dire celle visée par l'article L. 5511-1 du CGCT, le statut d'établissement public. La distinction entre la liberté d'association des personnes morales de droit public et la libre administration des collectivités territoriales prend tout son sens et, sur le plan institutionnel, et permet d'expliquer pourquoi les agences départementales, intégrées dans la liste législative des groupements de collectivités territoriales, peuvent être différenciées des autres agences locales. L'intérêt de l'État est représenté par le fait de définir précisément les groupements de collectivités territoriales, qui bénéficient notamment de prérogatives juridiques et de dotations financières conséquentes. En introduisant l'agence départementale dans cette liste, il ressort que le régime juridique est moins important que la nature publique de l'organisme de coopération. Cette nature publique du groupement se définit par rapport aux intérêts des personnes en cause : seul un intérêt national auquel s'adjoignent ceux des collectivités territoriales membres va impliquer la forme de l'établissement public. On se rapproche, dès lors, de la définition communautaire de l'organisme de droit public. Juridiquement, on peut le traduire par le critère du fondement permettant la création de l'organisme concerné. Si la structure de coopération repose sur la liberté contractuelle ou la liberté d'association, on doit montrer que les trois critères communautaires sont effectivement remplis. L'entité sera considérée comme publique mais ne sera pas forcément soumise à un régime de droit public. Si l'on veut le qualifier de groupement de collectivités territoriales alors il sera nécessaire de rechercher si l'intérêt de l'État est bien présent, ce qui conduit à insérer une double connotation nationale et locale à la structure. Le groupement de collectivités territoriales se distingue des organismes publics par cette double dimension publique de l'institution. Le choix du législateur est de donner systématiquement un cadre de droit public aux groupements. Néanmoins, il existe des groupements de droit public exclus de la liste législative des groupements de collectivités territoriales. Il est maintenant utile d'examiner les raisons de leur mise à l'écart.

§2. Les groupements de droit public non législatifs

La liste législative des groupements de collectivités territoriales ne prend pas en compte un certain nombre de groupements de droit public. Si l'on peut facilement admettre que l'absence de personnalité juridique de « l'entité » de coopération entre collectivités territoriales explique leur mise à l'écart, il n'en demeure pas moins que des contrats à finalité institutionnelle, appartenant au champ de la coopération conventionnelle, peuvent aboutir à la création d'un organisme doté de la personnalité morale de droit public. Il faut donc analyser ce premier ensemble afin de mettre en évidence le rôle nécessaire mais insuffisant de la personnalité morale (A). La difficulté devient croissante si l'on aborde le cas du groupement d'intérêt public (B). Doté de la personnalité morale et appartenant clairement au champ des organismes de droit public, l'étude de l'évolution récente de son régime juridique nous permettra de mieux comprendre la nature du groupement de collectivités territoriales et justifiera, par ricochet, sa non-appartenance au groupement législatif. Enfin, la dernière catégorie de groupement de droit public contient deux structures se rapprochant étroitement de celle de la notion de groupements de collectivités territoriales, les syndicats mixtes dits ouverts et les groupements européens de collectivités territoriales. Il faut alors éprouver les critères déjà évoqués et trouver éventuellement d'autres traits juridiques permettant de les distinguer du groupement de collectivités territoriales et, ainsi, comprendre leur exclusion de la liste définie à l'article L. 5111-1 du CGCT (C).

A. Les groupements de droit public sans personnalité morale ou d'origine conventionnelle

Les groupements de collectivités territoriales ont une origine connue et précise : ils résultent de la loi de 1837 sur les biens indivis. Ces premières coopérations entre communes restent très encadrées par l'État et l'interdiction de communication entre communes ou départements plane sur cette modalité juridique. L'ambiguïté de l'État est très marquée sur cette législation : la loi de 1837 et, à sa suite, la Charte municipale de 1884, ont permis les toutes premières coopérations intercommunales mais ces groupements n'ont pas bénéficié d'un statut élaboré. Quelle est la nature de cette coopération locale ? Peut-on dire que ces ententes ou

conférences intercommunales puissent être considérées comme des groupements ? Quelle est l'attitude de la doctrine vis-à-vis de ces groupements ? Toutes ces interrogations convergent finalement vers une réponse commune, celle d'une marginalisation de cette forme de coopération. Cela est sans doute dû à l'absence de personnalité juridique de ces groupements, conséquence de l'attitude prudente, voire méfiante, de l'État à l'égard de la coopération intercommunale.

Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler que la France du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle était un pays essentiellement rural avant de devenir un pays à majorité urbaine au cours des années 1930¹⁴¹. La législation posée en 1890 est marquée par ce cadre démo-géographique. Bien que ces textes aient considérablement vieilli, ils montrent à quel point la centralisation, poussée à l'extrême, ne peut supprimer toute relation entre les communes. Sans reprendre l'élaboration de ces lois, on peut remarquer que l'exception à la règle de l'interdiction de communication entre conseils municipaux fut posée en 1837 après maintes discussions au Parlement¹⁴². Ces deux modes de coopération tentaient de répondre à deux problèmes intercommunaux : le premier est relatif à la gestion de biens indivis et le second permet l'exécution d'un travail intéressant plusieurs communes. Ces coopérations intercommunales existent toujours dans le droit positif.

Il n'en demeure pas moins que l'article L. 5111-1 du CGCT exclut *de jure* ces « structures » initiales de la liste des groupements car le critère de la personnalité juridique est en soi un facteur écartant ces coopérations. En effet, on a déjà constaté que ces organismes devaient être dotés de la personnalité juridique. Le lien entre le mot « groupement » et la personnalité juridique est néanmoins ancien et a servi à construire en grande partie la présentation du droit administratif actuel. La personnalité juridique a ainsi permis de donner à un groupement humain déterminé une capacité d'action pour gérer et défendre un patrimoine défini. Le groupement est toutefois entendu ici de manière extrêmement large : les sociétés, les associations, les collectivités publiques peuvent être intégrées dans ce terme. En parallèle, l'on peut souligner que l'émergence de la personnalité juridique coïncide avec la protection des biens appartenant à différents groupements. Sous la Monarchie de Juillet, les premières

¹⁴¹ L'exode rural a débuté au milieu du XIX^{ème} et s'accentuera après la Seconde Guerre mondiale. Il y a aujourd'hui une stabilisation et un léger accroissement de la population en milieu rural depuis 1975.

¹⁴² Quand MM. MASPETIOL et LAROQUE écrivent que « *la collaboration des communes existait déjà depuis longtemps, car c'est une nécessité qui découle de la nature des choses* », *op. cit.*, p. 218, ils semblent oublier que le principe de la centralisation s'opposait par nature à cette coopération locale et n'était pas légale avant 1837.

utilisations de la notion de personne morale en droit public ont pour objectif d'assurer une explication de la reconnaissance de patrimoines appartenant à différents groupements infranationaux¹⁴³. Par exemple, la combinaison des lois électorales de 1831-1833 et des lois d'attributions de 1837-1838 vont marquer l'essor des patrimoines des communes et des départements en même temps que la représentation des intérêts locaux. D'ailleurs, la personnalité du département sera reconnue légalement à partir de ces lois. La concomitance de l'essor de la personnalité juridique et du phénomène de coopération est, selon nous, à l'origine du traitement différencié du régime juridique des collectivités territoriales et leur coopération institutionnelle. Afin de prendre en compte juridiquement ces nouvelles unités administratives, le modèle de la personnalité civile, issu du droit privé, va être une source d'inspiration pour les publicistes de la Monarchie de Juillet¹⁴⁴. E. V. FOU CART a, semble-t-il, été le premier à mettre en évidence un rapprochement doctrinal entre le droit civil et le droit administratif sur la base de la notion de personnalité civile appliquée à la commune et au département. Ainsi, il écrit qu'« *il existe dans la société des collections d'individus ayant des intérêts communs, des établissements ayant un caractère d'utilité publique, auxquels la loi leur reconnaît une personnalité, en leur attribuant le droit de posséder, d'acquérir, d'aliéner, de se présenter en justice pour plaider en demandant ou en défendant ; tels sont : l'État, les départements, les communes, les hospices, les fabriques, les églises, les communautés religieuses autorisées, etc.* »¹⁴⁵.

En d'autres termes, la personnalité morale permet à un groupement de réaliser un certain nombre d'actes en lieu et en place de ses membres en ayant en arrière-plan comme référence un patrimoine identifié. Deux éléments théoriques apparaissent déjà clairement dans cette définition : l'identification d'une entité collective propriétaire et le rôle de la loi dans la

¹⁴³ F. LAFERRIERE est véritablement emblématique sur le sujet dans la mesure où il écrit dans son cours que « *La commune est considérée comme personne morale à raison de ses droits de propriété* », in *Cours de droit public et administratif*, deuxième édition, Paris, Joubert, 1841-1846, 657 p. auquel s'ajoute un appendice de 40 p., p. 544

¹⁴⁴ Pour une étude plus complète de l'évolution des ouvrages de droit administratif de cette période, on peut se référer à l'analyse classique de M. HAURIOU, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, tomes XLIV et XLV, 1892, respectivement pp. 385-403 et pp. 15-28. Pour une étude plus récente, on peut consulter la thèse de G. J. GUGLIEMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 157, 1991, 378 p., plus spécialement pp. 142-170

¹⁴⁵ E. V. FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, Tome premier, Troisième édition, Paris, Videcoq Père et fils, 1843, 788 p., pp. 216-217. A. BOST l'emploie également « *Les communes sont donc en quelque sorte des personnes morales, qui se prolongent tant que leur existence n'a pas été détruite dans les formes déterminées par la loi* », *Traité de l'organisation et des attributions des corps municipaux*, Tome 1, Paris, chez l'Auteur, 1838, 522 p., p. 12

reconnaissance de ces structures. Par rapport à la coopération intercommunale prévue en 1837, on remarque que le refus d'accorder la personnalité juridique à ces groupements semble être le fruit d'une confusion entre deux problèmes d'organisation fort différents. Le premier était de résoudre l'émiettement communal et la petitesse de la taille des communes. Il est alors d'intérêt national. Le second posait un problème d'organisation locale puisque l'existence de biens indivis ou de travaux communs concernant plusieurs collectivités impliquaient une collaboration de deux ou plusieurs communes. Il fallait donner un cadre juridique à celle-ci. Cependant, la notion de personnalité morale n'était pas suffisamment élaborée et penchait plutôt vers une discussion philosophique. En effet, on rappelle que la personne morale a, à cette époque, une dimension anthropomorphique très marquée pour l'appliquer au groupement¹⁴⁶. L'objectif étant, par exemple, pour E. V. FOUCART, un des premiers professeurs de droit administratif, de limiter la puissance de l'État par l'introduction d'éléments de la doctrine libérale reposant uniquement sur les individus. La personne morale est, par conséquent, à l'image d'une personne qui vit, meurt et est capable d'agir. Plus problématique, il y a également une vision sacrée de la personne morale que l'on retrouve dans l'emploi du terme moral. L'usage de ce terme équivaut non seulement à une concession de la loi mais aussi à reconnaître un être collectif doué de volonté. Cependant, l'aspect moral ne permet pas de limiter l'action de cette collectivité, de cette agrégation de personnes. Dès lors, on recherche à restreindre cette capacité en utilisant la loi. C'est le raisonnement tenu par L. M. de CORMENIN à propos de la commune. Il la compare un être mixte, patrimonial et politique. Il limite l'action de cette personne morale en l'assimilant à un être mineur. Ainsi, il écrit : « *Car la commune est un être mixte. Comme être patrimonial, elle a des biens, des droits, des charges, des intérêts civils, des receveurs, un gérant. Elle s'assimile aux mineurs qui ont un tuteur et un conseil de famille ; elle est mineure aussi. Elle a un maire pour tuteur et un corps municipal pour conseil* »¹⁴⁷. On retrouve ultérieurement cette double caractéristique de capacité d'action et de collectivité humaine chez un auteur classique tel que M. HAURIOU. Dans le premier tome de « jurisprudence administrative », il affirme nettement que « *la personne morale est une réalité complexe, que la personnalité juridique dont elle est douée ne l'absorbe pas entièrement, ou,*

¹⁴⁶ E. V. FOUCART emploie des termes concernant les êtres humains (vie, mort, fortune...). Plus net encore, le paragraphe relatif aux personnes morales est englobé dans un chapitre intégrant celui des étrangers, lui-même inclus dans un livre III intitulé « *des personnes sous le point de vue du droit public* », *op. cit.*, p. 786.

¹⁴⁷ L. M. de CORMENIN, sous le pseudonyme TIMON, *De la centralisation*, deuxième édition, Paris, Pagnerre, 1842, 159 p., p. 133

du moins, qu'il ne suffit pas de l'envisager sous l'aspect de la personnalité juridique. »¹⁴⁸. Il ajoute que la personne morale est essentiellement raisonnable et qu'il lui « *semble que chaque personne juridique vive sur la présomption d'honnêteté* ». Cette présomption ne semble pas très objective dans la mesure où rien ne vient le justifier. Elle s'appuie essentiellement sur la nature du groupement humain, dont le comportement sera personnifié voire humanisé. Par conséquent, la personnalité juridique est un masque permettant à une entité collective déterminée d'agir en tant que sujet de droit reconnu. M. HAURIOU distingue donc la personnalité juridique, notion objective et neutre techniquement, de la personne morale, groupement humain individualisable capable de volition¹⁴⁹. Il n'en demeure pas moins que cette distinction de la personnalité morale, expression de la volonté d'un groupement humain de la technique objective de la personnalité juridique repose sur un postulat impossible à démontrer, à savoir l'existence de cette volonté¹⁵⁰ du groupement humain. Force est de constater que cette question de l'existence d'une volonté collective a progressivement été abandonnée au profit d'une nouvelle problématique autour de la définition du sujet de droit ou du titulaire de droit.

Ceci est bien évidemment la résultante de la controverse sur la personnalité morale du début du XX^{ème} siècle. En effet, les auteurs du courant objectiviste niant la personnalité morale ont également nié le sujet de droit¹⁵¹. Ainsi, L. DUGUIT a toujours combattu ces deux notions¹⁵² ; d'autres lui ont ôté le caractère de volition et n'ont retenu que l'enveloppe, le porteur du droit tel que le juriste d'origien autrichienne H. KELSEN.

¹⁴⁸ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Deuxième édition, Sirey, Tome premier, 743 p., p. 634

¹⁴⁹ Cette hypothèse d'une volition permet, selon lui, de justifier la condamnation de la commune, personne morale. Il écrit ainsi « *cela est fait organiquement, méthodiquement et c'est bien un délit de l'organisme communal* », *ibid.*, p. 634

¹⁵⁰ M. HAURIOU n'utilise pas le terme mais les expressions employées résonnent comme un écho à la volonté d'un groupement (« *souffle de solidarité* » ; « *animé de passions collectives* » ; « *faute commise par l'organisme* » ; « *obstination de la commune* » ...)

¹⁵¹ F. LINDITCH affirme que « *la doctrine de la réalité n'a jamais prétendu sonner le glas de l'individualisme juridique, et de la notion de sujet de droit* », in *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1997, p. 54. Il apparaît difficile de suivre cet auteur car la controverse initiale est provoquée par L. DUGUIT en niant la notion de sujet de droit. La doctrine réaliste a essayé de concilier les critiques objectivistes et la réalité juridique.

¹⁵² Dans la préface de son traité constitutionnel, il indique qu'« *il faut bannir définitivement de la jurisprudence les concepts métaphysique de substance, sujet de droit, de droit subjectif source de controverses sans fin, épuisantes et stériles* », p. viii ou encore « *je me suis efforcé de montrer le néant des notions traditionnelles de droit subjectif, de sujet de droit et de souveraineté* » p. xii, et enfin « *Je persiste à penser notamment que toutes les constructions qu'on s'est efforcé d'édifier en droit public et en droit privé sur les concepts a priori de droit subjectif et de sujet de droit sont ruinées* », p. xvi

Malgré les doctrines objectivistes très critiques à l'égard du droit subjectif, « *la conception instrumentale de la personnalité morale* »¹⁵³ s'est imposée après la Seconde Guerre mondiale pour devenir dominante dans l'enseignement¹⁵⁴. La plupart des définitions actuelles font ressortir la capacité d'action et de détention d'un patrimoine contenu sous l'expression de personne morale. A titre d'exemple, J. P. JACQUE précise que « *l'État est doté de la capacité de vouloir et d'agir sur le plan juridique. Il possède donc la personnalité morale* »¹⁵⁵. On en déduit qu'il considère que la personnalité morale permet d'agir si le groupement est défini ou est un sujet de droit. Car l'auteur indique en préalable que l'État est la forme institutionnalisée du pouvoir. Ainsi, l'État est initialement un groupement d'individus identifié par le critère du pouvoir. Le groupement étatique préexiste donc à la personnalité juridique. Cette personnalité n'intervient, comme on l'a dit, qu'au titre de la capacité d'action en vue de protéger un patrimoine. On retrouve en filigrane la théorie de M. HAURIOU sur l'État, institution-sujet de droit dotée de la personnalité juridique. L'identification des groupements humains organisés est donc une condition préalable de l'attribution de la personnalité morale, considérée comme une capacité d'action. A ce titre, la personnalité morale correspond effectivement à cette coquille juridique englobant un groupement humain organisé.

Se pose alors la question de savoir si le groupement de collectivités territoriales est caractérisé par la personnalité morale. Autrement dit, on est amené à interroger le groupement de collectivités sous deux angles différents et complémentaires. D'une part, le groupement de collectivités est-il un groupement humain organisé ? Et, d'autre part, la personnalité juridique est-elle attribuée au groupement de collectivités territoriales ? La première question est toutefois étrangère à la notion de personnalité juridique car elle présuppose l'identification d'un groupe de collectivités qui ont établi une relation institutionnelle. Le groupement induit donc une collaboration ou une coopération de collectivités territoriales, membres du groupement. Or, l'existence de cette coopération¹⁵⁶ dépend étroitement, voire exclusivement, de la législation dans un État unitaire tel que la France. Dès lors, cette question rejoint la seconde dans la mesure

¹⁵³ F. LINDITCH, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁴ Pour un éclairage de cette doctrine dominante, il suffit de lire la lecture critique adoptée par C. EISENMANN dans son cours relatif au « problème d'organisation de l'administration » in *Cours de droit administratif*, 1982, p. 156 et s. Pour une approche plus contemporaine, voir l'analyse de J. CAILLOSSE dans les « mises en scènes » juridiques de la décentralisation, LGDJ, 2009, 250 p., p. 53 et s.

¹⁵⁵ J. P. JACQUE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Mémentos Dalloz, 4^{ème} édition, 2000, 249 p., p.11

¹⁵⁶ Il faut rappeler que la législation de 1837 interdisait toute relation entre deux conseils municipaux sous peine de sanction.

où la personnalité juridique est attribuée par la loi. Ces deux interrogations convergent donc vers le second caractère de la personnalité morale à savoir le rôle clef du législateur.

Deuxième élément fondamental de la personnalité juridique, le rôle de la loi est essentiel dans la reconnaissance des différents groupements. Si les groupements privés posent des difficultés marginales dans leur reconnaissance par l'État¹⁵⁷, il en va différemment des groupements qualifiés de public. En effet, l'organisation même de l'État va nécessiter l'utilisation de la personnalité juridique à côté d'autres techniques d'organisation. Cette personnalité est l'un des critères pour qualifier les collectivités territoriales et les établissements publics. Elle participe aussi à la différenciation des processus de décentralisation ou de déconcentration. Or les normes relatives à l'organisation de l'État se situent sur le plan législatif mais également, et prioritairement, sur le plan constitutionnel. La Constitution du 4 octobre 1958 mentionne toutefois les groupements mais rien ne permet de présumer de l'octroi de la personnalité juridique. Cependant, on peut le supposer car les articles mentionnant le groupement font toujours référence à une collectivité territoriale ou un de leurs groupements. De cette manière, le « ou » induit une équivalence entre la collectivité et le groupement. Elle se traduit logiquement par la présence de la personnalité juridique pour la première entité et, par voie de conséquence pour la seconde. Ainsi, le groupement implique la personnalité juridique.

En s'interrogeant maintenant sur les conférences et ententes intercommunales et la commission syndicale des biens indivis, dispositions existant encore dans notre législation, on s'aperçoit que ces premiers instruments rudimentaires de coopération se sont forgés à partir de la confusion de deux problèmes d'organisation nationale et locale des personnes morales de droit public. Cette confusion se poursuit notamment sur l'utilisation du vocabulaire et le régime juridique défini par le législateur ou le pouvoir exécutif.

D'une part, une confusion peut être soulignée sur le terme « entente ». Si l'entente intercommunale ne bénéficie pas de la personnalité juridique, il n'en va pas de même pour les ententes interdépartementales et interrégionales. L'imbrication des législations successives y a fortement contribué et ne facilite pas la compréhension du paysage institutionnel des groupements de collectivités territoriales. La loi du 10 août 1871 a introduit les ententes

¹⁵⁷ L'intervention du législateur se cantonne davantage à interdire l'attribution de la personnalité civile à des groupements privés qu'à l'autoriser. Ainsi, la Cour de cassation souligne dans son arrêt du 28 janvier 1954 que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés », Cass., 2e sect. civ., 28 janvier 1954, *Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray*, n°540708

interdépartementales sans leur octroyer la personnalité civile. Le décret-loi du 5 novembre 1926 n'a pas modifié ce régime mais a ajouté les syndicats interdépartementaux, sur le modèle des syndicats intercommunaux. En revanche, la loi du 9 janvier 1930, même si elle se veut une loi « d'amodiation » a donné la personnalité civile et l'autonomie financière aux « ententes et institutions interdépartementales » en s'appliquant aux trois articles de la loi de 1871 tout en abrogeant les dispositions relatives aux syndicats interdépartementaux. La codification de ces textes en 1996 a considérablement modifié la portée de ces textes. En effet, en remplaçant l'article 91 de la loi de 1871 par l'article complémentaire prévu par la loi du 9 janvier 1930, il a fait disparaître une disposition intéressant le contrôle préfectoral sur l'organisation de ces conférences ou ententes. De ce contresens découle deux conséquences préjudiciables : la première est d'ôter la personnalité juridique aux ententes et conférences interdépartementales et la seconde est de couper le lien entre ces coopérations et la personnalité civile. L'attribution aux organismes et institutions interdépartementales du statut d'établissement public est, à cet égard, éloquente puisqu'il contredit le texte de 1930. Les travaux parlementaires le démontrent aisément. D'une part, la proposition de loi prévoyait, dans son alinéa 3, que « *[les institutions et les organismes] sont administrés conformément aux règles édictées pour la gestion des établissements publics* ». Après une discussion entre le rapporteur L. MEJEAN et le sénateur J. CAILLAUX sur la notion d'établissement public¹⁵⁸, le texte final, intégré maintenant à l'alinéa 3 de l'article L. 5421-1 du CGCT est devenu « *[les institutions et les organismes] sont administrés conformément aux règles édictées pour la gestion départementale* ». Il paraît alors paradoxal d'introduire dans cet article le statut d'établissement public. D'autre part, l'abandon du statut d'établissement public confirmé par l'abrogation des dispositions relatives aux syndicats interdépartementaux, reposant sur le statut d'établissement public. Le décret-loi du 5 novembre 1926 n'avait fait que reprendre les dispositions relatives aux syndicats intercommunaux pour les appliquer aux départements. Cette perte de la personnalité morale pour les ententes interdépartementales aurait pu être acceptée si l'objectif avait été d'harmoniser le vocabulaire. Or les ententes interrégionales, groupements de collectivités territoriales datant de 1992, bénéficient, quant à elles, de la personnalité juridique ! Par un phénomène curieux, les institutions d'utilité commune interrégionales ont subi le même sort que les ententes interdépartementales. Dotées par la loi créant les régions en 1972 du statut d'établissement public, ces institutions ont perdu lors de la codification réglementaire de 2000 leur personnalité

¹⁵⁸ Sénat, Débats, Séance du 11 juin 1929, *JORF* du 12 juin 1929, pp.512-519

juridique au point que le glossaire relatif à la loi du 16 décembre 2010 les définit comme des « groupements sans personnalité juridique ». C'est sans doute la raison pour laquelle ces institutions n'ont pas été intégrées dans la liste législative. Néanmoins, il nous semble que l'absence de statut relatif à ces institutions n'interdit pas la création de ce groupement par deux ou plusieurs régions sous la forme qu'elles auraient elles-mêmes déterminées. On en déduit que le critère de la personnalité juridique est insuffisant. En revanche, nous avons la confirmation que la création d'un groupement doté de la personnalité morale de régions sur un fondement associatif ou, plus largement, conventionnel n'intéresse pas l'État et, qu'il n'appartient pas, pour cette raison, à la liste des groupements de collectivités territoriales.

En résumé, il s'avère que la personnalité juridique est nécessaire pour caractériser le groupement de collectivités territoriales mais qu'elle ne suffit pas. L'intérêt de l'État doit être pris en compte et ce critère ressort encore davantage en le confrontant à un autre organisme de coopération de droit public, le groupement d'intérêt public.

B. Les groupements d'intérêt public

Le groupement d'intérêt public (GIP) n'a pas été non plus intégré dans la liste des groupements de collectivités territoriales. Pourtant, ce groupement peut être composé uniquement de collectivités territoriales. Les lois de 1982 et de 2011 le prévoient explicitement. En effet, l'article 98 de la loi du 17 mai 2011, reprenant l'architecture de l'article 21 du 15 juillet 1982 relatif aux GIP du secteur de la recherche publique, dispose que « *Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'État soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé* ». En raison de l'évolution de la législation relative à cette structure entre 1982 et 2011, celle-ci peut prétendre à la qualification de groupement de collectivités territoriales.

A titre préliminaire, on doit préciser que la nature du GIP n'était pas clairement définie jusqu'à l'adoption de la loi de 2011. Les interrogations légitimes de la doctrine ou du Conseil d'État sur la nature publique ou privée se fondaient sur le régime juridique applicable et, notamment, l'attrait de l'application des règles de droit privé. A cela s'ajoutait le rejet de

l'application du régime des établissements publics. Si l'on recherchait sa place dans la taxinomie des structures juridiques, on pourrait le considérer comme une espèce différente de l'établissement public dans la galaxie des structures de droit public, hypothèse développée par le Conseil d'État. Le législateur s'est donc inspiré des travaux de ce dernier et a opté clairement pour l'appartenance du GIP aux organismes de droit public. De ce fait, il remplit la première condition nécessaire d'être une structure de droit public pour faire partie de la catégorie que nous étudions.

Le rapprochement avec la notion de groupements de collectivités territoriales devient encore plus évident en raison de l'utilisation du terme « groupement ». Sachant qu'il existe des GIP regroupant exclusivement des collectivités territoriales, on peut se poser la question de savoir pourquoi le GIP ne fait pas partie de la liste législative. Certes, la loi du 16 décembre 2010 est antérieure à la nouvelle définition du GIP. Le législateur aurait cependant pu intégrer cette structure par la loi de 2011 et changer, de ce fait, la liste déjà évoquée. Ainsi, un certain nombre de dispositions du corpus régissant les GIP ont modifié d'autres lois. Par exemple, le régime de l'Institut de la décentralisation et des services publics, créé par la loi de 1992, sans avoir d'ailleurs d'existence concrète, a été corrigé en fonction de ces nouvelles dispositions. Il reste que le législateur a abordé cette question indirectement lors de l'élaboration de la loi du 17 mai 2011 et que le choix effectué semble juridiquement discutable eu égard à la récente jurisprudence constitutionnelle relative à la libre administration des collectivités territoriales.

Le législateur s'est, en effet, refusé à considérer le GIP comme un groupement de collectivités territoriales. Il l'a inscrit dans la loi dans l'alinéa 3 de l'article 98 en posant l'interdiction suivante : « *Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas constituer entre eux des groupements d'intérêt public pour exercer ensemble des activités qui peuvent être confiées à l'un des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du code général des collectivités territoriales* ». Cet alinéa n'a pas été adopté sans difficulté puisque le Sénat a initialement rejeté ce texte afin de laisser libre les collectivités territoriales dans les choix de leur coopération. La discussion de cet article en commission mixte paritaire résume l'ambiguïté du texte et la place particulière du GIP. Ainsi, le rapporteur E. BLANC indique « *Le Sénat souhaite laisser les collectivités territoriales libres de choisir entre un GIP*

*et un EPCI pour accomplir en commun certaines missions. L'Assemblée nationale préfère clarifier la situation ; sa rédaction me semble plus simple »*¹⁵⁹.

Deux conséquences peuvent être déduites de cette interdiction à la lecture des travaux parlementaires. D'une part, le groupement d'intérêt public n'appartient pas à la catégorie législative des groupements de collectivités territoriales telle qu'elle est définie par la loi du 16 décembre 2010. Autrement dit, un objectif, déjà esquissé précédemment, apparaît comme consubstantiel au groupement législatif des collectivités territoriales, c'est celui de rationalisation de l'organisation administrative de l'État français. Il y a donc une séparation nette entre les organismes publics de coopération locale et les autres groupements de droit public. On voit que la nature publique du groupement de collectivités territoriales est une condition nécessaire mais pas suffisante pour caractériser cette structure.

D'autre part et principalement, il y a une remise en cause de la libre administration des collectivités territoriales en restreignant la possibilité de recourir à une structure souple de coopération entre les collectivités territoriales et leurs groupements. C'est ce que note lors de la commission mixte paritaire le sénateur B. SAUGEY, *« Avec la rédaction de l'Assemblée nationale, c'est un peu de liberté que l'on enlève aux collectivités »*¹⁶⁰. La position de l'Assemblée nationale l'emportera en raison de l'objectif de simplification. Or le Conseil constitutionnel est venu ultérieurement préciser les possibilités de déroger au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Dans un considérant de principe, il indique que *« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ; que le principe de la libre administration des collectivités territoriales, non plus que le principe selon lequel aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ne font obstacle, en eux-mêmes, à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre de groupements »*¹⁶¹. Quel serait l'objectif d'intérêt général que pourrait viser cette limitation de la liberté d'association des collectivités

¹⁵⁹ Commission mixte paritaire relative à la proposition de loi de la simplification et d'amélioration de la qualité du droit en date du 6 avril 2011, discussion de l'article 58, < <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20110404/cmp.html#toc2> >

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Cons. Const, décision 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*

territoriales ? La commission mixte paritaire du Parlement fait référence à l'objectif de rationalisation de la carte intercommunale. C'est ce que confirme la décision précitée du 26 avril 2013. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'État peut toujours contrôler la création d'un GIP puisqu'il doit l'approuver. Il peut, dès lors, demander aux collectivités concernées de se tourner vers une forme déterminée par le titre V du code général des collectivités territoriales. En cela, le respect de l'objectif visé pourrait être atteint sans pour autant limiter le principe de libre administration des collectivités territoriales. Il nous semble donc que cette disposition puisse être contestée par une collectivité territoriale en raison de l'atteinte excessive portée à la libre administration dans le choix du statut du groupement concerné. Au-delà de cet aspect technique, le critère juridique de la double volonté de l'État et des collectivités territoriales se révèle opérant pour ne pas considérer le GIP comme un groupement de collectivités territoriales.

Pour résumer, on s'aperçoit que l'exclusion du groupement d'intérêt public des groupements de collectivités territoriales confirme la nécessité de l'intérêt de l'État représenté par l'objectif de rationalisation de l'organisation administrative française, c'est-à-dire la traduction concrète du caractère unitaire de l'État français. Il reste maintenant à examiner deux structures similaires, elles aussi exclues, de la liste définie à l'article L. 5111-1 du CGCT, le syndicat mixte ouvert et une structure très proche dans sa dénomination, le groupement européen de collectivités territoriales.

C. Les groupements issus de l'action extérieure des collectivités territoriales et certains syndicats mixtes ouverts

Regrouper sous un même paragraphe deux structures aussi dissemblables par leur objet semble assez surprenant à première vue. Cependant et comme le note N. KADA : « *Par définition réservé à la coopération transfrontalière, le district européen a un régime juridique qui s'apparente à celui du syndicat mixte ouvert* »¹⁶². Dès lors et d'un point de vue institutionnel, leur analyse parallèle nous permettra de mieux cerner les raisons permettant de les écarter de la liste législative des groupements de collectivités territoriales. Nous nous efforcerons de rechercher les différences essentielles avec les autres groupements de

¹⁶² N. KADA, « Coopération décentralisée : un droit sous influence », *JCP A*, n° 30, 2013.2218

collectivités territoriales. L'exclusion, plus évidente, des groupements issus de l'action extérieure des collectivités territoriales (1) nous apportera des éléments de réponse permettant de comprendre celle des syndicats mixtes ouverts « originaires », de la liste de l'article L. 5111-1 du CGCT (2).

1) Les groupements issus de l'action extérieure des collectivités territoriales

Les structures regroupant des collectivités territoriales en matière d'action extérieure des collectivités territoriales peuvent-elles appartenir à la catégorie des groupements de collectivités territoriales ? *A priori*, ces organismes n'appartiennent pas au champ de la coopération locale et, en corollaire de ce principe, ils ne peuvent être intégrés à la liste des groupements de collectivités territoriales. Néanmoins, cette réponse n'apparaît pas suffisante car le régime juridique de ces structures reprend de nombreuses dispositions du livre V relatif à la coopération locale. En outre, la construction empirique de cette législation, sous l'influence du droit de l'Union européenne et de la volonté des collectivités territoriales, revient à comprendre les raisons de la distinction existant entre la coopération locale et l'action extérieure des collectivités territoriales.

D'une part, l'action extérieure des collectivités territoriales n'est pas, par nature, une coopération différente de la coopération locale. Pour le prouver, il suffit de mentionner que la législation initiale de 1992 complétée par celle de 1995 est issue de celle du développement de la coopération locale et de l'aménagement du territoire. La codification de 1996 a, certes, séparé la coopération décentralisée¹⁶³ de la coopération locale en l'insérant dans le titre relatif aux principes généraux de la décentralisation mais elle reste une coopération. On peut supposer que la coopération décentralisée, touchant les fondements juridiques même de l'État unitaire, a été intégré à ce livre pour marquer l'emprise de l'État dans ce domaine. Toutefois, en l'intitulant « coopération transfrontalière », celle-ci pouvait parfaitement être placée dans le livre relatif à la coopération locale. D'ailleurs, l'article 187 de la loi 2004-809 du 13 août 2004 concernant la coopération décentralisée est intégré au chapitre V intitulé « dispositions diverses relatives à

¹⁶³ La loi 2014-773 du 7 juillet 2014 *d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale* a substitué l'expression « action extérieure des collectivités territoriales » à l'expression antérieure de « coopération décentralisée ». Elle permet de sécuriser de façon plus large l'action des collectivités territoriales en ce domaine.

l'intercommunalité ». Cette confusion peut provenir, selon nous, de la proximité évidente du fonctionnement de ces groupements avec celui des syndicats mixtes ouverts. En effet, les travaux parlementaires de l'article 187 précité soulignent l'importance de permettre l'adhésion des collectivités territoriales étrangères à la formule du syndicat mixte. Comme l'écrit le rapporteur M. P. DAUBRESSE, à cette époque, « *Il apparaît néanmoins que la coopération transfrontalière aurait besoin d'un outil spécifique, la banalisation institutionnelle que propose la rédaction adoptée par les sénateurs se prêtant mal aux caractéristiques très particulières de la coopération transfrontalière. Le contrôle de légalité, notamment, rendu applicable aux syndicats mixtes par l'article L. 5721-4 paraît difficilement pouvoir être mis en œuvre s'agissant de groupements intégrant des organismes étrangers* »¹⁶⁴. Il en résulte que le district européen, dénomination choisie en 2004 après l'abandon du terme pour les groupements en droit interne, se caractérise avant tout par le critère de la composition du groupement puisqu'on ne veut pas appliquer le régime *stricto sensu* des syndicats mixtes aux collectivités étrangères.

D'autre part, ce premier groupement provient aussi de l'initiative des collectivités territoriales dans la mesure où elles ne disposaient pas de structure française de coopération transfrontalière. Le groupement local de collectivités territoriales est ainsi une forme particulière de syndicat mixte ouvert. Il est exclu de la liste législative des groupements de collectivités territoriales du fait de la présence de membres étrangers dans cet organisme. Le groupement européen de collectivités territoriales, deuxième structure permettant une coopération transfrontalière, confirme la pertinence du critère de la composition du groupement. Transposition du règlement européen du 5 juillet 2006, il se différencie du district uniquement par sa composition. En effet, il permet l'association d'États étrangers et de collectivités territoriales françaises au sein d'un groupement sous l'empire d'un cadre assoupli, celui du syndicat mixte ouvert¹⁶⁵. Une autre différence concerne la composition du GECT : il permet la coopération interrégionale ou interterritoriale, c'est-à-dire la coopération permettant d'établir des rapports entre des collectivités étrangères non contiguës. Le GECT se trouve donc applicable à l'ensemble des collectivités territoriales françaises.

Au final, les groupements de coopération transfrontalière se rapprochent nettement des syndicats mixtes ouverts mais ils sont écartés de la liste législative en raison de l'appartenance

¹⁶⁴ M. P. DAUBRESSE, *Rapport n°1435 sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales*, Tome 1^{er}, 5^{ème} partie, AN, 12 février 2004, p. 27

¹⁶⁵ Voir par exemple le tableau récapitulatif du régime applicable au GECT, M. P. DAUBRESSE, *Rapport n°619*, AN, 22 janvier 2008, p.29 et s.

de collectivités étrangères. L'analyse de ces dispositions nous a permis de mettre à l'épreuve les critères juridiques relevés précédemment. On peut maintenant aborder le cas le plus complexe d'un groupement de collectivités territoriales non législatif, celui relatif aux syndicats mixtes ouverts originaires.

2) Les syndicats mixtes ouverts « originaires »

La dénomination « syndicat mixte » constitue une appellation générique rassemblant des organismes de coopération locale masquant, malheureusement, l'hétérogénéité des structures contenues dans cette catégorie. Le professeur L. JANICOT les rapproche des groupements d'intérêt public et les définit comme « *des structures de regroupement territorial de collectivités territoriales et de personnes publiques de niveaux différents* »¹⁶⁶. Cette vision générale reste soumise à une conception purement pratique du syndicat mixte faute de pouvoir mieux cerner cet organisme. Comme l'expose E. MELLA, « *il convient de toujours garder à l'esprit que le syndicat mixte, en tant que structure, représente un acteur supplémentaire au niveau local avec le risque de ralentir la prise de décision et l'avancée de certains projets* »¹⁶⁷. Elle ajoute d'ailleurs que « *la nature juridique du syndicat mixte est complexe* »¹⁶⁸. La notion de syndicat mixte est présentée d'un point de vue très technique en se basant sur la loi de 2010 en indiquant les groupements de collectivités territoriales comprennent l'ensemble des syndicats mixtes¹⁶⁹. Or certains syndicats mixtes sont exclus de la liste législative des groupements de collectivités territoriales. Il est vrai que la loi du 16 décembre 2010 mentionne textuellement les syndicats mixtes mais elle n'intègre pas toutes les formes de ces structures de coopération. Cette lecture trop large résulte, selon nous, de la terminologie employée et de de recherche doctrinale approfondie sur la nature juridique du syndicat mixte.

Le législateur s'est pourtant interrogé sur la dénomination « syndicat mixte » : la question écrite du député J. P. CALLOUD visait à comprendre les raisons du maintien de cette appellation pour un organisme ne comprenant plus le département. La réponse fut relativement

¹⁶⁶ JCI Administratif, L. JANICOT, *Les syndicats mixtes*, Fasc. 129-30, édition du 1^{er} avril 2014, §1

¹⁶⁷ JCI Collectivités territoriales, E. MELLA, *Syndicat mixte – Création et administration*, Fasc. 280, édition du 1^{er} novembre 2014, §10

¹⁶⁸ *Ibid*, §18

¹⁶⁹ *Ibid*.

claire puisque le ministre de l'Intérieur rappelait que « *la mixité étant définie comme ce qui est formé de deux ou plusieurs éléments de nature différente* ». Il ajoutait que « *cette dénomination reflétait la composition diversifiée de ces organismes* ». Il en ressort que le syndicat mixte est en lien étroit avec le critère de la composition du groupement de coopération. Cependant, une distinction de deux types de syndicats mixtes a rendu le cadre plus difficile à comprendre, c'est la distinction posée entre les syndicats mixtes ouverts et les syndicats mixtes fermés. La définition des deux formes de syndicats mixtes paraît simple puisqu'elle correspond aux deux titres régissant le livre relatif à cette structure de coopération. Les syndicats mixtes « fermés » sont les syndicats soumis à l'article L. 5711-1 et du CGCT, c'est-à-dire les syndicats « *constitués exclusivement de communes et d'établissements publics de coopération intercommunale et ceux composés uniquement d'établissements publics de coopération intercommunale* sont soumis aux dispositions des chapitres Ier et II du titre Ier du livre II de la présente partie ». Autrement dit, cela ne concerne que les coopérations intercommunales ou entre communes et groupements de communes. Le caractère fermé de la mixité s'exprime par le fait qu'elle ne concerne qu'une seule collectivité territoriale, la commune les groupements composés uniquement de communes. Le syndicat mixte ouvert couvre donc les autres possibilités d'association entre collectivités de différents niveaux et d'autres personnes publiques.

Cette typologie, résultant de l'architecture du CGCT, n'est pas tellement satisfaisante pour saisir la notion de groupements de collectivités territoriales et elle l'est encore moins pour déterminer la nature du syndicat mixte. En effet, cette distinction, liée au régime juridique de chaque syndicat mixte, ne permet plus d'avoir une vision homogène de ce dernier. En outre, elle se révèle fragile car, telles des poupées russes, les syndicats mixtes ouverts se trouvent scindés entre les syndicats mixtes dont la composition est limitée aux collectivités territoriales et à leurs groupements et ceux élargis aux autres établissements publics. L'on sait que cette nouvelle différenciation repose sur des particularités liées à leur régime juridique (bénéfice ou non du FCTVA...) mais elle ne fait finalement qu'obscurcir la compréhension de la notion. On serait tenté d'abandonner cette dénomination au profit d'une appellation plus cohérente mais il se trouve que le législateur a repris très récemment ce vocabulaire¹⁷⁰ sans pour autant définir

¹⁷⁰ L'article 50 de la loi de finances 2012 dispose que « *Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validées les délibérations instituant le versement transport adoptées par les syndicats mixtes, ouverts ou fermés, avant le 1er janvier 2008, en tant que leur légalité serait contestée par le moyen tiré de ce que*

ces structures de coopération ! Ceci est le fruit de l'absence de définition juridique du syndicat mixte et de l'empilement de textes éparés au fil des années. La proximité de cette structure avec l'intitulé « groupement de collectivités territoriales » nous invite à suivre l'évolution parallèle de la législation de cet organisme à partir du décret 55-606 relatif aux syndicats mixtes. Bien que la consécration formelle du groupement de collectivités territoriales dans le CGCT ait pour point de départ la codification de 1996, il n'en demeure pas moins que l'expression littérale trouve son origine dans ce corpus juridique consacré aux syndicats mixtes.

Ainsi, le titre II du livre VII, non modifié depuis la rédaction du CGCT, est intitulé « *syndicat mixte associant des collectivités territoriales, des groupements de collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public* ». L'expression « *groupement de collectivités territoriales* » est affirmée et semble se différencier non seulement des collectivités territoriales mais aussi des autres personnes morales de droit public. Ceci peut paraître assez anecdotique mais ce titre révèle la vraie nature du syndicat mixte puisque la définition initiale de ce type d'organisme de coopération va induire celle des différents groupements de collectivités territoriales, et ce, avant la définition listée de 2010. En effet, l'expression littérale de « groupement de collectivités territoriales » est, on peut le penser, le critère permettant de scinder en deux types les différentes espèces de syndicats mixtes.

La première catégorie de syndicats mixtes est celle composée de collectivités territoriales et/ ou de groupements de collectivités territoriales. C'est la liste des syndicats mixtes donnée par le législateur dans l'article L. 5711-1 du CGCT. Or ces structures remplissent parfaitement les deux critères que l'on a défini précédemment à savoir la composition de l'organisme et le double intérêt de l'État et des collectivités territoriales. Visant initialement à répondre à un besoin d'aménagement et de reconstruction de l'État selon les motifs du décret de 1955, les collectivités territoriales étaient également dans l'attente de cette forme de coopération entre elles pour réaliser des projets locaux. Outre l'élargissement des compétences effectuées par rapport au groupement de collectivités publiques, la novation de ces syndicats résidait dans leur composition en se limitant à des collectivités territoriales et à leurs groupements. Réservant la dénomination syndicat mixte fermé aux seules communes et aux groupements de communes, cette catégorie s'est vu adjoindre les syndicats mixtes ouverts dont les membres sont exclusivement des collectivités territoriales de différents niveaux et leurs

les syndicats mixtes ne sont pas des établissements publics de coopération intercommunale au sens des articles L. 2333-64, L. 2333-66 et L. 2333-67 du CGCT »

groupements. Depuis 1955, l'évolution de la rédaction des articles afférents au syndicat mixte ouvert n'a cessé d'intégrer les différentes formes de groupements de collectivités territoriales au fur et à mesure de leurs créations. En d'autres termes, la construction de ces syndicats mixtes s'est faite à partir de la multiplication des formes que le groupement de collectivités territoriales pouvait revêtir. Par exemple, l'article 4 du décret du 20 mai 1955 a soumis les syndicats mixtes composés de communes et de syndicats de communes aux dispositions des syndicats de communes. Une constante peut être dégagée au cours de l'évolution de cette législation : la présence d'un groupement de collectivités territoriales dans un syndicat mixte impliquera toujours un régime spécifique ou plus précis que celui du syndicat mixte ouvert originaire de 1935. Dès lors, il n'apparaît pas étonnant que ces syndicats mixtes appartiennent à la liste législative contrairement à la seconde catégorie.

La seconde catégorie de syndicat mixte correspond au syndicat mixte ouvert dont la composition est la plus large possible : il doit cependant associer une collectivité territoriale ou un groupement de ces collectivités. Il n'est pas une création d'une nouvelle catégorie d'établissement public mais une extension juridique du groupement de collectivités publiques créé par le décret-loi de 1935. Cette structure de coopération voit s'élargir non seulement les compétences que celle-ci peut exercer mais aussi les modalités, très souples, d'organisation du syndicat. Il est le modèle le plus simple d'établissement public d'un point de vue statutaire. Certes, l'agence départementale présente de fortes similitudes avec ce dernier mais elle reste soumise à une contrainte supplémentaire à savoir la composition déterminée par la loi du groupement. Le syndicat mixte ouvert originaire se caractérise par la diversité de ses membres. En résumé, c'est un établissement public ouvert tant par son statut que par sa composition. C'est ce type de syndicat mixte qui ne fait pas partie des groupements de collectivités territoriales. En appliquant les critères de la composition de l'organisme et du double intérêt de l'État et des collectivités territoriales adhérentes, on s'aperçoit que ces deux critères sont partiellement remplis. D'une part, la composition du groupement ne se limite pas à des collectivités territoriales et à leurs groupements en raison de la présence notamment des chambres consulaires. D'autre part, l'intérêt de l'État n'existe pas véritablement dans la mesure où ce groupement avait pour objectif de régulariser la situation juridique d'un organisme composé de collectivités publiques.

Dès lors, la non-appartenance de ces syndicats mixtes à la liste législative des groupements de collectivités territoriales repose sur le critère de la composition de ces

organismes. N'appartiennent pas au groupement législatif de collectivités territoriales les syndicats mixtes originaires, c'est-à-dire ceux composés des collectivités territoriales de leurs groupements et d'autres personnes morales de droit public. Ainsi, le critère de la composition du groupement se révèle efficace pour comprendre la cohérence de la liste législative. Cette définition du groupement peut être alors considérée comme une base solide pour saisir le groupement de collectivités territoriales. Cependant, on suppose que l'organisation administrative est soit une projection identique de l'organisation constitutionnelle soit une conséquence directe des principes posés dans la norme fondamentale. Il convient maintenant d'étudier l'articulation entre les niveaux constitutionnel et administratif pour montrer l'insuffisance de cette liste législative.

Chapitre 2 : L'insuffisance de la définition législative des groupements de collectivités territoriales

Le paysage institutionnel paraît dense dans le domaine de la coopération entre collectivités territoriales. La liste, construite par le législateur, des groupements apparaît comme un travail de premier plan. Il facilite, dans une certaine mesure, la compréhension de notre objet d'étude. On a pu mettre en exergue deux critères juridiques caractérisant le groupement de collectivités territoriales : la double volonté de l'État et des collectivités associées et celui de la composition du groupement.

Ainsi donc, les structures sont connues, limitativement énumérées, et la catégorie des groupements se trouve caractérisée par deux critères juridiques solides. Cette clarification émanant du législateur ne suffit cependant pas à cerner la notion constitutionnelle de groupements. En effet, cela supposerait de considérer que le groupement législatif comme une exacte application de la norme fondamentale, dans une logique descendante, selon l'image de la pyramide kelsénienne. Or l'histoire constitutionnelle et administrative de l'organisation de l'État ne répond pas à cette logique juridique. Rappelons que le légicentrisme a été le schéma de pensée de notre droit et de ses acteurs depuis la Révolution française. Comme le note très justement le professeur L. FAVOREU en 1996, *« le problème est que la plupart des juristes en activité ont été formés dans l'esprit du légicentrisme et qu'il leur est très difficile de recentrer leur culture juridique autour de nouveaux concepts »*¹⁷¹. Ce n'est d'ailleurs pas propre aux seuls professionnels du droit : C. EISENMANN a également souligné cet attachement de la société française à la primauté de la loi, conception aujourd'hui largement dépassée. Il indiquait, dans sa note sous l'arrêt Arrighi, que *« qui niera que, non fondées ou non en droit, heureuse ou regrettables, les idées qui prévalent en France, ne sont pas favorables au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité, des dispositions législatives, tout au moins que ce contrôle se heurte, sinon au droit public, du moins à l'esprit public ; sinon à des opinions très*

¹⁷¹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *l'Unité du droit, mélanges en hommage à R. DRAGO*, 1996, Economica, 503 p., pp. 24-42, p. 42

*fermement et traditionnellement établies ? »*¹⁷². Certes, la Constitution n'a plus le même rôle que sous la III^{ème} République : elle se trouve non seulement au sommet de notre ordre juridique mais elle est aussi devenue, avec le contrôle juridictionnel *a priori* et *a posteriori*, une source essentielle de notre droit. Cette évolution de la place de la Constitution se perçoit particulièrement dans le domaine de la coopération locale. C'est pourquoi on ne doit pas s'arrêter au corpus législatif et il est utile de saisir comment la Constitution a saisi cette notion du groupement de collectivités territoriales.

Force est de constater que l'organisation administrative actuelle, dont dépend le groupement de collectivités, n'est pas née avec la mise en place de la Constitution du 4 octobre 1958. Façonnée par les pouvoirs législatif et exécutif, l'administration locale puise ses fondements dans les différentes législations et règlements depuis près de deux cents ans. On en déduit que l'approche du législateur demeure incontournable pour étudier le groupement et c'est l'objet de notre chapitre précédent. Quant à la vision du Constituant dans ce domaine, elle n'est pas nulle et a souvent été à la source de l'intervention du législateur : son rôle est moins important que ce dernier en raison de l'instabilité des textes constitutionnels. Cela n'empêche pas ces différentes normes fondamentales d'aborder, de manière très générale, l'organisation de l'Administration intérieure. La confrontation de ces deux points de vue aboutit à différencier les approches des niveaux constitutionnels et législatif de l'organisation administrative (Section 1). Cette absence d'identité entre les deux niveaux d'organisation rend, dès lors, insuffisante la notion législative de groupement. De plus, notre objet d'étude implique une autre notion, celle de collectivité territoriale. Cette dernière est plus ancienne sur le plan constitutionnel que celle de groupement puisqu'elle existe depuis l'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946. Il est alors important de voir son influence sur la construction juridique du groupement (Section 2).

¹⁷²C. EISENMANN, note sous arrêt CE Arrighi, 6 novembre 1936, D.1938, p.6

Section 1 : Les approches différenciées des niveaux constitutionnel et législatif de l'organisation administrative

Malgré les assauts du temps, la loi du 28 pluviôse An VIII est encore à la base de notre organisation administrative actuelle. Que ce soit pour les communes ou pour les départements, la carte administrative de ces deux collectivités a peu évolué en deux cents ans d'histoire. Cette stabilité est troublante face au nombre de constitutions que la France a connu pendant la même période. De plus, ces textes constitutionnels, si divers dans leur régime, ont souvent évoqué, de manière sibylline ou expressément, l'organisation administrative du territoire. Or les changements, impulsés par la norme suprême, n'ont pas toujours, et loin de là, été suivis d'effet. Ceci nous amène à nous interroger sur les influences réciproques que peuvent avoir des notions juridiques d'origine constitutionnelle, législative et réglementaire.

On s'apercevra, dans un premier paragraphe, de l'absence de corrélation entre les niveaux constitutionnel et législatif dans le domaine de l'organisation administrative (§1). Ce constat nous conduira, dans un second paragraphe, à étudier le groupement de collectivités territoriales comme un objet de droit administratif dans la Constitution (§2).

§1 L'absence de corrélation entre les niveaux constitutionnel et législatif

L'origine législative de notre organisation administrative ne semble pas forcément une difficulté pour comprendre le fonctionnement de nos institutions locales. Cependant, cette origine et cette permanence de notre organisation administrative interrogent les relations qui peuvent exister avec l'organisation territoriale constitutionnelle. Quelle est, par exemple, l'articulation juridique existant entre le nombre de strates constitutionnelles et celui mis en place en l'An VIII ? Il apparaît nettement qu'aucune corrélation directe ne peut être établie entre ces deux niveaux. Ainsi, la genèse de la loi du 28 pluviôse an VIII montre que ce texte ne peut être considéré comme une application de l'article 3 de la Constitution de l'an VIII. Il est

plutôt le résultat de l'éclatement d'une structure constitutionnelle nouvelle, c'est-à-dire l'arrondissement communal (A). Cet antécédent, qui est aussi à la source de l'apparition du groupement de collectivités territoriales, a donc engendré une organisation différente de celle voulue par les Constituants. D'autres constitutions ont souhaité modifier la loi du 28 pluviôse an VIII. Néanmoins, ces articles sont le plus souvent restés sans application en raison de facteurs divers (B).

A. L'antécédent de l'arrondissement communal

Il n'est pas rare que la loi du 28 pluviôse an VIII soit évoquée comme une marque de la centralisation napoléonienne. Ainsi, le professeur G. BIGOT souligne que « *La souveraineté de l'exécutif, par contagion, va se propager à l'administration, c'est-à-dire que l'administration copie le modèle de l'exécutif et ne dépend que de lui : le préfet administre seul les intérêts du gouvernement au détriment des intérêts locaux* »¹⁷³. Il illustre son propos d'un exécutif soumis au pouvoir central en l'appliquant au préfet, puis au sous-préfet et, enfin, aux communes. Il est curieux de prendre comme exemple la commune alors que l'institution du maire correspond davantage à centralisation tant par son mode de désignation et ses attributions. On peut s'interroger également sur le fait que cet auteur cite l'arrondissement communal entre guillemets. Il semble, à notre avis, que le prisme de la construction de la centralisation masque totalement l'étude de l'organisation administrative. Cette grille de lecture, valable au demeurant dans un contexte d'étude différent, repose uniquement sur le texte de la loi et non pas sur une lecture combinée avec la Constitution en vigueur. En effet, la courte durée du Consulat n'est pas une source marquante dans l'affermissement de la centralisation. Or cette mise en perspective de la loi organisant l'administration intérieure et de la norme suprême est très importante car elle démontre les difficultés à articuler la volonté du Constituant et celle du législateur, ou, ici, celle du futur empereur.

La Constitution consulaire ne prévoit littéralement que deux degrés d'administration intérieure. A ce titre, le texte suprême est d'une extrême clarté dans la mesure où il énonce, dès son article 1^{er}, que « *son territoire est distribué en départements et arrondissements*

¹⁷³ G. BIGOT, « Collectivités territoriales de l'État : enseignements de l'histoire », *JCP A*, n° 14, 4 Avril 2011, 2128

communaux ». L'article 59 confirme l'existence de ces deux niveaux puisqu'il dispose que « les administrations locales établies soit pour chaque arrondissement communal soit pour des portions plus étendues du territoire, sont subordonnées aux ministres ». Cette thèse est défendue par le tribun P. DAUNOU. Ayant participé à la rédaction de la Constitution de l'an VIII, il a développé dans ses différents rapports un doute profond sur la constitutionnalité de cette loi fondatrice. Bien qu'il fût favorable à son adoption pour des raisons d'urgence, il demeura que sa critique la plus nette se focalisa sur le nombre d'échelons de l'administration locale. Il résuma dans une conclusion intermédiaire de son rapport sa position en forme de reproche au gouvernement : « *De ces observations diverses nous croyons pouvoir du moins conclure qu'il eût été désirable que, dans l'exposition des motifs du projet, on expliquât pourquoi, entre les deux systèmes d'un double ou d'un triple degré d'administrations locales, on a préféré celui que la Constitution indiquait le moins* »¹⁷⁴.

Le conseiller d'État P. L. ROEDORER a souhaité répondre à cette critique dans un mémoire complémentaire devant le Corps législatif et cette attitude montre le sérieux de l'hypothèse d'inconstitutionnalité de la création des trois degrés d'administration prévue par la future loi du 28 pluviôse An VIII. Ainsi, il indiqua que « *l'objection la plus importante, je ne dirai pas proposée, mais instituée contre le projet de loi, c'est qu'il établit trois degrés d'administration, et que la Constitution semble n'en admettre que deux* »¹⁷⁵ et ajouta même que « *Je demande à ceux qui accusent le plan des municipalités **d'inconstitutionnalité** si la Constitution, selon eux, n'a pas voulu que les arrondissements, fussent plus étendus que les cantons et de 40 lieues carrées au moins ?* »¹⁷⁶. Les différents arguments retenus par P. L. ROEDORER ne sont pas particulièrement convaincants et procèdent principalement du choix du Conseil d'État d'abandonner les municipalités de canton créées par la Constitution de l'An III au profit des communes, bourgs et villages. Ainsi, le tribun A. DELPIERRE considérait les communes comme un échelon de proximité et non pas comme un niveau d'administration, ce qui lui permettait de conclure que la loi était conforme à la Constitution¹⁷⁷. Pourtant, le texte constitutionnel avait, quant à lui, pour objectif de maintenir ces groupements cantonaux en améliorant leurs périmètres. Sous la Seconde Restauration, P. DAUNOU confirma cette

¹⁷⁴ Tribunat, séance du 21 pluviôse an VIII, Archives parlementaires, Tome 1^{er} du 22 frimaire an VIII au 29 frimaire an IX, 1862, p. 182

¹⁷⁵ Corps législatif, séance du 27 pluviôse an VIII, *op. cit.*, p. 221

¹⁷⁶ Ce qui est souligné par nous dans le texte (en gras) est en italiques dans le texte, *ibid.*, p. 222

¹⁷⁷ Tribunat, Séance du 25 pluviôse an VIII, *op. cit.*, p. 211

interprétation dans une intervention devant la Chambre des Députés. Il expliquait ainsi que « *l'épithète de communaux que portent encore aujourd'hui vos arrondissements, leur vient d'un acte [la Constitution consulaire] où le territoire n'était divisé qu'en départements et arrondissements, sans aucune mention des communes. La vérité est qu'on n'avait alors en vue que deux degrés, qu'on donnait au terme d'arrondissement communal le sens de grandes communes ou de cantons, et qu'on se proposait seulement de modifier la circonscription des cantons alors établis, d'agrandir tant soit peu la surface de la plupart* »¹⁷⁸. Autrement dit, le régime juridique des arrondissements communaux constitutionnels, créé par la loi du 28 pluviôse an VIII ne correspond pas à celui voulu par le Constituant. Quelles sont les principales conséquences de cette divergence de fond ?

Tout d'abord, il faut noter que la loi consulaire va figer l'organisation administrative jusqu'en 1946 et que le nombre de strates administratives ne sera plus modifié avant 2003 sur le plan constitutionnel. Auparavant, les textes relatifs à l'organisation administrative étaient intimement liés au sort des constitutions successives. Par exemple, la constitution de 1791 a mis en place les districts. Ces derniers ont subsisté jusqu'en 1795 malgré leur disparition programmée dans la Constitution girondine. En l'An III, les municipalités de cantons remplacent les communes et les districts disparaissent. La loi du 28 pluviôse an VIII met un terme à ces changements incessants et stabilise le fonctionnement de l'administration locale, favorisant par là-même la centralisation au cours de cette période.

Ensuite, on remarque que le choix arrêté en l'An VIII a, certes, affermi l'État par la centralisation opérée mais il présentait des inconvénients importants, notamment la multiplication des institutions communales et la création d'une unité administrative artificielle, l'arrondissement. Toutefois, le rapporteur P. L. ROEDERER exposa, devant le Tribunat, les motifs avantageux ayant conduit à démembrer l'arrondissement constitutionnel. Il considéra que « *La Constitution, en imposant la réunion de plusieurs cantons en un arrondissement communal, en éloignant par-là l'autorité centrale d'une grande partie des administrés, a ajouté la nécessité de rendre aux communautés une autorité locale capable de faire observer dans leur territoire leur police municipale et la portion de la police rurale qui en est un accessoire* »¹⁷⁹. Ce sont les fonctions de police appartenant à la municipalité de canton qui vont alors être transférées à tous les bourgs, villes et villages mettant un terme à ces structures

¹⁷⁸ Chambre des députés, séance du 31 mars 1829, Archives parlementaires, Tome LVIII, p. 50

¹⁷⁹ Corps législatif, séance du 18 pluviôse an VIII, *op. cit.*, p. 171

cantonales plutôt mal perçues par la population. L'arrondissement communal se trouvera donc pris en étau entre les communes, rétablies dans leurs périmètres historiques, et les départements, fortifiés par la présence du préfet. Les lois d'attributions de 1838 ont largement buté sur le rôle dévolu à cette institution mal née. Ce sera aussi l'une des causes de l'apparition des futurs groupements de collectivités territoriales. Dans son ouvrage sur l'avènement de N. BONAPARTE datant de 1907, l'historien et juriste A. VANDAL explique, par une analogie prémonitoire pour l'époque, que « *l'arrondissement constitutionnel serait un groupement plus ample, plus petit que notre arrondissement actuel, concentrant en soi les fonctions municipales afférentes à chacune des localités qui le composeraient, il ne serait autre que le canton renforcé* »¹⁸⁰. On peut légitimement penser que le groupement contemporain de collectivités territoriales est le lointain descendant de cet arrondissement constitutionnel.

Enfin et surtout, la loi du 28 pluviôse an VIII dissocie les niveaux d'administration constitutionnel et législatif. C'est sur ce point que le changement est le plus radical. Élément peu étudié par la doctrine en raison de son contenu fondamental pour plusieurs branches du droit public¹⁸¹, cette absence de corrélation entre la norme fondamentale et la « *constitution administrative de la France* », comme la nommait A. de TOCQUEVILLE, va séparer l'organisation administrative en deux branches : la première, constitutionnelle, peut être considérée uniquement comme une compétence de principe et la seconde, législative et réglementaire, sera une compétence opérationnelle, fonctionnelle, laquelle aura la plus grande influence sur le fonctionnement de nos futures collectivités territoriales. Il n'en demeure pas moins que les difficultés liées à cette organisation administrative définitive seront abordées par les deux branches susvisées. Le groupement de collectivités sera d'ailleurs l'une des solutions envisagées par rapport à l'émiettement institutionnel du troisième niveau administratif. Toutefois, ce problème et ses solutions éventuelles apparaîtront tant sur le plan du droit administratif que sur le plan constitutionnel. Au-delà de la courte durée de vie des diverses constitutions du XIX^{ème} siècle, les solutions constitutionnelles proposées à ce problème d'organisation vont se heurter à un grave inconvénient né cette dualité de compétence, celui de l'absence d'application concrète par le législateur ordinaire.

¹⁸⁰ A. VANDAL, *L'avènement de Bonaparte*, 1907, Plon-Nourrit, 540 p., p. 192

¹⁸¹ P. YOLKA, « Pavane pour une étoile éteinte : la loi du 28 pluviôse an VIII », *JCP A*, n°29, 13 juillet 2009, p. 3

B. L'absence d'application législative de structures constitutionnelles

La compétence du Constituant est, par définition, totale vis-à-vis de la mise en place des institutions de son État. Rien n'oblige et n'interdit, en principe, à ce dernier de déléguer une compétence au législateur. En pratique, il arrive souvent, pressé par le temps et les événements, que le Constituant délègue le pouvoir d'organisation au législateur et au gouvernement après en avoir posé les grandes lignes. C'est ce qui justifie la création et l'usage des lois organiques.

Dans le domaine de l'organisation administrative, ce schéma se rencontre fréquemment dans nos constitutions antérieures, ce qui n'est pas sans incidence sur la position adoptée dans notre norme suprême actuelle. En effet, une constante peut être dégagée, tout au long du XIX^{ème} siècle, celle d'une délégation systématique de cette compétence au profit du législateur à l'exception des lois constitutionnelles de 1875, qui est plutôt un renversement du principe posé jusqu'à cette date.

Par exemple, la Charte de 1814 est, dans l'esprit, un texte de continuité avec la Constitution de 1791 et de la Constitution consulaire en ce qui concerne l'organisation administrative. Elle ne fait ainsi que reprendre les acquis de la loi du 28 pluviôse an VIII dans la mesure où l'article 28 de la Constitution du 6 avril 1814 précise que « *toutes les lois actuellement existantes restent en vigueur, jusqu'à ce qu'il y soit dérogé* ». Bien que la Charte reprenne cette disposition au titre relatif à l'ordre judiciaire, elle doit être reliée à son article 14, disposant que « *le roi (...) nomme à tous les emplois d'administration publique* ». La Charte intègre donc subrepticement la loi du 28 pluviôse an VIII dans sa dimension centralisatrice. Pour confirmer notre propos, il suffit de citer le rapporteur J. M. PARDESSUS du projet de loi relatif à l'organisation municipale en 1821 affirmant que « *Ce serait une grande erreur de croire qu'il y ait une seule partie de l'administration dont le Roi ne fût pas investi, et que dans un royaume, il pût exister un pouvoir municipal distinct de l'administration du Roi. L'article 14 de la Charte est indéfini ; et la raison, d'accord avec la nécessité des choses, nous apprend qu'aucune restriction n'est admissible* »¹⁸². Cette position se révélera inconciliable avec la volonté d'introduire l'élection pour les conseils municipaux¹⁸³.

¹⁸² Chambre des députés, 13 avril 1821, Archives parlementaires, p. 754

¹⁸³ De nombreux auteurs et hommes politiques insistaient sur la nécessité de l'élection au niveau local. Par exemple, P. de BARANTE soulignait qu'« *il s'agit donc de faire que les citoyens pussent exprimer leur opinion sur ce qui*

La Charte constitutionnelle de 1830 prévoit, quant à elle, explicitement cette délégation : son article 69 indique notamment qu'il sera prévu une loi sur « *des institutions départementales et municipales fondées sur un système électif* ». Au-delà de la dimension élective, le Constituant ne vise que deux degrés d'administration alors que l'arrondissement existe encore. On ne doit pas être étonné de ce choix dans la mesure où le projet de 1829 sur la réforme de l'organisation municipale prévoyait de supprimer cet échelon intermédiaire. Le Législateur de la Monarchie de Juillet ne va pas suivre le principe retenu par la Charte : la loi du 22 juin 1833 relative à l'élection des conseils généraux et des conseils d'arrondissement va maintenir ces trois degrés d'administration et les rendre tous électifs. Ceci confirme ainsi notre hypothèse même si le Législateur de 1837-1838 ne va attribuer que de faibles fonctions aux arrondissements élus.

Malgré la brièveté de son existence, la Constitution du 4 novembre 1848 est aussi un exemple intéressant montrant la difficulté d'appliquer le plan constitutionnel de division de « l'Administration intérieure ». Le Comité de rédaction de ce texte s'est soucié de l'organisation des futures « collectivités territoriales ». Ainsi, un célèbre membre de la commission constitutionnelle, O. BARROT, a initié un débat sur l'organisation municipale et, notamment, sur la faiblesse de la taille des communes. Cependant, ses idées n'eurent que peu d'écho si ce n'est la création d'une nouvelle structure constitutionnelle, le conseil cantonal que l'on retrouve à plusieurs articles du chapitre VII de la Constitution. La logique centralisatrice demeura forte puisque l'arrondissement est maintenu en tant que circonscription territoriale du Sous-préfet. Comme le résume O. BARROT, « *La commission les repoussa d'abord à une forte majorité elle maintint les conseils d'arrondissement et les sous-préfets, tout en admettant une réunion des maires au canton, sans s'expliquer sur les attributions qu'elle donnerait à cette réunion* »¹⁸⁴. Il en résulte que quatre divisions du territoire étaient mentionnées mais que le conseil cantonal remplaçait le conseil d'arrondissement. A ce titre, ce sont les prémisses de la distinction entre circonscription administrative et périmètre d'une collectivité locale, que l'on voit apparaître nettement dans cette Constitution. Premier signe de difficulté, la loi du 14 juin 1851 a ajourné le report des élections locales en attendant la promulgation des lois organiques.

est resté dans le domaine des intérêts locaux. Et pour cela les seuls moyens admissibles sont les mêmes que pour les intérêts généraux : c'est-à-dire l'élection libre et la délibération indépendante » in P. de BARANTE, *Des communes et de l'aristocratie*, 1821, p.151

¹⁸⁴ O. BARROT, *Mémoires posthumes*, Tome II, 2^{ème} édition, Paris, Charpentier, 1875, p. 383

Second événement majeur et fatal, le coup d'État du 2 décembre 1851 mettra un terme à cette évolution constitutionnelle de l'organisation locale.

Le second Empire ne dérogera pas non à la règle de dévolution au législateur de la compétence relative à l'organisation administrative. L'article 57 dispose qu'« *une loi déterminera l'organisation municipale. Les maires seront nommés par le Pouvoir exécutif, et pourront être pris hors du Conseil municipal* ». Étant observé l'autoritarisme de cette disposition, aucune modification n'a été apportée à l'architecture de la loi du 28 pluviôse an VIII. La loi du 7 juillet 1852 maintiendra les conseils d'arrondissement dans ses attributions et dans son mode de fonctionnement. On ne peut être surpris que les lois du 5 mai 1855 et du 24 juillet 1867 relatives à l'organisation municipale restent muettes sur ce sujet. Au surplus, toute coopération entre conseils municipaux est toujours interdite par la loi¹⁸⁵ et cela éteint toute possibilité de voir ressurgir l'idée d'un conseil cantonal. Néanmoins, on remarque que le rapport de M. BUSSON-BILLAULT relative à la future loi sur les conseils généraux du 18 juillet 1866 contenait un amendement de suppression des conseils d'arrondissement. En quelque sorte, c'est à front renversé que la loi venait à remettre en question les trois niveaux d'administration, la constitution étant silencieuse sur ce point.

Cette discussion législative sur le nombre de degré d'administration locale se poursuit lors de l'avènement de la future III^{ème} République. En 1870, le rapport commandé par Napoléon III auprès d'une commission présidée par O. BARROT sur l'organisation administrative se traduira par la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux et celle du 15 février 1872 relative *au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles*. L'instabilité des constitutions passées a conduit la nouvelle Assemblée nationale à s'appuyer sur la permanence des institutions locales, que l'image des départements renvoie parfaitement, pour donner un rôle de Constituant à l'Assemblée des Conseils généraux ! Cette loi TREVENEUC démontre, à cet égard, que « *la constitution administrative de la France* » est devenue, en quelque sorte, constitutionnelle. C'est la raison pour laquelle nous pensons que les trois lois constitutionnelles de 1875 n'ont pas abordé ce sujet de l'organisation administrative du fait du régime juridique récent du département et de la réforme, en cours de discussion, de

¹⁸⁵ L'article 25 de la loi du 5 mai 1855 dispose que « *Tout conseil municipal qui se mettrait en correspondance avec un ou plusieurs autres conseils, ou qui publierait des proclamations ou adresses, sera immédiatement suspendu par le préfet* »

l'organisation municipale¹⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que les trois niveaux administratifs sont conservés et perdureront jusqu'en 1940.

Le régime de Vichy n'apporte aucun élément sur le plan constitutionnel relatif à l'organisation administrative au vu de l'éclatement des textes afférents. Néanmoins, ce régime ne sera pas inactif sur le plan législatif. Il fera apparaître, d'une part, une administration régionale. Comme le note R. BONNARD, « *l'organisation d'une administration régionale, superposée à l'administration départementale, était un des projets de réforme administrative de la Révolution de 1940. Ce projet a reçu un commencement de réalisation avec la créations de préfets régionaux par la loi du 19 avril 1941 modifiée par la loi du 20 mai 1941* »¹⁸⁷. Par ailleurs, le régime des syndicats de communes sera modifié pour se rapprocher de celui des associations. L'intitulé en est l'illustration exacte puisque la loi du 28 février 1942 substituera à la dénomination « syndicat » celle d'association. R. BONNARD prend soin de préciser, dans son précis de 1944, que « *l'initiative de la formation appartient aux communes intéressées. Le groupement est libre, il n'est pas imposé par la loi* »¹⁸⁸. Bien que ces textes aient disparu de notre ordonnancement juridique, on peut remarquer que le thème de l'organisation administrative n'est pas absent dans la pensée de ce « Constituant » pour le moins singulier.

En 1946, le retour de l'organisation administrative dans le texte constitutionnel laisse à penser que le nombre d'échelons locaux est fixé à deux. De surcroît, les conseils d'arrondissement ont disparu du paysage institutionnel français. Pour autant, ces assemblées intermédiaires n'ont pas été expressément supprimées. En effet, le comité de libération nationale avait rétabli les conseils d'arrondissement¹⁸⁹ et, au cours des travaux de la Constituante, ils n'ont jamais été évoqués. C'est donc une disparition *en catimini* d'une institution démocratique inadaptée et tombée en désuétude. On peut penser aussi que la Constitution de 1946, en définissant les collectivités territoriales, a définitivement enterré le Conseil d'arrondissement, structure de gestion locale. On en déduit par ailleurs que le Constituant et le législateur s'appuient dorénavant sur le même nombre de strates

¹⁸⁶ La loi du 14 avril 1871 sur l'élection des maires est une loi transitoire en attendant la grande Charte municipale du 5 avril 1884.

¹⁸⁷ R. BONNARD, *Précis de droit public*, 1944, 6^{ème} édition, Sirey, p. 199

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 234

¹⁸⁹ L'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine a rendu nul les actes de démission d'office des conseillers généraux, d'arrondissement et municipaux du régime de Vichy. De ce fait, les conseils d'arrondissement sont rétablis. On peut ajouter que plusieurs textes font référence explicitement à la loi du 28 pluviôse an VIII (cf. décret du 27 juin 1944 portant rétablissement des circonscriptions administratives et modifiant le rattachement régional de certains départements, *JORF (Alger)* du 6 juillet 1944, p. 538).

administratives. La Constitution du 27 octobre 1946 reprend également la coutume constitutionnelle de délégation et laisse au législateur le soin de déterminer l'organisation administrative française. Innovation juridique intéressante, cette constitution définit une sorte de « feuille de route » pour le législateur : il aura la possibilité de déroger à l'uniformité du statut des communes en établissant des régimes juridiques différenciés pour les collectivités les plus peuplées et pour les communes les plus petites¹⁹⁰.

Enfin, la Constitution du 4 octobre 1958 va acter cette pratique constitutionnelle de délégation en précisant, dans l'article 72 que « *Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». La région est l'exemple le plus connu de création législative sur le fondement de cet alinéa mais la mise en place d'une nouvelle collectivité territoriale en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités semble plus complexe à déterminer. L'apparition du groupement de collectivités territoriales au niveau constitutionnel ne constitue pourtant pas une application de l'article 72 C. Il confirmerait donc notre hypothèse d'une absence de corrélation directe entre les niveaux administratif et constitutionnel. Néanmoins, il existe une interaction permanente entre ces deux niveaux : le groupement de collectivités territoriales participe à ce phénomène et il convient maintenant de le montrer.

§2. La notion de groupements de collectivités territoriales : objet du droit administratif dans la constitution

Le paragraphe précédent a montré l'absence de lien direct entre les structures constitutionnelles et législatives. On a vu qu'il n'y a pas non plus de correspondance entre le nombre de degré d'administration reconnu sur le plan constitutionnel et celui existant au niveau administratif. Cela pose donc une difficulté théorique supplémentaire dans la mesure où le groupement législatif, défini par une liste, peut servir de fil conducteur pour déterminer le groupement au niveau constitutionnel. Il se pourrait même qu'une identité, au sens mathématique du terme, existe entre la catégorie administrative et la catégorie constitutionnelle.

¹⁹⁰ L'article 89 constitutionnalise, de façon indirecte, les expressions « petite commune » et « grandes villes ». Elle n'est pas sans rappeler l'expression de « ville, bourg ou village » du décret du 12 novembre 1789, Archives parlementaires, Tome X, p. 7

Pour arriver à résoudre ce problème, on peut adopter un autre point de vue, mis en exergue depuis plusieurs décennies par de nombreux auteurs, celle d'une « constitutionnalisation » du droit, c'est-à-dire une influence directe de la norme fondamentale sur toutes les matières juridiques. Cependant, une controverse ancienne est à l'origine de l'apparition d'une seconde branche dans ce phénomène : celui de l'« administrativisation » du droit. Par le truchement du groupement de collectivités territoriales, il nous semble que l'on peut confirmer tout l'intérêt de distinguer les deux mouvements évoqués. Ainsi, les groupements de collectivités territoriales sont simultanément topiques de l'administrativisation de la Constitution (A) et de la constitutionnalisation du droit administratif (B).

A. Les groupements de collectivités territoriales : un exemple d'« administrativisation » de la Constitution

Aborder notre objet d'étude par le prisme d'une notion peu utilisée comme celle « d'administrativisation »¹⁹¹ invite à suivre le processus juridique historique donnant une place plus ou moins importante aux institutions décentralisées dans la norme fondamentale. Il n'en reste pas moins que la notion constitutionnelle de groupements trouve son origine directement dans le droit administratif, lequel a donné les grandes caractéristiques de cette structure juridique. La définition de l'administrativisation de la Constitution demeure dès lors incontournable afin de pouvoir l'appliquer aux groupements de collectivités territoriales.

L'administrativisation de la Constitution est un phénomène par lequel le droit administratif se trouve à l'origine de notions, de concepts, de procédures intégrés dans des principes constitutionnels. Elle se différencie de la constitutionnalisation dans la mesure où elle suppose que le droit constitutionnel ne peut être considéré comme la source unique du droit, selon une logique descendante fondée sur la hiérarchie des normes. Pour bien comprendre ce concept, il est intéressant de revenir sur les raisons ayant poussées le Doyen G. VEDEL à mettre en évidence cette tendance naturelle et sous-jacente de la construction du droit.

¹⁹¹ On peut notamment citer la thèse de S. LEROYER sur *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^{ème} République*, 2011, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, vol. 106, 756 p. et plus spécialement le paragraphe consacré à la réalité de cette administrativisation, pp. 237-257. Mais ses développements montrent plutôt que cette notion n'était pas encore totalement acceptée en 2010. Il nous semble que les deux mouvements d'administrativisation et de constitutionnalisation coexistent sans s'opposer frontalement.

B. STIRN souligne à juste titre le rôle majeur de cet auteur dans la construction de cette notion en précisant que « *le constat et mot reviennent là aussi au doyen VEDEL* »¹⁹². Il prend, comme point de départ, les propos tenus par l'ancien membre du Conseil constitutionnel dans un article introductif aux Mélanges DRAGO parus en 1996. Bien que B. STIRN, dans son article-synthèse¹⁹³, mentionne rapidement la controverse ayant opposé G. VEDEL et C. EISENMANN, il est utile de voir comment la critique virulente du traducteur de Kelsen en France de son article de 1972 s'est transformée dans la pensée de G. VEDEL dans la formulation d'un nouveau concept, l'administrativisation de la constitution.

Avant cela, il faut rappeler que C. EISENMANN intègre la problématique du nombre de strates administratives sous l'angle plus général de la décentralisation. En adoptant son point de vue, il ne paraît guère étonnant de voir apparaître simultanément dans la réforme constitutionnelle de 2003 le terme « groupement » et l'expression « organisation décentralisée ». Pour C. EISENMANN, il va de soi que « *la théorie de la centralisation et de la décentralisation constitue donc bien un problème de droit public général, au sens le plus large du terme ; un problème capital, puisqu'il porte sur l'une des bases de l'organisation politique des collectivités. Elle prend ainsi un intérêt de premier ordre, qui ne relève évidemment pas, si, de façon si arbitraire, on le ramène au rang de problème de droit administratif* »¹⁹⁴. Comment situer le groupement de collectivités territoriales en la matière ? Est-il une solution administrative au nombre inadapté de degrés constitutionnels de collectivités territoriales ? Est-il un simple renforcement constitutionnel du droit administratif ou un problème capital de droit public ?

Dans un article relatif à l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, P. DELVOLLE estime nécessaire de dépasser la thèse initiale vedélienne, à savoir l'existence de bases constitutionnelles du droit administratif. Il note tout d'abord que « *l'administration était définie comme constituée par les activités du gouvernement et des autorités décentralisées. Il reste évidemment exact que le gouvernement et les autorités décentralisées sont des organes administratifs. On peut déjà observer qu'entre 1954 et 1980, la thèse initiale, centrée sur le pouvoir exécutif et sa mission d'exécuter des lois, avait été*

¹⁹² B. STIRN, « Constitution et droit administratif », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{er} octobre 2012, n°37, p.8

¹⁹³ L'évolution de la pensée de cet auteur mérite d'être soulignée dans la mesure où il intègre les deux facettes de ce processus de manière égale.

¹⁹⁴ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, 330 p., p. 22

élargie : on ne peut pas considérer que les autorités décentralisées font partie exactement du pouvoir exécutif. Certes elles assurent l'exécution des lois dans le domaine qui leur est propre, mais elles ne sont pas le prolongement du pouvoir exécutif gouvernemental, même si celui-ci les contrôle. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 distingue d'ailleurs clairement « les autorités exerçant le pouvoir exécutif » et « les collectivités territoriales » - lesquelles font, dans la Constitution, l'objet de dispositions propres »¹⁹⁵. Cette critique de la définition, extrêmement large du droit administratif, rejoint celle émise par C. EISENMANN. Le Doyen VEDEL l'a toutefois maintenue malgré « les cicatrices glorieuses » laissées par « ce modèle de critique juridique »¹⁹⁶. C. EISENMANN, jugeait aussi qu'« en réalité, [G. VEDEL] n'a, nous semble-t-il, fait rien d'autre que réaffirmer sa définition du pouvoir exécutif – encore faut-il ajouter : la définition, non pas organique, mais fonctionnelle (il est vrai qu'il mêle ces deux notions et les substitue constamment) incluse dans sa définition 1875 et 1946 de l'administration »¹⁹⁷. A la lecture des réponses apportées à cet argument de confusion des deux notions, G. VEDEL a tenté, d'une part, de minorer les effets négatifs de cette définition et, d'autre part, de se placer sur un terrain épistémologique différent de celui de C. EISENMANN. Toutefois et implicitement, ses derniers articles se rapprocheront nettement de son contradicteur suscitant parfois l'incompréhension de son entourage tel L. FAVOREU.

Dans sa préface de la septième édition de son manuel *Droit administratif*, le Doyen VEDEL a justifié sa position en posant que le droit constitutionnel est fondé sur le « le primat des critères organiques sur les critères fonctionnels [et qu'] il s'ensuit que la construction du droit administratif ne peut se faire sur des critères principalement fonctionnels »¹⁹⁸. Il affinera sa thèse en introduisant la notion d'investiture constitutionnelle et en se basant sur la notion classique de puissance publique. Dans ce sens, il ne fait que donner raison à C. EISENMANN en prônant l'investiture d'organes désignés par la Constitution. Mais la confusion demeure dans la mesure où il dénomme « administration l'activité qui, tout à la fois, résulte d'une investiture particulière et est soumise à un corps de règles autonomes »¹⁹⁹. Malgré le primat de cette investiture, l'élément fonctionnel demeure essentiel puisque l'administration se définit en tout

¹⁹⁵ P. DELVOLLE, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1213

¹⁹⁶ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de C. EISENMANN*, P. AMSELEK (Dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, PUAM, 1986, 259 p., p. 145

¹⁹⁷ C. EISENMANN, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, Tome 88, 1972, pp. 1345-1441, p. 1359

¹⁹⁸ G. VEDEL, *Droit administratif*, préface de la septième édition, PUF, 1980, 1087 p., p. 27

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 31-32

premier lieu comme une activité. P. DELVOLVE se place sur ce même terrain lorsqu'il revient à « *ce qui constitue l'essentiel du droit administratif et, d'abord, de l'administration. On peut retenir la définition que Michel Fromont propose comme étant celle qui est retenue « dans toute l'Europe », mais qui, à vrai dire, peut l'être universellement : « l'administration publique peut être définie, dans son sens fonctionnel, comme une activité d'intérêt général exercée par des autorités publiques ou des personnes privées étroitement liées à celles-là hors des fonctions législatives et juridictionnelles. Entendue dans son sens organique, l'administration publique peut être définie comme l'ensemble des organes publics qui exercent une telle activité [...] »*²⁰⁰. Bien qu'il conclut que « *Chaque système constitutionnel constitue (c'est le cas de le dire) le cadre dans lequel s'insère le droit administratif : il le structure et le délimite, tout en lui laissant la possibilité de se développer avec des solutions qui lui sont propres* »²⁰¹, il n'en demeure pas moins une confusion gênante et diffuse entre l'administration, concept fonctionnel, et l'Administration, notion institutionnelle. Elle réduit, par conséquent, considérablement l'approche que l'on peut avoir de l'article 1^{er} de la Constitution, à savoir que son organisation est décentralisée mais aussi la perception de la notion de groupement. Il nous paraît intéressant tout aussi intéressant de rechercher comment le droit constitutionnel prend ses sources dans le droit administratif.

Ainsi, G. VEDEL avançait dans ses derniers articles une position plus féconde et *a priori* peu différente du courant de la constitutionnalisation du droit administratif. Concept dégagé par L. FAVOREU, ce dernier considère que le droit administratif trouve maintenant de nombreux fondements dans le droit constitutionnel, comme le suggère l'expression d'O. JOUANJAN de « *cadre constitutionnel du droit administratif* »²⁰². Cependant, G. VEDEL s'est écarté progressivement de cette position doctrinale, conséquence pourtant logique des « *bases constitutionnelles du droit administratif* ». Il a proposé, *a contrario*, de voir une administrativisation du droit constitutionnel²⁰³. Ce n'est pas l'introduction anodine d'un néologisme mais surtout un renversement complet de sa théorie. Il souligne d'ailleurs que « *l'interprétation copernicienne de la constitutionnalisation serait un pur contresens s'agissant du droit administratif* »²⁰⁴. Autrement dit, loin de revendiquer une logique pyramidale

²⁰⁰ P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 1216

²⁰¹ *Ibid.*, p. 1217

²⁰² *Ibid.*, p. 1216

²⁰³ G. VEDEL, préface de l'ouvrage de B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2011, p. VIII

²⁰⁴ *Ibid.*, p. VIII

descendante, il constate que le droit administratif a largement influencé la Constitution de 1958 depuis cette célèbre controverse. Ce revirement de pensée augure-t-il un rapprochement avec son contradicteur de 1972 ?

Nous ne sommes pas loin de le penser car C. EISENMANN limitait le droit constitutionnel « *à l'étude des problèmes et des règles relatifs aux organes suprêmes de l'État, c'est-à-dire aux bases de l'organisation étatique* »²⁰⁵. Il distinguait ensuite deux grands chapitres dans le droit constitutionnel : d'une part, celui qui concerne les formes politiques (qui assure le gouvernement ?) et, d'autre part, celui qui concerne les formes de l'État (unité ou division de l'appareil étatique). C'est ce second volet qui nous intéresse ici et la théorie des formes de l'État s'inscrit dans une épistémologie précise, celle de l'identification des organes suprêmes présupposant une définition des structures. De là résulte cette préférence pour le critère organique ou institutionnel. Le professeur C. GOYARD a parfaitement raison de comprendre qu'« *il n'y aurait cependant aucune contradiction dans le fait de retenir le concept organique pour l'Administration, tout en rejetant le critère organique pour le service public ; car pour Charles Eisenmann, Administration n'égale pas service public* »²⁰⁶. Ce primat de l'institutionnel est le point de convergence des deux grands professeurs : l'un comme l'autre ont mis en exergue cette préférence. Mais, ce que condamne ouvertement C. EISENMANN, c'est qu'« *il est assez paradoxal de voir un apôtre [G. VEDEL] de la primauté des notions « organiques ou formelles » dans le droit constitutionnel – ou plus largement public – français opter en fait pour la primauté de la notion fonctionnelle de l'administration définie par son régime* »²⁰⁷. Face à cette contradiction interne de sa pensée et à la connexion de plus en plus étroite du droit administratif et du droit constitutionnel, G. VEDEL écarte de façon définitive sa théorie posée en 1954 pour émettre une hypothèse plus pragmatique, celle d'un apport des règles du droit administratif à la construction du droit constitutionnel. On peut d'ailleurs voir que la pensée de G. VEDEL a évolué graduellement vers cette position à partir de la critique de l'ambivalence de la définition de l'administration vedélienne. Ainsi, lors du colloque sur la pensée de Charles EISENMANN, G. VEDEL augure une idée simple à laquelle il restera fidèle à savoir que « *ces bases, c'est tout simplement la désignation des organes et des compétences* »²⁰⁸. Laissant de côté sa propre théorie des bases constitutionnelles, il met en

²⁰⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, op. cit., p. 37

²⁰⁶ C. GOYARD, « Les conceptions de Charles Eisenmann relatives à l'organisation de l'administration », in *La pensée de Charles Eisenmann*, op. cit., p. 183

²⁰⁷ C. EISENMANN, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », op. cit., p. 1373

²⁰⁸ G. VEDEL, op. cit., p. 143

évidence « *le décloisonnement entre le droit constitutionnel et le droit administratif* »²⁰⁹ opéré par la législation et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

En appliquant cette logique ascendante à notre sujet, on est amené à constater tout d'abord que le groupement de collectivités territoriales est indéniablement une construction du droit administratif. Ensuite, il conforte ce décloisonnement entre les matières du droit public. En effet, il désigne également une structure juridique, un organe doté de compétences, fixé dans un cadre administratif. L'insertion dans la norme fondamentale de ce terme montre que cet objet de droit administratif est devenu un organe constitutionnel. Il est donc un exemple significatif de l'administrativisation du droit constitutionnel. Si l'origine administrative du groupement de collectivités demeure évidente, le phénomène de constitutionnalisation a également influencé réellement la notion administrative de groupements de collectivités territoriales, ce qui peut paraître un peu plus surprenant.

B. Les groupements de collectivités territoriales : un exemple de constitutionnalisation du droit administratif

Le groupement de collectivités territoriales est une des nombreuses notions que le droit constitutionnel a intégré au fur à et mesure que la Constitution était révisée. Ce processus d'administrativisation de la Constitution, étudié dans le paragraphe précédent, n'est pas le seul mécanisme ayant modelé le groupement. La Constitution du 4 octobre 1958 a également façonné cette structure de coopération de façon plus indirecte mais réelle avant la réforme du 28 mars 2003. C'est le phénomène complémentaire de constitutionnalisation du droit administratif.

La constitutionnalisation du droit administratif est ancienne et, comme le rappelle B. STIRN, « *la portée, souvent latente, des normes constitutionnelles a été précisée par la jurisprudence administrative. Dans ses conclusions sous la décision Baldy du 17 août 1917, le commissaire du gouvernement Corneille déclarait que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est « implicitement ou explicitement au frontispice des constitutions républicaines* » »²¹⁰. Cependant, l'incertitude, entourant la norme fondamentale, demeurerait forte puisque les textes constitutionnels étaient concurrencés par la conception, typiquement

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 144

²¹⁰ B. STIRN, « Constitution et droit administratif », *op. cit.*, p. 10

française, de l'infailibilité de la loi. On ne pouvait alors déceler la logique descendante entre la Constitution et les différentes branches du droit d'origine législative et prétorienne. Dans ce sens, on comprend que L. FAVOREU se soit inspiré du modèle allemand pour prendre conscience de ce phénomène. Il rend d'ailleurs hommage à M. FROMONT en écrivant que « *toute la problématique était contenue dans ce travail (notamment la deuxième partie) et il suffisait de la transposer au cas français. Et si l'on veut bien parfois m'imputer la responsabilité de la diffusion de ce concept de constitutionnalisation des branches du droit, c'est en réalité à cette étude de Michel Fromont que l'on peut faire remonter l'origine du concept en droit français* »²¹¹. Le professeur L. FAVOREU décrit ensuite la constitutionnalisation comme un processus possible si les trois conditions suivantes sont remplies : il faut, tout d'abord, une accumulation de normes constitutionnelles ; puis il faut supposer l'existence d'un organe juridictionnel créateur d'une jurisprudence constitutionnelle et enfin il est nécessaire d'avoir des mécanismes de diffusion de ces normes constitutionnelles (notamment l'article 62 de la Constitution). Les textes constitutionnels antérieurs ne réunissaient pas ces trois conditions, mis à part, peut-être, la Constitution consulaire. Cependant, l'évolution rapide du régime vers un Empire autoritaire a empêché l'émergence de ce processus juridique objectiviste²¹². En revanche, la Constitution de 1958 remplissait potentiellement ces conditions. S'est ajouté l'idée de M. DEBRE de rationaliser le travail parlementaire par le truchement d'un nouvel organe, le Conseil constitutionnel. Le mécanisme de contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel s'est considérablement développé au gré des révisions constitutionnelles successives et de l'initiative même de cet organe devenu, aujourd'hui, une véritable juridiction spécialisée. A l'image de la pyramide des normes, notre Constitution est juridiquement au sommet de notre ordre juridique. Il convient maintenant de voir comment la constitutionnalisation a eu des effets sur la notion administrative du groupement de collectivités territoriales en reprenant les trois conditions développées par L. FAVOREU.

Premièrement, il est important d'avoir un ensemble de normes constitutionnelles potentielles ou réelles. Dès 1958, de nombreux principes ou « coutumes » législatives sont aussi intégrés dans la Constitution. Le Doyen VEDEL souligne que « *la Constitution s'est enrichie de règles concernant directement l'activité administrative comme par exemple l'intangibilité*

²¹¹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *op. cit.*, pp. 27-28

²¹² Voir *supra* notre analyse de l'arrondissement constitutionnel.

du domaine réglementaire »²¹³. Or le groupement a été largement influencé par cette constitutionnalisation, c'est-à-dire que cette règle, de nature constitutionnelle, a marqué l'évolution du droit de la coopération locale. En effet, la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et réglementaire prévues aux articles 34 et 37 de la Constitution va être la source d'une jurisprudence constitutionnelle relative aux collectivités territoriales déterminante pour la notion de groupements. Notre objet d'étude peut avoir une origine diverse : il peut émaner soit du législateur soit du pouvoir réglementaire par délégation de ce dernier. Aucune remarque sur cette règle de compétence constitutionnelle n'est relevée, par exemple, en 1963 par la Revue administrative lorsqu'elle rappelle les textes régissant les syndicats de communes et les syndicats mixtes à cette date²¹⁴. Ainsi, elle indique en note de bas de page les modifications intervenues à la législation de 1890 par différents textes (loi ou décrets-lois, décret) et cette étude cite, longuement, le décret du 20 mai 1955 relatif à la création des syndicats mixtes. Pourtant, la création par le pouvoir réglementaire conformément à une délégation du pouvoir législatif d'une structure juridique est une exception notable dans notre histoire administrative. Certes, elle repose sur l'article unique de la loi 55-349 du 2 avril 1955 prolongeant jusqu'au 20 mai 1955 la délégation accordée par la loi 54-809 du 14 août 1954 permettant de prendre toute mesure relative à un programme d'équilibre financier, d'expansion économique et de progrès social. Certes, cette création réglementaire est sans doute une extension attendue du groupement de collectivités publiques définie par le décret-loi de 1935. On en veut pour preuve que l'antépénultième alinéa de la loi de 54 les mentionnent en affirmant que « *les décrets prévus au présent article pourront modifier ou abroger les dispositions législatives en vigueur sans qu'il puisse porter atteinte aux matières réservées à la loi, soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine dont les principes ont été réaffirmés dans le préambule de la Constitution, ni à la protection des biens et libertés publiques. Ils ne pourront en aucun diminuer les droits et prérogatives des autorités concédantes en matière d'électricité et de gaz, ni les droits et prérogatives des collectivités locales* ». La délégation législative est très large et la seule interdiction, relative à la compétence *ratione materia* du gouvernement, consiste à ne pas réduire le droit des collectivités locales et, par voie de conséquence, des structures de coopération. Toutefois, ce décret n'a pas, à notre connaissance, été ratifié par le Parlement et la codification réalisée en

²¹³ Préface de l'ouvrage de B. STIRN, *op. cit.*, p. VI

²¹⁴ « A propos de la législation sur les syndicats de communes et les syndicats mixtes », *La Revue administrative*, n° 93, mai-juin 1963, pp. 241-245

1957 n'a pas transformé sa nature réglementaire. Il aura fallu attendre la codification législative de 1996 pour enregistrer ce changement. Or la Constitution du 4 octobre 1958 marque une rupture nette sur la répartition de compétence entre la loi et le règlement puisque l'article 34 prévoit que la création de catégorie d'établissement public est du seul ressort du législateur. Cette détermination stricte du domaine de la loi impacte directement le syndicat mixte, groupement de collectivités territoriales créé par le pouvoir réglementaire. Si un contrôle de constitutionnalité avait été mis en place sous la IV^{ème} République, on pourrait alors fortement douter du bien-fondé de cette délégation.

Deuxièmement, il faut donc pour faire respecter la Constitution l'existence d'un organe juridictionnel : le rôle du Conseil constitutionnel est ici prépondérant. Mais on peut souligner aussi que le Conseil d'État n'a pas été neutre dans ce domaine. C'est particulièrement vrai pour le groupement de collectivités territoriales. Il semble que la jurisprudence du Conseil d'État puisse être évoquée pour des actes réglementaires pris sous habilitation législative consenties avant 1958. L'arrêt Vincent de 1983 introduit un type de contrôle de constitutionnalité pour ces décrets. L'affaire susvisée concernait le délai de convocation du conseil municipal modifié par un décret non ratifié par le Parlement. Étant donné la forme réglementaire de l'article contesté, le Conseil d'État va effectuer un contrôle de cet acte par rapport à la Constitution et notamment son article 72 C. La haute juridiction va en effet considérer que la libre administration des collectivités locales relève exclusivement de la compétence du législateur. Ainsi, le pouvoir réglementaire ne peut avoir abrogé ou modifier une disposition législative, en l'espèce l'article 48 de la loi du 5 avril 1884. Le décret relatif au syndicat mixte était dans une situation juridique similaire jusqu'à l'adoption du code général des collectivités territoriales. Il n'en demeure pas moins saisissant que le syndicat mixte est une nouvelle catégorie d'établissement public créée par le pouvoir réglementaire, et ce, en contradiction avec les dispositions constitutionnelles des articles 34 et 72. La constitutionnalisation du groupement de collectivités est illustrée par le monopole du législateur dans la création des structures de coopération. La création du syndicat mixte, par le Gouvernement FAURE, restera donc une singularité institutionnelle étonnante.

Troisièmement, le processus de constitutionnalisation nécessite des mécanismes de diffusion et ils sont connus : c'est l'autorité de la chose jugée et la procédure de déclassement de dispositions législatives par le gouvernement prévue à l'article 37-2 C. Celle-ci a été fortement utilisée en ce qui concerne les structures de coopération entre collectivités territoriales. Ainsi, il n'est alors pas étonnant que la première décision de demande de

déclassement concerne un établissement de coopération entre l'État et les collectivités locales parisiennes. Il faut noter que la demande de déclassement, validée, concernait la composition de la régie et plus spécialement la représentation des collectivités²¹⁵. Le considérant deux nous apprend que les règles relatives à cet établissement public, unique en son genre, sont du domaine de la loi et notamment celle prévoyant la présence de représentants des collectivités locales au sein du Conseil d'administration. Or un changement notable est à relever marquant le phénomène de la constitutionnalisation. Le domaine réglementaire, par nature, s'étendait avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 à l'organisation et le fonctionnement de tous les établissements publics industriels et commerciaux de l'État, des sociétés d'économie mixte et des organismes ayant fait appel sous une forme quelconque au concours financiers de l'État²¹⁶. L'article 34 C a attribué la création de ces établissements au législateur et la détermination des principales règles de fonctionnement de ces organismes fait partie dorénavant du domaine législatif. Sur ce point, on peut effectivement dire que la loi du 17 juin 1948, du fait de son contenu contraire à la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et législatif, est inconstitutionnelle. En revanche, il nous paraît difficile de déduire de l'arrêt *Meunier* du Conseil d'État en date du 20 mai 1966²¹⁷ que cette loi soit abrogée²¹⁸. Quoi qu'il en soit, la compétence constitutionnelle du législateur relative la création de toutes les catégories d'établissement public montre ce phénomène de constitutionnalisation du droit administratif.

Autre exemple plus récent, la définition législative du groupement de collectivités territoriales est le résultat de l'intégration du terme groupement dans la Constitution. En effet, la multiplication des formes législatives de groupement, conjuguée à l'utilisation de plus en plus fréquente de l'expression « groupement de collectivités territoriales » dans la législation a dilué considérablement la notion. Le fait que la Constitution fixe l'expression dans la norme fondamentale a rendu plus impérieux l'exigence de définir les structures visées par le groupement. Dans ce sens, la notion constitutionnelle de groupements de collectivités

²¹⁵ Cons. Const, décision 59-1 L du 27 novembre 1959

²¹⁶ Cf. les articles 6 et 7 de la loi 48-1268 du 17 août 1948. Cette généralité nous laisse à penser que cela recouvre les organismes de coopération locale de type industriel et commercial, c'est-à-dire les groupements de collectivités publiques créés sous l'empire du décret de 1935. Le régime juridique du prédécesseur du syndicat mixte serait donc du domaine réglementaire et non pas législatif.

²¹⁷ CE, Sect., 20 mai 1966, *Meunier*, n°58839, Rec. Lebon, p. 343

²¹⁸ S. LEROYER estime que « seule la loi du 17 août 1948, qui par une démarche exactement inverse à celle de l'article 34 de la Constitution avait défini les matières ayant « par leur nature » un caractère réglementaire, est considérée comme ayant été abrogée par la Constitution de 1958 », *op. cit.*, p.444

La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales

territoriales illustre, à sa manière, l'influence que la Constitution peut avoir sur une notion originellement administrative. Une autre influence constitutionnelle sur notre objet d'étude peut être aussi relevée, c'est la notion de collectivité territoriale.

Section 2 : L'influence de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale

Le groupement de collectivités territoriales est logiquement influencé par sa composante institutionnelle intrinsèque, à savoir la notion de collectivité territoriale. C'est une forme de truisme ou une tautologie que d'affirmer cela. Néanmoins, on pense surtout à la collectivité territoriale administrative et non pas à la notion constitutionnelle en elle-même. Or la réforme du 28 mars 2003 a clarifié le vocabulaire employé afin de mettre un terme à une ambiguïté connue dans le texte suprême de 1958. Cette simplification sémantique (§1) a eu un effet déterminant sur l'apparition de l'expression « groupements de collectivités territoriales ».

En outre, l'administrativisation de la Constitution en 1946 par le truchement de la question de l'organisation administrative avait introduit d'autres concepts associés initialement à la notion de collectivité territoriale, à savoir celle de regroupement. Il convient d'analyser ce passage du regroupement des collectivités territoriales, processus intégré explicitement dans cette dernière, à l'autonomie conceptuelle de groupements de collectivités territoriales (§2).

§1 La clarification sémantique de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale

L'insertion de l'expression « collectivité territoriale » sur le plan constitutionnel a largement précédé celles de groupements et celle d'organisation décentralisée. Pourtant, cette notion est-elle même apparue tardivement (A) par rapport aux structures locales initialement comprises à savoir les communes et les départements. La Constitution originale de 1958 comprenait une autre terminologie, celle de collectivité locale. Cette coexistence des deux expressions a été le fruit d'une controverse juridique, que le pouvoir constituant dérivé a souhaité tranché. Bien que le Conseil constitutionnel ne fasse pas de différence entre ces deux expressions, il convient d'étudier la signification de l'abandon de la seconde expression « collectivité locale » (B).

A. L'apparition tardive de la notion de collectivité territoriale

La réforme constitutionnelle de 2003 a inscrit dans la norme suprême l'organisation décentralisée mais les collectivités territoriales sont bien antérieures à l'intégration de ce processus. Cela ne veut pas dire que la notion de collectivité territoriale s'est trouvée naturellement intégrée dans le texte constitutionnel en 1946. A l'époque, cette question d'ordre administrative va modifier la vision que l'on peut avoir des collectivités territoriales. En quelque sorte, on a eu une phase d'administrativisation de la Constitution à la sortie de la Seconde Guerre mondiale. Ce passage des collectivités locales, habituées au seul paysage du droit administratif, à la sphère constitutionnelle apparaît en contradiction avec la tradition constitutionnelle, réservant ce domaine au simple législateur. On peut tenter de l'expliquer par l'évolution du vocabulaire employé.

Il est en effet étonnant que le Constituant retienne l'expression « collectivité territoriale » car celle-ci n'avait pratiquement aucune antériorité juridique comme l'indique C. BACCOYANNIS²¹⁹. Cependant, on peut émettre des doutes sur l'hypothèse développée à savoir que « *l'emploi de l'expression « collectivités territoriales » ne fut destinée qu'à mettre l'accent sur une conception non-administrative des êtres décentralisés* »²²⁰. En effet, la notion d'« être décentralisé » nous semble peu objective et surtout contradictoire en elle-même. *Primo*, une certaine réserve peut être posée quant à l'utilisation du mot « être ». Il est évident que celui-ci contient une connotation subjectiviste rendant ambiguë l'expression employée. *Secundo* et principalement, il paraît difficile de donner une vision juridique non-administrative d'un « être décentralisé » constitutionnel en 1946. Elle est en soi très délicate à être utilisée car les membres de l'Assemblée constituante de l'après-guerre ne concevaient pas la décentralisation en dehors de sa sphère administrative. Il en résulte que ces « être décentralisés » ne pouvaient pas véritablement être compris comme des entités décentralisées sur le plan constitutionnel.

En outre, on peut dire que cette première phase de « l'administrativisation » de la Constitution s'est réalisée de manière presque miraculeuse. Il est remarquable que le titre VIII relatif aux collectivités locales n'ait dû son maintien dans la discussion de la seconde assemblée

²¹⁹ C. BACCOYANNIS souligne que « *Une notion d'origine non juridique et d'utilisation peu fréquente fut donc constitutionnalisée* », in *Le principe de libre administration des collectivités territoriales*, Economica, PUAM, collection droit public positif, 1993, p. 38

²²⁰ *Ibid.*, p. 42

constituante qu'au mode de votation retenu par la Commission²²¹. Si C. BACCOYANNIS note que « *la question [des collectivités territoriales] ne faisait pas partie de celles dont la nature imposait qu'elles soient traitées par la Constitution.* »²²², il le justifie par l'intérêt de constitutionnaliser les libertés locales. Toutefois, il convient de remarquer que les Constituants de 1946 semblent, certes, intéressés par cet objectif mais aussi par le fait de garantir constitutionnellement l'application du principe démocratique aux collectivités locales. Ainsi, à l'observation de R. CAPITANT, soutenu par MM. VIARD et FONLUPT-ESPERABER selon laquelle « *[l]es problèmes [de l'organisation administrative] sont extrêmement intéressants mais [il] juge qu'ils sortent du cadre constitutionnel où la commission doit se maintenir* », P. COT répond que « *la constitution doit organiser la démocratie, ce qui implique toutes les mesures de nature à intéresser la vie de la démocratie* ». Il ajoute qu'« *il faut l'affirmer, la commission de la constitution ne risque pas d'excéder son mandat en posant les principes du gouvernement local par les élus du peuple* »²²³. R. CAPITANT confirme peu après la position de P. COT en indiquant que la véritable démocratie doit comporter des élus locaux. On peut donc conclure que la dimension constitutionnelle des collectivités territoriales réside notamment dans le critère démocratique²²⁴.

D'autre part, une question sous-jacente va entrer en ligne de compte, c'est celle de l'organisation administrative et, plus particulièrement celle du nombre d'échelons administratifs. Ce sujet va progressivement devenir constitutionnel en raison de désaccords politiques profonds. Au préalable, il faut préciser que cette dissension au sein de la Commission se traduisait moins sur le nombre d'échelons²²⁵ à constitutionnaliser que sur l'étendue territoriale de ces structures²²⁶. A l'aune de cette problématique administrative, le glissement de vocabulaire paraît plus logique. En effet, on désigne fréquemment les communes et les départements sous l'expression classique et usuelle de collectivités locales. Cette dernière est

²²¹ Concernant la suppression de la constitution du titre VIII relatif aux collectivités locales, la commission était partagée (20 voix pour et 20 voix contre). C'est donc le règlement qui s'est appliqué. Celui-ci disposait que « *conformément à l'usage, lorsque les voix se partagent à égalité, la proposition mise aux voix fut déclarée non adoptée* ». La proposition de suppression fut donc rejetée, *Compte rendu analytique des séances de la deuxième Commission de la constitution*, séance du vendredi 12 juillet 1946, pp. 108-109 pour le vote de la commission et p.8 pour la note sur le mode de votation.

²²² C. BACCOYANNIS, *op. cit.*, p. 95

²²³ Pour les trois citations, *Compte rendu analytique des séances de la première Commission de la Constitution*, Séance du mercredi 26 décembre 1945, p. 157

²²⁴ Nous analyserons le caractère démocratique des collectivités territoriales dans notre seconde partie.

²²⁵ La Commission s'accorde sur le nombre de deux. Force est de constater la disparition de l'arrondissement en tant que conseil électif, conséquence de ce choix constitutionnel.

²²⁶ En cela, on peut noter la permanence du problème de l'optimisation de « l'arrondissement communal ».

retenue par le premier projet de constitution de 1946 dans le titre afférent et textuellement dans l'article 117. L'expression collectivité territoriale est, quant à elle, insérée uniquement dans l'article 114. Rien ne prédispose alors à ce que ce soit l'épithète territorial qui l'emporte sur celui de local.

Cependant les débats relatifs à la rédaction nous fournissent des éléments de réponse. En effet, le plan d'étude sur la Constitution indique clairement que l'on se situe aussi dans le cadre de la réforme administrative²²⁷. Ainsi, les premières réunions s'articulent autour des échelons administratifs à constitutionnaliser. R. CAPITANT pose la question de savoir s'il n'est pas « *dangereux de cristalliser les limites de circonscriptions administratives dans le texte constitutionnel lui-même* »²²⁸. Deux attitudes s'affrontent alors : une partie de la commission défend les structures existantes, dont le département et l'autre partie de la commission incline vers la possibilité de créer de nouvelles collectivités plus larges (canton et région). C'est au cours de ce débat que R. CAPITANT introduit pour la première fois l'expression collectivité territoriale. Elle contenait en germe l'élément politique (assemblée élue) et avait un sens général comprenant à la fois la possibilité de créer de nouvelles structures et intégrant celles existantes. Ce n'est qu'au moment de la discussion du rapport sur les collectivités locales qu'est véritablement déterminée la liste des collectivités territoriales à savoir les communes, les départements et les territoires d'outre-mer. Cependant cette liste limitative correspond aux critères définis par les membres de la première commission, composée, il faut le rappeler, essentiellement de professeurs de droit public. Ils précisent à plusieurs reprises au cours des séances afférentes que la collectivité territoriale est un « *échelon ayant un caractère politique* »²²⁹, dont le critérium sera « *l'existence d'une assemblée élue* », et dotée « *d'un budget propre* ». C'est si et seulement si elles remplissent ces conditions que les collectivités locales existantes pourront prétendre à la garantie constitutionnelle. Ceci va entraîner l'exclusion de nombreuses structures locales, créées par le législateur ordinaire, telles que les syndicats de communes, les régions administratives créées par Vichy ou encore les arrondissements...

Cette différenciation des structures locales n'est pas nouvelle dans le cadre constitutionnel. Les différents projets de la période du régime de Vichy montrent aussi ce souci

²²⁷ *Compte-rendu analytique des séances de la première Commission de la Constitution*, séance du mardi 4 décembre 1945, p. 28

²²⁸ *Compte-rendu analytique des séances de la première Commission de la Constitution*, séance du mercredi 26 décembre 1945, p.158

²²⁹ *Ibid.*, p.161

de garantir certains droits aux collectivités locales. Ainsi, est emblématique le projet de constitution du Conseil d'État élaboré sous la présidence de H. PUGET. Malgré le refus très net des Constituants de se référer à la vision corporatiste et autoritaire de l'État, la similitude de rédaction entre les deux articles constitutionnels est particulièrement frappante. En effet, dans le titre VI relatif au régime provincial, l'article 145 dispose qu'« *au-dessous de l'État, les collectivités territoriales existant sur le sol français sont les communes, les départements et les provinces* »²³⁰. L'emploi de l'expression « collectivité territoriale » cible tout particulièrement certaines collectivités locales telles que la commune, le département ou la province. A ce sujet, la note annexée au projet précise que « *le projet ne contient pas de dispositions spéciales au canton et à l'arrondissement ; ceux-ci ne doivent, être, semble-t-il, que des circonscriptions administratives et ne forment pas des collectivités territoriales* ». Elle ajoute que « *très favorable aux syndicats de communes, la Commission n'est pas portée à admettre la création de municipalités de canton* ». Le conseiller d'État H. PUGET, auteur de plusieurs ouvrages de référence sur le sujet, met en exergue dans son cours de 1943 un foisonnement de statuts des collectivités locales qui ne correspond donc pas à la liste limitative et précise des collectivités territoriales. Il indique ainsi que « *les collectivités locales sont multiples : [...] Entre les communes et l'État se trouvent des collectivités intermédiaires qui tantôt ont un caractère historique et tantôt sont une création artificielle de la loi ; En France, le département. [...] Entre ces vastes circonscriptions et la commune, on rencontre d'autres circonscriptions intermédiaires [...] : ce sont les cantons et les arrondissements en France. Les communes s'associent pour atteindre certains buts d'intérêt commun* »²³¹. Comme on peut le constater la notion de collectivités locales embrasse une grande diversité de structures que la notion de collectivité territoriale ne recouvre pas.

Refusant évidemment « les principes de l'ordre nouveau », le Constituant de 1946 ne s'oppose pas aux critères d'administrativisation des collectivités constitutionnelles locales que l'on vient de décrire. Il va seulement limiter le nombre d'échelons reconnus dans la norme fondamentale. En appliquant les critères constitutionnels définis par la commission constituante, on en déduit que les régions, créées par le régime de Vichy, en sont exclues en raison de l'absence de l'élément politique et que les syndicats de communes se trouvent aussi écartés en

²³⁰ Projet de constitution et note annexée in J. BOUGRAB, *Aux origines de la Constitution de la IVe République*, Dalloz, 2002, 768 p., p. 556 et s

²³¹ H. PUGET, *Les institutions politiques et administratives de l'Europe continentale*, École libre des sciences politiques, cours de 1942-1943, 344 p., p. 180

raison de leur caractère gestionnaire de services locaux. S'esquisse ainsi une différenciation entre les collectivités locales constitutionnelles et les collectivités locales législatives. Seules les premières sont des collectivités territoriales. C'est la raison pour laquelle les débats alternent les deux expressions car les membres de l'Assemblée constituante raisonnent uniquement dans le cadre de la rédaction du texte constitutionnel²³².

La seconde assemblée constituante va reprendre en grande partie le projet de loi du 27 avril 1946. Toutefois, la commission *ad hoc* va harmoniser le vocabulaire employé en remplaçant, au titre X de la Constitution de 1946, l'intitulé initial « Des collectivités locales » par celui de « Des collectivités territoriales » à la toute fin des débats. Ainsi, la seconde assemblée constituante de 1946 n'utilisera même plus l'expression collectivité locale dans le texte constitutionnel à la différence des auteurs de la Constitution de 1958. Comment expliquer ce changement radical d'adjectif passant de local à territorial ? Il nous semble résulter de la combinaison de deux éléments juridiques. D'une part, on souhaite, en 1946, garantir les libertés locales non plus seulement des communes mais également celles du niveau intermédiaire, c'est-à-dire celles du département. On rappelle que ce dernier était vu comme une structure mixte, cadre d'action identique du Conseil général et du préfet. Il en résulte que l'élargissement des libertés locales au Conseil général donne l'impression de réduire le pouvoir d'action du préfet, garant de l'unité nationale au niveau territorial. Ainsi donc, l'adjectif local a du mal à s'appliquer totalement au département car l'intérêt local, représenté par l'assemblée départementale ne peut heurter l'intérêt général, représentée par le préfet dans le département. Ceci est amplifié par le fait que les territoires d'outre-mer sont également concernés ce titre X.

D'autre part, l'influence du débat sur la composition du Conseil de la République va participer de manière décisive à l'éviction définitive de l'expression collectivité locale. En l'occurrence, l'harmonisation de vocabulaire est une idée avancée par L. SEDAR-SENGHOR. En revanche, il va proposer la substitution à l'expression « collectivités territoriales » de l'article 75 celle de « collectivités locales » contenu dans le titre X²³³. Or la commission décidera exactement le contraire à savoir que le titre X s'intitulera « des collectivités territoriales » au lieu de « des collectivités locales ». Cette inversion est le fruit de l'âpre

²³² C. BACUYANNIS avance l'hypothèse que l'une et l'autre sont employées indifféremment. Il nous semble, au contraire, que c'est le fait d'introduire les collectivités locales dans la norme suprême à travers des critères purement constitutionnels que va s'opérer la distinction entre les notions de collectivité locale et de collectivité territoriale.

²³³ *Compte-rendu analytique des séances de la deuxième Commission de la Constitution*, séance du mardi 10 septembre 1946, p.457

discussion sur le mode de désignation du Conseil de la République. Partagé entre les partisans à une élection à deux degrés et les défenseurs du collège électoral issu des collectivités locales, la commission va retenir de l'amendement initial un mode d'élection des deux chambres « *sur une base territoriale* ». L'épithète « territorial » prend alors une signification constitutionnelle particulière. D'une part, selon les termes de P. BASTID, l'objectif est d'« *éviter un retour possible au corporatisme* »²³⁴ en précisant que les deux chambres sont élues sur une base territoriale. D'autre part, il est dissocié à partir de ce moment du nom commun « collectivité ». Force est de constater l'échec de P. COSTE-FLORET de lui substituer les expressions « *dans le cadre des collectivités locales* » puis « *dans le cadre des collectivités territoriales* » et, enfin, « *sur la base des collectivités territoriales* »²³⁵. Toutes ces propositions seront rejetées dans la mesure où elles ne permettent plus d'envisager dans la constitution la voie à une élection à deux degrés de la deuxième chambre mais uniquement la voie de la représentation des collectivités territoriales. Le lien avec les collectivités territoriales sera définitivement rompu lorsque la commission ajoutera les cantons comme cadre d'élection supplémentaire suite à l'amendement de P. RAMADIER. Ainsi, le mot « territorial » vise non seulement les circonscriptions électorales (qu'elles correspondent aux périmètres des collectivités territoriales ou non) mais également, et principalement, l'affirmation du rejet de tout cadre d'élection corporatiste. A ce titre, le député HERVE insiste sur le fait que le texte « *qui se réfère à une base territoriale exclut toute représentation corporative, tandis la formule « dans le cadre des collectivités territoriales » ne l'exclut pas* »²³⁶. Autrement dit, ce débat aura pour conséquence de consacrer constitutionnellement l'adjectif territorial dans sa dimension élective non corporatiste. Dès lors, on comprend mieux le fait que l'expression « collectivité territoriale » se substitue à celle de « collectivité locale » sur le plan constitutionnel.

De ce changement de vocabulaire et de l'entorse manifeste à la coutume constitutionnelle selon laquelle la réforme administrative n'est pas du champ constitutionnel, la notion de collectivité territoriale ressort avec ses caractères intrinsèques connus, à savoir la présence d'un conseil élu dans un cadre géographique donné et une réelle autonomie de fonctionnement. Le texte de 1958 va réintroduire l'expression « collectivité locale » ce qui va pour conséquence de faire naître une controverse doctrinale, appartenant au passé. Celle-ci va

²³⁴ *Ibid.*, p. 459

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

aboutir cependant à la disparition constitutionnelle de la terminologie « collectivité locale ». Il s'agit d'en comprendre dans le paragraphe suivant l'exacte signification.

B. La signification de l'abandon de la terminologie « collectivité locale »

L'antériorité constitutionnelle de la collectivité territoriale a longuement interrogé les juristes de droit public. Avec l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958, le débat s'est essentiellement cristallisé sur le fait de savoir si le cercle des collectivités territoriales correspondait exactement à celui des collectivités locales²³⁷. Toutefois, cette controverse s'est progressivement éteinte. D'une part et comme le relève à juste titre L. FAVOREU, « *il est exact qu'aujourd'hui l'intérêt de ce débat est « assez faible » mais ce n'était pas le cas il y a vingt-cinq ans* »²³⁸. D'autre part, l'interprétation juridique de la jurisprudence constitutionnelle semble clore cette querelle doctrinale en employant de manière synonyme les deux expressions. Néanmoins, le pouvoir constituant dérivé a souhaité reprendre cette question terminologique pour mettre fin à toute ambiguïté possible. La justification, proposée par le Sénat, de simplifier la rédaction peut paraître inutile. En effet, on peut s'interroger sur l'intérêt de supprimer l'expression collectivité locale au profit de celle de collectivité territoriale alors qu'elles sont reconnues juridiquement tant du point de vue doctrinal que du point de vue jurisprudentiel comme équivalentes.

Cet argument de simplification rédactionnelle pourrait néanmoins se justifier dans un but d'harmonisation du vocabulaire employé. Ainsi, toutes les références à l'adjectif local devraient disparaître au profit de celui de territorial. La logique lexicale prévaudrait et l'apparente anomalie rédactionnelle aurait donc totalement disparue. Telle serait la signification juridique de cet amendement du Constituant. L'adjectif « local » est pourtant maintenu volontairement dans l'alinéa 7 de l'article 34 relatif aux assemblées locales. Les sénateurs justifient ce maintien en indiquant, à juste titre, que « *l'expression d'assemblées locales resterait en revanche inchangée, dans la mesure où son remplacement par celle d'assemblées*

²³⁷ L'intérêt de ce débat demeure historique mais il permet de voir l'évolution de la place des collectivités territoriales dans le droit constitutionnel. Les articles les plus significatifs sont les suivants : C. AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981 ; M. H. FABRE, « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982 ; J. BOUDINE « La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique ? », *RDP*, 1992

²³⁸ L. FAVOREU, « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », in *Mélanges J. MOREAU*, 2006, Economica, pp. 155-163, p.156

territoriales, généralement utilisée pour qualifier les assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer, serait source d'ambiguïtés qui n'existent pas actuellement »²³⁹.

A contrario, cela suppose que les deux expressions « collectivités territoriales » et « collectivités locales » demeurent toujours une source d'ambiguïté malgré la thèse doctrinale dominante de l'assimilation²⁴⁰. Dans ce sens, le rapport de l'Assemblée nationale souligne que l'amendement sénatorial permet « *de remédier à une imprécision du texte constitutionnel* »²⁴¹. Pour résumer, l'imprécision et l'ambiguïté de la Constitution dues à la présence du couple collectivités territoriales / collectivités locales auraient seulement été mises en exergue par une controverse doctrinale à laquelle la jurisprudence constitutionnelle aurait répondu clairement depuis 1982 et confirmée par l'équivalence des deux notions sur le plan doctrinal. Il nous semble pourtant que l'abandon de l'expression constitutionnelle « collectivité locale » a permis l'introduction littérale de notre objet d'étude. En d'autres termes, cela viendrait à considérer que la notion de collectivité locale recouvre non seulement celle de collectivité territoriale mais aussi celle de groupements de collectivités territoriales.

Pour cela, il convient de revenir, dans un premier temps, sur les arguments décisifs de la thèse d'une équivalence de la collectivité locale et de la collectivité territoriale puis, dans un deuxième temps, de voir que la notion de collectivité locale ne recouvre pas celle de collectivité territoriale. Enfin, nous pourrions, en principe, en déduire que l'amendement rédactionnel ouvre la voie à l'inscription des groupements dans la norme suprême.

En premier lieu, la controverse sémantique sur les notions de collectivités territoriales et locales résidait principalement dans le fait de savoir si les deux notions coïncidaient. Sans revenir sur ce débat dans les détails, on peut raisonnablement limiter notre analyse à la thèse dominante de l'équivalence et voir les raisons qui lui ont permis de s'imposer. Deux types d'arguments viennent appuyer cette position majoritaire. D'une part, un premier faisceau d'indices prend racine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel démontrant l'interchangeabilité des deux expressions. La décision la plus citée est celle du 25 février 1982 relative à la région de Corse, notamment son considérant 6 précisant que « *Considérant enfin que, contrairement à ce qui est soutenu dans la saisine, le fait qu'une collectivité territoriale soit amenée à collaborer avec un établissement public non créé par elle ne porte pas atteinte à*

²³⁹ R. GARREC, *Rapport n°27 sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République et autres*, p. 85

²⁴⁰ Plusieurs thèses consacrées aux collectivités territoriales s'y réfèrent expressément : on peut citer à cet égard la thèse de M. HOUSER, *L'intervention de l'État et la coopération entre communes*, 2009, L'Harmattan

²⁴¹ P. CLEMENT, *Rapport n°376*, op. cit., p. 70

la libre administration des collectivités locales »²⁴². Remarquons tout de suite que c'est un groupement de collectivités territoriales potentiel qui est au fondement du raisonnement des défenseurs de l'identité des notions. C'est ainsi que L. FAVOREU en déduit que la libre administration des collectivités territoriales est identique à celle des collectivités locales. La libre administration visée est effectivement celle d'une collectivité territoriale mais elle présente la particularité d'être une nouvelle collectivité créée par le législateur. Le raisonnement du juge constitutionnel ne pouvait donc faire appel à la libre administration des collectivités territoriales de l'article 72 puisqu'il n'y avait pas d'antécédent juridique pour la région. Dès lors, il ne pouvait faire référence qu'à celle des collectivités locales constitutionnelles connues, c'est-à-dire les départements, les communes ou les territoires d'outre-mer. Par conséquent, le Conseil constitutionnel s'appuyait sur la libre administration des collectivités locales de l'article 34. On peut pourtant comprendre et accepter cette identification des deux expressions dans le cadre de la libre administration une fois que ces collectivités sont mises en place et qu'elles existent. Cependant, cette synonymie est limitée à ce cas de figure car celle-ci ne fonctionne pas lors d'une création d'une collectivité territoriale. Par incidence, elle ne peut s'étendre aux autres renvois de l'article 34 à savoir la détermination des compétences des collectivités locales ainsi que les ressources de ces mêmes collectivités locales. Il aurait donc fallu démontrer l'interchangeabilité des deux expressions également dans ces deux derniers domaines législatifs. Malheureusement, les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 infirment plutôt cette possibilité. C. BACUYANNIS concède en filigrane cet aspect quand il écrit que « *même si nous ne pouvons pas convaincre que le sens que nous attribuons aux expressions « collectivités territoriales » et « collectivités locales » a été une fois de plus confirmé, nous pouvons dire au moins qu'il n'a pas été remis en cause* »²⁴³. Autrement dit, le sens qu'il donne à ces expressions est insuffisant pour expliquer les notions de collectivités territoriales et locales. En regardant les travaux préparatoires, on s'aperçoit, d'une part, que la formule définitive de la libre administration des collectivités locales est apparue très tardivement puisque celle-ci résulte d'une discussion sur la combinaison des articles 31 (domaine de la loi) et 65 (liste des collectivités territoriales) lors de la séance de la commission constitutionnelle du Conseil d'État du 25 août 1958. Dans l'avant-projet de constitution du 26/29 juillet 1958, le texte ne faisait aucune mention de la libre administration à l'article 31. Ce dernier prévoyait seulement que la

²⁴² Cons. Const., décision 82-138 DC du 25 février 1982

²⁴³ C. BACUYANNIS, *op. cit.*, p. 49

loi devait notamment régler les questions relatives à l'organisation des pouvoirs publics et à la répartition des compétences entre l'État et les collectivités locales ainsi qu'à la création d'offices, d'établissements publics, de sociétés ou d'entreprises nationales²⁴⁴. On remarque dans cette formulation non seulement une volonté de circonscrire le pouvoir législatif dans son domaine mais également de laisser un pouvoir de décision à l'Exécutif dans celui de l'organisation administrative. Et c'est là, pour nous, le point le plus important. Devant le Comité consultatif constitutionnel, M. GILBERT-JULES s'enquiert de la question du regroupement des communes. Il demande si « *le gouvernement envisage en vertu de l'article 33 de prendre des décrets sous forme réglementaire dans un cadre étendu au regroupement éventuel des communes ?* » alors qu'il remarque auparavant que « *dans la Constitution de 1946, il est dit que le regroupement éventuel et l'organisation des communes sont fixés par la loi* »²⁴⁵. Le Commissaire du Gouvernement répond avec la plus grande transparence que « *si nous avons choisi les mots répartitions des compétences entre l'État et les collectivités locales, ainsi, que (...), c'est donc pour exclure de ce domaine ce qui, normalement, ne lui appartient pas* »²⁴⁶. L'échange se termine sur la possibilité de faire, par voie réglementaire, « *la commune cantonale* » sous réserve de l'article 65, qui prévoit que : « *les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer* » et que « *toute autre collectivité territoriale est créée par la loi* »²⁴⁷. Autrement dit, les collectivités locales sont celles existantes et peuvent être modifiées par le gouvernement par voie réglementaire. Seule la création de nouvelles collectivités appartient au législateur. Au-delà de cette répartition de compétence entre le législateur et le gouvernement, il se trouve que le Comité consultatif réintroduira l'article de la Constitution de 1946 attribuant cette possibilité au seul législateur dans l'article 65. Cet amendement, non retenu par le Constituant, va susciter les plus vives inquiétudes des élus émanant des collectivités locales existantes²⁴⁸. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État réintroduit la libre administration à l'article 31 au moment de la discussion de l'article 65 relative aux collectivités territoriales. Il semble que l'on considère que le législateur soit le seul pouvoir à la garantir. Cette proposition de M. MASPETIOL sera intégrée sous le

²⁴⁴ Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Tome 2. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La documentation française, 1988, 787 p., p. 27

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 259

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 441

vocabulaire de libre administration des collectivités territoriales sans référence à l'expression collectivité locale. On comprend alors que les notions de collectivité locale et collectivité territoriale soient équivalentes du point de vue de la libre administration. D'autre part, les discussions précédentes sur la répartition des compétences renvoient essentiellement à l'organisation administrative. La lutte pour l'attribution de cette compétence au gouvernement et, par voie de conséquence, au dessaisissement du législateur va se traduire par un équilibre complexe qui se concentre, selon nous, dans l'expression collectivité locale. En effet, le Constituant se retrouve devant une contradiction flagrante. Comment le pouvoir exécutif peut-il exercer la compétence de réorganiser la carte administrative sans la possibilité de créer de nouvelles collectivités territoriales ? Cette compétence pourrait *a priori* s'exprimer dans deux voies différentes : la première est le maintien de la collectivité territoriale avec modification des périmètres et suppression des communes existantes ; la seconde vise à regrouper les collectivités communales dans une structure connue à savoir les établissements publics territoriaux. Seule la notion de collectivité locale peut éventuellement recouvrir cette seconde voie de l'alternative proposée. La notion de collectivité territoriale ne le permet absolument pas puisque leur création est réservée au législateur. C'est pourquoi l'alinéa de l'article 31 proposé par la commission constitutionnelle du Conseil d'État est modifié de façon à permettre au gouvernement d'exercer cette nouvelle compétence. Dans cet unique but, l'expression collectivité locale s'imposera sur celle de collectivité territoriale. Il s'ensuit que les deux formules « collectivité locale » et « collectivité territoriale » n'ont pas le même sens constitutionnel du point de vue de la détermination de leurs compétences.

En second lieu, l'étude des travaux préparatoires confirme une différenciation entre les deux expressions de collectivités locale et territoriale. Dès lors que l'on met l'accent sur l'organisation administrative, il paraît peu concevable de créer des collectivités locales sur le plan constitutionnel. Ces dernières ne peuvent donc qu'exister préalablement. Le processus de création n'est possible que pour les collectivités territoriales. Il en résulte que l'on ne peut substituer les deux expressions. Le débat devant le Comité consultatif constitutionnel conforte bien cette interprétation. Après la discussion de l'article 31 (domaine de la loi), M. GILBERT-JULES propose un amendement à l'article 65 (futur article 72) qui vise à supprimer le mot *autre* de la phrase « *toute autre collectivité territoriale est créée par la loi* ». En le supprimant, cela reviendrait à laisser uniquement au législateur la compétence de créer toute collectivité territoriale, ce qui exclurait la compétence du pouvoir exécutif. Or le maintien de l'adjectif

« autre » dans le texte de la constitution indique clairement que le gouvernement a une compétence d'organisation administrative. Cette compétence s'exprime par la possibilité de créer des structures de regroupement telles que les établissements publics de coopération locale. Ce qui sera introduit par la modification de certaines dispositions relatives aux syndicats de communes par voie d'ordonnance²⁴⁹.

Le deuxième pilier de l'identité entre collectivités locales et territoriales repose sur l'inexistence de collectivités locales non territoriales. Il vise essentiellement à écarter les établissements publics territoriaux de la liste des collectivités locales. Elle est retenue et défendue par C. BACUYANNIS dans sa remarquable thèse²⁵⁰. Or, notre hypothèse suppose exactement le contraire, c'est-à-dire que les établissements publics territoriaux seraient aussi compris dans le cercle des collectivités locales. La réfutation proposée par l'auteur précité est basée sur la jurisprudence constitutionnelle, qui a évolué quelques années plus tard, et sur un postulat juridique contestable.

Tout d'abord, il prend appui sur la jurisprudence constitutionnelle notamment la décision 88-154 L du 10 mars 1988. Celle-ci indique en effet que « *Considérant que, dans la mesure où elles font obligation aux collectivités territoriales ainsi qu'à leurs établissements publics de prendre une décision motivée en la forme, les dispositions de la première phrase du premier alinéa de l'article 7 du texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel touchent aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales (...); qu'il suit de là que, dans la double limite ainsi définie, l'obligation de motiver une décision de refus de communication relève, en vertu de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi* »²⁵¹. Il déduit de « ce « considérant » qu'une obligation imposée à un établissement public rattaché à une « collectivité territoriale » au sens de l'article 72 touche « aux principes fondamentaux de la libre administration » de la collectivité territoriale elle-même. »²⁵². Cette déduction nous paraît un peu rapide dans la mesure où les établissements publics locaux comprennent évidemment les établissements publics rattachés à une collectivité territoriale mais également les établissements publics rattachés à plusieurs collectivités territoriales. En outre, elle est non seulement contredite par la décision du 12 janvier 1989 mais surtout par une décision

²⁴⁹ Ordonnance 59-20 du 5 janvier 1959 relative aux syndicats de communes, *JORF* du 6 janvier 1959, pp. 313-314

²⁵⁰ Voir pour un usage plus récent A. ROUX, « Constitution décentralisation et libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges Francis Delpérée, itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant, 2007.

²⁵¹ Cons. Const., décision 88-154 L du 10 mars 1988

²⁵² C. BACUYANNIS, *op. cit.*, p. 64

postérieure, la décision 99-184 L qui précise que « *Considérant que la Commission nationale du débat public peut être appelée à organiser un débat public sur les projets des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics ; qu'ainsi, sa création, qui met en cause les " principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources " , placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution, ressortit à la compétence du Législateur* »²⁵³. On remarque que ce considérant distingue les collectivités territoriales des établissements publics avec l'utilisation de la conjonction de coordination « ou »²⁵⁴ et les intègre, cette fois-ci, dans la libre administration des collectivités locales. On peut donc dire que l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle ne confirme pas cette équivalence des expressions.

Second argument du raisonnement pour écarter les établissements publics territoriaux de la liste des collectivités locales, c'est de considérer les collectivités locales comme la seule émanation de collectivités humaines par le truchement d'un conseil élu. C'est sur ce point précis que la théorie de l'équivalence est contestable. A propos de l'avant-projet de Constitution préparé par M. DEBRE dans son article 7 où il est fait mention de « collectivités décentralisées » sous le titre « des collectivités locales »²⁵⁵, C. BACOYANNIS tente de s'appuyer sur ce texte pour fonder cette identité des deux notions. Tout d'abord, il affirme que l'élection est la base de ces collectivités décentralisées en précisant que « *la juxtaposition des questions de l'électorat, de l'éligibilité et de la durée des pouvoirs des conseils de ces « collectivités décentralisées » aux questions de l'électorat, de l'éligibilité et de la durée des pouvoirs des assemblées parlementaires montre clairement, croyons nous, qu'il s'agissait de « collectivités » qui pouvaient être juxtaposées à l'État et dont les « conseils » étaient obligatoirement désignés par voie d'élection. Les personnes morales qui illustrent la décentralisation par services, ne pouvaient donc faire parties de ces « collectivités »* ». Bien que l'on puisse contester cette affirmation avec le projet de région de 1969, c'est surtout la suite du raisonnement qui est fort discutable. En effet, il estime que « *ces personnes morales étant des « personnes décentralisées », force est de conclure que l'avant-projet ne concevait pas les*

²⁵³ Cons. Const., décision 99-184 L du 18 mars 1999

²⁵⁴ On peut avancer que le « ou » est ici entendu comme exclusif car les projets portés par un établissement public regroupant plusieurs collectivités sont les seuls visés par ce « ou ».

²⁵⁵ *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, Tome 1. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958, la documentation française, 1987, 613 p., p. 507

termes « collectivités décentralisées » et « personnes décentralisées » comme des termes synonymes. « Collectivités » continuait à ne pas désigner une « personne morale » ; par conséquent le mot « collectivité » ne pouvait que continuer à désigner une communauté humaine »²⁵⁶. Ceci est totalement illogique dans la mesure où des communautés humaines, non dotées de la personnalité morale (puisque c'est cela qu'il suppose), puissent être du domaine de la loi. Ou bien cela suppose des conseils élus sans personnalité morale (ce qui rend inutile ces conseils) ou bien cela suppose que la collectivité décentralisée soit dotée de la personnalité morale, ce qui revient à réintroduire toutes les personnes décentralisées comprenant ainsi les groupements de collectivités territoriales, c'est-à-dire les établissements publics territoriaux.

Par conséquent, l'hypothèse que les collectivités locales comprennent en sus des collectivités territoriales les établissements publics territoriaux n'est pas invalidée. On comprend d'autant mieux ce souci du Constituant en 2003 de mettre un terme définitif à l'ambiguïté contenue dans la terminologie « collectivités locales ». En écartant ces structures par la suppression de l'expression « collectivités locales », les établissements publics territoriaux disparaissent de la Constitution. On est amené à penser que les groupements de collectivités remplacent sans équivoque possible ces établissements publics, contenus sous le vocable de « collectivités locales ».

La réforme constitutionnelle de 2003 a, de plus, renforcé la notion constitutionnelle de collectivité territoriale par l'inscription dans la norme fondamentale de la région, dont le statut n'était que législatif. Clôturant un long chapitre relatif à l'organisation territoriale de l'État, le pouvoir constituant dérivé a donc mis sur le même pied d'égalité les régions et les collectivités locales traditionnelles (communes et départements). Désormais, la notion de collectivité territoriale apparaît clairement définie et correspond à une liste déterminée par des critères prévus à l'article 72 de la Constitution. Cependant, cette liste peut être modifiée par une voie différente, celle du regroupement de collectivités territoriales.

²⁵⁶ Pour les deux citations, *ibid.*, pp. 47-48

§2 Du regroupement des collectivités territoriales aux groupements de collectivités territoriales

La notion de collectivité territoriale n'est pas la seule à être introduite dans le texte constitutionnel en 1946. La question de l'organisation administrative a aussi été abordée, sur le plan constitutionnel, par la possibilité de regrouper les collectivités territoriales afin de répondre à la taille modeste de ces dernières. C'est ainsi qu'un terme proche étymologiquement du groupement a été inséré dans la Constitution de 1946, celui de « regroupement ». Cependant, cette solution repose sur la seule volonté de l'État et, dans ce sens, le « regroupement » est un faux-ami constitutionnel du groupement (A). La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales intègre toujours la nécessité de prendre en compte la volonté des collectivités membres, critère que l'on a déjà remarqué sur le plan administratif (B).

A. Le regroupement : le faux-ami constitutionnel

Bien que la révision constitutionnelle de 2003 ait fait disparaître l'expression de collectivité locale, force est de constater que d'autres termes ont pu être employés dans les constitutions antérieures. A ce titre, la Constitution du 27 octobre 1946 est particulièrement fournie notamment dans ses articles 86 et 89. Le premier précise que *« Le cadre, l'étendue, le regroupement éventuel et l'organisation des communes et départements, territoires d'outre-mer, sont fixés par la loi »* et le second dispose que *« Des lois organiques étendront les libertés départementales et municipales ; elles pourront prévoir, pour certaines grandes villes, des règles de fonctionnement et des structures différentes de celles des petites communes et comporter des dispositions spéciales pour certains départements ; elles déterminent les conditions d'application des articles 85 à 88 ci-dessus. Des lois détermineront également les conditions dans lesquelles fonctionneront les services locaux des administrations centrales, de manière à rapprocher l'administration des administrés »*. On peut extraire le mot « regroupement » dont la proximité de sens avec celui de groupement est évidente.

Il pose toutefois des difficultés dans la mesure où il semble utile de voir s'il a exactement la même signification que celle de groupement. Pour certains auteurs, cette hypothèse ne fait

aucun doute. Par exemple, M. HOUSER estime, dans sa thèse, que les établissements publics de coopération intercommunale sont reconnus explicitement par l'utilisation du terme « regroupement »²⁵⁷. Nous doutons quelque peu de cette synonymie.

Tout d'abord, on ne peut mettre en parallèle le projet du Conseil d'État présenté sous Vichy et les travaux préparatoires de l'Assemblée constituante. Il y a certes une forme de continuité sous l'angle de la réforme administrative en raison du problème récurrent de l'émiettement communal. Mais il est difficile d'en déduire une continuité constitutionnelle entre les deux régimes. Cette rupture est très nette en ce qui concerne les syndicats de communes et les régions. Pour les premiers, l'ordonnance du 9 août 1944 rétablissant la légalité républicaine est sans appel puisqu'elle abrogea la loi du 31 octobre 1941 relative aux délégations spéciales des syndicats de communes et celle du 28 février 1942 portant simplification et coordination de l'administration départementale et municipale. Quant aux secondes, elles bénéficièrent d'un sursis dans la mesure où le Gouvernement provisoire s'appuya sur les circonscriptions régionales existantes pour mettre en place les commissariats régionaux de la République²⁵⁸. Toutefois, l'Assemblée nationale constituante constata expressément lors de la séance du 22 mars 1946 la nullité des services régionaux du Gouvernement de Vichy et supprima également les commissariats régionaux. Aussi, il nous semble très difficile d'établir une continuité juridique entre les propositions du rapporteur H. PUGET visant clairement l'élaboration d'une Constitution pour le régime de Vichy et la future de la Constitution de 1946.

En revanche, l'origine de l'article 86, où est mentionné le terme regroupement, de la future Constitution de la IV^{ème} République se trouve bien dans la proposition déposée par le parti socialiste. Cette inscription constitutionnelle n'allait pourtant pas de soi en raison de sa dimension purement administrative. Son maintien n'est dû qu'à la volonté d'inscrire deux niveaux de collectivités territoriales et de refuser la création d'un troisième niveau, notamment régional. La place de l'article 114 du projet du 19 avril 1946, devenu article 86, est le résultat d'un compromis entre les différents partis politiques. En effet, la délibération du rapport sur les collectivités locales a commencé par une nouvelle discussion générale à propos d'un net désaccord sur le nombre de collectivités reconnues. MM. CAPITANT et VIARD proposèrent

²⁵⁷ M. HOUSER, *op. cit.*, p.216

²⁵⁸ Ordonnance du 10 janvier, 1944, p. 20

un amendement²⁵⁹ afin d'ouvrir la possibilité au législateur de créer de nouvelles collectivités. Avant le vote, le Président de la séance G. MOLLET résuma l'alternative en indiquant que « *le texte de M. Pascal COPEAU²⁶⁰ est limitatif et fixe définitivement le nombre de collectivités territoriales, tandis que le texte de M. VIARD maintient la possibilité d'autres créations* »²⁶¹. Le choix se porta sur le texte de P. COPEAU par 23 voix contre 13 et, plus important, il ne fut pas remis en question par la rédaction définitive du projet de constitution du 19 avril ou de la Constitution du 27 octobre 1946. Après cet échec, M. FONLUPT-ESPERABER, défenseur de la région, demanda à ce que l'article sur le regroupement des collectivités, placé en dernière position d'après le rapport, soit transporté à la suite de l'article adopté, ce qui fut accepté. Il en résulte qu'aucune autre création de collectivité territoriale n'est possible mais qu'il peut être envisagé des regroupements de structures existantes. Ainsi le regroupement concerne à la fois les communes, les départements, voire les territoires d'outre-mer. Quant à la seconde assemblée constituante, la Commission constitutionnelle a dans un premier temps rejeté cet article en considérant, selon H. TEITGEN, « *qu'il était inutile, puisqu'il se borne à renvoyer à des lois ultérieures* »²⁶². Le terme regroupement, par le truchement de cet article, n'a été réintégré dans le texte constitutionnel que très tardivement. Le député LEENHARDT réintroduisit cette disposition lors de la séance du 21 septembre 1946 avant qu'elle ne fût validée, sans débat spécifique d'ailleurs pour cet article, par l'Assemblée constituante. Il ressort de la genèse de cet article que le regroupement des collectivités ne concerne pas uniquement l'intercommunalité ou les communes ; la question régionale est aussi sous-jacente dans cet article. Par conséquent, il n'y a pas de reconnaissance explicite des établissements publics de coopération intercommunale. Au contraire, les travaux préparatoires démontrent plutôt que l'on veut substituer des communes ou des départements plus grands à ceux qui existent. Le rapport de G. MOLLET sur les collectivités locales est extrêmement clair sur ce point : la définition des collectivités locales n'impliquait pas le maintien de limites existantes. Ainsi, « *cette décision [de garantir le statut constitutionnel des communes et des départements] n'implique nullement*

²⁵⁹ La rédaction de cet amendement est le suivant : « *La République française, une et indivisible reconnaît l'existence de collectivités territoriales ayant la personnalité civile et le droit de s'administrer librement dans le cadre de lois générales de la nation. Ce droit est garanti par la présente constitution aux communes et aux départements, ainsi qu'aux territoires et fédérations d'outre-mer* », Ibid., p. 506

²⁶⁰ L'amendement est ainsi rédigé : « *La République française, une et indivisible reconnaît l'existence de collectivités territoriales. Ces collectivités sont les communes, les départements, les territoires et fédérations d'outre-mer. Celles-ci s'administrent librement conformément aux lois générales de la nation* », ibid., p. 506

²⁶¹ Ibid., p. 506

²⁶² *Compte rendu analytique des séances de la deuxième Commission de la Constitution*, séance du vendredi 19 juillet 1946, p. 170 et la justification de cette suppression est indiquée à la page 172.

*l'obligation de maintenir communes et départements sous leur forme et dans leurs limites présentes. Au contraire, des regroupements apparaissent nécessaires, mais il appartiendra à l'Assemblée ou au gouvernement de les réaliser par des lois ordinaires »*²⁶³. Par conséquent, on remarque que les communes ou les départements peuvent être également fusionnés sans pour autant établir une structure de coopération.

En outre, les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 confirment le sens donné à la notion de regroupement. Sans être cité explicitement dans la Constitution, l'article 86 relatif au regroupement a été, nous l'avons déjà noté, réintroduit lors des débats devant le Comité consultatif constitutionnel. On rappelle seulement que les députés défendaient la compétence du législateur dans ce domaine.

Ainsi, le regroupement de collectivités ne vise pas particulièrement à former une structure de coopération classique mais plutôt à faire disparaître des collectivités de même nature dans une seule collectivité, de dimension beaucoup plus large appartenant à la même catégorie de collectivité. Autrement dit, le regroupement de communes correspondrait davantage, il nous semble, à l'essai de fusions de communes prévues dans la loi de 1971. La dernière loi en date du 16 décembre 2010 confirme cette logique et l'applique, en l'élargissant, aux autres catégories de collectivités puisque le chapitre IV relatif « *au regroupement et modification des limites territoriales des départements et des régions* » permet dorénavant de fusionner des régions ou des départements entre eux ou une région et un département. En ce qui concerne les communes, la procédure de création des communes nouvelles est une forme atténuée ou renouvelée de regroupement ou de fusion puisqu'elle permet aux communes anciennes de continuer d'exister en tant que communes déléguées. C'est ici que se situe un antagonisme juridique avec le groupement. La logique intrinsèque d'un groupement n'est pas de faire disparaître les collectivités d'origine. Nous le démontrerons d'ailleurs ultérieurement. Ainsi, le terme regroupement, bien que étymologiquement très proche du groupement, est un faux-ami constitutionnel. Néanmoins, le regroupement et le groupement ont une fonction similaire, à savoir celle d'amélioration de l'efficacité de l'action publique. C'est la raison pour laquelle ce rapprochement entre les deux démarches organisationnelles est opéré. Cependant, les processus n'aboutissent pas du tout à la même nature de structures juridiques. La logique fonctionnelle de la structure de regroupement va s'arrêter à partir du moment où elle sera

²⁶³ Rapport sur les collectivités locales, *Compte rendu analytique des séances de la première Commission de la Constitution*, annexe de la séance du mercredi 6 mars 1946, p. 508

constituée. Elle aura à partir de sa création la nature d'une collectivité territoriale. Par exemple, l'article L. 2113-10 du CGCT affirme expressément que « *la commune nouvelle a seule la qualité de collectivité territoriale* ». Dès lors, cela signifie que la nouvelle structure change non seulement de catégorie juridique mais également de nature. Cette qualification traduit le passage de la logique fonctionnelle à la logique territoriale, c'est-à-dire que le territoire, définissant un cercle d'habitants, marque la reconnaissance d'une nouvelle structure juridique territoriale en remplacement des anciennes, qui ont perdu, quant à elles, leurs qualités de collectivité territoriale. C'est la signification de l'adjectif « *seule* » dans l'article précité.

Il en résulte que la signification du regroupement n'a ni la même finalité ni la même logique que celle du groupement. Il convient de voir maintenant comment est apparu ce dernier dans la Constitution et si la logique diffère de celle du terme regroupement.

B. L'apparition des groupements : une structure constitutionnelle émanant des collectivités territoriales

L'apparition du terme groupement dans la Constitution en 2003 n'est pas fortuite. Absent du projet de loi constitutionnel initial, l'emploi de mot résulte initialement d'un refus d'inscrire les établissements publics de coopération intercommunale dans la Constitution par le pouvoir constituant dérivé. Cependant, cette position est le fruit d'un long débat entre les défenseurs de l'inscription des structures intercommunales dans la Constitution et ceux qui l'estimaient prématurée. Cette discussion met en exergue, d'une part, le fait que seules les collectivités territoriales bénéficient d'une protection constitutionnelle.

L'origine même de l'amendement 41 rectifié bis²⁶⁴ provient, semble-t-il, de la volonté d'inscrire, selon l'expression de P. MAUROY, les « *communautés à fiscalité propre* » dans la liste des collectivités territoriales. L'ancien Premier ministre indique clairement qu'un accord était intervenu pour intégrer ces structures à la liste des collectivités territoriales. Autrement dit, ces communautés sont considérées, dans l'esprit de l'ancien président de la Communauté urbaine de Lille, comme des collectivités territoriales. Selon lui, « *Les conseils des communautés à fiscalité propre, qu'il s'agisse des communautés urbaines, des communautés d'agglomération ou des communautés de communes, sont composés d'élus au second degré.*

²⁶⁴ On rappelle que cet amendement a introduit le terme groupement dans la Constitution. Cette référence numérique complexe montre indirectement les incertitudes et les débats entourant cette notion de groupement.

*Ces conseils prélèvent l'impôt et votent leurs dépenses. Il est vrai que les communes ont longtemps résisté, mais il est également vrai que, depuis quelques années, nous assistons à un mouvement populaire très fort d'adhésion des maires. Il aurait été impossible de créer toutes ces communautés de communes, ces communautés d'agglomération et ces communautés urbaines s'il n'y avait pas eu ce mouvement »*²⁶⁵. Elles sont donc des collectivités territoriales. Cependant, cet accord politique intervenu lors de l'Assemblée générale des communautés urbaines de France entre le Premier ministre J. P. RAFFARIN, MM. MAUROY, HOEFFEL et GAUDIN va être profondément modifié. Lors de la séance du 31 octobre 2002, P. MAUROY note que l'amendement insérant le groupement dans la Constitution est un recul par rapport à ce qu'il a proposé. C'est ce que confirme aussi le rapporteur R. GARREC lors de la Commission des lois du 5 novembre 2002²⁶⁶. Quels sont les arguments principaux étayant ce refus de compléter la liste des collectivités territoriales avec les groupements à fiscalité propre ?

On peut en retenir deux : le premier réside dans l'absence d'application de tous les critères de la collectivité territoriale aux EPCI à fiscalité propre et le second vise essentiellement à préserver le processus intercommunal en cours. Or cette double argumentation est complémentaire et prépare l'introduction de l'amendement futur inséré dans la Constitution. Cette complémentarité naît, d'une part, du refus du Constituant d'identifier les groupements à fiscalité propre aux collectivités territoriales et de reconnaître leur rôle sur le plan constitutionnel. Autrement dit, les structures intercommunales ne font pas parties des collectivités territoriales en raison notamment du mode d'élection des conseils communautaires. Ainsi, le sénateur P. GIROD estime que « *Pour ma part, j'en reste à l'idée selon laquelle elle est un moyen intéressant, essentiel même, mais qu'il ne s'agit pas d'une collectivité territoriale au sens précis du terme. Deuxième raison : dans l'état actuel des textes, les délégués des communes dans les structures intercommunales n'ont pas l'obligation légale de rendre compte de la totalité de ce qu'ils font en tant que responsables intercommunaux, même pas au conseil dont ils sont issus* »²⁶⁷. D'autre part, le Constituant veut préserver le mouvement de coopération institutionnel approfondi entre les communes initié par la loi Chevènement. Or le fait de constitutionnaliser les groupements à fiscalité propre en les intégrant dans la liste énumérative

²⁶⁵ Sénat, Débats, séance du 31 octobre 2002, p. 4

²⁶⁶ R. GARREC indique « A l'article 4 du projet de loi constitutionnelle (libre administration des collectivités territoriales), il a observé que MM. Daniel Hoeffel et Jean-Claude Gaudin avaient modifié substantiellement leur amendement n°41 rectifié, devenu un amendement n°41 rectifié bis », Séance du 5 novembre 2002, p. 1

²⁶⁷ P. GIROD à propos du sous amendement n°245, ajoutant les communautés à fiscalité propres à la liste des collectivités territoriales, Sénat, débat, séance du 31 octobre 2002, p. 5

des collectivités fait craindre aux élus municipaux de voir disparaître leurs communes, ces dernières étant en concurrence avec les EPCI à fiscalité propre devenues collectivités territoriales. En effet, comme le dit G. LONGUET, « *lorsque vous nous proposez d'instaurer une intercommunalité avec un statut constitutionnel, vous ne nous dites pas, en définitive, si vous souhaitez créer deux ou quatre niveaux. Or la question se poserait si nous adoptions ce sous-amendement. (...) Mais il me semble, monsieur Mauroy, que votre intention n'est pas de faire disparaître les communes rurales. En tout état de cause, nous n'en prendrions pas la responsabilité publiquement ! Pourquoi alors entretenir une ambiguïté en créant un quatrième échelon qui réduirait les maires à n'être que des exécutants des règlements de police, alors que le pouvoir se concentrerait au niveau de l'intercommunalité* »²⁶⁸. Tous les amendements relatifs aux changements de statut des groupements à fiscalité propre seront écartés sur le fondement de ce raisonnement. Mais cette position nette pose problème quant à la reconnaissance constitutionnelle de l'intercommunalité. En effet, le Constituant souhaite que les structures juridiques de coopération entre collectivités puissent être reconnues en raison de leur réussite, de leur efficacité et de leur réalité institutionnelle dans le cadre de la décentralisation. Or, le sous-amendement 245 fait référence à un amendement, adopté, de la commission des lois ajoutant à la liste des collectivités territoriales, les collectivités à statut particulier. Et cette liste limitée s'identifie uniquement aux structures de la décentralisation territoriale. De ce fait, on ne peut qu'en conclure à l'exclusion des groupements du cercle de la décentralisation réalisée par les collectivités territoriales. Force est de constater que ces structures de coopération de collectivités territoriales relèvent toujours du champ de la décentralisation. Le fait qu'elles émanent, non exclusivement, des collectivités territoriales prouve qu'elles sont un prolongement institutionnel de la décentralisation territoriale.

Dès lors, la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales fait partie du champ de la décentralisation. L'amendement de repli de D. HOEFFEL, considéré comme dénaturé par P. MAUROY, conforte cette logique. Cet amendement ajoutant le terme groupement à la Constitution a pour objet : « *les groupements de collectivités territoriales représentent une structure complémentaire des collectivités et leur existence doit être affirmée sans équivoque* »²⁶⁹. Cette existence démontre bien que la coopération locale se trouve consacrée par le truchement des institutions représentatives de la coopération institutionnelle,

²⁶⁸ Sénat, Débats, *Ibid.*, p.5

²⁶⁹ Amendement de MM. HOEFFEL, GAUDIN, DARNICHE, LORRAIN, HYEST et MERCIER, n°41 rectifié bis en date du 30 octobre 2002

c'est-à-dire le groupement de collectivités territoriales. La complémentarité évoquée nous laisse à penser que les collectivités territoriales associées s'expriment au sein du groupement et qu'elles participent au moins à leur fonctionnement, si ce n'est à la création de l'institution de coopération. La volonté étatique n'est pas non plus absente, elle a même eu tendance à vouloir s'imposer par rapport à celles des collectivités membres de la structure de coopération. Les premiers textes législatifs relatifs à l'intercommunalité montrent cette prédominance de la volonté étatique au détriment de celles des communes. Le statut des communautés urbaines, né en 1966, sont l'expression de la volonté étatique de mettre en œuvre sur le territoire ce modèle de coopération imposé ou ce prêt-à-porter institutionnel urbain. Cette antériorité de ces structures apparaît dans les débats constitutionnels et induit G. LONGUET à hiérarchiser les différents groupements. Il précise ainsi que *« A l'autre extrémité, se trouvent (...) les communautés urbaines, qui sont au nombre de quatorze en France. Le fait de leur conférer un statut constitutionnel, tout en sachant que les trois autres niveaux ont des assemblées délibératives élues au suffrage universel direct, nous conduira inévitablement à nous interroger sur la nature, l'organisation et le mode de scrutin que nous retiendrons pour les intercommunalités urbaines. Quelle place accorder à ces collectivités par rapport au département et à la région ? »*²⁷⁰. Une réponse partielle a été apportée à cette question prémonitoire par la loi du 16 décembre 2010 avec la création des métropoles. On remarque aussi que cette question s'articule autour de la répartition des compétences entre les différents conseils élus et relève par définition de la décentralisation. La loi sur l'affirmation des métropoles interroge aussi sur cette articulation entre l'existence d'un groupement sur un territoire donné et sa coexistence avec d'autres collectivités de niveau différent (département et région). Nous sommes donc en présence d'une structure avancée avec les communautés urbaines. Au-delà de cette filiation historique, l'aspect complémentaire des collectivités et des groupements peut se comprendre que dans le cadre de la décentralisation. Écarté du champ de la décentralisation territoriale constitutionnelle, le groupement n'a vocation qu'à permettre un meilleur exercice des compétences, des tâches qui incombent aux collectivités territoriales.

Cependant, l'inscription constitutionnelle du groupement interviendra d'abord dans le seul cas de l'expérimentation. Ceci est confirmée par P. DEVEDJIAN qui indique que *« Dans la suite du débat, le Gouvernement se montrera favorable à ce que ces groupements puissent bénéficier du droit à l'expérimentation. Ils entreront de cette manière dans la Constitution.*

²⁷⁰ Sénat, Débats, séance du 31 octobre 2002, *JORF électronique*, p. 5

*L'accord qui vous a été donné par le Premier ministre sera ainsi respecté par le Gouvernement »*²⁷¹. Le bénéfice de cette inscription ne s'arrêtera pas là puis qu'ils auront également la possibilité d'être chef de file. Ces deux procédures vont notamment marquer la genèse de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales, ce qu'il convient maintenant d'étudier.

²⁷¹ *Ibid.*

TITRE 2 : L'émergence constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales

Lorsque l'on évoque l'article 72 C, on pense immédiatement aux collectivités territoriales mais rien ne prédisposait à ce que les structures les regroupant puissent être introduites dans notre norme fondamentale. Après tout, les groupements de collectivités territoriales sont issus du droit administratif et n'ont pas de raison particulière pouvant justifier cette consécration constitutionnelle. Or l'apparition de la notion de groupements de collectivités territoriales est la conséquence directe de l'insertion d'un principe majeur du droit de l'organisation des États, à savoir le principe de subsidiarité. L'alinéa 2 de l'article 72 précise, en effet, que « *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* ». Principe de fonctionnement de l'Union européenne²⁷², il vise à permettre l'exercice d'une compétence donnée à l'échelon le plus pertinent. Il s'agit d'un principe de répartition des compétences entre différentes institutions. Il n'est pas neutre dans l'introduction du groupement dans le texte suprême français, ce que nous aurons l'occasion d'étudier de façon plus approfondie dans la seconde partie. Dans une première approche, la rédaction de ce principe dans la Constitution se réfère aux collectivités territoriales et non aux relations entretenues entre elles. Le Conseil constitutionnel considère que cette formulation n'emporte pas de normativité réelle²⁷³. Par conséquent, on comprend aussi qu'il ne peut être invoqué au titre des droits et libertés que la Constitution garantit²⁷⁴. Néanmoins, ce principe se décline dans l'article 72 C par deux mécanismes posés aux alinéas suivants à savoir : l'expérimentation et l'action commune. Ces deux autres outils sont l'application directe du principe de subsidiarité dans la mesure où ils ont pour objectif d'aboutir à une meilleure répartition des compétences. Ce dernier objectif correspond à une logique fonctionnelle, c'est-à-dire à la question, très générale, de savoir comment sont attribuées les tâches ou les missions à différents organes. Ce cadre juridique fonctionnel est l'un des ressorts de l'introduction du groupement dans la Constitution.

²⁷² Article 5 du Traité sur l'Union européenne

²⁷³ Cons. Const., décision 2005-516 DC du 7 juillet 2005

²⁷⁴ CE, 21 septembre 2012, *Commune de Vitry sur Seine (QPC)*

Le principe de subsidiarité suppose aussi que la structure à laquelle on a confié une attribution donnée puisse l'exercer réellement. Si cet élément matériel vient à manquer, on ne répond plus au principe de subsidiarité. C'est la raison pour laquelle les garanties financières constitutionnelles accordées à des entités infranationales sont la traduction concrète de ce principe de subsidiarité. Autrement dit et plus spécifiquement sur notre sujet, cela correspond à la capacité d'assurer l'exercice d'une compétence par les moyens octroyés. En effet, une collectivité territoriale peut être considérée comme incapable si elle ne dispose pas des moyens nécessaires à l'exercice de ses compétences. Ainsi, il y aurait neutralisation du principe de subsidiarité par cette absence de ressources. L'article 72-2 C permet donc à chaque collectivité territoriale de bénéficier de ressources suffisantes et garantit, *a minima*, l'objectif d'une mise en œuvre à leur échelon des missions confiées. Cet article 72-2 C reconnaît implicitement un groupement particulier à savoir l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. En effet, les nombreux transferts des communes vers ce type de groupement particulier nécessitent la prise en compte des flux financiers entre les collectivités territoriales et le groupement dont elles sont membres et auquel elles ont transféré un certain nombre de compétences. Il apparaît alors nécessaire de mesurer le poids financier de ces transferts dans le calcul de l'autonomie financière de la catégorie des communes. Dès lors, la reconnaissance constitutionnelle implicite du groupement à fiscalité propre devient incontournable.

On étudiera, dans un premier temps, le cadre juridique fonctionnel de l'apparition du groupement (Chapitre 1) avant de voir, dans un second temps, la particularité des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le cadre juridique fonctionnel de l'apparition des groupements de collectivités territoriales

La réforme constitutionnelle de 2003 a mis en exergue l'organisation décentralisée de la République. De prime abord, on pourrait dire que ces dispositions concernent uniquement les institutions constitutionnelles décentralisées de la République, à savoir les collectivités territoriales et celles dotées d'un statut particulier. A ce titre, le projet de loi initial déposé au Sénat en 2003 ne visait que ces structures listées à l'article 72 C. Le groupement de collectivités territoriales n'est pas apparu immédiatement et est ressorti lors des débats constitutionnels. Il s'avère donc qu'un organe décentralisé est ajouté à notre norme fondamentale de manière indirecte. Il est alors légitime de s'interroger sur l'évolution de ce texte au regard de notre objet d'étude. Comment le groupement a-t-il été intégré dans la Constitution par la loi du 28 mars 2003 ? Les deux dispositions, citant expressément le groupement, concernent l'expérimentation et l'action commune. Elles sont deux mécanismes supplémentaires ouverts aux collectivités territoriales pour l'exercice de leurs compétences. Dans ce sens, ces deux dispositifs tendent à répondre à une meilleure répartition des tâches ou des missions à accomplir. En effet, l'expérimentation intervient en amont de l'attribution d'une compétence à une entité puisqu'elle déroge à une organisation établie. En ce qui concerne la collectivité chef de file, il y a la volonté de coordonner l'action de plusieurs organismes compétents. Ceci correspond donc au problème de la structure fonctionnelle, à savoir « *à combien d'appareils, d'organes, de corps administratifs distincts, cet ensemble de tâches va-t-il être confié ou est-il confié ?* »²⁷⁵. En recherchant à répondre à cette question, le Constituant a été amené à réfléchir aux structures qui pouvaient porter l'action commune ou l'expérimentation. Il résulte du débat constitutionnel de 2003 que le groupement de collectivités territoriales est légitime pour bénéficier de ces deux dispositifs constitutionnels. On comprend, dès lors, beaucoup mieux son apparition dans la norme fondamentale. De la résolution d'un problème de nature fonctionnelle est née l'insertion d'une structure fonctionnelle dans la Constitution. Il convient toutefois de préciser que l'approche fonctionnelle constitutionnelle, telle que nous l'avons définie, ne peut être réduite ou englobée dans un cadre purement administratif, où la méta-notion de notion fonctionnelle a eu

²⁷⁵ C. EISENMANN, Les structures de l'administration », in *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, p. 268

une place importante pendant de nombreuses décennies²⁷⁶. Le cadre juridique fonctionnel, dans le domaine constitutionnel, se réfère à la façon dont sont exercées les attributions des organes cités dans la Constitution. La spécificité du groupement par rapport aux autres institutions tient à une introduction *a posteriori* alors que les autres organes constitutionnels font parties intégrantes du texte suprême²⁷⁷. Cette logique fonctionnelle nous permet dès lors de mieux appréhender le groupement. C'est pourquoi nous étudierons successivement les groupements de collectivités territoriales comme structures fonctionnelles de l'expérimentation (Section 1) et comme structures fonctionnelles de l'action commune (Section 2).

²⁷⁶ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009.641

²⁷⁷ La plupart des titres de la Constitution se réfère à des institutions : Le Président de la République, Le Gouvernement, Le Parlement, des collectivités territoriales...

Section 1 : Les groupements de collectivités territoriales, structures fonctionnelles de l'expérimentation

Le groupement de collectivités territoriales apparaît, une première fois, dans la Constitution dans le cadre de l'expérimentation. Celle-ci peut concerner différentes institutions : l'État, les collectivités territoriales et, donc, les groupements. On peut se poser la question de savoir si le groupement était initialement prévu pour porter une expérimentation. En effet, rien ne prédisposait à l'introduction dans notre norme fondamentale d'une structure de coopération de nature administrative à côté de l'État et des collectivités territoriales lors de la constitutionnalisation de l'expérimentation. Cela est d'autant plus vrai que l'amendement introduisant le groupement dans la Constitution a été acté en première lecture au Sénat et que l'Assemblée nationale ne s'est pas opposée véritablement à cet ajout. Le lien entre l'expérimentation et le groupement a même été souligné dans la mesure où le groupement, terme imprécis, pouvait évoluer en fonction d'une nouvelle organisation. Comme le précise le rapport de l'Assemblée nationale en première lecture, « *[le rapporteur] a observé que la relative imprécision de la notion de groupement présentait l'avantage de garantir l'adaptation du dispositif constitutionnel proposé aux éventuelles évolutions futures de l'organisation administrative* »²⁷⁸. On en déduit que l'évolution du régime juridique de l'organisation administrative est le fondement de l'introduction constitutionnelle du groupement et son inscription dans l'expérimentation paraît alors naturelle. De cette souplesse de la notion de groupements, le recours à la méthode du faisceau d'indices devient incontournable. L'application de cette technique nous amènera à une analyse approfondie de l'expérimentation pour mettre en exergue les potentiels groupements de collectivités territoriales concernés.

En outre, l'administrativisation de la Constitution marque aussi le caractère fonctionnel de cette réforme. L'expérimentation permet, par définition, de faire évoluer le régime juridique des collectivités territoriales ou de l'État. Dans ce cadre fonctionnel, l'extension de l'expérimentation aux groupements (§1) mérite une analyse tant du point de vue de l'expérimentation prévue à l'article 37-1 C qu'à l'article 72 alinéa 4 C. Il conviendra ensuite de

²⁷⁸ P. CLEMENT, *Rapport n° 376 de fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, AN, 18 novembre 2002, 98 p., p. 95

déterminer en raison du caractère fonctionnel de l'expérimentation, les groupements concernés (§2).

§1. L'extension de l'expérimentation constitutionnelle aux groupements

L'expérimentation prévue par la Constitution résulte de la difficulté d'intégrer une procédure dérogatoire au principe général d'égalité des citoyens devant la loi. C'est la raison principale pour laquelle l'expérimentation est inscrite au niveau de la norme fondamentale. Or, l'expérimentation est aussi la première voie ouverte à l'introduction du groupement dans la Constitution. La détermination constitutionnelle des groupements pouvant expérimenter nécessite de comprendre la notion d'expérimentation nationale ou locale, qui s'inscrit dans un cadre purement fonctionnel (A). Par voie de conséquence, l'extension de l'expérimentation nationale ou locale aux groupements, structure également fonctionnelle, semble logique et permet à cette dernière une reconnaissance constitutionnelle (B).

A. De la nature fonctionnelle de l'expérimentation

L'expérimentation constitutionnelle est constituée de deux types distincts : l'expérimentation nationale et l'expérimentation locale. Le groupement est-il inscrit dans ces deux logiques ? Peut-on supposer que le groupement ne vise que l'expérimentation locale ? Pour répondre à ces interrogations, il convient de voir la nature commune de ces deux expérimentations, à savoir une nature fonctionnelle (1). Il y a cependant une opposition conceptuelle entre ces deux expérimentations que l'on tentera de surmonter (2). Le groupement de collectivités territoriales, exprimant lui aussi cette opposition, nous permettra d'expliquer sa nature ambivalente.

1) La dualité fonctionnelle de l'expérimentation

L'expérimentation est une méthode scientifique importée dans le domaine du droit²⁷⁹. Définie comme un processus, l'expérimentation n'est pas, cela va sans dire, une structure juridique. Cette démarche est, certes, dynamique dans la mesure où elle suit ce protocole

²⁷⁹ Pour rappel, la difficulté de cette transposition d'une discipline scientifique à une autre, en particulier dans les sciences humaines est qu'elle ne peut se faire sans modification de la démarche. Celle-ci se déroule en trois étapes et se concilie mal à la logique formelle du droit. Elle suit en effet un cheminement intellectuel classique : tout d'abord est émise une hypothèse, suivie d'une expérience et enfin, il est procédé une évaluation.

scientifique mais il semble difficile de l'intégrer dans la recherche de la nature et l'identification du groupement de collectivités territoriales. Néanmoins, la nature de l'expérimentation ne peut se concevoir, en droit, sans référence à une structure porteuse, c'est-à-dire qu'elle sera initiée par un organe juridique. Force est de constater d'ailleurs que l'on essaye de qualifier l'expérimentation à partir d'autres épithètes : elle peut être normative, législative, réglementaire, nationale ou locale... Ces adjectifs renvoient bien évidemment aux structures qui vont expérimenter : le pouvoir exécutif, le législateur, le gouvernement, l'État, les collectivités territoriales ou un groupement de ces dernières. De cette diversité d'utilisateurs, peut-on qualifier pour autant l'expérimentation de procédure fonctionnelle ? Autrement dit, l'expérimentation répond-elle à la question juridique de la répartition des tâches ou de la détermination du cercle des destinataires. La réponse semble simple, dès lors que son objectif est de moderniser à la fois l'État et les politiques publiques ainsi que d'accroître l'efficacité de l'action publique. Elle vise donc un objectif fonctionnel puisqu'elle est une expérience permettant de mieux répartir ou gérer les fonctions des organes pratiquant l'expérimentation²⁸⁰. Cependant, elle peut aussi répondre à la seconde interrogation, étant donné que l'expérimentation « *permet de tester une nouvelle mesure à une petite échelle afin d'en mesurer les avantages et les inconvénients, de l'améliorer avant de l'adopter, ou d'y renoncer si elle s'avère peu pertinente* »²⁸¹.

L'expérimentation sera fonctionnelle²⁸² si et seulement si elle n'intéresse que la répartition des tâches de l'organe concerné. Il faut donc analyser les structures pouvant tenter une expérimentation. Or, toutes les expérimentations passées, quelle que soit la structure juridique la mettant en œuvre, ont pour point commun de converger vers l'organe suprême central, c'est-à-dire l'État. Ainsi, il y a bien neutralisation du critère territorial. C'est la raison pour laquelle la crainte, souvent exprimée, de la perte de l'indivisibilité de la République peut être écartée car l'expérimentation est maîtrisée en totalité par l'État ou plutôt par ses organes (parlement, gouvernement). Que l'expérimentation soit suivie par un établissement public ou par une collectivité territoriale, cela constitue une forme de délégation conditionnée de la part de l'État. On remarque donc que le groupement de collectivités territoriales est concerné en tant qu'établissement public ou en tant que structure territoriale. Dès lors, il apparaît normal que le

²⁸⁰ Ce n'est pas pour rien que le premier auteur à s'intéresser à l'expérimentation en droit la décrit dans le domaine des réformes. J. BOULOUIS indique dès l'introduction que la méthode expérimentale a pour but d'« *aider au perfectionnement des procédures de décision et de gestion, [et] a très vite conquis le domaine plus vaste de l'organisation administrative* », p. 29-30, J. BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes » in *Mélanges offerts à L. TROTABAS*, LGDJ, 1970, pp. 30-40.

²⁸¹ G. LONGUET, *Rapport n°408 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Sénat, 16 juillet 2003, p. 23.

²⁸² Nous entendons l'adjectif « fonctionnel » conformément à la théorie des structures de C. EISENMANN afin de différencier les structures fonctionnelles des structures territoriales.

législateur ou/et, en complément, les juges constitutionnel et administratif aient toujours pris la précaution de l'encadrer sévèrement. En tout état de cause, la collectivité territoriale ou le groupement est véritablement subordonné au pouvoir de l'État puisque ce dernier peut déterminer ou régler la conduite de la collectivité ou de son groupement. Ainsi, l'expérimentation a une vocation purement fonctionnelle, compte tenu de la prééminence de l'organe suprême.

Si l'on raisonne maintenant à partir de l'État, cette méthode se réduit principalement à l'amélioration de la production de normes juridiques, c'est-à-dire qu'elle est un processus scientifique de création d'une norme dans le domaine législatif ou réglementaire. Cela suppose que le mécanisme traditionnel d'élaboration de la loi ou d'un texte réglementaire présente soit une carence avérée soit une insuffisance pratique. En d'autres termes, ce procédé n'a pu véritablement apparaître qu'à partir du moment où la loi a perdu de son prestige initial. C'est ce que souligne le rapporteur de la loi organique relative à l'expérimentation : « *la thèse de l'infaillibilité de la loi et du Législateur fait place maintenant à une vision plus réaliste du droit, et singulièrement de la norme législative, qui doit sans cesse appréhender des contraintes du réel multiformes et mouvantes* »²⁸³. Cette philosophie traduit *in fine* une forme de méfiance à l'égard de la loi, expression de la volonté générale. Ainsi, une brèche juridique est ouverte dans le monopole de la procédure d'élaboration de la loi par le seul Parlement. L'autorité de ce dernier est non seulement amoindrie par la rationalisation du régime parlementaire voulue par la Constitution de 1958 mais également, et ce phénomène est plus récent, par l'affaiblissement de l'efficacité de la loi. L'abaissement du Parlement a permis une reconnaissance plus grande d'autres autorités dans la production de normes juridiques, et au premier chef, le pouvoir exécutif, titulaire du pouvoir réglementaire. De ce fait, la délibération parlementaire ne devient plus l'unique procédure de légitimation d'une norme juridique. Il s'ensuit que des voies nouvelles d'élaboration des lois peuvent voir le jour et la méthode expérimentale en est le parfait exemple. L'apparition de cette dernière est concomitante de la montée en puissance du gouvernement au détriment de l'organe législatif dès l'adoption de la Constitution actuelle. Il n'est alors pas étonnant de voir l'essor de l'expérimentation débiter véritablement avec le décret du 10 avril 1962²⁸⁴ soit seulement après trois années pleines de fonctionnement de la Constitution de 1958. Comme l'écrit F. CROUZATIER-DURAND, « *il est en effet nécessaire de reconnaître que l'autorité ne suffit plus à justifier la loi, son aptitude à atteindre des objectifs*

²⁸³ M. PIRON, *Rapport n°955 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, AN, 18 juin 2003, p. 5

²⁸⁴ Décret n° 62-392 du 10 avril portant expérience d'organisation nouvelle des services de l'État dans les départements. *JORF* du 11 avril 1962, p. 3731

est désormais au moins aussi importante »²⁸⁵. La combinaison de ces deux tendances de fond va alors permettre la consécration constitutionnelle de l'expérimentation. Cependant, cette inscription constitutionnelle ne paraissait pas aller de soi et comme le remarque G. MARCOU, « aucun autre pays n'a inscrit l'expérimentation dans sa constitution »²⁸⁶. Pourquoi le Constituant français a-t-il introduit l'expérimentation dans sa norme fondamentale sachant que cette dernière était déjà pratiquée en droit français ? D'autre part, la nature fonctionnelle de l'expérimentation n'était-elle pas un obstacle à cette inscription ? Enfin, comment le groupement a-t-il été lié à cette consécration constitutionnelle de l'expérimentation ?

A la première question, il faut rappeler que la démarche expérimentale se heurte au principe d'égalité. Le respect du principe d'égalité des citoyens devant la loi s'est traduit dans la jurisprudence constitutionnelle du 17 janvier 2002 relative à la Corse réduisant les possibilités d'expérimentation. De cette opposition entre les deux principes, D. PERBEN en déduit qu'« il ne faudrait pas se priver de l'expérimentation au nom du principe d'égalité et d'un respect trop strict de ce principe »²⁸⁷. Au-delà de la possibilité de déroger au principe d'égalité en introduisant l'expérimentation au niveau constitutionnel, elle est aussi comprise comme un outil de réforme de l'État. G. MARCOU nous indique que l'expérimentation est souvent utilisée dans un processus de réforme de l'État²⁸⁸. Pour l'expérimentation locale, il s'agit plutôt d'y voir seulement des essais de transferts de compétences susceptibles d'être généralisés. La logique fonctionnelle est donc sous-jacente à la procédure de l'expérimentation, quelle que soit la structure porteuse. En effet, la vocation fonctionnelle est réelle puisque la réforme de l'État s'inscrit dans une meilleure répartition des tâches réalisées par ce dernier dans un objectif d'efficacité de l'action publique. Comme il est difficile d'opérer des changements profonds à l'échelle nationale, l'expérimentation devient nécessaire et incontournable. Or la déconcentration est aussi un mécanisme fonctionnel de réforme de l'État et la solution retenue est antagonique car l'argumentaire du Constituant a été d'éviter justement cette protection constitutionnelle pour cette dernière. En effet, le Constituant a considéré que la déconcentration ne pouvait bénéficier du statut constitutionnel car elle limiterait la capacité de l'État à se réformer²⁸⁹. Dès lors, on obtient une contradiction fondamentale entre ces deux méthodes

²⁸⁵ F. CROUZATIER-DURAND, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative » (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *RFDC*, 2003/4 n° 56, p. 675-695, p. 678

²⁸⁶ G. MARCOU, « Introduction au rapport intitulé « expérimentation et collectivités locales : expériences européennes » », in Centre d'études et de prospective, *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La documentation française, 2004, 278 p, pp. 25-26

²⁸⁷ Sénat, Débats, séance du 30 octobre 2002, *JORF électronique*, p.17

²⁸⁸ G. MARCOU, *op. cit.*, p. 24

²⁸⁹ L'hypothèse que l'expérimentation prévue à l'article 37-1 soit une disposition de la déconcentration ne serait pas cohérente avec le comportement du Constituant d'écarter toute référence express à la déconcentration. On ne peut suivre d'ailleurs le professeur B. FAURE lorsqu'il tente de montrer que l'expérimentation de l'article 37-1 de la Constitution donne à l'État « une source constitutionnelle supplémentaire pour sa déconcentration à côté de

fonctionnelles. Sachant que le statut d'établissement public s'applique aussi aux groupements, il s'agit de déterminer son appartenance juridique. Nous sommes donc en présence de deux procédés de même nature mais de régimes juridiques constitutionnels totalement différents. C'est bien entendu le sens de notre triple questionnement et il convient de rechercher les raisons juridiques de ce traitement différencié.

La nature commune fonctionnelle de la déconcentration et de l'expérimentation ne doit pas empêcher de voir les dissemblances entre ces deux concepts. En effet, le type de structure juridique permet d'expliquer à la fois la garantie constitutionnelle de l'expérimentation et le refus net pour la déconcentration d'y être insérée. Pour bien le comprendre, il faut revenir sur l'architecture de la loi constitutionnelle relative à « *l'organisation décentralisée de la République* ». Bien que le Constituant ait un pouvoir souverain, la cohérence juridique de cette loi semble peu évidente²⁹⁰. En effet, tous les articles devraient se référer au concept de la décentralisation et aux structures afférentes, à savoir les collectivités territoriales. Or l'article 2 du projet de loi constitutionnelle fait figure d'exception notable puisqu'il concerne uniquement le gouvernement et le législateur. On pourrait aussi faire mention de l'article 12 de la loi constitutionnelle²⁹¹, apparemment éloigné du sujet de la révision de 2003. En effet, cet article se réfère pourtant aux collectivités territoriales dans la mesure où il vise à accroître l'égalité des territoires dans l'élection présidentielle. Seul l'article 3 relatif au titre V de la Constitution²⁹² est véritablement singulier. Certes, l'expérimentation est le fil conducteur, le lien de rattachement de cet article au titre de la révision. Mais cela ne doit pas masquer que l'expérimentation nationale n'est pas celle des collectivités territoriales puisque l'article 72 alinéa 4 C y est totalement dédié. Comment comprendre ce rattachement à l'organisation décentralisée ? Il suffit de rappeler que l'organisation décentralisée couvre à la fois la décentralisation territoriale et la décentralisation fonctionnelle. Cette dernière peut ainsi être reliée à la nature fonctionnelle de l'expérimentation. C'est la raison pour laquelle les organes de l'État sont inscrits dans la réforme constitutionnelle de 2003. Sans l'existence de la

la référence classiquement faite aux préfets », « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Dalloz, 2004, p. 179. Voir *infra* pour cette analyse.

²⁹⁰ B. FAURE a déjà souligné cette difficulté. Il note en effet que « *Pourtant prévus dans une réforme consacrée à la décentralisation, ces dispositions sont destinées à l'État pour les besoins de ses propres réformes* », *Ibid.*, pp. 178-179

²⁹¹ Celui-ci dispose que « I. - Au premier alinéa de l'article 7 de la Constitution, les mots : « le deuxième dimanche suivant » sont remplacés par les mots : « le quatorzième jour suivant ». II. - Au troisième alinéa de l'article 13 de la Constitution, les mots : « les représentants du Gouvernement dans les territoires d'outre-mer » sont remplacés par les mots : « les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie ». III. - A l'article 60 de la Constitution, après les mots : « des opérations de référendum », sont insérés les mots : « prévues aux articles 11 et 89 » ».

²⁹² L'article 3, ancien article 2 du projet de loi constitutionnelle, indique qu'« Après l'article 37 de la Constitution, il est inséré un article 37-1 ainsi rédigé : Art. 37-1. - La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental ».

dimension fonctionnelle de l'organisation décentralisée, il aurait été difficile de comprendre la cohérence du texte adopté par le Constituant. A ce titre, le professeur M. VERPEAUX affirme que « *Même si la décentralisation est un concept juridique flou, qui ne peut en outre s'appliquer qu'à la reconnaissance des seules collectivités territoriales, à l'exclusion des autres institutions de la République, la rédaction sénatoriale visant à écrire « Son organisation territoriale est décentralisée » avait le mérite de mettre l'accent sur ce qui constitue l'aspect essentiel de la décentralisation et de ne pas entretenir de confusion avec la décentralisation technique ou fonctionnelle* »²⁹³. Il ajoute, quelques lignes plus loin, que « *cet article [72-2] complète un article 37-1 nouveau et inséré par cette révision, selon lequel « la loi et le règlement peuvent comporter des dispositions à caractère expérimental* »²⁹⁴. On en déduit que la présence des institutions étatiques nationales, par le truchement de l'article 37-1 C nouveau, dans cette loi constitutionnelle est soit illogique au regard de la définition proposée par M. VERPEAUX, soit cohérente en admettant alors la constitutionnalisation de la forme mineure de la décentralisation. De cette alternative ne reste que la seconde possibilité : l'expérimentation nationale fait bien partie de l'organisation décentralisée dite fonctionnelle sur le plan constitutionnel. On doit s'interroger quel lien existe entre l'abandon de l'adjectif territorial et le caractère complémentaire de l'article 37-1 C et 72-2 C. Il pourrait s'exprimer par l'hypothèse suivante : la décentralisation fonctionnelle ne serait pas écartée et la place de l'expérimentation nationale se justifierait par l'intermédiaire de sa dimension fonctionnelle. Cependant, il reste que, dans cette hypothèse, le lien entre l'expérimentation nationale et la décentralisation, même fonctionnelle, paraît très difficile à établir. En effet, on objectera logiquement que l'expérimentation nationale n'appartient pas *a priori* au champ de la décentralisation à l'opposé de l'expérimentation locale, qui s'appuie, elle, sur des structures territoriales. Cette apparente opposition conceptuelle doit être dépassée car elle permettra de mieux comprendre la nature constitutionnelle du groupement de collectivités territoriales.

2) L'apparente opposition conceptuelle des expérimentations nationale et locale : la dualité de nature du groupement de collectivités territoriales

Il est sans doute audacieux de prétendre que l'expérimentation nationale peut être intégrée dans le champ de la décentralisation et c'est pourquoi il convient d'analyser, à titre préliminaire, si l'expérimentation constitutionnelle nationale concerne les autorités déconcentrées. En écartant cette hypothèse, cela reviendra à intégrer l'autre facette de la

²⁹³ C'est nous qui soulignons, M. VERPEAUX, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, p. 668

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 669

décentralisation relative à la réforme de l'État, le champ de la décentralisation fonctionnelle, représentée par les établissements publics. Or le groupement de collectivités territoriales se présente exclusivement sous cette forme juridique et on pourra se poser la question si le groupement ne s'insère pas dans le cadre de cette réforme de l'État. Bien que l'article 37-1 C puisse être considéré comme une « *source constitutionnelle supplémentaire pour sa déconcentration* »²⁹⁵, plusieurs arguments s'opposent pourtant à cette possibilité.

D'une part, les débats constitutionnels de 2003 écartent totalement l'idée d'inscrire le procédé de la déconcentration dans la Constitution. A la proposition socialiste d'ajouter à l'article premier de la Constitution que « *l'État organise la déconcentration de ses pouvoirs* »²⁹⁶, est opposé fermement que « *l'organisation par l'État de ses propres services n'a rien à faire dans la Constitution* »²⁹⁷. S'y ajoute que les travaux parlementaires concernant la loi organique relative à l'expérimentation ne mentionnent nulle part la déconcentration comme fondement de l'expérimentation. Les rapporteurs du texte décrivent seulement une expérimentation constitutionnelle menée par l'État et par les collectivités conformément à la double référence des articles 37-1 C et 72 alinéa 4 C.

D'autre part, la déconcentration a pour objet de répondre au problème de l'attribution du pouvoir de décision au sein de la structure étatique²⁹⁸. Néanmoins, on introduit une dimension territoriale dans la mesure où la déconcentration implique une autorité dont la compétence est délimitée par une circonscription et subordonnée à l'autorité centrale. L'expérimentation, au sens large, est « *une méthode consistant pour une autorité publique à mettre à l'épreuve, de manière délibérée, par une série de procédés organisés (définitions d'objectifs, détermination d'un cadre spatio-temporel, procédure d'évaluation), une réforme, une règle de droit, une compétence, une politique publique, ou toute sorte de mesures ou de mécanismes, en vue d'une éventuelle généralisation après en avoir évalué les résultats* »²⁹⁹. Le lien juridique entre l'expérimentation et la déconcentration se trouve dans l'expression d'autorité publique. Certes, cette dernière peut être l'autorité déconcentrée et les exemples sont particulièrement nombreux dans le domaine de la réforme de l'État³⁰⁰. Cependant, sur le plan constitutionnel, les articles 37-1 C et 72 alinéa 4 C ne font pas références aux autorités déconcentrées mais seulement à un nombre déterminé d'institutions c'est-à-dire le législateur, le gouvernement, les collectivités territoriales et leurs groupements. Il en résulte clairement une

²⁹⁵ B. FAURE, *ibid.*

²⁹⁶ S. ROYAL, AN, Débats, 2^{ème} séance du 19 novembre 2002, *JORF AN du 20 novembre 2002*, p. 5328

²⁹⁷ D. PERBEN, AN, Débats, 2^{ème} séance du 21 novembre 2002, *JORF AN du 22 novembre 2002*, p. 5475

²⁹⁸ Nous faisons référence à la définition classique de la déconcentration.

²⁹⁹ S. DENAJA, « L'expérimentation, au cœur de la réforme de l'État (territorial) », in N. KADA (Dir.), *De la réforme territoriale à la réforme de l'État*, PU Grenoble, 2011, 296 p., p. 42

³⁰⁰ Voir article de S. DENAJA précité.

exclusion des autorités déconcentrées pouvant expérimenter dans le champ constitutionnel. Par conséquent, l'expérimentation de l'article 37-1 C ne présente pas de filiation directe avec la notion de déconcentration.

Finalement, nous devons rechercher le fondement de l'expérimentation nationale dans le cadre de la réforme constitutionnelle, à savoir l'organisation décentralisée. Quel est alors le rapport juridique entre l'expérimentation et la décentralisation ? L'interrogation semble légitime dans la mesure où, la déconcentration étant logiquement écartée, il faut établir que l'expérimentation nationale fait partie du champ de la décentralisation constitutionnelle. Elle ne peut concerner la décentralisation territoriale puisqu'un article y est consacré. Son appartenance au champ de la décentralisation fonctionnelle ne pourrait être possible que si elle a pour but d'extraire une compétence, une mission afin de la confier à une structure fonctionnelle pour l'État. Une précision doit tout de même être apportée sur cette dernière expression : neutralisée sur le plan territorial, la structure juridique aura un rôle déterminé, une fonction précise pour ce dernier. De cette définition large, on peut comprendre tout type de structure juridique, que ce soit des collectivités territoriales ou des établissements publics pour ne nommer que les plus fréquentes. Or l'expérimentation constitutionnelle n'a qu'un seul objet : c'est celui d'introduire un nouvel outil dans la Constitution pour rendre les transferts de compétences les plus efficaces possibles. Ces transferts se réaliseront vers des structures juridiques territoriales ou fonctionnelles, et, en tout état de cause, autonomes par rapport à l'État. C'est la signification première voire étymologique de la décentralisation. En outre, la qualification de fonctionnelle s'applique en raison de l'objectif de parvenir à mieux gérer les tâches de l'État. L'expérimentation constitutionnalisée se rattache donc à la décentralisation fonctionnelle et uniquement à cette dernière. On comprend en conséquence mieux pourquoi les articles relatifs à l'expérimentation font souvent référence aux transferts de compétences vers les collectivités territoriales³⁰¹. De plus, cela explique en grande partie que les transferts de compétences à titre expérimental se fondent sur l'article 37-1 C au détriment l'article 72 alinéa 4 C. En effet, c'est l'État, par le truchement de la loi ou du règlement, qui va isoler une compétence pour la transférer à une ou plusieurs structures dans le but de la généraliser ou non. Ce qui rentre parfaitement dans la définition de la décentralisation fonctionnelle.

Comme nous venons de le démontrer, l'expérimentation nationale est conforme à l'objectif fonctionnel que l'État peut s'être fixé. En revanche, l'attribution de cette procédure fonctionnelle aux collectivités territoriales nous interpelle puisque ces dernières sont des

³⁰¹ Voir les articles de J. DESPOIX, « L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales », pp. 215-222 et F. CROUZATIER-DURAND, « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », pp. 223-231 in J. F. BRISSON (Dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, L'Harmattan, 2009, 593 p.

structures territoriales. La nature des groupements de collectivités territoriales fait, elle aussi, obstacle puisque ces établissements publics émanent de ces collectivités. Il semble alors difficile de concilier les natures opposées de l'expérimentation locale et des collectivités territoriales. La procédure prévue à l'article 72 alinéa 4 C doit donc être confrontée à cette première difficulté juridique. Il faut noter ici que la plupart des commentateurs considèrent que « *l'expérimentation visée à l'article 72 est d'une autre dimension* »³⁰² que celle abordée à l'article 37-1 C. Le professeur J. M. PONTIER précise que les seules expérimentations véritablement novatrices sont « *celles qui sont dérogatoires à une norme, législative ou réglementaire. C'est cette seule seconde catégorie qui a soulevé problème, et fait l'objet de l'article 72* »³⁰³. Au-delà de la traditionnelle explication de l'encadrement de la procédure dérogatoire, il s'agit de voir en quoi cette expérimentation locale entre davantage dans le champ de la décentralisation fonctionnelle que dans celui de la décentralisation territoriale.

A priori, l'expérimentation locale se situerait pleinement dans le cadre de la décentralisation territoriale puisqu'elle concerne les collectivités territoriales et qu'elle est présentée comme l'expression du principe de subsidiarité³⁰⁴. Toutefois, l'expérimentation-dérogation est fonctionnelle non seulement par rapport à l'État mais aussi par rapport à la collectivité territoriale candidate. En effet, la dérogation accordée à la collectivité est une expérimentation ne modifiant pas le cercle des destinataires de la collectivité, c'est-à-dire l'étendue territoriale de la compétence de ladite collectivité. Pour que l'expérimentation puisse être comprise dans le cadre de la décentralisation territoriale, il faudrait que l'expérimentation concerne seulement une partie du territoire de la collectivité. Or, cette hypothèse est impossible car l'article 72 alinéa 4 C prévoit seulement que la dérogation à des dispositions législatives ou réglementaires régissant « *l'exercice de leurs compétences* ». Autrement dit, la collectivité ou le groupement, étant défini par son cercle de destinataire, n'a pas vocation à se limiter à une partie de sa population dans le cadre cette expérimentation. Il reste que l'étendue de la compétence de la collectivité ou du groupement peut être modifiée si et seulement si l'on analyse le contenu de l'expérimentation proposée comme une compétence nouvelle. Cette hypothèse est corroborée par l'analyse du professeur B. FAURE, qui se pose la question de savoir s'il faut « *lire cette expression comme une formule restrictive excluant du champ de l'expérimentation toute question d'organisation qui n'entrerait pas dans leurs compétences* ».

³⁰² Y. LUCHAIRE, « Articles 72 et 72-1 », in F. LUCHAIRE, G. CONAC, et X. PRETOT (Dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 3^{ème} édition, 2008, 2196 p., p. 1711

³⁰³ J. M. PONTIER, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 1717

³⁰⁴ Ceci fait écho à l'alinéa 2 de l'article 72, ainsi rédigé : « *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* ».

fonctionnelles ? »³⁰⁵. S'il étend son propos à l'impossibilité de différenciation statutaire, cela sous-entend également cette impossibilité sur le plan de l'étendue de la compétence d'un point de vue territorial. De la même manière, J. DESPOIX indique que l'article 72 alinéa 4 C précise que « *l'expérimentation concerne les règles régissant l'exercice de leurs compétences et non la définition de ces compétences* »³⁰⁶. En revanche, cette expérimentation ne peut être locale que si elle présente une utilité pour la collectivité territoriale. C'est la raison essentielle de l'attribution d'un pouvoir d'initiative en matière d'expérimentation locale aux dites collectivités³⁰⁷. Nonobstant cette prérogative traduisant une plus grande autonomie, force est de constater que la mise en œuvre est totalement conditionnée par l'État. On peut même dire que l'expérimentation locale est principalement une expérimentation de nature nationale. En effet, la procédure est totalement encadrée et évaluée par l'État et non par la collectivité candidate. Celle-ci est, pourrait-on dire sans extrapoler outre mesure, dans une situation juridique équivalente à celle d'une structure de la décentralisation fonctionnelle. Elle ne peut que demander à expérimenter un dispositif prévu par la loi. L'exemple de l'article 142 de la loi de 2007 démontre l'absence véritable d'autonomie pour la collectivité expérimentatrice. Dès lors, l'élargissement de l'autonomie locale semble faible par l'expérimentation des collectivités territoriales. Cela ne semble donc pas relever de la décentralisation territoriale bien que l'on puisse considérer que l'attribution d'un pouvoir législatif même temporaire à une collectivité (ou un pouvoir réglementaire spécifique) lié à l'expérimentation étende – temporairement et même de manière limitée – les compétences de la collectivité ou du groupement concerné. Dans son article relatif à l'utilisation de la « méthode expérimentale », le professeur BOULOUIS avait pressenti cette dimension fonctionnelle en notant qu'« *une difficulté résultant de l'aménagement des compétences qui, aussi bien dans le système constitutionnel de répartition entre le Gouvernement et le Parlement que dans l'architecture verticale et horizontale de l'administration elle-même, se traduit par un ordre rigide* »³⁰⁸.

En somme, l'expérimentation constitutionnelle est de nature fonctionnelle. Or, l'expérimentation est la première voie ouverte à l'introduction du groupement dans la Constitution. Il est intéressant d'en comprendre la genèse.

³⁰⁵ B. FAURE, « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », *op. cit.*, p. 182

³⁰⁶ J. DESPOIX, *op. cit.*, p. 217

³⁰⁷ Lorsqu'une collectivité prend cette initiative, l'État a une attitude plutôt réservée voire hostile à cette démarche. La commune de l'île d'Yeu a présenté une demande d'expérimentation aujourd'hui toujours sans réponse. Voir le rapport d'observation définitive de la Chambre régionale des comptes des Pays de la Loire sur la commune de l'île d'Yeu, 2009, p. 13

³⁰⁸ J. BOULOUIS, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes », in *Mélanges L. TROTABAS*, 1970, p. 37

B. Une définition générale des groupements expérimentateurs

L'apparition du groupement dans les débats constitutionnels est non seulement le résultat du refus de mentionner les établissements publics de coopération intercommunale dans la Constitution mais également celui de la volonté de leur reconnaître un véritable rôle institutionnel. Par conséquent, le groupement de collectivités territoriales exprime ce paradoxe structurel. La logique du Constituant de refuser l'inscription de l'intercommunalité dans la liste des collectivités territoriales apparaît cohérente en raison des arguments précédemment indiqués. Toutefois, on ne perçoit pas la raison d'introduire l'intercommunalité par le truchement de l'expérimentation. Si le groupement de collectivités territoriales est visé en tant que bénéficiaire potentiel de l'expérimentation, il reste maintenant à définir le lien juridique entre cette structure et cette procédure. Les débats constitutionnels sont très peu explicites sur le sujet. A cet égard, « l'enthousiasme » du gouvernement pour l'amendement HOFFEL³⁰⁹ ne nous apprend rien sur les raisons de son adoption. Le groupement n'a pas forcément vocation à expérimenter de manière dérogatoire, étant observé que l'attribution de cette expérimentation-dérogation aux collectivités territoriales a déjà été difficile à obtenir pour ces dernières. A cela s'ajoute le fait que c'est la similitude de fonctionnement entre un groupement à fiscalité propre et une collectivité territoriale qui a permis au groupement d'être introduit dans la Constitution. C'est en raison de l'intégration de plus en plus aboutie des compétences des communes au sein des groupements de collectivités que la dimension constitutionnelle du groupement s'est exprimée. Représentant parfaitement cette idée, le mouvement de coopération intercommunale n'est donc pas oublié. Selon M. PIRON, « *la coopération intercommunale est appelée à devenir un élément central de la décentralisation ; il eût dès lors été regrettable de laisser l'intercommunalité hors de cette étape décisive que constitue l'expérimentation* »³¹⁰. Quel est le sens de ces propos ? On rappelle que l'expérimentation est prévue dans le cadre de la décentralisation, mais seulement dans sa dimension fonctionnelle et non pas territoriale. Or la décentralisation fonctionnelle concerne une meilleure répartition des compétences. Il va sans dire que l'expérimentation est utile comme procédure « test » de transferts de compétence. Ce transfert de compétence, selon l'article 72-4 C et à la différence de l'article 37-1 C, donne une marge de manœuvre supplémentaire à la collectivité ou au groupement bénéficiaire. Comme l'expose le sénateur G. LONGUET, « *la Constitution leur donne la faculté non seulement de bénéficier de transferts expérimentaux de compétences, décidés par la loi, mais également de*

³⁰⁹ P. CLEMENT, *Rapport n° 376 de fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République*, AN, 13 novembre 2002, p. 94

³¹⁰ M. PIRON, *Rapport n°955, op. cit.*, p. 41

*modifier elles-mêmes les règles législatives et réglementaires qui en régissent l'exercice »*³¹¹. Même si l'aspect dérogatoire pose davantage de problèmes juridiques, il n'en demeure pas moins que l'expérimentation dérogation n'a pour finalité que l'aménagement des compétences, c'est-à-dire de répondre à l'optimisation ou à une meilleure efficacité de l'exercice d'une compétence donnée. Il suffit de mentionner l'article LO 1113-5 du CGCT relatif à l'évaluation de cette expérimentation qui dispose notamment que « *le Gouvernement transmet au Parlement, aux fins d'évaluation, un rapport assorti des observations des collectivités territoriales qui ont participé à l'expérimentation. 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'État ainsi que leurs incidences financières et fiscales* ». On voit que les critères d'évaluation ont un rapport exclusif avec l'exercice de compétences attribuées par le législateur soit entre l'État et les collectivités soit entre les collectivités elles-mêmes. Cependant l'expérimentation locale n'a pas été perçue différemment par les acteurs locaux. Les assises des libertés locales qui se sont déroulées en parallèle de la réforme constitutionnelle nous le démontrent aisément. Bien que la distinction entre l'expérimentation-transfert de compétence et l'expérimentation-dérogation soit établie par le législateur, la réalité institutionnelle rend cette distinction quasiment inopérante dans la mesure où l'aménagement des compétences est le seul objectif. Comme le relève C. MARZELIER, « *la dérogation à titre expérimental, par les collectivités territoriales, aux dispositions législatives ou réglementaires régissant l'exercice de leur compétence pourtant en discussion au Parlement à la même période n'a pas été identifiée comme un objet de débat autonome* »³¹². En d'autres termes, l'expérimentation-transfert de compétence n'a pas été dissociée de l'expérimentation-dérogation. Or les conséquences constitutionnelles de chaque type d'expérimentation sont différentes. La première n'a pas vocation à entrer dans la Constitution car elle est maîtrisée par l'État. Lorsque l'on évoque les groupements, c'est aussi dans cette optique de transfert de compétence et non pas en ouvrant la possibilité de déroger à l'exercice d'une compétence. Dans ce sens, les propos de G. LONGUET sont éclairants car il considère que ce deuxième type d'expérimentation « *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, tout en laissant au pouvoir local le soin de les*

³¹¹ G. LONGUET, *Rapport n° 408 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation des collectivités territoriales*, Sénat, 2003, p. 27

³¹² C. MARZELIER, *Décentralisation acte II chronique des assises des libertés locales*, l'Harmattan, 2004, 141 p., p. 52

mettre en œuvre »³¹³. Cela voudrait dire que le groupement est de même nature qu'une collectivité territoriale en vertu de l'article 2 de la loi organique relative à l'expérimentation. Or ce qui a été refusé d'un point de vue constitutionnel ne peut l'être dans une loi organique d'application. Dès lors, le groupement n'est pas susceptible de bénéficier de cette expérimentation normative.

De cette impossibilité naît le paradoxe constitutionnel suivant : le groupement, ne pouvant bénéficier de l'expérimentation-déroatoire, n'a pas de raison déterminante d'être inscrite dans la Constitution pour cette raison. Ou alors il faut considérer que le fondement juridique est seulement en lien avec l'expérimentation-transfert de compétences. Une nouvelle contradiction naît de ce résultat. On sait que le groupement est constitutionnalisé par le truchement de l'expérimentation. Or l'expérimentation-transfert de compétences, démarche fonctionnelle, est plutôt une application de l'article 37-1 C que de l'article 72 alinéa 4 C. Ainsi donc, le groupement n'avait pas de raison d'être mentionné à l'article 72 alinéa 4 C. Or ce n'est pas dans ce sens que le Constituant l'a compris. Il ne reste plus qu'une seule hypothèse, c'est d'admettre que le transfert de compétences ne concerne pas seulement les transferts entre l'État et les collectivités territoriales mais aussi entre les collectivités territoriales et les groupements. Ce qui nous conduit à envisager l'expérimentation normative par le groupement en raison d'une expérimentation-transfert de compétences. Il faut donc évoquer maintenant ce dernier point, à savoir si les transferts de compétences entre les collectivités et leurs groupements sont tous concernés par l'expérimentation normative.

§2. La détermination fonctionnelle des groupements expérimentateurs

La nature de l'expérimentation constitutionnelle est l'environnement juridique dans lequel le groupement a pu bénéficier de ses lettres de noblesses ou plutôt, si l'on nous pardonne l'expression, « de ses lettres de constitutionnalisation ». Néanmoins cette insertion suppose de comprendre le cadre juridique fonctionnel dans lequel se place le groupement expérimentateur. En effet et bien que l'application intégrale du dispositif de l'expérimentation à ces groupements n'ait pas soulevé de difficulté majeure, la nature de ces groupements est un obstacle à une inscription constitutionnelle si l'on considère qu'ils sont le prolongement des collectivités territoriales. Il faut donc démontrer que le groupement est une structure de la décentralisation

³¹³ G. LONGUET, *Rapport n°408, op. cit.*, p. 28

fonctionnelle (A). A partir de cette définition, il sera utile de comprendre les raisons pour lesquelles certains groupements de nature législative sont exclus du bénéfice de l'expérimentation (B).

A. Les groupements expérimentateurs : des structures de la décentralisation fonctionnelle

L'application de l'ensemble du dispositif de l'expérimentation aux groupements ne présente pas, selon les rapporteurs, de difficulté majeure. La seule réserve émise concerne une précision relative à la décision de l'organe délibérant. C'est ce que souligne M. PIRON dans son rapport afférent : « *Le choix fait pour la rédaction de l'article 2 est celui de la simplicité ; il n'a pas été jugé utile de décliner pour les groupements les articles de la loi organique applicables aux collectivités. Il est vrai que ceux-ci sont transposables sans difficulté, sous réserve néanmoins de préciser que c'est à l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale qu'il revient de prendre une délibération motivée pour se porter candidat à l'expérimentation* »³¹⁴. Cette apparente simplicité masque cependant deux difficultés juridiques essentielles.

La première permet à la loi organique d'écarter un certain nombre de groupements, notamment tous les syndicats mixtes, en interprétant les travaux de la réforme constitutionnelle. Mais aucun argument juridique ne vient confirmer cette exclusion de ces syndicats.

La seconde difficulté et en lien direct avec ce que nous venons d'avancer, provient de la loi organique qui suppose que l'élargissement aux groupements de la possibilité d'expérimenter au niveau constitutionnel induit que l'expérimentation ne soit pas possible pour ces derniers par le législateur. Comme les structures citées sont toutes des établissements publics, cela implique de considérer que cette catégorie particulière ne peut prétendre à l'expérimentation. Pourtant, il semble difficile d'admettre cette hypothèse étant donné la jurisprudence constitutionnelle en la matière, notamment celle relative au statut de la Corse en 2002.

On sait que le juge constitutionnel a considéré les modalités d'expérimentation prévues pour la Corse comme inconstitutionnelles en raison de l'incompétence négative du législateur. Néanmoins, cette justification de facture très classique ne tranchait pas l'épineuse question de la transposition de la jurisprudence du 28 juillet 1993 relative à l'expérimentation aux

³¹⁴ M. PIRON, *op. cit.*, p. 41

collectivités territoriales. Comme le note très justement B. FAURE, « *la liaison logique entre les deux décisions [celles de 1993 et 2002] reste divinatoire* »³¹⁵. Malgré le fait que cette jurisprudence soit à l'origine de la réforme constitutionnelle de 2003 en ce qui concerne l'expérimentation, force est de constater que la plupart des commentateurs furent unanimes sur l'impossible extension de cette jurisprudence aux collectivités territoriales³¹⁶. Mais l'interrogation rejaillit pour le groupement en tant qu'établissement public. En effet, le Constituant a justifié l'introduction du groupement dans la Constitution par l'argument fondamental que le groupement ne pourrait pas bénéficier de l'expérimentation-déroatoire s'il n'était pas cité dans la Constitution. Au regard de la jurisprudence relative à cette expérimentation par les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, cela apparaît contestable étant donné que le groupement de collectivités territoriales appartient, par nature, à la catégorie des établissements publics. Le refus de transposition de cette jurisprudence tenait au fait que les collectivités territoriales n'étaient pas des établissements publics. C'était d'ailleurs l'argument développé par H. MOUTOUH dans son article référencé par le Conseil constitutionnel : il écrivait ainsi qu'« *il n'est pas besoin d'être juriste pour comprendre que la transposition de cette décision au domaine beaucoup plus délicat des collectivités locales est loin d'être acquise* »³¹⁷. Il nous semble au contraire qu'une analyse juridique soit utile car le commentaire de J. E. SCHOETTL reprend cet argument presque incantatoire en le développant de manière très obscure. Il souligne en effet que « *Ne pouvait être sérieusement invoqué au soutien des dispositions contestées le précédent « établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel » (déc. n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, cons. 8 et 9, Rec. p. 204), puisque le Conseil n'avait alors admis, dans leur principe, de dérogations expérimentales à des règles législatives que dans le cas très particulier des règles d'organisation et de fonctionnement d'une catégorie déterminée d'établissements publics, les établissements publics d'enseignement supérieur, qui, en vertu de principes constitutionnels (art. 11 de la Déclaration de 1789, indépendance des professeurs d'Université), se prêtent, plus que toute autre catégorie, à une large déconcentration, voire à une certaine dose d'autodétermination de leurs règles de fonctionnement* »³¹⁸. Deux interrogations apparaissent sur ce sujet. D'une part, évoquer le phénomène de la déconcentration pour ces établissements publics paraît pour le moins gênant. En suivant une logique juridique classique, on serait tenté de dire que ces établissements publics appartiennent davantage au champ de la décentralisation

³¹⁵ B. FAURE, « La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002, p. 475

³¹⁶ Voir l'article de doctrine utilisé dans le dossier documentaire du Conseil constitutionnel de H. MOUTOUH, « La Corse : une chance pour la République ? Libres propos sur l'archaïsme de l'administration territoriale française », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1559 et s.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 1566

³¹⁸ J. E. SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, p. 105

fonctionnelle que de la déconcentration « élargie ». D'autre part, l'emploi de l'expression « dose d'autodétermination » semble difficile à comprendre si l'on le situe dans le cadre d'une déconcentration. A partir du moment où une structure s'autodétermine, elle définit par elle-même son statut, ce qui est en soi incompatible avec la définition de la déconcentration. De plus, le terme « dose » laisserait à penser qu'un statut pourrait être en partie défini par l'organisme concerné. En admettant pourtant cette singularité liée à cette capacité réduite « d'autodétermination », on se rapproche des caractéristiques juridiques intrinsèques des collectivités territoriales et, sans doute, encore plus des établissements publics territoriaux. Par voie de conséquence et au-delà du raisonnement de J. E. SCHOETTL, on remarque surtout que le moyen devient inopérant à l'encontre d'autres catégories d'établissements publics similaires. En d'autres termes, le groupement paraît bénéficier de la jurisprudence constitutionnelle de 1993 en tant que catégorie d'établissement public appartenant au champ de la décentralisation fonctionnelle. Dès lors, l'argument de reconnaître les groupements sur le plan constitutionnel par le truchement de l'expérimentation est ou bien sans réel fondement juridique ou bien se fonde sur un autre principe.

Il paraît difficile de comprendre cette insertion constitutionnelle si elle ne justifie pas sur le plan du droit. L'argument politique de reconnaître le phénomène de l'intercommunalité s'est uniquement exprimé dans le cadre de l'expérimentation et cela doit nous conduire à dégager la logique sous-tendue. Se présente alors une alternative simple : soit le groupement est une structure territoriale soit le groupement est une structure fonctionnelle. Le premier cas identifierait le groupement à la collectivité territoriale mais les débats constitutionnels s'opposent frontalement à cette possibilité. En revanche, si l'on suppose que le groupement est une structure fonctionnelle, cela implique une double application de l'expérimentation-dérogatoire et également de l'expérimentation-transfert par définition. Le professeur G. DRAGO précise à ce titre que *« les dérogations à l'exercice des compétences admises par l'article 72, alinéa 4 de la Constitution ne devraient permettre que de déroger aux compétences actuellement réparties entre les collectivités territoriales, en termes de compétences ratione materiae. Il nous semble que les dérogations aux règles d'organisation des collectivités territoriales ou à celles régissant les ressources de ces collectivités ne relèvent pas de l'article 72 ; alinéa 4 mais de l'article 37-1 de la Constitution, parce qu'elles ne concernent pas l'exercice des compétences des collectivités territoriales (celles qui sont déjà données à ces collectivités) mais les principes de l'organisation décentralisée de la République, au sens que lui donne la nouvelle rédaction de l'article 1^{er} de la Constitution »*³¹⁹. La frontière entre les

³¹⁹ G. DRAGO, « Le droit à l'expérimentation », in Y. GAUDEMET et O. GOHIN (Dir.), *La République décentralisée*, op. cit., p. 79

dérogations à l'exercice des compétences et celles aux règles d'organisation des collectivités est difficile à établir d'autant plus pour le groupement que ce dernier peut modifier profondément l'organisation desdites collectivités. Si le groupement est constitutionnalisé, c'est qu'il ne peut bénéficier de l'expérimentation-dérogation, c'est-à-dire qu'il ne peut pas modifier la répartition des compétences entre les collectivités actuelles. C'est donc la raison pour laquelle le groupement a été introduit, c'est pour expérimenter des transferts de compétences déjà dévolues aux collectivités territoriales. Cela dépasse bien entendu le cadre expérimental des établissements d'enseignement supérieur et le Constituant a parfaitement raison d'ajouter alors le groupement à l'expérimentation-dérogatoire.

B. L'exclusion de certains groupements de nature législative

Il paraît étonnant que l'attribution de l'expérimentation-dérogatoire aux groupements de collectivités territoriales puisse être restreinte à certaines structures de coopération entre collectivités territoriales. Pourtant, la loi organique se révèle extrêmement claire sur le sujet : les syndicats mixtes sont exclus de la liste des structures pouvant bénéficier de l'expérimentation. En effet, l'article L. 5111-5 précise que « *les dispositions des articles LO. 1113-1 à LO. 1113-7 sont applicables aux établissements publics regroupant exclusivement des collectivités territoriales* ». C'est ce que remarque aussi J. M. PONTIER lorsqu'il écrit que « *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. Par ailleurs, parmi ceux qui sont juridiquement en mesure d'expérimenter, on peut penser qu'il s'agira plus probablement de ceux qui sont à fiscalité propre que des autres* »³²⁰. Il reste que l'on ne voit pas les raisons juridiques de cette exclusion. La rédaction de cet article est d'ailleurs peu précise puisqu'elle ne désigne pas expressément les groupements expérimentateurs. En se basant sur l'hypothèse que le groupement de collectivités territoriales est mentionné dans la Constitution dans la mesure où il répond à une logique de répartition des compétences déjà attribuées aux collectivités territoriales, on s'aperçoit que cette expérimentation ne peut concerner qu'une catégorie de collectivités et non pas plusieurs. Il paraît donc difficile d'admettre qu'un domaine de compétence puisse être confié à deux catégories de collectivités, telles que les régions et les départements par exemple³²¹. Dès lors, les groupements regroupant plusieurs catégories de

³²⁰ J. M. PONTIER, *op. cit.*, p. 1717

³²¹ Les deux rapports parlementaires sont ici en complète opposition sur ce point. Nous suivons pour l'instant l'avis de M. PIRON initiateur du texte final. Pour une analyse de cette interprétation juridique contradictoire, voir *infra*. §2 B. 1).

collectivités en seront exclus, ce qui comprend logiquement les syndicats mixtes ouverts. Si ce transfert de compétences se situe au sein d'une même catégorie alors les groupements peuvent prétendre au bénéfice de cette expérimentation.

Cette deuxième hypothèse peut alors se présenter et ne concerne que le bloc communal : c'est celui associant des communes et des EPCI. Ce type de groupement, qualifié par nature de syndicat mixte fermé, peut-il expérimenter ? Si l'on suit la logique retenue par le Constituant, on ne peut répondre que par la négative car la structure expérimentatrice doit être composée exclusivement de collectivités territoriales. Il paraît toutefois étrange d'exclure ce groupement car l'EPCI et les communes membres pourraient, par exemple, expérimenter individuellement mais elles n'en auraient pas la capacité si elles s'associaient au sein d'un syndicat mixte. On doit donc comprendre que l'expérimentation ne doit pas modifier le cercle des destinataires, ce qui n'est pas le cas pour des communes et son EPCI d'appartenance. En revanche, une collectivité communale pourrait demander à bénéficier d'une expérimentation dérogatoire alors même qu'elle a transféré sa compétence à l'EPCI. Il semble difficile alors de considérer l'application du dispositif à une commune par le truchement du groupement territorialement compétent. L'expérimentation en vue de favoriser l'accès à l'eau et de mettre une tarification sociale de l'eau fait, contre toute attente, application de ce raisonnement par le type de groupements retenus. Ainsi, le décret du 31 juillet 2015 intègre des syndicats mixtes fermés à la liste des groupements expérimentateurs. Se pose alors une alternative simple : ou bien le gouvernement a commis une erreur de droit ou bien il se place dans ce cadre juridique particulièrement fragile. D'après l'article 1^{er} du décret, il nous semble que l'on se situe dans la deuxième branche car il précise que « *les collectivités territoriales organisatrices des services d'eau et d'assainissement et les groupements auxquels elles ont transféré cette compétence [...] sont autorisés à participer à l'expérimentation [...]* »³²². Cependant, l'intention du Constituant de 2003 est très claire : les syndicats mixtes ouverts et fermés ne peuvent procéder à une quelconque expérimentation locale et la clarté de l'article LO 5111-5 du CGCT ne peut être mise en doute³²³. Par conséquent, le décret 2015-962 du 31 juillet 2015 pourrait l'objet d'une annulation par le juge en raison du non-respect de l'article 2 de la loi organique relative à l'expérimentation.

En termes de coopération intercommunale, il reste à analyser le groupement associant uniquement des communes, à savoir les syndicats de communes. Aucun élément ne permet

³²² Décret n°2015-962 du 31 juillet 2015 modifiant et complétant la liste des collectivités territoriales et de leurs groupements retenus pour participer à l'expérimentation en vue de favoriser l'accès à l'eau et de mettre en œuvre une tarification sociale de l'eau fixée par le décret n°2015-416 du 14 avril 2015, *JORF du 5 août 2015*, p. 13401

³²³ L'exposé des motifs de la loi organique relative à l'expérimentation est sans ambiguïté puisqu'il explique que « *Le droit à l'expérimentation ayant été étendu par la révision constitutionnelle aux groupements de collectivités territoriales, l'article 2 du projet de loi définit la notion de groupement en visant les établissements publics regroupant exclusivement des collectivités territoriales (ce qui exclut les syndicats mixtes) et leur applique par renvoi toutes les dispositions codifiées de la loi organique qui fixent le cadre des expérimentations* ».

d'exclure les syndicats de communes de réaliser une expérimentation. Au contraire, il semble que la taille des communes puisse être un frein à l'échantillon nécessaire pour permettre une expérimentation. La constitution d'un syndicat de communes pourrait alors répondre à cette lacune et rendrait possible une expérimentation. Cependant, il semble que la création d'une structure intercommunale pour expérimenter soit purement théorique car l'expérimentation, ayant une durée déterminée, aurait pour conséquence de faire disparaître le syndicat de communes à l'issue de l'expérimentation. Or, l'ensemble des communes doivent satisfaire à l'obligation d'appartenance à un EPCI et il paraît hautement improbable que l'État accepte la création d'un nouveau groupement alors qu'il existe déjà un EPCI d'appartenance. Cette hypothèse reste donc du domaine théorique.

On peut néanmoins s'interroger sur le cas d'un syndicat de communes existant et ce cas rejoint la question de savoir si le seul groupement visé ne serait pas l'EPCI à fiscalité propre. Le champ d'intervention du syndicat de communes étant déterminé et le fait qu'il ne soit composé que de communes laisse la possibilité d'expérimenter pour cette structure. Néanmoins, les réformes territoriales successives réduisent considérablement la probabilité d'expérimentation par le Comité syndical. En effet, l'exemple de l'expérimentation sur la tarification sociale de l'eau est assez éclairant : le transfert obligatoire de la compétence eau au 1^{er} janvier 2018 au groupement à fiscalité propre est un vecteur limitatif³²⁴. Par conséquent, les hypothèses d'expérimentation par le groupement originaire vont, à l'avenir, se trouver particulièrement réduites. En outre, l'expérimentation-dérogation doit faire face au principe d'égalité devant la loi et s'applique tout particulièrement au domaine fiscal et financier. C'est ainsi le cas pour l'expérimentation sur la tarification des services de l'eau. Ainsi, on se rapproche d'un type spécifique de groupement : celui à fiscalité propre. Le syndicat de communes, on aura l'occasion de l'analyser, est la structure la plus proche du groupement à fiscalité propre et c'est la raison pour laquelle il peut expérimenter.

En conclusion, le groupement de collectivités territoriales s'affirme nettement comme une structure fonctionnelle par le truchement de l'expérimentation. On a aussi remarqué que les syndicats mixtes étaient exclus de cette procédure expérimentale et, en conséquence, ne pouvaient prétendre appartenir à la liste constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales. Ce n'est toutefois pas suffisant pour les exclure car le groupement est aussi cité sur le plan constitutionnel dans le cadre juridique du chef de file. Il faut maintenant procéder à l'analyse de cette notion.

³²⁴ Voir sur ce sujet la proposition de loi visant à proroger l'expérimentation de la tarification sociale de l'eau prévue à l'article 28 de la loi 2013-312 du 15 avril 2013, Sénat, texte adopté n°88, 1^{ère} lecture, 4 avril 2018.

Section 2 : Les groupements de collectivités territoriales, structures fonctionnelles de l'action commune

Comme pour l'expérimentation, les groupements de collectivités territoriales sont introduits dans la Constitution en tant que structures pouvant être chefs de file. Il reste que cette dernière notion est présente dans la constitution sous un autre vocable, celle d'action commune. Ce choix n'est pas neutre car ce principe doit se combiner avec le principe de non tutelle d'une collectivité sur une autre. L'articulation de ces deux principes n'est pas simple à trouver. On ne peut être que d'accord avec L. JANICOT lorsqu'elle écrit que « *Le pouvoir constituant laisse ainsi en suspens la question de la résolution du conflit entre ces deux principes constitutionnels* »³²⁵. Certes, le Constituant a eu une tendance à faire primer le principe d'égalité entre les collectivités sur celui de l'action commune en en mentionnant pas le chef de file. C'est l'une des raisons qui a permis au groupement de porter une action commune.

L'étude de la notion d'action commune (§1) permettra de mettre en évidence le caractère fonctionnel du chef de file. Son articulation avec le principe de non-tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre élargit la liste des groupements pouvant être chefs de file (§2).

§1. La notion d'action commune

Le groupement de collectivités territoriales apparaît une seconde fois dans la Constitution du 4 octobre 1958 et ceci est l'objet de l'alinéa 5 de l'article 72 C, précisant qu'« *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* ». On remarque à la lecture de cet alinéa que la Constitution ne définit qu'un cadre d'action pour les collectivités territoriales pour l'exercice de leurs compétences. Il s'agira donc dans un premier temps de démontrer la nature fonctionnelle de la notion de « chef de file » (A). On verra, dans un second temps, que le groupement de collectivités territoriales est une structure « chef de file » souple (B).

³²⁵ L. JANICOT, « La fonction de chef de file », *RFDA*, 2014, p.472 et s.

A. La notion de « chef de file » : une origine législative

La notion de « chef de file », à l'instar de l'expérimentation, n'est pas une création de la réforme constitutionnelle de 2003. Son origine juridique est plus ancienne³²⁶ puisqu'elle naît véritablement avec la loi 95-115 dite d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995³²⁷. Bien que cette loi l'introduise officiellement dans le corpus juridique français, l'on peut dire que sa genèse est marquée par un très grand flou conceptuel. Cette incertitude de la notion résulte, selon nous, de la transposition réalisée dans le domaine juridique. Il y a encore une similitude de ce point de vue avec l'expérimentation. L'origine de l'expression « chef de file » est double : la première est liée à son usage dans le domaine militaire. Dans ce cadre, le chef de file est le « *soldat qui marche en tête de cette ligne, ou bâtiment de combat qui tient la tête d'une formation appelée ligne de file* »³²⁸. Contrairement à ce que l'on pourrait s'attendre, le sens du chef de file n'a ici aucune connotation de hiérarchie ou de commandement. Il s'agit uniquement de désigner par chef de file le premier élément d'un ensemble homogène auquel les autres vont s'identifier. Il n'y a pas de primauté du chef de file, juste une personne à une place particulière dont la fonction est d'être un repère, un point d'appui. Le chef de file facilite les manœuvres de la file puisque les mouvements des soldats se baseront sur celui placé comme « chef de file ». Ainsi, il n'y a pas de référence à une relation hiérarchique sur ce plan. Il en va tout autrement du second sens développé dans le domaine économique et financier. En effet, un arrêté du 18 février 1987 *relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier* nous donne une première définition en précisant que la commission de chef de file est la commission perçue à l'occasion d'une opération dont on a assuré la direction³²⁹. C'est la traduction de l'anglais « *management fee* ». On se rapproche davantage de la définition usuelle du chef de file dans la mesure où un organisme bancaire assurera la gestion d'une opération pour le compte de plusieurs banques. Ce chef de file est rémunéré par cette commission bancaire. Si le chef de file est toujours un pivot, son rôle est nettement plus prononcé car il est chargé de mettre en œuvre une opération financière donnée.

³²⁶ Le rapport « Vivre Ensemble » est souvent cité en source originale sans pour autant que ce document emploie *in extenso* l'expression « chef de file ».

³²⁷ Loi 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* du 5 février 1995, p. 1973 et s.

³²⁸ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition

³²⁹ Arrêté du 18 février 1987 relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier, *JORF* du 2 avril 1987, pp. 3654-3664

De plus, ce deuxième sens va impliquer l'octroi d'une capacité d'agir déterminée par le projet en cours afin de lui donner la meilleure efficacité possible. De ce fait, le chef de file n'est pas alors entendu comme le premier d'entre eux mais plutôt comme celui par qui tout sera ou bien coordonné ou bien passé voire centralisé³³⁰.

La conséquence principale de cette double origine renvoie à la problématique de savoir si le chef de file est une procédure ou une structure comme le note très justement F. LEFEBVRE³³¹. En effet, le sens militaire n'induit pas nécessairement de définir une structure et, par voie de conséquence, n'introduit pas de relation de tutelle. A l'opposé, en matière économique, le chef de file sera obligatoirement une structure, à laquelle on aura dévolu un rôle bien précis. Or, c'est essentiellement par rapport à ce dernier sens que l'on a introduit la notion de « chef de file » en droit public. C'est ce que retient comme définition la plupart des articles consacrés à ce sujet. Ainsi, L. GELIN-RACINOUX résume cette position en indiquant que « *La fonction de chef de file implique donc par nature la prépondérance de la collectivité chef de file et l'idée d'une contrainte sur les collectivités parties à l'action commune* »³³². Il faut toutefois modérer cette vision de type hiérarchique de la fonction de chef de file car cette définition implique de considérer le chef de file avant tout comme une structure. Il nous semble qu'il ne faut pas oublier le sens premier du terme, à savoir la fonction de marqueur, d'identifiant. C'est ce que souligne D. MAILLARD-DESGREES du LOÛ lorsqu'il décrit le chef de file : « *si une collectivité constitue une file pour l'exercice de sa compétence (cas des régions pour l'attribution de certaines aides aux entreprises), elle peut certes en établir unilatéralement les conditions mais elle constitue la file en passant un contrat avec les collectivités qui en seront membres, pour leur permettre d'attribuer elles aussi ces aides* »³³³. La relation de type hiérarchique³³⁴ n'existera qu'au moment où sera constituée la file, c'est-à-dire au moment où l'ensemble des acteurs se seront mis d'accord pour réaliser l'action commune. La similitude est réelle avec la définition d'origine militaire en tant que point d'appui du chef de file. On comprend mieux alors les raisons de la présence de l'adverbe « cependant » dans le texte constitutionnel. Ce terme est moins employé dans le sens d'une exception au principe de non tutelle que d'une nuance apportée à ce principe permettant de régler le problème de l'enchevêtrement des compétences par la création d'une file. Entendu dans ce deuxième sens

³³⁰ Nous aurons l'occasion d'étudier, dans le titre suivant, cet aspect de la notion de chef de file.

³³¹ F. LEFEBVRE, « La notion de chef de file dans la législation sur l'aménagement du territoire », *Revue territoires* 2020, n°8, 2003, pp. 27-36

³³² L. GELIN-RACINOUX, « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007, p. 284

³³³ D. MAILLARD-DESGREES du LOÛ, *Institutions administratives*, PUF, 2011, p. 181

³³⁴ Cette relation de hiérarchie entre les collectivités territoriales, induit par la notion de chef de file, nous paraît illusoire voire erronée. Voir *infra*. B 1)

constitutionnel, la structure s'efface au profit de la seule fonction. Ce n'est pourtant pas le sens retenu par le législateur en 1995.

En effet, l'origine législative de la notion de chef de file se réfère principalement à sa dimension institutionnelle. Les travaux de la DATAR sont la source première de son insertion constitutionnelle. Lors de la discussion parlementaire relative à la loi PASQUA, le député A. GEST remarque que *« S'agissant des compétences, je me bornerai à me réjouir de l'amendement de Charles Millon adopté par la commission spéciale : l'évolution ne doit pas, en effet, nécessairement se mesurer en termes d'extension de compétences, mais plutôt de clarification de celles dont elles disposent actuellement. Nous échapperons difficilement à la notion de chef de file qui avait été évoquée dans le rapport d'étape établi par la DATAR »*³³⁵. Il reste que la conception développée dans le domaine de l'aménagement du territoire est plutôt confuse. F. LEFEBVRE, auteur de plusieurs ouvrages sur le sujet, se trouve en porte-à-faux avec la notion même de décentralisation. Il souligne ainsi que *« La décentralisation est un terme générique qui se décompose en trois conceptions essentielles de la réforme administrative : la décentration, la déconcentration, la décentralisation proprement dite »*³³⁶. Englobant sous le terme de décentralisation des notions nettement différenciées juridiquement, on regrette particulièrement la réduction de la décentralisation administrative à sa seule dimension territoriale. Il oublie complètement la dimension fonctionnelle. Ceci aurait permis d'éviter cette confusion entre des concepts juridiques classiques que la perspective du droit de l'aménagement du territoire renferme à une modalité d'organisation de l'État. On ne peut faire grief, en revanche, à cet auteur sa recherche sur les fondements juridiques de ce droit émergent³³⁷. Il nous indique ainsi que l'origine de ce droit se trouve dans la loi du 4 février 1995.

Cette loi, dite loi PASQUA, met principalement en avant la structure porteuse plutôt que la fonction de chef de file. Cependant, la vocation du chef de file, qu'elle soit vue comme une structure ou comme une mission, est facile à reconnaître : elle représente une modalité de répartition des compétences au sein de l'organisation administrative étatique. En ce sens, elle correspond parfaitement à la logique fonctionnelle que l'on a définie précédemment. Quels sont les éléments confirmant cette hypothèse ?

Tout d'abord, il faut comprendre que le chef de file n'est apparu que par rapport à la problématique de la répartition des compétences. En effet, en première lecture devant l'Assemblée nationale, les députés, suivant en cela le gouvernement, ont préféré introduire un article sur la nécessaire clarification des compétences que d'innover par le truchement de la notion de chef de file. Pourtant, les membres de l'Assemblée nationale pressentaient le potentiel

³³⁵ AN, Débats, séance du 7 juillet 1994, p. 4319

³³⁶ F. LEFEBVRE, « La notion de chef de file dans la législation sur l'aménagement du territoire », *op. cit.*, p. 34

³³⁷ F. LEFEBVRE, *Aménagement du territoire – Émergence d'un droit ?*, L'Harmattan, 2004.

de cette dernière. Ainsi, le rapporteur spécial, C. MILLON insiste sur le fait « *de favoriser des projets ayant un chef de file* »³³⁸ mais il refuse que la loi établisse des critères nationaux homogènes. Le Sénat, quant à lui, a constaté que la clarification des compétences était sans doute difficile à atteindre et souhaitait tout de même avancer sur ce point en permettant à une collectivité de mener une opération d'investissement dans le cadre d'un partenariat entre plusieurs collectivités. Il a donc intégré un nouveau titre intitulé « des compétences » dans lequel il a inséré cette disposition mais il a supprimé l'article additionnel de l'Assemblée nationale relatif au chef de file. Au terme de la seconde lecture, le Parlement a synthétisé ces deux points de vue dans une logique de répartition des compétences. On en déduit que le chef de file se situe dans ce cadre, qui relève au final d'une réponse de type fonctionnelle.

Ensuite, nous avons relevé que la notion de chef de file était vue sous l'angle de l'aménagement du territoire. C'est l'objet de l'article 65 de la loi du 4 février 1995 indique seulement qu'une autre loi « *définira également les conditions dans lesquelles une collectivité pourra assumer le rôle de chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales* ». S'ajoutait à cela une disposition déclarée inconstitutionnelle selon laquelle « *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* ». Au-delà du rapport évident que ces dispositions entretiennent avec la répartition des compétences, on s'aperçoit que le chef de file n'est qu'un outil répondant aux problèmes de l'action des collectivités et entre dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle.

Enfin, on note que le législateur demeure l'unique titulaire ou architecte du partage des tâches à réaliser par l'État et ses collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel, en censurant la convention provisoire de désignation d'un chef de file par les collectivités elles-mêmes, confirme le caractère fonctionnel du chef de file et du rôle fondamental et obligatoire du législateur dans ce domaine. Il y a derrière cette jurisprudence l'application du principe d'indivisibilité du pouvoir d'organisation de l'État et de l'unicité du titulaire de ce pouvoir, c'est-à-dire le législateur.

Au total, on note que la notion de chef de file est en lien étroit avec la réforme de l'État et la recherche d'un fonctionnement optimum au sein de l'organisation administrative française. Elle concerne à la fois les collectivités territoriales et l'État. Toutefois et c'est la principale différence avec le dispositif de l'expérimentation, il apparaît nettement que le chef de file ne soit entendu que dans sa dimension locale ou territoriale. Il convient maintenant d'analyser la notion de chef de file du point de vue constitutionnel.

³³⁸ C. MILLON, AN, Débats, 1^{ère} séance du 11 juillet 1994, JORF AN du 12 juillet 1994, p. 4654

B. L'inscription constitutionnelle de « l'action commune »

Si le droit de l'aménagement du territoire peut laisser à penser qu'il n'y a pas de grandes différences entre la notion de chef de file constitutionnalisée et celle issue de la loi de 1995, il faut néanmoins se départir de cette impression. En effet, la réforme constitutionnelle de 2003 ne fait pas de référence explicite à l'expression chef de file. A ce titre le rapporteur R. GARREC note que « *Sans employer cette expression, le projet autorise le législateur, lorsque l'exercice des compétences nécessite le concours de plusieurs collectivités, à confier à l'une d'entre elles le pouvoir de fixer les modalités de leur action commune* »³³⁹. Que peut-on déduire de l'absence textuelle du chef de file sur le plan constitutionnel ? Rien n'empêchait, au contraire, de l'insérer en tant que telle comme l'avait fait le législateur en 1995. Une constitution a, par définition, l'objectif d'éclairer les gouvernants sur les règles de fonctionnement de ses institutions. Quel est alors l'intérêt de ne pas mentionner l'expression dans la norme fondamentale ? On peut émettre l'hypothèse que le Constituant se trouve finalement face à la difficulté de prendre en compte la dimension fonctionnelle de la décentralisation dans la Constitution du 4 octobre 1958. Les parlementaires ont délibérément évité de faire référence explicitement à la structure chef de file et préféré articuler leur propos sur la seule fonction de chef de file. Cette différence de perception est fondamentale et mérite une analyse approfondie³⁴⁰.

En premier lieu, on rappelle que la notion de chef de file s'inscrit parfaitement dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle. Cette dernière répond à la question de la répartition des compétences et c'est également l'objet de la notion de collectivité chef de file. Dans ce cas, la structure supportant ce rôle de chef de file se situe pleinement dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle. Toutefois, la fonction de chef de file est plus précise, elle a pour objet de régler le problème du chevauchement des compétences entre les différentes collectivités territoriales. Il n'est pas question de modifier les attributions respectives de chaque collectivité territoriale, ceci est uniquement le rôle de l'État.

En deuxième lieu, le principe de répartition des compétences des collectivités est de la compétence du législateur. Lors de la mise en place de l'acte I de la décentralisation territoriale, le choix du législateur s'est porté sur une répartition des rôles en fonction de chaque niveau territorial de collectivité. Ainsi « *la commune doit 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 assume une mission de solidarité et de péréquation,*

³³⁹ R. GARREC, *Rapport n°27, op. cit.*, p. 56

³⁴⁰ Pour une opinion contraire, voir l'article précité de F. LEFEBVRE. Déduire du principe de non tutelle une approche institutionnelle du chef de file est, croyons-nous, plutôt contestable.

par la gestion des services d'aide sociale et par une redistribution entre les communes ; la région voit 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. A ce titre, elle reçoit la compétence de droit commun en matière de formation professionnelle »³⁴¹. Ce principe n'a malheureusement pas été toujours suivi et engendre des difficultés de fonctionnement, notamment en ce qui concerne les compétences croisées. La fonction de chef de file n'est pas alors vue comme une structure mais comme une « technique de correction de la répartition des compétences »³⁴².

En dernier lieu, la constitutionnalisation de la notion de chef de file ne va concerner que la fonction et plus du tout la structure porteuse. En effet, l'évolution du texte en la matière marque une nette tendance à ne laisser subsister que la fonction de chef de file au détriment de sa dimension structurelle. On se souvient que le chef de file était perçu comme une structure dans l'article 65 de la loi Pasqua. Quant au projet de loi constitutionnelle initial de 2003, il ne reprenait pas l'expression chef de file mais il n'abandonnait pas pour autant l'aspect structurel. Ainsi, le texte indiquait que « Lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut confier à l'une d'entre elles le pouvoir de fixer les modalités de leur action commune ». Il n'en demeure pas moins une marque de domination de la structure choisie avec la sémantique retenue de « confier » et « pouvoir fixer ». Le texte définitif fait uniquement référence à la seule fonction de régler un problème de chevauchement des compétences. On rappelle que l'alinéa 5 de l'article 72 C dispose que « 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 ». Ce glissement sémantique montre l'affirmation de la fonction de chef de file.

Le Constituant a souvent mis en parallèle les deux procédés de l'expérimentation et de l'action commune. En tant que fonctions, le Constituant a souvent effectué un parallèle entre les deux. Par exemple et au sujet de l'attribution au groupement de la fonction de chef de file, P. CLEMENT indique « Je souhaite rappeler à l'Assemblée que la commission des lois est heureuse de cet amendement : le Sénat avait offert aux EPCI la capacité d'expérimentation, nous leur donnons celle d'être chef de file. Il y a une symétrie, une harmonie qui va dans le sens d'une cohérence accrue »³⁴³. Or, en rapprochant les démarches retenues par le Constituant pour constitutionnaliser l'expérimentation et la fonction chef de file, on peut voir qu'une

³⁴¹ R. GARREC, *Rapport n°27, op. cit.*, p. 108

³⁴² Y. MADIOT, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996, p. 964

³⁴³ P. CLEMENT, AN, Débats, Séance du 22 novembre 2002, *JORF AN* du 23 novembre 2002, p. 5625

différence de traitement est réalisée pour les éventuels bénéficiaires. La fonction de chef de file n'est abordée, sur le plan constitutionnel, que dans sa dimension locale. La fonction de chef de file peut-être aussi prévue d'un point de vue national. Cette procédure n'est pas l'apanage des collectivités décentralisées. Ainsi, un ministère chef de file a été proposé pour le travail de codification des textes législatifs et réglementaires³⁴⁴. *A contrario*, l'expérimentation est présente dans la Constitution dans les deux cas de figure (nationale et locale). Vu la nature similaire de ces deux processus, il aurait paru logique que le Constituant évoque la fonction de chef de file tant du point de vue national que du point de vue local. Ceci aurait permis une forme de symétrie parfaite entre les deux procédés fonctionnels que sont l'expérimentation et la notion de chef de file. En approfondissant le sujet, il semble que la fonction de chef de file sur le plan national, aussi surprenant que cela puisse être, soit bien présente dans la réforme constitutionnelle de 2003. Elle serait matérialisée par son article 10, futur article 74-1 C., disposant que « *Dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 ainsi que par le titre XIII et pour les matières qui demeurent de la compétence de l'État, le Gouvernement peut, après avis de l'assemblée délibérante de ces collectivités, étendre par ordonnance, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole, sauf si elles en disposent autrement. Les règles du deuxième alinéa de l'article 38 sont applicables. Toutefois, les ordonnances deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement dans les six mois suivant leur publication* ».

Se présentent alors deux objections fondamentales : d'une part, il faudrait démontrer que la procédure à l'article 74-1 C relève de la notion de chef de file et, d'autre part, expliquer le rattachement de cette fonction chef de file de nature nationale à l'organisation décentralisée. En effet, nous venons de voir que le chef de file fait d'abord référence à une fonction avant d'être appliquée à une structure. Si la fonction de chef de file « national » existe, on se trouverait confronté à la difficulté de l'inclure dans un cadre décentralisé.

En ce qui concerne l'existence du chef de file national, il convient tout d'abord de définir cette fonction sur le plan national. Elle a pour but de permettre une meilleure efficacité dans l'exercice d'une compétence dévolue entre plusieurs organes suprêmes nationaux. Autrement dit, c'est essentiellement la problématique de la répartition des compétences entre le législateur et l'exécutif ou au sein de l'exécutif. Le premier cas fait référence à la séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et législatif. Le second concerne non seulement la répartition des tâches entre le Président de la République et le Premier ministre mais également celle entre plusieurs ministères. Une différence fondamentale est à souligner entre ces deux cas de figure.

³⁴⁴ Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, *JORF* du 5 juin 1996, p. 8263 et s.

Le premier est prévu par la Constitution tandis que le second ne fait pas partie du champ constitutionnel car il ne vise pas, au même titre que le procédé de la déconcentration, à fixer « *le cadre et les limites des compétences des autorités chargées de choisir et mettre en œuvre les politiques publiques* »³⁴⁵. En effet, il s'agit seulement de répartir les compétences au sein d'une même autorité, en l'occurrence le gouvernement. En revanche, la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif appartient, par définition, à la sphère constitutionnelle. C'est l'objet de l'article 74-1 C à propos de l'adaptation des lois dans les territoires d'outre-mer. De ce fait, son insertion dans la norme suprême paraît justifiée.

En appliquant la définition de l'article 72 alinéa 4 C sur le plan national, la fonction de chef de file doit, en principe, autoriser une structure nationale à organiser les modalités d'une action commune lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs autorités nationales. De ce point de vue, il faut voir si l'article 74-1 C nécessite le concours des deux autorités dans le cadre d'une action commune. A ce stade, il convient d'écarter une disposition proche, c'est celle relative aux ordonnances prévue à l'article 38 C. Cet article est, certes, au fondement de l'article 74-1 C mais les deux procédures constitutionnelles sont juridiquement de nature opposée. En effet, les ordonnances de l'article 38 C ne modifient pas la répartition des compétences sur le plan constitutionnel. Elles permettent au gouvernement d'intervenir seul dans le domaine législatif à un moment et pour un temps donnés. Le Parlement est dessaisi de sa compétence pendant cette période mais il conserve toujours sa compétence initiale et, de ce fait, les deux autorités se succèdent temporellement dans l'exercice d'une compétence. Dès lors, il n'y a pas de chevauchement de compétence entre les deux organes et n'implique pas la collaboration de ces deux derniers dans le cadre d'une action commune. Ainsi, l'habilitation de l'article 38 C ne répond pas aux critères de la définition du chef de file dans la mesure où le champ de compétence doit être commun aux deux autorités. Comme le principe de l'ordonnance vise seulement à autoriser l'intervention du pouvoir exécutif à la place et sous l'égide du Parlement., elle s'oppose à la logique d'une collaboration des deux pouvoirs pour l'exercice d'une compétence donnée. Le chef de file induit dans ce sens une compétence des deux autorités dans le domaine concerné : c'est d'ailleurs la transposition exacte de l'action commune des deux collectivités.

Bien que l'article 74-1 C puise son architecture dans l'article 38 C, il correspond davantage à la définition du chef de file. En effet, il permet une action commune (l'adaptation des lois) de deux autorités (le législateur et le gouvernement) compétentes chacune en ce qui le concerne dans le domaine du droit de l'outre-mer (compétence de l'État). Autrement dit,

³⁴⁵ J. M. LEMOYNE de FORGES, « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », in *La République décentralisée*, colloque Panthéon-Assas, 2004, p. 48

l'article 74-1 C définit un chef de file (le gouvernement) ayant pour objet l'adaptation des lois (action commune) dans les collectivités d'outre-mer. D'une part, l'habilitation permanente du gouvernement est *ipso facto* une compétence d'attribution constitutionnelle³⁴⁶. D'autre part et principalement, le Parlement n'est pas dessaisi de sa compétence initiale puisque « *la loi pourrait à tout moment venir modifier ces ordonnances* »³⁴⁷. Comme le note à juste titre A. JENNEQUIN, « *c'est donc bien une concurrence qui s'établit entre Gouvernement et Parlement quant à l'exercice du pouvoir législatif (entendu ici au sens exclusivement matériel) en matière d'extension et d'adaptation des dispositions législatives dans les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle Calédonie. Tous deux peuvent a priori également intervenir, le Gouvernement au titre de l'habilitation permanente, le Parlement au titre de l'article 34 de la Constitution* »³⁴⁸. Il en résulte que l'article 74-1 C correspond en réalité à la fonction de chef de file national. Reste à déterminer maintenant son rattachement à la décentralisation fonctionnelle.

Nous avons noté que le chef de file constitutionnalisé correspond à une fonction. Or cette fonction est exercée soit par les collectivités territoriales soit par le gouvernement. De ce fait, il paraît difficile de relier la fonction de chef de file, quelle que soit la structure porteuse, à celle de l'organisation décentralisée de la réforme constitutionnelle. L'aspect décentralisé de l'article 72 alinéa 5 C ne souffre pas de contestation puisque la démarche fonctionnelle du chef de file appartient à des structures territoriales. Le problème est tout autre pour l'article 74-1 C car il devient très compliqué de comprendre que le chef de file national, qui plus est, le gouvernement puisse avoir une dimension décentralisée. En effet, le gouvernement est un organe suprême dont la compétence ne se limite pas à une fraction de la collectivité nationale identifiée par un critère d'ordre territorial. Toutefois, la compétence du gouvernement précisée dans l'article 74-1 C marque son appartenance à la décentralisation fonctionnelle car elle lie simultanément la compétence territoriale (collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 C et en Nouvelle-Calédonie) et la répartition des fonctions entre le gouvernement et le législateur. La réforme constitutionnelle de 2008, ayant élargi le champ d'application de cet article 74-1 C³⁴⁹, confirme cet ancrage décentralisé du chef de file national.

D'après cette analyse, la notion constitutionnelle de chef de file (nationale et locale) s'inscrit parfaitement dans le champ de la décentralisation fonctionnelle. Ceci est amplifié par le fait que la constitutionnalisation de cette notion se soit limitée à prendre en compte la seule

³⁴⁶ Par définition, une habilitation permanente n'est pas autre chose que le « *fait d'être apte à accomplir certains actes de façon continue* », c'est-à-dire que l'on est en présence d'une compétence.

³⁴⁷ R. GARREC, *Rapport n°27, op. cit.*, p. 64

³⁴⁸ A. JENNEQUIN, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution - Bilan de la pratique », *RFDA*, 2008, p. 925

³⁴⁹ Un désaccord a eu lieu entre l'Assemblée nationale et le Sénat sur l'extension géographique de ces ordonnances montrant ainsi le caractère décentralisé de cette disposition. Voir le Rapport de J. L. WARSMANN n°1009 du 2 juillet 2008, AN, spécialement pp. 185 et 186.

dimension procédurale à l'exclusion de la dimension structurelle. Il reste maintenant à étudier l'application de la fonction de chef de file au groupement de collectivités territoriales.

§2. La différenciation des groupements de collectivités territoriales-expérimentateurs des groupements-supports de l'action commune

L'introduction du groupement dans la Constitution par le truchement de l'expérimentation et de la fonction de chef de file repose sur l'extension de ces deux dispositifs applicables initialement aux collectivités territoriales. L'extension de la fonction de chef de file aux groupements (A) est, à bien des égards, similaire à l'expérimentation. En revanche, les groupements « chefs de file » couvrent un éventail plus large que celui des groupements expérimentateurs (B).

A. L'extension de la fonction « chef de file » aux groupements de collectivités territoriales

La possibilité octroyée au groupement d'être chef de file n'était pas prévue initialement par le Constituant. De manière identique à la procédure de l'expérimentation, ce rôle n'a été attribué au groupement qu'au cours de la discussion et, il faut le noter, non pas devant le Sénat mais devant l'Assemblée nationale. Le rapporteur P. CLEMENT et M. P. DAUBRESSE ont proposé un amendement, adopté, ajoutant le groupement à la liste des structures pouvant être bénéficiaire de cette fonction. M. P. DAUBRESSE justifiait son amendement pour ne pas écarter « *un certain nombre de groupements très importants, notamment des communautés urbaines, qui représentent tout à la fois des populations et des budgets considérables. Il lui a donc semblé cohérent de leur ouvrir cette possibilité* »³⁵⁰. On peut se poser la question de savoir pourquoi le Sénat ne l'a pas proposé en première lecture alors que c'est ce dernier qui a introduit le terme groupement. Il semble que cela résulte de sa position élaborée en 1999 lorsqu'il a voulu donner une application concrète à ce concept de chef de file lors de la discussion sur la loi VOYNET.

L'article additionnel, non retenu par l'Assemblée nationale en dernière lecture, attribuait seulement le rôle de chef de file aux régions et aux départements en fonction du principe des blocs des compétences. Ainsi, le dernier alinéa disposait que « *Sauf stipulation contraire, pour*

³⁵⁰ J. L. WARSMANN présentant cet amendement en lieu et place de M. P. DAUBRESSE, AN, 2^{ème} séance du 22 novembre 2002, *JORF AN du 23 novembre 2002*, p. 5625

*des actions communes à la région et au département : la région est la collectivité chef de file pour la programmation et l'exécution des actions d'intérêt régional ; le département est la collectivité chef de file des actions relatives au développement local et à la promotion des solidarités réciproques entre la ville et l'espace rural »*³⁵¹. Les communes et leurs groupements n'entraient pas dans ce schéma d'organisation. Ils en étaient donc exclus et c'est la raison pour laquelle le sénateur M. VASSELLE a proposé d'ajouter « et leurs groupements » à cet article. On remarque que les groupements visés se référaient essentiellement aux groupements de communes et non pas aux groupements de collectivités territoriales. De plus, les communes ne sont pas citées expressément dans cet article additionnel, qui n'a pas été retenu par le Législateur de 1999. C'est la même logique du principe de blocs de compétences qui est appliquée dans ce cas par le Sénat lors de la réforme de 2003. Le rapporteur R. GARREC concluait que *« s'il ne juge pas opportun de faire figurer les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes dans la Constitution puisque, par définition, il ne s'agit que d'établissements publics créés par les collectivités territoriales, votre commission considère que, dans la mesure où ils agissent par délégation de leurs membres, ces établissements pourraient également se voir confier le rôle de collectivité « chef de file » »*³⁵². Le groupement n'est donc pas perçu comme relevant du champ constitutionnel des collectivités territoriales. Ainsi, l'application du dispositif chef de file au groupement n'est pas du niveau constitutionnel.

Comment se fait-il que devant l'Assemblée nationale le groupement-chef de file devienne finalement un problème constitutionnel ? Cette interrogation permet surtout de matérialiser la différence qui existe entre la phase d'administrativisation de la constitution et la constitutionnalisation d'une notion administrative. Lorsque le Sénat transmet le projet à l'Assemblée nationale, l'administrativisation de la notion de chef de file est terminée. L'alinéa 5 de l'article 72 C n'évoluera plus après le vote du Sénat sauf en ce qui concerne l'ajout du groupement. Lorsque l'Assemblée nationale étudie à son tour le texte, la notion de chef de file est constitutionnalisée. Dès lors, la notion de chef de file est abordée par le rapporteur P. CLEMENT non dans sa dimension administrative mais dans sa nouvelle dimension constitutionnelle. On comprend alors le questionnement de P. CLEMENT quand il se demande *« si, par une interprétation a contrario, cette qualité était déniée aux groupements qui ne sont pas explicitement mentionnés »*³⁵³. Ce n'est donc qu'à partir de cette intégration dans la Constitution que se pose la difficulté d'extension au groupement formulée par le rapporteur P. CLEMENT.

³⁵¹ Sénat, Débats, séance du 30 mars 1999, *JORF électronique*, p. 32

³⁵² R. GARREC, *Rapport n°27, op. cit.*, p. 112

³⁵³ P. CLEMENT, *Rapport n°376, op. cit.*, p. 54

En revanche, le problème de l'application de la fonction de chef de file au groupement ne posait pas de difficulté constitutionnelle initiale, il en allait tout autrement pour les collectivités territoriales. Le type de relation pouvant naître entre une collectivité chef de file et les autres collectivités dans une compétence donnée posait le problème constitutionnel de la relation d'égalité entre les différentes collectivités territoriales. C'est le fameux risque de tutelle entre collectivités territoriales induit par la notion de chef de file. Cette relation peut même être qualifiée de type hiérarchique. C'est l'idée défendue par A. S. GORGE dans sa thèse relative à l'égalité entre les collectivités territoriales. Elle estime ainsi que le principe de non-tutelle « *ne s'oppose pas, nous semble-t-il, à ce que la fonction de chef de file, en donnant à une collectivité territoriale le pouvoir d'animer et de coordonner les modalités d'une action commune, puisse, de fait, constituer une fonction hiérarchique* »³⁵⁴. Plus précisément, la fonction de chef de file serait une fonction hiérarchique normative, c'est-à-dire une « *relation d'autorité en vertu de laquelle une norme, dont la valeur est définie relativement à la nature de l'acte juridique qui la porte, ne sera tenue pour licite par l'ordre juridique qu'à la condition de respecter les dispositions d'une autre norme dont la valeur est elle-même définie relativement à la nature de l'acte juridique dont elle procède* »³⁵⁵. En d'autres termes, cette fonction « *donne, plus exactement à la collectivité engagée dans l'opération, pour une ou plusieurs actions précises, des fonctions d'animation et de coordination. De fait, la collectivité chef de file est celle qui doit, en faisant autorité, discipliner les initiatives locales et, en les orientant, rendre effective l'action de l'ensemble des collectivités territoriales concernées par l'exercice d'une même compétence* »³⁵⁶. Il ne nous semble pas que cette assimilation de la fonction de chef de file à une fonction hiérarchique normative apporte un éclairage utile sur la notion de chef de file et de sa coexistence avec le principe de non-tutelle. Le raisonnement suivi par l'auteur est, certes, ingénieux mais il repose sur des postulats juridiques plutôt fragiles.

Certes, nous sommes parfaitement en accord avec l'auteure quant à la remise en cause « du dualisme tutelle/hiérarchie » en prenant comme exemple le triptyque eisenmannien de la centralisation, décentralisation et semi-décentralisation. En revanche, l'on peut douter fortement de l'interprétation faite des propos d'A. de LAUBADERE, J. C. VENEZIA et Y. GAUDEMET qui constatent que « *dans les rapports, entre l'État et les collectivités ou établissements décentralisés, en particulier, on rencontre des éléments qui ressortissent au pouvoir hiérarchique. Et plus généralement les techniques mises en œuvre (approbation, suspension, annulation, réformation, substitution...) qui caractérisent les schémas de*

³⁵⁴ A. S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, thèse, Dalloz, 2011, 692 p., p. 469

³⁵⁵ D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 40

³⁵⁶ A. S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., p. 474

déconcentration, ne sont pas inconnues de la décentralisation »³⁵⁷. D'une part, il faut préciser à ce stade de quelle décentralisation administrative l'on parle : est-ce la décentralisation territoriale ou la décentralisation fonctionnelle ? Au vu du vocabulaire employé, on se rapproche plutôt de la seule décentralisation fonctionnelle. Ainsi, les professeurs de droit administratif cités font référence à la relation entre l'État et les autres structures infra-étatiques et non pas à la relation que peuvent entretenir des collectivités entre-elles. Dès lors, cela fragilise initialement la comparaison proposée.

D'autre part et principalement, il est difficile de suivre l'auteur dans sa perception du principe des blocs de compétences. Elle affirme qu'« *une logique pyramidale peut caractériser les relations entre les collectivités territoriales en considération de leurs fonctions respectives* »³⁵⁸. Une confusion s'opère entre les compétences dévolues à chaque structure territoriale et l'exercice de ces compétences qui peut provoquer un chevauchement. L'image que l'on pourrait retenir est plutôt celle d'un segment (la répartition des compétences) que l'on tronçonne de la meilleure façon possible entre les différentes collectivités. Il n'y a pas donc pas de hiérarchie entre les collectivités territoriales dans le droit de la décentralisation territoriale. On ne nie pas qu'elle puisse exister dans le concept de la décentralisation mais, en droit français, le principe retenu est celui de l'absence de hiérarchie entre ces collectivités³⁵⁹. Il se traduit juridiquement par le principe de non-tutelle.

Le groupement de collectivités territoriales exprime à sa manière pleinement ce principe de non-tutelle. A côté des collectivités territoriales, ceux-ci peuvent être le support de la fonction de chef de file. Dans ce cas de figure, tous les collectivités appartiennent à une structure qui est le chef de file pour une action commune. Or on ne peut dire que le groupement a une quelconque autorité sur ses membres puisque son existence repose sur la mise en commun des compétences et la participation de chaque collectivité à l'organe délibérant du groupement.

Il ressort que c'est moins la fonction de chef de file qui pose problème que l'entorse faite au principe des blocs de compétences. Ce dernier a pour conséquence le développement du principe de non tutelle entre les différentes collectivités territoriales. Le groupement ne se voit pas véritablement appliquer ces principes, relevant avant tout de la décentralisation territoriale. Cela confirme particulièrement notre hypothèse que la décentralisation fonctionnelle est en arrière-plan de la réforme de 2003. L'extension au groupement de la notion de chef de file élargit toutefois les structures susceptibles d'être concernées par cette notion constitutionnelle.

³⁵⁷ A. de LAUBADERE, J. C. VENEZIA, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, tome 1 « Droit administratif général », 15^{ème} édition, LGDJ, 1999, p. 127

³⁵⁸ A. S. GORGE, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, op. cit., 474

³⁵⁹ Nous aurons l'occasion d'analyser ultérieurement les raisons de ce choix de l'égalité formelle entre les collectivités territoriales.

B. Les groupements « chefs de file » : un éventail plus large que celui des groupements expérimentateurs

Le groupement de collectivités territoriales est particulièrement marqué par le caractère fonctionnel du rôle de chef de file. Cette nature fonctionnelle, bien établie, ne nous a pas permis de déterminer les structures susceptibles d'être concernées par le dispositif de chef de file. C'est ce que reproche d'ailleurs M. HOUSER à la notion de groupement. Il estime que « *le terme « groupements » manque de consistance pour élaborer un statut constitutionnel propre à l'EPCI* »³⁶⁰. Ce constat d'insuffisance du terme « groupements » nous incite à réfléchir sur les différents enjeux constitutionnels qui ont conduit à insérer cette notion dans la norme fondamentale. Malgré le foisonnement des structures recouvertes par ce terme qui donne l'impression d'une notion trop large, nous avons pu écarter, grâce à la méthode du faisceau d'indices, plusieurs types de groupements de collectivités territoriales dans le cadre constitutionnel de l'expérimentation. *A contrario* et par rapport à ce dernier procédé, la fonction de chef de file est beaucoup moins restrictive car aucune structure locale ne semble être écartée par le Constituant. Il est vrai que l'on peut opposer qu'aucune loi organique n'est intervenue pour préciser cet alinéa de la Constitution³⁶¹. Les travaux préparatoires de la loi organique relative à l'expérimentation nous fournissent néanmoins l'occasion de mettre en exergue un désaccord profond entre le Sénat et l'Assemblée nationale au sujet des groupements de collectivités territoriales. Pourtant, la procédure suivie pour l'adoption de cette loi ne laisse aucunement présager cette controverse juridique puisque la loi organique a été adoptée dans les mêmes termes par les deux assemblées parlementaires. De plus, la loi relative à l'expérimentation ne semble pas avoir de rapport direct avec la notion de chef de file. Quelle est l'origine de cette controverse entre les deux assemblées ?

Ce désaccord, paraissant minime *a priori*, concerne la notion de groupements du point de vue constitutionnel. Le rapporteur G. LONGUET exprime, en effet, une critique assez vive à l'interprétation donnée par M. PIRON au sujet de l'expérimentation. Ce dernier indique qu'« *il n'est pas envisageable de penser qu'une même expérimentation pourrait être conduite, par exemple, par un département et une commune, puisque l'expérimentation est une dérogation à la loi régissant une compétence donnée. Or il paraît exclu, compte tenu du principe de répartition par blocs de compétences entre collectivités qu'une même compétence soit exercée à différents niveaux* »³⁶². On a démontré que cette définition écartait les syndicats mixtes regroupant des collectivités territoriales de niveaux différents. C'était là le fondement

³⁶⁰ M. HOUSER, *op. cit.*, p.191

³⁶¹ La loi du 13 août 2004 fait une application de cette notion sans en préciser le contenu.

³⁶² M. PIRON, *Rapport n° 955, op. cit.*, p. 27

même de l'exclusion de ces groupements. En revanche, le rapporteur de la Commission des lois G. LONGUET contredit cette position en soulignant que « *Si cette préoccupation est tout à fait légitime, la rédaction retenue ne semble pas lui donner satisfaction. Elle n'interdit en effet nullement au législateur de permettre à la fois à un département et une région de déroger à des dispositions législatives régissant une compétence partagée. Il est inutile de rappeler combien le principe fondateur des lois de décentralisation d'une répartition par blocs des compétences entre collectivités territoriales a été battu brèche au fil des ans. Il appartiendra donc au législateur de décider, dans la loi d'habilitation, s'il entend permettre à des collectivités territoriales appartenant à des catégories différentes de déroger en même temps à des dispositions régissant l'exercice de compétences partagées ou, ce qui semble plus probable compte tenu de l'exigence évidente de cohérence des normes applicables, s'il confie cette faculté à des collectivités « chefs de file »* »³⁶³. Autrement dit, il considère que la logique de blocs de compétences n'est plus appliquée et applicable en tant que telle. Comme la Constitution mentionne la dérogation (par le truchement du chef de file) au principe de blocs de compétences, le rapporteur sénatorial en déduit que la collectivité « chef de file », et donc le groupement par extension, puisse être collectivité expérimentatrice. Mais de ce fait, on se retrouve avec la contradiction constitutionnelle qu'un groupement « chef de file », par exemple un syndicat mixte regroupant des collectivités territoriales de niveaux différents, puisse expérimenter alors que la loi organique, et *a fortiori* la loi ordinaire, l'en exclut. Ceci est même amplifié par le cas de figure où un syndicat mixte comprend une région, plusieurs départements, des établissements publics de coopération intercommunale et des communes. Ce dernier pourrait être aussi un groupement « chef de file » que la loi organique a écarté. Dès lors, le groupement de collectivités territoriales sur le plan constitutionnel aurait un sens différent pour le procédé de l'expérimentation et pour le rôle de chef de file. Le groupement se trouve donc défini de manière plus large dans ce dernier cas : il pourra comprendre non seulement les groupements à fiscalité propre mais également tous les autres groupements.

On atteint à cet égard la limite de la notion de structure fonctionnelle car elle ne peut résoudre la question des caractéristiques intrinsèques de la décentralisation territoriale. C'est ce qui est sous tendue par l'expression du rapport sénatorial « collectivité chef de file ». Le raisonnement tenu par G. LONGUET est implicitement lié à la conception purement territoriale de la décentralisation. Il ne considère, dans son propos, que les collectivités territoriales, c'est-à-dire la commune, le département ou la région et n'envisage pas le groupement de collectivités territoriales, structure fonctionnelle. La référence au principe de blocs de compétences en exclut *de jure* ces structures. On remarque que la notion de blocs de compétences vient figer la

³⁶³ G. LONGUET, *Rapport n°408*, pp. 35-36

distribution des tâches au sein de l'appareil étatique. Dès que l'on constate que cette clef de répartition est insuffisante face à la pratique, on change *in fine* l'essence du problème posé. Du moment où l'on réfléchit sur la répartition des compétences, on bascule donc dans un autre cadre juridique de réflexion, celui de la décentralisation fonctionnelle. *A contrario*, sans l'hypothèse de la remise en cause de l'un des fondements de la décentralisation territoriale, la contradiction évoquée n'aurait aucun sens.

La notion de chef de file suscite deux opinions contraires que l'on peut comprendre à partir de la dualité constitutionnelle de l'organisation décentralisée. La première opinion est très sévère à l'égard de cette notion car elle est, pour une partie de la doctrine, dénuée d'intérêt. Ainsi, J. B. AUBY la voit comme une fonction « *de registre assez anodin* »³⁶⁴. Effectivement, si l'on se place de l'angle de la décentralisation territoriale, elle n'a qu'un effet très limité. De l'autre, un second courant de pensée l'envisage comme une technique d'avenir³⁶⁵ non exploitée. A ce titre, L. GELIN-RACINOUX souligne qu'« *on peut considérer que la fonction de la collectivité chef de file telle qu'elle a été mise en œuvre par la loi n'a pas l'envergure qu'on pouvait en attendre. Et si elle n'est pas en mesure de « casser le moule de l'uniformité* » (O. GOHIN, *La révision du titre XII : pouvoir constituant et jurisprudence constitutionnelle*), elle a le potentiel pour y parvenir »³⁶⁶. On nuancera le propos en précisant que ce potentiel n'existe que dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle. L'uniformité est l'un des principes de la décentralisation territoriale, ce qui est aujourd'hui en discussion avec la réforme de constitutionnelle de 2018, et il paraît difficile de la contourner notamment sur le plan constitutionnel. Au contraire, le groupement représente ce pluralisme et ce potentiel de différenciation mais dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle. C'est d'ailleurs sur les critères uniformes de la collectivité territoriale que le groupement de collectivités territoriales a été reconnu. La diversité est donc l'une des caractéristiques du groupement que la notion de chef de file a mis en exergue.

De cette pluralité, il convient d'analyser si la réforme de 2003 permet de réduire les groupements concernés. A ce titre, plusieurs dispositions constitutionnelles nouvelles ont eu vocation à inscrire des principes juridiques financiers. De ces dernières, il peut être intéressant de mettre en évidence un groupement particulier, celui à fiscalité propre.

³⁶⁴ J. B. AUBY, « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation », *Droit administratif*, n°4, 2003, p. 10

³⁶⁵ Le personnel politique est très intéressé par cette notion. Voir la contribution de l'AMF aux États généraux de la démocratie territoriale organisés par le Sénat, 14 février 2012.

³⁶⁶ F. GELIN-RACINOUX, *op. cit.*, p. 289

Chapitre 2 : La particularité constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

La réforme constitutionnelle de 2003 n'a pas seulement introduit l'organisation décentralisée dans la Constitution mais elle a également assuré aux collectivités territoriales une autonomie financière par les principes inscrits dans notre norme fondamentale. Bien que le groupement de collectivités territoriales n'apparaisse pas *in extenso* dans les articles constitutionnels afférents, il s'avère qu'il ne peut être absent de ce domaine dans la mesure où les relations financières entre le groupement et ses communes membres sont de plus en plus importantes. En effet, il existe actuellement, et c'était aussi le cas en 2003, une propension forte à transférer de plus en plus de compétences aux groupements de communes. Il est vrai que l'on écarte ainsi, de façon quasi automatique, les départements et les régions de la composition du groupement. Au cours de ce chapitre, nous aurons l'occasion d'en comprendre les raisons par la genèse et l'évolution du groupement historique, celui concernant les communes.

L'association des communes pour l'exercice de leurs compétences n'apparaît pas initialement comme fondamentale pour les exercer au mieux au regard de la petite taille des communes. Au contraire, il y a une valorisation extrêmement forte de la collectivité de premier échelon au point de devenir une représentation idéalisée de la démocratie locale. Par exemple, il est révélateur que M. VIOLLETTE, Ministre de l'Intérieur sous la III^{ème} République, dans son avant-propos de la thèse de V. LEYDET, considère qu'« *en faisant le bilan des besoins communs à nos communes rurales susceptibles d'être normalement l'objet de syndicats de communes, nous n'en trouvons que deux : l'électricité d'abord, la défense contre l'incendie ensuite (...). En dehors de ces deux objets, il ne peut y avoir que des besoins exceptionnels comme la défense contre les inondations...* ». Il conclut en écrivant qu'« *il n'en est pas moins vrai que si le syndicat de communes ne me paraît pas appelé à révolutionner la vie communale française, il reste d'une utilité incontestable* »³⁶⁷. On remarque que son propos envisage bien le rôle fonctionnel du syndicat de communes mais qu'il n'en voit pas les applications concrètes multiples. A son crédit, il est vrai que l'après-guerre allait apporter une période de modernisation rapide et des changements profonds. A ce titre, la préface du Conseiller P. BRUN de la même

³⁶⁷ M. VIOLLETTE, « Avant-propos », in V. LEYDET, *Le syndicat de communes*, 1937, Librairie technique et économique, 322 p., p. III et p. V

thèse marque une divergence assez nette avec l'avant-propos. P. BRUN relève que « *l'exposé de cette récente jurisprudence³⁶⁸ montre bien l'importance et l'ampleur croissante du rôle économique et social que les syndicats de communes sont appelés à remplir, dans le cadre de notre organisation administrative, pour la réalisation en commun d'œuvres d'intérêt général et le développement, en matière économique, d'organismes de coopération intercommunale* »³⁶⁹. Il ne s'agit pas de rechercher celui qui allait avoir raison à l'avenir mais de mettre en évidence ces deux visions qui vont modeler le droit de la coopération jusqu'à notre époque contemporaine.

Il ressort de ces deux analyses une contradiction profonde liée à la perception de la commune comme institution de famille et la transformation du rôle des communes amorcée dans les années vingt. De ces deux tendances opposées résultent, selon nous, la lente émergence des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre (Section 1). En effet, l'exercice de compétences au niveau intercommunal va nécessiter des ressources propres intercommunales qui seront inscrites petit à petit dans les droits administratif et fiscal. Se rapprochant alors du régime juridique d'une commune, le groupement à fiscalité propre va progressivement devenir incontournable tant sur le plan des compétences transférées que sur le plan financier et fiscal. La réforme constitutionnelle de 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République va aboutir à garantir aux collectivités territoriales une autonomie financière les protégeant, par exemple, de transferts de compétence sans contrepartie financière. Il reste que le groupement est indirectement reconnu par ces dispositions constitutionnelles et, directement, les lois organiques s'y référant. Ainsi, on sera amené à démontrer la reconnaissance implicite des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre (Section 2).

³⁶⁸ L'auteur évoque deux avis du Conseil d'État permettant la création de groupements composés de syndicats de communes et de communes isolées.

³⁶⁹ P. BRUN, *ibid.*, p. IX

Section 1 : L'émergence de la notion de groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

Le groupement de collectivités territoriales à fiscalité propre n'est pas apparu comme une notion juridiquement clairement établie dans le cadre d'une législation volontaire. Au contraire, les organismes de coopération locale ne présentaient, dans un premier temps, aucune caractéristique fiscale ou financière. Sous l'effet de l'évolution du rôle économique des collectivités locales, plus communément appelé le socialisme municipal, le syndicat de communes va progressivement sortir de l'ombre de l'aura symbolique de la commune par sa dimension pratique, fonctionnelle et, donc, financière. Ce dernier aspect sera particulièrement marquant car il est induit non seulement par le choix de la forme juridique retenue en 1890, c'est-à-dire celle de l'établissement public mais aussi par ce rôle économique grandissant des communes. Les besoins de la population, le développement des services publics vont tendre à renforcer progressivement l'autonomie financière et fiscale du régime juridique de l'organisme de coopération intercommunale. Cette construction empirique d'une notion juridique et financière (§1) va également poser la question de l'autonomie fiscale de ces établissements. Sur le plan législatif, le groupement à fiscalité propre va ainsi se trouver singularisé par un régime juridique poussant à écarter certaines formes de coopération locale. Cette approche fiscale du groupement nous permettra d'exclure un certain nombre de groupements relevant tous de la coopération verticale (§2).

§1. La construction empirique d'une notion juridique et financière

L'association des collectivités territoriales au sein d'une structure donnée n'a pas émergée facilement eu égard à l'expérience malheureuse des municipalités de canton. La loi municipale de 1884 a été très timide sur le sujet. La naissance du syndicat de communes, actée en 1890, est aussi marquée par cette histoire : ce groupement originaire n'était pas doté d'une fiscalité propre (A). Ce n'est que très progressivement, par petites touches successives, qu'est véritablement attribué ce pouvoir fiscal au groupement. Il faut savoir que la notion d'établissement public n'est sans doute pas étrangère à cette évolution. C'est pourquoi nous

analyserons, dans un deuxième temps, le lent accroissement de l'autonomie fiscale des groupements (B).

A. Un groupement originaire sans fiscalité propre

Le syndicat de communes bénéficie originellement d'un régime financier et budgétaire peu innovant si on le compare à nos groupements actuels. Comme le note justement L. G. VERDUN, « *la loi et ses commentaires sont rédigés comme si en fait les Syndicats de communes devaient se constituer pour l'édification ou la gestion d'établissements charitables : ce but est minutieusement précisé, tandis que les autres objets sont énumérés à titre indicatif, comme pour mentionner le grand libéralisme de l'institution* »³⁷⁰. Autrement dit, le syndicat est envisagé comme une structure gérant des services communaux dont l'objet doit être intercommunal. Cet organisme est doté, pour cela, de la personnalité civile afin qu'il puisse réaliser l'œuvre intercommunale, cette dernière étant définie par les collectivités membres. Ainsi est compris l'établissement public : il dispose de moyens concrets notamment pécuniaires (contributions des communes, dons et legs éventuels). Or les intitulés, à cette période charnière, sont hésitants et marquent une nette prédominance de la notion de personnalité civile. On préfère employer cette expression de « personnalité civile » au détriment de celle « d'établissement public ». Ainsi, L. AUCOC souligne que « *Les lois ont très rarement employé ce mot [d'établissement public] pour l'appliquer à une institution déterminée. C'est par des dispositions relatives à l'administration des propriétés, à l'acceptation des dons et legs qu'on peut reconnaître l'intention qu'avait le législateur de constituer une personne civile. Il n'y a que de rares exceptions* »³⁷¹. La singularité des syndicats de communes est l'utilisation des deux expressions dans une même formule : ce sont des « *établissements publics investis de la personnalité civile* ». Cet intitulé exprime-t-il une synthèse des deux notions ou une redondance superfétatoire ? On peut penser que cette double terminologie traduit deux innovations dans le domaine de la coopération locale.

D'une part, la notion d'établissement public correspond à celle des établissements publics communaux définie par la loi de 1884, c'est-à-dire que « *ces établissements sont administrés par des conseils d'administration indépendants de la commune ; mais la loi a conservé à cette dernière une surveillance et un contrôle généraux, qui, en laissant aux premiers une indépendance financière suffisante, permettent cependant à la seconde de conserver l'autorité administrative et morale qui doit justement lui appartenir* »³⁷². On voit que

³⁷⁰ G. L. VERDUN, *op. cit.*, p. 88

³⁷¹ L. AUCOC, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Monographie, Picard, 1901, p. 9

³⁷² L. BEQUET, *Traité de la commune*, Répertoire du droit administratif, P. Dupont, 1888, p. 372

cette dénomination implique simultanément un contrôle communal d'un autre organisme, doté d'une autonomie financière. La relation entre la commune et l'établissement est toutefois marquée par la subordination de l'établissement public à la commune.

D'autre part, la notion de personne civile n'induit pas toujours celle d'individualité financière et inversement. T. TESSIER explique, à l'époque, que « *le groupement de communes qui sert de base à l'institution du fonds de cotisation municipale, l'on se trouve en présence d'une individualité financière nettement caractérisée à laquelle ne se rattache aucune personnalité civile* »³⁷³. Dans l'autre sens, il note que les sections de communes présentent une personnalité civile sans avoir de budget propre. La reconnaissance par le législateur de la personnalité civile au syndicat de communes réside donc dans la capacité juridique d'agir, représentée par l'organe délibérant et dans l'existence d'une individualité financière. Par voie de conséquence, il y a bien une complémentarité dans l'intitulé de l'article 170 de la loi du 22 mars 1890. Cette autonomie financière et de volition est toutefois limitée par l'objet, c'est-à-dire par l'œuvre intercommunale. Finalement, l'attribution de la personnalité civile au syndicat n'est que le résultat d'individualiser financièrement un établissement public ayant vocation à mettre en place une œuvre sur un seul territoire, regroupant plusieurs communes, à l'image des hospices intercommunaux. La notion d'établissement public, adossée à celle de personnalité civile, assure donc une autonomie réelle de fonctionnement. Le budget propre adopté et suivi par le comité syndical, organe délibérant, est l'expression de cette innovation structurelle. Cette caractéristique juridique est véritablement nouvelle par rapport à la législation antérieure et ouvre des perspectives importantes de coopération pour les communes. On prend soin toutefois de bien délimiter et d'encadrer le fonctionnement de ce groupement afin d'éviter une remise en cause de l'unité de l'État.

En premier lieu, seules les communes peuvent accéder à cet instrument juridique de coopération. Lors de la discussion devant la Chambre des députés en 1889, le parlementaire C. DUPUY a proposé d'étendre le dispositif aux départements. Le président du Conseil C. FLOQUET lui a répondu que « *la situation est toute différente pour le département et pour la commune. L'autorité du pouvoir central sur le département, en vertu de la loi de 1871, est infiniment plus restreinte que son autorité sur la commune* »³⁷⁴. Autrement dit, la commune, considérée comme une structure tellement encadrée, peut bénéficier d'un outil lui permettant d'exercer ses compétences en association avec d'autres collectivités de même nature. On situe donc la création du syndicat de communes dans un domaine purement administratif, celui de remédier à la petitesse de la taille des communes et on refuse absolument d'envisager la

³⁷³ T. TESSIER, « Dons et legs », in *Répertoire Béquet*, Tome XII, 1894, p. 96

³⁷⁴ Chambre des Députés, Séance du 22 janvier 1889, *JORF* du 23 janvier 1889, p. 156

question sous l'angle de l'organisation administrative constitutionnelle. Par exemple, J. REINACH, rapporteur du texte sur les syndicats devant la Chambre des députés, constate l'échec d'imposer une structure obligatoire de regroupement et estime que « *La conclusion n'est-elle pas, au contraire, que, partout où se fait réellement sentir le besoin de certaines œuvres, l'initiative locale doit être suffisante, quand l'instrument légal aura été mis à sa disposition, pour créer les associations et syndicats qui, unissant leurs forces, leurs ressources et leur activité, suppléeront sans peine à l'impuissance de l'isolement primitif ?* »³⁷⁵. C'est la raison pour laquelle cette loi prévoit son régime juridique, que ce soit le mode de création de ce groupement, le fonctionnement de son organe délibérant ou encore son budget et ses ressources financières. L'adoption de ce texte est marquée par la définition d'un cadre légal peu contraignant pour cette période. En effet, l'objet du syndicat est libre, ce qui est en soi une avancée considérable, les ressources sont définies par les collectivités à l'origine du projet et l'autonomie de cet organisme de coopération est reconnue par l'attribution de la personnalité morale. Malheureusement, les espoirs placés dans cette loi, vont être déçus en raison du centralisme encore prégnant sous les institutions de la III^{ème} République.

En deuxième lieu, on ne peut pas dire que l'administration centrale et, surtout, le Conseil d'État aient laissé une large place à l'initiative des communes dans la création des syndicats. Au contraire, on constate une volonté de préserver le pouvoir d'appréciation unilatéral de l'exécutif dans ce processus. Le centre d'impulsion unique, définition classique de l'État unitaire, semble peu enclin à voir apparaître une initiative locale. Certes, on pourrait opposer que la raison principale du faible nombre de création de syndicats en 1897 se trouve dans l'absence de volonté de créer un syndicat par les communes³⁷⁶. Cependant, il est utile de rappeler que la procédure initiale de création de ce groupement était très lourde et donnait une large influence au Conseil d'État. Le décret instituant le premier syndicat de communes est révélateur de cette contrainte administrative et met également en évidence la difficulté de voir surgir une structure locale autonome financièrement. L'objet du syndicat était la création d'un hospice intercommunal suivant trois séries de délibérations des conseils municipaux associés dont la plus tardive date du 7 avril 1891. Entre celle-ci et la date définitive du décret (26 mars 1892) s'est écoulé presque une année pour achever cette phase administrative ! Autre exemple encore plus symptomatique, le délai de création d'un autre syndicat paraît excessivement long

³⁷⁵ J. REINACH, « Rapport sur le projet de loi relatif aux syndicats de communes », in J. REINACH, *Mon compte rendu. Discours, propositions et rapports, 1889-1893*, 1893, p. 61

³⁷⁶ F. DREYFUS remarque que « *Dix syndicats en six années, c'est un faible résultat* », in F. DREYFUS, *Études et discours*, Calmann Levy, 1896, p.60

dans la mesure où presque trois années se sont passées entre les premières délibérations des communes fondatrices et la signature du décret institutif³⁷⁷.

Au-delà de cet élément peu encourageant pour l'initiative communale, le premier exemple de groupement de collectivités territoriales semble davantage perçu comme un prolongement d'un établissement communal de bienfaisance pour la population de plusieurs communes que comme une véritable institution de coopération. Pourtant, la circulaire du ministère de l'intérieur allait plutôt dans le sens d'une affirmation institutionnelle du syndicat en posant que « *La gestion des établissements faisant l'objet des syndicats ne sera pas confiée à un corps autre que le comité lui-même. Celui-ci pourra se faire assister de citoyens pris en dehors de son sein et qui, à raison de leur compétence et de leurs capacités spéciales, paraîtront aptes à contrôler et à surveiller utilement la marche des services. Mais les commissions ainsi constituées n'auront aucun pouvoir de décision. Les comités exerceront sur les établissements des syndicats les pouvoirs attribués par le droit communal aux conseils municipaux à l'égard des établissements institués par les communes, et qui n'en ont pas été détachés pour revêtir une personnalité distincte* »³⁷⁸. Le Conseil d'État, dans son avis sur la création de ce premier syndicat, a rejeté cette interprétation car il estima que « *la personnalité civile d'un hospice intercommunal ne doit pas être absorbée par celle du syndicat ; de même qu'un hospice ordinaire a une existence distincte de celle de la commune dans laquelle il a été créé, de même un hospice intercommunal doit former un établissement indépendant du syndicat, qui n'est en réalité que la représentation de plusieurs communes associées* »³⁷⁹. Il affirme ainsi non seulement qu'un établissement public de bienfaisance bénéficie de la personnalité civile mais aussi, et c'est plus gênant, que le syndicat n'est que la réunion instituée de plusieurs communes. Autrement dit, il refuse de voir dans le syndicat une véritable institution dotée d'un budget propre et d'une autonomie financière et de décision. Le syndicat n'est alors qu'un organisme « boîte aux lettres » par lequel transite les ressources des communes affectées à la réalisation de l'hospice intercommunal. Or et en suivant l'esprit de la loi, c'est le comité syndical qui devait prendre la décision d'affecter les recettes syndicales, issues des contributions communales et des dons éventuels, à l'établissement de bienfaisance. Ce décret institutif a, selon nous, confondu la création du syndicat avec son objet, son but défini par les communes membres. A cet égard, on est amené à penser que la position retenue dans la circulaire est plus proche de la

³⁷⁷ Entre les premières délibérations en date d'avril 1891 de deux communes du Vaucluse et le décret présidentiel du 12 janvier 1894, les conseils municipaux ont dû délibérer 6 fois. Décret *in extenso in Revue générale d'administration*, Berger Levrault, 1894 (Tome 1), p.295

³⁷⁸ Circulaire du Ministre de l'Intérieur (CONSTANS) pour l'application de la Loi du 22 mars 1890 créant l'institution de Syndicats de communes, Bulletin officiel du Ministère de l'Intérieur, numéro 9, 1890, pp. 250-261, p. 255

³⁷⁹ Note sous décret du 28 mai 1892 relatif à l'hospice intercommunal de Pantin, *Revue d'administration générale*, mai 1892, tome 44, p.81

loi que celle de l'avis du Conseil d'État. En tout état de cause, l'interprétation de la Haute juridiction, ayant primée dans le décret, va créer un précédent et une position bien établie. La conséquence principale est l'impact sur l'autonomie financière du syndicat de communes.

En dernier lieu, la garantie d'un budget propre géré par le comité syndical est fortement atténuée par la position similaire du Conseil d'État et du gouvernement. On a déjà vu que l'autonomie du syndicat était largement affectée par le processus de création du groupement. Pourtant, il faut savoir que l'origine des ressources de ce premier modèle d'établissement public de coopération peut déterminer la composition du groupement. L'adoption d'un amendement sénatorial permet en effet d'inclure dans le syndicat d'autres membres, dont la particularité est de participer financièrement au projet intercommunal. Ainsi, le rapporteur E. LABICHE, en 1889, précise qu'« *on peut supposer que l'initiative et les ressources seront dus soit à une donation particulière soit à l'intervention du département. (...) Cet exemple et les autres analogues que je pourrais donner justifient l'adoption d'une rédaction très large, prévoyant certaines circonstances, de manière à permettre d'introduire dans le comité les personnes ayant qualité pour gérer les affaires de l'association* »³⁸⁰. C'est pourquoi la rédaction finale de l'article 171 donne à la décision d'institution du syndicat une portée juridique majeure puisque les délibérations des communes peuvent aboutir à associer institutionnellement d'autres acteurs, notamment le représentant du donateur, si celle-ci est une fondation, ou encore le département. Dès lors, l'acte instituant le syndicat peut devenir une exception à la règle de deux représentants par commune dans le comité³⁸¹. Or l'interprétation assez libérale du texte législatif est fortement mise à mal par le Conseil d'État et le gouvernement dès son entrée en vigueur. Ainsi, l'Exécutif refuse la création d'un syndicat reposant sur un legs accordé à une commune ou encore n'entrant pas dans le cercle des attributions communales. On peut, dès lors, estimer que le faible nombre de créations est aussi lié à la procédure particulièrement lourde à mettre en œuvre, décourageant les initiatives communales d'avancer dans cette voie.

La Première Guerre mondiale rendra nécessaire la réactivation de ces structures de coopération, mises en sommeil par les conditions jurisprudentielles draconiennes évoquées ci-dessus. Étant observé que les blessés, les mutilés seront à la charge des communes après le conflit, ces collectivités, seules, ne pouvaient assurer cette tâche. Comme le juge sévèrement mais à propos le rapporteur du texte en 1917, « *L'expérience des années qui viennent de s'écouler nous a démontré, en effet, que la loi de 1890 ne pouvait jamais jouer et que les associations de communes ne pourraient jamais se constituer, si on persistait à subordonner leur création à l'agrément du pouvoir central et au bon plaisir du conseil d'État. Il est temps,*

³⁸⁰ Sénat, Débats, séance du 17 décembre 1889, *JORF* du 18 décembre 1889, p.1226

³⁸¹ Ceci est d'autant plus remarquable que cet article 171 de la loi du 22 mars 1890 est toujours en vigueur puisqu'il est repris à l'article L. 5212-6 du CGCT.

messieurs, de libérer nos communes et nos départements de la tutelle oppressive du conseil d'État »³⁸². Cette libération se traduira par la possibilité de gérer plusieurs compétences au sein du syndicat de communes puisque le texte introduira le pluriel à « œuvre intercommunale ». C'est, dans cette période de l'entre deux-guerres, que les syndicats progresseront en nombre tant par l'effet de cette évolution de la législation que par le rôle des communes en tant qu'entité gestionnaire de différents services municipaux.

En revanche, il est maintenu l'interdiction à ces syndicats la possibilité de lever des taxes ou des impôts pour répondre aux dépenses de l'œuvre intercommunale. Il semble que cette interdiction soit une composante juridique de l'existence du syndicat de communes. L'exposé des motifs est très clair sur ce point car J. REINACH, rapporteur à la Chambre des Députés, souligne qu'« *Il n'y pas de taxe intercommunale ou cantonale* »³⁸³. Quel est le sens de cette interdiction formelle ? C'est la crainte de voir apparaître les anciennes municipalités de l'an III sous cette appellation de syndicat de communes, de nouveaux cantons « sans âme », fruit honni de l'histoire de notre administration locale mais aussi de l'aura entourant la commune, cellule démocratique vivante de la Révolution française. Ce double sentiment a donc pour conséquence de donner à ce premier établissement public de coopération locale une autonomie de gestion par le truchement de la personnalité morale, d'un patrimoine et d'un budget propres. Son autonomie de fonctionnement dépend étroitement des ressources financières que les communes ont mises à disposition, c'est-à-dire les contributions de chacun des membres et les éventuels dons et legs.

Bien que l'existence du groupement repose intrinsèquement sur l'absence de fiscalité propre, on remarque que la genèse du syndicat de communes met en évidence la nécessité d'avoir un patrimoine et des ressources propres pour se distinguer des ententes et conférences intercommunales. Il reste que cette autonomie initiale budgétaire et financière évoluera progressivement vers une autonomie fiscale, s'éloignant ainsi du cadre initial de création du premier groupement de collectivités territoriales.

B. L'autonomie fiscale : composante originaire et usuelle du régime juridique de l'établissement public

Nous avons remarqué que le premier groupement de communes se voyait octroyer la personnalité juridique afin qu'il puisse gérer une œuvre d'intérêt intercommunal. Cependant, l'autonomie budgétaire du syndicat n'impliquait nullement une quelconque autonomie fiscale.

³⁸² P. MEUNIER, Séance du 12 septembre 1917, *JORF du 13 septembre 1917*, p. 1776

³⁸³ J. REINACH, Rapport sur le projet de loi relatif au syndicat de communes, 27 février 1890, in J. REINACH, *Mon compte rendu. Discours, propositions et rapports, 1889-1893*, 1893, p. 63

En outre, le statut d'établissement public nous laisserait supposer qu'un « *service public personnifié* »³⁸⁴ ne pourrait être doté d'un pouvoir fiscal. Tout au plus, pourrait-on seulement envisager l'affectation d'une ressource financière pour équilibrer le budget du service isolé. Cette recette correspond-elle potentiellement à une contribution directe ou un impôt ? Cela soulève la possibilité de recourir à l'impôt par l'organe représentant l'établissement public. Or, dans la tradition juridique française, seul le Parlement peut lever l'impôt³⁸⁵. Toutefois, il est reconnu un pouvoir fiscal dérivé mineur aux seules collectivités locales et non pas aux établissements publics. Dès lors, le régime juridique relatif au syndicat de communes expliquerait l'impossibilité de recourir à une fiscalité propre ou à l'impôt.

Bien que ces deux arguments soient séduisants, ils restent fortement tributaires de la définition donnée en 1901 par J. ROMIEU³⁸⁶ et théorisée, dans le domaine financier, par G. JEZE³⁸⁷. Certes, la notion d'établissement public a émergé à la fin du XIX^{ème} siècle dans son sens actuel. Auparavant, cette notion coexistait à côté de celle d'établissement d'utilité publique. Toutes deux revêtaient une signification proche reposant sur les mêmes fondements juridiques. Même si l'intitulé d'établissement d'utilité publique a été employé bien avant celui d'établissement public, il existait des institutions dénommées ainsi telles que la Caisse des dépôts et consignations, certainement la plus connue, et, plus surprenant, les bourses et les chambres de commerce. Si l'établissement public se distinguait mal de l'établissement d'utilité publique, la raison profonde de cette confusion des deux structures reposait sur la nécessité de substituer à une personne physique ou à l'État un propriétaire pour un bien affecté un usage précis. L'entretien de ce bien impliquait des dépenses qu'il fallait compenser par des recettes propres. C'est le cas du régime juridique des bourses et chambres de commerce, excellent précédent dans ce domaine.

Il n'est pas inutile de rappeler que ce dernier modèle a servi à l'extension de l'autonomie fiscale des groupements de collectivités territoriales en 1955. A ce titre, l'histoire de l'organisation des chambres de commerce recoupe fréquemment celle de l'organisation administrative et ces deux mouvements se sont mutuellement influencés. Nous avons vu dans le premier titre que le mot groupement trouvait l'une de ses premières utilisations en métropole par l'intermédiaire des chambres de commerce et que le régime juridique des groupements économiques s'appuyait notamment sur la législation des syndicats de communes. Dans le sens

³⁸⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1933

³⁸⁵ L'article 34 de la Constitution précise notamment que « *La loi fixe les règles concernant (...) les impositions de toute nature* ».

³⁸⁶ J. ROMIEU affirmait ainsi que « *l'établissement public est " une personne morale administrative créée pour la gestion d'un service public"* », Concl. sur CE, 22 mai 1902, *Caisse des écoles*, Rec., p. 396

³⁸⁷ G. JEZE considérait qu'un service personnifié est doté d'un patrimoine propre ce qui le différencie d'un service individualisé du point de vue financier.

inverse, l'attribution très ancienne de la qualification « d'établissement public » aux bourses et aux chambres de commerce nous éclaire sur les différents aspects de l'autonomie, qu'elle soit budgétaire, financière et fiscale.

Nul ne doit être étonné que le régime napoléonien soit encore à l'origine de ce statut. Néanmoins, la construction, pour le moins empirique, de cette législation est la somme d'un empilement de textes divers, d'époques différentes et s'appliquant, de surcroît, à une diversité de structures juridiques. Enfin, nous préférons souligner que certains organismes, ayant pourtant disparu, ont largement contribué à l'édification du régime juridique de l'établissement public. Cet enchevêtrement ne facilite pas la compréhension de l'apparition de l'autonomie fiscale de l'établissement public. Une interrogation peut alors nous guider : pour quelle raison les chambres de commerce, établissements publics, ont-elles bénéficié d'une autonomie fiscale à leur création ? Ceci nous permettra de saisir le changement de position du législateur à l'égard des groupements de collectivités territoriales.

Premièrement, une bourse du commerce peut aussi être considérée comme une forme de groupement : elle regroupe des professionnels exerçant dans le commerce en étant, par définition, « *la réunion, qui a lieu sous l'autorité du gouvernement, des commerçants, des capitaines de navires, des agents de change et des courtiers* »³⁸⁸. Ce groupement n'existe que par la volonté du législateur³⁸⁹ et du gouvernement. Par voie de conséquence, la bourse est une institution publique. Selon J. G. LOCRE, « *les bourses de commerce sont des établissements publics qui ne peuvent être formés par la volonté du commerce de chaque ville* ». Cet auteur prend soin de préciser aussi que « *je n'ai pas besoin d'observer que le gouvernement, étant constitué seul juge de sa convenance, il ne lui appartient pas moins de supprimer les bourses qu'il croit inutiles, que d'établir celles qui croit nécessaires* »³⁹⁰. Faisant référence aux anciennes bourses du commerce que la Révolution avait plus ou moins écartées³⁹¹, le statut de la bourse de commerce dépend tout de même exclusivement de la volonté de l'État. L'établissement de ces organismes est l'apanage du seul gouvernement, prérogative qu'il utilisera à de nombreuses reprises³⁹². Plus intéressant, on note que la qualification d'établissement public renvoie à la détention d'un patrimoine et, plus spécialement, du local utilisé pour les réunions, reliquat institutionnel de l'Ancien Régime ! Afin d'entretenir ces biens

³⁸⁸ Article 71 du code du commerce de 1807.

³⁸⁹ C'est la loi du 28 ventôse an IX qui crée la catégorie institutionnelle des bourses de commerce. Dès l'article 1^{er}, il est prévu que chaque bourse est établie par le gouvernement. Les autres articles de cette loi prévoient son régime juridique.

³⁹⁰ J. G. LOCRE, *Esprit du code de commerce*, 1807, Imprimerie impériale, Paris, tome 1^{er}, 508 p., p. 316

³⁹¹ Les bourses de commerce ont la particularité de ne pas avoir été supprimées par la Révolution française en tant que telles contrairement aux chambres de commerce (décret du 27 septembre-17 octobre 1791). Ceci n'est pas sans incidence sur la notion d'établissement public.

³⁹² Plus de 50 bourses sont créées. De nombreux exemples sont répertoriés par J. G. LOCRE, *op. cit.*, p. 317 et s.

dont l'affectation a été préservée, le législateur a permis la perception d'une taxe sur les personnes intéressées. Il en résulte que ces institutions étaient propriétaires (sans pour autant connaître le procédé juridique de la personnalité morale) de l'immeuble, en raison de sa destination commerciale, et que les dépenses occasionnées par ce local étaient couvertes par les taxes versées par une catégorie d'usagers.

Ce n'est pas tout : ces organismes étaient considérés comme publics du fait, d'une part, qu'ils émanaient de l'État (ceci est aussi la conséquence du pouvoir régalien de police accordé aux agents de change). D'autre part, les fonds appartenaient à la bourse, et plus spécialement à son représentant, car l'arrêté du 12 brumaire an XI prévoyait que « *le montant des recettes sera versé entre les mains d'un des négociants, agents de change ou courtiers de la ville, désigné par le préfet, lequel acquittera les mandats que le préfet délivrera aux ouvriers qui auront fait des travaux* ». Il existait aussi un budget propre à la bourse puisque l'article 5 de l'arrêté précédent indiquait que « *le compte des fonds provenant des contributions sera examiné, à la fin de chaque année, par le tribunal de commerce et arrêté par le préfet du département* ». Ces deux derniers éléments préfigurent les traits saillants des aspects budgétaires et financiers de l'établissement public.

Deuxièmement, ce régime juridique des bourses fut repris dans son intégralité et appliqué aux chambres de commerce dès 1806. Bien que celles-ci aient été supprimées en 1791, elles ont été rétablies par le Gouvernement impérial. Ceci peut paraître étonnant dans la mesure où seul le législateur peut créer de nouvelles institutions. Cependant, il semble que l'on puisse l'expliquer par le fait que c'est un décret royal qui a entraîné la disparition de ces structures et, par analogie, un arrêté de l'exécutif pouvait sans doute suffire à les faire réapparaître. A la différence des bourses de commerce, elles ont néanmoins cessé d'exister pendant plus d'une décennie et n'ont plus de lien organique ou réel avec les anciennes chambres de commerce. Dès lors, on comprend que l'arrêté de création des nouvelles chambres soit marqué par une dépendance étroite à l'égard de l'État tant du point de vue de leur fonctionnement et que de leurs ressources et leurs dépenses. Rien ne prédisposait à voir émerger un quelconque pouvoir fiscal pour ces entités dites de conseil auprès du pouvoir central. L'article 1^{er} du décret du 23 septembre 1809 va néanmoins démultiplier le modèle initial et confidentiel de l'établissement public sur l'ensemble du territoire national par le biais des chambres de commerce en arrêtant que « *les dépenses relatives aux chambres de commerce sont assimilées à celles des bourses de commerce et acquittées comme elles par l'article 4 de la loi du 28 ventôse an IX* ». Ainsi, l'autonomie fiscale fait partie intégrante du régime juridique de l'établissement public. Pourtant, les chambres de commerce auraient pu se rapprocher dans son fonctionnement d'une autre institution, celle des chambres consultatives des arts et métiers.

Troisièmement, les chambres consultatives des arts et des manufactures et des arts, aujourd'hui disparues³⁹³, ont une proximité évidente avec les chambres de commerce en raison de leur objet similaire (l'industrie est leur domaine d'action au lieu du commerce) et des fonctions de conseil qui leur sont attribuées. La loi du 2 germinal an XI (12 avril 1803) a créé ces nouveaux organes, dont le fonctionnement est quasi identique à celui d'un conseil municipal. Il reste que ces institutions n'étaient pas propriétaires du local leur permettant de tenir leurs réunions et que leurs dépenses étaient prises en charge par le budget de la commune dans lequel était installé le conseil de manufacture. Force est de constater que ces conseils ne remplissaient aucune condition pour devenir un établissement public. Toutefois, les chambres de commerce se substituaient à ces conseils dans leur ressort géographique. La différence fondamentale entre ces deux entités est l'existence d'un patrimoine propre géré par les chambres de commerce que les chambres consultatives ne connaissaient pas. C'est donc les seules chambres de commerce qui ont façonné la notion moderne d'établissement public. Certes, ces chambres ont été dénommées établissement d'utilité publique en 1851 mais il semble que l'on puisse affirmer qu'elles étaient, avant cette date, des établissements publics³⁹⁴. De nombreux auteurs ont critiqué cet intitulé peu approprié et la loi de 1898 est revenue qualifier les chambres d'établissement public.

Ainsi, le régime juridique de l'établissement public implique une triple autonomie : budgétaire, financière et fiscale. Ces trois dimensions ne sont pas toujours présentes selon les établissements publics mais ce triple critère permet d'évaluer le degré d'autonomie accordé à ces structures.

Si l'on applique cette définition au syndicat de communes, on sait que celui-ci a été privé, dès son origine, de la possibilité d'avoir une autonomie fiscale en raison de la crainte de voir apparaître des municipalités de canton. En revanche, les autonomies budgétaire et financière étaient voulues pour ce premier groupement auquel s'ajoutait la personnalité juridique. Toutefois, l'acquisition de ce pouvoir fiscal aux syndicats de communes s'est réalisée par petites évolutions successives. Elle s'est accélérée sur le fondement d'une confusion entre le régime juridique de l'établissement public et la nature du groupement de collectivités territoriale. C'est même à partir de l'identification du groupement à son régime juridique qu'une clarification législative s'est, de façon antinomique, effectuée. La principale conséquence a été alors d'exclure une partie des structures de coopération, celle concernant différentes catégories de collectivités.

³⁹³ Cf. article 4 de la loi n°50-982 du 17 août 1950, *JORF* du 18 août 1950, p. 8762

³⁹⁴ Dans ce sens, voir G. JEZE, *Cours de droit public (licence 1923-1924)*, M. Giard, 1924, 301 p., p. 287

§2. La dimension fiscale de la notion législative de groupements : l'exclusion de la coopération verticale

La multiplication des structures de coopération au cours du siècle précédent n'a pas facilité la compréhension de la notion de groupements de collectivités territoriales. Cependant, si l'on s'appuie sur la dimension fiscale de la notion de groupement, on s'aperçoit que la clarification sémantique, auquel aboutit le législateur, va s'avérer insuffisante (A). Il reste que cette simplification va fonder l'exclusion d'un certain nombre de structures de coopération, celles existant entre différents niveaux de collectivités (B).

A. D'une multiplicité de structures à fiscalité propre à une clarification sémantique insuffisante

S'interroger sur l'établissement de coopération intercommunale à fiscalité propre revient à comprendre le paradoxe de l'existence d'une autonomie fiscale dans le régime juridique de l'établissement public et le refus exprès de le voir apparaître pour un type spécifique d'établissement public, celui de coopération intercommunale. Comment s'est résolue cette contradiction juridique originelle ? Cette transformation s'est manifestée progressivement après la naissance du syndicat de communes puisque la législation sur les établissements hydrominéraux de 1910 va introduire subrepticement une ébauche de pouvoir fiscal sur le fondement de celui octroyé aux communes. L'article 1^{er} de cette loi permet de créer des stations thermales pour une commune, une section de commune ou un groupe de communes et d'instituer une taxe spéciale par décret à la demande des communes. Ce pouvoir fiscal se réduit donc à une simple impulsion ou initiative locale. Si cet embryon d'autonomie fiscale est dévolu aux seules communes, le syndicat de communes n'est pas oublié puisque l'utilisation du produit de la taxe de séjour peut être retracée dans un compte spécial du syndicat intercommunal. Autrement dit, la taxe peut-être perçue directement par ce premier groupement de communes sans être considérée comme une contribution des communes membres. Dès lors, il y a substitution du groupement aux communes membres pour la perception de la taxe. L'autonomie fiscale apparaît en filigrane car c'est bien l'organe délibérant qui décidera de l'utilisation de ces recettes affectées au développement des stations thermales. Certes, cette taxe se rapproche davantage d'une redevance pour service rendu, ce qui la situe dans le champ des contributions indirectes. Néanmoins, l'on peut concéder qu'apparaît un pouvoir fiscal au niveau de l'intercommunalité par le truchement de l'article 8 de cette loi de 1910.

La loi sur la réforme des taxes locales de 1926 va élargir le pouvoir fiscal des communes et des départements. Elle multiplie les taxes parafiscales pouvant être perçues par la commune et permet surtout au Département de percevoir les contributions directes locales. Cette évolution du pouvoir fiscal des collectivités locales ne mentionne pas le groupement mais elle se situe dans une démarche de réforme de la fiscalité locale en lien avec la transformation du rôle des communes. En effet, le développement d'un certain nombre de services municipaux (électrification, service d'enlèvement des ordures ménagères, assainissement...) a nécessité un financement complémentaire car le rendement de la fiscalité locale à cette époque ne suffisait pas à satisfaire les services portés par les communes. C'est d'ailleurs ce besoin impérieux de financement qui est à l'origine d'une procédure clairement dérogatoire au principe constitutionnel du monopole législatif dans le pouvoir d'établir l'impôt. En effet, le législateur a délégué au gouvernement la mise en place du régime de ces taxes³⁹⁵. A ce titre, il se dégage une constante remarquable : les principales évolutions de la fiscalité locale sont souvent le fait soit des gouvernements, par le procédé des décrets lois, sous la Troisième et la Quatrième République soit du gouvernement mettant en place la Cinquième République. Ces innovations fiscales de nature institutionnelle seront les fondements juridiques des changements apportés par le législateur sous la V^{ème} République.

Ainsi, le décret-loi du 30 octobre 1935 autorisant les communes à se grouper pour la perception des droits d'octroi introduit la possibilité de lever un impôt local par un syndicat intercommunal sur la base d'une habilitation législative donnée en juin 1935 et sur le fondement de la loi sur les taxes locales de 1926. Ce décret se traduira par la création de l'octroi intercommunal de Paris en 1938, syndicat qui sera dissous en 1943. Néanmoins, l'octroi, étant un impôt local qui a disparu en 1948, a rendu caduc ce décret novateur. Il reste toutefois que l'article 2 de ce texte de 1935 a assimilé le syndicat de communes à une commune. Il est ajouté que « *les délibérations prises en ces matières par la Commission syndicale, devront pour être exécutoires soumises aux mêmes approbations que celles prévues pour les délibérations des Conseils municipaux, par la loi municipale* ». Il est intéressant aussi de noter le vocabulaire employé : on utilise le verbe « se grouper », ce qui permet d'établir déjà d'établir un lien entre le groupement et une compétence en matière fiscale. Le syndicat est vu uniquement comme la forme juridique, ce qui traduit une dimension fonctionnelle évidente.

Nous avons étudié dans le premier titre l'attribution d'un pouvoir fiscal aux syndicats mixtes par le décret de mai 1955, qui sera étendu aux syndicats de communes en 1959. C'est à partir de cette évolution que les groupements de collectivités territoriales dotés d'une fiscalité

³⁹⁵ Pour une analyse détaillée, voir R. BONNARD, « La réforme des taxes locales », *Revue de science et de législation financière*, 1927, pp. 361-384

propre se sont multipliés depuis la mise en place de la Constitution du 4 octobre 1958. Que ce soit les syndicats de communes, les districts et les communautés urbaines, toutes ces formes de coopération entre communes avaient pour point commun d'intégrer la composante fiscale de l'autonomie dans chaque statut. La dimension générique du groupement est encore visible avec la loi n°80-10 portant aménagement de la fiscalité directe locale³⁹⁶ puisque son article 1^{er} mentionne les départements, les communes et les groupements dotés d'une fiscalité propre, c'est-à-dire les différents statuts que l'on vient d'énumérer. Ainsi, l'utilisation simultanée du terme groupement et de l'expression de fiscalité propre se révèle utile lorsque l'on veut évoquer, dans sa généralité, ces structures particulières. Néanmoins, le vocabulaire est toujours hésitant et peu précis. Dès l'article 2 de la loi précitée, le législateur a préféré le terme organisme public de coopération à celui de groupement. Autre élément allant dans ce sens, le lien entre le terme groupement et l'expression « collectivités territoriales » n'est pas net. En effet, l'article 11 de la loi de 1980 différencie par exemple le groupement de communes du syndicat mixte. Ainsi, le mot groupement ne concerne que les communes.

La loi du 6 février 1992 ne permettra pas de clarifier davantage les expressions utilisées. Les qualifications sont multiples et ne rendent pas comptes de l'unité de la notion de groupements à fiscalité propre. Par exemple, les communautés urbaines sont renommées EPCI, intitulé promis à un grand avenir, au lieu d'établissement public administratif. Quant aux syndicats de communes, ils restent des établissements publics. Le district est un établissement public groupant plusieurs communes alors qu'une expression similaire est employée pour les communautés de communes et les communautés de villes, structures qualifiées d'établissement public regroupant plusieurs communes.

Première étape pour mettre fin à la multiplicité de ces expressions et potentiellement source d'incertitudes juridiques, la codification de 1996 va engager un processus d'harmonisation du vocabulaire en regroupant toutes les coopérations intercommunales sous le titre V intitulé « Établissements publics de coopération intercommunale ». L'ensemble des statuts reprendront cette dénomination et un début de clarification est opéré à cette date. Mais cela reste toute de même imprécis car cette expression tend à confondre la nature de l'organisme de coopération intercommunale avec son régime juridique, c'est-à-dire celui de l'établissement public. Quoi qu'il en soit, le vocabulaire fondé sur la famille du mot « grouper » disparaît au profit de celle du terme coopérer. De plus, la codification de l'ensemble des dispositions relatives aux collectivités territoriales dans un seul document va asseoir la notion de « collectivité territoriale » sur le plan législatif. Il est à souligner que l'éclatement des corpus juridiques initiaux (code des communes, loi de 1871 pour le département, lois de 1982 et 1992

³⁹⁶ Loi n° 80-10 portant aménagement de la fiscalité directe locale, *JORF* du 11 janvier 1980, p. 72

pour la région....) ne permettait pas d'avoir une unité de législation pour les collectivités territoriales contrairement à celle existante sur le plan constitutionnel depuis 1946. C'est en quelque sorte un exemple marquant de constitutionnalisation du droit administratif.

Seconde étape de simplification des textes régissant la coopération locale, la loi du 12 juillet 1999, dite loi Chevènement, a consacré définitivement l'expression d'EPCI au détriment de celle de groupement. La conséquence la plus nette est, sans doute, la disparition apparente du lien juridique entre les termes de groupement et de fiscalité propre, lien que l'on avait aperçu et établi dans les textes antérieurs.

D'une part, l'article 89 de la loi précitée a remplacé chaque utilisation du mot groupement dans un certain nombre de dispositions législatives par celle d'EPCI³⁹⁷. Toutefois, on remarque que l'on substitue fréquemment au seul mot « groupement » l'expression exacte « d'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre » dans le code des impôts. En revanche, le terme « groupement » n'est pas encore totalement banni puisque l'article 92 relatif à la péréquation l'utilise à de nombreuses reprises³⁹⁸. Plus significatif et on retrouve ici la dimension générique du groupement, l'article L. 5211-29 du CGCT relatif à la dotation intercommunale indique que « *le montant de la dotation (...) est réparti entre les six catégories de groupements suivants (...)* ». Or ces groupements sont tous des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ! De la même manière, le terme « groupement » est donc toujours employé lorsqu'il est fait référence à la dimension fiscale de l'EPCI. Contre toute attente, le groupement est bien synonyme d'EPCI à fiscalité propre même si l'on a préféré l'acronyme EPCI.

D'autre part, la consécration de l'expression « établissement public de coopération » va simplifier le vocabulaire employé et rendre plus précis les notions utilisées. En premier lieu, le terme groupement ne va plus être adossé aux communes et cela lui permettra d'apparaître comme une appellation libre d'utilisation. Ainsi, elle pourra concerner les autres collectivités territoriales. Il est vrai que l'on évoque rarement un groupement de départements ou un groupement de régions. Issu du corpus communal, le groupement trouve à nouveau un sens générique en s'appuyant sur la notion constitutionnelle de collectivité territoriale, ayant aussi un sens général. Par l'effet de similitude d'emploi de ces deux substantifs, on peut supposer que c'est peut être l'une des raisons de son introduction dans la Constitution. Par ailleurs, le lien entre l'expression « établissement public » et « fiscalité propre » est amplifié. L'expression

³⁹⁷ Par exemple, le premier alinéa de l'article 89 dispose que « les mots : « *les communautés urbaines et les districts, les organes délibérants de ces collectivités et groupements* » sont remplacés par les mots : « *et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, les organes délibérants de ces collectivités et établissements publics* » » ; Loi 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF* du 13 juillet 1999, p. 10361

³⁹⁸ Le mot groupement apparaît à neuf reprises dans cet article relatif à la péréquation.

EPCI à fiscalité propre prend tout son sens et s'appuie maintenant sur des structures dotées de plusieurs régimes juridiques fiscaux : communauté de communes à fiscalité additionnelle, communauté de communes à fiscalité professionnelle de zone, communauté de communes à taxe professionnelle unique...

En deuxième lieu, l'établissement public de coopération s'applique uniquement à la catégorie des communes. En effet, on parle rarement d'établissement public de coopération interdépartementale ou interrégionale. Il existe, par exemple, les établissements publics territoriaux de bassin, structure créée dans le domaine de la gestion des bassins hydrographiques en 2003. Ces derniers regroupent des départements, des régions ou d'autres établissements publics de coopération intercommunale. L'établissement public n'est pas qualifié de coopération mais est identifié par la compétence qu'il gère. On peut souligner que l'expression établissement public de coopération est aussi employée pour les compétences : c'est l'exemple des établissements de coopération culturelle créés en 2002. Pour résumer, l'EPCI présente de multiples visages communaux sans pour autant intégrer d'autres collectivités territoriales.

En dernier lieu, la dimension fiscale demeure toutefois forte car on distingue les EPCI sans fiscalité propre des EPCI à fiscalité propre. En outre, certaines dispositions du CGCT utilisent encore le terme groupement. La plus significative est la rédaction de l'article L. 1611-1 du CGCT car elle concerne un aspect financier des collectivités, à savoir qu'*« Aucune dépense à la charge de l'État ou d'un établissement public à caractère national ne peut être imposée directement ou indirectement aux collectivités territoriales ou à leurs groupements qu'en vertu de la loi »*. Certes, ce texte reste incantatoire mais il n'a pas été modifié depuis sa création en 1972. Il est aussi intéressant par le fait qu'il mentionne l'établissement public à caractère national et l'expression groupement. Ainsi, le groupement de collectivités territoriales se distingue de l'établissement public national par ce transfert de charges, qui doit être prévu par la loi.

Il s'ensuit que le groupement de collectivités territoriales présente une connotation fiscale forte et que son remplacement par l'expression EPCI lui ôte sa dimension administrative. Il reste que cette dimension fiscale forte permet d'exclure une forme de coopération très souple, celle entre différentes catégories de collectivités territoriales, autrement dénommée coopération verticale.

B. L'exclusion de la coopération institutionnelle verticale

La coopération verticale a un caractère très large puisqu'elle consiste à « *organiser, sur un même territoire et dans un domaine de compétences donné, l'action combinée des différents niveaux de collectivités, ainsi que de leurs groupements* »³⁹⁹. Elle recouvre ainsi les deux catégories connues de relations entre collectivités : les coopérations conventionnelles et les coopérations institutionnelles. La coopération institutionnelle verticale entre collectivités territoriales se définit comme la mise en place d'une structure juridique de droit public entre différents niveaux de collectivités. On ne fait donc pas entrer, par définition, les coopérations verticales conventionnelles entre deux ou plusieurs niveaux de collectivités. Pourtant, il est fréquent de considérer les mutualisations de services entre différents niveaux de collectivités comme de la coopération institutionnelle verticale. Ainsi, tant que cette coopération ne se réfère pas à la création d'une structure juridique de droit public, elle reste du domaine conventionnel et ne peut être qualifiée de coopération institutionnelle. En effet, ces dernières ne créent pas de structure juridique autonome permettant de la qualifier de groupement de collectivités territoriales.

De la même manière, on ne fait pas entrer dans la coopération verticale entre collectivités celle qui associe l'État et des collectivités territoriales. Il semble important, en effet, de ne pas obscurcir notre définition initiale puisque l'État, en faisant partie de ce type de structure, lui donne une compétence territoriale la plus large, celle de niveau national. Dans la mesure où un groupement intègre l'État, il ne satisfait plus à la logique d'une coopération locale par le caractère infranational que celle-ci suppose. A moins de considérer l'aire d'intervention du groupement limitée à celle de la collectivité la plus grande ou de la circonscription du représentant étatique, on ne voit pas comment l'État aurait un intérêt à entrer dans cette forme de coopération institutionnelle. La ou les compétence(s) exercée(s) par la structure de coopération verticale joue(nt) pleinement son rôle : il existe une corrélation naturelle entre les transferts de compétences et le développement de la coopération verticale. C'est pourquoi il paraît difficile d'imaginer un transfert de compétence nationale à des institutions locales pour faire émerger à nouveau une structure associant l'État et les collectivités dans une forme de coopération verticale institutionnelle.

Malgré ces restrictions de définition, la coopération verticale institutionnelle revêt encore un caractère suffisamment large puisqu'elle englobe de multiples structures telles que les syndicats mixtes ouverts et fermés. En outre, l'une des possibilités offertes aux collectivités

³⁹⁹ Sénat, Mission temporaire, *Rapport n° 264 : Rapport d'étape sur la réorganisation territoriale*, 11 mars 2009, par Y. KRATTINGER et J. GOURAULT, p.128

territoriales est de pouvoir adhérer à plusieurs structures différentes selon les compétences exercées. Ainsi, une commune peut être membre d'un syndicat d'eau potable, d'un syndicat de gestion des ordures ménagères ou encore d'un syndicat mixte pour un aménagement donné. Ce foisonnement se retrouve aussi dans la qualité des membres de ces structures de coopération : communes, départements, régions, EPCI, chambres consulaires... Il en résulte une forme d'éclatement institutionnel rendant peu lisible cette coopération très souple. Cette souplesse est intimement liée à la liberté de chaque collectivité de pouvoir s'associer pour mieux exercer ses compétences.

A ce titre, on est amené à considérer que cette souplesse puisse être l'une des composantes de la libre administration des collectivités territoriales. La différenciation usuelle de l'autonomie institutionnelle, relevant des garanties accordées au fonctionnement et à l'organisation de la structure, de l'autonomie fonctionnelle, expression d'une capacité d'action, est loin d'être évidente pour les établissements publics de coopération verticale. En effet, cette coopération n'est que la traduction de la liberté contractuelle sous un aspect institutionnel. Comme le précisent L. FAVOREU et A. ROUX, *« l'autonomie fonctionnelle découle quant à elle de l'existence " d'attributions effectives " que la loi doit reconnaître aux conseils élus (déc. n° 85-196 DC du 8 août 1985; déc. n° 87-241 DC du 19 janv. 1988). Cela suppose que les collectivités territoriales puissent disposer tout à la fois d'une réelle capacité de décision qui leur permette de gérer leurs propres affaires et d'un champ de compétences matérielles suffisamment large pour préserver leur liberté d'action »*.⁴⁰⁰ En l'espèce, la coopération verticale est la possibilité d'agir en commun dans un domaine de compétences dans un cadre institutionnel. En résumé, la coopération verticale institutionnelle semble difficile à limiter car elle exprime tant une liberté d'action qu'une liberté organique. On en veut pour preuve que le cadre législatif est relativement pauvre au regard des autres formes de coopération locale.

Sous l'égide du principe de libre administration des collectivités territoriales, on remarque, curieusement, que le juge constitutionnel a intégré la notion de groupements de collectivités territoriales dans ses décisions avant la réforme de la loi constitutionnelle de 2003. En effet, la décision 2000-436 DC du 7 novembre 2000, dans son considérant 12, précise que *« si le législateur peut, sur le fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon*

⁴⁰⁰ L. FAVOREU, A. ROUX, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales), mai 2002

suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée »⁴⁰¹. Comment se forme le lien constitutionnel entre le groupement et la Constitution avant 2003 ? Premier élément de réponse, c'est le principe de libre administration des collectivités appliqué à l'existence d'attributions effectives qui permet d'introduire le groupement dans le domaine de l'urbanisme stratégique. La compétence du droit du sol est très liée à la commune, notamment par le pouvoir d'élaborer le plan local d'urbanisme. Il est complété par un volet d'urbanisme stratégique, appelé schéma de cohérence territoriale, impliquant une relation entre collectivités sur un périmètre plus large. C'est la raison même de l'introduction de groupements de collectivités de niveaux différents. L'attribution effective d'une compétence dévolue à différents niveaux de collectivités étend les garanties de la libre administration aux structures de coopération verticale dans le domaine de l'urbanisme. Deuxième élément de réponse, la simplification législative du vocabulaire, analysée préalablement, a pour conséquence de rendre disponible le terme groupement, ce que le juge constitutionnel reprend à son compte. Ceci est confirmé par le considérant 15 de la même décision puisque le Conseil emploie l'expression « collectivités publiques », que l'on peut comprendre comme l'addition des collectivités territoriales et de leurs groupements⁴⁰².

Le groupement de collectivités territoriales inclut, dès lors, les syndicats mixtes en sus des établissements publics de coopération. En revanche, l'application du critère financier ou fiscal exclut *de facto* les syndicats puisque l'article L. 302-9 du code de l'urbanisme fait uniquement référence aux établissements publics de coopération intercommunale ayant cette compétence. La censure d'une partie de ce dernier article fait référence au principe constitutionnel de libre administration. Dès que le critère fiscal ou financier intervient, il s'opère une réduction des organismes concernés.

Les limites législatives apportées à cette coopération verticale existent bel et bien mais elles sont peu nombreuses et soulèvent, par conséquent, un faible contentieux. On remarque que ces limites relèvent fréquemment du domaine financier et plus particulièrement fiscal. Ces dispositions financières restrictives applicables aux syndicats mixtes sont assez éclairantes : les six premiers articles et l'article L. 5722-9 du CGCT utilisent la technique du renvoi législatif permettant l'application des règles budgétaires communales à l'établissement public. En revanche, les cinq articles suivants relèvent tous de dispositions dérogatoires dans le domaine fiscal. L'article L. 5722-5 du CGCT concerne la redevance d'accès pour le ski nordique perçue éventuellement par un syndicat mixte ayant la compétence. Cette redevance n'est ainsi pas une ressource propre du syndicat dans la mesure où les communes peuvent s'y opposer.

⁴⁰¹ Cons. Const., décision 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Journal officiel du 14 décembre 2000, p. 19840 Recueil, p. 176

⁴⁰² La compétence urbanisme est marquée par une nécessaire coopération institutionnelle entre collectivités : ainsi s'expliquer l'expression générique utilisée « ...s'attache à la maîtrise, par les collectivités publiques, de l'occupation des sols et du développement urbain... ».

De manière similaire, la taxe de séjour peut être perçue par un syndicat mixte mais deux conditions sont nécessaires pour qu'elle puisse être assimilée à une fiscalité propre. D'une part, la composition du syndicat mixte doit comprendre uniquement des collectivités territoriales ou des groupements à fiscalité propre compétent dans le domaine du tourisme. *Primo*, la compétence limite les membres potentiels puisque seuls des collectivités peuvent y appartenir : les organismes parapublics usuels en sont exclus à savoir les comités départementaux de tourisme ou comités régionaux de tourisme. *Secundo*, il fait référence à la notion de groupements à fiscalité propre, ce qui exclut juridiquement ces syndicats percepteurs de la taxe de séjour. En effet, on ne voit pas comment un groupement à fiscalité propre, s'il perçoit uniquement cette taxe, resterait à fiscalité propre s'il a transféré son pouvoir fiscal. D'autre part, le point commun du groupement et de la collectivité est la capacité de perception de l'impôt, ce qui se traduit par une coopération verticale renforcée et limitative dans un domaine spécifique. C'est ce point commun juridique qui définit les membres du syndicat pouvant percevoir la taxe de séjour.

Les articles L. 5722-7 et L. 5722-7-1 du CGCT évoquent le versement transport que seuls les établissements publics de coopération intercommunale peuvent percevoir. La jurisprudence en la matière est abondante et a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité confirmant l'absence de pouvoir fiscal attribué aux syndicats mixtes compétents.

Dernier article sur les dispositions financières et fiscales, il concerne la taxe communale sur la consommation finale d'électricité. Cet impôt s'applique plus généralement au syndicat de communes et fera l'objet d'une analyse ultérieure. En outre, il convient de rappeler que la composition du syndicat ne modifie pas le raisonnement retenu et permet d'écarter le syndicat de communes de la liste des groupements. *A fortiori*, la même logique s'appliquera au syndicat mixte et permet donc de conclure à l'exclusion des organismes de coopération verticale par le truchement du critère du pouvoir fiscal.

Au-delà de ces prescriptions limitatives sur le plan fiscal, on pourrait considérer que les structures de coopération verticale peuvent être intégrées dans la notion de groupements de collectivités territoriales. Après tout, un groupement est une forme de coopération institutionnelle verticale plus poussée et réducteur dans sa composition que des aspects financiers et fiscaux ne peuvent écarter en tant que tels de son appartenance à la notion de groupement. Force est de constater que la coopération est intimement liée à la liberté d'association. Composante de la libre administration des collectivités, les limites étudiées restent marginales au regard de la coopération institutionnelle verticale. C'est pourquoi il en va autrement de l'interdiction faite aux communes d'appartenir à plusieurs établissements publics de coopération

intercommunale. Cet article L. 5210-2 du CGCT ne déroge pas à la règle d'une construction législative empirique de la coopération entre collectivités territoriales. Introduit par la loi du 12 juillet 1999, il n'a vocation qu'à reprendre dans le code général des collectivités territoriales une disposition présente dans le code général des impôts. Comme le note le rapport de l'Assemblée nationale, cet article évitera « *les chevauchements des établissements de même nature et la multiplication des personnes morales de droit public levant l'impôt* »⁴⁰³. Ce qui nous intéresse dans cette interdiction, c'est qu'elle est en contradiction avec la nature même de la coopération verticale. En effet et selon la logique des blocs de compétences, les interventions plurielles de chaque catégorie de collectivité dans un domaine précis induit la possibilité de créer différentes structures de coopération selon la volonté des collectivités concernées. Elles peuvent donc appartenir à plusieurs syndicats mixtes pour des compétences ou des actions différentes. Or l'interdiction de constituer un établissement de coopération de nature fiscale est parfaitement antinomique avec la liberté d'action, qu'elles se voient accordée et garantie sur le plan constitutionnel. En outre, ces établissements de même nature fiscale ne peuvent être composés de différentes catégories de collectivités puisque ceux-ci concernent une seule catégorie, à savoir celles des communes. On doit donc en conclure que les organismes de coopération verticale sont exclus par cette disposition législative fiscale des groupements de collectivités territoriales.

L'ensemble de ces dispositions financières résultent toutes de la capacité propre de la structure de percevoir l'impôt. Par l'application de ce critère d'ordre législatif, le groupement de collectivités territoriales est doté d'une fiscalité propre et ne concerne qu'une catégorie de collectivités, à savoir les communes. On est amené à s'interroger alors sur sa reconnaissance sur le plan constitutionnel.

⁴⁰³ G. GOUZES, *Rapport n°1356 relatif à l'organisation urbaine et la simplification de la coopération intercommunale*, 1999, Assemblée nationale, article 18, p. 115

Section 2 : La reconnaissance constitutionnelle implicite des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

La réforme constitutionnelle de 2003 n'a pas seulement confortée l'organisation décentralisée dans la Constitution mais elle a aussi renforcée l'assise financière des collectivités territoriales dans un contexte budgétaire de plus en plus contraint. L'article 72-2 C traduit la volonté du Constituant d'assurer une décentralisation financière pour les collectivités territoriales. Cet article introduit aussi implicitement celle de groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre. A partir de ce fondement constitutionnel implicite (§1), on pourra compléter la notion de groupements de collectivités territoriales. Ainsi, la dimension constitutionnelle des groupements à fiscalité propre permettra de déterminer les structures concernées (§2).

§1. L'article 72-2 C : fondement constitutionnel implicite des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

Pour mieux cerner le groupement de collectivités territoriales, il convient de porter notre analyse sur la notion constitutionnelle de ressources propres des collectivités territoriales (A). En effet, on peut s'interroger sur le fait de savoir si le transfert d'une ressource propre à un groupement de collectivités territoriales n'entraîne pas la perte de la qualification de propre pour cette ressource. C'est la raison pour laquelle la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales a assimilé les ressources des groupements à fiscalité propre à celles des collectivités territoriales (B).

A. La notion de ressources propres des collectivités territoriales

La notion de « ressources propres » ne semble pas directement concernée celle de groupements de collectivités territoriales. Ainsi, l'article 72-2 C n'évoque pas expressément l'expression « groupement de collectivités territoriales » et les ressources propres sont réservées *a priori* aux seules collectivités territoriales. Dès lors, il paraît difficile d'y voir un fondement d'une reconnaissance implicite de la notion de groupements à fiscalité propre.

Cependant, l'insertion des ressources propres locales dans notre norme fondamentale n'est pas fortuite et repose sur une volonté de donner une assise constitutionnelle à l'autonomie financière des collectivités territoriales. La traduction juridique de cette autonomie financière va s'articuler autour de cinq axes : le principe d'autonomie des dépenses, l'existence de recettes propres, l'existence d'un pouvoir fiscal « dérivé », l'obligation de compensation en exigeant que les transferts de compétences entre l'État et les collectivités territoriales impliquent l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leurs exercices et, enfin, l'existence d'un dispositif de péréquation entre les collectivités.

Malgré la volonté d'assurer une autonomie financière locale par la loi du 28 mars 2003, il n'apparaît à aucun moment que la Constitution ait posé l'existence d'un pouvoir fiscal autonome des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré qu'« *il ne résulte ni de l'article 72-2 de la Constitution ni d'aucune autre disposition constitutionnelle que les collectivités territoriales bénéficient d'une autonomie fiscale* »⁴⁰⁴. L'autonomie fiscale correspond essentiellement en la capacité de pouvoir déterminer le taux ou l'assiette par l'Assemblée délibérante. Cette définition, éminemment politique, du pouvoir fiscal est l'une des composantes de la forme politique d'un État et, nous aurons l'occasion d'étudier dans notre seconde partie, l'impact de ce principe sur le régime des groupements de collectivités territoriales.

L'article 9 de la charte européenne de l'autonomie locale a une approche un peu différente même si elle confirme qu'il n'existe pas de pouvoir fiscal local mais seulement qu'« *une partie au moins des ressources financières des collectivités locales doit provenir de redevances et d'impôts locaux dont elles ont le pouvoir de fixer le taux dans les limites de la loi* »⁴⁰⁵. A cet égard, le texte constitutionnel, à l'article 72-2 C, consacre cette possibilité pour les collectivités de fixer l'assiette et le taux dans les limites que la loi détermine ce que le contenu de l'article 34 C n'évoquait pas expressément. Ainsi et comme le souligne très justement le professeur M. BOUVIER, « *ce n'est plus là d'un partage du produit fiscal entre l'État et les collectivités locales dont il est question mais bien d'un partage possible du pouvoir normatif fiscal* »⁴⁰⁶. C'est à partir de ce pouvoir fiscal, qualifié de dérivé, mais constitutionnel que l'on peut mettre en évidence la notion de groupements à fiscalité propre. C'est pourquoi on va s'intéresser uniquement à deux des composantes de l'autonomie financière à savoir la liberté de disposer librement de leurs ressources et l'existence de recettes propres.

⁴⁰⁴ Cons. Const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, considérant 64.

⁴⁰⁵ Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985 ratifiée par la France en vertu de la loi du 10 juillet 2006

⁴⁰⁶ M. BOUVIER, « Du centre à la périphérie : les nouvelles figures de la constitutionnalisation du droit public financier », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. MATHIEU (dir), Dalloz, 2008, 802 p., p. 482

D'une part, la faculté pour les collectivités territoriales de disposer de leurs ressources est la condition première de la libre administration financière. Il s'agit pour les Conseils locaux de décider de leurs politiques territoriales en fonction de leurs budgets propres assis sur des ressources identifiées et stables. Sans avoir défini la notion de ressources, il semble difficile de comprendre cette autonomie de décision dans la dépense locale. En raisonnant par l'absurde, l'absence de ressources financières empêcherait toute collectivité d'exercer les compétences confiées et de disposer d'une marge de manœuvre financière en la matière. Il reste que les ressources peuvent être suffisantes pour assurer l'exercice des compétences sans que la collectivité puisse intervenir sur le montant attribué. Dans ce cas, on se situe sur la nature des ressources, c'est-à-dire que l'on qualifie la ressource de manière plus précise. Il en existe deux grandes catégories : les ressources « externes » et les ressources propres. La première catégorie englobe les concours et les compensations de l'État : il s'agit en réalité de produits sur lesquels les collectivités n'ont aucun pouvoir. En ce sens, ces ressources sont externes à la collectivité. Généralement, on les assimile à des dotations. Il est vrai que « *le terme de « dotations » n'a aucune signification particulière, si ce n'est une masse d'argent (...) Le terme sera donc employé dans un sens générique pour désigner, d'une façon générale, un ou plusieurs financements accordés par l'État aux collectivités territoriales* »⁴⁰⁷. Cette définition revient, on l'a vu, à douter de la qualification de recette fiscale propre une ressource sur laquelle la collectivité n'a aucun pouvoir décisionnel. *A contrario*, les ressources propres sont la marque du pouvoir fiscal dérivé que les collectivités peuvent se voir attribuer. Cette distinction, en apparence assez simple à définir, entre ces deux types de ressources a été à l'origine d'une évolution substantielle du texte originel du projet de loi constitutionnel. Ainsi, l'article 6 de ce projet, déposé par D. PERBEN, indiquait que « *Les recettes fiscales, les autres ressources propres des collectivités et les dotations qu'elles reçoivent d'autres collectivités territoriales représentent une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources* ». On remarque que cette rédaction a été largement amendée puisque le texte final dispose 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* ». Deux éléments importants peuvent être relevés dans l'évolution de cette rédaction.

Le premier tient dans la disparition de l'expression « *dotations qu'elles reçoivent d'autres collectivités* ». Celle-ci provient d'un amendement gouvernemental se ralliant « *à l'idée de ne pas compter les dotations inter-collectivités parmi le ratio des ressources propres des collectivités territoriales et reprend la précision tenant à l'appréciation de la « part*

⁴⁰⁷ J. F. PICARD, *Finances locales*, Lexisnexus, 2013, 484 p, p.140

déterminante » par catégorie de collectivités »⁴⁰⁸. Le Sénat a, en effet, jugé que ce texte « n'aurait aucune portée normative et brouillerait la notion d'autonomie fiscale »⁴⁰⁹. Il est aussi vrai que les dotations inter-collectivités peuvent assurément transiter par des groupements de collectivités territoriales et cette rédaction n'aurait certainement pas permis d'identifier la part de ressources propres affectées aux collectivités.

Le second résultat de l'exclusion des dotations du champ des ressources propres. Elle a eu pour conséquence de déterminer les structures locales prélevant l'impôt. La notion de catégorie de collectivités territoriales se calque alors sur celle du projet de loi constitutionnelle sénatorial puisqu'il précise que « Ces recettes fiscales représentent, pour chaque catégorie de collectivités territoriales, la moitié au moins de leurs recettes de fonctionnement ». La notion d'autonomie fiscale, si elle n'est pas reconnue en tant que telle par le Conseil constitutionnel, se trouve toutefois matérialisée dans celle de catégorie de collectivités territoriales puisque la recette, définie comme fiscale, doit être la source principale de chaque catégorie de collectivités. Il en résulte bien évidemment que le pouvoir fiscal dérivé est inhérent à chaque catégorie. Le Conseil des prélèvements obligatoires (CPO) souligne à cet égard que « N'étant pas des collectivités territoriales, les intercommunalités n'ont donc pas été identifiées en tant que telles, mais la prise en compte de leurs ressources propres conjointement avec celles de leurs communes membres revient à les faire bénéficier de la garantie reconnue à la catégorie des communes à laquelle elles sont rattachées »⁴¹⁰. Pourquoi le Conseil des prélèvements obligatoires limite-t-il à la catégorie des collectivités territoriales aux seules intercommunalités ? Cette réduction est principalement liée à la capacité de ces groupements de collectivités territoriales de voter l'impôt. La position de la direction générale de comptabilité publique, entièrement reprise dans le rapport sénatorial de 2003, vient confirmer cet état de fait⁴¹¹.

D'autre part, on donne à la libre administration des collectivités territoriales une dimension constitutionnelle financière indéniable avec l'article 72-2 C. Elle s'appuie sur la faculté pour les collectivités d'avoir des ressources propres. Ces ressources se scindent en deux catégories : les recettes fiscales et les autres recettes propres. La première catégorie fait référence à la fiscalité locale mais aussi à la fiscalité partagée, c'est-à-dire celle émanant de

⁴⁰⁸ Sénat, Amendement 248 présenté par le gouvernement, 1^{ère} lecture, 5 novembre 2002

⁴⁰⁹ R. GARREC, *Rapport n°27*, séance du 23 octobre 2002, p. 135

⁴¹⁰ CPO, *La fiscalité locale*, 2010, 691 p., p. 199

⁴¹¹ R. GARREC, *Rapport n°27*, *ibid.*, pp. 135-136 « Difficiles à identifier, les liens financiers entre collectivités se compliquent avec le développement de l'intercommunalité et l'émergence de différents régimes fiscaux. Les groupements peuvent en effet opter pour un mécanisme de fiscalité propre additionnelle (fiscalité ménage et taxe professionnelle) et/ou de taxe professionnelle unique :- dans le premier cas, les communes, d'une part, et les établissements publics de coopération intercommunale, d'autre part, votent séparément leur taux et perçoivent la fiscalité qui se surajoute sur les mêmes bases ; - dans le cas de la taxe professionnelle unique, c'est l'établissement public de coopération intercommunale qui vote le taux unique et perçoit la totalité de la taxe professionnelle. Cette taxe est destinée à financer les charges transférées par les communes au groupement. La partie excédentaire est redistribuée aux communes membres de l'établissement public ».

l'État en référence à un élément local ou territorial. Cette inclusion sous un même vocable (« recettes fiscales ») de la fiscalité partagée dans la fiscalité locale amenuise la portée de la réforme constitutionnelle de 2003 du point de vue du principe de l'autonomie fiscale locale. Il s'avère que l'intégration de l'impôt national lié à un critère territorial dans les recettes fiscales dénature le caractère « propre » de cette recette. Par exemple, la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) ou la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP) sont des recettes fiscales nationales sur laquelle l'assemblée délibérante locale n'a absolument aucune prise directe. Sa seule capacité d'action demeure le développement des entreprises sur son territoire, ce qui a, pour le moins, un lien fort tenu avec le terme « propre » d'une recette. C'est ce que remarque le Congrès des pouvoirs locaux dans son premier rapport sur l'État de la démocratie locale et régionale en France en notant que « *Ces chiffres [des ratios d'autonomie] ne reflètent pas exactement la situation réelle, du fait d'une interprétation inclusive de la notion de « ressources propres » les années précédentes. [...] En réalité, il s'agissait d'une forme de dotation puisque le montant était attribué par l'État à chaque département en fonction des besoins locaux déterminés, ce qui signifie que les départements ne pouvaient pas définir le taux no l'assiette de cette taxe* »⁴¹². Les autres recettes concernent la compétence extra-fiscale des collectivités et ces dernières sont effectivement propres dans la mesure où la collectivité détermine le produit, le taux et parfois l'assiette. Le cas des redevances pour services rendus en est l'exemple le plus typique.

De cette classification des recettes propres locales constitutionnelles, il est légitime de s'interroger sur la place des recettes des groupements de collectivités territoriales. Lorsque l'on prend en compte les recettes fiscales ou extra-fiscales de ces groupements, on peut se demander si elles sont aussi des recettes propres des collectivités territoriales membres de la structure.

Si l'on se place sous l'angle du pouvoir fiscal local, la recette décidée par le Comité syndical ou le Conseil de l'EPCI ne peut plus être considérée comme une recette propre d'une collectivité. L'assemblée délibérante n'est pas celle d'une collectivité territoriale et encore moins celle d'une catégorie de collectivités territoriales. Il serait confortable de considérer que l'assimilation des recettes des groupements à celles de la catégorie de la collectivité concernée permet de trancher la contradiction entre ces deux points de vue.

Le législateur organique a répondu à cette contradiction de principe une définition très large de la notion de ressources propres. Ainsi, il inclut les recettes provenant de l'État affectées aux collectivités sur lesquelles l'organe délibérant n'a aucune prise. L'analogie vaut également pour les produits fiscaux dont les organes des EPCI fixent l'assiette ou le taux, assemblées qui

⁴¹² Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, *La démocratie locale et régionale en France*, 22 mars 2016, 61 p., § 228, p. 51

ne sont que des émanations des communes membres. En utilisant la notion de catégorie, on étend les ressources propres à celles émanant des groupements à fiscalité propre.

Il en résulte que les ressources propres des groupements des collectivités territoriales peuvent être assimilées à celles d'une catégorie de collectivités territoriales, même en adoptant une position de principe sur le pouvoir fiscal local. Il convient maintenant d'analyser la loi organique assimilant les ressources d'une catégorie spécifique, celles des communes et un groupement particulier, celui des EPCI.

B. L'assimilation des ressources des EPCI à celles des communes

La loi organique 2004-758 est venue expliciter les termes de l'article 72-2 C sans pour autant véritablement clarifier les ambivalences contenues dans ce texte. Les trois critères constitutionnels, permettant d'évaluer l'autonomie financière de chaque catégorie de collectivité territoriale, abordent à chaque fois, la notion constitutionnelle de groupement : les définitions de catégorie de collectivités territoriales, de ressources propres et de part déterminante apportent des éléments nouveaux pour notre recherche.

Premier critère institutionnel, la notion de catégorie de collectivités territoriales nous amène à cerner les structures territoriales concernées. En effet, le principe retenu par le législateur organique est une assimilation d'un certain nombre de catégories de collectivités territoriales au triptyque métropolitain à savoir les communes, les départements et les régions. On peut remarquer que l'assimilation a été totale puisque les provinces de Nouvelle Calédonie ont même été comprises par le législateur organique. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a logiquement censuré cette extension dans la mesure où ces structures étaient soumises à un titre particulier de la Constitution⁴¹³. Cet élargissement de la notion de catégorie de collectivités territoriales pouvait-elle aller jusqu'aux groupements de collectivités territoriales ? La réponse paraît de prime abord très nette : n'étant pas qualifiés constitutionnellement de collectivités territoriales, les groupements ne sont pas compris dans les catégories de collectivités territoriales. Si rassurant soit-il, ce raisonnement présente toutefois des incertitudes juridiques. Comme le note le rapporteur de l'Assemblée nationale, *« l'introduction de la notion de catégorie de collectivités territoriales ne paraît pas avoir été analysée à l'époque avec toute l'attention qu'elle méritait : elle modifie pourtant la portée de l'article 72-2 puisque elle garantit une autonomie financière non pas à chaque collectivité prise individuellement, mais catégorie par catégorie. Par souci de réalisme, il a ainsi été décidé de raisonner en terme de moyenne et*

⁴¹³ Cons. Const., décision 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*

non plus au cas par cas. Cela étant, la notion de catégorie de collectivité territoriale reste à définir, car le terme n'apparaît à aucun moment dans le texte constitutionnel »⁴¹⁴. La définition, au sens le plus usuel du terme, d'une catégorie correspond à un ensemble de choses ayant un certain nombre de caractères communs. Or le législateur organique retient pour définir ces catégories, non pas des caractères communs, mais seulement une liste à laquelle s'agrège des structures considérées comme équivalentes. La réduction de la notion de catégorie de collectivités territoriales à la liste métropolitaine des collectivités territoriales apparaît être une simplification, sans doute utile, sur le plan politique mais insatisfaisante sur le plan juridique. En effet, les groupements de collectivités territoriales sont des structures constitutionnelles ayant des caractères communs avec les collectivités territoriales et il est intéressant de mettre en parallèle la faculté de lever l'impôt, trait caractéristique des collectivités territoriales et des groupements à fiscalité propre. Dans ce sens, le législateur organique a intégré les groupements dans la loi sur l'autonomie financière des collectivités territoriales puisqu'il a considéré que « *L'intercommunalité n'est pas pour autant absente du projet de loi organique, dans la mesure où les articles 2 et 3 précisent les dispositions techniques qui permettent de prendre en compte les circuits financiers entre les communes et les établissements publics de coopération intercommunale dont elles sont membres* »⁴¹⁵. Cet aspect technique n'est pas neutre car « *Les établissements publics de coopération intercommunale bénéficieraient néanmoins des garanties offertes à la catégorie des communes puisque leur ressources seraient agrégées aux leurs* »⁴¹⁶. Dès lors, certains groupements de collectivités territoriales se trouvent fortement associés à la notion de catégorie de collectivités territoriales par le truchement des ressources financières des collectivités. Ce premier lien juridique est conforté par le deuxième critère organique.

Le deuxième critère de l'autonomie financière élargit la liste des bénéficiaires de cette garantie constitutionnelle, et ce de façon explicite, à un groupement particulier, celui des établissements publics de coopération intercommunale. L'alinéa 2 de l'article LO. 1114-1 prévoit ainsi que « *Pour la catégorie des communes, les ressources propres sont augmentées du montant de celles qui, mentionnées au premier alinéa, bénéficient aux établissements publics de coopération intercommunale* ».

D'une part, les EPCI, non identifiés à des collectivités territoriales, sont alors pris en compte par le truchement de leurs ressources propres. Si les débats se sont effectivement

⁴¹⁴ G. GEOFFROY, *Rapport n°1541 relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, 21 avril 2004, Assemblée nationale, p. 27

⁴¹⁵ *Ibid.*, p.28

⁴¹⁶ D. HOEFFEL, *Rapport n°324 relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, 26 mai 2004, Sénat, p. 23

focalisés sur cette notion⁴¹⁷, il reste que l'assimilation des ressources propres des EPCI à la catégorie des communes n'a pas été contestée. Ce consensus résulte, selon nous, de la nature des établissements publics de coopération intercommunale. En effet, le fait de ne pas intégrer ces structures de coopération dans les collectivités territoriales a eu pour conséquence de définir la nature de leurs ressources. Comme l'autonomie financière des communes présentait des différences importantes entre des collectivités communales adhérentes à un EPCI à taxe professionnelle unique et celles qui n'adhéraient à aucun EPCI, il convenait de prendre en compte le fait intercommunal dans sa dimension financière. L'intégration fiscale élevée de la coopération intercommunale permet de mieux comprendre son rattachement à la notion de ressources propres.

D'autre part, une difficulté apparaît nettement au sujet de cette inclusion des ressources des EPCI dans celles de la catégorie des communes. Un amendement de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, proposé en seconde lecture, prévoyait que « *les ressources propres des collectivités territoriales sont constituées du produit des impositions de toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif ou dont elle détermine par collectivité ou par catégorie de collectivités le taux ou la part locale d'assiette [...]* ». La suppression de « catégorie de collectivité » revient, par conséquent, à prendre en compte chaque collectivité identifiée dans la Constitution. Pour les communes, 36 000 taux seraient ainsi à considérer ! En outre et principalement, cette disposition ne permet pas d'intégrer les ressources des EPCI dotés de la taxe professionnelle unique. En effet, celles-ci ne proviennent pas d'une collectivité territoriale. En écartant la notion de catégorie, il n'est plus possible d'inclure les ressources propres intercommunales dans les ressources propres des communes. Ceci est confirmé par l'alinéa 2 de l'article LO. 1114-2 qui ajoute aux ressources propres des communes celles des EPCI pour « la catégorie des communes ». Comment réintègre-t-on alors les ressources propres des EPCI dans celles des communes ? Étant observé que la structure porteuse des ressources propres trouve son fondement dans les collectivités territoriales, il faut s'appuyer, au plus, sur l'émanation de celles-ci pour déterminer l'ensemble des ressources propres des collectivités. La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales permet donc d'élargir l'assiette des ressources propres des collectivités dans la mesure où les assemblées délibérantes de ces groupements sont composées d'élus municipaux. Il reste que l'on ne peut comprendre qu'un seul type de collectivité puisque les ressources propres sont distinguées par catégorie. On en déduit donc que le groupement de collectivités territoriales, notion

⁴¹⁷ L'introduction des éléments de fiscalité par le Sénat a été la principale source de modification du projet de loi initial. Ainsi, la notion d'impositions de toutes natures s'est vue complétée par « *dont la loi autoriser à fixer l'assiette, le taux ou le tarif ou dont elle détermine par collectivité, le taux ou une part d'assiette locale* ». Autrement dit, on insère un pouvoir local de décision fiscale dans cette définition des ressources propres.

constitutionnelle, revêt un caractère fiscal induit par l'article 72-2 C. Sans cette dimension, on ne pourrait surmonter la contradiction constitutionnelle entre les ressources propres d'une collectivité et le degré d'autonomie financière de sa catégorie. Entre la catégorie de collectivités territoriales et la collectivité territoriale, le groupement de ces dernières peut être considéré comme une structure intermédiaire.

Dernier critère à étudier, c'est la notion de part déterminante. Bien que le Conseil constitutionnel ait censuré la définition⁴¹⁸, l'objectif était clairement d'apporter une limite à la dégradation des ratios d'autonomie financière des collectivités territoriales. On peut noter qu'une distinction a été effectuée entre les différentes collectivités puisqu'il n'a pas été retenu de seuil unique pour chaque catégorie de collectivités. Il s'avère ainsi que les communes ont le ratio le plus élevé en raison de l'intégration des ressources propres des EPCI. Les EPCI sont une nouvelle fois assimilés quant à leurs ressources à celles des communes par l'article LO. 1114-3 du CGCT. Cette assimilation des ressources des EPCI à celles des communes permet donc de garantir le ratio de 60,3 % de 2003.

En ce qui concerne les transferts de compétences, on s'aperçoit que depuis 1999, il existe une tendance à confier au groupement de plus en plus de compétences. La loi du 7 août 2015 ne déroge pas à cette règle dans la mesure où on augmente le nombre de compétences obligatoires à exercer au niveau intercommunal. Par voie de conséquence, les ressources des EPCI à fiscalité propre voient leur part considérablement accrues dans les ressources totales de la catégorie des collectivités de base au détriment de celles des communes. Par exemple, un EPCI, exerçant la majeure partie des compétences communales, se trouverait dans la situation de représenter la plus grande partie des ressources de ses communes membres. Sans cet aspect financier intercommunal, il semblerait difficile de calculer objectivement la part déterminante des ressources propres de la catégorie des communes. En effet, si le législateur organique n'avait pas assimilé les ressources intercommunales à celles des communes, on se retrouverait avec un ratio de ressources propres élevés dans la mesure où les compétences transférées réduit les ressources totales disponibles. En outre, les ressources propres des communes sont aussi impactées par les transferts de compétences puisque l'EPCI se voit attribué la fiscalité professionnelle et l'ancienne part départementale de la taxe d'habitation.

Autrement dit, l'assimilation des ressources des EPCI à celles des communes est une conséquence de la construction de la coopération intercommunale. Cette dernière est donc une composante constitutionnelle essentielle pour garantir l'autonomie financière de la catégorie des communes. Sur le plan institutionnel, on remarque que l'on vise un type spécifique du

⁴¹⁸ Cons. Const., décision n°2009-600 DC du 29 décembre 2009

groupement, l'EPCI à fiscalité propre ou, plus généralement, le groupement à fiscalité propre. Il convient maintenant d'analyser cette notion constitutionnelle.

§2. La détermination constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre

Garantir constitutionnellement l'autonomie financière des collectivités territoriales nous a amené à prendre en considération la coopération intercommunale d'un type spécifique, celle résumée sous le vocable d'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre. Ces groupements font partie d'une catégorie institutionnelle particulière, qu'il convient de circonscrire. L'autonomie conceptuelle du groupement à fiscalité propre (A) permet de déterminer les EPCI compris dans cette catégorie. Sur le plan législatif, les EPCI comprennent également les syndicats de communes. En appliquant les critères retenus pour identifier le groupement de collectivités territoriales à fiscalité propre, on constatera que les syndicats de communes sont exclus de cette catégorie (B).

A. L'autonomie conceptuelle du groupement de communes à fiscalité propre

La fiscalité propre est une notion assez proche de celle de ressource propre mais elles ne doivent pas être confondues. Pourtant, le rapprochement de ces deux expressions semble presque naturel. La fiscalité est non seulement une ressource financière mais également l'émanation du pouvoir local sur le plan financier. Ce dernier a donc une portée symbolique essentielle. On pense immédiatement à la fiscalité locale lorsque l'on doit citer un exemple de ressource propre locale. Sachant que la fiscalité locale est rarement considérée comme une fiscalité partagée avec l'État, cette ressource est alors définie comme propre.

L'étymologie de propre nous apprend qu'il est dérivé de *proprius*, qui signifie « *qui appartient en propre, spécial, caractéristique* »⁴¹⁹. Il n'y a d'ailleurs pas de différence avec la définition commune de l'adjectif bien que celle-ci précise « *qu'une chose appartient à un groupe* ». Ainsi la fiscalité propre est définie par le fait que cette dernière appartient au groupement. La fiscalité recouvre différentes acceptions et on peut entendre très largement le groupement à fiscalité propre. Par exemple, un syndicat de communes peut lever la taxe d'enlèvement des ordures ménagères (TEOM) et on serait amené à considérer que ces groupements soient dotés d'une fiscalité propre. Il reste que la signification de la fiscalité propre

⁴¹⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition (en cours)

doit être analysée plus spécifiquement et qu'il convient de mettre en exergue l'autonomie conceptuelle du groupement à fiscalité propre.

Nous avons déjà remarqué que les ressources propres ont une acception plus large que les recettes fiscales puisqu'elles sont l'un des éléments financiers de la libre administration des collectivités territoriales sur le plan constitutionnel. Elles jouent, par voie de conséquence, un rôle majeur dans la définition de l'autonomie financière et notamment dans l'autonomie de gestion accordée aux collectivités territoriales. C'est dans ce sens que l'autonomie financière est définie. Quelle est l'articulation entre les recettes fiscales et les ressources propres ? Si les premières sont intégrées dans les secondes, la définition de la recette fiscale se veut plus précise et s'appuie sur le pouvoir fiscal dérivé des collectivités. Il faut alors distinguer deux étapes historiques : dans un premier temps, les collectivités locales ont toujours eu la possibilité de bénéficier d'une fiscalité locale « territorialisée » telles que les taxes foncières ou la taxe d'habitation. L'attribution continue des « quatre vieilles » n'a cependant pas assuré l'existence d'un pouvoir fiscal puisque l'organe délibérant ne pouvait définir qu'un produit fiscal. La répartition était exercée par les services fiscaux de l'État selon une clef définie par ces derniers. Ainsi, aucune modulation entre les différentes catégories de redevables n'était autorisée par l'assemblée locale.

Dans un second temps, la réforme de la fiscalité locale, débutée en 1959, a longtemps recherché la traduction juridique de ce pouvoir fiscal pour les conseils locaux élus. Ce n'est qu'en 1980 qu'est apparue la possibilité de déterminer les taux d'imposition par les organes délibérants des collectivités territoriales et des groupements de communes dotés d'une fiscalité propre. C'est même à l'entrée en vigueur de cette loi (1981) que l'on peut considérer la traduction législative concrète du pouvoir fiscal local. On remarque déjà que l'expression fiscalité propre est adossée à celle de groupement, ce qui confirme les liens existants entre le groupement et sa composante fiscale.

La dimension constitutionnelle n'est ensuite pas présente, à l'origine, dans celle de groupement à fiscalité propre. En effet, aucune disposition constitutionnelle ne garantit un pouvoir fiscal propre aux collectivités territoriales. Il ne peut donc y avoir *a fortiori* de pouvoir fiscal attribué, constitutionnellement, à un groupement de ces collectivités à moins d'assimiler le groupement à une collectivité, ce qui serait juridiquement absurde. Confondre une partie d'un tout et le tout avec une partie ne donnerait plus aucun sens aux termes employés. Une autre expression constitutionnelle, dont la proximité est évidente avec le pouvoir fiscal, mérite une analyse approfondie : il s'agit de la notion de recettes fiscales. Il faut souligner toutefois que cette dernière ne garantit pas non plus l'existence d'une autonomie fiscale locale. Au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on le répète, on ne peut d'ailleurs pas considérer que

le pouvoir fiscal local est une composante de la libre administration. Il n'en demeure pas moins que les recettes fiscales sont une partie intégrante des ressources propres des collectivités (art 72-2 C). Il est nécessaire alors d'introduire une différenciation entre le pouvoir fiscal national et le pouvoir fiscal local. Le premier est connu comme la traduction de la souveraineté de la Nation sur le plan financier. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle seul le législateur intervient pour fixer les règles en la matière. Néanmoins, cette évidence constitutionnelle éclipse totalement celle de pouvoir fiscal local. A ce titre, les racines du pouvoir fiscal tant national que local, dans le sens législatif pour ce dernier, sont identiques et cette proximité réduit le pouvoir fiscal local à une annexe du second. Pourtant, il ne s'agit en aucune manière de faire coexister à côté du monopole national un pouvoir fiscal local même réduit. Il faut seulement mettre en évidence la nature du pouvoir fiscal afin de distinguer la notion de recettes fiscales de celles de ressources propres.

La caractéristique essentielle de la fiscalité est la possibilité de déterminer le produit attendu ou/et le taux de la taxe. Celle-ci peut être attribuée de deux manières : en ayant une part fixée par le législateur ou en ayant la liberté d'en fixer le taux ou/et le produit. La première étend considérablement la notion de fiscalité propre mais elle reste admissible. La seconde pose moins de difficulté théorique puisqu'elle correspond à l'attribution d'un pouvoir fiscal, entendu comme la capacité d'action usuelle en la matière, à une entité déterminée. Cette deuxième branche définit alors la fiscalité propre. Elle correspond donc à l'éventail le plus conséquent de l'autonomie fiscale attendue dans un État unitaire. Si la fiscalité propre est un concept maintenant bien identifié constitutionnellement, il reste à savoir si l'application de ce critère à un groupement lui donne une spécificité particulière.

On sait que l'attribution d'un pouvoir fiscal propre à un groupement de collectivités sur le plan législatif est relativement ancienne et s'est trouvée progressivement étendue à d'autres structures de coopération intercommunale. Le premier groupement à fiscalité propre est né en 1966 par l'adoption de la loi sur les communautés urbaines. Le gouvernement a proposé l'application du régime fiscal communal aux communautés urbaines pour deux raisons principales : d'une part, le transfert de nombreuses compétences à la communauté empêchait la spécialisation fiscale, pourtant défendue par les sénateurs. D'autre part et principalement, la recherche d'une équité fiscale entre contribuables et l'arrière-plan d'une forme de péréquation financière entre les communes membres ont largement contribué à l'attribution d'une fiscalité propre à la communauté urbaine⁴²⁰. De plus, il paraissait important que l'assemblée délibérante

⁴²⁰ Une troisième raison était invoquée, celle de la réforme de la fiscalité locale. Elle rejoint toutefois celle de l'équité fiscale dans la mesure où elle avait pour objectif d'améliorer ce type de ressource. Sénat, Débats, séance du 9 novembre 1966, *JORF Sénat du 10 novembre 1966*, p. 1510

de cet organisme de coopération urbaine puisse fonctionner avec son propre budget et ses propres ressources sans dépendre du bon vouloir des conseils municipaux.

L'extension de la fiscalité propre aux districts s'est réalisée quatre années plus tard, et curieusement, à la demande des élus concernés ! En effet, le ministre de l'Intérieur précisa, lors de la discussion générale devant l'Assemblée nationale et répétée devant le Sénat, que « *De plus, nous permettons aux districts, lorsque la décision est prise par délibération du conseil statuant à la majorité des deux tiers, de lever directement des centimes dans les mêmes conditions que les communautés urbaines. Ainsi, conformément aux vœux formulés par leurs responsables, les districts se voient accorder des possibilités nouvelles d'action ainsi que les pouvoirs financiers nécessaires à leur exercice* »⁴²¹. Il n'y avait donc pas de volonté gouvernementale marquée pour étendre cette attribution d'une fiscalité propre à ces établissements publics mais seulement de répondre à un souhait des présidents des districts. A la même époque, on note que la loi du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions a attribué à ces établissements publics la faculté de percevoir une fiscalité propre. Certes, on peut s'interroger sur le fait de savoir si cette ressource fiscale est véritablement propre à la Région. Bien que l'article 17 instaure une fiscalité additionnelle sur les « quatre vieilles », l'article 18 en limite considérablement la portée dans la mesure où le produit ne peut dépasser 25 francs par habitant. Ce plafond, étant particulièrement peu élevé, réduit le produit régional perçu à une somme maximale que le conseil régional peut atteindre. Sous cette forme, cela ressemble davantage à la première branche de la fiscalité propre à savoir l'affectation d'une part de fiscalité par l'État à cet établissement public. C'est ce qui explique, à notre sens, le fait que la région n'est pas intégrée dans les structures pouvant lever l'impôt en 1980. Ce fondement textuel matérialisant ce pouvoir fiscal propre des collectivités et des groupements évoque les collectivités territoriales et les groupements à fiscalité propre dans les organismes pouvant lever l'impôt⁴²². Dans le II de cet article, il est également fait mention expressément des groupements de communes. Le remplacement du terme groupement par celui d'EPCI à fiscalité propre le libère de toute connotation administrative. En effet, la région, étant qualifiée d'établissement public en 1980, n'est pas considérée comme un groupement à fiscalité propre. Au-delà de la composition de ces organismes⁴²³, la région avait vocation à regrouper aussi les départements. Pour quelle raison la région, établissement public, a-t-il été exclu de ce texte ? Il nous semble que cela tient à la

⁴²¹ R. MARCELLIN, AN, Débats, séance du 24 novembre 1970, *JORF AN du 25 novembre 1970*, p. 5871

⁴²² L'article 1636 B *sexies* du code général des impôts, dans sa formulation initiale, indique dans le I que « *A partir de 1981, et sous réserve des dispositions de l'article 1636 B septies, les conseils généraux, les conseils municipaux et les instances délibérantes des organismes de coopération intercommunale dotés d'une fiscalité propre votent chaque année les taux des taxes foncières, de la taxe d'habitation et de la taxe professionnelle.* »

⁴²³ Le Conseil régional, de 1972 à 1985, est composé d'élus locaux et des députés et sénateurs. Le fait qu'ils soient élus au second degré est une similitude avec le groupement de communes.

définition du pouvoir fiscal dérivé, dans sa deuxième branche, c'est-à-dire au pouvoir fiscal propre attribué aux seules collectivités territoriales. La région, bénéficiant d'un pouvoir fiscal issu de la première branche, n'est donc pas intégrée dans les organismes à fiscalité propre. En outre, le débat législatif s'est portée sur la qualification des communautés urbaines en 1966 à savoir si elles pouvaient être qualifiées de collectivité territoriale puisqu'elles bénéficiaient finalement d'un pouvoir équivalent. Il est intéressant de noter que la formule de l'établissement public a aussi été choisie sur une base constitutionnelle. En effet et comme le remarque J. DESCOURS-DESACRE, rapporteur au Sénat en 1966 sur le texte des communautés urbaines, *« la lecture de la Constitution pouvait semer un doute sur la possibilité pour un législateur de déléguer à des instances locales le droit de créer de nouvelles collectivités territoriales »*⁴²⁴. Il est vrai que la formule de l'établissement public pour les communautés urbaines était discutée et que les principes de spécialité et de rattachement n'étaient pas d'application aisée⁴²⁵. En revanche, la création d'une collectivité territoriale sur la base du volontariat des assemblées élues paraît être en contradiction avec le monopole de compétence du législateur en ce domaine. Ce premier groupement à fiscalité propre peut être assimilé administrativement à une collectivité territoriale mais il ne peut l'être sur le plan constitutionnel dans la mesure où il ne pourrait être créé par les collectivités fondatrices. C'est finalement l'utilisation de la notion administrative d'établissement public qui va permettre de régler la difficulté juridique de créer un organisme de coopération à fiscalité propre sur la base du volontariat des communes et la compétence exclusive du législateur de créer une collectivité territoriale. Comme l'établissement public peut se voir affecter une fiscalité propre et que des collectivités peuvent créer une structure administrative, c'est le choix de l'établissement public qui va permettre d'articuler les normes constitutionnelles de compétence exclusive du législateur de création d'une collectivité et de libre administration territoriale. Dès lors, est assurée au groupement à fiscalité propre une nature constitutionnelle indéniable.

De plus, le groupement à fiscalité propre s'appuie sur un autre principe constitutionnel, celui relatif à la péréquation. Il est, à ce titre, complémentaire du précédent puisque l'attribution d'un pouvoir fiscal propre équivalent entraîne l'application des principes de péréquation. La fiscalité du groupement implique que l'ensemble des contribuables participe de manière équivalente à l'exercice des compétences transférées à l'EPCI. Par voie de conséquence, il y a

⁴²⁴ J. DESCOURS-DESACRES, Sénat, Débats, Séance du 9 novembre 1966, *JORF Sénat du 10 novembre 1966*, p.1469

⁴²⁵ A. BORD, secrétaire d'État, expliquait devant le Sénat que *« Cette qualification juridique a soulevé des critiques et on peut reconnaître que le choix de cette définition ne s'imposait pas de manière évidente. Le problème s'est effectivement posé, lors de l'élaboration du texte, de savoir si la communauté urbaine était un établissement public ou une nouvelle collectivité territoriale. Le Conseil d'État a longuement débattu de cette question »*, Sénat, Débats, Séance du 8 novembre 1966, *JORF Sénat du 9 novembre 1966*, p. 1434

un transfert de financement entre les communes et le groupement, ce que l'on traduit par le principe de péréquation. Certes, le Conseil constitutionnel juge que cette disposition « a pour but de concilier le principe de liberté avec celui d'égalité par l'instauration de mécanismes de péréquation financière, n'impose pas que chaque transfert ou création de compétences donne lieu à péréquation »⁴²⁶ et n'est pas un droit garanti par la Constitution. On peut le comprendre aisément car il semble difficile d'appliquer un dispositif financier prélevant une collectivité pour le reverser à une autre sur des critères objectifs si la commune contributrice peut se prévaloir d'un droit de péréquation⁴²⁷. Si aucun droit garanti par la Constitution, cela n'empêche pas de considérer que le groupement à fiscalité propre est la traduction structurelle du principe constitutionnel de péréquation.

D'une part, l'article L. 5210-1 du CGCT indique l'objectif de la coopération intercommunale en précisant que « le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité ». On a vu que le principe du volontariat entraîne le choix administratif de l'EPCI et de l'expression groupement sur le plan constitutionnel. L'élaboration de projets communes de développement au sein de périmètres de solidarité n'est pas autre chose qu'un mécanisme de péréquation, que le groupement à fiscalité propre représente dans la forme la plus évoluée. En effet, la fiscalité propre de l'EPCI est le degré le plus élevé de la péréquation financière.

D'autre part, la réforme de la dotation globale de fonctionnement (DGF) en 1979 confirme l'ancrage du groupement dans la péréquation. Comme le régime de la fiscalité propre s'est aussi appliqué aux districts en 1970, on se trouvait dans la configuration d'utiliser une dénomination générique et celle de groupement à fiscalité propre s'est imposée naturellement. C'est la raison pour laquelle la loi du 3 janvier 1979 est intitulée *Dotation globale de fonctionnement versée par l'État aux collectivités locales et certains de leurs groupements et aménageant le régime des impôts directs locaux pour 1979*. L'article 7 de cette loi mentionne, et ce dès la création de la DGF, qu'elle est attribuée à certains groupements. Étonnamment, cet article n'a d'ailleurs pas été modifié lors de la simplification du vocabulaire utilisé. Ainsi, il n'a pas remplacé le terme groupement par celui d'établissement public de coopération intercommunale⁴²⁸. Cela ne fait que renforcer la dimension de péréquation du groupement à

⁴²⁶ Cons. Const., décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, considérant 15.

⁴²⁷ CE, 21 septembre 2012, *Commune de Vitry-sur-Seine (QPC)*, n°360602

⁴²⁸ L'alinéa premier de l'article L. 2334-1 du CGCT n'a jamais été modifié en raison de son caractère très général. La constance de l'utilisation du terme groupement est remarquable car cet article relatif à l'instauration de la DGF, qui se substitue à l'article sur le versement représentatif de la taxe sur les salaires (VRTS) employait également ce terme en faisant référence au seul groupement à fiscalité propre, la communauté urbaine. Or cette loi date du 29 novembre 1968, soit deux ans après la création des premiers groupements à fiscalité propre.

fiscalité propre. On peut ajouter que ces groupements ne perçoivent que la dotation de péréquation à son origine, ce qui assoit encore le rôle de ces structures. On ne sera pas non plus surpris par le fait que les groupements concernés sont uniquement les groupements à fiscalité propre ⁴²⁹. Le principe constitutionnel de péréquation se trouve donc sa traduction constitutionnelle dans le groupement à fiscalité propre.

L'autonomie conceptuelle et constitutionnelle du groupement à fiscalité propre pose la question de savoir si le syndicat de communes entre dans la définition de cette catégorie, ce que l'on nous allons maintenant étudier.

B. L'exclusion des syndicats de communes de la catégorie des groupements de communes à fiscalité propre

Les syndicats de communes, premiers groupements historiques, ont aussi vu évoluer leurs attributions dans le domaine fiscal. Bien que ces derniers ne soient pas identifiés comme ayant un pouvoir fiscal propre, il n'en demeure pas moins que ces structures disposent de prérogatives dans ce domaine.

Le premier levier possible est posé par l'article L. 5212-20 du CGCT précisant que « *La contribution des communes associées mentionnée au 1° de l'article L. 5212-19 est obligatoire pour ces communes pendant la durée du syndicat et dans la limite des nécessités du service telle que les décisions du syndicat l'ont déterminée. Le comité du syndicat peut décider de remplacer en tout ou partie cette contribution par le produit des impôts mentionnés au 1° du a de l'article L. 2331-2* ». La contribution initiale ne peut être assimilée à un produit fiscal mais son remplacement par le produit des impôts locaux c'est-à-dire par la taxe d'habitation, les taxes foncières, la contribution économique territoriale ou encore l'IFER induit non seulement un changement de la nature de la contribution communale mais également une transformation du pouvoir accordé au Comité syndical. Ce pouvoir, on ne sera pas étonné, a été conféré par voie d'ordonnance en 1959. Le Conseiller d'État J. HOURTICQ, l'un des initiateurs de ces textes relatifs à l'intercommunalité, espérait que « *[ce projet] aura montré qu'une réforme des structures communales que l'on ne pourra plus longtemps différer est concevable sans vaines controverses doctrinales* »⁴³⁰. En ce qui concerne les syndicats de communes, il relève que « *la réforme concernant les syndicats de communes a découragé les curiosités de surface et donc les jugements hâtifs par le caractère minutieux de ses dispositions* ». Plus spécialement, il nous apparaît, au-delà de l'innovation résidant dans la polyvalence de compétence dévolue aux

⁴²⁹ L'article L. 234-6 al. 2 du code des communes utilise même l'expression « groupement de communes à fiscalité propre ».

⁴³⁰ J. HOURTICQ, « Districts urbains et syndicats de communes », *EDCE*, 1961, p. 46

syndicats de communes, important de mentionner l'évolution des recettes budgétaires de ces derniers. Pour éviter aux communes de ne pas honorer leur contribution relative aux services intercommunaux, le Gouvernement de 1959 a autorisé le comité syndical à remplacer cette contribution par un produit fiscal. En attribuant ce pouvoir à ces syndicats intercommunaux, on pourrait avancer l'hypothèse que ces groupements sont dotés d'une fiscalité propre. Dans ce sens, c'est le comité syndical qui a l'initiative et le pouvoir de remplacer cette contribution par un produit fiscal. En outre, l'application de la loi de janvier 1980 à ces assemblées impliquerait que les organes délibérants de ces groupements de communes puissent déterminer les taux de fiscalité pour assurer le fonctionnement du service. Dès lors, on serait amené à conclure de leur appartenance aux groupements à fiscalité propre.

L'apport de la notion constitutionnelle de groupement à fiscalité propre permet cependant de se détacher d'une conception purement administrative de ces structures. D'une part, la notion constitutionnelle de recette fiscale propre implique, selon nous, un exercice non partagé du pouvoir fiscal. Ce dernier appartient exclusivement à la structure sans contrainte d'une autre institution sous réserve de respecter le cadre légal défini par le Parlement. En l'espèce, le dernier alinéa de l'article L. 5212-20 du CGCT ajoute que « *La mise en recouvrement de ces impôts ne peut toutefois être poursuivie que si le conseil municipal, obligatoirement consulté dans un délai de quarante jours, ne s'y est pas opposé en affectant d'autres ressources au paiement de sa quote-part* ». Autrement dit, le pouvoir fiscal du syndicat de communes est conditionné par la décision de chacune de ses communes membres de changer la recette fiscale par une autre ressource. Ce pouvoir fiscal ne peut donc plus être qualifié de propre mais de dérivé du pouvoir fiscal communal. Toutes choses égales par ailleurs, il est à la commune ce que le pouvoir fiscal local est au pouvoir fiscal national, c'est-à-dire un pouvoir fiscal très faible. A cela s'ajoute que ce pouvoir fiscal au sein d'un comité syndical repose sur le principe de l'unanimité. En effet, il paraît difficilement envisageable de considérer que le comité syndical lève l'impôt sur une ou plusieurs communes pour un même service et qu'il n'existe pas pour d'autres communes. On se heurte aussi, par définition, au principe de péréquation entre les communes membres, ce qui constitue une entorse importante à la notion de groupements à fiscalité propre. Par voie de conséquence, le pouvoir fiscal du syndicat de communes se révèle, à l'aune de la définition constitutionnelle de fiscalité propre locale, être un pouvoir fiscal dérivé et limité. En aucun cas, il ne peut être assimilé à un pouvoir propre d'un organe délibérant donné.

Un autre élément de la définition constitutionnelle de recette fiscale propre vient corroborer l'hypothèse de l'exclusion des syndicats de communes de la liste des groupements à fiscalité propre, c'est la nature même de l'impôt levé. On a remarqué que c'est un pouvoir fiscal

reposant sur les « quatre vieilles » qui pouvait être mis en œuvre par l'article L. 5212-20 du CGCT. Or il est bien précisé que ce produit fiscal est aussi limité « aux nécessités du service ». A ce titre, il convient de voir une conséquence fiscale du principe de spécialité du régime de l'établissement public. Certes, on a affaire à des impôts non affectés à un service particulier lorsque l'on évoque les communes. Mais ce n'est absolument plus le cas pour le syndicat de communes puisque le produit fiscal peut être limité par les besoins du ou des service(s) à financer⁴³¹.

La taxe communale sur la consommation finale d'électricité (TCCFE) est généralement classée dans les impôts directs et peut bénéficier aussi aux syndicats de communes. Elle est donc une prérogative fiscale prévue par la loi. En outre, cette taxe est même être attribuée aux syndicats intercommunaux si la commune n'atteint pas les 2 000 habitants⁴³². Autrement dit, on pourrait dire que ce syndicat est un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre puisqu'il bénéficie d'un impôt direct et qu'il en a la maîtrise. L'approche constitutionnelle du groupement à fiscalité propre permet une nouvelle fois d'écarter ce type de syndicat.

En premier lieu, l'attribution de ce pouvoir fiscal est liée à l'exercice d'une compétence très précise, c'est-à-dire qu'elle résulte du principe de spécialité. Cette taxe est donc la contrepartie d'un service public et ne présente pas la généralité de l'impôt. Il s'agit, en l'espèce, d'une redevance et non pas d'une recette fiscale pouvant financer d'autres projets. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer le type de recette dont le syndicat peut bénéficier à savoir « *le produit des taxes, redevances et contributions correspondant aux services assurés ou aux investissements réalisés* » conformément à l'article L. 5212-19 du CGCT. De plus, le syndicat peut être amené à reverser une partie de ce produit à la commune ou l'EPCI comme le précise le dernier alinéa de l'article L. 5212-24 du CGCT. Le syndicat de communes peut donc se voir amputé de l'effet de son pouvoir fiscal par ce mécanisme de reversement.

En deuxième lieu, le caractère propre de cette fiscalité est toute relative dans la mesure où les communes, si elles franchissent le seuil des 2 000 habitants ou si la commune le souhaite peuvent se voir à nouveau attribuer ce levier fiscal. Certes, la faculté de perception de la taxe

⁴³¹ Cette hypothèse n'est pas complètement dénuée de sens dans la mesure où le développement des syndicats intercommunaux à vocation scolaire peut nécessiter d'avoir recours à la fiscalité ménages et plus particulièrement celle de la taxe d'habitation.

⁴³² L'article L. 5212-24 du CGCT dispose que « *lorsqu'il existe un syndicat intercommunal exerçant la compétence d'autorité organisatrice de la distribution publique d'électricité mentionnée à l'article L. 2224-31, la taxe communale sur la consommation finale d'électricité, prévue à l'article L. 2333-2, est perçue par le syndicat en lieu et place des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre qui en sont membres et de l'ensemble des communes dont la population recensée par l'Institut national de la statistique et des études économiques au 1er janvier de l'année est inférieure ou égale à 2 000 habitants ou dans lesquelles la taxe est perçue par le syndicat au 31 décembre 2010. Pour les autres communes, cette taxe peut être perçue par le syndicat en lieu et place de la commune s'il en est décidé ainsi par délibérations concordantes du syndicat et de la commune intéressée prises dans les conditions prévues au I de l'article 1639 A bis du code général des impôts.* ».

est liée à l'exercice d'une compétence mais cette règle ne s'impose pas aux communes. Aucune obligation ne s'impose à cette collectivité même en cas de transfert de la compétence à un syndicat d'électrification.

En dernier lieu et principalement, le régime juridique de la TCCFE ne fait nullement application de mécanisme de péréquation en distinguant deux catégories de communes. En effet, l'obligation de transfert de la TCCFE ne concerne pas toutes les communes qui ont pourtant toutes déléguées leur compétence d'autorité de distribution du réseau électrique. Le financement du syndicat se rapproche de la situation d'une commune qui a la possibilité de transformer ce produit en contribution. Par voie de conséquence, le syndicat de communes perceuteur de la TCCFE n'est pas un groupement à fiscalité propre au sens constitutionnel que nous avons défini.

Dernière prérogative législative, c'est la catégorie des syndicats de communs perceuteurs de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères (TEOM). On peut faire application d'un raisonnement identique tenu pour la TCCFE. En effet, la principale différence est la possibilité de transférer le produit de la TEOM alors que cette perception est directe si la commune a moins de 2 000 habitants.

A travers ces différents exemples de dispositions fiscales, il apparaît que la notion de syndicat de communes est marquée par l'application de son régime juridique, à savoir celui de l'établissement public et plus spécifiquement du principe de spécialité. Ce dernier principe induit mécaniquement la possibilité d'adhésion à différents syndicats de communes pour des périmètres ou des compétences différentes. Ainsi, il est fréquent qu'une commune appartienne à plusieurs syndicats de communes exerçant dans des compétences différentes (eau, gestion des déchets, assainissement...). Or cette superposition de coopération institutionnelle n'est pas possible pour le cas d'un groupement à fiscalité propre⁴³³. L'introduction de cette interdiction réduisant les possibilités de coopération est la conséquence de la création des communautés de villes en 1992. Régime juridique instaurant une fiscalité directe de la Communauté en lieu et place des communes membres, il s'avère que l'appartenance d'une commune à deux établissements de coopération à fiscalité propre devient non seulement difficilement supportable pour le contribuable mais exprime également la prééminence d'une forme de coopération plus poussée. En effet, l'amendement portant aménagement de la fiscalité en cas de superposition de groupements de communes vise à promouvoir la Communauté de villes au détriment du district ou de la communauté urbaine. Comme ces groupements ont pour point commun d'être tous à fiscalité propre, ils sont nécessairement incompatibles entre eux par les

⁴³³ L'article L. 5210-2 du CGCT dispose qu'« Une commune ne peut appartenir à plus d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ». On peut néanmoins citer l'exception transitoire des établissements publics territoriaux du Grand Paris laissant à ces établissements jusqu'en 2020 la perception de la cotisation foncière des entreprises. Cf. O. RENAUDIE, « Le Grand Paris », *RFDA*, 2016, p. 493

effets engendrés sur le contribuable et par les impacts financiers entre les communes et le groupement. Les deux conséquences sont proches mais elles doivent être distinguées sur le plan fiscal.

D'une part, le pouvoir fiscal attribué à un groupement à fiscalité additionnelle ne dépasse pas la collectivité d'origine de son pouvoir fiscal intégral. Il y a un partage de l'impôt entre le groupement et ses communes membres. C'est la raison pour laquelle le régime de l'établissement public est parfaitement compatible avec l'attribution d'un pouvoir fiscal au groupement. En revanche, ce partage d'un pouvoir politique essentiel implique une relation étroite entre les organes délibérants de la Communauté et des communes. Autrement dit, l'augmentation du produit fiscal local décidé par le groupement et la commune membre induit une hausse de l'impôt local territorial. Ce phénomène n'est pas nouveau et existe déjà pour le pouvoir fiscal attribué aux collectivités territoriales, notamment pour la taxe foncière sur les propriétés bâties. Elles concernent aussi les chambres de commerces, établissements publics au demeurant. Bien que la loi introduise cette interdiction dans le CGCT, elle ne fait que reprendre une disposition fiscale existante créée en 1992⁴³⁴. Autrement dit, une limitation d'origine fiscale s'est imposée au principe de libre administration des collectivités territoriales sans que celle-ci soit contestée.

D'autre part, la perception de la totalité de la fiscalité professionnelle par la Communauté entraîne le transfert de ce pouvoir communal au groupement. Ce pouvoir fiscal ne peut être partagé lorsqu'il est prévu un transfert de l'intégralité d'un impôt à une structure intercommunale. Ainsi, la différence entre l'attribution de l'ensemble d'une fiscalité locale à un groupement et l'attribution d'une fiscalité propre additionnelle n'est pas seulement une différence de degré mais plutôt une différence de nature. Le pouvoir fiscal appartient dorénavant à une structure intercommunale devant gérer des compétences transférées par accord entre ses membres. La compensation financière accordée à la commune lors de la mise en place d'une Communauté de villes est réalisée par le truchement d'un reversement de la différence entre le produit fiscal reçu et les charges liées aux compétences transférées. La notion de groupements à fiscalité propre lie donc davantage l'EPCI et ses communes membres par l'effet des transferts de compétences et de fiscalité entre elles.

Pour l'ensemble de ces raisons, il s'ensuit une exclusion des syndicats de communes de la liste des groupements à fiscalité propre.

⁴³⁴ Article 1609 *nonies A bis* du Code général des impôts abrogé le 27 mars 2004

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Il ressort de l'analyse de la notion de groupements de collectivités territoriales tant sur le plan administratif que constitutionnel qu'elle occupe une place singulière au sein de l'organisation administrative française. Fruit de l'évolution de la coopération locale institutionnelle, les groupements sont marqués par l'évolution du rôle des collectivités territoriales pendant le siècle précédent. En effet, les collectivités se sont vues attribuer de plus en plus de missions en fonctions des besoins nouveaux de la société (électrification, eau potable, assainissement...) et du mouvement de décentralisation initié en 1982. Cependant, la faiblesse de la taille des communes françaises devait être compensée pour répondre à ces besoins. Ainsi, la coopération entre collectivités s'est fortement développée dans des domaines très techniques initialement par le truchement du syndicat de communes et, lors de la reconstruction de l'État après la Seconde Guerre mondiale, par les syndicats mixtes. Marqué par son régime juridique en tant qu'établissement public, le groupement de collectivités territoriales va recouvrir diverses formes démultipliées par des modifications législatives et réglementaires toujours plus nombreuses dans le but d'accompagner du point de vue juridique les attentes croissantes de la population.

Néanmoins, le succès de la coopération locale dite de gestion a interrogé le législateur lorsqu'il a tenté de répondre à la question d'un important dossier, celui de l'émiettement communal. Face à l'échec des regroupements de communes prévus dans la loi Marcellin de 1971, il a ouvert la voie à une coopération locale dite de projet, point de départ de l'émergence du groupement à fiscalité propre jusqu'à son inscription dans la Constitution. On note que le point commun est une volonté de mieux répartir les compétences non seulement entre l'État et ses collectivités mais également entre les collectivités de rang différents ou de la même catégorie. C'est ce qui a conduit à faire émerger le phénomène de la coopération au sein de la Constitution. En outre, l'impact financier de la coopération locale a nécessité de prendre en compte implicitement le groupement à fiscalité propre pour garantir l'autonomie d'une catégorie spécifique, celle des communes.

Ayant déterminé le groupement de collectivités territoriales de nature constitutionnelle dans les groupements existants grâce aux critères administratifs et constitutionnels étudiés dans cette première partie, l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre

bouscule, pourtant et à lui seul, les définitions classiques de la collectivité territoriale et de l'établissement public. L'approche constitutionnelle de cette institution singulière, dénommée établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre nous permettra, on peut le penser, d'apporter une clarification utile de la notion de groupement, maintenant identifié dans le droit positif, ce qu'il convient d'étudier dans notre seconde partie.

DEUXIEME PARTIE : La clarification constitutionnelle de la définition des groupements de collectivités territoriales

Il semble particulièrement peu évident d'affirmer que les groupements de collectivités territoriales puissent être une source de clarification utile en matière de droit des collectivités territoriales. Il l'est d'autant moins qu'ils mettent à rude épreuve des notions habituelles telles que celle de collectivité territoriale ou d'établissement public. De plus, l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, sous ses diverses dénominations, que l'on a identifié comme structure constitutionnelle correspondant aux groupements de collectivités territoriales, échappe à une classification aisée puisqu'il est qualifié d'établissement public territorial, concept hybride situé entre l'établissement public et la collectivité territoriale.

Pour faire face à cette complexité administrative et constitutionnelle, on peut se référer à la méthode de C. EISENMANN, que C. VAUTROT-SCHWARZ résume de la façon suivante : *« on pourrait même dire, en forçant quelque peu le trait, que son chant doctrinal peut se ramasser en cette formule : la complexité n'est pas une tare ; il faut l'accepter pour être exact, plutôt que simplifier au risque d'être faux. Cela implique aussi une éthique doctrinale consistant à ne pas faire passer des constructions idéologiques pour des démonstrations scientifiques »*⁴³⁵. Cette démarche est néanmoins semée d'obstacles car l'on est en présence de notions historiques connues telles que la commune véhiculant de nombreuses idéologies, concepts et représentations a-juridiques. Une forme d'aura démocratique, voire de mythe, existe autour de la commune, collectivité territoriale élémentaire, et de façon plus discrète sur celle du département. Elles peuvent donc conduire à de fausses pistes ou à une recherche reposant sur des bases fragiles.

Pour redéfinir ou redécouvrir ces notions usuelles, longtemps discutées et construites par de nombreux auteurs contemporains ou passés, le groupement de collectivités territoriales bénéficie toutefois d'un avantage important, celui d'être une notion récente en droit administratif et nouvelle en droit constitutionnel. En ayant identifié une structure juridique et

⁴³⁵ C. VAUTROT-SCHWARZ, « La définition du droit administratif dans les cours de Charles EISENMANN », *RDP*, 2016, p. 427 et s.

en lui donnant une forme concrète issue du droit positif, le groupement de collectivités territoriales permet une approche indirecte des notions, auxquelles il est associé. Cela nous évite de s'appuyer sur une vision quelque peu déformée de notions voisines en crise et de voir à partir de la notion de groupements de collectivités territoriales comment on peut proposer de nouveaux critères juridiques constitutionnels permettant de le saisir. C'est la raison pour laquelle on recherchera à distinguer les groupements de collectivités territoriales de la collectivité territoriale, ce qui nous permettra de revisiter les critères classiques de reconnaissance d'une collectivité territoriale (Titre 1^{er}).

Après avoir effectué ce travail théorique d'identification de la notion de groupements de collectivités territoriales, nous le confronterons au droit positif et à la jurisprudence notamment constitutionnelle pour savoir si la distinction réalisée se trouve confirmée par le droit positif. Nous essaierons de voir si l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre est le seul représentant de la notion ainsi définie. Nous pourrions constater la confirmation constitutionnelle de l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales (Titre 2).

TITRE 1 : De la distinction constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales de la collectivité territoriale

Dans son article sur « *les collectivités territoriales et les tabous constitutionnels* », M. VERPEAUX estime que l'un des tabous pouvant être brisés est celui de la définition de la collectivité territoriale⁴³⁶. Il y précise que l'on ne peut supprimer une catégorie constitutionnelle de collectivités mais que l'on peut modifier leurs limites territoriales. Il aurait pu ajouter que le groupement de collectivités territoriales participe également à la remise en cause de la définition de la collectivité territoriale. En effet, l'évolution du contenu constitutionnel de la définition de la collectivité territoriale tend à effacer progressivement, voire irrémédiablement, les critères doctrinaux usuels de distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public. Un second phénomène est provoqué par le seul groupement de collectivités territoriales, que l'on a du mal à inscrire dans la catégorie des établissements publics. Il a contribué depuis la crise initiale de l'établissement public en 1950⁴³⁷ à accentuer le problème de caractériser juridiquement l'établissement public. On remarque aussi que le groupement, lorsqu'il est étudié en doctrine renvoie souvent à un terme, celui de vicissitude. Son étymologie nous apprend qu'il est emprunté au latin *vissicitude* signifiant « *alternative, échange, passage successif d'un état dans un autre* »⁴³⁸. Les changements législatifs successifs des différents régimes juridiques des groupements confirment la transformation radicale de sa définition par emprunts successifs de dispositions relevant soit des collectivités territoriales soit de l'établissement public.

On voit que la définition des groupements de collectivités territoriales se situe à la croisée des chemins des notions de collectivité territoriale et d'établissement public. Les incertitudes et les changements opérés sur les critères juridiques habituels doivent nous porter à les reprendre pour mieux situer le groupement au regard de l'Histoire. Ainsi que l'écrit P. VALERY, « *L'Histoire, je le crains, ne nous permet guère de prévoir, mais associée à*

⁴³⁶ M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales et les tabous constitutionnels », in *Les tabous de la décentralisation*, N. KADA (Dir.), 2015, p. 84

⁴³⁷ R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, LGDJ, 1950

⁴³⁸ Centre national de ressources textuelles et lexical, www.cntrl.fr

l'indépendance d'esprit, elle peut nous aider à mieux voir »⁴³⁹. L'identification des problèmes communs aux collectivités territoriales et les solutions trouvées par l'État à travers deux siècles d'administration nous assurerons une meilleure compréhension du groupement de collectivités territoriale. Par exemple, le critère de la clause de compétence générale a récemment fait l'objet d'une clarification constitutionnelle majeure. Celui-ci était un critère propre et supposé à toute collectivité territoriale. Cependant, J. M. PONTIER soulève la question de son origine en écrivant qu'« *il est tout aussi étonnant de relever que l'on ne peut identifier une paternité claire à cette expression « clause générale de compétence » si prisée actuellement* »⁴⁴⁰. Au cours du premier chapitre, nous aurons l'occasion d'identifier au moins un auteur qui l'a expressément employée au cours du XIX^{ème} siècle. Cette paternité, qui n'est certainement pas unique pour nous, s'inscrit parfaitement, dans la construction d'une notion reposant sur la structure communale. Mieux différencier les catégories constitutionnelles de collectivités territoriales, et contrairement à ce que l'on pourrait penser, nous amènera à mieux cerner la notion de groupements et à proposer de nouveaux critères juridiques de distinction.

A l'aune de cette approche historique et juridique, nous pourrions alors introduire de nouveaux critères sur le fondement des travaux théoriques de C. EISENMANN, H. KELSEN et, dans une moindre mesure, S. ROMANO. Après les avoir définis, ils seront alors confrontés à notre objet d'étude, ce qui permettra d'identifier ses caractères juridiques propres.

Nous verrons, dans un premier temps, que le groupement de collectivités territoriales est une institution originale oscillant entre collectivité territoriale et établissement public (Chapitre 1^{er}) avant de rechercher, construire et identifier de nouveaux caractères juridiques propre à la notion de groupements de collectivités territoriales (Chapitre 2).

⁴³⁹ P. VALERY, *Variété IV*, 1938, édition *Variété III, IV et V*, Gallimard, 2002, p. 139

⁴⁴⁰ J. M. PONTIER, « Mort ou survie de la clause générale de compétence », *BJCL*, n°01/11, p. 11

Chapitre 1 : L'originalité des groupements de collectivités territoriales : une institution entre collectivité territoriale et établissement public

Le groupement de collectivités territoriales ne cesse d'interroger les juristes et les politiques. La doctrine s'est particulièrement attachée à rechercher les critères propres des collectivités territoriales tout en maintenant le plus clairement possible une cohérence des définitions juridiques des notions de collectivité territoriale et d'établissement public. Le groupement de collectivités territoriales a la particularité de s'inscrire dans ces deux champs juridiques. Il emprunte fortement au corpus juridique des collectivités territoriales en faisant sien de nombreuses dispositions législatives relevant des communes, qui ont des répercussions directes en droit constitutionnel. Ainsi que le note B. FAURE, « *en droit constitutionnel, on ne souffre d'aucun dépaysement à passer d'une institution à l'autre et, le résultat ne laisse à peu près rien à l'établissement public* »⁴⁴¹. La notion de groupements oscille donc entre l'application des règles relatives aux collectivités territoriales et celles applicables aux établissements publics. C'est ce qui en fait sa véritable originalité, une institution à la frontière de notions classiques, dont elle éprouve particulièrement le contenu.

C'est pourquoi l'on verra dans une première section que la notion de groupements de collectivités territoriales est à la frontière de la collectivité territoriale (Section 1). On s'apercevra également que la notion de collectivité territoriale devient elle-même instable dans sa définition et que ce phénomène accélère le rapprochement entre les deux notions de groupements et de collectivité territoriale. Par une étude complémentaire, on sera amené à comprendre comment la notion de groupements de collectivités territoriales se trouve à la frontière de l'établissement public (Section 2). Cette dernière notion, elle aussi mouvante et en crise permanente, devient de moins en moins évidente à saisir par les critères usuels de définition. Le groupement de collectivités territoriales n'est d'ailleurs pas étranger à cet état de fait.

⁴⁴¹ B. FAURE, « L'hypothèse des bases constitutionnelles de l'établissement public territorial », *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 155-173, p. 167

Section 1 : La notion de groupements, à la frontière de la collectivité territoriale

Comprendre la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales nous invite à chercher les critères propres de la collectivité territoriale à partir de la norme fondamentale. Deux caractéristiques sont fréquemment mentionnées pour déterminer si une structure est une collectivité territoriale, c'est l'élection des membres de l'organe délibérant et la vocation générale de la collectivité territoriale. Le premier critère n'est pas constitutionnellement propre à la collectivité territoriale. Pour reprendre les termes du professeur L. JANICOT, « *l'article 72, alinéa 3 de la Constitution pose le principe électif des conseils des collectivités territoriales. Mais cet article ne signifie pas que l'élection soit un trait exclusif des collectivités territoriales. Il ne fait pas obstacle en effet à ce que des organes délibérants de certains établissements publics, tels que les chambres professionnelles ou les universités, puissent être élus* »⁴⁴². En raison de l'interférence des points de vue doctrinal et politique des caractères de la collectivité territoriale et de l'absence de dimension constitutionnelle spécifique, le principe électif fera l'objet d'une étude plus complète dans le titre II.

En revanche, le second critère, que l'on traduit par la clause de compétence générale, a été considérablement et récemment discuté tant sur le plan politique que doctrinal. Il apparaît que ce critère ne puisse plus être une caractéristique nécessaire et suffisante qualifiant constitutionnellement une structure donnée de collectivité territoriale. Dans le cadre de notre recherche sur la notion de groupements, il semble toutefois jouer un rôle essentiel par rapport à la composition du groupement : la clause de compétence générale ne pourrait-elle pas constituer un critère déterminant ? En ce sens, il convient de revisiter juridiquement la notion de clause de compétence générale pour la stabiliser. Pour cela, il semble important de revenir sur la genèse de clause de compétence générale. On s'apercevra, historiquement et juridiquement, que l'on fait face à une caractéristique propre à la commune (§1). Bien que le groupement de collectivités territoriales ne soit d'ailleurs pas étranger à la remise en cause de ce critère, il est intéressant de voir comment se situe notre objet d'étude par rapport à la clause de compétence générale. Il apparaîtra qu'elle apporte simultanément des éclaircissements et des zones d'ombre. En ce sens, ce critère se trouve, juridiquement, au milieu du gué (§2).

⁴⁴² L. JANICOT, « Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ? », *RFDA*, 2011, p. 235

§1. La clause de compétence générale : un critère propre de la catégorie des communes

On peut aisément affirmer que la spécialisation des compétences des groupements de collectivités territoriales s'oppose à l'attribution d'une clause de compétence générale à ces derniers. Ainsi, ils ne seraient pas concernés, de prime abord, par le critère de la clause de compétence générale. Cependant, on suppose dans cette affirmation que cette caractéristique juridique s'applique à tout type de collectivité territoriale, ce qui n'est plus possible en l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle et du droit positif. Il faut donc rester prudent par rapport à un raisonnement tenu sur la clause de compétence générale. Comprendre l'application différenciée selon les catégories de collectivités territoriales d'un critère, devenu à un moment donné intrinsèque à la notion de collectivité territoriale, implique une analyse historique sur la longue durée nous amenant à saisir les éléments juridiques de rupture ou de continuité. La clause de compétence générale prend naissance au moment de la Révolution. Elle sera façonnée au long de deux siècles d'histoire administrative et constitutionnelle. Il reste que le cadre initial était avant tout communal (A). En revanche, le département n'a pas bénéficié, dès son origine, de cette clause. Son extension formelle au département et aussi à la région est intervenue tardivement et, en apparence, lors du premier acte de décentralisation en 1982 (B).

A. Le cadre communal de la naissance de la clause de compétence générale

L'histoire constitutionnelle française accorde une place toute particulière à la commune, et ce, dès 1789. Pourtant, rien ne laissait présager que cette collectivité pouvait subsister à la Révolution. Après tout, la Province, structure de l'Ancien Régime et aussi ancienne que la commune, a été tout simplement supprimée pour être remplacée par le département et les districts. Lors des débats révolutionnaires, il est vite apparu nécessaire de maintenir ce premier échelon administratif sous sa forme originelle. Le décret du 14 décembre 1789⁴⁴³ représente ainsi l'affirmation des communes comme première structure de la nouvelle organisation administrative de l'État. Toutefois, elle est considérée de manière ambivalente : elle dispose de prérogatives déléguées par l'État appelées « *fonctions propres à l'administration générale* »⁴⁴⁴

⁴⁴³ Décret de l'Assemblée nationale concernant la constitution des municipalités, 14 décembre 1789, Archives parlementaires, Tome X, p. 564

⁴⁴⁴ L'article 51 du décret du 14 décembre 1789 dispose que « *Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : de régir les biens et revenus communs des villes, bourgs, paroisses et communautés ; de régler et d'acquitter celles des dépenses locales qui doivent être payées des deniers communs ; de diriger et de faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté ; d'administrer les établissements qui appartiennent à la commune, qui sont entretenus de ses deniers, ou qui sont particulièrement destinés à l'usage des citoyens dont elle est composée ; de faire jouir les habitants des avantages*

et de « *fonctions propres au pouvoir municipal* »⁴⁴⁵. Ce pouvoir municipal correspond essentiellement à la gestion des biens locaux relevant de chaque commune (dépenses courantes, biens propres, établissements locaux...) et à la police locale permettant d'assurer la propreté, la salubrité et la tranquillité publiques. Si la police est devenue un pouvoir totalement régalien, il n'en demeure pas moins qu'il avait initialement un caractère aussi local. En revanche, il est important de souligner que la clause de compétence générale ne présente pas de lien direct avec ce pouvoir de police. Par conséquent, elle trouve, selon notre point de vue, son origine dans les fonctions de gestion des biens propres à la commune. En effet, la Révolution française a laissé aux communes, confirmées dans leur circonscription originaire, le soin de gérer les biens se trouvant au sein de leur périmètre d'intervention locale. Autrement dit, la commune a bénéficié d'une continuité juridique entre le droit ancien, pratiquement totalement aboli, et le nouveau droit révolutionnaire par la conservation de l'institution gestionnaire et ses biens propres. Ceci résulte du fait que la commune soit considérée non pas comme une autorité politique ou une autorité administrative mais plutôt comme une famille. L'Abbé MAURY, en 1789, affirme ainsi « *L'autorité municipale n'est pas une autorité politique, c'est une autorité de famille et de cité que le peuple confère librement et pour un temps* »⁴⁴⁶. Cette conception a permis de préserver la nature juridique de la commune car elle n'avait que peu d'influence sur le nouvel État en voie de formation. Accaparée par l'élaboration de la norme fondamentale, l'Assemblée nationale s'appuyait sur les municipalités, qui témoignaient régulièrement devant l'Assemblée de leur soutien aux travaux constitutionnels, pour gérer les affaires purement locales. L'instruction relative aux fonctions des assemblées administratives du 12 août 1790 confirme cette fonction de gestionnaire local attribuée naturellement à la commune en concluant que « *L'Assemblée nationale doit prévenir les assemblées administratives qu'elle n'a point entendu tracer un tableau complet de leurs devoirs. Il est une foule d'autres détails que leur sagacité suppléera facilement, et dont, par conséquent, l'énumération et le développement étaient superflus. C'est sur le zèle des corps administratifs, c'est sur leurs lumières et leur patriotisme, que l'Assemblée nationale fonde ses plus grandes espérances* »⁴⁴⁷. Cette capacité d'initiative non limitée par les fonctions attribuées traduit une partie de la clause de compétence générale. On pourrait néanmoins objecter que les départements et les districts étaient aussi concernés et qu'ils pouvaient bénéficier de cette clause puisque ce sont des assemblées administratives. Cependant,

d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics », *op. cit.*, p. 566

⁴⁴⁵ L'article 49 fait référence à cette dualité de fonction, en indiquant que « *les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir; les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'État, et déléguées par elles aux municipalités* », *ibid.*

⁴⁴⁶ Discussion sur le projet de constitution des municipalités, 2 décembre 1789, *op. cit.*, p. 356

⁴⁴⁷ Archives parlementaires, Tome XVIII, p. 24

les communes ont une particularité supplémentaire dont ne dispose pas ces deux autres assemblées, ce sont les fonctions propres au pouvoir municipal qui « *sont soumises à l'inspection et à la surveillance des corps administratifs ; et [les municipalités] sont entièrement dépendantes de leur autorité dans les fonctions propres à l'administration générale qu'elles n'exercent que par délégation* »⁴⁴⁸. Le décret du 14 décembre 1789 liste les fonctions du pouvoir municipal et celles-ci peuvent se résumer, comme on l'a déjà écrit, à la gestion des affaires locales et notamment les biens propres aux municipalités. On peut noter dans cet article le vocabulaire spécifique employé⁴⁴⁹ dont les verbes d'action « régir », « régler » « diriger », « administrer » et la similitude est frappante avec l'expression juridique utilisée pour la clause de compétence générale à savoir que le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune.

Sur le plan constitutionnel, il convient de souligner que le décret de constitution des municipalités est, bien évidemment, antérieur à la Constitution de 1791. On peut alors s'interroger sur la valeur juridique de ce décret au regard de cette Constitution. Il pourrait être assimilé à une norme transitoire relative à la mise en place des institutions nouvelles qui allaient être créées à partir de la première Constitution révolutionnaire. Or il n'en est rien puisque l'article 9 du Titre II relatif à la division du Royaume affirme clairement le rôle de la commune en précisant que « *les citoyens qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la Loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'Officiers municipaux, sont de gérer les affaires particulières de la commune. – Il pourra être délégué aux Officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'État* ». Le vocabulaire, par l'utilisation des termes « *affaires particulières* », marque encore une fois une grande proximité avec le sens usuel que l'on donne à la clause de compétence générale et assoit la différence entre deux types de fonctions : celles émanant exclusivement des communes et celles déléguées par l'État. Malgré une multiplication rapide des textes constitutionnels et administratifs au cours d'une période particulièrement agitée, cette approche juridique de la commune va perdurer dans les législations successives relatives à l'organisation administrative. On aura ainsi un éclairage historique de la notion de clause de compétence générale.

Le Consulat confirme l'existence des affaires particulières municipales. La loi du 28 pluviôse An VIII réduit cependant la portée juridique du pouvoir municipal propre en utilisant

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 8

⁴⁴⁹ Pour mémoire, le texte dispose que « *Les fonctions propres au pouvoir municipal (...) sont : de **régir** les biens et revenus communs (...); de **régler et d'acquitter** celles des dépenses locales (...); de **diriger et de faire exécuter** les travaux publics (...); d'**administrer** les établissements (...); de **faire jouir** les habitants des avantages d'une bonne police, (...)* », *ibid.*

le vocable « délibérer » et emploie le terme « régler » que pour la gestion de biens communaux⁴⁵⁰. A titre de comparaison, le Conseil général et, *a fortiori*, le Conseil d'arrondissement ne peuvent, selon les termes des articles 6 et 10 de la loi précitée, qu'exprimer une opinion sur l'état et les besoins du département. Bien évidemment, cette limitation très poussée du pouvoir des autorités administratives est la marque de la centralisation napoléonienne au même titre que l'avènement du Préfet, symbole de la centralisation naissante. Il reste que la commune voit se maintenir quelques prérogatives relevant du pouvoir municipal originaire.

Dans le projet de loi sur les municipalités en 1829, l'article relatif aux attributions du Conseil municipal accentue l'emprise de l'État sur le pouvoir municipal en laissant simplement la possibilité aux assemblées délibérantes de délibérer au lieu de régler les affaires locales prévues dans une liste limitative⁴⁵¹. Ce projet ne pourra aboutir en raison de la Révolution de Juillet en 1830. Cependant, la loi relative à l'organisation municipale de 1837 reprendra la philosophie générale de ce projet et s'inscrit dans une continuité de réforme de l'administration locale malgré les diverses ruptures constitutionnelles de cette première moitié du XIX^{ème} siècle. Cette continuité se traduit notamment par le fait que le noyau dur du pouvoir municipal sera préservé à savoir la gestion des biens propres de la commune. En effet, l'article 17 de la loi du 21 mai 1837 prévoit que « *Les Conseils municipaux règlent, par leurs délibérations, les objets suivants : (...)* »⁴⁵². Cette formulation, reprise à l'identique pour caractériser en partie la clause de compétence générale, est intimement lié au régime juridique défini en 1837. Il faut savoir que trois régimes juridiques sont créés en fonction de la nature des attributions municipales. De façon très générale, la tutelle de l'État est moins forte si l'acte communal est étranger à l'intérêt général. Ainsi, les délibérations prises en vertu de l'article 17 précité sont exécutoires dans les trente jours suivant leur réception en Sous-préfecture sous la réserve qu'elles ne soient pas annulées par le Préfet. Autrement dit, les actes de gestion des biens communaux, relevant exclusivement de l'intérêt local, ont un régime juridique sans approbation préfectorale, ce qui permet une action municipale plus rapide et efficace.

⁴⁵⁰ L'article 15 de la loi précitée dispose que « (...) *Il réglera le partage des affouages, pâtures, récoltes et fruits communs. Il réglera la répartition des travaux nécessaires à l'entretien et aux réparations des propriétés qui sont à la charge des habitants. Il délibérera sur les besoins particuliers et locaux de la municipalité, sur les emprunts, sur les octrois ou contributions en centimes additionnels qui pourront être nécessaires pour subvenir à ces besoins, sur les procès qu'il conviendra d'intenter ou de soutenir pour l'exercice et la conservation des droits communs* ».

⁴⁵¹ L'article 66 du projet prévoyait que « *le Conseil municipal délibère sur : [suivait une liste de 15 attributions]* » et un article 16 assez général indiquant : « *Et sur tous autres objets placés par les lois dans les attributions des Conseils municipaux* », in Chambre des députés, 19 mars 1829, Archives parlementaires, Tome LVII, p. 572

⁴⁵² Les quatre objets sont les suivants : 1° Le mode d'administration des biens communaux ; 2° Les conditions des baux à ferme ou à loyer dont la durée n'excède pas dix-huit ans pour les biens ruraux, et neuf ans pour les autres biens ; 3° Le mode de jouissance et la répartition des pâturages et fruits communaux, autres que les bois, ainsi que les conditions à imposer aux parties prenantes ; 4° Les affouages, en se conformant aux lois forestières.

Les actes visés par l'article 19 de la loi de 1837 correspondent à la deuxième catégorie et permettent au Conseil municipal de délibérer sur dix compétences (fiscalité, budget, urbanisme, gros travaux) et « *tous les autres objets sur lesquels les lois et règlements appellent les conseils municipaux à délibérer* »⁴⁵³. Au-delà de l'énumération limitative de ces actes, leur point commun essentiel réside dans leur importance sur le plan de la gestion locale. Sans ces attributions, le Conseil municipal n'est pas doté de prérogative significative. C'est cette distinction entre actes propres sans effet sur l'intérêt général (article 17) et les actes ayant un impact potentiel sur l'intérêt général (article 19) qui a structuré la différence de régime juridique entre ces deux types de délibération. Dès lors, on ne peut être surpris par la signification juridique du verbe « délibérer », qui rend exécutoire ces actes après l'approbation de l'autorité préfectorale ou, le cas échéant, le ministre compétent⁴⁵⁴.

La dernière catégorie concerne les avis et vœux donnés par les Conseils municipaux. C'est de cette catégorie que résulte une autre composante de la notion de la clause de compétence générale. En effet, « les affaires de la commune » sont issues de la possibilité accordée au Conseil municipal de s'exprimer des vœux sur les affaires de la cité. Il faut distinguer le procédé des vœux des avis puisque leur origine juridique n'est pas identique. D'une part, les avis sont donnés à la demande de l'autorité supérieure et ne sont pas à l'initiative du Conseil municipal. Dans ce cadre, la procédure de l'avis revient à celle suivie de la deuxième catégorie. Cependant, elle diffère sur un point : l'acte n'a pas besoin, par définition, d'une approbation puisqu'il a une valeur juridique faible et qu'il est à la discrétion du représentant de l'État en vertu de la loi. Ainsi, les avis n'ont pas de lien avec la clause générale de compétence. Il en va tout autrement des vœux.

Ceux-ci sont souvent assimilés aux avis dans la mesure où leur portée juridique est plus symbolique que réelle. Toutefois, la loi de 1837 prévoit en son article 24 que « *le conseil municipal peut exprimer son vœu sur tous les objets d'intérêt local. Il ne peut faire ni publier aucune protestation, proclamation ou adresse* ». Comme on l'a déjà noté *a contrario* pour les avis, les vœux sont à l'initiative de l'assemblée délibérante sur tout sujet relevant de la collectivité. Cette prérogative municipale, d'apparence anodine, n'a pas été insérée aussi facilement que l'on pourrait le croire à cette époque. En effet, la centralisation, dont le préfet était l'expression de la toute-puissance étatique, et la volonté d'asseoir le pouvoir royal se conjugaient pour limiter l'essor d'un espace d'autonomie des communes. Lorsque l'article a été discuté devant la Chambre des députés, le député du Tarn F. de FALGUEROLLE propose sa suppression en argumentant que « *l'on vient maintenant vous proposer d'insérer dans les*

⁴⁵³ Article 29 de la loi du 21 mai 1837

⁴⁵⁴ Nous avons, par parallélisme des formes, assimilé les réclamations et les comptes des communes et du receveur (contrôle par le conseil de préfecture) aux actes prévus par l'article 19.

*procès-verbaux des causeries. J'avoue que je n'en comprends pas l'utilité, et je suis d'avis que les conseils doivent se renfermer dans des questions qui offrent un véritable intérêt pour la commune, et certes ce n'est pas leur imposer d'étroites limites. Je demande donc le rejet de cette proposition »*⁴⁵⁵. Le rapporteur du texte, A. F. VIVIEN lui répond en employant *in extenso* l'expression de compétence générale de la commune, telle que nous l'entendons aujourd'hui. Il affirme donc, c'est nous qui soulignons, que « *nous avons procédé par désignation spéciale des attributions des conseils municipaux. Il était nécessaire d'ajouter à ces attributions une compétence générale pour tous les objets qui intéressent la commune, pour que toutes les délibérations des conseils municipaux qui seraient étrangères à leurs attributions déterminées ne fussent pas frappées de nullité aux termes de la loi sur l'organisation municipale »*⁴⁵⁶. Néanmoins, son propos ne concerne que la possibilité d'émettre des vœux et non pas celle de régler les affaires communales. Il reste que l'initiative d'un vœu appartient au Conseil municipal et qu'il embrasse tout objet local. Pourtant, l'article 28 de la loi du 21 mai 1831 rend nulle de plein droit toute délibération portant sur des objets étrangers à ses attributions. C'est la raison pour laquelle le Parlement de la Monarchie de Juillet a introduit cette disposition sur les vœux des communes. En outre, la volonté d'autoriser les communes d'émettre des vœux n'est pas sans lien avec l'intercommunalité puisque l'un des orateurs à cette séance du 3 février 1837 souligne que « *Il est bien entendu que l'intérêt collectif de plusieurs communes n'en est pas moins un intérêt local pour chacune d'elles. Je citerai un chemin ou une route à créer, un pont à ériger. Ces mots intérêt local ne doivent se prendre et s'interpréter que par opposition aux intérêts politiques et nationaux qui ont d'autres appréciateurs, les chambres et aux intérêts qui revêtissent un caractère exclusif de départementaux, lesquels seront confiés aux conseils généraux »*⁴⁵⁷. Il ne faut pas oublier non plus que l'article 24 prévoyait qu'aucune correspondance ne pouvait avoir lieu entre conseils municipaux. Les deux composantes de la clause de compétence générale (initiative sur tout objet local et capacité d'intervention réelle) sont donc présentes dans la loi de 1837 mais sont éclatées dans diverses dispositions relatives aux communes. Afin de laisser un espace de liberté au conseil municipal sur l'intérêt local dans un cadre juridique extrêmement corseté, le législateur est à nouveau intervenu dès la mise en place de la III^{ème} République.

La loi de 1884 est donc venue consacrer la clause de compétence générale par son article 61 qui dispose que « *le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ». Initialement, l'objectif était d'alléger la tutelle du préfet sur l'autorité municipale.

⁴⁵⁵ Chambre des députés, 3 février 1837, Archives parlementaires, Tome CVII, p.165

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ J. L. GILLON, *ibid.*, p. 166

En effet, le système d'approbation des délibérations par le préfet alourdissait considérablement l'action communale et, en outre, peu de délibérations étaient *in fine* annulées. Comme le notait l'exposé des motifs de cette loi en 1876, « *Elle pose en principe que les conseils municipaux ont un pouvoir de décision propre, et que leurs délibérations sont en conséquence et en règle générale, exécutoires par elles-mêmes et dès qu'elles ont été prises* »⁴⁵⁸. En réduisant ainsi le pouvoir de tutelle du préfet sur les actes pris par les conseils municipaux, le pouvoir municipal retrouvait un champ d'action plus large même si certains actes demeuraient soumis à l'approbation du préfet (notamment le budget). Dans ce même article 61 a été ajouté un alinéa permettant au Conseil municipal d'émettre des vœux sur tous objets d'intérêt local. Les deux éléments de la définition de la clause de compétence générale se retrouvaient donc dans un seul et même article de loi.

A travers l'étude de la législation municipale depuis la Révolution française jusqu'à la charte municipale de 1884, on a pu mettre en évidence le lien direct entre l'institution communale et la clause de compétence générale. Il convient maintenant de savoir si le département disposait intrinsèquement des deux composantes de la clause générale de compétence. En parallèle, il s'agira de voir comment cette dernière s'est étendue progressivement aux autres collectivités territoriales.

B. D'une disposition initialement absente pour les départements à son extension apparente à toute collectivité territoriale

De nombreux auteurs ont revendiqué un droit commun entre le département et la commune. Ce droit commun introduisait l'idée de caractères juridiques propres aux collectivités territoriales permettant d'asseoir une distinction nette avec les groupements de collectivités territoriales. Cependant, les similitudes existant entre ces deux structures propres à la décentralisation administrative ne doivent pas faire oublier que la clause de compétence générale était absente initialement et constitutionnellement pour le département (1). Malgré cela, l'extension législative de la liberté de gestion administrative a coïncidé à celle, formelle, de la clause de compétence générale aux autres collectivités territoriales (2).

⁴⁵⁸ M. JOZON, exposé des motifs, Chambre des députés, 1876

1) L'absence de clause de compétence générale du département : un marqueur constitutionnel *ab initio*

Le département, en tant qu'institution, a été créé à la Révolution mais n'a pas bénéficié de la clause de compétence générale dès son origine. En effet, il ne repose pas sur les mêmes fondements juridiques que la commune. Le département représente un des échelons d'une structuration de l'État sous une forme pyramidale. Cette institution ne faisait donc pas partie de la décentralisation telle que nous l'entendons aujourd'hui. Cette dernière ne concernait que la commune et il apparaît important d'en voir les contours constitutionnels et administratifs pour mieux appréhender la notion de clause de compétence générale. Afin de bien comprendre le contexte révolutionnaire et, comme le note le professeur F. LEMAIRE, « *il n'est, en tout état de cause, possible de parler, pour la période de 1789-1792, que de décentralisation dans un sens très restreint* »⁴⁵⁹. Les natures des assemblées administratives (département, districts et communes) sont non seulement la conséquence de l'application des principes de l'unité de l'État et de la séparation des pouvoirs mais aussi celle du nouveau rôle d'une Constitution dans un État précédemment monarchique et féodal.

D'une part, l'unité de l'État s'exprime, sur le plan de l'organisation territoriale, par la notion de tout : le rôle des assemblées administratives est marqué par le souci d'assurer l'unité de l'État par un fonctionnement un, uniforme et unifiant. L'instruction relative au décret du 22 décembre 1789 précise ainsi que « *L'État est un, les départements ne sont que des sections du même tout : une administration uniforme doit donc les embrasser dans un régime commun* ». On peut mentionner à cet égard que les districts dépendent des départements dans ce fonctionnement. Cette « dogmatique unitaire » laisse peu de place à l'apparition d'une clause de compétence générale pour le département. Bien que l'article 5 du décret du 22 décembre 1789 fasse référence à un libellé assez proche de la clause de compétence générale⁴⁶⁰, il convient de souligner que ces affaires ne doivent pas être assimilées aux affaires particulières communales. L'instruction précédemment citée explique ainsi que ces affaires ne sont que les mesures de détail ou d'application de l'administration générale et qu'elles ne sont pas propres au département. Ce dernier n'est, en effet, pas doté d'un patrimoine propre lors de sa création. A ce titre, il est à noter que l'assemblée départementale n'est nullement l'héritière des assemblées provinciales. Du point de vue patrimonial, c'est une différence fondamentale entre le département et la commune. Comme celle-ci est calquée sur les anciennes paroisses, bourgs et autres communautés villageoises, il est revenu aux assemblées municipales de gérer les biens

⁴⁵⁹ F. LEMAIRE, *Le principe d'indivisibilité de la République*, PUR, 2010, p. 109

⁴⁶⁰ On rappelle que cet article disposait que « *quant à l'expédition des affaires particulières et de tout ce qui s'exécute en vertu de délibérations déjà approuvées, l'autorisation du Roi ne sera pas nécessaire* ».

propres de ces structures de l'Ancien régime, ce qui a permis d'introduire la notion d'affaires particulières. Le fait d'identifier le périmètre de ces nouvelles assemblées à ceux préexistants a eu pour effet de transférer les biens à ces nouvelles entités. Les affaires particulières du département n'existent pas sous cette forme car il n'a pas à sa disposition de bien propre issu des assemblées provinciales. Les biens et les affaires locales des États provinciaux et des Intendants n'ont pas été confiées, *stricto sensu*, aux départements. Il leur a été seulement attribué la faculté de désigner de deux commissaires pour permettre la liquidation et le partage des affaires provinciales et des Intendants⁴⁶¹. Il est ajouté que le département remplacera les Intendants et qu'aucune administration ne s'interposera entre l'exécutif et le département⁴⁶². Ainsi, la volonté d'unifier le pays en divisant son territoire en département n'a pas eu pour vocation de faire naître des affaires locales départementales.

D'autre part, le principe de séparation des pouvoirs permet d'éclairer ce que l'on entend par l'expression « *l'expédition des affaires particulières* ». L'instruction prend soin de s'appuyer sur ce principe constitutionnel puisqu'elle indique que « *la Constitution serait violée si les administrations de département pouvaient, ou se soustraire à l'autorité législative, ou usurper aucune partie de ses fonctions, ou enfreindre ses décrets, et résister aux ordres du Roi qui leur recommanderait l'exécution. Toute entreprise de cette nature serait de leur part une forfaiture* »⁴⁶³. Autrement dit, aucune liberté n'est laissée au département dans les matières qui lui sont confiées. Les affaires particulières se réfèrent donc à l'exercice des fonctions et cet exercice doit respecter le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs⁴⁶⁴, ce qui implique l'absence d'initiative en matière locale.

Enfin, il convient de voir l'influence du rôle d'une constitution dans la mise en place de la nouvelle organisation administrative et, par voie de conséquence, de l'absence de clause de compétence générale départementale. L'instruction du décret du 22 décembre 1789 prend soin de rappeler que l'établissement des corps administratifs est l'un des deux objets de la Constitution. Elle ajoute que « *L'attention de tous les citoyens doit se porter en cet instant sur*

⁴⁶¹ L'article 9 de la section III du décret du 22 décembre 1789 dispose que « *Il n'y aura aucun intermédiaire entre les administrations de département et le pouvoir exécutif suprême. Les commissaires départis, intendants et leurs subdélégués, cesseront toutes fonctions aussitôt que les administrations de département seront entrées en activité* ».

⁴⁶² L'article 10 de la section III du décret du 22 décembre 1789 dispose que « *Dans les provinces qui ont eu jusqu'à présent une administration commune, et qui sont divisées en plusieurs départements, chaque administration de département nommera deux commissaires qui se réuniront pour faire ensemble la liquidation des dettes contactées sous le régime précédent, pour établir la répartition de ces dettes entre les différentes parties de la province, et pour mettre à fin les anciennes affaires. Le compte en sera rendu à une assemblée formée de quatre autres commissaires nommés par chaque administration de département* ».

⁴⁶³ Instruction du décret du 22 décembre 1789, Archives parlementaires, Tome XI, p. 204

⁴⁶⁴ On peut souligner, et c'est tout à fait remarquable, que ce décret est antérieur à la première constitution française révolutionnaire. C'est dire l'importance des principes constitutionnels.

la formation très prochaine des administrations de département et de district. L'importance de leur bonne composition doit rallier, pour obtenir les meilleurs choix, les efforts du patriotisme qui veille pour la chose publique, et ceux de l'intérêt particulier qui se confond, s'identifie sur ce point avec l'intérêt général »⁴⁶⁵. On remarque que la formation de l'institution départementale ne permet pas de lui faire correspondre un intérêt propre puisque l'objectif constitutionnel est de réaliser l'intérêt général par le truchement des nouveaux corps administratifs. En outre, il n'est pas fait mention des communes pour atteindre cet objectif, ce qui semble cohérent avec la logique révolutionnaire retenue. On pourrait toutefois rétorquer que ce décret et l'instruction afférente demeurent des textes dotés d'une valeur historique certaine mais limités sur le plan du droit administratif et encore plus sur celui du droit constitutionnel. Or l'évolution du corpus juridique à travers deux siècles d'histoire administrative et constitutionnelle n'a pas fondamentalement modifié cette approche, qui permet de saisir au plus près la notion constitutionnelle, si elle est reconnue expressément, de clause de compétence générale. Il est donc utile d'analyser les textes de la période révolutionnaire, qui ont largement façonné le régime juridique du département.

Entre le décret du 22 décembre 1789 et le Consulat, on ne peut pas dire qu'il y ait de bouleversement majeur concernant la clause de compétence générale. Au contraire, cette période a davantage permis d'asseoir le département comme rouage essentiel de l'État au détriment des districts et des communes. La Constitution de l'An III est intéressante dans la construction de l'organisation administrative car elle introduit une structure dont le fonctionnement est proche du groupement de communes à savoir celle de la municipalité de canton, qui supprime à la fois les districts et les communes, qui deviennent des bureaux⁴⁶⁶. Les municipalités de cantons ajoutent donc aux attributions des communes celles confiées aux districts. Quant au département, la loi du 11 frimaire an VII⁴⁶⁷ confirme les attributions prévues par le décret de 1789, qui sont toutes de nature étatique. En effet, la liste des dépenses départementales n'a absolument aucun rapport avec la circonscription locale et confirme le département en tant que relais territoriale de l'action de l'État⁴⁶⁸. Dès lors, on peut conclure que

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Les articles 184 et suivants de la Constitution de l'An III constituent une administration locale très centralisée laissant peu de place aux libertés locales.

⁴⁶⁷ Loi qui détermine le mode administratif des recettes et dépenses départementales, municipales et communales, 11 frimaire An VII, Collection générale des lois et des actes du Corps Législatif et du Directoire Exécutif, Volume 13, p. 315 et s.

⁴⁶⁸ L'article 13 de la loi du 11 frimaire an VII dispose que « les dépenses du départements sont celles : 1° des tribunaux civils, criminels, correctionnels, et de commerce ; 2° des administrations centrales ; 3° des écoles centrales et des bibliothèques, muséum, cabinets de physique et d'histoire naturelle et jardins de botanique en dépendans, 4° de l'entretien et réparation des édifices publics servant à ces établissements et des prisons ; 5° des taxations et des remises des receveurs et ses préposés ; 6° Enfin des autres dépenses autorisées par les lois et

la volonté d'assurer l'unité de l'État, par le truchement des textes constitutionnels et législatifs de 1789 à 1799, inscrit le département en tant que rouage de l'État. Il en résulte que la clause de compétence générale est étrangère à la genèse du département et qu'on ne retrouve aucun élément permettant de faire un rapprochement dans ce sens. Au fur et à mesure que l'État français va asseoir son fonctionnement, il sera accordé au département une plus grande liberté de gestion administrative sans pour autant atteindre le contenu même de la clause de compétence générale. Cette extension législative ne sera réalisée qu'en 1982 pour les départements et les régions.

2) De l'extension législative de la liberté de gestion administrative à l'extension formelle de la clause de compétence générale aux autres collectivités territoriales

L'extension formelle de la clause de compétence générale au département et à la région est l'aboutissement de modifications successives tant constitutionnelles qu'administratives. Elle suit une longue série de réformes législatives accordant au département une plus large gestion dans les matières confiées. Cependant, elle est à la fois une mesure de décentralisation et une mesure de déconcentration. Cette dualité se retrouve fréquemment dans l'évolution des textes y compris pour la retranscription de la clause pour les autres collectivités territoriales.

La première étape est réalisée par la loi du 28 pluviôse An VIII. Bien que le département devienne la circonscription d'action de l'autorité préfectorale, il apporte une première évolution, certes légère, du rôle du Conseil général. Pour rappel, la dimension élective des corps administratifs va être réduite au profit d'autorités nommées, dont le préfet est l'archétype le plus connu. Cependant, cette loi n'a pas véritablement constitué une rupture avec l'approche de la clause de compétence générale dans la mesure où les articles 3 et 5 (dernier alinéa) attribuent au Préfet la charge de l'administration et au Conseil général des missions similaires à celles du décret du 22 décembre 1789 (répartition des impôts locaux principalement) ainsi que celle d'exprimer « *son opinion sur l'état et les besoins du département, et [de l'adresser] au ministre de l'intérieur* ». Il faut entendre ici l'état et les besoins du département comme ceux d'une circonscription et non pas comme ceux d'une entité juridique propre. Ceci procède de l'application de deux principes constitutionnels déjà évoqués : le principe de séparation des pouvoirs et le principe de l'unité de l'État. Le premier se traduit par le fait que l'administration soit définie comme un organe d'exécution et d'action. On sépare toutefois le rôle de consultation et de délibération, qui appartient naturellement à des organes collégiaux et celui relevant de

nécessaires à l'administration du département », Collections des lois et des actes du corps législatif, an VII, volume 13, p. 319 et s.

l'action, qui appartient alors, comme le veut la tradition napoléonienne, à un seul homme. Cette structuration est aussi de nature à renforcer le Chef de l'État, qu'il soit Empereur ou Roi comme chef de l'administration. C'est la raison pour laquelle les lois de 1831 et de 1838 vont reprendre l'architecture de l'administration napoléonienne. On comprend dès lors le rôle consultatif du Conseil général et les faibles attributions décisionnelles dont il était pourvu.

L'unité de l'État, principe constitutionnel résultant du principe d'indivisibilité de la République, influence également l'organisation administrative en considérant que l'intérêt local est totalement subordonné à l'intérêt national. Il revient au Préfet d'approuver les actes des Conseils municipaux et ceux des Conseils généraux. Cependant, l'intérêt spécifique du département ne se détache pas nettement de celui de l'intérêt national. Ainsi, le département était assimilé à une circonscription puisqu'il n'était ni doté de la personnalité morale⁴⁶⁹ ni d'un patrimoine propre⁴⁷⁰. Ce dernier point fera l'objet de vives discussions sous l'Empire⁴⁷¹ et la Restauration et se trouvera réglé par la loi sur les attributions départementales de 1838.

La deuxième étape est donc la consécration d'un patrimoine propre au département séparé de celui de l'État. Le transfert de biens affectés aux services publics aux départements est réalisé en 1811⁴⁷². Il sera suivi d'autres transferts patrimoniaux comme celui de la voirie départementale et certaines lois de finances viendront compléter les biens gérés par le département⁴⁷³. Ces dispositions éparses seront finalement reprises par la loi sur les attributions départementales en 1838 par l'intermédiaire de l'article 30, qui précise que « *Les délibérations prises par le conseil général relatives aux propriétés départementales, sont soumises à l'approbation du ministre compétent. En cas d'urgence, le préfet pourvoit provisoirement à la gestion* ». Ce texte a été l'objet d'un compromis sur la nécessaire reconnaissance de la personnalité civile du département et la détermination de l'organe gestionnaire des propriétés départementales. Il est aussi la conséquence constitutionnelle de la préservation de l'unité de l'administration et de la centralisation toujours très prégnante sous la Restauration.

La troisième étape détermine les relations entre les nouveaux organes élus départementaux et le préfet. La loi de 1838, à l'image de celle sur les attributions municipales, élabore une nomenclature des actes émanant des conseils locaux à laquelle est adossé un régime

⁴⁶⁹ Cette notion n'était pas apparue à cette époque et ne permet pas de comprendre *a posteriori* l'évolution historique du droit des collectivités territoriales.

⁴⁷⁰ Décret du 9 avril 1811 portant concession gratuite aux départemens, arrondissemens et communes, de la pleine propriété des édifices et bâtimens nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours et tribunaux, et de l'instruction publique, in *Bulletin annoté des lois, décrets et ordonnances depuis juin 1789 à août 1830*, Tome 12, librairie Paul Dupont, 1857, pp. 226-227

⁴⁷¹ Cf. lois des 28 messidor an IV et 11 frimaire an VII

⁴⁷² L'article 1^{er} du décret du 11 avril 1811 dispose que « *Nous concédons gratuitement aux départemens, arrondissemens ou communes la pleine propriété des édifices et bâtimens nationaux actuellement occupés pour le service de l'administration, des cours ou tribunaux, et de l'instruction publique* »

⁴⁷³ Cf. Lois de finances du 23 juillet 1820, 31 juillet 1821 et 17 août 1822.

de contrôle de l'Exécutif lié à la nature de la délibération prise. Premièrement, le degré le plus élevé est la possibilité de régler ou de voter des affaires précises. C'est le cas pour la commune en ce qui concerne les biens communaux. Il est remarquable que l'article 4 de la commission des lois relatif aux attributions départementales amendait le texte du gouvernement en prévoyant que « *Le conseil général règle le mode de gestion des propriétés départementales productives de revenu* ». C'est une reprise exacte de l'article relatif aux biens communaux. Lors du débat devant la chambre des députés, il a été décidé de supprimer cet article et d'introduire l'article 30 précité résultant d'un compromis révélateur de la nature particulière du département. Deux raisons ont concouru à cette suppression : d'une part, il a prévalu l'idée selon laquelle il existe une différence de nature entre la propriété communale et la propriété départementale ce qui a conduit à deux régimes juridiques différents. En effet, il est considéré que la propriété départementale provient des transferts de propriétés nationales liés à des services publics alors que les propriétés communales n'émanent que des communautés locales. Cependant, l'attribution de la personnalité juridique au département lui octroie des droits inhérents à tout propriétaire d'un bien. En ajoutant que le conseil général soit ce propriétaire, représentant élu au suffrage censitaire, on en déduit que les propriétés nationales confiées au département sont à nouveau divisées, ce qui contrevient au principe constitutionnel d'unité de l'État. Ainsi et en pratique, le préfet, garant de cette unité, se retrouverait identifié à un régisseur du conseil général, ce qui créerait une contradiction de principes dans le rôle du préfet. Le ministre de l'Intérieur, C. de MONTALIVET, l'avait mis en évidence en relevant l'objection suivante : « *mais ne pourrait-on pas craindre qu'une fois que l'on aura donné au préfet des attributions qui proviennent uniquement du conseil général, on vienne nous dire aussi : « Le préfet est comme le maire, il est plus ou moins préposé aux actes de l'administration il a à exécuter les votes du conseil général, et il faut qu'il y procède d'une manière ou d'une autre »* »⁴⁷⁴. En écartant la possibilité de régler les propriétés départementales, le conseil général dispose toutefois d'un pouvoir décisionnaire direct en tant que délégué du pouvoir législatif. En effet, les exercices de répartir les impôts locaux, de statuer et de se prononcer définitivement sur les demandes de réduction en impôt et, enfin, de voter des centimes prévus par les lois en matière d'impôts⁴⁷⁵ n'imposent aucune intervention du préfet, représentant de l'exécutif sur le plan territorial dans la mesure où le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs ne permet pas expressément l'immixtion du pouvoir exécutif dans cette compétence exclusivement

⁴⁷⁴ Séance du 2 mars 1838, Chambre des députés, Archives parlementaires, Tome CXVI, p. 306

⁴⁷⁵ Articles 1^{er}, 2 et 3 de la loi de 1838

législative⁴⁷⁶. On peut aussi noter que les actes du conseil général pris en vertu de cette délégation du pouvoir législatif sont énumérés de façon limitative et exhaustive.

Deuxièmement, le conseil général peut délibérer dans un certain nombre de domaines défini par l'article 4 de la loi du 10 mai 1838. Le régime juridique de ces actes, défini à l'article 5, est caractérisé par la subordination du conseil général au pouvoir exécutif (Roi, ministre ou préfet selon la nature de l'acte). La valeur juridique de la délibération dépend uniquement de l'approbation de l'autorité exécutive compétente. Bien que la liste des actes comprenne tous les objets prévus par les lois et les règlements, on remarque que la subordination juridique du conseil général dans ces matières est liée exclusivement au fait que ces pouvoirs sont délégués par l'État à ces autorités locales élues. Ces dernières n'ont donc aucun pouvoir d'initiative dans les 16 compétences mentionnées et elles ne peuvent intervenir en dehors de ces matières.

Dernier type d'attribution, le conseil général peut donner son avis sur différents objets et peut être consulté par l'Administration. Par ailleurs, il peut adresser ses réclamations sur l'intérêt spécial du département et émettre son opinion sur tous les services publics du département. Ces dispositions correspondent à la fonction de conseil du gouvernement et les actes évoqués n'ont aucune portée juridique réelle au regard de l'exercice des compétences du département. Alors que l'article 7 élargit considérablement les objets sur lesquels l'assemblée départementale peut donner son avis, il n'en demeure pas moins que l'on est très éloigné de la définition contemporaine de la clause de compétence générale. Non seulement ce triptyque des actes départementaux est l'application constitutionnelle directe de l'article 69 de la charte de 1830⁴⁷⁷ mais il est également façonné par les principes constitutionnels de séparation des pouvoirs et d'unité de l'État malgré la reconnaissance *de facto* de la personnalité juridique « amoindrie » du département⁴⁷⁸. On ne peut que constater la différence de nature du département et de la commune quant à la clause de compétence générale sous la Restauration. Cette différence s'atténuera progressivement dans le temps et le premier infléchissement interviendra, contre toute attente, non pas sous l'éphémère II^{ème} République mais à la fin du Second Empire⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Il paraît utile de rappeler que la charte constitutionnelle de 1814 accordait une place importante au Roi dans l'élaboration des lois (monopole des propositions de loi) malgré un régime spécifique sur la loi sur l'impôt (la proposition devait obligatoirement être transmise à la Chambre des Députés). La Charte constitutionnelle de 1830 réduit le pouvoir du Roi dans l'élaboration de la loi (initiative partagée) et son article 40 prend alors toute son importance puisqu'il dispose qu'« *aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le Roi* ».

⁴⁷⁷ Cet article, reprenant un ensemble de dispositions particulières, précise notamment que « *La Chambre des députés déclare troisièmement qu'il est nécessaire de pourvoir successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : (...) 7° des institutions départementales et municipales fondées sur un système électif* »

⁴⁷⁸ Ainsi le Ministre C. de MONTALIVET estimait que « *les propriétés départementales sont des propriétés essentiellement transitoires et accidentelles* », séance du 2 mars 1838, Archives parlementaires, Tome CXVI, p. 312

⁴⁷⁹ Le décret du 25 mars 1852 avait déjà tracé les premiers pas de la déconcentration.

La quatrième étape est donc réalisée par la loi du 18 juillet 1866 en faisant, non seulement basculer la gestion des propriétés départementales dans le régime le plus décentralisé, c'est-à-dire la délibération décisionnelle mais aussi en modifiant le régime juridique du caractère exécutoire des actes. Ainsi, l'article 1^{er} de la loi précitée dispose que « *les conseils généraux statuent définitivement sur les affaires, ci-après, désignées, savoir : [suit une liste de 16 objets]* »⁴⁸⁰. La rédaction de cet article est différente de celle usitée dans la loi de 1838 dans la mesure où elle se calque sur celle retenue dans le décret du 25 mars 1852⁴⁸¹. Or le pouvoir décisionnel du préfet est réel dans les domaines confiés. On peut alors s'interroger sur le fait de savoir s'il existe une différence entre « *régler une affaire* », expression propre à la clause de compétence générale, et « *statuer définitivement sur une affaire* ». *A priori*, il ne semble pas que l'on puisse les distinguer. Néanmoins, le fait de statuer définitivement a pour objectif de ne pas centraliser les affaires au niveau hiérarchique le plus élevé. Ceci résulte de la Constitution à savoir que la séparation des pouvoirs attribue des fonctions à des pouvoirs différents induisant des contrôles différenciés sur les actes du Conseil général. Statuer provient de la délégation accordée au seul Conseil général sur des matières déléguées soit par le gouvernement soit par le pouvoir législatif. Il peut alors être soumis à l'approbation de la Chambre ou du Pouvoir exécutif. Régler provient, quant à lui, du lien juridique qui unit la structure porteuse et la nature du bien concerné : on considère qu'aucun autre organe ne peut intervenir dans la gestion du bien. On peut donc en conclure que régler a une portée juridique supérieure à statuer définitivement et laisse une initiative supérieure à la structure propriétaire dudit bien. Il reste que le Conseil général verra à nouveau accroître ses compétences et sa liberté de gestion dans les matières d'intérêt départemental.

La cinquième étape réside dans l'évolution des régimes juridiques des affaires relevant du pouvoir de statuer définitivement et de celui de délibérer. D'une part et sous l'influence des mouvements décentralisateurs, il y a eu la volonté de laisser une plus grande autonomie au conseil général vis-à-vis du préfet tout en recherchant une plus grande efficacité aux décisions prises par l'assemblée départementale. Le Constituant de 1871 va insérer une innovation dans le régime des affaires sur lesquelles le conseil général délibère en permettant de rendre exécutoire sous un délai plus court les délibérations concernées⁴⁸². En parallèle, les actes sur

⁴⁸⁰ Loi du 18 juillet 1866, Recueil Duvergier, p. 326

⁴⁸¹ L'article 1^{er} dudit décret indique que « *Les Préfets continueront de soumettre à la décision du ministre de l'intérieur les affaires départementales et communales qui affectent directement l'intérêt général de l'État, telles que l'approbation des budgets départementaux, les impositions extraordinaires et les délimitations territoriales ; mais ils statueront désormais sur toutes les autres affaires départementales et communales, qui, jusqu'à ce jour, exigeaient la décision du chef de l'État ou du ministre de l'intérieur, et dont la nomenclature est fixée par le tableau A ci-annexé* », Recueil Duvergier, 1852, p. 253

⁴⁸² Le délai passe de deux mois à vingt jours si le préfet n'en a pas demandé l'annulation. Pour rappel, l'article 47 disposait dans son premier alinéa que « *Les délibérations par lesquelles les Conseils généraux statuent définitivement sont exécutoires si, dans le délai de vingt jours, à partir de la clôture de la session, le préfet n'en*

lesquels le Conseil général statue définitivement vont s'élargir en faisant basculer plusieurs objets sur lesquels il délibérait auparavant dans ce nouveau régime⁴⁸³. Il est toutefois intéressant de noter que les actes portant sur les objets d'intérêt départemental relève du régime des délibérations pouvant être suspendues par décret motivé⁴⁸⁴ et non plus de celui des avis. Autrement dit, la législation de 1871 ne reconnaissait nullement une capacité d'action départementale sur les objets d'intérêt local équivalente à celui de la commune.

La sixième étape est dans le prolongement de la précédente puisqu'elle va faire disparaître le régime juridique des délibérations pouvant être suspendues par décret motivé en intégrant les matières concernées par ce régime à l'article 46 de la loi du 10 août 1871. C'est à partir du décret du 5 novembre 1926 que l'on se rapproche de la clause de compétence générale car l'énumération prévue à l'article 46 n'est plus limitative en ajoutant le 5° de l'article 49, ce qui se traduit littéralement et très maladroitement, par « *le Conseil général statue définitivement sur les objets ci-après désignés savoir : (...) sur tous les autres objets sur lesquels il est appelé à délibérer par les lois et règlements et généralement sur tous les objets d'intérêt département dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres* ». En d'autres termes, cette modification introduit bien l'intérêt départemental dans les affaires sur lequel le Conseil général statue définitivement mais elle ne permet pas d'en déduire une capacité d'action en dehors des textes.

La dernière étape est la transcription dans les mêmes termes de l'article 61 pour le conseil régional et général. Si ce « copier-coller » n'a pas suscité de question, *a priori*, pour le département en 1982, il n'en va pas de même pour la région. Lorsqu'il a été débattu l'amendement du député M. DEBRE relatif à la future collectivité régionale lui attribuant des compétences spécialisées et déterminées par la loi, il lui a été répondu que sa compétence était spécialisée malgré la reprise *in extenso* du texte de 1884. Ainsi, le ministre G. DEFFERRE conclut la discussion sur cet amendement en soulignant que « *comme le rapporteur vient de le démontrer ; elle [la région] a bien une compétence spécialisée qui n'est ni celle de l'État, ni celle du département, ni celle de la commune* »⁴⁸⁵. A travers ces propos, il ressort également que la clause de compétence générale peut recevoir différentes interprétations selon qu'elle soit étatique, communale, départementale ou régionale. En ce qui concerne celle du département, on aurait pu croire qu'elle pouvait être dans le prolongement de l'accroissement progressif de la liberté de gestion administrative des collectivités territoriales. Il n'en a rien été depuis les revirements successifs du législateur pendant la période 2010-2015 sur l'attribution ou le retrait

a pas demandé l'annulation pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique ».

⁴⁸³ L'article 48 de la loi du 10 août 1871 réduit les objets sur lesquels le Conseil général délibère à 5 au lieu de 8.

⁴⁸⁴ Article 49 de la loi du 10 août 1871

⁴⁸⁵ AN, Séance du 9 septembre 1981, *JORF AN du 10 septembre 1981*, p. 839

de cette clause de compétence générale. La double confirmation jurisprudentielle des décisions du Conseil constitutionnel de 2010 et 2016⁴⁸⁶ de l'absence de clause de compétence générale liée au statut de collectivité territoriale met donc un terme non seulement à l'apparente extension constante des libertés locales constatées depuis la III^{ème} République mais également à l'unité des garanties des droits accordées à la catégorie des collectivités territoriales. Par ricochet, l'effacement du critère de la clause de compétence générale, caractéristique intrinsèque de la collectivité territoriale, interroge d'autant plus le groupement de collectivités territoriales que ce dernier se rapproche dans son fonctionnement desdites collectivités, ce que l'on va maintenant étudier.

§2. La clause de compétence générale face aux groupements : un critère juridique au milieu du gué

La clause de compétence générale a subi une évolution contrastée depuis une dizaine d'années : elle est passée du statut doctrinal du critère propre de toute collectivité territoriale à celui d'un critère juridique non reconnu aux départements et aux régions. Par voie de conséquence, le rapprochement de la collectivité territoriale à vocation spécialisée et le groupement de collectivités territoriales aux multiples compétences efface progressivement ce critère de distinction (A). Cependant, la clause de compétence générale de la commune n'est pas supprimée et elle garde toute sa pertinence juridique face au groupement intercommunal à fiscalité propre (B).

A. Le rapprochement juridique de la vocation spécialisée du département et de la région du principe de spécialité des groupements

La fin de la clause de compétence générale des départements et des régions entraîne, *a priori*, un rapprochement de la notion de collectivité territoriale de celle d'établissement public. Comme l'écrit B. FAURE, « *Après la loi NOTRe du 7 août 2015, la définition de la collectivité territoriale n'a plus rien de rigoureux. Alors que l'établissement public s'était rapproché de la collectivité territoriale vers l'établissement public territorial dans les années 1960, c'est désormais la collectivité territoriale qui se rapproche de l'établissement public par l'effacement de la compétence générale des départements et des régions* »⁴⁸⁷. Ce double constat s'applique

⁴⁸⁶ Décisions 2010-618 DC du 9 décembre 2010 et 2016-565 QPC du 16 septembre 2016

⁴⁸⁷ B. FAURE, « La clause générale de compétence et le chercheur », *AJDA*, 2015, p.1825

d'autant plus au groupement de collectivités territoriales qu'il est à l'origine des premières interrogations sur la notion de collectivité territoriale et d'accentuation de la crise de celle d'établissement public.

Si l'on se place tout d'abord sur le terrain administratif, le régime juridique du groupement de collectivités territoriales l'emporte sur la qualification même du groupement. Autrement dit, l'analyse porte souvent moins sur la nature de l'objet mais plutôt sur ses modalités d'exercice. Ces dernières permettent, en tout état de cause, de comprendre l'évolution de la structure étudiée puisque son fonctionnement est impacté par l'évolution de la législation en vigueur. C'est d'ailleurs par ce prisme qu'est abordé, en toute légitimité, une notion telle que celle de clause de compétence générale. Bien que certains auteurs la remettent en cause⁴⁸⁸, nous estimons préférable de suivre le professeur M. VERPEAUX lorsqu'il conclut que « *cette notion, discutée en doctrine, fait son entrée dans le droit législatif positif, ce qui montre que les interrogations d'apparence purement théorique révèlent des questions de la première importance pour l'organisation territoriale* »⁴⁸⁹. Quelles sont donc ces questions fondamentales soulevées par la notion de clause de compétence générale ? Elles sont de deux ordres : c'est à la fois une question institutionnelle et une interrogation fonctionnelle. Elles ont pour point commun de s'inscrire dans le champ constitutionnel dans la mesure où notre norme fondamentale pose les principes de l'organisation administrative et politique.

La question institutionnelle peut se résumer dans le fait de savoir si la clause de compétence générale est un marqueur juridique suffisant de la notion de collectivité territoriale. Une consécration de la clause de compétence générale, comme composante de la libre administration des collectivités territoriales, n'aurait-elle pas assurée à la collectivité territoriale une garantie institutionnelle et constitutionnelle protectrice de ses droits ? En raison de l'évolution contradictoire de la législation sur la clause de compétence générale et d'une première jurisprudence constitutionnelle peu lisible, l'hypothèse que cette notion soit un élément fondamental de celle de collectivité territoriale laissait entrevoir une confirmation ultérieure de ce lien entre la collectivité territoriale et cette capacité d'initiative générale. Après tout, l'histoire administrative, comme nous l'avons analysé, montre une extension progressive de la liberté d'action accordée aux communes, départements et régions. L'acquisition du rang constitutionnel des régions en 2003 et l'uniformité de leur régime juridique quant à la clause de compétence générale accroissaient aussi la probabilité de voir une consécration au plus haut niveau de cette notion. De plus, l'inscription de l'organisation décentralisée dans l'article 1^{er} de

⁴⁸⁸ G. LE CHATELIER, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 2009, p.186

⁴⁸⁹ M. VERPEAUX, « Pavane pour une notion défunte : la clause générale de compétence », *RFDA*, n°3, 2014, pp. 457-666

la Constitution trouvait sans doute une transcription juridique forte dans la reconnaissance constitutionnelle à toutes les catégories de collectivités territoriales de la clause de compétence générale. Enfin et ce n'est pas le moindre des arguments, la définition doctrinale de la collectivité, entrée dans le droit positif législatif, aurait été assise de façon claire et précise. Ainsi, l'alignement de la définition doctrinale de la collectivité, de l'histoire administrative et de la décentralisation constitutionnelle conduisait naturellement à regarder la clause de compétence générale comme un critère stable et rassurant dans un contexte juridique très mouvant. En témoigne par exemple les derniers titres d'articles très interrogatifs sur ce sujet⁴⁹⁰.

Ayant rendu une décision tout simplement contraire à cette possibilité, le juge constitutionnel a mis définitivement un terme à un critère juridique de distinction entre la collectivité et l'établissement public territorial. Dans sa décision 2016-565 QPC du 16 septembre 2016, il affirme que *« le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution n'implique pas, par lui-même, que les collectivités territoriales doivent pouvoir intervenir dans les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi »*. Par conséquent, aucun fondement constitutionnel n'est accordé à la clause de compétence générale. On peut comprendre la réaction de la doctrine qui voit s'effondrer un marqueur fort de la collectivité territoriale dans un paysage institutionnel local baroque en raison de l'empilement de textes de plus en plus complexes et peu lisibles⁴⁹¹. Il semble pourtant que l'histoire de la législation en la matière laissait entrevoir cette issue. En effet, on peut estimer qu'une confusion se soit opérée entre l'évolution du contrôle de légalité et celle des compétences des structures territoriales. Si la première a tendu à un allègement progressif de la tutelle étatique au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, la seconde ne présente absolument pas cette tendance. Ce n'est pas tellement étonnant car elle s'inscrit, par définition, dans une problématique fonctionnelle, qui est largement influencée par les évolutions de la société, qui est, par nature, changeante.

Définir les missions de chaque organisme constitutionnel est un exercice particulièrement difficile et une source de controverse importante : dire qu'une structure est le mieux à même de remplir telle ou telle tâche est souvent lié à l'histoire institutionnelle de chaque État et à la forme qu'il revêt. Au sein d'un État unitaire comme la France, la répartition des compétences se fait de l'État vers les collectivités territoriales puisque la totalité du pouvoir lui

⁴⁹⁰ On peut citer, entre autres, M. VERPEAUX, « Suppression de la clause de compétence générale du département : la fin du Vendée globe ? », *JCP G*, 2016, pp. 1971-1975 ou encore J. M. PONTIER « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », *JCP A*, 2014, pp. 27-33

⁴⁹¹ Dans ce sens, la phrase d'introduction de B. FAURE est particulièrement emblématique : *« Nous avons enseigné à nos étudiants qu'une personne publique qui dispose d'une compétence de principe pour prendre en charge les intérêts généraux de ses administrés justifie le nom de collectivité territoriale »* in B. FAURE, « La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ? », *AJDA*, 2016, p. 2439

appartient initialement. En revanche, il n'est pas toujours déterminé celui qui est titulaire de la fonction de fixer la répartition des compétences. A partir du moment où la norme fondamentale reconnaît des collectivités infra-étatiques, elle doit définir ce titulaire. Dans ce sens, cette question fonctionnelle devient une problématique constitutionnelle. Ainsi, les constitutions de la IV^{ème} et de la V^{ème} Républiques ont confié, en suivant une tradition longuement établie, au pouvoir législatif la fonction de répartir les compétences. L'article 86 de la IV^{ème} République disposait, par exemple, que « *Le cadre, l'étendue, le regroupement éventuel et l'organisation des communes et départements, territoires d'outre-mer, sont fixés par la loi* » et l'article 34 C actuel attribue cette mission à la loi.

En tant que titulaire constitutionnel, le législateur de la V^{ème} République est intervenu à plusieurs reprises pour fixer les principes fondamentaux des compétences des collectivités territoriales. Il ressort que les réformes principales coïncident avec les trois actes de la décentralisation : la loi sur la répartition des compétences en 1982-1983 puis une deuxième en 2003-2004 et, enfin, une série de textes en 2010-2015⁴⁹². A travers ces trois périodes, il est utile d'analyser la manière dont a été abordée ou non la clause de compétence générale.

En ce qui concerne l'acte I de la décentralisation, les débats sur la répartition des compétences n'ont pas tellement porté sur cette clause dans la mesure où l'objectif était de transférer des compétences étatiques aux collectivités territoriales. Sur le plan constitutionnel, il s'agissait d'appliquer l'article 34 C en leur accordant non seulement des compétences supplémentaires et les moyens idoines mais également de répartir les attributions transférées aux trois strates de collectivités territoriales selon le principe des blocs de compétences. Ainsi l'article 3 de la loi 83-8 illustre ce double objectif en indiquant que « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence. Ils concourent avec l'État à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique, ainsi qu'à la protection de l'environnement et à l'amélioration du cadre de vie. Les communes, les départements et les régions constituent le cadre institutionnel de la participation des citoyens à la vie locale et garantissent l'expression de sa diversité* »⁴⁹³. On remarque que l'alinéa premier est très proche du libellé de la clause de compétence générale mais il en diffère fondamentalement sur un point mis en exergue par les débats parlementaires : il ne contient aucune référence aux objets d'intérêt local. Lorsque le projet de loi a été déposé devant le Sénat, ce premier alinéa reprenait

⁴⁹² On inclut ici la loi sur la réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010, qui a largement marqué les textes adoptés sous la présidence de F. HOLLANDE.

⁴⁹³ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, *JORF* du 9 janvier 1983, p. 215

explicitement le libellé complet de la clause de compétence générale⁴⁹⁴. Les sénateurs ont préféré remplacer les termes « *d'intérêt local* » par ceux « *de leurs compétence* ». C'est moins l'aspect sémantique que les arguments développés qui nous intéressent dans cet article codifié à l'article L. 1111-2 du CGCT⁴⁹⁵. Trois éléments ont été décisifs pour maintenir la rédaction du Sénat. Le premier tenait dans l'imprécision de l'expression « *intérêt local* », qui ne permettait pas de savoir exactement ce qu'elle recouvrait. Le rapporteur du texte au Sénat, P. GIROD constatait, par exemple, « *à quel point la définition des affaires d'intérêt local est extraordinairement difficile ; elle l'est même à tel point que, depuis plusieurs années, on a pratiquement renoncé à la définir clairement. (...) Quand on entre dans le détail, on s'aperçoit que c'est moins facile car l'efficacité ne commande pas toujours que soit respecté [la répartition selon laquelle sera du] ressort des communes les affaires de proximité immédiate, du département, celles de péréquation et de solidarité, de la région, celles de programmation* »⁴⁹⁶. Le deuxième argument, qui semble aller à l'encontre du précédent, affirmait que l'intérêt local ne concernait qu'une seule catégorie de collectivité, à savoir les communes. En raison de l'analyse que l'on a effectuée de l'origine communale de la clause de compétence générale et de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle, les propos de P. GIROD, rapporteur du texte au Sénat, sont d'une parfaite actualité dans la mesure où il indiquait que « *nous allons avoir, à travers cette opération de décentralisation, qui a ses mérites, si elle est bien conduite, toute une série de pierres de touche sur la réalité du problème de fond qui se pose à nous depuis deux siècles : celui de savoir si les collectivités territoriales préexistent à l'État, existent en même temps que l'État ou ne sont qu'une subdivision, une annexe de l'État* ». Il poursuivait en répondant que « *sur le plan des principes républicains, c'est la dernière interprétation qui est la bonne ; mais sur le plan de la véritable autonomie, sur le plan des droits et des libertés des communes (...), il faudra que nous trouvions une démarche qui fasse qu'en définitive le pouvoir local soit couvert ou par une modification constitutionnelle, ou, au minimum, par une série de lois organiques qui donnent à cette entité nouvelle une solidité seule susceptible de permettre de parler en France, de véritable décentralisation définitive. Sinon, tout peut être remis en cause du jour au lendemain, tout peut être modifié par l'exercice du pouvoir réglementaire autonome de l'État* »⁴⁹⁷. Un dernier élément nous paraît encore plus marquant : il a trait à la volonté de bien répartir les compétences en ayant comme but d'éviter tout chevauchement de compétence. Lorsque le gouvernement a proposé de nouveau de

⁴⁹⁴ Pour mémoire, le texte était le suivant : « *Les communes, les départements et les régions règlent par leurs délibérations les affaires d'intérêt local* ».

⁴⁹⁵ On rappelle que l'article L. 1111-2 du CGCT bénéficie d'une grande stabilité puisqu'il n'a été modifié que pour l'alinéa 2 qui explicite les différentes compétences partagées.

⁴⁹⁶ P. GIROD, Sénat, Débats, Séance du 21 octobre 1982, *JORF Sénat* du 22 octobre 1982, p. 4715

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 4718

substituer « l'intérêt local » à « de leurs compétences », le député S. CHARLES rappelait que « J'ai évoqué hier soir au cours de la discussion générale, les risques d'enchevêtrement et de superposition. Il importe de déterminer avec précision les compétences de chacune des collectivités. Avec la notion d'intérêt local, l'une des collectivités territoriales sera toujours fondée à considérer qu'il lui appartient de régler tel ou tel problème »⁴⁹⁸. Ce sont les raisons pour lesquelles le Ministre d'État G. DEFFERRE a retiré son amendement pour retenir la formulation du Sénat. Ainsi, le principe fondamental posé par le Législateur de répartir les compétences dans une logique de blocs est venu réduire le contenu même de la clause de compétence générale.

La deuxième phase de la décentralisation présente en apparence un intérêt moindre par rapport à la clause de compétence générale puisqu'elle ne sera pas évoquée en tant que telle. En revanche, il est introduit au niveau constitutionnel un principe voisin, celui de subsidiarité, qui va dorénavant constituer le procédé phare de dévolution des compétences au sein de l'État français. Or, les rapports juridiques entre ces deux principes sont simultanément complémentaires et antinomiques. Ils sont complémentaires, d'une part, par le fait qu'ils font l'un et l'autre référence à la capacité d'action locale. La clause habilite ainsi le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiétement sur les attributions confiées au maire⁴⁹⁹. Le second pose comme principe l'intervention de l'échelon supérieur dans une compétence donnée s'il avère plus pertinent que l'échelon local⁵⁰⁰. En d'autres termes, ces deux principes réaffirment la compétence générale de l'échelon local et de son existence sous réserve d'une répartition des compétences déjà effective. Cette complémentarité explique, en partie, l'absence de débat sur la clause de compétence générale en 2003 et 2004.

D'autre part, l'antinomie réside, selon nous, dans le spectre d'action de l'entité supérieure à savoir l'État. En effet, l'État, sous sa forme unitaire, a une capacité d'intervention totale et la commune, une compétence générale résiduelle en application de la clause de compétence

⁴⁹⁸ S. CHARLES, AN, Débats, Séance du 30 novembre 1982, *JORF AN* du 1^{er} décembre 1982, p. 7757

⁴⁹⁹ CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Baroeul*. Pour mémoire, l'arrêt dispose que « Considérant que selon l'article L. 121-26 du code des communes en vigueur à la date de la délibération contestée et qui reprend des dispositions dont l'origine remonte à l'article 61 de la loi du 5 avril 1884 : « Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » ; que ce texte, qui figure présentement à l'article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales, habilite le conseil municipal à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal, sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiétement sur les attributions conférées au maire ».

⁵⁰⁰ Issu du corpus juridique de l'Union européenne, le paragraphe 3 de l'article 5 du Traité de l'Union européenne traduit parfaitement ce principe en disposant que « En vertu du **principe de subsidiarité**, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

générale. En ce qui concerne la subsidiarité, l'État voit, au contraire, son action limitée au profit des échelons inférieurs dans les compétences déléguées. La réforme constitutionnelle et législative de 2003-2004 avait pour objectif de clarifier les compétences suite au premier acte de décentralisation. A cet égard, le député M. P. DAUBRESSE mettait en priorité cette clarification en appliquant le principe de subsidiarité dans son rapport relatif à la loi sur les responsabilités locales. Il précisait notamment que « *Clarifier, c'est avant tout en finir avec des modèles de démocratie de proximité dirigistes et rigides, qui complexifient l'organisation administrative, tout en rendant irresponsables les acteurs de terrain. Il faut, en parallèle, faire de l'application du principe de subsidiarité la clé de voûte de notre système politique et institutionnel. Le pouvoir émanant du citoyen, il doit être exercé dans chaque domaine au plus près possible de ce dernier et ne peut être confié à un échelon supérieur, que si celui-ci s'avère plus pertinent* ». De plus, cette loi a poursuivi et amplifié le transfert de compétences de l'État vers les collectivités territoriales, ce qui a accentué la place prise par le principe de subsidiarité. Cet accroissement des compétences locales a engendré la possibilité de chevauchement et de superposition d'intervention des collectivités territoriales dans un contexte de finances publiques de plus en plus tendu. Chaque rapport sur la réorganisation territoriale va faire un lien entre une nécessaire clarification de la répartition des compétences et le maintien de la clause de compétence générale, critère de distinction de la collectivité territoriale⁵⁰¹. Ainsi, le Comité BALLADUR⁵⁰² va proposer de la supprimer pour atteindre l'objectif d'une rationalisation de l'exercice des compétences locales. Ce sera le point de départ du troisième acte de la décentralisation.

Si l'acte II de la décentralisation, réforme constitutionnelle majeure, n'a pas eu d'impact juridique direct sur la clause de compétence générale, comme on vient de le voir, il n'en va pas de même pour la troisième phase de la décentralisation, qui concerne trois textes législatifs adoptés sous la XIV^{ème} Législature. A titre préliminaire, on peut y inclure sans difficulté la réforme des collectivités territoriales adoptée en 2010, qui a largement influencé cette série de textes. D'ailleurs, la première décision du juge constitutionnel sur la clause de compétence générale est issue de ce texte et confirmait son absence de fondement constitutionnel. Bien que le rétablissement de la clause de compétence générale des départements et des régions ait été réalisé avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi de 2010, elle demeurerait toutefois largement fragilisée sur le plan constitutionnel. Les soubresauts législatifs n'ont pas changé la

⁵⁰¹ Le rapport WARSMANN sera le premier à remettre en cause sur le plan juridique la clause de compétence générale sur la base de la révision constitutionnelle de 2003. Il sera suivi du rapport KRATTINGER de 2008-2009, qui l'envisageait sans pour autant le proposer.

⁵⁰² Comité pour la réforme des collectivités locales, *Rapport au Président de la République- Il est temps de décider*, 2009, La Documentation française

donne et la voie d'une spécialisation de la catégorie des départements et des régions a rapproché la notion constitutionnelle de collectivité territoriale spécialisée de celle de l'établissement public et donc du groupement de collectivités territoriales. Ce constat de rapprochement juridique entre personnes publiques spécialisées, lié au retrait du critère de la clause à deux des trois catégories de collectivités territoriales, ne doit pas faire oublier le sort particulier réservé à la commune. Il est alors intéressant d'étudier si la clause de compétence générale de la commune demeure un critère utile pour comprendre le groupement intercommunal à fiscalité propre.

B. La clause de compétence générale de la commune face au groupement intercommunal à fiscalité propre

Le « séisme juridique » de la décision QPC du 16 septembre 2016 a des conséquences institutionnelles majeures et notamment celle de confirmer l'absence de caractère commun entre le département, la région et la commune. On en arrive alors à démultiplier les modèles de structures publiques à l'aide de différents critères dont celui de la clause de compétence générale. L'analyse de B. FAURE confirme cette tendance en notant qu'« *entre l'établissement public classique, l'établissement public territorial, la collectivité territoriale spécialisée et la collectivité territoriale générale, on voit moins des ruptures que des transitions au sein d'un vaste continuum* »⁵⁰³. Quelle est la place du groupement de collectivités territoriales dans ce nouveau paysage ? S'inscrit-il dans l'une de ces catégories ou représente-t-il une nouvelle catégorie entre l'établissement public territorial et la collectivité territoriale spécialisée ajoutant ainsi une strate supplémentaire ? La distinction de deux types de collectivités territoriales permet-elle d'identifier par sa composition un type de groupements de collectivités territoriales de niveau constitutionnel ?

Afin de pouvoir répondre à ces interrogations, le critère de la clause de compétence générale va être un curseur permettant de classer le groupement de collectivités territoriales. On sait déjà que la distinction entre la collectivité territoriale spécialisée et la collectivité territoriale générale est assurée par l'attribution de la clause de compétence générale aux secondes. Si le département et la région sont clairement devenus des collectivités territoriales spécialisées depuis l'évolution de la législation confirmée en cela par les décisions du 9 décembre 2010 et du 16 septembre 2016, la question demeure pour la commune de savoir si elle appartient au

⁵⁰³ B. FAURE, « La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ? », *AJDA*, 2016, p. 2440

genre de la collectivité territoriale générale. Dans le cas où la commune ne bénéficierait pas de la clause de compétence générale alors il n'existerait aucune collectivité territoriale de ce type. En l'espèce, on sait qu'aucune jurisprudence ou aucune loi n'a aujourd'hui retiré la clause de compétence générale à la commune. En admettant l'hypothèse envisagée de sa suppression par le législateur⁵⁰⁴, la question de savoir si la clause de compétence générale de la commune peut être garantie constitutionnellement en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) mérite une analyse approfondie car elle impacte la notion de groupements de collectivités territoriales. En effet, un groupement composé uniquement de communes dotées de la clause de compétence générale devra être comparé et peut-être distingué constitutionnellement d'un groupement composé de collectivités territoriales non pourvues de cette clause.

Reconnaître s'il existe un PFRLR pour la clause de compétence générale des communes suppose de satisfaire quatre conditions. La première est de savoir si le principe plonge ses racines dans la législation antérieure à 1946. Il ne fait aucun doute que la charte municipale de 1884, de laquelle est issue la clause de compétence générale, remplit cette condition. A *contrario* et si la question ne se pose de difficulté majeure pour le département, il n'en va pas de même pour la région dont la création est postérieure à ces textes. Ce qui veut dire par conséquent que si le département s'était vu reconnaître un PFRLR pour la clause de compétence générale, dans la décision de 2016, il ne pouvait s'étendre *ipso facto* à la région en raison de cette condition d'antériorité. En d'autres termes, la notion constitutionnelle de collectivité territoriale pouvait déjà recouvrir les deux acceptions d'une structure à vocation générale ou spécialisée.

La deuxième condition implique que le principe soit l'œuvre du législateur républicain : l'article 61 de la loi de 1884, née au début de la III^{ème} République, la remplit naturellement. La question mérite d'être posée pour la législation de 1871 car il n'est pas sûr que cette loi puisse être considérée exclusivement comme appartenant au champ de la législation républicaine dans la mesure où la Constitution de 1875 est postérieure à l'adoption de loi sur les Conseils généraux. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas cette condition qui a fait obstacle à sa non-reconnaissance.

La troisième condition est celle du caractère fondamental du principe, à savoir si ce principe concerne les libertés et les droits essentiels et qu'ils ont reçu une application constante et générale. Le domaine des PFRLR, comme le relève A. ROBLOT-TROIZIER, a été défini par la décision du 17 mai 2013. Elle précise que « *cette règle [mariage pour tous] qui*

⁵⁰⁴ La Cour des Comptes propose dans un rapport de juin 2017 de supprimer la clause de compétence générale des communes. Elle indique notamment que « *Par ailleurs, le maintien de la clause de compétence générale des communes par la loi NOTRe, qui n'a supprimé que celle des départements et des régions, n'a pas permis d'aller au bout d'une rationalisation nécessaire des rôles respectifs des collectivités territoriales* », Cour des Comptes, *La situation et les perspectives des finances publiques*, 2017, 232 p., p. 172

*n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 »*⁵⁰⁵. En l'espèce, la clause de compétence générale de la commune fait-elle partie de l'un de ces domaines ? Son appartenance au champ de l'organisation des pouvoirs publics ne semble pas pouvoir être remis en question sauf à estimer que les collectivités territoriales ne représentent pas un pouvoir public, ce qui paraît toutefois difficile en raison de l'article 1^{er} de la Constitution, qui fait de l'État français une organisation décentralisée. En outre, elle intéresse les droits et libertés fondamentales des personnes morales de droit public, ce qui renforce l'appartenance de ce principe dans les domaines relevant des PFRLR.

Pour devenir un principe, il faut également que la disposition législative concernée soit constante et générale. Aucune modification n'a été apportée à la clause de compétence générale de la commune depuis sa création en 1884 : mieux elle a été étendue formellement aux autres collectivités territoriales en 1982. Dès lors, l'article 61 de la Charte municipale répond logiquement à la constance demandée donnant naissance à une tradition républicaine. En revanche et en référence à l'analyse historique effectuée dans la section précédente, nous avons vu qu'il en allait tout autrement de la clause de compétence générale du département.

La généralité de la disposition suscite, quant à elle, davantage d'interrogations. Lorsque cette clause a été dupliquée aux autres collectivités territoriales et que la reconnaissance constitutionnelle de la région eut lieu en 2003, on était en droit de penser que ce principe avait acquis une généralité pour toutes les collectivités territoriales. L'application de ce principe à un seul type de collectivité territoriale suffit-elle pour le qualifier de général ? La jurisprudence ne s'oppose pas à cette spécialisation en témoigne les exemples de PFRLR applicables spécifiquement aux professeurs d'université et aux autres enseignants-chercheurs, aux mineurs ou encore à l'Alsace-Moselle, partie du territoire national⁵⁰⁶. Par voie de conséquence, la non-reconnaissance constitutionnelle de la clause de compétence générale du département n'implique pas automatiquement celle de la commune et au vu de la jurisprudence citée, il apparaît même possible que la clause communale soit de nature constitutionnelle si elle répond à la dernière condition, à savoir le respect et la neutralité du texte constitutionnel.

Le rôle de la Constitution dans la reconnaissance des PFRLR tient dans le respect de deux éléments : le PFRLR ne doit pas entrer en contradiction avec la Constitution et que cette dernière soit muette sur le principe. Si la clause de compétence générale de la commune ne

⁵⁰⁵ A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, pp. 945-952

⁵⁰⁶ Cons. Const., décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984 ; Cons. Const., décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 et Cons. Const., décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011.

semble pas entrer en conflit direct avec une norme constitutionnelle, la décision du 16 septembre 2016 confirme le silence des textes sur ce principe. En effet, le Conseil affirme, sans ambiguïté, l'absence de lien entre le principe de libre administration des collectivités territoriales et la clause de compétence générale en précisant que « *le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution n'implique pas, par lui-même, que les collectivités territoriales doivent pouvoir intervenir dans les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi* ». Ainsi, la clause de compétence générale de la commune, n'ayant pas de lien direct avec les dispositions constitutionnelles en vigueur, répond à cette quatrième condition pour devenir un PFRLR.

En définitive, on peut déduire de cette analyse, et c'est une simple conclusion doctrinale, que la clause de compétence générale de la commune pourrait être reconnue en tant que PFRLR par le Conseil constitutionnel. Le critère de la clause de compétence générale pourrait donc être maintenu pour caractériser les collectivités territoriales à vocation générale.

En prenant ce dernier cas de figure d'existence des deux types de collectivités territoriales, est-ce que cette dualité rend-elle mieux compte ou, à l'opposé, plus opaque la compréhension du groupement ? Le groupement de collectivités territoriales, s'il est identifié aux organismes de coopération intercommunale à fiscalité propre, est, par définition, composé uniquement de collectivités territoriales à vocation générale. Le critère de la clause de compétence générale devient alors un critère constitutionnel d'identification du groupement de collectivités territoriales. On a donc une simplification utile et un critère de classification des personnes publiques encore pertinent. Néanmoins, on se heurte à l'hypothèse de savoir si ce groupement peut être, lui-même, une collectivité territoriale spécialisée. On se retrouve devant une plus grande complexité par la neutralisation du critère de la clause de compétence générale. Celle-ci ne permettrait pas, *a priori*, de différencier le groupement de la collectivité territoriale. Depuis l'adoption de la loi MAPTAM en 2014, cette hypothèse est devenue réalité en raison de la création de la métropole de Lyon. Celle-ci a entraîné l'apparition d'une collectivité territoriale particulière « composée » de collectivités territoriales à vocation générale, à savoir ses 59 communes membres.

La métropole de Lyon est un cas pratique singulier interrogeant à la fois la notion de groupements de collectivités territoriales mais aussi celle de collectivité territoriale. En effet, elle est dotée d'un territoire⁵⁰⁷, d'une population et de communes situées sur son territoire. Les

⁵⁰⁷ Au moment de la création de cette collectivité, ce critère usuel a fait l'objet d'une attention soutenue puisque les limites territoriales de plusieurs communes ont été modifiées pour garantir un territoire continu et sans enclave non seulement pour la métropole mais aussi pour le département du Rhône.

éléments constitutifs d'une collectivité territoriale et ceux d'un groupement de collectivités territoriales sont présents au sein d'une même entité. La métropole de Lyon peut-elle avoir une double appartenance catégorielle ? La clause de compétence générale est-elle un critère permettant de la classer exclusivement dans l'une ou l'autre catégorie constitutionnelle ?

A titre préliminaire, la loi peut qualifier une structure de collectivité territoriale ou de métropole ou encore d'établissement public à fiscalité propre sans qu'il existe un lien entre la qualification législative et la catégorie constitutionnelle. Bien évidemment, la métropole de Lyon est une collectivité territoriale à statut particulier, comme l'indique l'article L. 3611-1 du CGCT⁵⁰⁸ et s'intègre, par définition, dans la catégorie constitutionnelle de collectivité territoriale *sui generis*. Cependant, cela n'exclut pas qu'elle puisse être aussi un groupement de collectivités territoriales. En d'autres termes, une collectivité territoriale peut être un groupement de collectivités territoriales et réciproquement. Aucune disposition constitutionnelle n'indique qu'un groupement de collectivités territoriales ne puisse pas lui-même être une collectivité territoriale.

Certes, le législateur a veillé à différencier la métropole de Lyon des autres métropoles-EPCI en évitant de lui adosser des communes membres⁵⁰⁹. Ainsi, certains auteurs estiment que la métropole de Lyon « *ne comprend pas de communes membres et l'article L. 3621-1 du CGCT prévoit une procédure spécifique pour toute évolution de son périmètre* »⁵¹⁰. Il ne nous semble pas que l'on puisse affirmer aussi nettement que les communes situées sur le territoire de la métropole ne soient pas des communes membres notamment par rapport aux principes de participation et de celui de la répartition des compétences.

D'une part, plusieurs dispositions législatives concernent des instances de coopération entre la métropole et les communes situées dans son périmètre : à côté de l'organisation du Conseil de la métropole (chapitre 1^{er} de titre relatif à l'organisation de la métropole), il est notamment mentionné une conférence territoriale des maires et une conférence métropolitaine associant les maires des communes et les membres du Conseil de la métropole⁵¹¹. Si le rôle de

⁵⁰⁸ Pour mémoire, l'article L. 3611-1 dispose que « *Il est créé une collectivité à statut particulier, au sens de l'article 72 de la Constitution, dénommée " métropole de Lyon ", en lieu et place de la communauté urbaine de Lyon et, dans les limites territoriales précédemment reconnues à celle-ci, du département du Rhône* ».

⁵⁰⁹ Dans l'article L. 3641-9 du CGCT, il est clairement indiqué que « *La référence aux communes membres de l'établissement est remplacée par la référence aux communes situées sur le territoire de la métropole de Lyon* ».

⁵¹⁰ N. KADA, « Métropoles : vers un droit (peu) commun ? », *AJDA*, 2014, pp. 619-624

⁵¹¹ Cette dernière est créée par l'article L. 3633-1 du CGCT, indiquant que « *Des conférences territoriales des maires sont instituées sur le territoire de la métropole de Lyon. Le périmètre de ces conférences est déterminé par délibération du conseil de la métropole. Les conférences territoriales des maires peuvent être consultées lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de politiques de la métropole. Leur avis est communiqué au conseil de la métropole. Lors de sa première réunion, chaque conférence territoriale des maires élit en son sein un président et un vice-président, qui supplée le président en cas d'empêchement. Chaque conférence territoriale des maires se réunit au moins une fois par an à l'initiative de son président ou à la demande de la moitié de ses membres, sur un ordre du jour déterminé. Les modalités de fonctionnement des conférences territoriales des maires sont déterminées par le règlement intérieur du conseil de la métropole* ».

la conférence des maires est moindre, il n'en va pas de même de la conférence métropolitaine, qui doit élaborer « *un projet de pacte de cohérence métropolitain entre la métropole et les communes situées sur son territoire* ». Les communes de cette collectivité territoriale particulière jouent donc un rôle indéniable dans les orientations politiques de la métropole.

D'autre part, et au-delà de cette participation minimale mais réelle des communes au fonctionnement métropolitain lyonnais, le lien le plus marquant réside dans la répartition des compétences communales entre ces deux collectivités territoriales. La transformation de la communauté urbaine en métropole n'a pas modifié les principes de base de l'exercice des compétences. En effet, l'article L. 3641-1 du CGCT précise que « *La métropole de Lyon exerce de plein droit, en lieu et place des communes situées sur son territoire, les compétences suivantes : [suit la liste fermée des compétences]* ». Il ne se différencie pas des autres métropoles dans ce domaine. En revanche, le processus de transfert de compétences à la métropole modifie l'étendue des compétences communales dans la mesure où elles se trouvent dessaisies légalement de ces compétences transférées. C'est pourquoi l'article L. 2581-1 du CGCT relatif aux communes de la métropole de Lyon indique que « *Les communes situées sur le territoire de la métropole de Lyon fixé à l'article L. 3611-1 sont soumises aux règles applicables aux autres communes, sous réserve des dispositions législatives qui leur sont propres, notamment celles de l'article L. 3641-1* ». Ce renvoi à l'article L. 3641-1 du CGCT, qui explicite les compétences de la métropole, correspond à la même situation que les communes membres d'un groupement. Dans les deux cas, elles sont dessaisies de la compétence communale transférée⁵¹². Cependant, les communes de la métropole lyonnaise voient le cercle de leurs compétences réduites. Est-ce que la clause de compétence générale est impactée par cette diminution *ab initio* des compétences communales ? La métropole de Lyon dispose-t-elle d'une clause similaire à celle de la commune ?

L'article L. 3642-1 du CGCT présente un libellé identique à celui de la clause de compétence de la commune, à savoir que « *Le conseil de la métropole règle par ses délibérations les affaires de la métropole de Lyon* ». Doit-on déduire que la clause de compétence générale de la métropole et celle de la commune ont la même portée juridique ? Il n'est pas certain que l'identité formelle de cette disposition suffise à attribuer constitutionnellement la clause générale de compétence à la métropole de Lyon. Tout d'abord, on sait que l'application de cette disposition aux autres collectivités territoriales pendant plusieurs décennies n'a pas empêché le législateur de leurs « retirer » la clause de compétence générale. Ensuite, il est nécessaire de rappeler que l'article L. 3641-1 du CGCT énumère les

⁵¹² L'article L. 3641-1 du CGCT dispose que « *La métropole exerce de plein droit en lieu et place des communes situées sur son territoire les compétences suivantes : [suit la liste des compétences métropolitaines]* »

compétences exercées par la métropole. Or il n'existe pas d'article similaire pour la commune. C'est l'une des raisons pour lesquelles on a interprété la clause de compétence générale comme la faculté d'intervenir en dehors des compétences attribuées par le législateur. La métropole, succédant notamment à la communauté urbaine, est donc caractérisée par ces compétences d'attribution limitativement énumérées suivant en cela le principe de spécialité. Par voie de conséquence, le conseil de métropole règle les affaires détaillées à l'article L. 3641-1 du CGCT sans que cela lui confère l'équivalent de la clause de compétence communale. Enfin, l'article L. 3611-4 du CGCT affirme que « *Pour l'exercice de ses compétences, la métropole de Lyon dispose des mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre* ». Les EPCI à fiscalité propre, étant soumis au principe de spécialité, n'ont pas d'autre compétence que celles transférées. Dès lors, on en conclut que la métropole de Lyon appartient à la catégorie des collectivités territoriales à vocation spécialisée en raison de l'absence théorique de la clause de compétence générale. La collectivité territoriale lyonnaise se rapproche du groupement de collectivités territoriales tant par son fonctionnement que par le fait que ces deux organismes sont à vocation spécialisée. Cet exemple montre la difficulté de différencier le groupement, structure spécialisée d'une collectivité territoriale à vocation spécialisée par le critère, devenu inopérant, de la clause de compétence générale.

En conclusion et si l'on prend en compte le critère de la clause de compétence générale, le groupement de communes à fiscalité propre devient une catégorie constitutionnelle de groupements singulière sous réserve de la reconnaissance en tant que PFRLR de la clause de compétence générale communale. Néanmoins et paradoxalement, ce critère est largement affaibli par l'absence de reconnaissance constitutionnelle de la clause de compétence générale des départements et, par extension, des régions. De plus, nous venons d'étudier l'exemple de la métropole lyonnaise qui réduit tout particulièrement la portée juridique de distinction du critère de la clause de compétence générale entre le groupement de collectivités territoriales et la collectivité territoriale. Il est alors intéressant d'étudier les critères usuels de l'établissement public pour savoir si l'on peut définir le groupement à partir de cette dernière notion.

Section 2 : La notion de groupements, à la frontière de l'établissement public

La notion d'établissement public a l'avantage de proposer à l'État ou aux collectivités territoriales, un organisme doté d'une grande plasticité juridique. En contrepartie, cette notion est marquée, du point de vue théorique, par les difficultés de la saisir par des critères stables et éprouvés au fil du temps. La croissance continue de l'utilisation de la formule de l'établissement public semble corrélée aux nombreuses crises que traverse sa définition doctrinale. Le groupement de collectivités territoriales est l'un de ces établissements publics remettant en cause sa définition classique, à savoir un organisme doté de la personnalité juridique chargé d'une mission de service public. La notion de groupements interroge et fragilise les deux grands piliers caractérisant l'établissement public : le principe de spécialité et celui du rattachement.

Si la notion de groupements de collectivités territoriales déstabilise d'un point de vue administratif les critères traditionnels de l'établissement public, l'approche constitutionnelle de ces deux principes à l'aune du groupement de collectivités territoriales, met en évidence les transformations juridiques à l'œuvre. Ainsi, les frontières de l'établissement public sont revisitées par la notion de groupements de collectivités territoriales. Paradoxalement, nous aurons l'occasion de voir que le groupement affirme l'existence du principe de spécialité comme un critère constitutionnel fonctionnel (§1) et qu'en s'affranchissant de celui du rattachement, il en élargit constitutionnellement son application (§2).

§1. Le principe de spécialité à l'épreuve des groupements ou l'affirmation d'un critère constitutionnel fonctionnel

Le principe de spécialité de l'établissement public s'applique difficilement pour le groupement de collectivités territoriales. Ce critère est souvent associé à la notion institutionnelle et administrative de personnalité juridique, ce qui induit une perception réductrice de ce principe. En le détachant de cette notion marquée administrativement (A), on pourra étudier la transformation de ce critère administratif institutionnel à un critère constitutionnel fonctionnel (B).

A. Le principe de spécialité : un corollaire en trompe l'œil de la personnalité juridique de l'établissement public

Le principe de spécialité, comme critère de l'établissement public, est établi depuis la jurisprudence *Commune de Labastide Saint-Pierre* en date de 1908⁵¹³. Celle-ci repose sur les conclusions de Commissaire du Gouvernement G. TEISSIER affirmant que « *Quand on parle d'établissement public, il est une notion qui s'impose à l'esprit, c'est celle de la spécialité de ces établissements. L'établissement public n'est rien, n'a droit à rien et ne peut rien en dehors de la mission que lui a rigoureusement délimitée le législateur ou le gouvernement qui l'a créé* »⁵¹⁴. Il ne fait que reprendre, avec une similitude étonnante, les termes de L. BÉQUET issus d'une étude sur les établissements publics religieux en 1881 dans laquelle il indiquait que « *la capacité des établissements publics est exclusivement bornée à l'exécution du service à raison duquel ils ont été institués. C'est pour accomplir une fonction administrative que la vie civile leur a été donnée; au-delà de cette fonction, ils ne peuvent rien, ils n'ont droit à rien, ils ne sont rien* »⁵¹⁵. Les rapports existants entre l'évolution du principe de spécialité et celle de la position du Conseil d'État relative aux établissements religieux au cours du XIX^{ème} ont largement forgé la conception actuelle de la spécialité⁵¹⁶.

Ce qui est notable dans cette jurisprudence administrative fondatrice de 1908, c'est l'association indéfectible du régime juridique de l'établissement public et de sa nature juridique.

⁵¹³ CE, 26 décembre 1908, *Commune de Labastide-Saint-Pierre et Commune de Remoray*, Sirey 1909, III part., p. 81

⁵¹⁴ G. TEISSIER, conclusions de l'arrêt précédent, in *La jurisprudence d'Hauriou*, tome 1^{er}, op. cit., p. 340

⁵¹⁵ L. BÉQUET, « De la capacité des fabriques pour recevoir des dons et legs faits en faveur des pauvres », *Revue générale d'administration*, 1881, T. III, p. 27.

⁵¹⁶ *Infra*.

En effet, la mission de l'établissement va justifier son existence et réciproquement. Il s'ajoute à cela que cet arrêt a confirmé, comme corollaire, le principe de dessaisissement de la collectivité, qui n'est plus compétente lorsque l'établissement public est créé pour exercer la mission qui lui est dévolue⁵¹⁷. C'est aussi le point de départ pour distinguer la commune de l'établissement public. Il suffit de rappeler les propos de M. HAURIOU qui soulignait dans son commentaire introductif des arrêts *Commune de Labastide-Saint-Pierre* et *Commune de Remoray* qu'« Il faut partir de l'idée que les communes ont compétence générale pour l'administration des intérêts locaux, tandis que les établissements charitables, bureaux de bienfaisance ou bureaux d'assistance, n'ont au contraire qu'une compétence spéciale, et sont dominés par le principe de la spécialisation »⁵¹⁸. Malgré la portée majeure résultant des arrêts *Commune de Labastide-Saint-Pierre* et *Commune de Remoray*, le critère de la spécialité inhérent à l'établissement public apparaît en trompe-l'œil notamment au regard du premier groupement de collectivités territoriales à savoir le syndicat de communes. Pour quelles raisons pouvait-on douter du critère de spécialité, caractéristique intrinsèque de l'établissement public dès sa consécration jurisprudentielle ?

Tout d'abord, on rappelle que le syndicat de communes a été créé en 1890 et qu'il ne pouvait exercer qu'une seule compétence, et ce en conformité à la position doctrinale sur la spécialisation de l'établissement. Cependant et en pleine Première Guerre mondiale, la loi sur les syndicats de communes a été modifiée pour permettre l'exercice de plusieurs compétences par un même établissement public de coopération intercommunale⁵¹⁹. Il va sans dire que la pluralité de missions du syndicat contrevenait peu de temps après la consécration du principe de la spécialité par les deux arrêts du 26 décembre 1908. Certes, on peut admettre que la naissance des syndicats à vocation multiple en 1955 a aussi conduit à relativiser le critère mais dès l'origine, de la création du syndicat de communes, on pouvait remettre en cause l'unicité de la tâche dévolue à l'établissement public.

En effet, on remarque que l'œuvre intercommunale du syndicat restait assez vague et pouvait s'appliquer à de multiples domaines, en particulier les œuvres de bienfaisance. Comme le note A. de LAUBADERE, « les auteurs de la loi [de 1890] avaient surtout songé à l'assistance, domaine d'où le retard de institutions était particulièrement grave ; on sait qu'en réalité le terrain de prédilection des syndicats de communes a été l'électrification rurale mais qu'il s'y est ajouté ensuite d'autres objets, en particulier les adductions d'eau »⁵²⁰. Ce n'est pas le moindre des contradictions : les deux arrêts cités en 1908 concernent des faits relevant du

⁵¹⁷ CE, 16 octobre 1970, *Commune de Saint-Vallier*, n°71536

⁵¹⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 346

⁵¹⁹ Loi modifiant la loi du 5 avril 1884, complétée par la loi du 22 mars 1890, sur les syndicats de communes du 13 novembre 1917, *JORF* du 16 novembre 1917, p. 9150

⁵²⁰ A. de LAUBADERE, *op. cit.*, p. 426

domaine de la bienfaisance, compétence visée expressément pour créer le premier groupement de collectivités territoriales. La diversité et le nombre de missions confiées au syndicat de communes affaiblissent donc ce lien entre spécialité du service et établissement public. Bien que l'on puisse dire que le nombre de ces groupements intercommunaux étaient encore réduits voire marginaux à cette époque, on se doit de relever le paradoxe de la consécration du principe de spécialité de l'établissement public et de son infirmation quasi-simultanée dans la pratique par l'évolution de la législation sur l'intercommunalité.

Un dernier argument, classique, tient dans la qualification d'établissement public des chambres de commerce dont la pluralité des missions était alors connue : elles pouvaient émettre des avis, faire des études prospectives et suivre des travaux⁵²¹. Cette diversité s'oppose nettement à une simple spécialité. C'est ce que relevait M. HAURIOU en remarquant qu'*« un syndicat de communes est donc une sorte d'organe d'administration générale, et la création de cette espèce d'établissement public porte un coup sensible à l'idée ancienne qu'un même établissement public ne saurait être chargé d'un seul service qui constituerait sa spécialité. Une observation analogue doit être faite au sujet des chambres de commerce réorganisées par loi du 9 avril 1898 »*⁵²². Ainsi, nous devons nous interroger sur la contradiction de l'avènement de la spécialité de l'établissement public et de la pluralité des missions confiées initialement aux premiers groupements intercommunaux.

D'une part, il faut savoir que le Conseil d'État a joué un rôle éminent dans l'affirmation du principe de spécialité au cours du XIX^{ème} siècle. Comprendre la genèse de la jurisprudence de 1908, qui sera reprise et définitivement adopté par la doctrine, nous conduira à donner une définition plus précise de la spécialité de l'établissement public. Dès l'adoption de cette conception restrictive de la spécialité, M. HAURIOU critiquait vivement cette position du Conseil d'État qu'il considérait comme *« une conception, étroite et préconçue du prétendu principe de la spécialité des établissements publics. Il vient toujours un moment où les théories erronées produisent des effets pratiques imprévus »*⁵²³. Pour justifier sa position marquée, il ajoutait, *« c'est en même temps la base de la jurisprudence antilibérale, qui, lorsqu'il existait des établissements publics culturels, leur interdisait de recueillir les libéralités charitables »*. Sans reprendre la dimension politique de son propos, il paraît opportun de suivre le point de

⁵²¹ Au regard des compétences des communes et des départements à cette période, l'article 11 de la loi de 1898 confère une liberté d'action très large. Ainsi, celui-ci dispose que *« Les chambres de commerce ont pour attributions : 1° De donner au Gouvernement les avis et les renseignements qui leur sont demandés sur les questions industrielles et commerciales ; 2° De présenter leurs vues sur les moyens d'accroître la prospérité de l'industrie et du commerce ; 3° D'assurer, sous réserve des autorisations prévues aux articles 14 et 15, l'exécution des travaux et l'administration des services nécessaires aux intérêts dont elles ont la garde »*, Loi du 9 avril 1898 relative aux chambres de commerce et aux chambres consultatives des arts et manufactures.

⁵²² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, 1900, p. 504

⁵²³ M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tome premier, *op. cit.*, p. 437

départ du Maître de Toulouse pour comprendre la construction jurisprudentielle de ce critère juridique inhérent à l'établissement public.

Tout d'abord, le fondement de la spécialité de l'établissement public a pour origine plusieurs avis du conseil d'État prononcés en 1881. Ils affirment tous que « *les établissements publics ne sont aptes à recevoir et à posséder que dans l'intérêt des services qui leur ont été spécialement confiés par les lois et dans les limites des attributions qui en dérivent* »⁵²⁴. En l'espèce, il s'agissait de savoir si les établissements publics culturels pouvaient se voir léguer des biens affectés au soulagement des pauvres. Or l'attribution de la personnalité morale aux établissements publics ne peut pas être constatée dans les textes avant la première loi sur les syndicats de communes⁵²⁵. Dès lors, l'affectation de biens à des établissements publics est régie par des dispositions particulières notamment les articles 910 et 937 du Code civil et par les positions évolutives de la Cour de Cassation et du Conseil d'État. On précise toutefois que tous les biens n'étaient pas concernés. Cette problématique des legs portait sur deux domaines principaux : les biens affectés au domaine scolaire et ceux à la bienfaisance. A ce titre, les donations pouvaient être faites à différents destinataires : les hospices, les pauvres d'une commune ou les établissements d'utilité publique⁵²⁶. Ces textes font donc référence à des structures forts disparates et très mal définies. Quel point commun institutionnel peut-il exister entre les pauvres d'une commune et les établissements d'utilité publique ? On ne peut dire que la personnalité morale soit un point d'entrée évident pour y répondre. En outre, la notion de personnalité morale n'était pas encore complètement formée au cours du XIX^{ème} siècle. Pourtant, il semble que l'on admette aujourd'hui et depuis 1908 que « *la notion générale de spécialité est inhérente à la personnalité morale* »⁵²⁷. Mais ce lien est loin d'être établi entre la Révolution et le début du XX^{ème} siècle. En effet, il est loisible de remarquer, à titre préliminaire, que la personnalité morale en droit public a disparu au moment de la Révolution. En revanche, le principe de la spécialité n'a jamais été abandonné et a même servi de fondement à la résurgence de la notion de personnalité morale. Il convient donc d'étudier comment s'est réalisé ce processus de rétablissement du lien entre personnalité juridique de l'établissement public et le principe de spécialité.

La spécialité trouve son origine dans l'ancien droit. Peu à peu façonné par le droit coutumier et féodal, il a pour objectif de limiter le développement des biens des gens de

⁵²⁴ Avis du Conseil d'État du 4 mai 1881 et 13 juillet 1881.

⁵²⁵ Voir *supra*, Partie I, Titre 2, chapitre 2, section 1, §1, A, pp. 193-196

⁵²⁶ L'article 937 du code civil prévoit que « *Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique, seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements, après y avoir été dûment autorisés* ».

⁵²⁷ J. C. DOUENCE, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif », *RDP*, 1972, p. 758

mainmorte, c'est-à-dire à la fois des corporations et des fondations⁵²⁸. Comme l'écrivait le juriste de l'Ancien Régime R. J. POTHIER, « *les communautés et établissements qui ne sont pas érigés par lettres-patentes du roi, enregistrées au parlement dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'art. 1^{er} de la déclaration de 1749, qui n'a fait en cela que confirmer les anciennes lois du royaume, et par conséquent, sont incapables d'aucune donation, et les biens, qui leur auraient été donnés, peuvent être revendiqués par les enfans et héritiers présomptifs des donateurs (...) [ou] les seigneurs dont lesdits biens dépendent (...)* »⁵²⁹. Autrement dit, l'édit de 1749 limite les donations à l'objet de l'institution de mainmorte créée, cette dernière étant reconnue initialement par l'État. Il en résulte que l'objet ou la spécialité de l'institution, qu'elle soit de droit public ou de droit privé, sera maintenu jusqu'à la réintroduction officielle de la personnalité civile en droit administratif à la fin du XIX^{ème} siècle. Jusqu'à l'arrêt de 1908, le principe de la spécialité va demeurer le seul pilier de la jurisprudence du Conseil d'État. On fait parfois remonter la spécialité des établissements publics à un avis des juges administratifs suprêmes datant de 1873. Par exemple, le professeur A. TAILLEFAIT estime que « *dès 1873 (CE, avis, 6 mars 1873 : DP 1873, 3, p. 97), le Conseil d'État considère que les compétences des établissements publics sont limitativement énumérées dans leur statut, selon l'objet pour lequel ils sont spécialement créés* »⁵³⁰. Mais un avis antérieur du Conseil d'État datant de 1837 montre aussi que ce principe associé à l'établissement public est encore plus ancien puisqu'il dispose que « *Considérant que les fabriques n'ont été reconnues comme établissements publics aptes à recevoir et à posséder que dans l'intérêt de la célébration du culte et dans la limite des services qui leur sont confiés à cet égard par les lois et décrets* »⁵³¹. Ce qui transparaît dans ce considérant, c'est bien l'association entre le principe de la spécialité et la qualité d'établissement public. En revanche, il n'est nullement question d'attribution de la personnalité civile. Dans les textes législatifs ultérieurs, il n'est d'ailleurs jamais évoqué la personnalité juridique des établissements publics. A cet égard, le conseiller d'État L. BEQUET affirmait, à juste titre, qu'« *à vrai dire, il n'y a pas de personne civile. Le législateur n'emploie jamais ces mots personne civile, personnalité morale, personnification, pour désigner les établissements public. C'est la doctrine qui les emploie pour abrégé les explications* »⁵³². On est alors très proche de la définition donnée par L. DUGUIT qui y voyait seulement l'affectation d'un patrimoine à un service public. Il indiquait dans son manuel, en 1923, qu'« *il existe beaucoup de services publics*

⁵²⁸ Membres des corporations, établissements religieux et autres personnes morales qui ne meurent pas et dont les biens sont, de ce chef, retirés du commerce.

⁵²⁹ R. J. POTHIER, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Tome 7, 1825, 719 p., p. 433

⁵³⁰ A. TAILLEFAIT, *Coopération locale et intercommunalité-synthèse*, JCP Encyclopédie, 2016, § 24

⁵³¹ CE, Avis du 15 janvier 1837

⁵³² L. BEQUET, « Des dons et des legs véritables, capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics », *RGA*, 1882, p. 138

*de l'État, des départements, des communes, auxquels sont spécialement et exclusivement affectés, un ensemble de biens et qui forment de ce fait un patrimoine public spécial et distinct. Ce sont ces services publics, ainsi patrimonialisés, qui constituent ce que l'on appelle, dans la terminologie du droit public français, les établissements publics »*⁵³³. Mais cette dernière position va progressivement être écartée au profit de l'établissement public, personne morale spécialisée en raison de son patrimoine. De cette unité autour de la personne morale va émerger la spécialité dans un seul service public. La correspondance entre la personne morale et son patrimoine affecté en fonction de ses attributions va alors être la porte d'entrée de la spécialité vue comme unicité de la compétence. C'est alors qu'il deviendra le critère administratif institutionnel que l'on connaît. En parallèle, la constitutionnalisation de la notion d'établissement public va être le point de départ d'une transformation importante de ce critère.

B. De la transformation d'un critère administratif institutionnel à un critère constitutionnel fonctionnel

Le groupement de collectivités territoriales éprouve durement, et dès sa création, le principe de spécialité de l'établissement public entendu comme unicité de compétence. Comprendre l'avènement et le déclin de cette conception unitaire de la spécialité à l'aune du groupement (1) nous amènera à constater sa transformation en un critère constitutionnel fonctionnel (2).

1) De la consécration à l'effacement d'un critère administratif institutionnel...

L'avènement du principe de spécialité, synonyme d'une seule compétence exercée, est, contre toute attente, la conséquence de l'application de la loi de séparation des Églises et de l'État. La loi de 1905 fait en effet disparaître la notion d'établissement public religieux à laquelle va être substituée l'association cultuelle. Par voie de conséquence, le principe de spécialité, qui régissait, sous réserve d'interprétations jurisprudentielles variables, les rapports entre l'Église et l'État dans des domaines conjoints d'intervention (enseignement, charité ou bienfaisance et patrimoine culturel) ne jouera plus dorénavant ce rôle mais servira à délimiter le champ d'action des seuls établissements publics. Comment le principe de laïcité, qui a organisé cette disparition des établissements publics religieux, a-t-il pu autant marquer son empreinte sur la notion d'établissement public ?

⁵³³ On connaît l'aversion de cet auteur pour la notion de personnalité juridique. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, deuxième édition, tome 3, 1923, p. 317

La séparation de l'Église de l'État va passer par la délimitation des sphères de l'action publique et de l'action culturelle. Cette dernière n'aura plus qu'une seule attribution : celle originaire relative au culte. Toutes les autres compétences éventuelles des établissements publics religieux ne pourront plus être confiées à ces associations. Pour ce faire, le rapporteur du texte A. BRIAND prend soin de préciser que « *Quant aux biens grevés d'une affectation charitable ou étrangère au culte (scolaire par exemple), il n'était pas conforme au droit public de les transmettre aux associations culturelles. Les communautés religieuses les avaient recueillis en violation du principe de la spécialité des établissements publics ou d'utilité publique* »⁵³⁴. Autrement dit, les modalités juridiques de la séparation des Églises et de l'État reposent sur les derniers avis de 1881 relatifs aux établissements publics qui avaient réduit la possibilité d'extension des missions des établissements publics religieux existants (fabriques, diocèses...) ⁵³⁵. Ainsi l'article 7 de la loi du 9 décembre 1905 prend soin de préciser que « *Les biens mobiliers ou immobiliers grevés d'une affectation charitable ou d'une toute autre affectation étrangère à l'exercice du culte seront attribués, par les représentants légaux des établissements ecclésiastiques, aux services ou établissements publics ou d'utilité publique, dont la destination est conforme à celle desdits biens. Cette attribution devra être approuvée par le préfet du département où siège l'établissement ecclésiastique. En cas de non-approbation, il sera statué par décret en Conseil d'État* »⁵³⁶. En excluant définitivement les missions de nature culturelle de la sphère publique de l'État, le législateur a dans le même temps répondu au règlement juridique de certains domaines « partagés » (notamment ceux relevant de la charité ou des écoles) entre les Églises et l'État. Cette réaffectation se fera soit par la création d'un établissement public (ou d'un établissement d'utilité publique spécialisé) soit par un transfert aux collectivités territoriales dans les compétences précitées. On retrouve également le contenu juridique initial du principe de la spécialité à savoir le contrôle de l'État dans l'affectation des biens relevant de services spécifiques qu'ils soient attribués à des structures privées ou publiques. On rappelle que la spécialité a pour objectif initial d'éviter le développement des biens de mainmorte. Cette loi de 1905 a pour conséquence de modifier profondément le paysage institutionnel des types d'établissements publics puisqu'elle a fait disparaître la plupart des établissements publics « de fait à vocation multiple » que représentaient les établissements publics religieux ⁵³⁷. C'est à ce moment précis que les critères juridiques de la notion d'établissement public vont se figer dans l'unicité d'un service public attribué à une personne morale. Par ailleurs, la disparition de la dualité publique-privée des établissements publics

⁵³⁴ A. BRIAND, « La séparation des Églises et de l'État : rapport fait au nom de la commission de la commission de la Chambre des députés, suivi des pièces annexes », 1905, p. 287

⁵³⁵ Avis du Conseil d'État du 4 mai 1881 et 13 juillet 1881 précités.

⁵³⁶ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État, *JORF* du 11 décembre 1905, p. 7205

⁵³⁷ Signalons que les établissements publics religieux pouvaient gérer une école, la charité ou le service du culte.

religieux va définitivement ancrer les établissements publics dans la sphère publique. De là va résulter la conception classique du principe de spécialité comme critère institutionnel administratif.

Mais il reste que le groupement de collectivités territoriales, né un peu antérieurement à la loi de 1905, était le contre-exemple naturel de cette nouvelle définition doctrinale et jurisprudentielle de l'établissement public. Il demeurait avant tout l'illustration du principe de spécialité originaire à savoir l'affectation d'un patrimoine dans la gestion d'un service ou de plusieurs services spécialisés. On a déjà étudié que l'œuvre intercommunale avait une acception large pour faire de l'établissement un gestionnaire de plusieurs services. C'est aussi sur ce principe que la qualité d'établissement public a été attribuée aux Chambres de commerce. De plus et dès 1917, le texte relatif aux syndicats de communes est modifié pour leur permettre de gérer plusieurs services en mettant un pluriel à « œuvres intercommunales ». En 1955, on rappelle, à nouveau, que la création des syndicats intercommunaux à vocation multiple a mis un terme à l'unicité de la compétence de l'établissement public. On comprend mieux pourquoi le législateur n'a eu aucun mal à confier à l'établissement public de coopération intercommunale plusieurs compétences sous la Cinquième République. On peut donc dire que cette pluralité de compétences du groupement de collectivités territoriales n'est pas en opposition avec le principe de spécialité mais qu'elle confirme son sens juridique originel, celui de l'affectation d'un patrimoine public à un ou plusieurs services publics. La spécialité appartient donc pleinement au champ de la répartition des compétences dans la mesure où elle vise à limiter les capacités d'action d'un patrimoine qui peut tendre à sortir naturellement de son cadre. La spécialité est une limite forte et une condition d'une bonne répartition des tâches, ce qui en fait une modalité fonctionnelle. Le groupement de collectivités territoriales révèle alors la véritable nature du principe de spécialité.

2) ... à sa transformation en un critère constitutionnel fonctionnel

A titre préliminaire, il convient de rappeler que la Constitution du 4 octobre 1958, en énumérant limitativement les compétences du législateur, lui a attribué la création des catégories d'établissement public. Dorénavant, relèvera du pouvoir réglementaire l'ensemble des actes juridiques ne faisant pas partie de la compétence du législateur. Or il n'est pas si évident de qualifier la nature d'une disposition en fonction de son appartenance stricte à la catégorie d'établissement public. Le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la nature de plusieurs dispositions législatives de ce type. Il a alors dû poser la définition de la notion de catégorie d'établissement public. Ainsi, la décision 61-15 L du 18 juillet 1961 fait émerger trois critères en considérant que « *doivent être regardés comme entrant dans une même*

catégorie, au sens de la disposition susmentionnée, les établissements publics dont l'activité a le même caractère - administratif ou industriel et commercial : et s'exerce, territorialement, sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable »⁵³⁸. On voit ici que la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et réglementaire tient dans la définition de critères caractérisant la catégorie d'établissement public. Dans ce sens, il y a bien un objectif constitutionnel fonctionnel. Des trois critères qui ressortent de cette jurisprudence, il faut mentionner l'abandon du caractère de l'activité en 1979. Les deux autres critères, issus également du droit administratif, ont été maintenus à savoir le principe de spécialité et le principe de rattachement que l'on analysera dans le prochain paragraphe.

Comment le juge constitutionnel a-t-il appréhendé le principe de spécialité dans sa jurisprudence ? Il semble que le juge constitutionnel tende à assimiler, selon nous, la spécialité à la gestion d'un seul ou d'un tout petit nombre de services publics en utilisant l'expression de « *spécialité étroitement comparable* ». La diversité des missions confiées à un établissement public n'était donc pas forcément envisagée puisqu'en dehors du groupement de collectivités territoriales, les exemples d'une pluralité de compétences étaient peu nombreux. Il reste que, comme l'a écrit O. DUGRIP, « *la formule employée par le Conseil constitutionnel, en effet, n'était pas satisfaisante. Prise à la lettre, elle était de nature à multiplier les catégories d'établissements publics et à étendre la compétence législative au-delà des intentions du Constituant* »⁵³⁹. La modification opérée en 1979 va marquer un infléchissement juridique important de ce critère dans le sens d'une plus grande intervention du pouvoir réglementaire dans les statuts des établissements publics. La spécialité devra donc être analogue ce qui accroît considérablement les possibilités de modification réglementaire. Il est particulièrement frappant de voir que cette évolution du critère de la spécialité constitutionnelle a coïncidé avec celle de la spécialité administrative institutionnelle.

Du point de vue factuel, il est vrai que les groupements de collectivités territoriales se sont aussi développés au cours des années 70 en parallèle de l'accroissement du nombre d'établissement public économique. Du point de vue juridique, la spécialité est devenue un marqueur de l'intervention de l'action de l'État et de ses différentes composantes (organes de l'État, collectivités territoriales ou entités spécifiques) dans des domaines ne relevant pas forcément et *a priori* de la sphère publique. Pour maîtriser et permettre une action publique efficace, il fallait laisser la possibilité à l'exécutif d'intervenir rapidement pour créer les structures adéquates. D'autre part, il était utile de donner une capacité d'action encadrée à ces

⁵³⁸ Cons. const., décision 61-15 L du 18 juillet 1961, Journal officiel du 13 octobre 1961, p. 9359

⁵³⁹ O. DUGRIP, « La notion de « règles concernant la création des catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *Mélanges en hommage à R. DRAGO*, Economica, 1996, p. 378

nouvelles entités pour éviter une multiplication des structures trop spécialisées. On comprend alors la nécessité d'abandonner le critère de la spécialité comme unicité de la compétence confiée. Il ne faut cependant pas confondre les critères administratif et constitutionnel de spécialité. L'un et l'autre n'ont pas les mêmes objectifs puisque le premier va s'intéresser aux limites du champ d'intervention de l'établissement public et le second à répartir la compétence entre le pouvoir législatif et réglementaire.

Le principe de spécialité de l'établissement public constitue aussi un principe constitutionnel institutionnel par le fait de savoir s'il existe une spécialité particulière n'entrant pas dans une catégorie d'établissement public déjà créée. La principale conséquence est d'éviter la création par le législateur d'un établissement public à compétence générale, ce qui contreviendrait à la notion même de catégorie d'établissement public. Bien que cela garantisse un critère propre d'identification de la notion d'établissement public, cela n'empêche pas son utilisation pour caractériser d'autres structures juridiques. Le législateur, en supprimant la clause de compétence générale du département et de la région, et confirmé par le Conseil constitutionnel, a fait naître les collectivités territoriales à vocation spécialisée. La confirmation constitutionnelle de ces dernières et le développement de l'archétype de l'établissement public à vocation multiple, que représente l'établissement public de coopération intercommunale neutralisent le principe de spécialité comme caractéristique propre d'une institution de droit public. Il n'en demeure pas moins un critère constitutionnel fonctionnel à défaut d'être un critère de classification des personnes publiques.

Une dernière interrogation sur le principe de spécialité concerne la relation existant entre le groupement et les collectivités le composant à propos des transferts de compétence. On sait que le principe de spécialité implique le dessaisissement de compétence de la collectivité ayant réalisé le transfert et assure, en parallèle, l'exclusivité de la compétence à l'entité à qui on l'a transférée. Dans le cas où les collectivités membres décident de confier l'ensemble de leurs compétences d'attributions à un groupement de collectivités territoriales, on se retrouve dans le cas de figure d'une collectivité territoriale ayant une vocation générale sans compétence et un établissement public doté d'une pluralité de compétences sans vocation générale. Ce constat est également posé par la doctrine en témoigne les propos de J. M. PONTIER, qui souligne que « *Les EPCI, tout du moins certains d'entre eux, ont des compétences de plus en plus importantes, de plus en plus nombreuses, de plus en plus larges, tandis que les communes membres se voient dépossédées de leurs compétences essentielles au profit des premiers en étant tenues de les transférer* »⁵⁴⁰. Le principe de spécialité n'est pas tenu en échec dans la mesure où rien

⁵⁴⁰ J. M. PONTIER, *La décentralisation française Evolution et perspectives*, LGDJ, coll. Systèmes, 2016, p. 58

n'empêche la diversité de compétence pour le groupement de collectivités territoriales. En revanche, il n'est pas certain que le juge constitutionnel accepte que ces communes se trouvent dépourvues de compétences effectives en raison du principe de libre administration des collectivités territoriales. De ce cas particulier, il ressort que le principe de spécialité dans ses modalités de distribution des compétences peut avoir un impact direct sur la nature même des collectivités territoriales. Il faut alors l'intervention d'un autre principe pour garantir à la collectivité un socle minimum de compétences. Cela renforce l'idée que le principe de spécialité, en tant que critère fonctionnel, peut modifier la nature même des institutions publiques. Mais il convient de ne pas franchir l'étape de définir une structure par rapport à ce principe, étant observé qu'il peut être commun aux collectivités territoriales et aux établissements publics.

La remise en cause de ce principe de spécialité par le groupement de collectivités territoriales s'accompagne aussi de celle d'un autre principe inhérent à la définition de la catégorie d'établissement public, celui du rattachement.

§2. La remise en cause du principe du rattachement de l'établissement public ou l'élargissement constitutionnel de l'application du rattachement

Le principe de rattachement est un critère d'identification de l'établissement public, qui pourrait apporter un éclairage intéressant sur la notion de groupements de collectivités territoriales. En effet, la dimension constitutionnelle du principe de rattachement (A) va nous permettre de mieux l'appréhender. Toutefois, l'application complexe de ce principe va nous amener à l'étendre aux collectivités territoriales (B), ce qui remet en cause cette propriété spécifique de l'établissement public.

A. La dimension constitutionnelle du principe de rattachement

Devenu l'unique critère de différenciation entre l'établissement public la collectivité territoriale, le principe de rattachement a émergé lentement sur le plan doctrinal et jurisprudentiel, ce qui entraîné un certain flou autour de son contenu (1). De façon originale, sa constitutionnalisation lui a donné une définition plus précise et plus générale (2).

1. La lente émergence doctrinale et jurisprudentielle d'une notion mal définie

Le temps où l'on pouvait dire qu'« on ajoute quelquefois comme un élément de différenciation, au moins complémentaire ou secondaire, l'existence, pour l'établissement public, d'un rattachement territorial »⁵⁴¹ semble maintenant révolu depuis l'effondrement du critère de la spécialité. Pourtant et à une époque bien antérieure, M. HAURIOU ne l'envisageait pas plus dans l'étude de la notion d'établissement public puisqu'il débutait un paragraphe sur l'énumération des principaux établissements publics en précisant que « *les établissements publics peuvent être soit rattachés soit à l'État soit aux départements, soit aux communes, en ce sens que s'ils étaient supprimés les services qu'ils gèrent retomberaient à la charge tantôt de l'État, tantôt des départements, tantôt des communes. Mais il faut ajouter qu'il y a aussi des établissements subordonnés à d'autres établissements publics* »⁵⁴². Dès lors, il est nécessaire de comprendre le fait que le rattachement soit demeuré dans l'ombre tant de la part la doctrine que de la part la jurisprudence administrative pendant de nombreuses décennies. Pour cela, il est utile de rappeler le contenu de ce principe en essayant de s'appuyer sur les propos précédemment cités de M. HAURIOU pour en comprendre les aspects les plus saillants.

D'une part, il note que le rattachement est lié à l'origine de la collectivité créatrice soit par son patrimoine singularisé soit par le service individualisé et les moyens associés. La nature très technique et financière du rattachement matérialise finalement la relation étroite existante entre la collectivité et l'établissement public créé. Comme le précisent E. FATÔME et J. MOREAU, cette relation peut prendre trois grandes formes : organique, financière et juridique. La première se traduit par la présence de représentants de la collectivité de rattachement qui y siègent *ès qualité* au niveau du Conseil de l'établissement public⁵⁴³. A ce titre, la représentation des communes membres au sein de l'assemblée délibérante du groupement à fiscalité propre montre le lien existant entre l'établissement public et la collectivité de rattachement. La deuxième forme fait référence au budget de l'établissement, qui a un lien direct avec celui de la collectivité de rattachement ou de contrôle par le conseil de rattachement. C'est, par exemple, le cas des budgets annexes des Centres communaux d'action sociale. La dernière forme est le rattachement juridique, c'est-à-dire le fait de savoir si « *la collectivité décentralisée a le pouvoir de désigner les organes dirigeants de l'établissement public local* »⁵⁴⁴. C'est toute la distinction, qu'avait déjà démontrée en 1971 J. C. DOUENCE dans son étude sur le rattachement des

⁵⁴¹ A. de LAUBADERE, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivités territoriales », in *Mélanges Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 424

⁵⁴² M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Larose, 1900, pp. 509-510

⁵⁴³ J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, p. 96

⁵⁴⁴ E. FATÔME et J. MOREAU, « L'établissement public local. Unité et diversité des établissements publics locaux », *AJDA*, 1987, p. 564

établissements publics à une collectivité territoriale, entre le principe de rattachement et celui de la tutelle. Il les différencie principalement par le fait que le rattachement « *ne relève pas de la théorie de décentralisation proprement dite* »⁵⁴⁵. Si l'on suit le professeur J. C. DOUENCE, le rattachement est un procédé qui correspond à un contrôle plutôt interne, entre la collectivité et l'établissement, qu'externe à la collectivité, dont la tutelle est le mode le plus courant. On ne doit pas oublier ici le phénomène général de démembrement partiel de la structure publique à des fins de gestion que représente l'établissement public. Ceci implique que ce dernier reste sous l'influence de la collectivité fondatrice.

D'autre part, le principe de rattachement est marqué par le type de collectivité qui va créer l'établissement public. Depuis l'avis du Conseil d'État de la section finances du 16 juin 1992⁵⁴⁶, on sait que « *tout établissement public doit être techniquement rattaché à une personne morale* ». Cette position jurisprudentielle a pour conséquence directe que la création d'un établissement public n'implique pas l'application d'un principe de rattachement uniforme. L'étude du professeur E. FATÔME en identifie trois types : le rattachement par nature, le rattachement technique et le rattachement des établissements publics de coopération⁵⁴⁷. Le premier vise les établissements gérant un ou plusieurs services entrant dans les attributions d'une collectivité publique. Le second concerne les « *établissements publics regroupant plusieurs personnes publiques au sein d'une même structure pour leur permettre de gérer ensemble directement ou indirectement un ou plusieurs activités qui entrent dans les attributions de ces personnes* »⁵⁴⁸. La dernière catégorie de rattachement est formée par les établissements publics qualifiés de corporatifs y intégrant principalement les chambres professionnelles et les associations syndicales autorisées. Ce qui est frappant dans cette analyse, c'est la diversité des situations juridiques lorsque l'on parle du critère du rattachement. Cette difficulté doctrinale à cerner la notion de rattachement est souvent présente et l'on introduit pour répondre à cet « *élément commun mais polymorphe* »⁵⁴⁹ toujours différents types d'établissements publics. Ainsi, l'article précité de 1971 de J. C. DOUENCE, qui ne s'intéresse pourtant qu'au rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale, concluait que l'on peut « *distinguer deux modèles théoriques : l'établissement public proprement dit rattaché à une collectivité publique et l'organisme public à caractère corporatif et décentralisé*

⁵⁴⁵ J. C. DOUENCE, *op. cit.*, p. 7

⁵⁴⁶ CE, Avis du 16 juin 1992, *EDCE*, 1992, *la Documentation française*, p. 419

⁵⁴⁷ E. FATÔME, « A propos du rattachement des établissements publics », *Mélanges Moreau, Economica*, 1996, pp. 139-152

⁵⁴⁸ E. FATÔME, *op. cit.*, p. 140

⁵⁴⁹ E. FATÔME et J. MOREAU, « L'établissement public local. Unité et diversité des établissements publics locaux », *AJDA*, 1987, p. 564

qui ne porte pas le même nom que par déficience de la langue juridique »⁵⁵⁰. Dans ce sens, une autre difficulté langagière vient rendre encore plus complexe la notion de rattachement, c'est celle de savoir comment on peut identifier les établissements publics locaux à partir de ce critère. Lorsque les auteurs évoquent les différentes formes de rattachement, ils parlent de collectivité publique et non pas de collectivité territoriale ou de l'État. Sous ce vocable générique se cache, en réalité, une véritable aporie sur la distinction entre établissement public national et établissement public local. Cette dernière catégorie peut recouvrir des structures relevant du niveau national. L'exemple le plus marquant est bien évidemment les établissements publics locaux d'enseignement qui sont définis par le juge comme des « *établissements publics locaux de l'État, nonobstant leur rattachement à une collectivité locale* »⁵⁵¹. Cette position a été réitérée, récemment, dans les conclusions du rapporteur du Conseil d'État en 2015 relatif aux élections municipales de la Crèche et de Corrèze⁵⁵².

Bien que le juge souligne le rôle du critère de rattachement, son application juridique à géométrie variable est aussi mise en échec pour certains établissements publics, notamment les associations syndicales ou l'établissement public de coopération culturelle⁵⁵³. Ainsi, M. A. de BARMOND relève que « *Le législateur a même délibérément refusé de distinguer un niveau de collectivité de rattachement pour les établissements publics de coopération culturelle, afin de ne pas imposer une collectivité prépondérante au détriment de la vocation coopérative de ces établissements. Face à son silence, vous avez aussi dû renoncer à assigner une collectivité de rattachement aux associations syndicales de propriétaires autorisées ou constituées d'office, qui sont ainsi un exemple, singulier à tous égards, d'établissements publics sans rattachement* »⁵⁵⁴. Il n'est alors vraiment pas certain que ce critère puisse identifier, par défaut, un établissement public puisqu'on trouve des exemples d'établissement dépourvu de tout rattachement. En revanche, l'utilisation de ce critère sur le plan constitutionnel apporte un contenu plus précis, ce qu'il convient maintenant d'étudier.

2. La constitutionnalisation du rattachement de l'établissement public : un critère devenu générique

Lorsque l'on évoque le principe de rattachement au niveau constitutionnel, on l'inscrit souvent dans l'application de la répartition de compétence entre le législateur et le pouvoir

⁵⁵⁰ J. C. DOUENCE, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA*, 1971, p. 17

⁵⁵¹ CE, 2 décembre 1994, Conclusions de R. SCHWARTZ, *AJDA*, 1995, p. 40

⁵⁵² CE, 4 février 2015, *Élections municipales de la Crèche*, n°382969 et CE, 4 février 2015, *élections municipales de Corrèze*, n°383019

⁵⁵³ CE, 25 octobre 2004, *Asaro*, n°258540

⁵⁵⁴ M. A. de BARMOND, Conclusion des arrêts de 2015 précités, *RFDA*, 2015, p. 322

réglementaire définie par l'article 34 C, qui attribue la création de catégorie d'établissement public au seul pouvoir législatif. Il n'y a pas de hasard en la matière car le rattachement, comme le terme l'indique, répond à un souci de maintenir l'unité du patrimoine de l'État. En effet, l'origine de ce principe est exactement la même que celle de la spécialité à savoir la nécessité d'empêcher l'apparition de biens de mainmorte. L'objectif est donc d'éviter d'affecter un bien, un actif ou un passif public en dehors de tout contrôle de l'État. On a déjà vu que les catégories d'établissements publics locaux, voire parfois les établissements publics eux-mêmes, étaient tous créés par le législateur. En revanche, est apparue la possibilité de créer des établissements publics nationaux par le pouvoir exécutif, ce qui a fortement inquiété le Parlement sous la III^{ème} République. Comme le remarquait le rapporteur de la commission des lois du Sénat en 1925, « *le fonctionnement de ces organismes créés en dehors de l'autorisation du Parlement, a cependant entraîné soit directement, soit indirectement des charges nouvelles pour les finances publiques* »⁵⁵⁵. Autrement dit, la compétence exclusive du vote du budget du Parlement entraînait en conflit avec la possibilité de détacher des dépenses de l'État par le mécanisme de création réglementaire d'un établissement public. Pour éviter cette dérive, l'article 205 de la loi de finances de 1925, dite loi Queuille, a prévu que « *les établissements publics nationaux ne peuvent être créés que par la loi qui détermine leur objet, les principes de leur fonctionnement, leur confère la personnalité civile et, s'il y a lieu, l'autonomie financière* »⁵⁵⁶. Ainsi, seul le législateur détenait le monopole dans la création d'établissements publics nationaux. Plus tard, la loi de 1948 a marqué un assouplissement remarquable en la matière en autorisant le pouvoir réglementaire à intervenir à nouveau⁵⁵⁷. Au moment de la rédaction du futur article 34 C, le débat s'est focalisé sur l'attribution de la création des entités juridiques nationales dotées de la personnalité morale⁵⁵⁸.

Dans un premier temps, seuls les établissements nationaux étaient concernés dans la mesure où la compétence du législateur avait été remise en question pendant la IV^{ème} République. Comme les membres du Comité consultatif avaient souhaité laisser une capacité d'action au pouvoir exécutif dans la création d'un établissement public national, le débat s'est progressivement porté sur la notion de catégorie et non plus sur la création d'un établissement public. Cependant, l'ensemble des membres a affirmé que la création des établissements publics locaux relevait du Parlement. Il restait toutefois à régler l'attribution de la compétence de création des établissements publics nationaux.

⁵⁵⁵ Commission des finances, *Rapport général*, tome 1^{er}, Recettes, annexe au procès-verbal de la séance du 6 juillet 1925, 1925, p. 81

⁵⁵⁶ Loi du 13 juillet 1925 - budget de l'exercice 1925, *JORF du 14 juillet 1925*, p. 6584

⁵⁵⁷ Loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier, *JORF du 18 août 1948*, pp. 8082-8083

⁵⁵⁸ Pour plus de détail, voir l'étude du Conseil d'État, *Les établissements publics*, 2009, 105 p., p. 31 et s.

Dans cette seconde phase de discussion, il est apparu un désaccord assez net sur la rédaction du futur article 34 C. Certains soutenaient l'insertion des « *modalités de création des établissements publics nationaux* » alors que d'autres estimaient les termes envisagés incorrects. Ils préféraient la notion de catégorie d'établissement public. Au terme d'un vote et d'une retranscription textuelle au demeurant assez floue⁵⁵⁹, c'est la seconde solution qui l'a emportée. Comment expliquer la disparition accidentelle de l'épithète « nationaux » ? On pourrait émettre l'hypothèse que la compétence législative « naturelle » de création des catégories des établissements publics locaux et la conclusion de l'Assemblée générale du Conseil d'État de réserver au pouvoir législatif la création des établissements publics nationaux se sont superposées et ont provoqué l'inutilité de la qualification des catégories d'établissements publics soit de nationaux soit de locaux. Il ressort également que la répartition de la compétence de création des établissements publics est clarifiée dans le sens où le pouvoir législatif conserve une attribution générale de création de toute nouvelle catégorie et le pouvoir réglementaire se voit attribuer la création des établissements publics s'inscrivant dans une catégorie existante. A l'aune de cet éclairage historique, on comprend la nécessité de donner corps à la notion de catégorie en définissant des caractéristiques communes à des établissements publics. La décision du Conseil constitutionnel du 18 juillet 1961 a fixé les critères d'une catégorie de l'établissement dont celui du rattachement. Il considère ainsi que « *doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie, au sens de la disposition susmentionnée, les établissements publics dont l'activité a le même caractère - administratif ou industriel et commercial : et s'exerce, territorialement, sous la même tutelle administrative, et qui ont une spécialité étroitement comparable* ». On peut noter que le critère de rattachement comprend non seulement la tutelle administrative mais aussi un élément d'exercice territorial. Correspond-il au principe administratif de rattachement ? A une certaine période, rien ne permettait de distinguer la tutelle du rattachement en témoigne l'étude sur les établissements publics en 1987 produite par le Conseil d'État. Elle souligne en effet qu'« *en résumé, forment une même catégorie les établissements publics dont l'activité s'exerce territorialement sous une même tutelle (c'est-à-dire celle d'une même collectivité publique, que ce soit l'État, un département, une commune ou un ensemble de collectivités publiques) et qui ont une spécialité analogue* » et ajoute « *qu'en dehors de ces critères qui figurent seuls dans les considérants de principe de[s]*

⁵⁵⁹ Comme le note le Conseil d'État, « *Alors qu'à l'issue d'un vote, la formule « modalités de création d'établissements publics nationaux » avait paru l'emporter sur celles de « création de catégories de personnes morales » et de « catégories d'établissements publics nationaux », c'est cette dernière option qui figure dans la minute d'Assemblée générale. Pour des motifs qui ne sont pas entièrement explicites, le mot « nationaux » a ensuite disparu de la version présentée en réunion interministérielle postérieurement à l'avis du Conseil d'État* », op. cit., p. 32

décisions [du Conseil constitutionnel] (...) »⁵⁶⁰. Il est vrai que, pour reprendre les termes du professeur O. DUGRIP, « la différenciation ainsi opérée entre la tutelle et le rattachement n'a pas une grande portée. En effet, la tutelle ne peut constituer un critère déterminant dans la mesure où tous les établissements publics, même locaux, sont soumis à la tutelle de l'État »⁵⁶¹. On pouvait alors identifier le second à la première.

Toutefois, et seulement trois années plus tard, le Conseil constitutionnel va clairement se référer au principe de rattachement. Le considérant de principe d'abandon du critère issu du type d'établissement public (administratif, industriel et commercial...), a donc été complété et être formulé de la manière suivante : « *Considérant que, pour l'application de ces dispositions, il n'y a pas lieu de retenir parmi les critères déterminant l'appartenance d'établissements publics à une même catégorie la condition qu'ils présentent le même caractère, administratif, industriel et commercial, scientifique et technique, scientifique et culturel ou autre ; qu'il en va ainsi quelle que soit la collectivité territoriale de rattachement d'un établissement public ; que l'indication du caractère de l'établissement ne figure pas davantage au nombre des règles constitutives qui ressortissent à la compétence du législateur* »⁵⁶². Pourquoi a-t-on apporté cette précision pour les collectivités territoriales ? Il s'agit, selon nous, de dissocier le principe de rattachement utilisant la dénomination de local ou de territorial des autres dénominations usuelles de nature réglementaire. Sans cela, le pouvoir réglementaire pouvait intervenir dans le champ des collectivités territoriales et plus spécifiquement dans celui de la coopération. Une deuxième série de décisions constitutionnelles a donc eu pour objectif d'assurer au législateur la plénitude de sa compétence. Cette jurisprudence repose également sur l'article 34 C. Le Conseil ne s'appuie plus seulement sur la notion de catégorie d'établissement public mais sur celle permettant au législateur de déterminer les « *principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources* ». La décision 75-84 L du 19 novembre 1975 a une portée singulière par rapport au principe de rattachement car le juge de la Rue de Montpensier vient expliciter le domaine de la loi en indiquant « *qu'il résulte de cette disposition que, si la détermination du domaine de la tutelle administrative qui s'exerce sur les collectivités locales, ainsi que sur les établissements publics qui leur sont rattachés, relève du domaine de la loi, il appartient au pouvoir réglementaire de répartir, dans les limites ainsi tracées, les pouvoirs de tutelle entre les diverses autorités susceptibles de l'exercer* »⁵⁶³. Autrement dit, le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale est non seulement intégré dans le domaine de la loi mais ce rattachement

⁵⁶⁰ Conseil d'État, *Rapport d'études sur les établissements publics*, EDCE, 1987, p. 18

⁵⁶¹ O. DUGRIP, « La notion de « règles concernant la catégorie des établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *op. cit.*, 1996, p. 378

⁵⁶² Cons. Const., décision 87-150 L du 17 mars 1987

⁵⁶³ Cons. Const., décision 75-84 L du 19 novembre 1975

territorial garantit l'application des dispositions propres aux collectivités territoriales. Le rattachement à une collectivité territoriale d'un établissement public n'est donc pas de nature réglementaire et se différencie donc d'autres formes de rattachement.

En résumé, le principe constitutionnel de rattachement présente suffisamment de stabilité pour identifier, au moins, les établissements publics locaux. Néanmoins, l'apparition de la législation relative au rattachement des collectivités territoriales à un établissement public renverse le critère propre de l'établissement public et vient à nouveau rapprocher la notion d'établissement public local de celle de collectivité territoriale.

B. D'une application complexe aux établissements publics à son application à une catégorie de collectivités territoriales

Le principe du rattachement demeure d'application complexe pour définir les catégories constitutionnelles d'établissement public. Il l'est d'autant plus si l'on cherche à savoir si les groupements de collectivités territoriales constituent une de ces catégories par application de ce critère (1). Confronté à notre objet d'étude, on est même amené à l'inverser dans son application, à savoir que l'on rattache des collectivités territoriales à un établissement public particulier (2).

1. Les groupements de collectivités territoriales : une catégorie constitutionnelle d'établissement public ?

On ne se pose pas véritablement la question de savoir si le groupement de collectivités territoriales forme une catégorie constitutionnelle d'établissement public. Elle est pourtant la question miroir de savoir si le groupement de collectivités territoriales se différencie des collectivités territoriales. Par un parallélisme saisissant, on évoque d'ailleurs sur le plan constitutionnel la catégorie de collectivité territoriale et la catégorie d'établissement public. Nous sommes en présence de deux notions constitutionnelles ayant chacune une définition générique. Ces dernières peuvent-elles en partie se recouper ou sont-elles totalement séparées ? Les critères de distinction entre les deux catégories permettent de répondre à cette question : on peut d'ores et déjà remarquer que le premier trait de différenciation tient dans le fait que les collectivités territoriales sont en partie énumérées dans la Constitution ce qui n'est pas le cas pour les catégories d'établissement public. A cet égard, il serait intéressant de savoir si le

groupement de collectivités territoriales correspond à une catégorie spécifique d'établissement public, ce qui nous permettrait de mettre en évidence les critères propres de la notion de groupements en les identifiant à ceux de la catégorie d'établissement public. Malheureusement, de nombreuses incertitudes voire des difficultés juridiques importantes ressortent au regard de la jurisprudence constitutionnelle face à notre objet d'étude.

Rechercher si le groupement de collectivités territoriales forme une catégorie constitutionnelle d'établissement public revient à savoir s'il remplit les conditions jurisprudentielles dégagées par le Conseil constitutionnel. En ce qui concerne le principe de spécialité, aucun problème majeur ne semble avoir été relevé pour le premier groupement à fiscalité propre que sont les communautés urbaines. Même si les débats portaient davantage sur la nature de cet organisme de coopération urbaine, le choix de l'établissement public permettait de préserver les collectivités communales en opposant la spécialité à la clause de compétence générale. Comme le justifiait le secrétaire d'État A. BORD devant le Sénat, « *Or, malgré l'importance de ses attributions, la communauté urbaine aura une compétence spéciale, nettement délimitée par la loi, les communes conservant toutes les compétences qui ne sont pas expressément transférées à la communauté* »⁵⁶⁴.

En revanche, le principe du rattachement soulevait des difficultés d'un autre ordre ce que ne manquait de rappeler A. BORD en disant que « *On peut sans doute objecter que la communauté urbaine est assez différente des établissements publics traditionnels et en particulier que son rattachement à une personne publique à vocation générale n'est pas très net* »⁵⁶⁵. Le Gouvernement a écarté cette remarque en soulignant que la loi pouvait créer de nouvelles catégories d'établissement public. Sauf que cette conclusion répond à la question de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire et non pas à celle de savoir si la communauté urbaine forme une nouvelle catégorie d'établissement public. Cela est encore d'autant moins évident que le syndicat à vocation multiple ou la création des districts a été l'œuvre du seul pouvoir exécutif par voie de décret-loi ou d'ordonnance. L'exemple le plus marquant est, à ce titre, la création du district de la Région parisienne. L'article 5 prévoyait même que « *Jusqu'au 1^{er} janvier 1964, le Gouvernement pourra, sans préjudice des mesures qu'il est habilité à prendre en vertu de ses pouvoirs réglementaires, procéder par décrets pris en conseil des ministres après avis du Conseil d'État, à toutes mesures touchant à l'organisation et à l'administration de la région de Paris ainsi qu'à toute mesure tendant dans le même but à simplifier l'organisation et l'administration des collectivités territoriales qui composent la région. Il pourra dans la même forme alléger la tutelle*

⁵⁶⁴ A. BORD, Sénat, Débats, 8 novembre 1966, *JORF Sénat* du 9 novembre 1966, p. 1435

⁵⁶⁵ *Ibid.*

administrative à laquelle ces collectivités sont soumises »⁵⁶⁶. La réaction du législateur a été rapide puisque plusieurs propositions de loi sont déposées en vue de supprimer cet article⁵⁶⁷. Lorsque la discussion autour de ces dernières eut lieu au Sénat en 1960, il a bien été souligné la compétence constitutionnelle du Parlement en la matière. Ainsi que le rappelait le rapporteur de ces textes A. FOSSET, « *Que le pouvoir de légiférer accordé au Gouvernement jusqu'à la date de mise en place des institutions ait pu le conduire à s'octroyer dans un domaine, limité, certes, mais dont l'article 34 de la Constitution confie expressément la compétence au Parlement, une prorogation de 5 années de ses pouvoirs, relève d'une interprétation pour le moins audacieuse des dispositions de l'article 92 de cette Constitution* »⁵⁶⁸. Mais il aurait pu être répondu que cette prorogation ne concernait que la création d'un établissement public de coopération locale appartenant à une catégorie préexistante. Après tout, la décision L 61-15 du Conseil constitutionnel définissant les critères de la catégorie d'établissement public avait admis que « *l'Institut des Hautes Études d'outre-Mer, créé par l'ordonnance du 5 janvier 1959, constitue un établissement public de caractère administratif, dont l'activité s'exerce sous la tutelle de l'État et a un objet comparable à celui de nombreux autres établissements publics nationaux d'enseignement supérieur obéissant à des règles communes de fonctionnement et d'organisation* ». La catégorie des établissements publics de coopération pouvait présenter suffisamment de caractéristiques communes pour la considérer ainsi : sa spécialité est analogue en ce sens que cette catégorie exerce des compétences transférées par les collectivités locales, que leur caractère administratif, si l'on maintient ce caractère, est identique et que le rattachement territorial est lié aux entités le composant, à savoir des collectivités territoriales. Néanmoins, la première décision du Conseil L 59-1 se référait aussi à un groupement de collectivités territoriales et a considéré que la régie autonome de transports parisiens était un établissement sans équivalent sur le plan national. Cette jurisprudence étant antérieure aux critères jurisprudentiels constitutionnels, il convient de s'interroger si la spécialité ou le rattachement a justifié cette nouvelle catégorie. On peut écarter très rapidement le premier des deux principes évoqués car l'objet de la RATP présente une analogie certaine avec les syndicats mixtes. En effet, l'exploitation du réseau des transports en commun n'est pas l'apanage de la seule RATP et n'est donc pas unique sur le plan national. En revanche, le rattachement de cet établissement public est singulier. En effet, l'ordonnance 59-151 reprend la construction institutionnelle de la loi de 1948 en rattachant un établissement public local à un syndicat

⁵⁶⁶ Ordonnance 59-272 du février 1959 relative à l'organisation de la Région de Paris, *JORF* du 11 février 1959, pp. 1858-1859

⁵⁶⁷ Proposition de loi n°63 du 2 juin 1959 annexé au procès-verbal de la séance du 10 juin 1959.

⁵⁶⁸ Sénat, Débats, Séance du 10 mai 1960, *JORF Sénat* du 11 mai 1960, p. 170

constitué paritairement entre l'État et les collectivités territoriales du périmètre concerné⁵⁶⁹. La spécificité tient dans la nature de la structure de rattachement. On sait que la RATP est clairement un établissement public de coopération des collectivités territoriales dans le domaine des transports⁵⁷⁰. Ce dernier devrait présenter un rattachement uniquement territorial ou, en d'autres termes, devrait être rattaché à un établissement public composé de collectivités territoriales. Ce n'est pas le cas en raison de la présence de l'État dans l'établissement de rattachement. Or le principe de la représentation des collectivités territoriales par voie d'élection au sein des organismes d'administration fait partie des règles constitutives afférentes à la création de catégories particulières d'établissements publics⁵⁷¹. On peut donc supposer que la représentation des collectivités publiques introduit la composition de l'établissement public comme critère d'identification d'une catégorie d'établissement public. Par voie de conséquence, le groupement de collectivités territoriales peut alors être caractérisé par une modalité du principe de rattachement liée à la représentation des collectivités membres. Cependant, certains établissements de coopération ne présentent pas de rattachement à l'instar des établissements publics de coopération culturelle et ... du syndicat des transports parisiens ! Il est d'ailleurs curieux de constater que ce dernier présentait un rattachement à l'État dans la loi de 1948 mais qu'il a été complètement abandonné en 1959⁵⁷². Par analogie, l'EPCC est confronté à la même problématique⁵⁷³.

Mettre en exergue la composition de l'établissement de rattachement ou de la pluralité des collectivités de rattachement a pour conséquence immédiate d'introduire un paradoxe juridique puisque le rattachement d'un établissement public doit se faire au regard d'une personne morale. Il semble difficile de comprendre qu'un rattachement puisse donc concerner plusieurs personnes morales. On peut essayer de lever cette difficulté en affirmant que le rattachement s'applique à ces établissements *« dès lors qu'ils exercent des activités qui ne sont pas « les leurs », mais qui entrent dans les attributions des collectivités qu'ils regroupent et, que pour cette raison, ils sont administrés au moins en partie par des représentants de ces*

⁵⁶⁹ Ce syndicat fera lui aussi l'objet d'une demande de nature juridique des dispositions le concernant. Le Conseil reprendra le même considérant que pour la RATP. Or il avait déjà développé ses critères d'identification d'une catégorie d'établissement public. Il est à noter que la personnalité morale est une règle constitutive de création d'un établissement public, Décision 67-47 L du 12 décembre 1967

⁵⁷⁰ L'article 11 de la loi 48-504 relatifs à la composition du conseil d'administration et l'affectation des biens confirment la nature purement locale de cet établissement.

⁵⁷¹ Cons. Const., décision 64-29 L du 12 mai 1964

⁵⁷² Nous ne pouvons que suivre la position du professeur E. FATÔME lorsqu'il constate qu'*« il existe des hypothèses dans lesquelles aucun élément n'est déterminant ni dans un sens ni dans un autre et où, par conséquent, le juge est obligé d'opter pour une qualification sans réellement pouvoir la justifier »*, op. cit., p. 150

⁵⁷³ Par exemple, M. ROGEMONT, *Rapport de l'Assemblée nationale n°3265 relatif à la création des EPCC*, AN, 2001, p. 14

collectivités, ils leur sont nécessairement rattachés »⁵⁷⁴. On ne fait alors que calquer ce rattachement sur celui des établissements publics classiques en admettant la représentation des collectivités membres forme une unité au même titre qu'une personne morale. On se rapproche aussi nettement du rattachement technique, qui vise à déterminer les règles applicables pour l'établissement public visé.

Quoi qu'il en soit, le groupement de collectivités territoriales présente la particularité d'être à la fois une catégorie spécifique d'établissement public par l'application du principe de rattachement tout en mettant en évidence les limites de ce critère. Il apparaît donc très difficile de lui appliquer le critère de rattachement en raison des nombreuses incertitudes qui l'entourent. Comme le conclut E. FATÔME, *« c'est dire la complexité de la matière, complexité qui permet de douter de la possibilité de faire de la notion de rattachement, comme le fait le Conseil constitutionnel, un des deux critères de l'appartenance d'un nouvel établissement à une catégorie préexistante ! »*⁵⁷⁵. Elle est d'autant plus complexe que le critère de rattachement peut s'appliquer aussi aux collectivités territoriales.

2. Un critère à front renversé : du rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale au rattachement des communes à un établissement public à fiscalité propre

Certains établissements publics présentent une spécificité étonnante au regard du principe de rattachement : des collectivités territoriales peuvent leurs être rattachées. Certes, on a déjà remarqué qu'un établissement public pouvait être rattaché à un autre établissement public. Mais le rattachement d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre renverse complètement le principe en raison de la généralité de ce rattachement sur le plan national. Ces deux mécanismes juridiques sont-ils de même nature ou sont-ils totalement différents ?

S'ils sont de même nature, l'application du principe de rattachement indistinctement à la collectivité territoriale ou à l'établissement public viendrait à rendre encore plus floue la distinction entre ces deux structures juridiques. Dans le second cas, il demeurerait un critère propre de l'établissement public permettant de maintenir la différenciation entre ces deux personnes publiques. Le principe de rattachement d'une collectivité territoriale à un établissement public devra être analysé de façon approfondie et savoir s'il est applicable à toute collectivité territoriale ou à une catégorie spécifique.

⁵⁷⁴ E. FATÔME, *op. cit.*, p. 147

⁵⁷⁵ E. FATÔME, *op. cit.*, p. 154

L'apparition du rattachement d'une collectivité territoriale à un établissement public a une double origine législative. La première et la plus ancienne, ne fait pas référence expressément au principe de rattachement mais introduit l'unicité d'appartenance d'une commune à un établissement public de coopération à fiscalité propre⁵⁷⁶. Cette limitation à l'association des collectivités territoriales a pour effet de mettre en évidence le lien fiscal entre les communes et leur établissement public à fiscalité propre d'appartenance. Certes, l'appartenance d'une commune à un seul établissement public n'en fait pas, *de facto*, un critère identique à celui du rattachement car ils n'induisent pas initialement les mêmes conséquences juridiques. Il n'en demeure pas moins que le premier élément de rapprochement entre les deux notions réside dans la relation née de la présence de deux entités prélevant l'impôt sur un même territoire. La portée juridique de l'appartenance reste toutefois beaucoup plus faible que le rattachement car ce dernier suppose toujours une structure juridique à laquelle l'établissement public est lié.

Cette deuxième étape sera franchie par l'article L. 5210-1-2 du CGCT⁵⁷⁷ dont l'objectif est d'assurer une couverture intégrale et rationalisée du territoire par des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. Cette disposition est intéressante non seulement par l'extension du principe de rattachement aux communes mais également par la jurisprudence constitutionnelle qui en a résulté.

D'une part, le législateur a considéré qu'une commune ne peut rester isolée et que l'autorité préfectorale, constatant ce cas, « *rattache par arrêté cette commune à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, après accord de l'organe délibérant de ce dernier et avis de la commission départementale de la coopération intercommunale* »⁵⁷⁸. Le terme de rattachement est employé à plusieurs reprises dans ce texte et correspond, sur le plan formel, au critère de rattachement. En effet, le principe de rattachement à un établissement public d'un autre établissement public ne présente pas de difficulté majeure. Mais la principale innovation est d'introduire un rattachement d'une collectivité territoriale à un établissement public de coopération. Le parallélisme entre ce rattachement et celui que l'on a étudié est alors frappant. Certes, on pourrait dire que le rattachement ne concerne pas toutes les communes puisque des dérogations existent. Mais il est tout aussi vrai qu'il existe des dérogations pour le rattachement de certains établissements publics.

⁵⁷⁶ On rappelle que l'article L. 5210-2 du CGCT précise qu'« *une commune ne peut appartenir à plus d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre* ».

⁵⁷⁷ Cet article est dorénavant abrogé depuis la décision 2014-391 QPC du 25 avril 2014

⁵⁷⁸ Cf. article L. 5210-1-2 du CGCT

Il est utile de préciser que le rattachement d'une commune à un EPCI à fiscalité propre ne constitue pas une atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales dans la mesure où il est, lui-même, un objectif d'intérêt général⁵⁷⁹. Néanmoins, l'abrogation de l'article L. 5210-1-2 du CGCT résulte du non-respect du principe de libre administration, qui nécessite une consultation de la commission départementale de coopération intercommunale et des collectivités intéressées. Cette consultation sera la motivation de l'évolution de la législation relative au rattachement des communes. La même argumentation a été reprise lors du rattachement d'une commune nouvelle à un EPCI à fiscalité propre⁵⁸⁰. Dès lors, le rattachement d'une commune à un EPCI à fiscalité propre peut être assimilé à une règle générale au même titre que le rattachement d'un établissement public à une collectivité territoriale ou à un autre établissement public.

La principale différence de ce rattachement par rapport au rattachement classique de l'établissement public est son caractère territorial. Son objet est d'assurer une couverture intégrale en EPCI à fiscalité propre du territoire national ce qui le différencie de l'établissement public, dont le rattachement est lié à la collectivité d'origine. Si le principe de rattachement présente l'intérêt d'être un critère propre à l'établissement public, il reste que son contenu semble difficile à être identifié en raison de sa proximité avec celui de tutelle. En faisant abstraction de cet élément, il s'efface même progressivement en tant que critère de distinction spécifique dans la mesure où une collectivité territoriale peut-être rattachée également à un établissement public, et en particulier, un groupement donné, celui à fiscalité propre.

A travers les différents critères juridiques classiques d'identification de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, on s'aperçoit de la difficulté à saisir ces notions administratives. L'EPCI à fiscalité propre, structure mi-collectivité territoriale, mi-établissement public, n'est pas étranger à cette situation d'autant plus qu'il représente un contingent important. On a remarqué, à plusieurs reprises, que le niveau constitutionnel influence aussi les notions administratives. C'est la raison pour laquelle il convient d'étudier les caractères juridiques de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales.

⁵⁷⁹ Cf. Cons. Const., décision n°2013-315 QPC du 26 avril 2013

⁵⁸⁰ Cons. Const., décision 2016-588 QPC du 21 octobre 2016

Chapitre 2 : Les caractères constitutionnels des groupements de collectivités territoriales

La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales met à l'épreuve les critères usuels de distinction entre la collectivité territoriale et l'établissement public. Comme l'a écrit J. M. PONTIER, « *Quelle que soit la manière dont on retourne le problème, on éprouve de plus en plus de difficultés à distinguer la collectivité de l'établissement public territorial de coopération* »⁵⁸¹. Toute la question est donc de savoir comment aborder les caractères juridiques du groupement. Comprendre les raisons de l'existence de cette structure au niveau de la norme fondamentale semble être une piste intéressante permettant d'identifier une nouvelle approche des critères de distinction entre une collectivité territoriale et l'établissement public de coopération intercommunale.

Le groupement de collectivités territoriales est né de l'inadaptation des périmètres d'exercice des compétences d'une catégorie de collectivités territoriales, celle des communes. Ce point de départ nous incite à prendre en compte deux éléments : les modalités de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales et la réponse institutionnelle à l'étroitesse de la commune. Le premier point renvoie immédiatement à l'aspect fonctionnel des structures juridiques et le second fait dépendre la création d'un nouvel organisme constitutionnel par rapport à une autre institution constitutionnelle. Dans les deux cas, l'approche fonctionnelle est à la base des critères que l'on pourrait mettre en évidence. Toutefois, la Constitution n'est pas muette sur la répartition des compétences puisqu'elle confie au législateur, et donc à la loi, le soin de réaliser cette distribution des tâches. Il en résulte une contradiction constitutionnelle initiale en faisant reposer l'existence de nouveaux critères constitutionnels de distinction entre le groupement et les collectivités territoriales sur la base d'une notion relevant constitutionnellement de la loi. Le phénomène de l'administrativisation de la Constitution permet d'expliquer cette transformation des structures juridiques fonctionnelles administratives en structures juridiques fonctionnelles constitutionnelles. Dans

⁵⁸¹ J. M. PONTIER, *La décentralisation française*, op. cit., p. 59

ce sens, il conviendra de voir comment la notion de groupements est devenu une seconde expression constitutionnelle de la structure fonctionnelle (Section 1).

Conséquence de sa nature fonctionnelle, le groupement présente une autre particularité en lien avec la structure constitutionnelle de base, c'est le fait qu'il réponde à la faiblesse institutionnelle des communes pour l'exercice d'un certain nombre de compétences. Souvent, les communes se sont regroupées dans un organisme de coopération intercommunale pour trouver un périmètre suffisant permettant l'exercice plein et entier d'une mission donnée. Ce mécanisme de transfert d'une compétence d'une collectivité territoriale à un organisme territorial plus large que celui de chacune des structures membres relève bien évidemment de la notion de centralisation ou de son antonyme la décentralisation. Le caractère centralisateur de la notion de groupements sera ce second trait spécifique à ce type de structure (Section 2).

Section 1 : Les groupements de collectivités territoriales, seconde expression constitutionnelle de la structure fonctionnelle

Comme le relevait M. BOURJOL, « *l'approche fonctionnelle – imprégnée de rationalité technocratique – laisse une impression d'insatisfaction, car elle n'explique pas pourquoi, malgré les moyens employés, la politique de regroupement des communes s'est soldée par une série d'échecs* »⁵⁸². Le groupement de collectivités territoriales s'inscrit naturellement dans ce cadre fonctionnel et il apparaît maintenant comme la solution alternative au regroupement communal. Cependant, cette forme d'intégration des communes au sein d'un groupement a-t-elle une réalité sur le plan constitutionnel ? Tout au plus, on peut dire que l'article 34 C confère au législateur le soin de créer toute catégorie d'établissement public et que le groupement y appartient en tant que catégorie d'établissement public. Il n'y aurait donc pas d'espace pour une analyse constitutionnelle d'une autre forme de structure fonctionnelle. Il nous semble plutôt que la question constitutionnelle des structures fonctionnelles (§1) apporte à la notion de groupements de collectivités territoriales une portée juridique fondamentale : cette dernière représente un second type de structures fonctionnelles en droit constitutionnel français (§2).

§1. De la question constitutionnelle des structures fonctionnelles

Il ne paraît pas évident d'admettre au niveau constitutionnel l'émergence des structures fonctionnelles, compte tenu de leur origine purement administrative (A). Cependant, le problème fonctionnel de l'organisation territoriale représentée notamment par l'émiettement communal va lui assurer une dimension constitutionnelle (B).

⁵⁸² M. BOURJOL, « L'intercommunalité réflexion autour d'un mythe », in *Études offertes à J. M. AUBY*, 1991, p. 381

A. La structure fonctionnelle : un concept juridique d'origine administrative

Le groupement de collectivités territoriales a, comme nous l'avons étudié, une origine administrative indéniable. De nombreux auteurs de droit administratif ont réfléchi sur la nature des établissements publics de coopération intercommunale⁵⁸³. Cependant, ces analyses s'appuyaient sur les critères usuels précédemment étudiés et concluaient fréquemment sur la nécessité de clarifier la nature administrative de l'établissement public territorial. Ainsi, A. de LAUBADERE terminait son article sur la distinction entre établissement public et collectivités territoriales de la manière suivante : *« ce qui nous paraît critiquable, c'est de créer des institutions qui, dans l'intention même des pouvoirs publics, correspondent à la notion de collectivités territoriales et de les affubler de la qualification d'établissements publics pour des raisons de pure opportunité politique, telles que le souci d'apaiser les inquiétudes locales ou encore celui d'éviter systématiquement toute collectivité territoriale nouvelle »*⁵⁸⁴. P. MOZOL, quarante années plus tard, constate, dans des termes similaires, les problèmes posés par l'approche administrative pour qualifier le groupement en écrivant qu'*« Au-delà de la question relative au fondement théorique et aux critères sur lesquels repose désormais la distinction entre ces dernières en dehors du seul élément tiré du rattachement, [ces deux catégories de personnes publiques] interrogent également le droit prospectif sur la possible et éventuelle évolution des EPCI à fiscalité propre vers le statut de collectivité territoriale »*⁵⁸⁵. Il est paradoxal d'aboutir à une conclusion doctrinale identique alors que de nombreux nouveaux groupements ont été créés ou que les régimes juridiques des groupements existants en 1967 ont été profondément modifiés.

A l'instar de la doctrine, il semble que le législateur bute sur cette même difficulté théorique à savoir si les groupements de collectivités territoriales appartiennent, pour reprendre la terminologie de C. EISENMANN⁵⁸⁶ à l'Administration-fonction (ou activité) ou à l'Administration-institution. Comme ce dernier le précise, l'Administration-institution s'attache à connaître les règles d'organisation du corps de l'Administration et la seconde s'intéresse aux règles qui définissent les tâches de l'Administration. Il note aussi que *« la discipline droit administratif ne s'est à aucune époque édifiée, construite sur la pierre administration – activité ou fonction – mais toujours sur la pierre Administration – institution ou appareil. Et ainsi s'est-*

⁵⁸³ L'article d'A. de LAUBADERE reste, à ce titre, d'une actualité étonnante.

⁵⁸⁴ A. de LAUBADERE, *op. cit.*, p. 447

⁵⁸⁵ P. MOZOL, « Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ou les vicissitudes d'une distinction en voie d'effondrement théorique », *RFDA*, 2016, p. 1143

⁵⁸⁶ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 98

elle définie, c'est-à-dire délimitée, elle-même »⁵⁸⁷. Autrement dit, le fondement du droit administratif repose essentiellement sur le point de vue institutionnel ou structurel. En conséquence, C. EISENMANN a cherché à théoriser de manière générale sur les organismes administratifs dans ses cours de droit administratif repris dans son article, sous forme synthétique, « *les structures de l'administration* »⁵⁸⁸.

Il identifie deux problématiques auxquelles il rattache deux types d'organismes : « *nous choisirons de désigner ces deux structures respectivement par les expressions de « structure fonctionnelle » et de « structure territoriale »* »⁵⁸⁹. En ce qui concerne la structure fonctionnelle, le traducteur de H. KELSEN, considère qu'elle répond au problème de savoir « *à combien d'appareils, d'organes, de corps administratifs distincts, cet ensemble de tâches va-t-il être confié (si l'on envisage le point de vue du législateur) ou est-il confié (si on adopte le point de vue de l'analyse du Droit positif) ?* ». Il pense qu'il existe deux solutions-types : la première consiste à confier l'ensemble de ces missions à un seul corps administratif dite *solution unitaire* et la seconde permet la division et la distribution de ces tâches entre plusieurs organes distincts dite *solution pluralitaire*. En résumé, il estime que la nature de la structure fonctionnelle est, par essence, une mission administrative institutionnalisée et qu'elle peut être soit confiée à un organe unique (unité fonctionnelle) soit divisée entre différents organes de même nature (division fonctionnelle). Il prend ensuite l'exemple français du milieu du XX^{ème} siècle pour caractériser ces deux structures. On ne s'étendra pas longuement sur les structures fonctionnelles unitaires puisqu'il s'agit essentiellement des administrations ministérielles ou l'architecture interne des collectivités territoriales ou de leurs groupements (organisation interne des collectivités, directions générales nationales...). Les groupements et les collectivités territoriales peuvent être concernés, à ce titre, par la structuration d'un service commun entre l'EPCI et une ou plusieurs communes pour l'exercice d'une compétence partagée entre les deux organismes. Néanmoins, cela ne présente pas un intérêt majeur pour la compréhension de la nature du groupement.

La seconde catégorie, quant à elle, nous intéresse pleinement puisqu'il s'agit de l'étude des « *Administrations d'État non-ministérielles : les services ou établissements « autonomes »* »⁵⁹⁰. C. EISENMANN fait une analyse succincte de ces établissements publics nationaux, ordres professionnels et autres institutions exécutant une mission de service public. Il y intègre également les établissements des collectivités locales. Malgré cet élargissement, la raison principale du faible intérêt de C. EISENMANN pour ces organismes tient dans le fait

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 99

⁵⁸⁸ C. EISENMANN, « Les structures de l'Administration », in *Traité de science administrative*, 1966

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 267

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 314

que « les tâches de ces administrations non-ministérielles – apparaissent beaucoup plus limitées – et par conséquent beaucoup plus homogènes »⁵⁹¹. Il est vrai que les groupements de collectivités territoriales, les plus nombreux, répondaient à une spécialisation dans un ou plusieurs services publics (électrification en milieu rural, collecte et traitement des ordures ménagères, gestion d'un équipement commun...). En revanche, les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre apparaissaient tout justes. Les districts urbains, nés en 1959, et les communautés urbaines, en discussion à cette époque au Parlement, représentaient par conséquent une part minime de ces organismes. Dès lors, la théorisation opérée en 1966 autour de ces structures reste assez limitée par rapport au développement ultérieur de ces organismes de coopération. Il n'en demeure pas moins que la notion de structure fonctionnelle correspond tout à fait à la nature des groupements de collectivités territoriales.

Premièrement et c'est l'apport essentiel de la théorie de C. EISENMANN, ces institutions sont définies par les fonctions qui leurs sont attribuées. En appliquant les critères de la structure fonctionnelle au groupement, on remarque que celui-ci s'inscrit totalement dans cette catégorie. Par exemple, la loi du 31 décembre 1966 relative aux Communautés urbaines présente une architecture fonctionnelle. Ainsi, les articles 1^{er} à 3 de ladite loi créent un type d'établissement public correspondant à une strate démographique (agglomérations de plus de 50 000 habitants) avant d'énumérer les compétences transférées dans les articles 4 à 7 et 10 à 13⁵⁹². En d'autres termes, la Communauté urbaine est définie par les compétences qu'elle exerce sur un territoire caractérisé d'un point de vue géographique et démographique. Ce n'est qu'ensuite qu'il est procédé aux règles de fonctionnement interne du groupement. La loi du 12 juillet 1999 relative aux autres groupements présente la même logique : chaque EPCI est défini sur des critères démo-géographiques et le texte législatif énumère ensuite les différentes compétences exercées⁵⁹³. La seule modification tient à l'insertion de deux sections relatives à l'organe délibérant (composition et indemnités des représentants)⁵⁹⁴. Dernier exemple de la nature fonctionnelle du groupement, c'est la logique retenue dans la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République créant de nombreux groupements de collectivités territoriales. Elle concerne à la fois l'administration déconcentrée et la coopération locale, c'est-à-dire, et pour l'essentiel, les établissements publics de coopération entre collectivités territoriales. L'article 1^{er} de cette loi est l'expression même de ces structures fonctionnelles

⁵⁹¹ *Ibid.* Il y consacre dans son étude deux fois moins de pages qu'aux administrations ministérielles.

⁵⁹² Les compétences obligatoires (article 4), optionnelles (article 5), facultatives (article 6) sont ainsi listées ou ouvertes à un transfert vers la structure intercommunale, Loi 66-1069 du 31 décembre 1966, *JORF du 4 janvier 1967*, p. 99 et s.

⁵⁹³ Loi 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF du 13 juillet 1999*, p. 10361 et s.

⁵⁹⁴ Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur cette évolution lorsque nous aborderons la dimension démocratique du groupement.

unitaires et pluralitaires. En effet, il dispose que « *L'administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'État. Elle est organisée, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, de manière à mettre en œuvre l'aménagement du territoire, à garantir la démocratie locale et à favoriser la modernisation du service public* »⁵⁹⁵. Or les collectivités territoriales sont abordées principalement sous l'angle de la coopération et des compétences exercées par la création de nouveaux EPCI ou la modification des dispositions des groupements existants⁵⁹⁶. Faire la synthèse des structures de coopération et des services déconcentrés dans l'expression « *administration territoriale de la République* » revient, selon nous, à confirmer la théorie des structures fonctionnelles. En effet, « *les administrations civiles et les services déconcentrés* »⁵⁹⁷ se réfèrent explicitement aux administrations ministérielles. Quant aux organismes de coopération locale, ils correspondent parfaitement aux structures autonomes. Ainsi, les groupements de collectivités sont, au-delà du titre II qui traite de la démocratie locale, les seuls concernés par l'approche retenue dans ce texte. Il faut savoir que les objectifs de l'administration territoriale appartiennent uniquement au champ des structures fonctionnelles, à savoir l'aménagement du territoire et la modernisation des services publics⁵⁹⁸. Ceci est non seulement confirmé par l'article 2 de la loi puisqu'il évoque la répartition des missions mais surtout par l'énumération des compétences qui peuvent être exercées par chacun des groupements listés dans le titre relatif à la coopération locale⁵⁹⁹. Si ce texte fait un rapprochement entre la déconcentration et la décentralisation fonctionnelle, il paraît utile de préciser, à ce stade de notre analyse, qu'il convient de bien distinguer ces deux notions de la théorie des structures fonctionnelles⁶⁰⁰.

Deuxièmement et c'est un critère nécessaire, le groupement, par l'intermédiaire de la qualification d'établissement, bénéficie de la personnalité juridique, ce qui ressort comme critère usuel de distinction entre organe déconcentré et organe décentralisé. Rien de plus classique que ce critère administratif lorsque l'on parle d'administration distincte de l'organe suprême à savoir l'État ou la collectivité territoriale. C. EISENMANN caractérise l'établissement autonome par le fait que « *Ce statut leur confère une existence d'unité juridique*

⁵⁹⁵ Loi 92-125 du 6 février 1992, *JORF* du 8 février 1992, p. 2064 et s.

⁵⁹⁶ Le titre II relatif à la démocratie locale a un lien avec la structure fonctionnelle et sera analysée dans le titre second de cette deuxième partie.

⁵⁹⁷ L'article 2 al. 1 de la loi 92-125 dispose que « *Placées sous l'autorité du Premier ministre et de chacun des ministres, les administrations civiles de l'État se composent d'administrations centrales et de services déconcentrés.* »

⁵⁹⁸ Le second objectif n'est pas spécifique à un type de structure puisqu'il vise à garantir la démocratie locale.

⁵⁹⁹ Pour prendre un seul exemple et on renvoie le lecteur à l'ensemble des dispositions relatives à la coopération locale, les ententes régionales « *exercent les compétences énumérées dans la décision institutive aux lieux et places des communes* ».

⁶⁰⁰ Cf. développements dans cette section B.2

*distincte, à laquelle correspond – dans les limites que nous envisageons – une certaine autonomie d'action appuyée sur la détention d'un patrimoine de biens propres – propres en ce sens qu'ils sont affectés et que leurs organes en ont le pouvoir de gestion, les gère avec plus ou moins de liberté, au minimum dans les limites de l'Administration »*⁶⁰¹. Ce minimum de liberté pour les groupements de collectivités territoriales est identifié à celui des collectivités territoriales, c'est-à-dire que le CGCT prévoit l'application des règles de fonctionnement des conseils municipaux à l'organe délibérant de l'EPCI. Cependant, il définit aussi les règles générales relatives au transfert de compétences c'est-à-dire la manière dont les services municipaux et communautaires peuvent être organisés pour l'exercice des compétences (mise à disposition de biens, services communs...). Contrairement aux règles précédentes, ces dispositions sont spécifiques aux EPCI et ne sont pas issues du corpus juridique communal, ce qui est la marque de la nature fonctionnelle de ces organismes. En outre, il paraît important de comprendre que les dispositions fiscales et financières ainsi que celles relatives au développement et à la solidarité en milieu rural ne sont que la conséquence de la création des règles relatives aux groupements de collectivités territoriales. Ainsi, la loi n° 92-125 relative à l'administration de la République développe dans son titre consacré à la coopération locale les dispositions fiscales et financières de chaque type d'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre créé (communauté de communes, communauté de villes) ou renforce celles de structures existantes (communauté urbaine et district) sans renvoi vers les dispositions des communes⁶⁰².

Dernièrement et comme le précise C. EISENMANN, *« ces unités ne sont pas pleinement autonomes, c'est-à-dire d'une action pleinement indépendante, du moins sur le plan administratif – car il va de soi que dans tout État constitutionnel elles ne sont indépendantes que dans les limites tracées par les règles de fond de la loi »*⁶⁰³. La particularité du groupement de collectivités territoriales réside dans l'attribution d'une capacité d'action propre de son assemblée délibérante. Du fait du statut d'établissement public, le principe de spécialité induit le dessaisissement de la compétence transférée des communes membres et le caractère exclusif de l'exercice de ladite compétence par l'EPCI. Bien que les structures fonctionnelles de l'État unitaire soient bien sûr déterminées par la loi, il paraît difficile de laisser une autonomie complète à ces organismes au point de remettre en cause l'intérêt de l'État ou, cela est une

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 314

⁶⁰² Par exemple et symboliquement, le premier article fiscal de la loi 92-125 dispose notamment que *« les communautés de villes sont substituées aux communes membres pour l'application des dispositions relative à la taxe professionnelle, à l'exception des I et II des articles 1648 A et 1648 AA ainsi que des 1o et 3o du II de l'article 1648 B. Elles perçoivent le produit de cette taxe »*. Il n'y a plus de renvoi mais un remplacement de la structure prélevant l'impôt sur les entreprises par le groupement.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 314

spécificité du groupement, celui des collectivités membres. Ces structures fonctionnelles, émanant également des collectivités territoriales, disposent, certes, d'une autonomie réelle mais sont doublement limitées par la préservation des intérêts des collectivités membres et de l'État. La loi a d'abord laissé une grande marge de manœuvre aux collectivités avant de mettre en place un régime juridique des transferts de plus en plus strict et défini pour garantir l'intérêt de l'État. Dans le cadre de la première série de lois sur la décentralisation, on doit souligner que la répartition des compétences s'est effectuée entre l'État et les collectivités territoriales en précisant les garanties accordées et les modalités de mise en œuvre. En revanche, lorsque la discussion parlementaire a abordé le transfert d'une compétence vers un organisme de coopération intercommunale, toute latitude est laissée aux collectivités pour acter ce transfert. Les sénateurs avaient même proposés d'insérer un amendement permettant aux communes de se prononcer à la majorité mais le gouvernement avait préféré retenir la version initiale du texte. Il reste que la commission mixte paritaire a admis la nécessité de préserver la volonté des communes de transférer la compétence en acceptant un amendement demandant l'accord de l'organe délibérant du groupement⁶⁰⁴. Aucune autre modalité technique ou juridique n'était envisagée en dehors de ce principe, qui prenait sa source dans la volonté sénatoriale de distinguer les collectivités territoriales des établissements publics territoriaux⁶⁰⁵. Inversement, la loi de 1992 instaurant la fiscalité professionnelle unique a introduit non seulement une liste des compétences à l'image des communautés urbaines mais aussi un mécanisme financier d'évaluation des charges transférées⁶⁰⁶. La dernière loi dite NOTRe, datant de 2015, a encore accru son emprise sur les transferts des collectivités vers les groupements en réduisant la liberté des collectivités territoriales dans ce domaine⁶⁰⁷. En résumé, le groupement, en tant que structure fonctionnelle, voit une évolution statutaire liée à des objectifs définis par l'État. La rationalisation de la répartition des compétences au sein des collectivités territoriales va être le fil conducteur des grandes évolutions des différents statuts des groupements de collectivités territoriales. Cependant, le législateur va se heurter aux garanties constitutionnelles accordées aux collectivités territoriales en développant le rôle des groupements. Ces derniers, étant des

⁶⁰⁴ Le texte final de l'article 6 de la loi 83-8 ajoute seulement à la rédaction initiale du premier alinéa « *sur décision de l'organe délibérant* » du groupement de collectivités territoriales, ce qui montre la nécessité de respecter la volonté des communes de transférer ladite compétence ou de l'organe de coopération ayant déjà fait l'objet de ce transfert.

⁶⁰⁵ P. GIROD, *Rapport n°16 relatif à la répartition des compétences*, Sénat, annexé à la séance du 7 octobre 1982, Tome I, pp. 63-67 et plus spécialement p. 65.

⁶⁰⁶ Les articles 71 et 73 relatifs aux compétences exercées ainsi que l'article 94 relatif à l'introduction d'un transfert de la taxe professionnelle unique à un groupement de la loi ATR du 6 février 1992 déterminent plus précisément les transferts obligatoires et optionnels ainsi que les modalités financières d'évaluation des charges.

⁶⁰⁷ Pour prendre un exemple, la communauté de communes devait exercer, à sa création, deux compétences obligatoires et une compétence optionnelle parmi quatre présentées. La loi NOTRe multiplie mathématiquement quasiment par trois le nombre de compétences à transférer : elle exige ainsi cinq compétences obligatoires et trois compétences optionnelles sur neuf groupes possibles.

structures fonctionnelles, n'ont *a priori* pas de rapport direct avec l'organisation territoriale et encore moins au niveau constitutionnel. Cette approche fonctionnelle apporte un éclairage tout à fait intéressant sur la nature des organismes de coopération et met exergue une problématique fonctionnelle des structures territoriales. On recherche à résoudre par le transfert des compétences à un organisme de coopération locale le problème du nombre de collectivités territoriales, notamment celui des communes. Dans ce sens, on se retrouve devant une solution fonctionnelle issue d'un problème né de l'architecture territoriale communale. On peut s'interroger sur le fait de savoir s'il existe une dimension constitutionnelle à cette solution fonctionnelle de l'organisation territoriale.

B. La dimension constitutionnelle de la solution fonctionnelle de l'organisation territoriale

Le groupement de collectivités territoriales, en tant que solution institutionnelle fonctionnelle et réponse à un problème de l'organisation territoriale française, présente un double ancrage dans le droit administratif. Pour mettre en exergue la dimension constitutionnelle de l'organisation territoriale, il convient de ne pas la réduire à la décentralisation administrative (1) et de la différencier de la notion controversée de décentralisation fonctionnelle (2).

1) L'organisation territoriale : un problème constitutionnel plus large que la décentralisation administrative

L'organisation des institutions locales françaises est une problématique complexe qui ne peut se résumer dans la seule analyse du droit administratif. On peut, certes, partir d'un point de vue fonctionnel et s'intéresser aux actes et aux attributions effectives des collectivités territoriales. Dans ce cadre, la répartition et l'exercice des compétences confiées à ces structures deviennent prépondérants. Ceci induit aussi que le groupement n'apparaît pas comme un élément déterminant dans la mesure où seuls les organes constitutionnels locaux concernés sont les collectivités territoriales⁶⁰⁸. De surcroît, le groupement, en tant qu'établissement public, ne peut se voir confier une compétence propre et devient une simple modalité organique de fonctionnement des collectivités territoriales. On neutralise, par voie de conséquence, la notion constitutionnelle de groupement par son origine administrative. Cette analyse n'est pourtant pas

⁶⁰⁸ Le Sénat s'est opposé à un transfert direct vers des établissements publics territoriaux, comme nous l'avons précédemment étudié dans le paragraphe précédent, sur le fondement constitutionnel que seules les collectivités territoriales pouvaient bénéficier de ces transferts.

la seule à devoir être prise en considération : celle de la structure des appareils administratifs met en exergue une problématique relevant, par définition, de la norme fondamentale. Comme le note F. P. BÉNOIT, « *L'administration locale n'est donc pas un simple problème d'aménagement interne de l'État de caractère technique. C'est le résultat d'une lutte entre des forces sociologiques opposées quant à l'aménagement d'une société politiquement organisée. La notion d'administration locale est donc à mettre intellectuellement sur le même plan que la notion d'État* »⁶⁰⁹. Comment pouvons-nous transcrire en termes juridiques cette opposition sociologique ? Les écrits constitutionnels de C. EISENMANN sont particulièrement enrichissants en ce domaine. Il estime que deux grandes questions intéressent le droit constitutionnel : la première se résume dans l'interrogation de savoir par qui et comment le pouvoir est-il exercé et la seconde s'intéresse à la structure de l'appareil étatique à savoir si le Gouvernement est seul ou s'il existe plusieurs gouvernements locaux à côté de l'autorité centrale. Bien qu'il souligne que « *les deux problèmes concernent également l'un et l'autre, l'organisation gouvernementale au sens large, puisque ce sont des problèmes de droit constitutionnel, mais ils en concernent des aspects essentiellement différents ; les deux problèmes se situent sur deux plans différents, ils engagent des perspectives et se rapportent à des phénomènes tout à fait autres* »⁶¹⁰. Il est évident que le groupement de collectivités territoriales relève de la structuration de l'appareil étatique mais il présente une particularité constitutionnelle nouvelle. En effet, il ne fait pas partie de la liste des collectivités décentralisées au même titre que la région, le département ou la commune. Cela n'implique pas qu'il n'appartient pas aux organismes locaux décentralisés puisqu'il est composé de collectivités territoriales. Mais sa présence dans la norme fondamentale ne peut uniquement reposer sur cette appartenance indirecte car le législateur pourrait alors l'intégrer dans la catégorie constitutionnelle des collectivités territoriales créées par la loi. Il n'est donc pas une structure territoriale puisque le législateur lui a refusé cette qualification. Sans être nominaliste, le groupement ne peut être dissocié totalement de son régime juridique et de la qualité de personne morale spécialisée. Peut-il appartenir alors uniquement ou parallèlement au champ des structures fonctionnelles telles qu'elles sont définies par C. EISENMANN ?

En confrontant la notion constitutionnelle de groupement à la théorie eisenmanienne des structures, on peut s'interroger sur le fait de savoir s'il n'a pas rendu inopérant la *summa divisio* administrative entre structure fonctionnelle et structure territoriale. Nous avons déjà remarqué dans notre chapitre précédent que le groupement de collectivités territoriales remet profondément en cause les critères administratifs traditionnels de la collectivité territoriale et

⁶⁰⁹ F. P. BÉNOIT, *Droit administratif*, 1968, p. 130

⁶¹⁰ C. EISENMANN, *Cours de droit constitutionnel comparé*, DES 1950-1951, Les cours de droit, Paris V, p. 43

de l'établissement public. S'ajoute à cela que le cadre constitutionnel ne permet pas d'étendre de façon automatique les critères administratifs de la catégorie juridique des établissements publics puisque ce domaine appartient à la loi selon l'article 34 de la Constitution. Autrement dit, la catégorie des établissements publics de coopération intercommunale, désignant les groupements de collectivités territoriales, relève-t-elle uniquement de cette catégorie fonctionnelle et constitutionnelle des établissements publics ou présente-elle aussi une dimension constitutionnelle nouvelle par son insertion tardive dans son titre XII ?

Il faut bien comprendre que ces deux questions reviennent à rechercher la nature constitutionnelle du groupement de collectivités territoriales. Le niveau constitutionnel met en évidence la nature première ou initiale de la structure concernée. Si elle est une structure territoriale alors elle fait partie des collectivités territoriales soit existantes soit créées par la loi. Si elle est une structure fonctionnelle alors elle est du domaine législatif en vertu de la Constitution et ne peut appartenir au champ constitutionnel. Or l'inscription du groupement dans la norme fondamentale ne peut être fortuite. Pour surmonter cette apparente mais réelle contradiction constitutionnelle, il reste donc à aborder l'hypothèse de la présence concomitante des deux composantes fonctionnelle et territoriale au sein de cette même structure. On ne veut surtout pas dire qu'il existe une structure de type mixte puisque la *summa divisio* des structures fonctionnelle et territoriale est toujours parfaitement applicable. Distinguer les deux problématiques juridiques propres à chacune des deux structures est indispensable. Rappelons que la première est une réponse au problème de la distribution des tâches et que la seconde à celle « *d'aménagement de l'Administration par rapport au territoire et donc d'aménagement du territoire relativement à l'Administration ; on a donc le droit de parler ici, en ce sens, d'organisation ou aménagements territoriaux de l'Administration, en ayant bien présent à l'esprit que le point de vue premier est ici celui de l'unité ou de la division interne* »⁶¹¹. En d'autres termes, le groupement de collectivités territoriales répond à la fois aux deux problématiques mais dans un ordre donné et précis permettant de le qualifier de structure fonctionnelle à dimension territoriale.

D'une part, le groupement a d'abord eu comme objectif d'exercer des compétences en lieu et place de ses collectivités territoriales membres. Associer ces dernières pour exercer une tâche commune en constituant un groupement caractérise la primauté du critère fonctionnel sur le critère territorial. En outre, la qualification d'établissement public du groupement demeure parfaitement logique au regard de sa nature fonctionnelle.

D'autre part et c'est là qu'il convient d'avoir en référence les deux problématiques fondamentales des structures, le groupement s'inscrit en réponse à la division élémentaire

⁶¹¹ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 271

constitutionnelle, à savoir l'émiettement communal. Il concerne donc une catégorie de collectivités territoriales, celles des communes. C'est pourquoi le groupement de collectivités territoriales apparaît dans le titre XII de la Constitution. Il est une solution institutionnelle de type fonctionnel à la trop forte division de la plus petite structure territoriale constitutionnelle. En cela, le groupement est singulier car il se situe sur les deux problèmes de structures identifiées théoriquement. Seul celui de la division de l'appareil étatique est purement constitutionnel. C'est la raison pour laquelle l'article 72 C liste les collectivités concernées : communes, départements, régions et collectivités territoriales à statut particulier.

Nous avons remarqué que les groupements ne font pas partie des structures territoriales constitutionnelles que la Constitution caractérise comme étant des collectivités territoriales. Bien qu'inclus dans le titre XII, ils sont en effet exclus de la liste des collectivités territoriales, qui recouvrent formellement les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 C. Il est évident que la forme de l'État induit des enjeux politiques tels qu'il est nécessaire de limiter la faculté de création de structures de type territorial. On peut d'ailleurs noter que seuls le Constituant et le législateur peuvent intervenir dans ce domaine. C'est le sens du dernier alinéa de l'article 72 C qui prévoit que « *Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». En revanche, les structures fonctionnelles ont un impact très faible sur la forme de l'État et appartiennent au champ de l'organisation interne de l'administration. La faculté de créer des structures fonctionnelles s'élargit, dès lors, considérablement dans la mesure où le gouvernement se voit aussi attribuer un rôle majeur. Il va de soi que cette compétence est la conséquence de l'article 20 C, qui prévoit que le Premier ministre dispose de l'administration. La faculté d'organiser les services est de nature réglementaire. On comprend aussi que même des autorités non investies d'un pouvoir constitutionnel réglementaire puisse être dotées de cette prérogative⁶¹². La ligne de partage entre le gouvernement et le parlement est, en revanche, beaucoup moins nette en ce qui concerne des services autonomes sans personnalité juridique. Ainsi, la création de la première autorité administrative indépendante est marquée par de nombreuses dispositions institutionnelles législatives⁶¹³ alors que la Haute autorité pour la transparence de la vie publique laisse au gouvernement le soin de déterminer les modalités de fonctionnement de cette structure fonctionnelle⁶¹⁴. Le cas de la constitutionnalisation du Défenseur des Droits en 2008 nous montre que ce champ de l'organisation et du fonctionnement de l'institution appartient

⁶¹² CE, 7 février 1936, *Jamart*, Rec. Lebon, p. 172

⁶¹³ L'article 15 de la loi 73-6 du 3 janvier 1973 instituant un médiateur de la République s'intéresse au budget et au statut des collaborateurs du médiateur, *JORF du 4 janvier 1973*, p. 164

⁶¹⁴ Décret n° 2013-1204 du 23 décembre 2013 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *JORF du 24 décembre 2013*, p. 21094

toujours au pouvoir réglementaire⁶¹⁵ sous la réserve que la Constitution en garantit l'indépendance financière au même titre que les autres institutions constitutionnelles. Les effets les plus notables de ces autorités administratives indépendantes, y compris le Défenseur des Droits, sur le rôle des institutions constitutionnelles concernent le pouvoir réglementaire, qui appartient constitutionnellement au Pouvoir exécutif : Président de la République et, de droit commun, le Premier ministre. Les missions confiées à ces autorités impactent l'unité du pouvoir réglementaire et il semble difficile de déroger à la Constitution, en témoigne la jurisprudence classique du juge constitutionnel en la matière⁶¹⁶. Néanmoins, l'affirmation de la compétence du législateur par la loi organique du 20 janvier 2017⁶¹⁷ a permis de clarifier la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif. Il se trouve que les catégories des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes ont un cadre législatif évitant ainsi la multiplication de ces entités. Les autorités administratives indépendantes, non dotées de la personnalité morale, restent cependant organisées en interne par le pouvoir exécutif. Les articles 16 à 20 de la loi 2017-55 du 17 janvier 2017 demeurent très succincts sur ce sujet. Il en résulte que les structures fonctionnelles sans personnalité juridique nécessitent toujours l'intervention du gouvernement pour mettre à disposition le personnel ou les locaux. Par exemple, l'organisation des services du Défenseur des Droits est réglée par décret même si la loi est intervenue ultérieurement⁶¹⁸.

En ce qui concerne les organismes fonctionnels dotés de la personnalité juridique, le Parlement dispose ici d'une faculté exclusive celle de créer les catégories d'établissements publics en référence à l'article 34 C ou celles des autorités publiques indépendantes depuis 2017. Il n'en demeure pas moins que l'intervention du législateur et du gouvernement dans la création de ces institutions est cohérente au regard de la théorie des structures fonctionnelles. En effet, cette attribution législative de création de ces organismes dotés de la personnalité morale paraît logique car ces derniers participent, *in fine*, à la division institutionnelle de l'activité de l'administration. Dans la doctrine, elle recouvre une notion controversée, celle de décentralisation fonctionnelle. Il semble utile de l'étudier pour mieux éclairer la notion de groupements de collectivités territoriales.

⁶¹⁵ Décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *JORF du 30 juillet 2011*, p. 13023

⁶¹⁶ Cons. Const., décision 86-217 DC du 18 novembre 1986

⁶¹⁷ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 *relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes*

⁶¹⁸ Décret n° 2016-714 du 30 mai 2016 modifiant le décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, *JORF du 1^{er} juin 2016*, texte 17

2) L'organisation territoriale au-delà de la notion controversée de décentralisation fonctionnelle

On vient de voir que l'organisation territoriale comporte une problématique fonctionnelle, représentée par la catégorie de l'établissement public de coopération intercommunale. On sait que la décentralisation fonctionnelle ou décentralisation par services exprime une modalité juridique administrative visant à rendre autonome un service public en lui accordant la personnalité morale. Présentée sous cet angle purement technique, cette deuxième forme de décentralisation n'a pas une importance théorique aussi grande que la décentralisation territoriale. Néanmoins, elle interroge aussi l'organisation de l'État et plus spécialement les services de l'État ou associant des collectivités territoriales. C'est pourquoi elle est encore utilisée dans les manuels de droit administratif ou, de manière plus étonnante et discrète, dans les ouvrages relatifs aux collectivités territoriales ou à la décentralisation⁶¹⁹. Le maintien de cette notion ne doit pas faire oublier qu'elle est ou a été contestée par de nombreux auteurs, dont, le principal artisan est C. EISENMANN.

De surcroît, la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales met en évidence une contradiction supplémentaire de cette théorie. En effet, lorsque l'on présente la décentralisation par services, on fait référence immédiatement à l'établissement public⁶²⁰. Or le groupement de collectivités territoriales est un établissement public et devrait donc faire l'objet d'une analyse juridique dans le cadre de la décentralisation fonctionnelle. Il n'en est rien puisque les auteurs ne l'évoquent jamais dans les développements relatifs aux organismes de coopération. Ils font plutôt appel à la notion d'établissement public territorial pour étudier le groupement de collectivités territoriales mais aucun lien n'est réalisé avec celui de décentralisation fonctionnelle. Le groupement représente pourtant l'archétype de l'établissement public de la décentralisation fonctionnelle : autonomie de l'autorité de gestion et compétences spécialisées à côté de l'élément territorial. Il semble donc paradoxal de le comprendre en dehors de toute référence à la décentralisation par services. Quelles sont les raisons pouvant expliquer l'absence de lien entre l'établissement public de coopération intercommunale et la notion de décentralisation fonctionnelle, encore maintenue en tant que

⁶¹⁹ Dans son ouvrage sur la décentralisation française, le professeur J. M. PONTIER donne une définition de la décentralisation comprenant à la fois la décentralisation territoriale et la décentralisation fonctionnelle. Il paraît utile de rappeler que cette deuxième forme de « décentralisation » n'est pas, en soi, une notion parfaitement établie et qu'elle peut même être source de confusions. J. M. PONTIER, *La décentralisation française*, op. cit., pp. 10-14

⁶²⁰ B. FAURE écrit, par exemple, que « [le terme de décentralisation] remplit également cette fonction dans l'intérêt de dissocier la décentralisation fonctionnelle – procédé de l'établissement public – de la décentralisation territoriale ; deux formes de décentralisation qui en dépit d'affinités évidentes, recouvrent deux réalités différentes », in *Droit des collectivités territoriales*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2016, p. 3

technique juridique ? Deux causes peuvent, selon nous, la justifier : l'essor de la décentralisation territoriale et l'échec de la réforme constitutionnelle de 1969.

D'une part, la décentralisation fonctionnelle a porté, jusqu'à l'acte premier de la décentralisation territoriale, les idées de progrès et de développement démocratique dans le renouvellement des structures de gestion publique. On en veut pour preuve les essais de théorisation de cette notion avant le processus de décentralisation administrative, c'est-à-dire ceux initiés avant 1982. Les interrogations principales portaient sur la reconnaissance de la décentralisation fonctionnelle comme préfiguration d'un modèle d'autogestion⁶²¹. Par exemple, J. SYMBILLE conclut notamment sa thèse sur le fait que « *L'autogestion sera décentralisation véritable c'est-à-dire réappropriation du pouvoir par les individus dans la mesure où ceux-ci sont réinsérés dans les groupements divers (et non plus seuls en face à face avec l'État) où ils reprennent la décision de leurs affaires* »⁶²². Néanmoins, on aboutit à sortir de la sphère étatique, ce qui n'est pas la moindre des contradictions⁶²³. Il paraît très difficile d'écarter le fondement de notre ordre juridique à savoir l'État. Au-delà du fait que la décentralisation fonctionnelle n'est pas une décentralisation, en tant que modalité d'organisation territoriale d'un État⁶²⁴, elle a gardé une application toute son importance dans l'exercice de compétences exclusivement étatiques. Ainsi, cette notion permet une meilleure compréhension des organismes de santé ou de l'éducation nationale par l'association des usagers ou des agents à l'élaboration de la décision de l'institution. Elle a alors sa propre cohérence institutionnelle interne sur une base participative ou, plus largement, démocratique. La dimension démocratique de la décentralisation fonctionnelle n'est sans doute pas étrangère à la qualification de décentralisation. Il reste que cette dernière a été progressivement abandonnée au profit des recherches sur la décentralisation territoriale, laquelle allait à nouveau se développer à partir de 1982. Allégée de ce potentiel de renouveau démocratique maintenant transféré aux instances élues locales, la décentralisation fonctionnelle redevenait une modalité technique à l'ombre de l'essor grandissant de la décentralisation territoriale. Dans ce cadre, le groupement de collectivités territoriales, issu de la décentralisation territoriale, s'est développé en son sein, ce qui a légitimement exclu un rattachement à la décentralisation fonctionnelle de cette catégorie spécifique d'établissement public. On remarque toutefois que la coopération des collectivités

⁶²¹ J. SYMBILLE, *Essai sur la notion de décentralisation fonctionnelle en droit administratif français*, Thèse, 1978, p. 416

⁶²² *Ibid.*, p. 417

⁶²³ Elle précise ainsi que « *la cohérence de la notion ne peut être le fruit que d'un changement de système de référence. Tant que le référent reste l'État, la décentralisation sera toujours négation et dérapage en permanence sur la pente de la séparation-privatisation* », *Ibid.*, p. 416

⁶²⁴ Nous renvoyons à la démonstration de C. EISENMANN dans son essai sur la décentralisation, *op. cit.*, p. 25 et s.

territoriales a souvent été étudiée sous un angle simplement technique, ce qui se rapproche de la vision actuelle de la décentralisation par service.

D'autre part, le déclin juridique de la décentralisation fonctionnelle a commencé, il nous semble, avec l'échec de la réforme constitutionnelle de 1969. Le nouveau Sénat et la nouvelle collectivité régionale étaient marqués par la volonté d'inscrire cette décentralisation fonctionnelle tant par les missions confiées que par le mode de représentation choisi. Les régions s'inscrivaient pleinement dans la théorie du régionalisme fonctionnel, ayant pour but de « *définir au niveau régional un certain nombre de tâches principalement destinées à coordonner, voire à synchroniser les interventions de l'État* » mais pas « *de promouvoir un nouveau type de collectivité territoriale* »⁶²⁵. On remarque la logique de cette structure fonctionnelle répondant à une nouvelle répartition des missions de l'État sans avoir de rapport direct avec une gestion d'intérêts purement locaux. L'autre caractère fonctionnel de cette réforme constitutionnelle avortée est l'insertion d'une nouvelle représentation dans ces entités à savoir la présence de représentants de groupes fonctionnels (social, culturel et économique) à côté d'élus représentant la population locale. J. HAYWARD souligne à juste titre que « *l'intention de combiner représentation territoriale et représentation fonctionnelle au niveau régional, sur le modèle corporatiste qui plaisait tant à de Gaulle, comme il avait plu aux régionalistes des années 20, se trouva renforcée par la menace de voir de Gaulle démissionner de ses fonctions de président de la République en cas d'échec du référendum* »⁶²⁶. Outre la région, ce modèle institutionnel s'appliquait aussi au Sénat qui, selon le nouvel article 72 C, devait représenter autant les collectivités territoriales que les activités économiques, sociales et culturelles⁶²⁷. Le référendum fut un échec entraînant non seulement le départ du Président de la République qui l'avait initié mais également l'abandon de la constitutionnalisation de la décentralisation fonctionnelle, reposant à la fois sur une répartition des fonctions et une représentation catégorielle. Comment comprendre dès lors que le groupement de collectivités territoriales, en tant que composante fonctionnelle de l'organisation territoriale, ait pu être inscrit dans la norme fondamentale ? On peut y répondre en partant de la notion d'organisation territoriale même si son origine est administrative. Suivant une logique de coopération entre

⁶²⁵ J. L. QUERMONNE, « Vers un régionalisme fonctionnel ? », *RFSP*, n°4, 1963, pp.849-876, p. 851

⁶²⁶ J. HAYWARD, « Incorporer la périphérie : l'essor et la chute de régionalisation fonctionnelle en France », *Revue Pouvoirs*, n°19, 1981, p.103-118, p. 111

⁶²⁷ Le nouvel article 72 du référendum du 27 avril 1969 illustre parfaitement cette logique puisqu'il disposait notamment que « *Les conseils des régions et, pour l'exercice de compétences de caractère régional, les conseils des départements d'outre-mer comprennent des élus et des représentants des activités économiques, sociales et culturelles* » et le nouvel article 24 indiquait que « *Le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales et des activités économiques, sociales et culturelles. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat. Les sénateurs représentant les collectivités territoriales sont élus au suffrage indirect. Les sénateurs représentant les activités économiques, sociales et culturelles et les sénateurs représentant les Français établis hors de France sont désignés par des organismes représentatifs, dans les conditions et suivant les règles fixées par la loi* »

structures territoriales constitutionnelles, le groupement de collectivités territoriales appartient avant tout à la décentralisation territoriale et ne relève pas de la décentralisation fonctionnelle, celle-ci étant maintenue dans la sphère du droit administratif. C'est pourquoi on estime que l'organisation territoriale constitutionnelle va au-delà de la décentralisation fonctionnelle développée en doctrine française. Il reste que l'on ne peut effacer la nature du groupement, celle d'un établissement public, expression emblématique de la structure fonctionnelle. Il est alors intéressant d'étudier ces structures en droit constitutionnel.

§2. De la différenciation des structures fonctionnelles en droit constitutionnel français

Le groupement de collectivités territoriales, structure fonctionnelle, est atypique dans le paysage institutionnel car, comme nous l'avons vu, il n'appartient pas vraiment au champ de la décentralisation fonctionnelle. Il est sans doute l'expression d'un second type de structure fonctionnelle. C'est pourquoi nous étudierons les deux types de structures fonctionnelles qui peuvent exister en droit administratif français (A) avant de voir si cette dernière est transposable en droit constitutionnel (B).

A. De la dualité des structures fonctionnelles en droit administratif

L'analyse de C. EISENMANN sur les structures fonctionnelles se situe dans le cadre du droit administratif et non pas dans celui du droit constitutionnel. En se plaçant au niveau de la norme fondamentale, la notion de groupements de collectivités territoriales s'affranchit de son régime juridique et se rattache clairement à la problématique de l'organisation administrative. Cet angle de vue met en exergue une aporie constitutionnelle dans la théorie des structures fonctionnelles. En effet, le professeur C. EISENMANN cite comme exemples similaires « *les établissements publics nationaux à direction autonome, les Ordres professionnels et autres organismes non-fonctionnarisés participant à une tâche d'Administration publique à l'exécution d'un service public* »⁶²⁸. Or et à droit positif constant, les Ordres professionnels et les établissements publics nationaux ou locaux ne sont pas de même nature. Cette controverse a été fort bien résumée par C. EISENMANN lui-même dans son article « *L'arrêt Monpeurt* :

⁶²⁸ C. EISENMANN, « Les structures de l'administration », *op. cit.*, p. 314

légendes et réalités ». Il y explique que « la portée véritable de l'arrêt Monpeurt – comme l'affirmait avec force M. Mestre, en opposition à l'interprétation dominante – a trait à la théorie des institutions administratives. Précisons : elle consiste en une double innovation dont les deux termes sont indivisiblement liés l'un par l'autre : 1° l'arrêt a consacré l'existence d'une nouvelle classe ou espèce de personnes administratives non-territoriales, spéciales et autonomes venant s'ajouter aux établissements publics 2° il a consacré l'abandon de la définition-critère précédemment admise de l'établissement »⁶²⁹. Si l'on peut comprendre que l'établissement public ne représente pas le seul modèle de structure fonctionnelle administrative, on ne saisit pas trop en quoi les fonctions de nature privée et publique puissent être un critère distinguant nettement l'organisme professionnel de l'établissement public. L'appartenance de ces deux institutions au genre des structures fonctionnelles n'implique pas l'émergence d'un critère juridique aussi net de distinction. Pourtant, C. EISENMANN remarque que ce qui fait l'originalité de l'ordre professionnel, « c'est le fait que ce régime mixte, ou double, correspond à la distinction de la fonction publique et des fonctions privées que ces organismes cumulent, – cette distinction constituant le critère d'application respective des deux droits, en ce qui concerne tout du moins les actes »⁶³⁰. Autrement dit, c'est la dualité de fonctions exercées par cette structure qui va constituer son essence. Ainsi, naît une institution singulière ayant accentué la crise de la notion d'établissement public par la controverse doctrinale qu'elle a pu susciter. Par analogie, le groupement de collectivités territoriales, en tant que structure fonctionnelle, peut-il être distingué de la collectivité territoriale par l'identification d'une fonction particulière ? Pour quelles raisons la dualité de fonction de l'ordre professionnel engendre-t-il une nouvelle classe d'organismes publics ? Cette recherche des critères de différenciation des structures fonctionnelles représentées par les ordres professionnels et les établissements publics peut-elle apporter un éclairage nouveau sur le groupement de collectivités territoriales ?

A l'image du groupement de collectivités territoriales, l'ordre professionnel est une structure qui interroge la notion d'établissement public. Mais ils le font sous deux angles juridiques différents affaiblissant progressivement la caractérisation administrative de l'établissement public. D'une part, l'ordre professionnel, on le rappelle, n'est pas qualifié initialement d'établissement public ce qui entraîne la perte du monopole de l'établissement public sur les procédés techniques de démembrement de l'État et des collectivités territoriales. D'autre part, le groupement, en tant qu'établissement public, rapproche ce dernier, dans son régime juridique, de la collectivité territoriale au point d'effacer la distinction fondamentale entre les structures fonctionnelle et territoriale. Dès lors, la proximité de l'ordre professionnel

⁶²⁹ C. EISENMANN, « L'arrêt Monpeurt : légendes et réalités », in *L'évolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 243

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 248

de la notion d'établissement public et l'éloignement progressif du groupement de collectivités territoriales de celle-ci nous incitent à réfléchir sur les cas d'une transformation d'une structure en une autre.

Au sein des structures fonctionnelles, le passage d'un organisme professionnel vers le statut d'établissement public est marqué par une modification des missions exercées et par l'évolution de ses modalités de financement. On peut fort heureusement constater que la dualité de fonction des organismes professionnels est un critère qui résiste à l'épreuve du temps. Par exemple, l'arrêt du Conseil d'État datant du 7 décembre 1984 affirme que l'Institut français du pétrole (IFP), créé sous la forme d'un établissement professionnel en vertu des dispositions de la loi du 17 novembre 1943 sur la gestion des intérêts professionnels, ne présente pas le caractère d'un établissement public mais d'une personne morale de droit privé⁶³¹. On peut être rassuré sur la référence constante à la jurisprudence Monpeurt et Bougen de 1942 dans l'arrêt susvisé⁶³² mais il n'en demeure pas moins que la conclusion de faire appartenir cette institution aux organismes privés est pour le moins troublante. La doctrine hésite à les classer automatiquement dans les personnes morales de droit privé. Il semble pourtant que l'Institut français du pétrole, en tant qu'organisme professionnel, fasse plutôt partie des personnes morales de droit public⁶³³. Il y aurait donc contradiction entre cette caractérisation jurisprudentielle datant de 1984 et sa nature probable de personne morale de droit public. Si l'on reprend le raisonnement d'une partie de la doctrine, les fonctions exercées de l'IFP sont soit de nature privée soit de nature publique, ce qui va permettre de le caractériser juridiquement par rapport à ses missions. En l'espèce, le Conseil d'État va considérer qu'*« il résulte de l'instruction que cet organisme, créé sous la forme d'établissement professionnel en vertu des dispositions de la loi du 17 novembre 1943 sur la gestion des intérêts professionnels, ne présente pas le caractère d'un établissement public »*⁶³⁴. Il estime que l'IFP exerce des missions pour son propre compte et en dehors des prérogatives de nature purement publique. On remarque ici que le raisonnement du juge administratif s'appuie sur l'aspect fonctionnel de la structure pour déterminer la compétence de juridiction. Il prend soin de préciser qu'*« il résulte de l'instruction que l'institut français du pétrole a signé la convention du 28 octobre 1968 en son nom, en vue notamment d'exécuter des missions spécifiques et de promouvoir des intérêts distincts de ceux de l'État et du centre national d'exploitation des océans ; que l'institut français*

⁶³¹ CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, n°16900 22572, publié au recueil Lebon

⁶³² *Ibid.*, en note de bas de page, « 1. Rappr. Monpeurt, 31 juill. 1942, p. 239. »

⁶³³ Pour notre part, le faisceau d'indices contenu dans la loi de 1943 (rattachement à l'État, actes administratifs et surtout dissolution de l'actif) nous incite à penser que ces organismes sont de droit public mais que leurs fonctions de nature privée peuvent permettre de les classer en tant que de besoin dans les organismes de droit privé. En l'espèce, le Conseil d'État s'est appuyé sur la mission de nature privée pour établir l'incompétence de l'ordre administratif et la nature privée du contrat en cause.

⁶³⁴ CE, 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*

du pétrole a conclu ladite convention pour son propre compte ». *A contrario*, cela veut dire que si l'IFP avait exercé des missions relevant de la sphère publique, le Conseil d'État aurait dû rechercher si le contrat était administratif. Ainsi, ce sont bien les fonctions qui vont induire la nature de l'organisme en cause. L'évolution institutionnelle de l'IFP apporte à ce titre un éclairage saisissant : il est transformé en établissement public national depuis les lois de 2005 et de 2010⁶³⁵. De ce fait, il a perdu sa qualité de structure fonctionnelle mixte et appartient pleinement aux personnes morales de droit public. Quels sont les facteurs ayant conduit à cette transformation d'un organisme professionnel en établissement public ? Deux éléments ont concouru à cette nouvelle qualification : le mode de financement et l'évolution de ses missions.

D'une part, cet institut bénéficiait de l'affectation d'une taxe parafiscale additionnelle à la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP) jusqu'en 2002. Celle-ci a été transformée en une dotation budgétaire sous l'influence de la Constitution. En effet, la loi organique sur les finances publiques a programmé la fin des taxes parafiscales, dont bénéficiait notamment l'IFP. La raison principale tient au fait que le Parlement était exclu, *in fine*, de la création et de l'autorisation de la perception de ce type d'imposition, contrevenant bien évidemment à l'article 34 C⁶³⁶. La LOLF, en abrogeant l'ordonnance du 2 novembre 1959, a conduit à réfléchir sur la nature des organismes bénéficiaires des taxes parafiscales. L'IFP, subventionné par des fonds publics, se rapprochait ainsi nettement du fonctionnement des structures publiques.

D'autre part, l'évolution de ses missions a ancré définitivement l'IFP devenu IFPEN (Institut français du pétrole et des énergies renouvelables) dans la sphère publique car elles ne concernent plus que les études, la recherche et la formation dans le domaine des énergies du pétrole et des énergies renouvelable⁶³⁷. Du fait que l'IFPEN ne gère plus des intérêts professionnels ou interprofessionnels comme le définit l'article 1^{er} de la loi de 1943 sur les

⁶³⁵ Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 *de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, JORF n°163 du 14 juillet 2005, p. 11570 et loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 *portant engagement national pour l'environnement*, JORF du 13 juillet 2010, p. 12905

⁶³⁶ L'article 34 C dispose notamment que « *la loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ».

⁶³⁷ L'article 95 de la loi 2005-781 du 12 juillet 2005 dispose que « *L'objet de l'Institut français du pétrole est, dans le domaine des hydrocarbures, de leurs dérivés et de leurs substituts, y compris de l'utilisation de ces produits :- la réalisation directe ou indirecte d'études et de recherches dans les domaines scientifique et technique et la valorisation sous toutes formes de leurs résultats ;- la formation de personnes capables de participer au développement des connaissances, à leur diffusion et à leur application ;- l'information des administrations, de l'industrie, des techniciens et des chercheurs sur les connaissances scientifiques et les techniques industrielles Il peut, pour valoriser le résultat de ses activités, prendre des participations dans des sociétés industrielles ou commerciales. Ces participations peuvent être détenues par une ou plusieurs personnes morales existantes ou créées à cet effet.* ».

organismes professionnels⁶³⁸, il est devenu une structure publique, un établissement public à caractère industriel et commercial⁶³⁹.

Il résulte de cet exemple du passage d'une structure fonctionnelle de nature mixte (privée et publique) à une structure fonctionnelle de nature purement publique deux critères spécifiques. Le premier mis tient dans la ressource propre considérée et la seconde réside dans la catégorie des missions exercées. Autrement dit, l'établissement public est toujours caractérisé par la nature publique de ses ressources et de ses missions au contraire de l'organisme professionnel qui se définira par la mixité de ses missions et de la pluralité de ses ressources. Ainsi, la fonction publique, définie comme la capacité juridique et financière à agir spécialement dans la sphère publique, semble donc apparaître comme un critérium pertinent puisque celui-ci explique la transformation d'un organisme professionnel en un établissement public. Il reste que le passage du statut d'établissement public à celui de collectivité territoriale neutralise *ipso facto* ce critérium de la mixité des fonctions puisque l'on se situe uniquement dans le cadre du droit public. En outre, l'hypothèse que les organismes professionnels puissent être rapprochés des collectivités territoriales en tant qu'institutions corporatives impliquerait l'abandon pur et simple de ce critérium en raison de sa non-applicabilité générale pour toutes les institutions appartenant à la catégorie des « corporations publiques ». Cette dernière notion suscite toujours un réel intérêt puisque le professeur C. GUETTIER reprend l'idée développée par R. CHAPUS selon laquelle « *les institutions concernées ont ou se voient reconnaître un certain substratum humain* »⁶⁴⁰. Cette thèse a en effet pour fondement la distinction ancienne entre corporation et fondation⁶⁴¹. On sait que cette dualité institutionnelle de base a été développée par L. MICHOU dans son ouvrage célèbre sur la théorie de la personnalité morale. Toutefois, il n'a jamais considéré que cette typologie s'applique aux organismes de droit public. En effet, il indiquait que « *[le critérium de la fondation et de la corporation] serait beaucoup plus*

⁶³⁸ L'article 1^{er} de la loi 43-612 du 17 novembre 1943 sur la gestion des intérêts professionnels, dispose que « *les organismes chargés par la loi des intérêts professionnels ou interprofessionnels dans le cadre national, régional ou local et désignés dans la présente loi par l'expression « organismes professionnels » peuvent être autorisés, en vue de tâches relevant de leur compétence mais qui ne peuvent être convenablement accomplies par leurs propres services ou par l'entremise d'entreprises privées, à créer des sociétés professionnelles ou des établissements professionnels régis respectivement par les titres II et III* »

⁶³⁹ On remarque que l'article 95 de la loi de 2005 précitée prend soin d'affirmer la continuité entre l'ancien organisme professionnel et le nouvel EPIC en précisant que « *Cette transformation en établissement public n'emporte ni création de personne morale nouvelle, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature de l'établissement professionnel sont transférés à l'établissement public. Cette transformation n'entraîne aucune remise en cause de ces droits, obligations, contrats et autorisations et n'a aucune incidence sur les contrats conclus avec des tiers par l'Institut français du pétrole et les sociétés qui lui sont liées au sens des articles L. 233-1 à L. 233-4 du code de commerce. Les opérations entraînées par cette transformation ne donnent pas lieu à la perception de droits, impôts ou taxes de quelque nature que ce soit* ».

⁶⁴⁰ C. GUETTIER, *Institutions administratives*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2015, p. 264

⁶⁴¹ Classiquement, la fondation est l'affectation d'un bien perpétuel à un but déterminé et la corporation, de manière générale, un groupement humain réuni dans un but commun.

incertain et flottant qu'en droit privé. C'est surtout à propos des personnes morales de droit public qu'il est vrai de dire que beaucoup d'entre elles réunissent des traits appartenant à l'un et à l'autre type »⁶⁴². Néanmoins, celle-ci a été reprise et modernisée pour différencier les notions de collectivité territoriale et de groupement. Par exemple, L. CONSTANS différencie les collectivités publiques-corporations, dans laquelle on retrouve notamment les collectivités territoriales et les chambres professionnelles des établissements publics-fondations. Le groupement intégrerait alors la première catégorie. Nous nous accordons pleinement avec les deux critiques principales apportées par A. de LAUBADERE à ce « nouveau dualisme ». D'une part, « *il paraît difficile, en dehors d'un certain nombre d'illustrations exemplaires, de ramener à l'un ou l'autre de ces deux types tous les organismes concernées* »⁶⁴³. Il ajoute également que « *même si l'on accepte le nouveau dualisme proposé par L. CONSTANS, ce clivage ne suffit pas à rendre sans objet le problème de la situation exacte des établissements publics territoriaux par rapport aux collectivités territoriales* »⁶⁴⁴. Il précise que la collectivité territoriale représente une communauté humaine beaucoup plus large qu'une chambre de commerce, qui assure la seule représentation des commerçants dans un ressort territorial donné. Enfin, il nous paraît difficilement compréhensible que le droit positif puisse dénommer une structure établissement public et de la classer simultanément dans la catégorie des collectivités publiques malgré cette appellation. C'est pourquoi nous préférons à cette hypothèse d'un fondement reposant sur le couple corporation / fondation nous appuyer sur la dualité administrative établissement public / organismes professionnels et son critère de la mixité des fonctions.

Il reste une dernière difficulté à résoudre à savoir si cette dualité administrative des structures fonctionnelles reposant sur le critérium de la mixité des fonctions est transposable au niveau constitutionnel. Rien n'est moins sûr dans la mesure où la constitution a pour objectif d'organiser le fonctionnement des pouvoirs publics et non pas celui d'organismes en partie de droit privé. Dès lors, il s'agit de voir s'il existe une dualité des structures fonctionnelles en droit constitutionnel à partir du groupement de collectivités territoriales.

⁶⁴² L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1906, Tome 1^{er}, 480 p., p. 198

⁶⁴³ A. de LAUBADERE, *op. cit.*, p. 419

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 420

B. De la dualité des structures fonctionnelles et territoriales en droit constitutionnel

Nous avons terminé notre précédent paragraphe en nous interrogeant sur le fait de savoir si la dualité administrative des structures fonctionnelles pouvait être transposée telle quelle en droit constitutionnel. A cette problématique s'ajoute celle subséquente de la dimension constitutionnelle d'une transformation institutionnelle. En effet, il n'est pas certain qu'un changement de nature administrative suffise à le prendre en considération au niveau constitutionnel. Dans ce contexte, le groupement de collectivités apporte-t-il une confirmation ou une infirmation de l'unicité des structures fonctionnelles ?

Nous avons remarqué que la neutralisation du critère de distinction mis en exergue à savoir la mixité des fonctions exercées (publiques et privées) empêche d'y voir l'existence constitutionnelle de deux catégories d'organismes fonctionnels. L'exemple de la dualité des structures fonctionnelles administratives reposant sur le caractère mixte des fonctions exercées par les organismes étudiés n'a pas de portée juridique en droit constitutionnel. En effet, l'organisation des pouvoirs publics ne s'intéresse pas aux organismes de droit privé, même ceux remplissant des missions de service public et le critérium de mixité des fonctions, critère de distinction des institutions administratives fonctionnelles, n'a, selon nous, pas d'effet au niveau de la norme fondamentale. Toutefois, l'hypothèse de l'unicité des structures fonctionnelles administratives aboutit, en droit constitutionnel, à y intégrer des institutions qui y sont, quoi qu'il en soit, étrangères. Il est évident qu'un simple établissement public local spécialisé, à l'image d'un syndicat intercommunal de gestion de protection contre les inondations, n'a pas vocation à être mentionné sur le plan constitutionnel, si ce n'est sous sa forme générique à savoir une catégorie d'établissement public.

Pour confirmer l'unicité de ces structures juridiques, il faudrait démontrer que le groupement pourrait être inclus dans une catégorie spécifique d'établissement public. Si ce point de vue est exact en droit administratif, il s'oppose à l'insertion de l'expression « *les collectivités territoriales et leurs groupements* » dans un autre titre de la norme fondamentale alors qu'il existe à l'article 34 C un alinéa mentionnant la « *catégorie d'établissements publics* ». L'existence constitutionnelle des groupements dans le titre relatif aux collectivités territoriales en fait-il une structure totalement différente de la catégorie de l'établissement public ?

Pour y répondre, il faut se rappeler que les groupements de collectivités territoriales appartiennent logiquement à la catégorie des établissements publics puisqu'ils existent seulement sous cette forme. Mais ils sont aussi caractérisés par leur composition exclusive de collectivités territoriales et par l'attribution d'une fiscalité propre. Il reste que ce régime juridique est administratif tant par sa qualification que par les caractères mis en évidence. Or la

notion de structure fonctionnelle constitutionnelle ne peut se définir par rapport à une origine simplement administrative. En revanche, on sait, d'après C. EISENMANN, que la collectivité territoriale et l'établissement public territorial sont les solutions à une dualité de problèmes constitutionnels auxquels chacune des deux espèces de structure est censée répondre. Cette dualité de problèmes est-elle exclusive l'une de l'autre ? Autrement dit, la réponse institutionnelle à l'un des deux problèmes constitutionnels ne peut-elle pas aussi être une autre solution à l'autre problème restant en suspens. L'analogie avec la mixité des fonctions publiques et privées des institutions administratives trouverait-elle un pendant constitutionnel par le fait qu'une structure territoriale pourrait être aussi fonctionnelle ou réciproquement. Par exemple, l'expression établissement public territorial ne résume-t-elle pas la double problématique fonctionnelle et territoriale que ce dernier cherche à résoudre ? Il ne faut pas confondre les deux problèmes soulevés. Lorsque l'on précise qu'un organe constitutionnel peut intéresser les deux problématiques fondamentales d'un État, on ne dit pas que cette structure est simultanément territoriale et fonctionnelle. Elle demeure, avant toute chose, une institution fonctionnelle ou territoriale, ce qui n'en change pas sa nature initiale. On ne veut pas non plus dire que les deux formes de décentralisation sont reconnues sur le plan constitutionnel. Comme le constate G. BURDEAU, « *Il est bien vrai, en effet, que seule la décentralisation territoriale concerne l'unité ou la division du territoire, c'est-à-dire la structure de la collectivité étatique. La décentralisation par service n'intéresse que l'appareil étatique, elle pose un simple problème de répartition de compétences matérielles dont la solution n'a rien à voir avec la distinction des organes centraux et des organes non centraux en laquelle résiderait l'essence de la décentralisation* »⁶⁴⁵. Simplement, on peut supposer qu'un organisme puisse aussi rechercher à répondre à partir de sa nature première à l'autre problématique institutionnelle de droit public. En d'autres termes, on est amené à qualifier une structure selon l'ordre des questions auxquelles elle peut être une solution. En ce qui concerne les structures fonctionnelles constitutionnelles, il existerait à côté des structures fonctionnelles classiques correspondant aux catégories d'établissement public de l'article 34 C les structures fonctionnelles territoriales ou à « vocation territoriale »⁶⁴⁶, dont les groupements de collectivités territoriales seraient l'expression constitutionnelle. Ainsi, la notion de groupements de collectivités territoriales, qualifiée aussi d'établissement public territorial, est une structure initialement fonctionnelle ayant un versant territorial : il permet à des collectivités territoriales de se regrouper pour exercer une compétence donnée.

⁶⁴⁵ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Tome II : L'État, 1980, p. 420

⁶⁴⁶ Par analogie à l'établissement public territorial, la terminologie initiale retenue est « structure fonctionnelle territoriale ». Par parallélisme des formes et par le contenu plus précis de la notion de « collectivité territoriale à vocation spécialisée », nous lui préférons donc « structure fonctionnelle à vocation territoriale ».

A partir de cette dualité de structures fonctionnelles constitutionnelles, un rapprochement peut être réalisé avec l'apparition récente d'une dualité des structures territoriales, à savoir celles qui sont dotées *a priori* d'une clause de compétence générale et celles qui en sont dépourvues, c'est-à-dire le département et la région. A ce titre, on peut s'interroger sur l'hypothèse qu'une collectivité territoriale puisse répondre à une problématique fonctionnelle. On remarque que la jurisprudence constitutionnelle relative à la clause de compétence générale, qui concernait le département, nous apporte également une réponse à la question de la vocation générale de la dernière-née des collectivités territoriales, c'est-à-dire la région. Comme le concluait de façon prémonitoire J. C. DOUENCE en 1986, « *Sur le plan juridique, une question reste pendante : la loi peut-elle créer une collectivité territoriale à vocation spécialisée exerçant uniquement des compétences d'attribution ou bien, la vocation générale, telle qu'elle a été dégagée de la législation classique, est-elle inhérente à la libre administration des collectivités locales et relève-t-elle donc d'une garantie constitutionnelle ? Seul le Conseil constitutionnel peut apporter une réponse définitive sur ce point et dire si la région est une collectivité commune les autres* »⁶⁴⁷. Il se posait déjà la question de savoir si la région n'avait pas encore un lien avec l'établissement public, par cette dimension fonctionnelle. Précédemment, cette structure était un établissement public territorial et sa transformation en collectivité territoriale n'a pas complètement fait disparaître le caractère fonctionnel de cette structure. En effet, la filiation entre l'article 4-I de la loi de 1972 et l'article L. 4211-1 du CGCT relatif aux compétences régionales est directe puisque ce dernier reprend textuellement la même rédaction posée en 1972 à savoir que « *La région [l'établissement public en 1972] a pour mission, dans le respect des attributions des départements et des communes et, le cas échéant, en collaboration avec ces collectivités et avec l'État, de contribuer au développement économique, social et culturel de la région par : (liste de compétences régionales exercées)* ». La transformation d'un établissement public en une collectivité territoriale fait apparaître une continuité dans les fonctions exercées par cette structure, ce qui induit qu'elle répond aussi à la problématique fonctionnelle en tant que collectivité territoriale. Mais ce caractère a été effacé par la qualification de collectivité territoriale. L'article 59 de la loi du 2 mars 1982 a ainsi précisé, dans son alinéa 3, que la région est compétente « *pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et 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* ». En cela, cette disposition ainsi combinée avec l'article L. 4211-1 du CGCT relatif à ses compétences s'opposait à la clause

⁶⁴⁷ J. C. DOUENCE, « La région : collectivité territoriale à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, p. 554

générale de compétence prévue à l'article L. 4221-1 du même code, qui reprenait terme pour terme le fait que le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région. C'est assurément la faculté légale pour son organe délibérant de régler les affaires régionales qui a effacé totalement cet aspect fonctionnel. Les propos de J. C. DOUENCE en 1999 tendaient même à exclure cette vocation spécialisée en affirmant que *« on ne saurait dénier à la région une vocation générale qui découlerait d'une affirmation constitutionnelle, valable pour toutes les catégories de collectivités locales, même créées par la loi. Sans doute, les régions ont-elles prouvé le mouvement en marchant. Mais leur devenir ne saurait être handicapé par une incertitude théorique »*⁶⁴⁸. L'incertitude a été clarifiée dans le sens contraire à savoir l'existence de collectivités territoriales à vocation spécialisée ou fonctionnelles⁶⁴⁹. On est donc passé de la transformation d'un établissement public régional en collectivité territoriale législative à vocation générale puis en collectivité territoriale constitutionnelle à vocation spécialisée. La région, oscillant entre structure fonctionnelle à vocation territoriale et structure territoriale à vocation spécialisée n'affaiblit en rien la dualité constitutionnelle des structures fonctionnelles. Elle confirme, au contraire, qu'il existe aussi une dualité des structures territoriales, celles à vocation générale et celles qui sont spécialisées.

La région n'est pas le seul exemple d'une transformation d'un établissement public en collectivité territoriale car il existe aussi la fusion d'un établissement public avec ses communes membres pour former une commune nouvelle. L'article L. 2113-5 du CGCT prévoit qu'*« en cas de création d'une commune nouvelle en lieu et place de communes appartenant à un même établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, l'arrêté portant création de ladite commune nouvelle emporte également suppression de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont étaient membres les communes intéressées »*. La principale différence avec l'exemple régional est celle de la disparition de l'établissement public et non pas une transformation, par modification législative, d'une structure fonctionnelle en une structure territoriale. Cette suppression du groupement de collectivités territoriales est, selon nous, liée à l'élargissement du périmètre communal, qui rend caduc la fonction première du groupement, à savoir, selon l'article L. 5211-1 du CGCT, que *« le progrès de la coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein de périmètres de solidarité »*. Les deux conditions essentielles prévues par cet article ne sont plus réunies : il n'existe plus qu'une seule volonté commune et le périmètre de solidarité coïncide avec celui de la nouvelle

⁶⁴⁸ J. C. DOUENCE, « Réflexion sur la vocation générale des collectivités territoriales », in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, 1999, p. 334

⁶⁴⁹ On préférera l'expression structure territoriale à vocation spécialisée à celle de structure territoriale fonctionnelle, plus ambiguë.

collectivité territoriale. En ce sens, la dimension fonctionnelle du groupement n'a plus de raison d'être et c'est pourquoi il est supprimé. Le groupement, ayant été créé pour exercer des compétences à l'échelle de son périmètre intercommunal, disparaît au profit d'une collectivité territoriale. La problématique territoriale, à laquelle il répondait, est transférée, par nature, à la commune nouvelle.

Il résulte de ces deux exemples qu'un établissement public territorial peut soit disparaître au profit d'une nouvelle collectivité territoriale soit être transformé en une collectivité territoriale spécialisée.

Il n'en demeure pas moins qu'entre une structure fonctionnelle à vocation territoriale et une structure territoriale à vocation spécialisée, il semble difficile d'y voir un critère juridique de distinction. C'est d'autant plus vrai que le groupement de collectivités territoriales se rapproche de plus en plus des structures territoriales fonctionnelles. C'est pourquoi il convient d'analyser un critère propre au groupement de collectivités territoriales, le caractère centralisateur de cette structure.

Section 2 : Le caractère centralisateur des groupements de collectivités territoriales

Dès l'adoption de la loi du 16 décembre 2010, la doctrine s'interrogeait nettement sur la notion de collectivité territoriale, Ainsi, L. JANICOT concluait son article relatif à la définition doctrinale de la collectivité territoriale en écrivant que « *la réforme [de la loi du 16 décembre 2010] implique donc de reprendre le travail de systématisation de la notion de collectivité territoriale, à le supposer possible* »⁶⁵⁰. Cette problématique s'est accentuée avec les textes ultérieurs et la jurisprudence constitutionnelle. La métropole de Lyon en est l'exemple le plus perturbateur, pour reprendre l'expression de J. C. DOUENCE à propos des métropoles : elle est simultanément groupement de collectivités territoriales et collectivité territoriale. On pourrait essayer de faire reposer la définition de la collectivité territoriale sur les concepts de fondation et de corporation mais il nous apparaît préférable de privilégier les travaux de théorisation de C. EISENMANN en s'appuyant sur les concepts de structures fonctionnelle et territoriale. Ils nous permettront d'identifier un nouveau phénomène, la dynamique centralisatrice, de laquelle découlera la structure centralisatrice (§1). A partir de la définition de cette nouvelle institution, on sera amené à différencier le groupement de collectivités territoriales de la collectivité territoriale à vocation spécialisée (§2).

§1. De la *summa divisio* des structures administratives à l'émergence des structures centralisatrices

En s'appuyant sur la théorisation des concepts de centralisation et de décentralisation de C. EISENMANN, nous nous intéresserons à la division première des structures constitutionnelles, à savoir l'existence de structures centralisée et décentralisée (A). En appliquant ces définitions dans le champ institutionnel français, on verra que le phénomène de la coopération des collectivités territoriales fait émerger un nouveau type de structure théorique, la structure centralisatrice (B).

⁶⁵⁰ L. JANICOT, « Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ? », *op. cit.*, p. 239

A. La *summa divisio* : la structure centralisée et la structure décentralisée

Les problèmes des structures dites territoriales concernent bien évidemment l'organisation administrative locale. On pourrait, néanmoins et à juste titre, objecter que l'épithète « administrative » s'oppose à une analyse constitutionnelle. Il est toujours utile de rappeler que la réforme de 2003, en introduisant l'organisation décentralisée dans la norme fondamentale, et l'insertion d'un titre relatif aux collectivités territoriales dès 1946 ont transformé ce problème de nature *a priori* administrative en une question de nature constitutionnelle. Cependant, cette insertion a plutôt conduit à comprendre la décentralisation comme celle relevant de structures spécifiques à savoir les collectivités territoriales. Pourtant, la théorie de la décentralisation est plus large puisqu'elle suppose de répondre à la question de savoir si l'organe étudié est central ou non-central. Comme l'écrit C. EISENMANN, « l'alternative « centralisation ou décentralisation » – c'est-à-dire : organes centraux ou organes non-centraux – se pose pour toutes les collectivités politiques, supra-étatique comme infra-étatiques, aussi bien que pour les États »⁶⁵¹. Il remarquait que certains juristes français avaient développé une théorie de la décentralisation pouvant s'appliquer aux trois fonctions de l'État en citant notamment R. CARRE de MALBERG et G. SCELLE. Dans le sens contraire, de nombreux auteurs considéraient que le problème de la centralisation et de la décentralisation ne s'appliquait que dans le cas de l'organisation administrative étatique. Elle peut donc concerner non seulement les collectivités locales mais aussi les institutions des autres fonctions de l'État : le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire ou le pouvoir exécutif. Il notait à cet égard en 1948 que la doctrine française a adopté une position plutôt réductrice par « le fait que le droit français – au moins le droit métropolitain – n'instituerait d'organes décentralisés, à côté d'autres centralisés, que dans l'Administration. C'est de là qu'elle doit avoir conclu que l'alternative de la centralisation ou de la décentralisation ne se pose pas pour les autres organes et leurs activités »⁶⁵². En adoptant ce dernier point de vue, il s'agit de savoir si l'organe administratif étudié est central ou non-central, c'est-à-dire si la compétence de la structure concerne l'ensemble des personnes présentes sur le territoire ou si elle se réduit à une partie de la population. Il aboutit à donner deux définitions précises de la structure centralisée et celle qui est décentralisée.

⁶⁵¹ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 22

⁶⁵² C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 21

Il indique ainsi que la structure centralisée correspond à l'administration d'État qui est une « *Administration dont l'organe suprême est un organe central – au sens que l'on a indiqué vouloir donner à ce terme, à savoir : un organe dont la compétence n'est pas limitée à une fraction seulement de la collectivité par un élément d'ordre territorial* »⁶⁵³. Par opposition, la structure décentralisée ou locale est « *une Administration dirigée par un organe dont la compétence est limitée à une fraction de la collectivité déterminée par un élément d'ordre territorial, c'est-à-dire par le tracé et les limites d'une circonscription ou subdivision du territoire national, autrement dit à « une collectivité locale »* »⁶⁵⁴.

Deux éléments fondamentaux ressortent de ces définitions. D'une part, le critère d'ordre territorial est à la base de la distinction entre les deux catégories de structures. Il permet de classer les différents organismes en raison d'un élément objectif représenté par l'étendue spatiale. Si la structure étudiée s'inscrit sur la totalité du périmètre de l'État alors elle est elle-même un organisme central. Dans le cas contraire, elle est une structure décentralisée puisque son aire d'intervention est plus réduite que celui de l'État. Bien entendu, ce critère est une condition nécessaire pour déterminer le caractère décentralisé ou centralisé de l'organisme étudié mais il ne suffit pas en lui-même à l'identifier. Le meilleur exemple en est le Préfet, organe de l'État dont la circonscription d'action est le département ou la région. Il ne suffit donc pas de connaître le territoire de compétences de la structure pour déterminer sa nature centralisée ou décentralisée.

Il ajoute, d'autre part, pour les organes centralisés la notion d'organe suprême, c'est-à-dire la capacité d'agir de façon totalement autonome dans un champ de compétence donné. Il manque ici ce caractère pour les organes non-centraux subordonnés hiérarchiquement. Or il faut savoir que ces définitions se situent dans un cadre théorique pur et parfait. Dans son ouvrage de 1948, C. EISENMANN introduisait alors la décentralisation imparfaite, définie « *lorsque dans une activité interviennent tant des organes centraux que des organes non-centraux, mais que la suprématie y appartient en définitive aux organes non-centraux, il y a décentralisation imparfaite, c'est-à-dire combinaison de la centralisation et de la décentralisation avec prépondérance de celle-ci* ». En outre, il notait un « *autre élément à son statut, celui de l'absence de relation de subordination entre lui et un organe central* ». Il concluait en indiquant « *Pour qu'il y ait décentralisation, il ne suffit pas que des organes décentralisés interviennent dans l'activité envisagée ; il faut que, pour chaque fraction de l'État, ce soient eux qui en soient maître* ». A cette époque, il ne se présentait aucun exemple significatif en droit positif. En outre, l'auteur avait souhaité mettre l'accent sur l'élément

⁶⁵³ C. EISENMANN, « Les structures de l'Administration », *op. cit.*, p. 282

⁶⁵⁴ *Ibid.*

principal de distinction à savoir la compétence territoriale de l'organe. C'est la raison pour laquelle il est introduit, dans un second temps, un complément de la définition des organes décentralisés qui « *ne sont pas hiérarchiquement subordonnés à aucun organe administratif central* ». Cela revient donc à distinguer, en droit français, la décentralisation de la déconcentration. La seconde ne relève pas vraiment du droit constitutionnel. Ainsi, une première difficulté se trouve dans le fait de savoir si la transposition de cette dualité institutionnelle administrative au niveau constitutionnel est possible. Un second problème naît de l'application de ces définitions pour la notion de groupements de collectivités territoriales.

Pour le premier point, les ouvrages contemporains de droit public et plus particulièrement de droit constitutionnel reprennent, sous une forme ou une autre, la distinction entre la décentralisation et la déconcentration. Ainsi, l'ouvrage collectif de droit constitutionnel sous la direction de P. GAIA propose de considérer deux manières de partager le pouvoir : la division horizontale et la division verticale. La première « *consiste à répartir le pouvoir entre les différents organes de l'État (Parlement, Exécutif) afin d'éviter sa concentration à partir d'un seul* »⁶⁵⁵. La seconde se distingue de la première en se consacrant à la répartition entre l'État et les collectivités qui le composent : « *la division verticale du pouvoir touche quant à elles au problème de l'organisation, des formes de l'État* »⁶⁵⁶. Pour ces auteurs, « *la question de la division verticale du pouvoir renvoie donc aux relations entre pouvoir normatif national et pouvoir normatif local, ce dernier étant la condition d'une véritable autonomie des collectivités infra-étatiques* »⁶⁵⁷. Cela les conduit logiquement à définir l'État unitaire décentralisé comme ne comportant « *sur son territoire, qu'une seule organisation juridique et politique dotée des attributs de la souveraineté. Les collectivités territoriales (communes, départements, régions...), composantes de l'État, ne constituent qu'une modalité de l'organisation administrative. Notamment, elles ne disposent d'aucun pouvoir législatif, contrairement aux régions italiennes ou aux communautés autonomes espagnoles* »⁶⁵⁸. Cette présentation suppose intrinsèquement que le pouvoir normatif local, identifié à celui détenu par les collectivités territoriales, est défini par un élément d'ordre territorial, c'est-à-dire un cercle de destinataires circonscrit géographiquement. Dans un autre sens, les professeurs F. HAMON et M. TROPER pensent la forme d'organisation de l'État comme « *la forme de l'ordre juridique de l'État, l'espace de validité territoriale de ses normes et la manière dont elles sont posées* »⁶⁵⁹. Ils distinguent ensuite les normes nationales des normes locales par ce critère d'ordre territorial. Cela leur permet de définir l'État unitaire comme « *celui dans lequel les normes locales ne*

⁶⁵⁵ L. FAVOREU, P. GAIA et autres, *Droit constitutionnel*, 2018, 20^{ème} édition, Dalloz, 1117 p., p. 407

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 461

⁶⁵⁷ *Ibid.*

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 509

⁶⁵⁹ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 36^{ème} édition, LGDJ, 2016, 830 p.

peuvent être créées qu'en application de normes nationales préalables ». Pour l'État fédéral, ils expliquent qu'« *il n'est pas injustifié de soutenir qu'il n'y a entre l'État unitaire décentralisé et l'État fédéral qu'une différence de degré et non de nature. (...) Du point de vue spécifiquement juridique, il faut bien constater que dans le cas de l'État fédéral comme de l'État unitaire décentralisé, les normes locales sont émises par des autorités autonomes conformément à des normes centrales* »⁶⁶⁰. Bien que les propos tendent à répondre à la question des formes que peuvent prendre un État, on remarque toujours que l'élément territorial, déterminant la nature locale ou central de l'organe autonome, demeure valide quelle que soit le point de vue constitutionnel adopté. Comme les « *centralisation et décentralisation sont des types idéaux, c'est-à-dire des catégories construits par les juristes* »⁶⁶¹, on peut donc retenir les définitions administratives des organes centraux et non-centraux et les transposer en droit constitutionnel. L'organe autonome va pouvoir être caractérisé par cet élément d'ordre territorial. Si l'institution créatrice de droit opère sur l'ensemble du territoire national alors elle est une structure centralisée. Dans le cas inverse, elle est décentralisée. En d'autres termes, l'organe autonome doit être d'abord identifié territorialement avant toute étude sur le type de normes qu'il peut produire. La fonction de l'organe central ou non-central est un autre problème du droit constitutionnel. Il faut bien distinguer ces deux questions fondamentales du droit public, qui appellent des réponses et des principes étrangers l'un à l'autre. En effet, la répartition des fonctions au niveau national entre différents organes va induire le principe de séparation des pouvoirs, ce que l'ouvrage collectif sous la direction de P. GAIA met en exergue pour éviter la concentration des pouvoirs. On suppose alors que les organes concernés sont tous centralisés et c'est la raison pour laquelle on écarte les pouvoirs législatif et judiciaire de la question de la théorie de la centralisation et de la décentralisation. On neutralise finalement le critère territorial en considérant que l'organe politique a la sphère d'action la plus large. En revanche, il apparaît important d'affirmer qu'il peut exister des relations entre l'organisation territoriale et la répartition des fonctions au sein de l'État. Bien qu'il faille se préserver de toute confusion possible entre ces deux distributions de pouvoir, l'un sur le territoire et l'autre sur les fonctions, elles peuvent se combiner juridiquement.

Le second problème concerne l'application aux groupements de collectivités territoriales de la définition de la structure décentralisée. On sait que l'organe décentralisé doit posséder une qualité préalable de capacité d'action. On la traduit juridiquement par l'obtention de la personnalité morale. Doté de cette qualité, l'organe en question peut alors être positionné non seulement et prioritairement au regard de l'organisation de l'État (notamment de sa relation

⁶⁶⁰ *Ibid.*, pp. 92-93

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 90

de subordination vis-à-vis de l'organe suprême représenté par l'État) mais aussi au regard des autres structures décentralisées. Cette subordination est liée au pouvoir hiérarchique selon C. EISENMANN, qui le définit comme « *le pouvoir que tient un organe d'imposer à un autre ou à d'autres sa volonté, c'est-à-dire le pouvoir de poser des décisions ou normes que ceux doivent respecter, ou encore en termes moins techniques, plus simples – le pouvoir de déterminer ou régler leur conduite* »⁶⁶². L'application de ce pouvoir hiérarchique doit alors être différenciée en fonction de la nature administrative ou constitutionnelle de l'organe suprême. Dans le premier cas, la collectivité territoriale n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique du préfet ou d'autres entités administratives, ce qui permet de la qualifier de structure décentralisée. Dans le second cas, il ne fait aucun doute que la collectivité territoriale est subordonnée au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Il n'en demeure pas moins que cette subordination passe par un contrôle de l'autorité « supérieure » assuré par le représentant de l'État⁶⁶³. Ce contrôle de légalité ou tutelle allégée permet d'affirmer constitutionnellement la qualification de structure décentralisée à toute collectivité territoriale. Il reste une interrogation sur les relations entretenues entre ces dernières à savoir s'il existe une relation hiérarchique entre les différentes catégories de collectivités locales. L'article 72 alinéa 4 C protège chaque collectivité territoriale d'une tutelle éventuelle par une autre collectivité. Mais il en va différemment de la coopération des collectivités territoriales, qui est un type de relation entre collectivités, dans un cadre institutionnel : elle peut en effet aboutir à une subordination administrative, ce qui se traduit par le fait de savoir si le groupement de collectivités territoriales est une structure centralisée ou une structure décentralisée.

B. La coopération des collectivités territoriales ou l'émergence des structures centralisatrices

Nous avons repris les définitions eisenmaniennes des deux types de structures pures, celles qui sont décentralisées et celles qui sont centralisées. Il n'y a pas de difficulté particulière à placer les collectivités territoriales françaises dans la première catégorie bien qu'elles en représentent un modèle *a minima*. En revanche, il semble plus difficile d'y inscrire aussi nettement le groupement de collectivités territoriales et plus généralement les organismes de coopération locale. Certes, on pourrait admettre facilement que la création d'une structure composée uniquement de collectivités territoriales en fait naturellement une structure

⁶⁶² *Ibid.*, p. 287

⁶⁶³ Pour mémoire, l'article 72 alinéa 5 C dispose que « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ».

décentralisée mais l'apparente évidence de cette assertion ne permet pas d'approfondir l'analyse au niveau le plus pertinent, c'est-à-dire à l'échelle des collectivités membres. C'est pourquoi il est utile de distinguer le niveau élémentaire, celui de la collectivité territoriale du niveau global, celui de l'État. Dans un État unitaire français dont l'histoire constitutionnelle et administrative est particulièrement marquée par la centralisation, s'intéresser au niveau infra-étatique pour y analyser l'alternative de la décentralisation n'est pas aisé voire antinomique en raison de la prépondérance de l'État central. Il est donc plus facile de voir si cette dernière s'applique dans un État de type fédéral, c'est-à-dire où il existe au moins un niveau infra-étatique compétent en matière d'organisation administrative locale. Plus précisément il s'agit de comprendre comment la compétence de l'organisation administrative locale attribuée à une entité fédérée va être exercée soit par des fusions de communes soit par le recours à la coopération locale. On sait qu'une entité fédérée constitue une structure très proche de l'État fédéral dans l'autonomie ou dans son organisation interne. Il faut cependant que la Constitution fédérale prévoit que cette organisation administrative locale soit de la compétence de chaque État fédéré. Pour cela, la modification des limites territoriales ou la création et la suppression des collectivités infra-étatiques fédérées doit appartenir à l'entité fédérée. Ce n'est pas toujours le cas. La Belgique, ancien État unitaire, réserve ainsi cette compétence à l'État fédéral dès les premiers articles constitutionnels⁶⁶⁴. En revanche, le Canada laisse aux provinces la compétence exclusive de mettre en place les institutions municipales⁶⁶⁵. Un modèle intermédiaire est représenté par le cas de la Suisse : la Constitution fédérale garantit une autonomie constitutionnelle des communes mais le droit cantonal détermine les règles en la matière. Le fait que les États fédérés puissent disposer d'une Constitution leur permet, en outre, de donner une visibilité juridique à leur organisation interne. Par exemple, la Constitution du Canton de Vaud définit dans son titre VI les compétences communales, les modalités de fusion et de coopération intercommunale⁶⁶⁶. On ne doit pas être étonné que soit traité au même niveau la fusion de communes et la coopération locale. Elles concernent dans les deux cas la plus petite structure décentralisée qui puisse exister. C'est pourquoi on la désignera sous le vocable de structure élémentaire. Ces deux modalités juridiques d'organisation territoriale d'une structure élémentaire s'inscrivent-elles dans le même cadre théorique ? Pour répondre à cette interrogation, il convient au préalable de se placer au niveau de la structure nouvellement créée c'est-à-dire soit de la commune issue d'une fusion soit du groupement de communes.

Dans le premier cas, la fusion aboutit à créer théoriquement une nouvelle structure élémentaire en remplacement des précédentes du fait de la disparition des entités fondatrices.

⁶⁶⁴ Articles 1 à 7 de la Constitution du Royaume de Belgique

⁶⁶⁵ Cf. article 92-8 de la Constitution du Canada

⁶⁶⁶ Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003

On peut raisonnablement penser que la nature décentralisée de la nouvelle commune n'est pas modifiée par cette fusion puisque cette dernière vise à remplacer une structure élémentaire par une autre. Cependant, en s'intéressant uniquement à la nouvelle entité, on esquivé d'une certaine façon le mécanisme de centralisation à l'œuvre dans le processus de fusion. En considérant la commune historique, le critère de la compétence limitée par un élément d'ordre territorial prend un sens nouveau : les limites de la circonscription de la nouvelle commune sont en effet plus larges que celles des collectivités fondatrices. Autrement dit, la commune fusionnée a une sphère d'action territoriale plus grande et devient, uniquement sous l'angle de ce critère territorial, « *un organe dont la compétence n'est pas limitée à une fraction seulement de la collectivité par un élément d'ordre territorial* ». Elle ne peut alors être qualifiée de structure décentralisée en raison de cette absence de limite d'ordre territorial au regard de chaque commune historique fondatrice. A ce titre, on fait face à une centralisation dans la transformation de structures juridiques en une nouvelle structure élémentaire décentralisée. Comment résoudre alors cette contradiction apparente entre ce phénomène de centralisation et l'existence d'une structure décentralisée ? Il suffit de prendre en compte le critère d'ordre territorial en le combinant avec la création ou la suppression des entités en cause. Par exemple, la fusion de deux communes A et B est initialement composée de deux entités compétentes chacune sur leur territoire. Le critère d'ordre territorial est modifié par l'addition des deux territoires élémentaires décentralisés créant ou formant un seul territoire élémentaire centralisé. Ce processus est, par définition, centralisateur puisqu'il supprime deux fractions du territoire et élargit la compétence territoriale de la nouvelle structure fusionnée. Est-elle pour autant une structure élémentaire centralisée ? Il faut alors savoir si la commune nouvelle remplit le second critère, à savoir le caractère suprême de l'organe. Étant observé la disparition des assemblées délibérantes historiques, le nouveau conseil municipal se substitue pleinement aux anciens conseils sur son nouveau territoire et est donc défini comme suprême. Comme l'entité fusionnée répond aux critères retenus, elle est une structure élémentaire centralisée. Néanmoins, elle reste une structure décentralisée au niveau global car elle ne correspond qu'à une fraction de la collectivité étatique. Cette analyse théorique de la fusion de communes, modalité de l'organisation territoriale, a mis en exergue le caractère centralisateur de ce processus et du maintien de la nature décentralisée de l'entité créée. Il convient de voir maintenant si l'on retrouve ce résultat pour le groupement de collectivités territoriales.

Le groupement de collectivités territoriales, seconde modalité de l'organisation administrative locale, doit tout d'abord être précisé quant à sa composition avant de procéder à la même analyse. Il concerne, pour mémoire, les groupements de structures élémentaires décentralisés, c'est-à-dire les groupements de communes. Ce sont toujours les plus petites

structures décentralisées qui doivent être identifiées même à l'intérieur d'un groupement. Autre point important, le groupement doit être une entité dotée de la personnalité juridique, institutionnalisant la coopération entre collectivités. Lorsque l'on se place au niveau élémentaire et en raisonnant à partir des conditions précédemment définies, on peut rechercher si le groupement de collectivités répond à la définition de la structure décentralisée ou centralisée.

L'application au groupement du premier critère, celui de la compétence territoriale, revient à reprendre le raisonnement tenu pour la commune fusionnée sous réserve de considérer ce critère à l'aune de la ou les mission(s) transférée(s) au groupement. Ainsi, les limites de la circonscription du groupement sont en effet plus larges que celles des collectivités membres pour la compétence ayant permis la création du groupement. On retrouve bien la vocation centralisatrice du groupement. Il ne fait aucun doute que l'objectif est d'assurer le meilleur exercice des compétences locales et que les modalités de coopération institutionnelle ou de fusion sont les deux faces d'une centralisation élémentaire. Elles se différencient toutefois par le second critère, à savoir l'existence d'un organe suprême.

Rechercher si le groupement de collectivités est doté d'un organe suprême se traduit par le fait de savoir si l'organe délibérant dudit groupement n'est pas subordonné hiérarchiquement à ses collectivités membres. A titre préliminaire, il faut se garder de confondre cette subordination avec celle existant avec l'État. Cette dernière demeure sous la forme d'un contrôle de légalité ou juridictionnel, plus ou moins poussé et non pas sous une subordination hiérarchique. C'est pourquoi il convient de rester à l'échelle de la collectivité décentralisée de base pour mieux appréhender le groupement. L'organe délibérant du groupement représente donc l'organe décisionnel et c'est à partir des relations entretenues par cette instance avec les collectivités membres que l'on peut déterminer si le groupement est une structure décentralisée ou centralisée. Dire que l'assemblée délibérante du groupement est centralisée impliquerait l'existence d'un pouvoir hiérarchique. Celui-ci peut prendre deux formes : « *le pouvoir discrétionnaire d'ordonner (ou d'instruire), d'un côté ; de l'autre, le pouvoir discrétionnaire de correction, que la terminologie habituelle scinde en deux : pouvoir de réformation et ou pouvoir de substitution d'action* »⁶⁶⁷. Deux situations doivent alors être étudiées séparément : l'exercice des compétences propres par la collectivité membre et celui des compétences transférées. Dans le premier cas, l'Assemblée du groupement ne dispose pas de pouvoir hiérarchique puisque sa spécialisation ne lui permet pas d'intervenir en dehors de sa sphère de compétence. Il n'y a donc pas d'intervention possible du groupement au regard du principe de spécialité. Dans le second cas, on pourrait estimer qu'il y a subordination des collectivités membres dans la mesure où ces dernières n'exercent plus la compétence et que l'édiction des

⁶⁶⁷ C. EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, op. cit., p. 78

normes appartient en totalité à l'assemblée du groupement. Il nous semble que l'on puisse admettre une équivalence juridique entre le pouvoir de substitution d'action et le principe de dessaisissement des assemblées membres. En effet, la volonté personnelle qui s'impose dans la compétence dévolue est celle du groupement et non pas celles des collectivités de base. Dès lors, il s'agit d'une relation hiérarchique entre le groupement et les collectivités membres. On peut donc conclure que l'on est en présence d'une structure élémentaire centralisée. Cependant, il est utile de comprendre une autre relation, non hiérarchique cette fois, c'est celle de la participation ou de l'association des organes membres à l'édiction des normes émanant du groupement. Doit-on y reconnaître une forme de pouvoir hiérarchique des communes membres sur le groupement par la composition de son organe délibérant ? Sinon on se retrouverait dans un autre cas de figure : ne peut-on pas considérer que l'on se situe dans le cadre de la semi-décentralisation définie par C. EISENMANN ?

Pour répondre à la première interrogation, on se trouve face à une analogie troublante qu'il est nécessaire de clarifier. Il n'y a pas ici de relation hiérarchique liée à la composition de l'organe délibérant central. La participation des membres à un organe central n'entraîne nullement que ces derniers exercent un pouvoir en tant représentant d'une collectivité membre. Quand bien même une collectivité membre aurait la majorité absolue des sièges du groupement⁶⁶⁸, sa volonté personnelle s'imposerait, certes, mais sa décision concernerait la totalité du territoire du groupement. Autrement dit, la norme édictée a toujours un caractère central étranger à la composition du groupement. Mais comme l'écrit le professeur C. EISENMANN, « *la composition de l'organe central est d'une considérable importance pour « l'indépendance » des parties, leur « autonomie ». Et plus encore l'est la règle de ses décisions : plus on se rapproche de l'exigence de l'unanimité et plus indépendance et autonomie seront grandes, moins ces collectivités composantes courront de risque d'être obligées par des règles à l'établissement desquelles elles n'auraient pas consenti* »⁶⁶⁹. Par conséquent, la composition de l'organe délibérant du groupement ne modifie pas la nature centrale de cette structure. En revanche, la présence d'organes non-centraux et d'un organe central permet de se poser la question de savoir si l'on peut se trouver dans le cas d'une semi-décentralisation. On rappelle que celle-ci « *consiste à faire dépendre l'entrée en vigueur des normes d'une double décision libre, prise l'un par l'organe central, l'autre par l'organe décentralisé, de la provoquer ou de ne pas l'empêcher ; en d'autres termes, à attribuer et à l'organe centralisé et à l'organe décentralisé un pouvoir discrétionnaire de concourir à l'entrée en vigueur des normes* »⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Cette hypothèse est théorique car l'article L. 5211-6-1 du CGCT fixe les modalités de répartition des sièges au sein de l'assemblée délibérante et précise notamment qu'aucune commune ne peut avoir plus de la moitié de sièges.

⁶⁶⁹ Cf. C. EISENMANN conclut qu'« *il ne faut pas croire que décentralisation, d'une part et autonomie en général, d'autre part, se confondent purement et simplement* », *ibid.*, p. 90

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 96

Dans le droit de la coopération des collectivités territoriales, le domaine financier ou celui de l'évolution des compétences prévoient ce double consentement.

Sur le plan des compétences, la procédure d'approbation des statuts prévoit une majorité qualifiée pour les modifications de compétence⁶⁷¹. L'article L. 5211-17 du CGCT prévoit ainsi pour un transfert facultatif un accord reposant sur la règle dite de la majorité qualifiée prévue à l'article L. 5211-5 II du CGCT. Ce dernier précise que « *Cet accord doit être exprimé par deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci, ou par la moitié au moins des conseils municipaux des communes représentant les deux tiers de la population* »⁶⁷². On a donc bien une codécision prise par les deux assemblées délibérantes pour l'entrée en vigueur des statuts.

En ce qui concerne les relations financières, l'article L. 5211-5 III relatif aux modalités de transfert des zones d'activités et le paragraphe V de l'article 1609 *nonies* C du CGI prévoit une procédure d'approbation par l'organe délibérant de la commune et par l'assemblée communautaire de l'évolution du montant des attributions de compensation sur la base du rapport de la commission d'évaluation des charges transférées.

En résumé, ces actes relevant de la semi-décentralisation peuvent être réduits à l'évolution statutaire et financière du nouvel EPCI. Au niveau élémentaire, un organe central se substitue pleinement aux conseils municipaux sur le territoire communautaire. Il est donc défini comme suprême et est donc défini comme une structure élémentaire centralisée. Néanmoins, il reste une structure décentralisée au niveau global car il ne correspond qu'à une fraction de la collectivité étatique. Sous réserve des cas particuliers des actes semi-décentralisés dans le cadre de l'évolution des compétences transférées, on peut conclure au caractère centralisateur du groupement en raison de la combinaison de sa double nature : structure élémentaire centralisée et structure globale décentralisée. On remarque aussi que la différence entre la fusion de collectivités territoriales et le groupement de collectivités territoriales tient dans le fait que le second laisse subsister les structures décentralisées primaires, c'est-à-dire les communes. C'est à partir de cette différence institutionnelle que le caractère centralisateur du groupement va nous permettre de mieux le distinguer de la collectivité territoriale à vocation spécialisée.

⁶⁷¹ Lors de la création d'un nouvel EPCI, seules les communes interviennent bien évidemment en ce domaine.

⁶⁷² L'article L. 5211-5 II du CGCT ajoute deux autres conditions, à savoir l'accord de la commune la plus peuplée si elle représente plus du quart de la population communautaire.

§2. Le caractère centralisateur : fondement de la distinction de la notion de groupements de collectivités territoriales et de la collectivité territoriale à vocation spécialisée

On a mis en évidence le caractère centralisateur du groupement en appuyant sur le fait du maintien des structures décentralisées primaires. On ne reprend pas l'idée d'un « pouvoir municipal », qui n'a jamais été reconnu par l'État. Comme l'écrit J. M. PONTIER, *« non seulement le législateur ne consacrera pas cette notion de « pouvoir municipal » mais, de plus, il la rejettera : chaque fois que ce soit en 1837 [au lieu de 1937 qui est sans aucun doute une coquille dans le texte de l'article] ou en 1884, un parlementaire évoquera cette idée, et, proposera un amendement tendant à la consacrer dans les textes, cela sera rejeté au nom de l'unité de l'État, les communes, et encore moins les départements, ne pouvant disposer d'un pouvoir propre »*⁶⁷³. Toutefois, on retient l'idée d'une nature particulière de la commune, que l'on qualifiera de structure semi-originale (A). C'est à partir de cette notion que l'on pourra caractériser le groupement de collectivités territoriales comme une structure fonctionnelle à vocation centralisatrice (B).

A. La commune française : une structure « semi-originale »

Peu de constitutions françaises ont défini l'institution communale. Seule celle de 1791 l'aborde conceptuellement dans son article 7 de la section relative à la division du royaume et à l'état des citoyens. Elle la considère non pas uniquement, comme on pourrait le croire, sous l'angle d'une division territoriale de l'État mais aussi sous celui de la citoyenneté en disposant que *« les citoyens Français, considérés sous le rapport des relations locales, qui naissent de leur réunion dans les villes et dans de certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les Communes – Le Pouvoir législatif pourra fixer l'étendue de l'arrondissement de chaque commune »*. Il ressort de cette définition constitutionnelle initiale un paradoxe sur la circonscription élémentaire du territoire : les relations locales, définissant naturellement le cercle des destinataires de chaque commune par le critère de l'*affectio societatis*, déterminent chaque périmètre territorial communal, s'opposant en cela au législateur doté du pouvoir de définir les limites administratives de ses subdivisions. Cette antinomie autour de la fixation des

⁶⁷³ J. M. PONTIER, « Mort ou survie de la clause générale de compétence », *BJCL*, n°01/11, p. 12

périmètres communaux s'inscrit plus largement sur la nature de cette collectivité territoriale. Au moment de la discussion de l'article 8 relatif à l'élection et aux fonctions des officiers municipaux, M. ROBESPIERRE est intervenu pour affirmer que *« les officiers municipaux n'avaient point été institués dans le principe de cette manière; ils tenaient un rang dans l'ordre politique; ils étaient le premier degré de ce qu'on appelait le pouvoir administratif, et, par là, ils étaient incontestablement chargés des fonctions publiques, et ressortissaient sous ce rapport aux districts et aux départements; ils exercent encore actuellement ces fonctions. Cependant cet article, en disant qu'il pourra être délégué aux officiers municipaux quelques fonctions relatives à l'intérêt général de l'État, détruit évidemment cette constitution des municipalités. L'Assemblée ne peut donc pas adopter un article aussi important sans avoir examiné la question qu'on préjuge ici, c'est-à-dire si on chargera ou si on détruira la constitution primitive des municipalités. Je conclus qu'on ne peut pas adopter le dernier paragraphe »*⁶⁷⁴. D'après ces propos, on remarque la difficulté de savoir si la commune est seulement un rouage administratif du nouvel État ou si elle est une structure propre émanant d'un possible pouvoir municipal. Comment les juristes français ont-ils essayé de concilier ou, au contraire, de faire primer l'une ou l'autre cette dualité de nature de l'instance municipale ? Souvent, lorsque l'on évoque la commune, elle est vue à partir d'un prisme historique où le lyrisme, notamment politique, l'emporte souvent sur une caractérisation juridique précise et claire. On la retrouve définie comme la cellule de base de la démocratie locale en tant que pouvoir. Pour atténuer son influence naturelle, elle est assimilée à une famille, comparaison largement utilisée depuis la Révolution. A cet égard, les juristes ont recherché à déterminer la nature de la commune en la positionnant au sein de l'organisation étatique. Par exemple, P. HENRION de PANSEY explique qu'*« Au-dessous des pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, il en est un quatrième, qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille : c'est le pouvoir municipal. Quoique au-dessous des trois autres, ce pouvoir est cependant le plus ancien de tous. C'est en effet le premier dont le besoin se soit fait sentir ; il n'y a pas de bourgade, qui, à l'instant même de sa formation, n'ait reconnu la nécessité d'une administration intérieure et d'une police locale »*⁶⁷⁵. On peut la rapprocher de la présentation de l'administration communale produite par le conseiller d'État L. A. MACAREL dans son cours d'administration et de droit administratif en 1852. Il précise ainsi que *« L'autorité partant du centre, il m'avait paru logique de suivre la direction du mouvement qui se porte vers les extrémités. Les conseils, en général, ont, au contraire, pour objet l'instruction des affaires administratives, qui va ou vient des extrémités au centre, puisque c'est dans les localités que naissent les faits*

⁶⁷⁴ Archives parlementaires, Tome XXIX, Séance du 10 août 1791, p. 322

⁶⁷⁵ P. HENRION de PANSEY, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 4^{ème} édition, B. Duprat & Videcoq, 1840, 487 p., p. 1

administratifs et les difficultés d'application sur lesquels les administrateurs sont appelés à statuer. C'est donc par les conseils inférieurs qu'il me paraît convenable de commencer, pour vous montrer l'enchaînement et le système de toute catégorie d'instruments administratifs, et, pour vous faire comprendre d'abord leur utilité spéciale et locale, et ensuite la manière dont ils se rattachent à l'intérêt général : ils seront comme autant d'anneaux dont je vais composer avec vous la longue chaîne de celle de nos institutions administratives dont le caractère dominant est, tout à la fois, délibératif et consultatif »⁶⁷⁶. Ce renversement de l'ordre de présentation des institutions administratives est principalement lié à la difficulté de savoir si la commune est totalement dérivée de l'État ou si elle a une origine propre. Cette antériorité de la commune sur l'État et son insertion dans l'ordre administratif étatique est une constante reprise par les auteurs de droit administratif de la fin du XIX^{ème} siècle. Par exemple, L. BEQUET définit la commune comme « Une personne morale formée de l'agrégation des habitants de la circonscription élémentaire du territoire de la République délimitée par la loi, et que la loi constitue tout à la fois comme organe de l'administration générale de l'État et comme gérante de ses intérêts privés, sous des conditions et des contrôles déterminés »⁶⁷⁷. Cette dualité de la nature administrative de la commune est-elle transposable sur le plan constitutionnel ?

De manière étonnante, les auteurs de manuel de droit constitutionnel du début du XX^{ème} siècle l'ont intégrée en tant que fait juridique. Elle est utilisée pour différencier constitutionnellement l'État des autres collectivités territoriales en s'appuyant sur la commune française. Ainsi, L. DUGUIT la considère comme un contre-exemple permettant d'invalidier soit la théorie du critère de puissance publique soit celle de l'auto-organisation. Il explique pour ce dernier cas que « nos communes françaises ont eu, à un certain moment, la législation, la juridiction, l'administration; elles n'étaient point cependant des États, mais seulement des corps décentralisés. Aujourd'hui encore, elles ont une sorte de pouvoir constituant, elles organisent leur police quand elles ont moins de 40.000 habitants (L. 5 avril 1884, art. 103); elles ont le pouvoir législatif, le maire fait des règlements de police qui, au point de vue matériel, sont de véritables lois ; et jusqu'à la loi du 27 mai 1873, les maires avaient des attributions juridictionnelles. Il ne viendra à l'idée de personne de dire que les communes françaises du XIX^e siècle étaient des États non souverains »⁶⁷⁸. Dans le même sens et cette position identique interpelle, M. HAURIOU indique, en évoquant le critérium du pouvoir originaire, que « l'État seul aurait un pouvoir originaire, c'est-à-dire qu'il n'aurait été fondé juridiquement par

⁶⁷⁶ L. A. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, 2^{ème} édition, Tome 1^{er}, 1852, Plon, 672 p., p. 501. Il convient de préciser que son cours date de 1842.

⁶⁷⁷ L. BEQUET & P. DUPRE, *Traité de la commune*, Librairie P. Dupont, Extrait du répertoire du droit administratif, 1888, p. 37

⁶⁷⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, La Théorie générale de l'État. Première partie. Éléments, fonctions et organes de l'État*, 1928, 3^e édition, Tome 2, pp. 136-137

personne et tiendrait son pouvoir de lui-même, les provinces, départements, communes colonies, auraient été fondés par l'État et tiendraient de lui leur pouvoir, qui ainsi serait dérivé. Ce système donne prise à la critique historique, et il n'y résiste pas. D'abord, les communes modernes sont souvent antérieurs aux États modernes et tous leurs pouvoirs ne sont point dérivés »⁶⁷⁹. Cet aspect historique a été abandonné du fait de la primauté et de la souveraineté de l'État. La commune est maintenant définie comme une circonscription administrative territoriale. On peut ajouter que la Constitution a listé les collectivités territoriales, ce qui a conduit à les traiter et à les penser de façon uniforme. Ceci est amplifié par l'article 34 C qui confie au législateur de définir leurs compétences et leurs ressources. A ce titre, il semble qu'une certaine uniformité des régimes juridiques des collectivités soit recherchée, ceci étant accru par la constitutionnalisation de la région en 2003. B. FAURE a noté que ce principe d'uniformité a souvent guidé la construction du droit des collectivités territoriales. Historiquement, il souligne que « *[L'uniformité communale] allait dans le sens d'une abolition des privilèges, les regroupements d'habitants se trouvant désormais régis par le droit communal applicable à tous* »⁶⁸⁰. Il a cependant subsisté à l'Ancien régime les limites administratives des communes introduisant au passage une particularité européenne vivace. Cela tient peut-être au fait que la commune française occupe une place singulière dans l'organisation administrative, qui va bien au-delà de son nombre élevé. La qualification automatique de la commune comme structure décentralisée est une constante de l'histoire administrative française. Elle est synonyme de base élémentaire de la démocratie locale et de structure décentralisée. Les deux phénomènes sont souvent associés ou confondus alors qu'il convient de les analyser séparément. Si l'aspect démocratique mérite une étude approfondie⁶⁸¹, le caractère décentralisé de la commune n'est pas contesté.

Il est vrai que la superficie et la faible population de la plupart d'entre elles peuvent, en apparence, suffire à en admettre l'évidence. Pour autant, ces éléments cachent, en partie, la véritable nature de la commune, qui est historiquement et juridiquement une structure originaire décentralisée. Pour expliquer et comprendre la notion de structure originaire, on commencera par montrer que la commune peut être qualifiée de structure décentralisée avant de mettre en exergue le paradoxe juridique lié à l'histoire de la collectivité territoriale de base⁶⁸², auquel la structure originaire permet de répondre.

En reprenant la définition de C. EISENMANN de la structure décentralisée, il est nécessaire que le territoire corresponde à une fraction du territoire national. Il ne fait aucun

⁶⁷⁹ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, 1930, Sirey, pp. 29-30

⁶⁸⁰ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 33

⁶⁸¹ Cf. chapitre suivant

⁶⁸² Cf. les ouvrages de droit constitutionnel de L. DUGUIT et M. HAURIOU précédemment cités.

doute que la commune remplit ce critère d'ordre territorial, ce qui correspond au fait d'être le plus petit échelon de l'organisation administrative et constitutionnel. On pourrait alors se dire que toutes les communes sont plus petites en superficie que les échelons supérieurs. Ce n'est pas forcément le cas. En effet, des communes peuvent être plus grandes que certains départements voire même que certains États. Ainsi, les départements parisiens ou le département de Belfort sont plus petits en superficie que certaines communes de métropole⁶⁸³. La plus grande commune française, Marisapoula, a une superficie équivalente à celle du Koweït⁶⁸⁴. Prendre la surface brute de la circonscription de la commune apparaît insuffisant pour la considérer comme le plus petit échelon de l'organisation administrative. L'analyse de la fonction des circonscriptions administratives de C. EISENMANN nous apporte une solution juridique permettant de dépasser ce cadre spatial définissant la sphère d'action de ladite collectivité. La compétence de l'organe local n'est pas exclusivement liée au territoire : elle est surtout définie par le cercle de personnes ayant un lien direct avec la circonscription. *« On peut donc dire que la compétence circonscriptionnelle est toujours et uniquement compétence à l'égard des personnes qui sont en quelque sorte en relation avec cette circonscription, parfois directement, parfois indirectement, disons ici : par le canal d'un bien sur lequel elles ont ou veulent acquérir des droits »*⁶⁸⁵. La détermination des personnes concernées par une circonscription administrative est en lien avec les biens présents dans ce territoire. En d'autres termes, l'inventaire des biens de la circonscription permet d'établir avec précision la compétence personnelle. Cependant, on suppose que le périmètre géographique ou territorial de la circonscription est parfaitement connu, ce qui n'a pas toujours été le cas. Lorsque le Constituant révolutionnaire a dû faire face à la délimitation des circonscriptions administratives du département ou de la commune, il avait à sa disposition deux possibilités : soit définir un nouveau critère de délimitation soit s'appuyer sur les périmètres existants. Dans le premier cas, on retrouve la circonscription départementale dessinée à partir des objectifs de construire les assemblées primaires permettant d'assurer la représentation nationale et un bon exercice des fonctions d'intérêt national. Dans le second cas, le Constituant de 1789 a choisi, non sans hésitation, la continuité avec l'Ancien régime puisqu'il a repris les limites administratives de tous les bourgs, hameaux, villes de France pour former la circonscription communale⁶⁸⁶. Les conséquences de cette alternative ne sont absolument pas identiques en termes d'affectation des

⁶⁸³ Par exemple, la commune métropolitaine d'Arles (729 km²) est plus grande que le département de Belfort (609 km²). Le département des Hauts de Seine est plus petit en superficie (176 km²) que la commune de Tende (178 km²) ou de la commune nouvelle de Lys-Haut-Layon (179 km²).

⁶⁸⁴ La superficie de cette commune de Guyane est de 18 360 km² contre 17 818 km² pour le Koweït.

⁶⁸⁵ C. EISENMANN, « Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tome II, LGDJ, 1974, p. 427

⁶⁸⁶ Décret du 12 novembre 1789 précité.

biens locaux. Dans le premier cas, les biens provinciaux ont été directement intégrés à l'État sans que le département soit considéré comme la structure propriétaire. Il en a résulté que le patrimoine départemental s'est constitué progressivement à partir de transferts de biens de l'État. Juridiquement, le domaine départemental n'est qu'un démembrement partiel de l'entité supérieure. Le département est une institution dérivée⁶⁸⁷ de l'État tant sur le plan patrimonial que sur la définition de leur périmètre. Dans le second cas, le maintien des anciennes limites administratives des communes n'a pas entraîné une étatisation des biens municipaux. Au contraire et comme le souligne J. THOURET dans son discours sur le nouveau découpage de la France en 1789, « *Le pouvoir municipal n'a trait qu'à l'intérêt privé et aux besoins particuliers de chaque district municipalisé. Tout État a commencé par de petites agrégations élémentaires qui se sont réunies pour former les sociétés plus puissantes et plus étendues qu'on appelle nations. Chacune a séparé de la masse des pouvoirs dont elle était essentiellement revêtue la portion de ces pouvoirs qu'il était nécessaire de mettre en commun pour former le gouvernement général; mais elle a dû réserver celle qui lui était nécessaire pour l'administration de ses affaires intérieures, domestiques et étrangères à la grande administration nationale. Ainsi, la municipalité est, par rapport à l'État, précisément ce que la famille est par rapport à la municipalité dont elle fait partie. Chacune a des intérêts, des droits et des moyens qui lui sont particuliers ; chacune entretient, soigne, embellit son intérieur, et pourvoit à tous ses besoins, en y employant ses revenus, sans que la puissance publique puisse venir croiser cette autorité domestique, tant que celle-ci ne fait rien qui intéresse l'ordre général. Il ne faut pas conclure de là que les municipalités soient indépendantes des pouvoirs publics; disons qu'elles sont soumises à ces pouvoirs, mais qu'elles n'en font pas partie; disons qu'elles y sont soumises comme les individus, comme les familles privées, qu'elles doivent l'obéissance aux actes de la législature, et qu'elles dépendent du pouvoir exécutif, soit par les corps administratifs dans tout ce qui est du ressort de l'administration générale, soit par les tribunaux dans tout ce qui est du ressort du pouvoir judiciaire* »⁶⁸⁸. La conséquence immédiate concerne la préservation des biens propres gérés par les communes. Ces biens ont été la base de l'article 50 du décret du 14 décembre 1789 disposant notamment que « *Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : De régir les biens et revenus communs des villes, bourgs, paroisses et communautés* »⁶⁸⁹. Que signifie ce maintien des limites administratives et des biens des communes relevant de l'Ancien Régime ? Il nous semble que l'on se situe dans le cadre d'une succession d'un ordre juridique

⁶⁸⁷ La théorie de l'ordre juridique de S. ROMANO définit les institutions dérivées comme celles qui sont établies par une autre institution, ce qui est le cas pour le département. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 103

⁶⁸⁸ Archives parlementaires, Tome IX, séance du 9 novembre 1789, pp. 726-727

⁶⁸⁹ Archives parlementaires, Tome X, séance du 14 décembre 1789, p. 566. Le même raisonnement peut être tenu pour des biens particuliers, que sont les communaux.

par un autre sur un même territoire. Lors de la Révolution française, l'ordre juridique de l'Ancien Régime n'a pas entièrement disparu et a subsisté par le truchement de dispositions très spécifiques, dont celles concernant le périmètre des communes, la gestion des biens propres communaux. Comment alors caractériser ces traits spécifiques des communes émanant d'un ordre juridique disparu ? Sont-elles des institutions purement dérivées ou pouvons-nous les classer dans une autre catégorie ?

A l'opposé des institutions dérivées, S. ROMANO définit les institutions originaires comme « *celles qui réalisent un ordre juridique non établi par d'autres institutions, donc indépendant quant à sa source* ». On ne peut pas dire que les communes françaises soient complètement indépendantes au regard de leur source de l'État. C'est la raison pour laquelle le théoricien italien estime que « *les communes (...) sont toujours des institutions dérivées* ». Il note, en revanche, que « *l'ordre des États, même de ceux qui sont soumis à d'autres États, comme les États membre d'un État fédéral, est toujours intégralement originaire : il trouve, dans l'ordre de l'État qui le domine, non sa source, mais seulement une limite, d'ailleurs reconnues par une de ses propres normes* »⁶⁹⁰. Il inscrivait en effet les États soit dans les situations d'une institution originaire soit dans la situation intermédiaire d'être une institution partiellement originaire et dérivée. C'est dans ce troisième cas de figure que l'on peut situer la commune française. Elle présente des caractéristiques propres à l'ordre juridique antérieur, c'est-à-dire de l'Ancien Régime et celles-ci sont prises en compte dans le nouvel ordre juridique constitutionnel posé par les constitutions postérieures à 1791. La commune française a donc une source originaire spécifique par sa délimitation et ses biens propres. Elle est, bien entendu, également et largement façonnée par le corpus législatif et constitutionnel, ce qui en fait, avant tout, une institution dérivée. La commune présente néanmoins un trait historique et juridique de nature première ou originaire. C'est la raison pour laquelle on peut dire qu'elle est une structure dérivée partiellement originaire, que l'on peut définir comme une « *structure semi-originnaire* ». Constitutionnellement elle ne peut pas être assimilée à un État fédéré puisqu'elle n'est pas reconnue comme entité politique propre mais elle a une origine antérieure à l'État, que la Révolution française n'a pas effacé.

En somme, la commune nous apparaît singulière par rapport aux autres collectivités territoriales. C'est la raison pour laquelle on peut la qualifier de structure territoriale semi-originnaire. Cette double nature juridique est potentiellement un élément d'identification du groupement de collectivités territoriales que l'on va maintenant étudier.

⁶⁹⁰ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 103

B. La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales : une structure fonctionnelle à vocation centralisatrice

L'introduction du concept de structure territoriale semi-originaire permet-il de mieux comprendre le groupement de collectivités territoriales ou, au contraire, est-il facteur de complexité juridique supplémentaire ? Il apparaît plus compliqué de mettre en évidence un nouveau caractère juridique alors que sont fragilisés les critères usuels. Il l'est d'autant plus que la division élémentaire entre structures fonctionnelles et structures territoriales est toujours valable et que l'insertion d'un type particulier de structure territoriale ne semble pas forcément pertinente. Cela vient à distinguer deux types de collectivités territoriales supplémentaires, les collectivités territoriales semi-originales et dérivées à côté des collectivités territoriales à vocation générale et à vocation spécialisée ou fonctionnelle. On peut donc admettre une complexité juridique plus grande surtout si ces quatre espèces de collectivités territoriales peuvent se recouper. Enfin, on démultiplie aussi les catégories de groupements de collectivités territoriales, ce qui serait contradictoire avec l'objectif visé initialement. Ces objections peuvent néanmoins être dépassées si l'on cherche à répondre à la question fondamentale de savoir ce qui a poussé le Constituant à inscrire dans la norme la plus élevée en 2003 la notion de groupements de collectivités territoriales alors qu'il était en mesure de répondre législativement à la problématique de l'émiettement communal. Deux exemples sont particulièrement significatifs de la possibilité de modifier profondément le régime juridique des collectivités territoriales fonctionnelles : le conseiller territorial, élu départemental et régional, créé en 2010 et la réduction du nombre de régions en 2014. *A contrario*, l'échec de la loi Marcellin en 1971 est un exemple illustrant le caractère semi-originaire de la commune. On ne dit pas que l'on ne peut pas modifier son régime juridique mais plutôt que sa nature semi-originaire lui garantit une protection juridique constitutionnelle. C'est pourquoi le concept de structure territoriale semi-originaire apporte un éclairage nouveau sur le groupement de collectivités territoriales.

En premier lieu, l'appartenance du groupement de collectivités territoriales à la catégorie des institutions dérivées est claire car sa création et son régime juridique sont issus de l'ordre juridique constitutionnel républicain. La notion d'institution dérivée donne à l'État un pouvoir important sur ces dernières en lui laissant souvent une grande latitude dans les libertés locales qu'il peut leur octroyer. C'est ce que souligne B. FAURE au sujet de l'apparition de la

collectivité territoriale spécialisée en écrivant « *Désormais, la collectivité territoriale spécialisée de la loi de 2015 a perdu sa valeur juridique : elle n'implique plus le libre choix de ses activités, donc une distinction fondamentale avec l'établissement public. Pire, le mot sert à masquer la chose créée : l'État joue sur les deux tableaux lui permettant de couvrir du pavillon de la collectivité, et de la liberté que celui-ci suggère, une organisation au service des finalités qu'il maîtrise* »⁶⁹¹. Il est vrai que la catégorie de collectivité territoriale constitutionnelle contenait l'éventualité d'un régime uniforme applicable à toute catégorie de collectivité territoriale. Mais on a vu que cette possibilité a été écartée par le législateur et le juge constitutionnel, ce qui fait appartenir les collectivités territoriales spécialisées au champ des institutions dérivées.

En deuxième lieu, on pourrait essayer de distinguer au sein des institutions dérivées le groupement des collectivités spécialisées par cette qualité des membres de l'EPCI, à savoir des communes. Après tout, l'existence des communes, institutions semi-originales, pourrait suffire à distinguer le groupement des autres collectivités territoriales spécialisées, c'est-à-dire les départements et les régions. Cependant, on se heurte à un exemple très particulier, celui de la métropole de Lyon. Cette dernière est aussi composée de communes sans que celles-ci en soient directement membres. De ce fait, le critère de la composition du groupement par des structures semi-originales est mis en échec.

En troisième lieu, le groupement de collectivités territoriales est caractérisé, nous l'avons étudié précédemment, par les critères fonctionnel et centralisateur. L'évolution récente du régime juridique administratif et constitutionnel des départements, des régions et des métropoles neutralise, en partie, le critère fonctionnel puisque ces collectivités territoriales et le groupement partagent cette qualité juridique. Cependant, l'effacement de ce critère n'est qu'apparent du fait que la *summa divisio* entre structure territoriale et structure fonctionnelle demeure. Une catégorie de groupements de collectivités territoriales, les métropoles, présente néanmoins la particularité d'être soit une collectivité territoriale *sui generis* soit un groupement fonctionnel de collectivités territoriales. Comme elles sont aussi des institutions dérivées, on ne voit pas les raisons juridiques⁶⁹² qui ont poussé non seulement le législateur à conférer deux qualifications juridiques aux métropoles et, en outre, le Constituant à inscrire le groupement de collectivités territoriales dans la norme fondamentale. L'ordre constitutionnel et le pouvoir du législateur en la matière laisse la place à la création d'une métropole-collectivité mais « *en renonçant à ériger les métropoles en collectivités territoriales, le gouvernement se contente*

⁶⁹¹ B. FAURE, « *La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ?* », *AJDA*, 2016, p. 2440

⁶⁹² Nous écartons les arguments de nature politique qui demeurent très contingents et rejoignent la dimension démocratique de la commune, ce que nous verrons dans le chapitre premier du prochain titre. Quoi qu'il en soit, nous leurs préférons une traduction juridique susceptible de mieux saisir le droit en la matière.

d'ajouter une nouvelle feuille aux mille-feuilles administratif qu'il dénonçait au début »⁶⁹³. Ceci s'est reproduit en 2014 lors de la discussion parlementaire sur le statut des métropoles. Il reste que l'introduction du concept de structure semi-originale explique juridiquement et historiquement cette impossibilité de modifier les limites territoriales des communes par la technique de la fusion, qu'elle soit autoritaire ou programmée voire volontaire. La création d'une métropole-groupement, se superposant à celles des structures semi-originaires, est le fruit d'une logique fonctionnelle visant à substituer sur un territoire plus large, défini comme métropolitain, l'exercice d'un certain nombre de compétences communales. Cependant, la nature particulière de la commune a, pour conséquence, de la faire participer juridiquement à la modification de son ordre juridique primaire, ce que l'on traduit par la volonté des communes de se regrouper. Il en ressort que le critère dynamique « centralisateur » montre la véritable nature de la structure fonctionnelle composée de structures semi-originaires. La structure territoriale à vocation spécialisée ne présente jamais ce caractère. En effet, elle est avant tout une structure territoriale dérivée, qui est complètement modelée par le législateur. On en veut pour preuve qu'au-delà du choix de fusion entre les différentes régions historiques et des enjeux de pouvoir autour des nouveaux chefs-lieux de région, le regroupement des régions n'a posé aucune objection réelle et juridique. Le cercle des destinataires des nouvelles régions a été défini préalablement à l'exercice de nouvelles compétences. Par conséquent, cette centralisation, par l'élargissement du nombre de personnes concernées, est, par définition, statique. Il n'y a donc pas de centralisation dynamique, c'est-à-dire la possibilité de transférer volontairement une compétence d'une structure territoriale à une autre structure de type fonctionnelle. C'est ce qui différencie la métropole-collectivité de la métropole-groupement. La première voit ses compétences listées légalement alors que la seconde peut connaître une évolution volontaire de ces dernières. Ainsi, la métropole de Lyon se voit attribuer une liste de compétences limitativement énumérées et précisées. Elle ne peut évoluer en fonction d'un intérêt métropolitain ou d'une volonté de l'ensemble des collectivités territoriales de transférer une nouvelle compétence communale⁶⁹⁴. Au contraire, la métropole-groupement maintient la définition de l'intérêt métropolitain pour répartir certaines compétences, que ce soit les

⁶⁹³ J. C. DOUENCE, « Les métropoles », *RFDA*, 2011, p. 259

⁶⁹⁴ On remarque qu'il est utilisé le terme territoire ou métropolitain, c'est-à-dire qu'il correspond à une logique territoriale, de périmètre de territoire et non pas de répartition de compétences. Par exemple, l'article L. 3641-1 du CGCT évoque « la métropole de Lyon exerce de plein droit en lieu et place des communes situées sur son **territoire**... », « Actions de développement économique, dont la participation au capital des sociétés mentionnées au 8° de l'article L. 4211-1, et actions contribuant à la promotion et au **rayonnement du territoire** et de ses activités, ainsi que soutien et participation au pilotage des pôles de compétitivité situés sur son **territoire** », « Élaboration du diagnostic du **territoire**... », « Construction, aménagement, entretien et fonctionnement d'équipements culturels, socio-culturels, socio-éducatifs et sportifs **métropolitains** », « l'espace **métropolitain** », « Participation à la gouvernance et à l'aménagement des gares situées sur le territoire **métropolitain** » et « Création, gestion, extension et translation des cimetières et sites cinéraires **métropolitains**, ainsi que création, gestion et extension des crématoriums **métropolitains** ».

opérations d'aménagement, les équipements sportifs et culturels. L'article L. 5742-2 du CGCT précise en outre que « *Lorsque l'exercice des compétences mentionnées au présent I est subordonné à la reconnaissance de leur intérêt métropolitain, celui-ci est déterminé par le conseil de la métropole à la majorité des deux tiers. Il est défini au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur du décret prononçant la création de la métropole. A défaut, la métropole exerce l'intégralité des compétences transférées* ».

Le cas des compétences facultatives et supplémentaires laisserait à penser que la métropole-collectivités et ses collectivités « membres » peuvent organiser le transfert de nouvelles compétences communales et que le caractère centralisateur au sens dynamique du terme serait également applicable à la collectivité particulière de la métropole de Lyon. En effet, par le jeu de renvoi des transpositions de la législation des EPCI, la métropole de Lyon pourrait se voir transférer des compétences facultatives ou supplémentaires par les communes. Deux arguments peuvent être opposés.

D'une part, cette disposition d'un transfert facultatif n'intéresse pas l'ordre juridique national : l'État offre une possibilité juridique aux communes sans qu'il y soit particulièrement intéressé. C'est dans cette logique que l'on peut différencier les compétences facultatives ou supplémentaires des compétences optionnelles prévues pour les autres catégories d'EPCI. On peut noter l'absence de compétences optionnelles pour les métropoles ainsi que pour les communautés urbaines. La logique de l'État est de différencier les catégories d'EPCI selon le principe d'une intégration de plus en plus forte des compétences. Plus on se rapproche du régime juridique de la communauté urbaine ou de la métropole, plus l'espace de liberté accordé à la volonté des communes se réduit. Dans le cas de la métropole-collectivité, on peut même se poser la question de l'application concrète de la transposition de la disposition relative aux compétences facultatives pour les communes situées sur le territoire de la métropole de Lyon.

Deux éléments concourent plutôt à réduire la probabilité de l'application de l'article L. 5217-17 du CGCT à néant. D'une part, la mise en œuvre d'une centralisation dynamique nécessite l'accord des différents organes suprêmes pour ce transfert. Or la dissociation de la représentation de l'assemblée délibérante de la métropole de Lyon de celle des communes membres rendra tout simplement difficile ces transferts s'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. En effet, les conseils municipaux des communes de la métropole de Lyon n'auront plus de représentant au sein de la nouvelle assemblée communautaire puisque celle-ci sera élue au suffrage universel direct à compter de 2020. D'autre part, ce transfert ne pourrait concerner, en tout ou partie, que la compétence affaires scolaires puisque les communes de la

métropole de Lyon n'ont plus d'autres missions en dehors d'une simple gestion patrimoniale communale⁶⁹⁵. La liste des attributions effectives de la collectivité communale métropolitaine lyonnaise réduirait à peu de choses et en raison de la jurisprudence constitutionnelle sur la libre administration des collectivités territoriales, on se demande même si ce transfert éventuel ne serait pas anticonstitutionnel. En effet, la décision 2016-565 DC du 16 septembre 2016 considère que la libre administration et la détermination de leurs compétences « *impliquent que toute collectivité territoriale doit disposer d'une assemblée délibérante élue dotée par la loi d'attributions effectives, qu'il est loisible au législateur d'énumérer limitativement* » et que « *compte tenu de l'étendue des attributions dévolues aux départements par les dispositions législatives en vigueur, qu'il s'agisse de compétences exclusives, de compétences partagées avec d'autres catégories de collectivités territoriales ou de compétences susceptibles d'être déléguées par d'autres collectivités territoriales, les dispositions contestées ne privent pas les départements d'attributions effectives* ». On remarque qu'il faudrait que les communes de la métropole de Lyon puissent gérer, par délégation, des compétences métropolitaines afin de respecter le contenu du principe de libre administration, à savoir des compétences effectives. Il n'est d'ailleurs pas sûr que la dimension décentralisatrice interne à la métropole lyonnaise puisse s'avérer pertinente, compte tenu de l'indépendance politique des conseils municipaux et du conseil métropolitain. En revanche, la reconnaissance constitutionnelle de la clause de compétence générale communale pourrait peut-être garantir à la commune l'effectivité permanente d'une compétence, qui n'est pas dévolue aux autres collectivités territoriales spécialisées.

Par voie de conséquence, le caractère centralisateur, au sens dynamique, est un critère de distinction entre la métropole-groupement de la métropole-collectivité par le fait que cette dernière présente seulement un caractère centralisateur statique.

Il résulte des développements de nos deux chapitres que les caractères fonctionnel et centralisateur, au sens dynamique du terme, permettent de différencier les collectivités territoriales fonctionnelles des groupements de collectivités territoriales. Nous avons volontairement neutralisé les transferts des autres collectivités territoriales, que ce soit la région ou le département, vers la métropole car ils n'apportent pas de trait particulier pour distinguer la métropole-groupement de la métropole-collectivité. En tout état de cause, les critères fonctionnel et centralisateur suffisent, il nous semble, à assurer l'identification constitutionnelle du groupement. Le critère « centralisateur », qui présente une double dimension, à la fois

⁶⁹⁵ Les comptes rendus des conseils municipaux des communes de la métropole de Lyon ne sont pas riches en sujet propres à leur collectivité depuis les transferts effectués à la métropole.

statique et dynamique, nous incite maintenant à analyser le critère constitutionnel de l'élection du conseil de la collectivité et du groupement.

TITRE 2 : La confirmation constitutionnelle de l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales

Le titre précédent a permis d'identifier les critères juridiques de la notion de groupements de collectivités territoriales en le comparant avec la notion constitutionnelle de collectivité territoriale. On a vu notamment que le groupement est un organisme fonctionnel centralisateur composé de structures élémentaires. Bien que la notion de collectivité territoriale ait évolué vers une conception restrictive sur le plan constitutionnel, il n'en demeure pas moins que les critères que l'on a fait ressortir sont applicables pour la commune. Il est vrai que cette institution présente des singularités que l'on ne retrouve pas dans les autres collectivités territoriales constitutionnelles. Ainsi, le caractère démocratique de la commune est indéniable. Elle est peut-être magnifiée par les auteurs du XIX^{ème} siècle dont A. de TOCQUEVILLE est le plus connu. Il n'empêche que la commune est essentiellement vue comme une société locale. Par exemple, F. LAFERRIERE, en 1846, la définit comme « *une société et non une agrégation de personnes qui ne tiendraient pas au sol ou qui n'auraient dans le lieu que des relations accidentelles et passagères ; – les relations sont dites locales et continues, pour distinguer la commune du canton, où existent aussi des relations locales mai non continues* »⁶⁹⁶. Ce qui est frappant dans cette définition, c'est le fait de ressortir l'élément territorial et l'élément relationnel de la commune. L'aspect territorial implique que la définition de l'espace communal est donnée et non dessinée par l'État français. L'aspect relationnel passe, quant à lui, par la dimension démocratique et celui-ci a un impact non négligeable sur le groupement de collectivités territoriales. En effet, l'existence du groupement est largement influencée par les traits spécifiques de ses communes membres au point de les lui transmettre. C'est à partir de ce mouvement institutionnel lié à la coopération locale que l'on pourra confirmer l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales. Cette dernière sera mise en exergue par l'analyse de dispositions relevant du droit constitutionnel, à savoir l'élection des organes des collectivités territoriales et l'application des droits et libertés que la Constitution garantit.

⁶⁹⁶ F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif*, 1841-1846, *op. cit.*, p. 543

D'une part, l'élection au suffrage universel de l'organe délibérant du groupement de collectivités territoriales est apparue progressivement comme incontournable au fur et à mesure que les groupements de collectivités territoriales exerçaient de plus en plus de compétences. C'est le premier signe distinctif de l'EPCI à fiscalité propre par rapport aux groupements existants.

D'autre part, il apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle relative à la question prioritaire de constitutionnalité que l'intercommunalité à fiscalité propre tient une place toute particulière permettant simultanément de le différencier de la notion de collectivité territoriale et de la notion d'établissement public.

Nous étudierons la spécificité de l'élection au suffrage universel de l'organe délibérant des groupements de collectivités territoriales (Chapitre 1) avant de voir les garanties constitutionnelles propres aux groupements de collectivités territoriales (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La spécificité de l'élection au suffrage universel de l'organe délibérant des groupements de collectivités territoriales

Véritable serpent de mer pendant près de vingt ans, l'élection au suffrage universel direct des organes délibérant des groupements de collectivités territoriales a fini par advenir. Comme le remarquait C. JEBEILI en 2006, « *L'État ne peut plus contourner cette réalité démocratique qui exige que les conseillers communautaires soient élus au suffrage universel direct ; cependant, la réforme attendue ne pourra que rendre plus inéluctable encore la mutation territoriale que représente l'intercommunalité* »⁶⁹⁷. Plus l'intercommunalité s'est développée à partir de la loi Chevénement tant sur le plan territorial que sur celui des compétences communautaires, plus se posait cette question du mode de désignation de leurs organes délibérants. Plusieurs obstacles s'opposaient à la démocratisation ou plutôt à l'élection au suffrage universel direct des conseils des Communautés de communes, d'agglomération ou urbaine et de ceux des métropoles. Au-delà du déploiement total des structures intercommunales sur le territoire français, le changement de mode de désignation emportait une mutation profonde du groupement de collectivités territoriales. La représentation des collectivités territoriales est prévue à l'article 72 C et ce critère propre des collectivités territoriales s'efface si l'EPCI à fiscalité propre venait à s'ajouter à ce cercle fermé des conseils élus. Comment doit-on appréhender cette transformation institutionnelle à l'aune de la démocratie locale ?

Le débat sur les modalités de désignation de l'organe délibérant communautaire n'est pas sans lien avec la représentation du local par l'État. Comme le souligne J. A. MAZERE, « *tous les éléments qui spécifient et définissent les collectivités locales se trouvent déterminés par l'État qui les produit* »⁶⁹⁸. Bien que « *les organes de la commune ne résultent plus ainsi de l'expression de sa liberté constitutionnelle originaires mais du statut octroyé par le pouvoir central* »⁶⁹⁹, il reste que cette construction étatique de la collectivité locale élémentaire n'est pas neutre dans la lente gestation de l'élection au suffrage universel direct des conseillers

⁶⁹⁷ C. JEBEILI, « L'élection des conseillers communautaires au suffrage universel direct : l'intercommunalité entre fiction et réalité », *JCP intercommunalité*, 2006, p. 8

⁶⁹⁸ J. A. MAZERE, « Les collectivités locales et la représentation », *RDP*, 1990, p. 613

⁶⁹⁹ *Ibid.*

communautaires (Section 1). L'ambivalence de l'État en la matière nous amène à penser que le critère constitutionnel de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux est fonctionnel (Section 2). On verra que cette nature fonctionnelle de l'élection met en évidence une spécificité du groupement que l'on ne retrouve pas dans celle de la collectivité territoriale.

Section 1 : La lente gestation de l'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires

L'émergence de l'élection au suffrage universel direct des conseils de communauté a pris beaucoup temps en raison de plusieurs facteurs, notamment celui d'une plus grande complexité de l'organisation territoriale. Mais ce n'est pas la raison principale de cette gestation plutôt lente : elle est aussi consécutive au refus de voir apparaître une légitimité concurrente des conseils municipaux, assimilés à l'organe représentatif de la démocratie originelle, à savoir celle de la cité. Mais cette vision de la commune n'empêche pas le développement d'autres formes de démocratie en son sein. Ce paradoxe de l'élection des assemblées délibérantes (§1) permettra de voir les ressorts de l'affirmation récente de l'élection au suffrage universel direct des assemblées délibérantes des groupements (§2).

§1. Le paradoxe de l'élection des assemblées délibérantes élémentaires

L'élection au suffrage universel des assemblées délibérantes élémentaires fait partie intégrante de la définition de la commune. Le refus de la supra-communalité élective (A) en est la conséquence directe. En revanche, on peut y voir un paradoxe institutionnel dans l'existence et le développement des organes délibérants infra-communaux (B).

A. Le refus initial de la supra-communalité élective

La commune représente le socle de la démocratie locale et s'oppose en cela à toute forme de pouvoir décentralisé supérieur. Dans ce sens, le concept de supra-communalité est mis en avant pour protéger la commune de l'émergence de ce type de pouvoir. Le manifeste de l'association des maires de France et des présidents d'intercommunalité destiné aux candidats de l'élection présidentielle de 2017 montre la permanence de cette crainte de la supra-communalité en soulignant que « *Le risque de supra-communalité avec l'émergence d'une technostructure territoriale est perceptible, affaiblissant l'action des 524 280 conseillers*

municipaux, citoyens bénévoles engagés au quotidien dans leurs communes. À une intercommunalité stratégique, de mise en commun de moyens de coopération, voulue par les élus locaux autour de projets collectifs, se substitue trop souvent une intercommunalité subie et imposée où la gouvernance locale s'éloigne dangereusement des habitants »⁷⁰⁰. Il ressort de ces propos une distinction assez claire entre l'intercommunalité et la supra-communalité : la première aurait vocation à permettre à un groupement de communes de gérer des compétences et des projets intercommunaux et la supra-communalité se réduirait à sa dimension démocratique, c'est-à-dire que l'on n'accepte pas le dépassement politique du cadre communal. Autrement dit, le refus de la supra-communalité démocratique est en contradiction complète avec l'existence d'EPCI aux compétences de plus en plus nombreuses. Ainsi, il semble difficile d'échapper au paradoxe institutionnel du développement de la logique fonctionnelle des groupements et de l'absence de reconnaissance politique de leurs organes délibérants. Cette opposition à l'émergence politique d'institutions supra-communales est née au moment de la création du premier syndicat de communes. Quelles en étaient les causes ? Deux raisons principales peuvent être relevées : un cadre communal adapté aux principales compétences exercées à cette époque et l'existence antérieure d'une assemblée électorale d'un niveau supra-communal.

D'une part, le dépassement du cadre communal paraissait peu utile à cette époque dans la mesure où cette circonscription correspondait aux modes de vie d'une population plutôt rurale. La logique fonctionnelle supra-communale était retenue dans des domaines très particuliers tels que la création d'hospices ou d'ouvrages d'art routier ou de protection contre les inondations. Dans ces conditions, il n'était pas difficile d'affirmer la volonté de maintenir la prééminence des communes, ce qui se traduit dans le texte de 1890 par la possibilité de créer un groupement sur la base du volontariat. On note toutefois une évolution majeure : le cadre fonctionnel se transcrit dans l'attribution de la personnalité civile au syndicat, ce qui induit l'existence d'un organe de délibération. Sa légitimité était, comme on vient de le voir, fonctionnelle car elle émanait non seulement de la volonté des communes associées de réaliser une œuvre donnée mais provenait aussi d'éventuels bienfaiteurs puisque l'organe délibérant pouvait être composé de membres du département ou de donateurs. Ainsi que le remarquent A. BRUN et H. D. MAYER, « *la loi a prévu le cas où les ressources d'un syndicat pourraient être constituées en partie, soit par des donations de particuliers, soit par des subventions départementales, et il peut y avoir intérêt à ce que, en dehors de l'élément municipal, des places soient réservées dans le conseil du syndicat aux représentants du département ou des donateurs* »⁷⁰¹. C'est dans ce but que l'article 171 du

⁷⁰⁰ Manifeste des maires et des présidents d'intercommunalité, « *Pour des communes fortes et vivantes au service des citoyens ! 2017-2022* », AMF, 2017

⁷⁰¹ A. BRUN & H. D. MAYER, *Les syndicats intercommunaux*, 1954, Berger-Levrault, 92 p., pp. 34-35

Code des communes prévoyait, de manière générale, l'élection indirecte des membres du comité syndical, texte repris par l'article L. 5212-6 du CGCT⁷⁰² et de manière exceptionnelle la désignation d'autres membres dans le décret d'institution. La présence de ces derniers est relativement rare et est très encadrée. Ainsi, les dispositions contraires doivent être délibérées de manière concordante par les conseils municipaux créant le syndicat de communes, ce qui suppose un accord sur une représentation ne reposant pas sur la règle générale⁷⁰³. Quoi qu'il en soit, cette règle dérogatoire à la représentation des communes vient asseoir l'idée d'œuvre à réaliser puisque les fonds éventuels apportés par subvention ou par donation sont affectés à la réalisation de l'objet du syndicat, faute de quoi les conseils municipaux fondateurs n'auraient pas accepté la présence de ces membres particuliers.

Plus original et plus fréquent avant la modification de ce texte prévue en 2020, les communes peuvent désigner tout citoyen réunissant les conditions requises pour faire partie d'un conseil municipal sans que celui-ci ait un lien avec le territoire⁷⁰⁴. La stabilité de cette disposition, qui date de 1890, trouve sa justification dans la nature fonctionnelle des syndicats de communes. Ainsi, cette possibilité de choisir un citoyen non élu directement par la population mais par le conseil municipal est restée en vigueur après l'introduction du principe commun de la représentation territoriale, c'est-à-dire de l'élection de l'un des membres du conseil municipal pour représenter la commune au sein des instances délibérantes des EPCI. La justification de ce cas dérogatoire pour les syndicats de communes est marquée par le fait que *« les syndicats de communes regroupent souvent des municipalités de petite taille, dans lesquels les conseillers municipaux sont peu nombreux et parfois trop sollicités pour assurer, par ailleurs, des fonctions au sein du syndicat. Il est donc utile de pouvoir désigner un délégué en dehors de ce champ restreint. Par ailleurs, le fait que les syndicats ne soient pas des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre rend moins nécessaire l'établissement d'un lien, même indirect, avec le suffrage universel »*⁷⁰⁵. La prochaine abrogation de cette modalité de désignation très singulière ne renverse pas la nature de ce groupement originaire. En effet, c'est le poids financier et donc le succès de ce type de structure

⁷⁰² Le texte dispose que *« Le syndicat est administré par un comité. Ce comité est institué d'après les règles fixées aux articles L. 5212-7 à L. 5212-10, sauf dispositions contraires prévues par la décision institutive »*.

⁷⁰³ CE, 28 avril 1950, *commune de Lombez*, cité par A. BRUN et H. D. MAYER, *op. cit.*, p. 53

⁷⁰⁴ L'article L. 5212-7 prévoit dans son dernier alinéa que *« Le choix du conseil municipal peut porter sur tout citoyen réunissant les conditions requises pour faire partie d'un conseil municipal, sous réserve des dispositions de l'article L. 5211-5 »*, ce dernier article excluant la représentation par des agents salariés de l'EPCI

⁷⁰⁵ G. GOUZES, *Rapport n°1356 relatif à l'organisation urbaine et la simplification de la coopération intercommunale*, AN, 12 janvier 1999, p. 124

fonctionnelle, qui nécessite un mode d'élection de type territorial et non un mode d'élection lié à la compétence de la personne⁷⁰⁶.

Deux éléments supplémentaires marquent la vision fonctionnelle du syndicat de communes : d'une part, le choix de l'intitulé de l'organe délibérant dénommé « comité » explique la nature fonctionnelle du premier groupement. En effet, l'étymologie du comité provient du terme anglais *committee* qui signifie « confier une mission », ce qui correspond au rôle donné au comité syndical. D'autre part et ce n'est pas sans lien avec l'origine anglaise de la dénomination de cet organe délibérant, la composition du comité est singulière par rapport à la représentation des communes. Le comité n'a pas vocation à représenter les territoires communaux : il doit surtout assurer les missions confiées à ce groupement et c'est la raison pour laquelle la décision institutive vient primer sur le droit commun d'une représentation communale totalement égalitaire. En effet et quelle que soit la taille démographique de la collectivité, elle est représentée par deux délégués. Certes on peut y voir un refus de la supra-communalité, qui va introduire nécessairement une légitimité démocratique élective. On peut aussi s'interroger sur l'origine de cette représentation communale identique. Elle est issue de la loi sur les unions de paroisses anglaises datant de 1782 (*Gilbert's act*). En effet et lorsqu'il présente les différentes législations étrangères en ce domaine, F. DREYFUS affirme que « *l'union des paroisses correspond à notre syndicat de communes* »⁷⁰⁷. Cette transposition de la législation anglaise en droit français des unions suit exactement les mêmes ressorts juridiques qui ont permis l'essor de ces unions. Ainsi, la composition du *committee* gérant les affaires de l'union des paroisses faisait expressément obstacle à une représentation directe des communes car l'objet de ce groupement était le financement des services d'assistance aux pauvres. Comme l'explique le rapporteur sur le mode de désignation des maires, « *[le premier résultat de ces unions] a été d'assurer aux paroisses unies une administration plus active, plus intelligente et plus dégagée des préjugés et des intérêts de clocher ; le second, de permettre de donner une base uniforme à la perception des taxes locales et de faire cesser les fraudes nombreuses commises par les paroisses* »⁷⁰⁸. Ces unions de paroisses ne font pas disparaître les paroisses en tant qu'entités administratives mais elles doivent permettre de mieux gérer l'action communale à destination des pauvres, ce qui était, pour rappel, l'objet premier des syndicats de

⁷⁰⁶ C'est la justification apportée par les auteurs de cet amendement pour limiter aux seuls membres des conseils municipaux la possibilité d'être délégué, in O. DUSSOPT, *Rapport n° 2872 relatif à la nouvelle organisation territoriale de la République*, AN, 17 juin 2015, p. 163

⁷⁰⁷ F. DREYFUS, *op. cit.*, p. 48

⁷⁰⁸ M. DEMONGEOT, rapporteur de la discussion sur un ouvrage relatif au mode de nomination des maires, prend soin d'ajouter que « *comme tout l'édifice des taxes locales repose sur la taxe des pauvres et que l'évaluation du revenu sur lequel doit porter cette taxe est faite à la paroisse par l'inspecteur des pauvres, chaque paroisse portait ce revenu au minimum et usait de subterfuges variés pour diminuer la quotité à payer à la taxe de comté* », *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 86

communes. Pour garantir ce financement en Angleterre, « *une loi de 1862, complétée en 1864, a permis aux administrateurs de l'Union de tirer d'eux-mêmes une commission dite assessment committee, qui a pour mission d'établir et de maintenir l'uniformité des évaluations de revenu dans les limites de l'Union et a reçu les pouvoirs nécessaires pour y parvenir* »⁷⁰⁹. La composition du comité syndical français s'inspire de ce principe d'équité fiscale, uniformisant les méthodes de prélèvement de l'impôt pour asseoir le caractère égalitaire de la représentation locale du comité, à savoir deux membres par commune. Il résulte que les modalités de désignation de l'organe délibérant du syndicat de communes s'inscrivent pleinement dans une logique purement fonctionnelle, qui vise à exercer une compétence dans un cadre supra-communal permettant de se défaire de l'intérêt exclusivement communal. La séparation juridique d'une supra-communalité de compétence de la supra-communalité politique repose donc sur l'antinomie qui peut exister entre une structure et la compétence qu'elle doit exercer. Il s'avère que la supra-communalité élective est écartée au profit d'une représentation fondée sur les compétences dans la législation des syndicats de communes. La permanence de ces dispositions dans notre droit contemporain nous montre que le refus de la supra-communalité élective n'a pas disparu et qu'un autre phénomène a justifié le dépassement de la supra-communalité élective, celle de l'existence de l'arrondissement.

Ces arrondissements dotés d'une assemblée élue sans attribution significative et sans personnalité morale enlevait toute légitimité démocratique par voie d'élection directe à une institution supplémentaire placée entre les conseils municipaux et d'arrondissement. En effet, cela aurait ajouté un nouvel échelon territorial venant en concurrence directe avec cette dernière et la commune. Combiné avec l'argument de préserver l'institution communale en tant que cellule de base de la démocratie, il paraissait difficile de faire émerger un canton élu sur la base des compétences communales. Constatant l'existence de l'arrondissement et l'affirmation de la commune depuis l'adoption de la loi municipale de 1884, le Législateur de 1890 ne pouvait aller à l'encontre du mouvement de l'émancipation de la commune. C'est pourquoi son texte relatif au premier groupement de communes s'inscrit dans le prolongement de la Charte municipale compte tenu que le Sénat s'était opposé à la création d'une structure supra-communale. Comme le remarque F. DREYFUS, « *[Le Sénat] trouva excessif de contraindre les communes à se syndiquer dans certaines conditions déterminées pour la création d'établissements qu'aucune peut-être ne désirait. Il se contenta de transporter dans la législation municipale le système des commissions interdépartementales établi par la loi de 1871 sur les conseils généraux* »⁷¹⁰. Autrement dit, il n'a pas souhaité bouleverser les institutions locales de l'ordre administratif et a

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 46

procédé par petites évolutions successives dans l'ombre d'une question parlementaire et constitutionnelle inavouée, celle du nombre de niveaux d'administration locale.

Ce débat législatif sur la création d'une entité supra-communale est, selon nous, la conséquence directe du débat constitutionnel sur le nombre de niveaux administratifs. En 1791, l'existence concomitante de la commune, du district, du département tous dotés d'assemblées élues a été suivie par la création de la municipalité de canton, institution très critiquée en 1795. Prenant acte de cette aversion pour cette structure locale, la constitution consulaire, confirmée en cela par l'Empire, a supprimé cette dernière en repositionnant la question de la supra-communalité au niveau de l'arrondissement, appelé arrondissement communal⁷¹¹. La constitution napoléonienne n'a pas traité de la question de la légitimité démocratique, travail qui est revenu aux législateurs de la Restauration et de la Monarchie de Juillet. Les lois de 1837 et 1838 ont privilégié la circonscription électorale de l'arrondissement, ce dernier doté de très faibles prérogatives au détriment d'un canton électif disposant de compétences d'intérêt intercommunal. La Constitution de 1848 a pourtant introduit l'institution cantonale non électorale. Les articles 78 et 79 C précisent qu'« une loi déterminera la composition et les attributions des conseils généraux, des conseils cantonaux, des conseils municipaux et le mode de nomination des maires et des adjoints » et que « les conseils généraux et les conseils municipaux sont élus par le suffrage direct de tous les citoyens domiciliés dans le département ou la commune (...) ». Ces dispositions résultent d'un compromis au sein du Comité de constitution entre les partisans d'une nouvelle organisation municipale fondée sur le regroupement des communes notamment rurales et ceux du maintien d'une organisation locale plutôt centralisée. Dans ses mémoires, O. BARROT note que « ce qui caractérise bien la disposition toute centralisatrice qui régnait dans notre commission [comité de constitution], c'est que M. Vivien, qui n'était en cela que l'écho d'une pensée à peu près universellement adoptée par les hommes d'affaires de la République, proposait dans son projet de faire nommer les maires des trente-cinq mille communes par le chef du pouvoir exécutif il ne fallut rien moins qu'un long et vif débat pour conserver cette nomination aux conseils municipaux eux-mêmes. Ainsi les mêmes hommes, qui n'avaient pas craint de livrer aux caprices et aux passions d'une multitude ignorante l'élection du chef de l'État, craignaient de laisser aux habitants d'une commune le choix de leur maire étrange et absurde contradiction, qui, renversant toutes les notions du bon sens, plaçait l'anarchie en haut et le despotisme en bas et ils appelaient cela une république! »⁷¹². Il s'ajoutait à cela que les conseils cantonaux, si leur fonctionnement était bien établi, tendaient à faire disparaître non seulement le sous-préfet, qui devenait une

⁷¹¹ Cf. Première partie, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §1

⁷¹² O. BARROT, *Mémoires*, tome III, pp. 383-384

institution inutile mais aussi le conseil d'arrondissement par ses faibles prérogatives. L'ajournement des élections locales par la loi du 14 juin 1851⁷¹³ a empêché l'approfondissement de cette nouvelle organisation administrative locale et maintenu l'arrondissement dans son fonctionnement antérieur. L'empire n'apportera que peu de modifications au rôle de l'arrondissement et laissera volontairement inappliqué l'article 77 C relatif au Conseil cantonal contrairement aux lois spécifiques sur les conseils municipaux et généraux, qui seront initialement très centralisatrices et, en fin de règne, plus libérales⁷¹⁴. Le conseil d'arrondissement a survécu à la mise en place de la Troisième République, ce qui n'a pas empêché la volonté de supprimer cette institution mal née en témoigne de nombreuses propositions législatives⁷¹⁵. Malgré tout, le conseil d'arrondissement a demeuré et la fonction de conseiller d'arrondissement a même été assimilée à celle des conseillers généraux notamment du point de vue financier. En effet, lorsque des indemnités ont été allouées aux conseillers généraux et conseillers d'arrondissement en 1926, c'est le budget du département qui en a supporté le poids financier. Comme le souligne L. ROLLAND, « *dans la réalité, on a oublié que les conseils d'arrondissement servent seulement à répartir les impôts de répartition, qu'ils coopèrent ainsi à un service qui est un service général. Si un budget devait supporter les indemnités à leur allouer, ç'aurait dû être en bonne logique, le budget de l'État* »⁷¹⁶. Maintenu dans le paysage électoral local, le conseil d'arrondissement s'est éteint subrepticement après la Seconde Guerre mondiale ; étrange disparition juridique qui relève davantage de la mise en sommeil que de l'abrogation. Dans les faits, l'effacement de l'élection de cette assemblée aurait-elle pu affaiblir le refus de la supra-communalité ? Constitutionnellement, le débat a intégré les deux niveaux existants, à savoir les communes et les départements et il n'y avait donc plus de référence à l'arrondissement. Dès lors, il y a eu un renforcement de ces deux collectivités territoriales métropolitaines et une légitimité plus grande accordée à la commune et au département, ce qui justifiait d'autant plus la non-apparition de nouvelles collectivités territoriales électives. Finalement, il y a une forte similitude entre les articles consacrés à l'Administration intérieure en 1848 et ceux aux collectivités territoriales en 1946. On remarque que l'élection au suffrage universel direct est une caractéristique propre au département et à la commune dans les deux cas et que des lois ultérieures détermineront la nouvelle architecture

⁷¹³ Loi qui ajourne les élections des Conseils généraux, des Conseils d'arrondissement et des Conseils municipaux jusqu'à la promulgation des Lois organiques qui les concernent, 14 juin 1851, Bulletin des lois n°401, 1851, p. 683

⁷¹⁴ Loi du 5 juillet 1852 sur le renouvellement des Conseils généraux, des Conseils d'arrondissement et des Conseils municipaux et sur la nomination des Maires et Adjoints ; Loi du 18 juillet 1866 sur les attributions des conseils généraux et Loi du 27 juillet 1867 sur les attributions des Conseils municipaux et leur renouvellement. On peut noter que le maire et les adjoints, en 1855, pouvaient être choisis en dehors du conseil municipal contrairement à la loi de 1831.

⁷¹⁵ Sur ce sujet voir l'article de synthèse de L. VERDIER, « La paradoxale circonscription intermédiaire infra-départementale : du district à l'arrondissement », *Parlements, Revue d'histoire politique*, 2013, pp. 17-33

⁷¹⁶ L. ROLLAND, « Chronique administrative », *RDP*, 1912, p. 363

territoriale. Une différence fondamentale existe néanmoins entre ces deux textes, c'est l'absence de mention d'une institution supra-communale en 1946. Le texte de 1958 est dans la continuité de la IV^{ème} République mais la réforme de 2003 a réintroduit un troisième niveau de collectivités territoriales et la notion de groupements de collectivités territoriales. On peut l'interpréter comme l'acceptation d'un niveau supra-départemental par l'insertion constitutionnelle de la région et le refus de la supra-communalité par l'introduction de la notion de groupements de communes. C'est dans ce sens que l'on peut saisir le refus de l'élection au suffrage universel direct des EPCI à fiscalité propre et le recours à la notion de supra-communalité. Celle-ci exprime l'attachement à la préservation de la commune, structure démocratique, qui ne peut disparaître ou au moins être absorbée au profit d'une nouvelle entité ayant une légitimité équivalente.

En résumé, la supra-communalité représente l'idée selon laquelle la commune est un cadre institutionnel démocratique indépassable. On ne pourrait donc construire une autre légitimité sans porter atteinte à la démocratie municipale. En revanche la légitimité infra-communale n'a pas été véritablement contestée, étant observé son existence historique et son développement depuis la première décentralisation.

B. De l'existence et du développement de l'infra-communalité élective de gestion

Si la supra-communalité a toujours été contestée voire refusée, l'infra-communalité n'a pas véritablement été une source de controverse juridique depuis la Révolution française. Cependant, l'évolution du droit en la matière tend à lui reconnaître une place de plus en plus importante se plaçant dans le sillage du développement de la démocratie participative.

Tout d'abord, elle a été et est encore un mode de gestion de propriétés infra-communales, que l'on appelle les biens des sections de communes. Cette première forme administrative de démocratie locale a pour origine des biens relevant de l'Ancien Régime. Remontant à des origines lointaines, un débat a eu lieu pour savoir si ces biens particuliers devaient être attribués aux communes. Les révolutionnaires ont tranché en faveur des collectivités communales. Néanmoins, ces biens ont la particularité d'avoir un cercle de destinataires plus petit que celui d'un village, bourg ou hameau, devenu des communes par la suite. A cet égard, l'érection en commune de toutes ces communautés accroissait notablement le nombre de collectivités de base à près de 44 000. L'évolution des périmètres communaux et la mise en place des instances

de gestion infra-communale ont été l'objet de la législation de 1837, qui pose les principes juridiques irriguant le droit en la matière⁷¹⁷.

Les principes retenus par le Législateur de la Monarchie de Juillet visent à combiner la volonté de fusionner les plus petites communes pour atteindre un seuil de population raisonnable et celle de maintenir les droits des sections de commune ou des anciennes communes fusionnées⁷¹⁸. Il est alors créé au sein des communes réunies des instances infra-communales électives, que l'on appelle commission syndicale et dont les membres sont élus. Cette commission est principalement chargée de la gestion patrimoniale des biens de la section⁷¹⁹. Le partage des attributions entre le conseil municipal et cette commission est très précis et détaillé, ce qui en renforce sa dimension démocratique. On a ici deux légitimités représentatives, celle émanant de l'ensemble des élus communaux et celle spécifique, déterminée par la liste des électeurs concernés par les biens de la section. On recherche simultanément à préserver l'autonomie de gestion locale des habitants liés à la gestion du bien propre et celle de la commune, réunion initiale de communes séparées.

Le régime juridique de la loi Marcelin va largement s'inspirer de ce cadre législatif maintenu depuis 1837 pour inciter les communes à fusionner au début des années 1970. La loi du 16 juillet 1971 va préserver les périmètres électoraux des anciennes communes par l'introduction des sections électorales dans le cadre des communes associées. Ces dernières disposent également d'un maire-délégué s'inspirant des dispositions de l'adjoint spécial. L'adjoint spécial était prévu en 1831 pour permettre la gestion d'une portion de commune lorsque la mer ou quelque autre obstacle rend difficiles, dangereuses, ou momentanément impossibles les communications avec le chef-lieu de la commune⁷²⁰. Enfin, les éléments de la démocratie participative sont présents par l'intermédiaire d'une commission consultative

⁷¹⁷ L'article 1^{er} du titre IV de la loi du 10 juin 1793 est à l'origine de ces biens en disposant que « *Tous les biens communaux en général, connus dans toute la république sous les divers noms de terres vaines et vagues, gasles, garrigues, landes, pacages, pâtis, ajoncs, bruyères, bois communs, hernies, vacants, palus, marais, marécages, montagnes et sous toute autre dénomination quelconque, sont et appartiennent, de leur nature, à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de commune dans le territoire desquelles ces communaux sont situés, et que, comme tels, lesdites communes ou sections de commune sont fondées et autorisées à les revendiquer sous les modifications portées par les articles suivants* ».

⁷¹⁸ La philosophie de la loi du 18 juillet 1837, qui est à l'origine des textes sur les biens des sections est résumée par le député rapporteur dans les termes suivants : « *Les habitants d'une communauté qui cesse d'exister doivent conserver les avantages individuels dont ils jouissaient. La participation aux propriétés servant en commun à l'usage de tous, qu'ils perdent, se trouve compensée par leur admission à la même participation dans la nouvelle communauté. Ces habitants doivent donc continuer à jouir des fruits qu'ils percevaient en nature, tandis que les biens dont les revenus étaient appliqués aux dépenses générales de la communauté, doivent être réunis à ceux de la nouvelle commune. Toutefois, lorsqu'une section de commune possédait des biens qui lui appartenaient en propre et exclusivement, il n'y a pas de raison de changer son état. Elle conservera avec la nouvelle communauté dont elle fera partie les mêmes rapports que ceux qu'elle avait avec celle dont elle est séparée* », 27 mars 1837, Archives parlementaires, Tome CVIII, pp. 735-736

⁷¹⁹ Cf. article L. 2411-6 du CGCT

⁷²⁰ Cette disposition est encore en vigueur à l'article L. 2122-3 du CGCT. La permanence de ce texte résulte moins du caractère exceptionnel des événements qui peuvent être la cause que de la volonté de maintenir les communes historiques fusionnées.

représentant la commune associée. Par rapport à la commission de la section, ses attributions ne lui donnent aucun droit concret puisque seul le conseil municipal des communes fusionnées règle les affaires de la commune. On remarque néanmoins que ce dispositif laisse un lien électoral fort entre le périmètre de l'ancienne commune et les membres élus au sein du conseil municipal.

La loi du 31 décembre 1975 relative à l'organisation de Paris va aussi s'inscrire dans ce schéma organisationnel infra-communal prévu par le droit commun des collectivités territoriales. En effet, le législateur a souhaité laisser à une instance élue la gestion des affaires parisiennes et réduire la prééminence de l'État dans le fonctionnement de la capitale française. Le régime juridique des commissions d'arrondissement représente une forme de démocratie participative tant par sa composition que par ses attributions. Cette formule de démocratie est introduite par refus d'instaurer des municipalités d'arrondissement. Ainsi, le sénateur P. C. TAITTINGER résume l'alternative posée au législateur en 1975 en recherchant « *une organisation nouvelle, et plus approfondie, de la vie des arrondissements et des quartiers. Il s'agit d'un problème grave, le seul véritablement ressenti à l'heure actuelle par la population qui dispose depuis plus de cent ans de mairies d'arrondissement où, je le rappelle au Sénat, le pouvoir central s'était installé en position de force. (...) Deux options se présentaient, deux options qui sont absolument inconciliables en droit et en fait : ou le maire de Paris, s'appuyant sur des commissions de travail, sera présent dans les vingt arrondissements, recherchant les avis et les suggestions pour la préparation des budgets, examinant les besoins des arrondissements, encourageant la vie locale et assurant en fin de compte l'exécution des décisions du conseil de Paris — et il agira alors dans le cadre de structures de participation ; ou alors on mettra en place des municipalités, d'abord de droit spécifique, puis de droit commun qui, inévitablement, se transformeront en structures de conflits et de confrontations car les intérêts particuliers ne manqueront pas de s'opposer fatalement à l'intérêt général. Les deux systèmes ne peuvent ni composer, ni être associés* »⁷²¹. C'est bien entendu la première solution qui a prévalu et celle-ci est marquée par une vision fonctionnelle par rapport au Conseil de Paris. Cette approche s'inscrit dans le cadre la démocratie fonctionnelle du fait d'une représentation de la société civile de l'arrondissement prévue à l'article de la loi de 1975 à savoir que « *les membres élus par le conseil de Paris sont choisis parmi les représentants des activités sociales, familiales, éducatives, culturelles et sportives exercées dans le ressort de l'arrondissement et les personnalités qui, en raison de leur qualité ou de leurs activités, concourent à l'animation ou au développement de l'arrondissement* ».

⁷²¹ Sénat, Débats, Séance du 15 décembre 1975, *JORF Sénat* du 16 décembre 1975, p. 4572

Les lois n° 82-1169 et n° 82-1170 du 31 décembre 1982, dites PLM, vont s'inspirer à leur tour des organes démocratiques infra-communaux pour créer les conseils d'arrondissement. Pourtant et comme l'affirme E. GIUILY, l'objectif initial était plutôt d'introduire vingt collectivités de plein exercice dans le fonctionnement de la Ville de Paris. Il indique qu'« *un projet de loi transformant les vingt arrondissements de Paris en communes de plein exercice devra être présenté au Conseil des ministre le mercredi suivant, après avoir été examiné par la commission permanente du Conseil d'État* »⁷²². Ces dernières seraient aussi regroupées pour former une communauté urbaine. Cette solution n'a pas été retenue par le législateur et le gouvernement. Le passage du régime d'un conseil municipal à celui des conseils infra-communaux pour les arrondissements repose sur les mêmes mécanismes que ceux d'une fusion de communes à savoir l'élection au suffrage universel direct des conseillers d'arrondissement dans un secteur électoral plus petit que la circonscription de la Ville de Paris. On maintient le lien électoral entre le périmètre de l'arrondissement et celui de l'organe délibérant infra-communal. La principale innovation, par rapport à l'organisation de la Ville de Paris en 1975, réside dans les attributions du conseil d'arrondissement, qui ne sont plus consultatives : le conseil dispose de nombreuses prérogatives et d'un budget. Enfin, le maire d'arrondissement, à l'instar du maire d'une commune classique, est également élu au sein de l'assemblée d'arrondissement.

Le Sénat ne s'est pas opposé frontalement à l'élection des organes délibérants des arrondissements dans la mesure où celle-ci apportait une légitimité plus forte que celle des commissions antérieures, dont la légitimité se situait un cran en dessous du fait de son appartenance au champ de la démocratie participative. En revanche, il pensait que « *le projet de loi relatif à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale n'est vraisemblablement pas conforme à la Constitution* »⁷²³. Il estimait que le principe de libre administration des collectivités territoriales n'était pas respecté car ces conseils d'arrondissement portaient, selon la deuxième chambre, atteinte à l'unité communale, qui correspondait à une unité de gestion, c'est-à-dire que ces assemblées pouvaient empêcher le conseil municipal de gérer pleinement les affaires de la commune. Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu cette interprétation constitutionnelle puisqu'il a affirmé que les dispositions de l'article 72 C « *ne font pas obstacle à la création de conseils d'arrondissement élus et de maires d'arrondissement élus dans leur sein par ces conseils ; qu'il en va de même pour ce qui est de l'attribution à ces organes de certaines compétences de décision et de gestion ; que les modalités du contrôle par le délégué du*

⁷²² E. GIUILY, *Il y a 30 ans, l'Acte I de la décentralisation*, 2012, Berger Levrault, p. 118

⁷²³ R. ROMANI, *Rapport n°90 relatif à l'organisation de Paris Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, novembre 1982, Tome I, p. 24

Gouvernement des actes des conseils d'arrondissement et des maires d'arrondissement ne portent pas atteinte à la libre administration des communes intéressées ». Autrement dit, il n'y a pas de monopole exclusif du caractère électif des organes délibérants des communes puisqu'il peut exister en leur sein des conseils infra-communaux électifs. En outre, il confirme qu'« *aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'instituer des divisions administratives au sein des communes ni d'instituer des organes élus autres que le conseil municipal et le maire ; que, dès lors, si les dispositions critiquées par les auteurs de la saisine dérogent, pour les trois plus grandes villes de France, au droit commun de l'organisation communale, elles ne méconnaissent pas pour autant la Constitution* »⁷²⁴. De manière un peu précurseur, les juges de la Rue de Montpensier admettent la possibilité d'un droit à la différenciation institutionnelle car ces règles dérogatoires sont spécifiques aux trois plus grandes communes françaises. Plus troublante est la qualification retenue de « division administrative » pour définir ces nouvelles assemblées élues, non propre à une collectivité territoriale. A ce titre, J. MOREAU remarque « *la question embarrassante de la nature juridique de l'arrondissement. (...) Il pourrait constituer l'esquisse d'une nouvelle forme d'administration locale...* »⁷²⁵. La division administrative ne doit pas être entendue comme celle de la division en plusieurs parties de chacune des collectivités territoriales de PLM. La personnalité juridique n'est pas attribuée à ces arrondissements, qui restent des circonscriptions. La division ne concerne donc pas la collectivité territoriale en tant que structure juridique unique : elle s'intéresse plutôt au territoire communal et aux compétences. Cette dernière division fait référence à la répartition des compétences entre le Conseil municipal et les conseils d'arrondissement. On se situe alors dans le cadre d'une organisation fonctionnelle interne déterminée par le législateur et par le conseil de la collectivité concernée. Elle implique indirectement le critère de l'élection par la référence faite aux deux catégories d'organes délibérants. C'est surtout le territoire qui va être l'élément commun permettant de différencier les deux assemblées à partir du principe du suffrage universel direct. D'une part, les arrondissements correspondent à des circonscriptions administratives d'élection⁷²⁶. Le suffrage universel direct va donc être divisé territorialement : les élus de l'assemblée de la collectivité territoriale auront une représentation liée à un groupe d'électeurs défini par un périmètre identique à celui de l'arrondissement. Autrement dit, la réunion de l'ensemble des conseillers

⁷²⁴ Cons. Const., décision 82-149 DC du 28 décembre 1982, considérant 6

⁷²⁵ J. MOREAU, « L'organisation administrative de Paris, Marseille et Lyon et le mode d'élection de leurs conseillers », *AJDA*, 1983, p. 119

⁷²⁶ Elles sont des circonscriptions administratives locales définies à l'échelle de la collectivité territoriale. Comme le souligne C. BARBIER, « *conformément à cette perception du concept [fonction de cadre de l'action de l'État], on comprendra aisément que certaines divisions territoriales, pourtant prévues par les textes mais dont la création et la délimitation ne sont pas assurées par l'État, ne puissent être qualifiées de circonscription administrative* ». « La circonscription administrative : réflexion sur un concept équivoque », *AJDA*, 1996, p. 416

d'arrondissement élu conseiller de Paris, Lyon ou Marseille forme l'agrégation des voix majoritaires de chaque portion ou de division de territoire. D'autre part, la répartition des compétences se réalisera en fonction de chaque arrondissement et des équipements présents sur ce territoire. On comprend d'autant mieux cette qualification de division administrative pour caractériser les conseils d'arrondissement. Ils se différencient néanmoins des commissions consultatives et autres conseils de quartier⁷²⁷ par l'onction du suffrage universel direct et des fonctions qui leurs sont associées en tant qu'entité élective infra-communale.

Enfin, le toilettage de la loi Marcellin a fait apparaître les conseils délégués en 2010, dont le mode électoral s'éloigne considérablement des communes associées puisqu'il ne repose plus sur les secteurs électoraux des communes historiques mais uniquement sur le périmètre de la commune nouvelle. En revanche, ces conseils délégués peuvent se voir attribués des compétences similaires à celles du conseil d'arrondissement. Ainsi, ces entités électives infra-communales sont une réplique exacte des conseils d'arrondissement sur le plan des compétences mais partielle sur le plan du territoire d'élection. En effet, le suffrage universel direct concerne l'ensemble des habitants de la commune nouvelle contrairement à celui de l'arrondissement, limité à son périmètre infra-communal.

Quoi qu'il en soit, il ressort une constante juridique : une assemblée infra-communale élue aura toujours des fonctions, des tâches propres à exercer contrairement à une assemblée mixte dont le rôle sera très souvent consultatif. Dans ce sens, le caractère fonctionnel est en corrélation étroite avec la modalité de désignation. Plus cet organe disposera de fonctions de gestion, plus la prégnance de l'élection au suffrage universel direct sera forte.

Inscrite dans différents textes et à des époques très éloignées les unes des autres, la démocratie infra-communale s'est considérablement développée sans porter constitutionnellement atteinte à la notion de collectivité territoriale. Il est aussi apparu que le caractère fonctionnel de l'assemblée infra-communale élue au suffrage universel direct est un principe constant de la législation depuis plusieurs décennies. Il est alors intéressant de voir comment les organes délibérants des groupements des collectivités territoriales ont pu surmonter ce paradoxe du refus de la supra-communalité et des transferts de compétences de plus en plus importants.

⁷²⁷ Respectivement articles L. 2143-2 et L. 2143-1 du CGCT

§2. L'affirmation récente de l'élection au suffrage universel direct des assemblées délibérantes des groupements

L'évolution de la législation relative au mode de désignation des organes délibérants des groupements de collectivités territoriales a mis un terme à une conception juridique extensive de la supra-communalité. Le ressort principal de cette transformation démocratique des conseils des communautés et des métropoles tient dans le rapprochement conceptuel de la décentralisation fonctionnelle de la décentralisation territoriale par la question démocratique (A). L'effet le plus direct est le dépassement de la supra-communalité par la nécessité démocratique d'élire directement les organes délibérants des groupements (B).

A. Le rapprochement conceptuel de la décentralisation fonctionnelle de la décentralisation territoriale par la dimension démocratique

La structure fonctionnelle peut être perçue comme une structure décentralisée lorsque l'on introduit une dimension démocratique. Faire participer un groupe de citoyens à l'exercice d'une fonction donnée rapproche alors cet organe fonctionnel de celui d'une collectivité territoriale. Cette idée générale est réfutée par C. EISENMANN, qui estime que « *si les organes de ces institutions sont en tout ou partie élus par le groupe de personnes particulièrement intéressées au service en cause – par exemple les hommes d'une certaine profession, si les fonctions de l'institution concernent l'administration de cette profession (par exemple les ordres professionnels) – une analogie s'ajoute aux précédentes : un élément de démocratie – sans doute simplement « indirecte » ou « représentative » dans l'organisation, et par conséquent dans le fonctionnement des institutions par la participations des administrés à l'Administration* »⁷²⁸. Il ajoute même que « *les auteurs qui définissent la décentralisation territoriale comme un système démocratique par essence sont ainsi renforcés dans leur tentation d'assimilation générique. C'est cependant très illogique, puisqu'ils reconnaissent que le trait démocratique n'existe pas toujours – il s'en faut – dans leur « décentralisation par service », et ne lui est donc pas essentiel* »⁷²⁹. Si l'on s'accorde avec cet auteur sur la distinction fondamentale de la théorie des structures fonctionnelles et des structures territoriales, les organes juridiques, qu'ils soient fonctionnels ou territoriaux, peuvent présenter, et notamment

⁷²⁸ C. EISENMANN, « Les structures administratives », *op. cit.*, p. 318

⁷²⁹ *Ibid.*

en droit français, un caractère démocratique plus ou moins marqué. Exclure de l'analyse des structures relevant de la centralisation et de la décentralisation l'aspect démocratique revient à effacer le critère de l'élection définissant constitutionnellement une collectivité territoriale. Or le groupement de collectivités territoriales est identifié, certes, comme une structure fonctionnelle mais également comme une structure territoriale. Vu qu'elle est aussi soumise au principe de l'élection au suffrage universel de ses organes délibérants, on laisse donc, si l'on suit la position de C. EISENMANN, la question de la légitimité démocratique sans lien direct avec la nature de la structure juridique en cause. Le groupement, en tant qu'entité fonctionnelle et territoriale disposant de la légitimité démocratique, interroge le fait de savoir si un lien existe entre le critère de l'élection et sa nature juridique. Il n'est pas contestable que la dimension démocratique n'est pas forcément un caractère intrinsèque de la décentralisation, comme de la centralisation d'ailleurs. Cependant, il nous semble que l'on peut mettre en évidence une corrélation juridique entre la démocratie et la décentralisation ou la centralisation. A ce titre, H. Kelsen a forgé deux concepts de la décentralisation⁷³⁰ : la décentralisation statique et la décentralisation dynamique. Contrairement à ce que l'on peut penser de prime abord, il n'y a pas d'opposition avec la conception de C. EISENMANN. En effet, ce dernier ne retient que la forme statique de la décentralisation. Elle consiste à caractériser la décentralisation uniquement par la sphère de validité des normes. Souvent, seule celle-ci est développée par les auteurs contemporains dans leurs manuels qu'ils soient spécialisés en droit constitutionnel ou en droit administratif.

L'autre conception de la décentralisation est dynamique c'est-à-dire qu'elle s'intéresse aux méthodes de création et d'exécution de ces normes, qu'elles soient locales ou nationales. Cette approche permet d'introduire une analyse juridique de la décentralisation à partir de l'organe créateur de la norme. Pour H. Kelsen, il est nécessaire de bien distinguer ces deux concepts puisqu'*« il est indifférent pour la décentralisation au sens statique que les normes centrales soient créées par un ou plusieurs organes ; il est tout aussi indifférent que les normes locales soient créées par les organes locaux correspondants »*⁷³¹ mais que *« le concept dynamique de centralisation et de décentralisation, le nombre des organes de création des normes est tout aussi important que la façon dont ces organes sont institués »*⁷³². Autrement dit, la décentralisation dynamique, au contraire de la décentralisation statique, est marquée par un lien direct entre l'organe créateur de norme et la forme du gouvernement. Il prend soin de préciser que *« les concepts statique et dynamique de la centralisation et de la décentralisation*

⁷³⁰ Les mêmes concepts existent pour la centralisation. Pour une question de facilité de lecture, nous n'y ferons pas référence directement.

⁷³¹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, p. 358

⁷³² *Ibid.*, p. 358

sont totalement dissemblables. Il appartient à la terminologie de décider si ces termes doivent être réservés au seul concept statique »⁷³³. C'est bien uniquement cette dernière hypothèse qu'a retenu C. EISENMANN lorsqu'il recherche à théoriser le droit de la décentralisation. En revanche, on peut remarquer que la théorie de la décentralisation dynamique concerne aussi l'unité ou la division politique d'une fonction ou d'une pluralité de fonctions. Cette correspondance entre la forme de gouvernement et la forme d'organisation n'induit pas que la décentralisation statique implique une décentralisation dynamique mais seulement que la décentralisation dynamique adossée à la décentralisation statique « réalise plus parfaitement l'idée démocratique que la centralisation »⁷³⁴.

Sur la base de ce concept de la décentralisation dynamique, la décentralisation par service et la décentralisation territoriale représentent alors deux cas différents de cette division politique des organes créateurs des normes, qu'ils soient locaux ou nationaux. En effet, la structure fonctionnelle et la structure territoriale sont des entités émanant de l'État mais séparées de ce dernier par l'attribution de la personnalité morale et par l'indépendance plus ou moins forte de ses organes de gestion. Ainsi, ce dernier critère revient à prendre en considération la dimension démocratique, c'est-à-dire une forme juridique d'indépendance ou d'autonomie politique vis-à-vis du pouvoir central. Au-delà du fait qu'il y a bien neutralisation du critère de la sphère de validité territoriale, le rapprochement des deux types de décentralisation fonctionnelle et territoriale peut se comprendre à travers ce critère de l'élection ou de la représentation. C'est pourquoi on peut admettre, sous la bannière de la décentralisation dynamique, que la terminologie de décentralisation puisse s'appliquer aux établissements publics et que la doctrine l'utilise toujours dans les manuels de droit constitutionnel, de droit administratif ou ceux relatifs aux collectivités territoriales. La présentation peut être succincte et c'est particulièrement le cas en droit constitutionnel. Par exemple, F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET notent qu'« il existe aussi une décentralisation dite fonctionnelle en ce sens que certains services ou certains établissements créés par l'État ou d'autres collectivités publiques sont dotés de la personnalité morale et habilités, sous certaines limites, à s'administrer eux-mêmes. Mais cette forme de décentralisation sans base territoriale véritable, bien que fort intéressante, concerne moins le droit constitutionnel que le droit administratif »⁷³⁵. Au-delà du fait que la notion semble circonscrite au champ administratif, l'appartenance de la décentralisation par service au champ de la décentralisation dynamique n'est pas toujours acceptée mais elle peut prendre une forme fondée sur un autre critère que le territoire. C'est ce que soulignent G. DUPUIS et M. J. GUEDON, défenseurs du non

⁷³³ *Ibid.*, p. 359

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 361

⁷³⁵ F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 37^{ème} édition, Sirey, 2019, p. 43

rattachement de la décentralisation territoriale à la décentralisation fonctionnelle, en remarquant que « *cette critique ne doit pas dissimuler pour autant l'éventualité d'une décentralisation qui ne serait pas territoriale : il est possible d'imaginer des groupements infraétatiques déterminés par un critère personnel (non territorial) et des autorités corrélatives. Dans une certaine mesure les ordres professionnels (...) illustrent ce type de structure, bien que ce ne soient pas des établissements publics* »⁷³⁶. C'est ce que pense également D. MAILLARD DESGREE du LOÛ, suivant en cela M. HAURIOU⁷³⁷, que « *telle semble être le caractère fondamental de la décentralisation ; elle partage le pouvoir de décision entre l'État et plusieurs personnes pas nécessairement entre l'État et les collectivités territoriales* »⁷³⁸. Ce partage du pouvoir s'intéresse alors à la manière dont sont désignés les organes institués. L. DUGUIT a largement développé cette théorie de la décentralisation dynamique puisqu'il partait du postulat de la négation des notions, très liées, de souveraineté et de personnalité morale. Pour définir la décentralisation, il s'attachait aux personnes réalisant les services publics ou les missions confiées à l'État. Il distinguait fondamentalement les fonctionnaires agents directs des gouvernants des fonctionnaires décentralisés. Ces derniers sont « *tous ceux qui, quels que soient leur origine et leur mode de nomination, ne sont pas placés sous le pouvoir de commandement des gouvernants, mais seulement sous leur contrôle. Des services qui sont gérés par des fonctionnaires qui ont cette situation on peut dire aussi qu'ils sont des services décentralisés* »⁷³⁹. Cette position initiale conduit L. DUGUIT à introduire deux types de décentralisation : la décentralisation par région et la décentralisation par service. La première est d'une grande proximité de la décentralisation territoriale telle que l'on a décrite précédemment. Il indique que l'action de l'agent décentralisé est déterminée par son territoire de gestion mais il n'en fait pas le seul critère. Il y ajoute une condition essentielle en précisant qu'« *Il faut que les fonctionnaires locaux, outre le caractère général de tous fonctionnaires décentralisés, aient avec la région des attaches particulières. Ces attaches locales sont réalisées le plus habituellement par l'élection* »⁷⁴⁰. On voit bien que la position de L. DUGUIT s'inscrit dans le cadre de la théorie postérieure de la décentralisation dynamique mise en exergue par H. Kelsen en ayant comme référence la désignation de ces organes décentralisés. Il délaisse toutefois rapidement la décentralisation par région au profit de la décentralisation par service étant donné qu'il estime que la première est marquée par une gestion plus politique que

⁷³⁶ G. DUPUIS et M. J. GUEDON, *Droit administratif*, 2^{ème} édition, Colin, 1989, p. 176

⁷³⁷ D. MAILLARD DESGREES du LOÛ cite M. HAURIOU qui concluait que « *il s'agit de savoir si la création des établissements publics, indépendamment de la question de leur organisation plus ou moins élective, ne constitue pas, par elle-même, une décentralisation* » in *Institutions administratives*, 2011, p. 154

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Tome 3, *op. cit.*, p. 66

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 75

technique des services publics confiés. Il développe tout particulièrement la seconde en appuyant sur la participation des fonctionnaires à la décision pour des services spécialisés. Il théorise ainsi le concept de décentralisation syndicaliste permettant « *l'organisation en service public des activités économiques sans accroître la puissance des gouvernants* »⁷⁴¹. Limiter le pouvoir politique des gouvernants est la ligne maîtresse de cette théorie de la décentralisation syndicale. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, celle-ci n'est pas restée lettre morte en France.

Ainsi, G. BURDEAU a montré le rôle que cette dernière a eu en France après la Seconde Guerre mondiale notamment sur la mise en place d'un véritable statut de la fonction publique. Il remarque l'existence d'une équivoque sur cette théorie de la décentralisation syndicaliste en notant que « *prenant acte du statut des fonctionnaires établi par la loi du 19 octobre 1946 et des prérogatives qu'il confère aux agents du service, enregistrant l'affaiblissement corrélatif de l'autorité gouvernementale, on en conclut que les services publics sont appelés à devenir des corporations autonomes et qu'avec la disparition du principe hiérarchique l'État traditionnel fondé sur l'imperium se désagrègera pour faire place au fédéralisme administratif* »⁷⁴². Il démontre aussitôt que ce fédéralisme administratif n'a pas existé et qu'il a simplement fait place à « *un organisme [en référence au Conseil supérieur de la fonction publique] s'occupant des techniques administratives beaucoup plus que de l'orientation des services publics* » en ajoutant que « *le statut de 1959 l'a réduit à un rôle consultatif* »⁷⁴³. On en conclut que cette forme de décentralisation dynamique, puisant ses racines dans la théorie de L. DUGUIT, s'est progressivement réduite à une participation à la décision des fonctionnaires pour l'évolution de leur statut. Comme le relevait G. BURDEAU, « *il apparaît en définitive que, sous le nom de fédéralisme administratif, on ne peut viser l'avènement d'une puissance politique syndicale utilisant le fonctionnarisme contre le vieil État qui l'a créé* »⁷⁴⁴. Cet échec a entraîné l'affaiblissement du caractère démocratique de la décentralisation fonctionnelle. Étrangement, G. BURDEAU constatait également et parallèlement le déclin de la décentralisation territoriale ainsi qu'un mouvement en faveur d'une seconde forme de décentralisation par service. Il affirmait ainsi que « *le vrai c'est que la décentralisation conçue comme un mode d'administration fondé sur le découpage du territoire en un certain nombre de circonscriptions gérant elles-mêmes leurs affaires, n'est plus à l'échelle du monde contemporain* »⁷⁴⁵ avant de conclure que « *c'est pourquoi, si la décentralisation géographique est périmée, la*

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 92

⁷⁴² G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Tome II : L'État, 1980, p. 445

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 447

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 450

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 435

décentralisation par service, ou mieux, fonctionnelle, conserve ses chances »⁷⁴⁶. Il en distinguait deux formes : la décentralisation des activités et celle des moyens. La première correspond, pour cet auteur, à la formule de l'établissement public et la seconde couvre « *les nombreuses entreprises qui, du secteur semi-public aux entreprises purement privées en passant par les organismes professionnels, sont les destinataires d'un démembrement de la puissance publique à la fois par les profits qu'elles en retirent et par la charge résultant du contrôle qui leur est imposé* »⁷⁴⁷. Si le premier type de décentralisation voyait une très forte atténuation de son caractère démocratique, il n'en allait pas de même de la seconde forme de décentralisation fonctionnelle, laquelle permettait « *de sauvegarder la liberté des groupements et des individus dans une société de plus en plus structurée par des interdépendances et des solidarités* »⁷⁴⁸. La décentralisation des moyens, dont la région, établissement public au moment où son traité était rédigé, représentait l'avenir de la décentralisation au détriment de la décentralisation territoriale ou de la décentralisation de l'activité. Il s'avère que l'histoire de la décentralisation s'est inscrite dans le sens contraire de ce qui était développé par G. BURDEAU avec la renaissance de la décentralisation territoriale quelques années plus tard avec l'Acte I de la décentralisation. La formule des établissements « semi-publics », correspondant à la décentralisation des moyens vise à la participation de différents groupes humains à la gestion publique. En ce sens, elle présente une dimension démocratique forte car elle tend à « *faire place à une participation délibérative des groupements intéressés* » et écarter tout monopole des fonctionnaires dans différentes fonctions.

Au final, la distinction entre décentralisation des activités, dont le rôle est confié à des fonctionnaires et celle des moyens, qui nécessite des groupes intermédiaires non fonctionnarisés s'articule autour d'une participation moins démocratique dans la première forme, limitée aux fonctionnaires, que dans la seconde, ouverte à un public plus large. Par analogie, le groupement de collectivités territoriales, établissement public de coopération intercommunale, a d'abord été vu comme une institution relevant de la décentralisation fonctionnelle de l'activité, dont la représentation est purement communale, avant de devenir une décentralisation fonctionnelle des moyens, dont la représentation est liée à groupe de citoyens donnés. Cette transposition dans le droit de l'intercommunalité de cette distinction de deux formes de légitimités démocratique mérite alors une analyse plus approfondie.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 438

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 440

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 459

B. De la supra-communalité à la nécessaire élection des organes délibérants des groupements

La supra-communalité⁷⁴⁹ est un tabou particulièrement vivace de la décentralisation française. Afin d'y remédier et suite aux différents échecs des lois de fusion, le législateur s'est tourné vers la coopération intercommunale. Comme nous venons de voir que les structures fonctionnelles pouvaient présenter une dimension démocratique forte, il est nécessaire d'étudier si le caractère démocratique des structures fonctionnelles peut potentiellement s'opposer ou se concilier avec la légitimité électorale des conseils municipaux.

La mise en place des groupements intercommunaux fonctionnels actuels peut être considérée comme déjà effective en 1992 lorsque sont créées les communautés de communes et les communautés de villes venant compléter la liste des groupements déjà composés des communautés urbaines et des districts. Cette diversité de typologie institutionnelle trouve un autre point commun, non seulement par leur qualification trop vague d'établissement public mais aussi par leur vocation fonctionnelle et, sa question sous-jacente, de la légitimité de l'assemblée gérant l'action intercommunale. Dès 1966, le législateur et le gouvernement s'est trouvé confronté à cette problématique. Ils inscrivaient alors la mise en place des communautés urbaines dans la décentralisation, qu'elle soit fonctionnelle ou territoriale. Ainsi et lors de la présentation du projet par le député rapporteur, R. ZIMMERMANN soulignait que « *[l'autonomie locale] consiste dans le fait que les collectivités locales ou régionales prennent elles-mêmes, et en toute liberté, les décisions administratives, ou tout au moins certaines d'entre elles, dans la mesure où celles-ci sont applicables sur une fraction déterminée du territoire où apparaissent des problèmes locaux distincts des problèmes nationaux. Il s'agit donc, en fait, du pouvoir d'autogestion des collectivités locales* »⁷⁵⁰. Il distingue deux difficultés majeures: la séparation de la manière de gérer les affaires locales de celles nationales et le monopole des assemblées élues locales dans la gestion de leurs affaires. En d'autres termes, les autorités déconcentrées, les forces économiques, sociales et culturelles peuvent-elles intervenir dans la gestion des affaires locales ? Il n'y avait rien d'évident à ce que la décentralisation fonctionnelle, du point de vue de la participation des habitants ou d'autres représentants, dont surtout les autorités déconcentrées, soit une véritable décentralisation. On a une véritable contradiction théorique si le Préfet, par exemple, peut décider dans des domaines relevant de la compétence locale. C'est ce que l'on peut noter lorsque le rapporteur évoque les collectivités régionales, expression qui renvoie très certainement aux commissions de développement économique

⁷⁴⁹ Ce thème aurait pu faire l'objet d'un chapitre spécifique dans l'ouvrage consacré aux tabous de la décentralisation.

⁷⁵⁰ AN, Débats, Séance du 7 octobre 1966, *JORF AN du 8 octobre 1966*, p. 3212

régional (CODER)⁷⁵¹ et, en parallèle, aux métropoles régionales, formées par les futures communautés urbaines⁷⁵². Le rapprochement entre ces deux structures provient de la volonté de promouvoir le développement économique par l'adaptation des collectivités existantes. Elle se traduit, d'une part, par une redéfinition des périmètres d'intervention des entités et, d'autre part, par une participation accrue des forces vives des territoires régionaux. C'est dans ce sens que l'on se situe dans une décentralisation des moyens, visant à adapter les structures à une interdépendance plus grande entre les individus et leurs groupements. Les promoteurs de ce projet tendent au développement de la décentralisation au détriment du mouvement multiséculaire de la centralisation⁷⁵³. On comprend mieux les propos du rapporteur R. ZIMMERMANN, constatant que *« l'autonomie locale, on le sait, a toujours été sujet de discorde entre les partisans d'une organisation miliaire et étroitement centralisée et les défenseurs de la décentralisation que beaucoup assimilent, à tort ou à raison, à la défense des libertés locales »*⁷⁵⁴. Il se pose inévitablement la question de savoir si la composition du Conseil de la communauté urbaine devait représenter uniquement les communes ou introduire, à l'instar du CODER ou du futur établissement public régional, d'autres formes de représentation. Logiquement, le débat parlementaire n'a jamais remis en question le monopole de la légitimité des instances démocratiques locales dans la gestion de leurs affaires. Néanmoins, il a été inséré la notion de représentation territoriale et non pas de représentation des communes au sein de ces instances délibératives communautaires. Il faut se garder d'une confusion entre la représentation des intérêts territoriaux et celle des communes. Cette dernière implique la représentation de chaque commune. Or l'article 15 de la loi de 1966 prévoit la possibilité de représenter par le truchement de secteurs territoriaux un nombre de communes, notamment celles qui n'atteindraient pas le seuil nécessaire pour avoir un représentant sur le plan démographique⁷⁵⁵. Cette disposition n'est applicable qu'à ce type de groupement. En effet, les

⁷⁵¹ Les CODER sont les structures ayant précédées les régions : elles avaient la particularité d'être composées d'élus locaux et de représentants des intérêts économiques, sociaux, patronaux et syndicaux. Décret du 14 mars 1964 portant création des commissions de développement économique régional, *JORF du 20 mars 1964*, p. 2588

⁷⁵² Il qualifie initialement ces EPCI de « métropoles régionales », *op. cit.*, p. 3211

⁷⁵³ Pour reprendre l'expression de C. de GAULLE.

⁷⁵⁴ AN, Débats, Séance du 7 octobre 1966, *JORF AN du 8 octobre 1966*, p. 3211

⁷⁵⁵ L'article 15 II prend soin de préciser que *« la répartition des sièges s'effectue par accord entre les conseils municipaux intéressés, à la majorité fixée à l'article 2 ci-dessus. (...) Aucune commune ne pourra être contrainte de participer à une communauté créée en application de l'article 2 si sa représentation directe n'est pas assurée au sein du conseil »* et indique au IV qu'« En outre, dans toutes les agglomérations où n'auront pas été créés des secteurs électoraux, les communes dont le chiffre de population municipale totale n'atteint pas le quotient peuvent, si elles sont limitrophes, se grouper entre elles afin de réunir une population globale égale ou supérieure au quotient. Leur délégués sont alors élus par un collège composé des conseillers municipaux des communes regroupées au scrutin majoritaire à deux tours. Dans le cas où les communes n'ayant pas accepté de se regrouper conformément aux dispositions ci-dessus ne réunissent pas une population globale au moins égale au quotient, elles doivent se rattacher à l'un des groupements existants. A défaut de rattachement volontaire dans un délai de trois mois, le rattachement sera effectué par décret », Loi 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux « communautés urbaines »

autres formes de groupement obéissent à la représentation de toutes les communes au sein de l'assemblée délibérante. On remarque une double légitimité : celle assise sur la commune ou celle fonctionnelle, reposant sur une logique territoriale de représentation pour une meilleure gestion des compétences communautaires. Comment vont se concilier ces deux légitimités sur un même espace pour l'exercice de missions spécifiques ? La légitimité de l'institution communale va-t-elle s'imposer sur la légitimité fonctionnelle ou cette dernière va-t-elle réussir à inscrire sa propre logique dans le fonctionnement des assemblées de coopération ?

Chronologiquement et à l'exception des communautés urbaines, c'est la logique d'une coopération fonctionnelle reposant sur la légitimité communale élective qui va primer. Ainsi et comme l'expose C. LEFEVRE, « *l'intercommunalité française a toujours été marquée par la prédominance politique de la commune. Celle-ci demeure source principale des structures intercommunales qui ne sont pas des collectivités locales mais des établissements publics (EPCI) dirigés par des exécutifs élus au second degré et représentant les communes membres* »⁷⁵⁶. L'élection au suffrage universel direct des assemblées des groupements de collectivités territoriales est née sous la conjonction de l'évolution de la législation sur la coopération intercommunale et de son application. D'une part, la création des groupements de communes à fiscalité propre en 1992 va s'inspirer du modèle de la communauté urbaine, c'est-à-dire la possibilité de transférer des compétences dites de planification à la structure intercommunale. Le développement économique, l'aménagement de l'espace et le transfert volontaire de compétences optionnelles (environnement...) vont considérablement accroître le rôle du conseil de la communauté au point de faire naître la notion d'intercommunalité de projet. D'autre part, le succès de cette forme d'intercommunalité a été réel puisqu'en l'espace de 2 ans, plus de 5 500 communautés de communes ont vu le jour. L'intercommunalité fonctionnelle a pu se muer en intercommunalité de projet par la combinaison de compétences intercommunales stratégiques et du fait d'atteindre une masse critique assurée par le nombre exponentiel de créations de communauté de communes en quelques années. L'appropriation par les communes de cette structure de coopération fonctionnelle va véritablement interroger la légitimité politique de ces groupements.

Dès 1995, l'article 78 de la loi 95-115 du 4 février 1995 prévoit que le gouvernement devra soumettre au Parlement un rapport sur « *les conditions dans lesquelles l'organisation et le fonctionnement des groupements de communes à fiscalité propre ainsi que l'élection des représentants des communes qui en sont membres pourraient être adaptés par référence aux dispositions de la loi n° 82-1169 du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative*

⁷⁵⁶ C. LEFEVRE, « De l'intercommunalité fonctionnelle à la supracommunalité citoyenne », in *La décentralisation en France*, La Découverte, Institut de la décentralisation, 1996, 432 p., p. 104

de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale »⁷⁵⁷. Bien que ce rapport n'ait jamais été produit⁷⁵⁸, il a été en partie suivi d'effets avec la loi de 1999 sur l'intercommunalité mais pas sur la partie relative à l'élection au suffrage universel direct.

Un rapport intermédiaire relatif à la décentralisation remarque que « *l'élection directe des délégués intercommunaux modifierait profondément la nature des établissements publics de coopération intercommunale et leurs relations avec les communes, structures de base de la démocratie locale. Les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre seraient alors dotés de toutes les caractéristiques d'une collectivité territoriale* »⁷⁵⁹. Derrière la question de la nature du groupement se pose en filigrane la lutte entre la légitimité de l'élection au suffrage universel direct communal et celle liée aux fonctions communautaires exercées. Cette tension entre les deux légitimités s'est accrue au fur et à mesure que les groupements de collectivités territoriales apparaissaient en très grand nombre sur l'ensemble du territoire français. Les rapports et les propositions de loi sur le sujet avant l'adoption de la loi de 2010 posant le principe de l'élection au suffrage universel direct des délégués communautaires montrent que le *statu quo* n'est plus tenable : entre le rapport Mauroy de 2000 et celui du Comité Balladur de 2009, cinq propositions ont fait part de la nécessité d'élire les assemblées des groupements au suffrage universel direct⁷⁶⁰. Au cours de cette période, on peut aussi relever que le Conseil économique et social définit la démocratie intercommunale comme « *une démocratie administrative, fonctionnelle et indirecte* »⁷⁶¹. A ce titre, il nous semble intéressant de transposer les deux concepts développés par G. BURDEAU de la décentralisation fonctionnelle à savoir la décentralisation de l'activité et celle des moyens. La première correspond à la forme de l'établissement public, structure gérée par des fonctionnaires. En ce sens, ce monopole de gestion fait écran à la participation du citoyen ou de l'utilisateur à des affaires publiques. Par analogie, la loi antérieure à 2010 attribue aux seuls élus locaux le monopole de gestion des compétences transférées au groupement de collectivités territoriales. Un des arguments pour refuser le suffrage universel direct des assemblées communautaires tenait dans le fait que « *Les EPCI sont des organismes plutôt techniques, des lieux de coordination des*

⁷⁵⁷ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF* du 5 février 1995, p. 1973 et s

⁷⁵⁸ J. M. MASSON, Question écrite n°1059, publiée dans le *JORF Sénat* du 25 juillet 2002, p. 1661 et réponse du Ministère de l'intérieur, *JORF Sénat* du 6 février 2003, p.6

⁷⁵⁹ « La décentralisation : Messieurs de l'État, encore un effort ! », *Les Rapports du Sénat*, n°239, 1996-1997, p. 91

⁷⁶⁰ *Rompre avec la facilité de la dette publique*, Rapport de la Commission présidée par Michel Pébereau, déc. 2005 ; *Les relations entre l'État et les collectivités locales, Révision générale des politiques publiques (RGPP)*, Rapport du groupe de travail présidé par Alain Lambert, nov. 2007 ; *La libération de la croissance française*, Rapport de la commission présidée par Jacques Attali, jan. 2008 ; *Imaginer les métropoles d'avenir*, Rapport au Président de la République de Dominique Perben, jan. 2008 ; *Une clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, Commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapport de la mission d'information présidée par Jean-Luc Warsmann, oct. 2008

⁷⁶¹ C. BRUNET-LECHENAULT, *Le citoyen et la décentralisation*, CES, 2000, p. 113

*activités et des investissements. L'élection rendrait ces organismes plus politiques au détriment de l'efficacité »*⁷⁶². Ainsi, la catégorie des élus municipaux s'est substituée à celle des fonctionnaires dans le cadre de cette décentralisation fonctionnelle des activités. Quant à la décentralisation des activités, qui se traduit par une participation de groupes déterminés à la gestion d'une fonction précise, on la retrouve dans la volonté d'introduire le citoyen local pour contrôler et participer à la gestion de l'EPCI. Il est aussi admis que cette participation ne doit pas créer une nouvelle collectivité territoriale par une représentation au suffrage universel direct au sein des organes délibérants communautaires. Comment concilier la démocratie territoriale et la démocratie fonctionnelle locale ? Elle s'est opérée par l'insertion du mode de désignation des assemblées des communautés visant principalement à préserver la légitimité du cadre communal avec la légitimité fonctionnelle des assemblées communautaires. L'apparition du système du vote préférentiel ou de l'élection au suffrage universel direct par fléchage des conseillers communautaires est née de la combinaison de ces deux légitimités institutionnelles. La représentation des communes, de type territoriale, et celle du citoyen à l'échelle de l'intercommunalité, de type fonctionnelle, ont abouti à ce nouveau système administratif d'élection des assemblées des groupements.

Il reste que cette analyse se situe dans le domaine du droit administratif et le texte constitutionnel, même s'il est sibyllin, permet de mieux saisir la notion de groupements de collectivités territoriales, notamment par le caractère fonctionnel de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 114

Section 2 : Le caractère fonctionnel du critère constitutionnel de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux

L'analyse du suffrage universel direct des conseils locaux puise ses racines dans le droit administratif contemporain mais aussi dans la riche histoire du droit constitutionnel français. La doctrine s'étonne ou s'est étonnée régulièrement de l'absence de dimension démocratique des organes délibérants des EPCI à fiscalité propre par comparaison avec le mode de désignation des conseils municipaux. Ainsi, J. M. PONTIER constatait qu'« *il y a quelques anomalies à ce que des institutions issues de communes disposent de compétences plus importantes que ces dernières sans validation par le suffrage universel direct* »⁷⁶³. Ce reflet de la démocratie communale dans le fonctionnement d'une assemblée communautaire émanant de ces dernières tendrait à une extension naturelle du caractère démocratique des conseils municipaux aux conseils de communauté. On ne peut cependant pas affirmer que le caractère démocratique des conseils locaux soit inhérent à la nature des structures territoriales. En effet, la construction du droit constitutionnel français s'inscrit dans une volonté d'unifier et de rendre indivisible l'État. Le caractère national de l'élection au suffrage universel des assemblées a largement marqué le régime électoral des conseils locaux (§1). La fonction des conseils locaux dans la mise en place de la représentation nationale induit une édification juridique originale de la notion du suffrage universel, que l'on retrouve dans l'élection au suffrage universel des assemblées des groupements de collectivités territoriales (§2).

§1. La primauté du caractère national de l'élection au suffrage universel des assemblées locales

L'élection au suffrage universel direct des assemblées des collectivités territoriales pourrait s'imaginer comme le résultat de la démocratie directe athénienne : le conseil municipal serait l'agora de la cité antique et représenterait une donnée incontournable. Il faut néanmoins se défaire de cette approche trop idéale en montrant l'absence de dimension constitutionnelle territoriale formée par les conseils élus locaux (A). Sur le plan du droit constitutionnel, ils ne

⁷⁶³ J. M. PONTIER, « *Entre deux rives : une décennie d'intercommunalité* », JCP A, 2009, p. 46

sont, en réalité et principalement, que la résultante de la formation par degré de la représentation nationale. Toutefois, la primauté du caractère national de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux laisse une place à la dimension territoriale par le truchement du principe constitutionnel du consentement à l'impôt (B).

A. L'absence de dimension constitutionnelle territoriale des conseils élus locaux

La caractéristique constitutionnelle relative à l'aspect démocratique des collectivités territoriales est inscrite à l'article 72 alinéa 3 C, en disposant que « *ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* » mais elle n'est pas dénuée d'ambiguïtés théoriques et pratiques. Bien que le mode de désignation des organes des collectivités territoriales soit le suffrage universel, ce libellé est susceptible de diverses interprétations. La première interrogation concerne le type de représentation que forme le conseil ainsi élu. Est-il représentatif de la structure territoriale, du territoire ou de la population vivant sur ce territoire ? Dans le premier cas, on induit une légitimité institutionnelle directe de la collectivité territoriale par le truchement du conseil élu. Il y a une correspondance parfaite entre les représentants du conseil et l'intérêt de la structure territoriale. Il n'est pas sûr que ce premier schéma soit celui prévu par la Constitution dans la mesure où c'est la loi qui détermine les règles en la matière. Prévue à l'article 34 C, cette attribution législative apparaît évidente et précise car elle concerne non seulement le régime électoral des assemblées locales mais aussi les conditions d'exercice et les fonctions électives des mandats locaux. Cependant, les règles relatives aux assemblées locales s'inscrivent plus largement dans celles de l'ensemble des régimes électoraux, qu'ils soient locaux ou nationaux. Dans ce sens, il nous semble peu évident d'admettre que le régime électoral des assemblées locales prévoit une représentation constitutionnelle différente de celle des assemblées parlementaires. La rédaction de l'article 34 C marque la compétence du législateur sans faire apparaître un élément véritablement distinctif. Cet article précise simplement que « *La loi fixe également les règles concernant : (...) le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales (...)* ». Cette détermination législative des règles communes aux différentes assemblées n'implique pas d'avoir une représentation de la structure territoriale par une assemblée locale spécifique. En effet, on ne parle pas de régimes électoraux au pluriel mais d'un régime électoral commun. Autrement dit, la correspondance entre la représentation de la collectivité territoriale et le conseil élu est fixée par l'intermédiaire de la loi, qui fixe un socle commun du régime

électoral applicables à différentes assemblées, qu'elles soient nationales ou locales. Quelle que soit le type d'institution, l'écran de la loi empêche de considérer qu'il existe un lien direct entre le conseil élu et la collectivité territoriale.

Le deuxième cas de figure se traduit par la représentation du territoire à travers le conseil élu. Il se différencie de la représentation de la structure territoriale par une légitimité purement territoriale reposant non pas sur une institution mais sur une division géographique historique et naturelle ou, au contraire, créée par la main de l'homme. La première situation permet de voir le territoire comme une donnée simplement incontournable, objective et non contestable : il renvoie à un imaginaire de terroirs ou de lieux-dits et à des frontières naturelles (fleuve, montagne, espace urbanisé...). La seconde situation implique que les limites sont déterminées géométriquement en faisant abstraction des éléments naturels. Quelle que soit la configuration, le conseil élu vient alors représenter ce territoire. Il semble difficile à la loi de déterminer des conditions géométriques pures et dures dérogeant à la réalité des territoires, en témoigne le débat entre J. G. THOURET et H. MIRABEAU sur les limites territoriales des départements, des cantons et des communes. Le député G. J. B. TARGET a parfaitement souligné les enjeux à long terme de la nouvelle division du territoire en affirmant que *« les divisions, une fois établies, doivent avoir de la fixité, sans quoi il faudrait de temps en temps décomposer et recomposer le royaume, ce qui serait une source de troubles, de difficultés et de désordres. Un grand mouvement est aujourd'hui nécessaire : on ne doit pas l'économiser cette première fois ; mais la Constitution une fois faite, c'est le repos qu'il faut obtenir »*⁷⁶⁴. Or la division en département a survécu à toutes les constitutions successives, ce qui amène à prendre en considération le principe qui a été à la base de ce nouveau découpage constitutionnel. Comme l'a résumé G. J. B. TARGET, *« Ici s'élève une grande opposition entre les différents projets de partage. Plusieurs des préopinants veulent que les divisions qu'ils proposent soient réglées, non sur l'étendue du territoire, mais sur celle de la population. Plusieurs autres, en proposant plus ou moins de divisions que votre comité, les attachent comme lui à l'espace. Les premiers s'élèvent à des vues de droit public qui ne leur seront certainement pas contestées. Les constitutions sont établies pour les hommes, et non pas pour les choses ; l'homme est l'objet des lois ; c'est à lui que tout se rapporte : il faut donc régler les divisions de l'empire sur le nombre des hommes »*⁷⁶⁵. C'est ce principe fondamental du primat de l'homme sur toute chose qui est ressorti de ce débat constitutionnel : le territoire n'a pas à être représenté comme pouvait l'être les anciennes provinces, ce qui a d'ailleurs conduit à leur disparition au profit des départements.

⁷⁶⁴ Séance du 11 novembre 1789, Archives parlementaires, Tome IX, p. 745

⁷⁶⁵ *Ibid.*, pp. 744-745

Pourtant, le rapport de J. G. THOURET⁷⁶⁶ expliquait que la représentation se fondait sur trois éléments : le territoire, la population et les contributions. Le territoire représenté correspondait-il à celui des provinces et leurs assemblées exprimaient-ils uniquement l'intérêt du territoire ? Cette possibilité a été abandonnée au profit d'une nouvelle organisation territoriale complètement intégrée dans la représentation nationale. Ainsi que l'expose le rapporteur J. G. THOURET « *cette administration [municipale et provinciale], également représentative exige de même, et la représentation proportionnelle et, un ordre pour les élections. Cette similitude entre les deux objets établit, par la nature de la chose même, l'importance de fonder sur des bases communes le double édifice de la représentation nationale et de l'administration municipale et provinciale* »⁷⁶⁷. La nouvelle division administrative exprimera davantage le souci de prendre en considération l'humain selon ses capacités contributives et qu'il soit issu de l'ensemble du territoire national. La philosophie physiocratique imprègne tout particulièrement la division du territoire national et la volonté de faire émerger une assemblée nationale représentative et non pas locale. Il ne s'agit pas de représenter un territoire par les conseils élus locaux.

Le dernier cas de figure est celui qui a été privilégié par les débats constitutionnels révolutionnaires en choisissant de représenter la population d'une portion de territoire sans pour autant y intégrer une dimension territoriale. Comment les révolutionnaires ont-ils séparé l'élection locale de l'élection nationale ? Pour être plus exact, on devrait dire que les principes de la représentation de l'appareil administratif local ont été, en totalité, absorbés par les bases de la représentation nationale, qui sont toujours celles de notre norme fondamentale. C'est l'insertion du système des assemblées primaires, que l'on retrouve dans le texte de la constitution de 1791, qui a servi de matrice nationale aux élections. Le second rapport du Comité de Constitution a ainsi défini la nature de la constitution municipale en affirmant que « *Le régime municipal, borné exclusivement au soin des affaires particulières, et pour ainsi dire privées de chaque ressort municipalisé, ne peut entrer sous aucun rapport, ni dans le système de la représentation nationale, ni dans celui de l'administration nationale. Les communes devant être les premières unités dans l'ordre représentatif qui remonte à la législature, et les dernières dans l'ordre du pouvoir exécutif qui descend et finit à elles, chaque municipalité n'est plus dans l'État qu'un tout simple individuel, toujours gouverné, et ces tous séparés, indépendants des uns des autres, ne pouvant jamais se incorporer, ne peuvent être élémentaires d'aucun des*

⁷⁶⁶ J. G. THOURET, Rapport sur les bases de la représentation proportionnelle, Séance du 29 septembre 1789, Archives parlementaires, Tome IX, p. 202 et s.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 202

pouvoirs gouvernants »⁷⁶⁸. Autrement dit, la commune est vue comme le point de départ de l'élection de l'Assemblée nationale et le point d'arrivée de l'exécution de l'administration nationale, à laquelle on ajoute la gestion locale pour chaque municipalité. Les trois fonctions présentées concernent toutes les municipalités mais sous un seul aspect : elles se fondent toutes sur la circonscription territoriale communale. En effet, le Comité de constitution en 1789 visait à regrouper plusieurs villages, bourgs et paroisses dans une circonscription ayant deux fonctions nationales, c'est-à-dire qu'elle devait permettre d'élire la représentation nationale et d'assurer l'exécution de l'administration générale. Dans ce cadre territorial, les assemblées primaires devaient désigner de « grands électeurs » qui se réunissaient au niveau du département pour élire le nombre de députés défini selon la nouvelle division territoriale du Royaume. Il est précisé à l'article de la section III de la constitution du 3 septembre 1791 que ces « *représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière et il ne pourra leur être donné aucun mandat* ». De la même façon, la désignation par les assemblées primaires des membres de l'administration générale, département et district, sont soumis à ces mêmes règles nationales : ils appartiennent à un même tout et participent à la réalisation de l'unité et l'indivisibilité du pays⁷⁶⁹. Initialement, les communes auraient dû s'inscrire dans ce schéma électif uniforme formé par les assemblées primaires élémentaires, dont le périmètre territorial était dessiné par les bases de la représentation nationale. Bien que les modalités de désignation des membres des corps municipaux soient celles de la représentation nationale⁷⁷⁰, une disjonction territoriale est réalisée entre les périmètres des deux assemblées primaires nommant les corps municipaux et les assemblées administratives. En effet, la division des assemblées primaires municipales correspond aux anciennes limites des bourgs, paroisses alors que les autres s'appuient sur une circonscription électorale, le canton. Ce traitement différent des circonscriptions électorales municipales est, selon nous, au cœur de la vision de la commune comme cellule de base de la démocratie locale. La combinaison des limites administratives communales définies sous l'Ancien Régime et l'application du principe constitutionnel électif de leurs assemblées a fondé la nature singulière de la commune, s'inscrivant comme une permanence juridique que l'histoire

⁷⁶⁸ J. G. THOURET, Seconde partie du rapport du nouveau comité de Constitution relative à l'établissement des assemblées administratives et des municipalités, Séance du 29 septembre 1789, Archives parlementaires, Tome IX, p. 208

⁷⁶⁹ Voir l'instruction et le décret du 22 décembre 1789 concernant la constitution des assemblées représentatives et des assemblées administratives, Archives parlementaires, Tome XI, p. 191 et s.

⁷⁷⁰ L'article 2 du décret concernant la constitution des municipalités du 14 décembre 1789 indique « *les officiers et membres des municipalités actuelles seront remplacés par voie d'élection* », Séance du 14 décembre 1789, Archives parlementaires, Tome X, p. 564

constitutionnelle n'a jamais remise totalement en cause⁷⁷¹. Malgré cette singularité institutionnelle, le mode d'élection des corps municipaux est inclus dans ceux définis pour les assemblées nationales, ce qui s'oppose à toute représentation constitutionnelle d'un territoire pour une assemblée locale.

Outre cette interrogation sur le type de représentation des assemblées locales, il se pose la question du mode d'élection de ces conseils : est-il un suffrage universel direct ou indirect ? Pour N. WOLFF, « *l'élection au suffrage universel direct des citoyens est sous-entendue mais elle n'est pas mentionnée* »⁷⁷². La présomption que cette élection soit directe n'est pas forcément évidente. On peut s'appuyer effectivement sur le droit administratif contemporain, qui fait de l'élection au suffrage universel direct un caractère commun aux différentes collectivités territoriales. Cependant, on peut l'interpréter de façon beaucoup plus large et admettre le suffrage universel indirect comme modalité de désignation des conseils locaux. Selon la jurisprudence constitutionnelle relative à l'institution du conseiller territorial par la loi du 16 décembre 2010, il a ainsi été confirmé la possibilité de désigner, par voie d'élection, des membres identiques pour les deux conseils des régions et des départements. Le fait que les conseillers élus puissent siéger dans deux organes délibérants pose, non pas une question de loyauté du scrutin⁷⁷³, mais plutôt du degré de représentation du suffrage. L'article 3 C détermine les conditions du suffrage auxquelles on ne peut déroger en affirmant que « *le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret* ». Seules ces dernières conditions sont des prescriptions intangibles par l'utilisation de l'adjectif « toujours ». Il n'en va pas de même du degré de représentation de l'élection, à savoir s'il est direct ou indirect. En reprenant l'exemple du conseiller territorial ou, en droit positif, du conseiller de Paris, il nous semble plus difficile d'affirmer que le candidat élu le soit directement dans les deux fonctions exercées de conseiller départemental et de conseiller municipal. Ce sont les mêmes principes que suit la désignation des conseillers communautaires par fléchage. Certes, l'élection est directe en ce qui concerne la désignation du candidat mais elle ne l'est plus par rapport aux fonctions occupées puisqu'elle est double. La dualité de ce mandat est autant caractéristique d'une élection indirecte que d'une élection directe. Bien qu'un mode d'élection soit indirect lorsque le suffrage dans lequel le corps électoral désigne les électeurs du second degré, il demeure l'ambiguïté née d'un corps électoral qui ne

⁷⁷¹ On sait que les modifications institutionnelles ont concerné soit l'élection des conseils municipaux, soit la modification des périmètres communaux mais il n'a jamais été, sauf erreur de notre part, appliqué simultanément ces deux réformes.

⁷⁷² N. WOLFF, « L'élection au suffrage universel direct des représentants des EPCI – Les paradoxes de la légitimité », *AJDA*, 2011, p. 1124

⁷⁷³ Le principe de loyauté du scrutin vise plutôt à protéger le citoyen électeur dans le cadre de consultations sources de confusion, ce qui n'est pas le cas de l'élection d'un candidat occupant deux fonctions différentes (département et région).

correspond pas à la circonscription de la collectivité concernée. Si l'ensemble des électeurs désigne un représentant pour siéger aux conseils départemental et régional alors l'élection est directe pour les deux assemblées sur le plan territorial. Sur le plan fonctionnel, elle reste directe dans la mesure où il n'y a pas de nouvelle élection pour l'assemblée départementale mais elle l'est moins dans la mesure où la double fonction ne permet pas de savoir si le vote de l'électeur vise l'une ou l'autre des deux collectivités. En revanche si un cercle des électeurs, défini par une portion du territoire, désignent une partie de ces représentants alors on peut très bien estimer que le conseil régional est l'agrégation des conseils départementaux et que la fonction de conseiller départemental l'emporte sur celle de conseiller régional. Si ce mode d'élection a été abrogé pour les départements et les régions, le couple conseiller municipal et conseiller communautaire demeure pour le bloc communal.

Toute la question de la représentation locale est mise en évidence par ce caractère direct ou indirect de l'élection. Existe-t-il un second corps électoral pour désigner les représentants intercommunaux ? Comment concilier la représentation des territoires et celles des êtres humains ? On remarque que la désignation de l'élu par le corps électoral l'emporte sur la représentation de la population par un critère d'ordre territorial. Dans ce sens, il y a bien une élection au suffrage universel direct dans le premier et un suffrage universel indirect dans le second. Ce primat du critère humain sur le critère d'ordre territorial a une origine constitutionnelle datant de la Révolution et aboutit non seulement à l'affirmation du principe d'indivisibilité mais également à un rejet de tout principe relevant du fédéralisme. Une autre source constitutionnelle, l'article 6 de la DDHC, concentre les termes de ce débat autour du caractère direct ou indirect de l'élection et, en arrière-plan, la construction de nouvelles bases de la constitution française. Il affirme en particulier que « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* ». L'analyse du député de Rouen, J. G. THOURET sur la relation entre les bases de la Constitution et la reconnaissance des Droits de l'Homme en société nous éclaire sur le type de représentation voulue en cette période et de son inscription actuelle et continue dans notre norme fondamentale. Il expose que « *Les pouvoirs publics émanent tous du peuple : ils ne peuvent ni se constituer eux-mêmes, ni changer la constitution qu'ils ont reçue. C'est dans la nation que réside le pouvoir constituant. La nation a le droit indubitable et imprescriptible d'exercer ce pouvoir toutes les fois que sa sûreté, sa propriété et son bonheur exigent que la constitution de son gouvernement soit éclaircie, réformée ou régénérée. Elle peut l'exercer par ses représentants aussi bien que par elle-même* »⁷⁷⁴. L'article 3 de la DDHC reprend

⁷⁷⁴ J. G. THOURET, « *Analyse des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme en société, et sur les bases de la constitution* », présentées au comité de constitution, Séance du 1^{er} août 1789, Archives parlementaires, Tome VIII, p. 326. On voit dans ses propos que le bonheur est, au même titre que la sûreté ou la

textuellement l'idée que « *le principe de souveraineté réside essentiellement dans la Nation* » ainsi que celle de son exercice par des représentants ou directement. Le mode de désignation des représentants de la Nation a dû également être modifié : le passage des États généraux, vote par ordre, à l'Assemblée nationale, vote par tête, est un changement de nature liée à la conception des Droits de l'Homme en société. J. G. THOURET indiquait qu'« *Il est essentiel qu'à l'avenir les élections soient faits en commun, par les citoyens de toutes les classes réunies. – Il reste à opter entre le parti de laisser les élections parfaitement libres sur les citoyens de toutes les classes indifféremment, et celui d'assurer à chaque classe une part fixe et proportionnelle dans la représentation* »⁷⁷⁵. C'est la première option qui a été retenue en instaurant le suffrage universel censitaire masculin⁷⁷⁶. Comment a été mise en application l'élection au suffrage universel de la représentation nationale ? Elle a été réalisée sur une base territoriale permettant une élection directe du représentant par l'assemblée primaire ou, aujourd'hui, par les électeurs de l'arrondissement sachant que le député n'est pas élu au niveau national. Si l'élection individuelle du député est directe, la formation de l'Assemblée nationale par le regroupement de l'ensemble de ces représentants est directe si et seulement si chaque représentant est considéré comme une petite partie de la Nation et non pas comme un représentant de sa circonscription. Dès lors, l'application aux conseils locaux de ce principe de représentation implique un renforcement de l'élection au suffrage universel direct des structures élémentaires par la correspondance parfaite entre le cercle des électeurs et les membres élus de l'assemblée délibérante. Autrement dit, les élus municipaux le sont par l'ensemble des électeurs et non pas par une section électorale, mis à part dans les villes de Paris, Lyon et Marseille et certaines communes encore soumises au régime de la Loi Marcellin. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas d'intermédiaire entre le corps électoral et les représentants locaux ou nationaux par le truchement d'une élection au suffrage universel direct.

A côté du suffrage universel direct, il existe constitutionnellement le suffrage universel indirect posé à l'article 3 C. Il est également repris à l'article 24 C, qui y fait référence pour la formation du Sénat. On note que le suffrage indirect nécessite une fonction précise pour déterminer le corps électoral. En effet, le rôle du Sénat est de représenter les collectivités

propriété, une cause de l'exercice de la souveraineté par la Nation. Ceci est souligné par F. LEMAIRE lorsqu'il écrit que « *Que ce thème du bonheur collectif, martelé sous toutes ses formes (« bonheur public », « bonheur du peuple », « bonheur commun », « bonheur de la société », « bonheur de la patrie », « bonheur de la nation », « bonheur de la France »), revienne comme une antienne dans les discours de Robespierre en particulier n'est que l'illustration de cette volonté de régénération de la société dont les révolutionnaires sont porteurs, en le posant comme une mission pour la nation donnée aux représentants, lorsqu'il n'apparaît pas comme une mission universelle pour le « bonheur du monde »* », F. LEMAIRE, « A propos du bonheur dans les constitutions », *RFDA*, 2015.107

⁷⁷⁵ J. G. THOURET, *op. cit.*, Séance du 1^{er} août 1789, Archives parlementaires, Tome VIII, p. 326

⁷⁷⁶ J. G. THOURET précise même que la représentation des fiefs détenus par des femmes et orphelins ne peut être retenue.

territoriales et sa légitimité institutionnelle repose sur une composition électorale d'un groupe intermédiaire désigné par les grands électeurs. Ce suffrage a une valeur juridique constitutionnelle équivalente à celle l'élection directe, même si l'aspect démocratique apparaît moins fort, moins intense. Cette différence du mode électif des deux assemblées parlementaires pourrait se transcrire en termes identiques pour les assemblées du bloc communal. En effet, et par analogie, le suffrage universel direct serait un critère propre de la collectivité territoriale et celui de l'élection au suffrage universel indirect correspondrait au groupement. Par parallélisme juridique, on pourrait ajouter que les organes délibérants des groupements doivent représenter les communes membres de la même façon que le Sénat représente les collectivités territoriales dans le cadre des intérêts de la République. Il s'avère que cette hypothèse aurait pu être vérifiée si l'élection des conseils des EPCI à fiscalité propre n'avait pas lieu au suffrage universel direct pour la plupart des conseillers municipaux depuis 2014.

Par voie de conséquence, l'absence de dimension purement territoriale de l'élection des conseils élus locaux dans la norme fondamentale n'en fait pas, en lui-même, un critère constitutionnel de distinction propre de la collectivité territoriale par rapport au groupement. En revanche, le groupement à fiscalité propre, ayant ce trait commun avec la collectivité territoriale, se différencie des autres formes de groupements, dont la légitimité se fonde exclusivement sur les conseils municipaux. Une autre particularité des organes délibérants des EPCI à fiscalité propre réside dans le fait de lever l'impôt. Ce fondement juridique fiscal trouve ses racines, de manière implicite, dans la conception révolutionnaire et contemporaine de l'élection directe des conseils locaux.

B. Le principe constitutionnel du consentement de l'impôt : fondement fonctionnel implicite de l'élection au suffrage universel des conseils locaux

L'élection des assemblées locales et nationales sont intimement liées comme on a pu le remarquer précédemment. La dissociation des élections nationales et locales correspond à celle des régimes juridiques mis en place par le législateur. Il est loisible de noter que les constitutions ont souvent déterminé les grands principes de désignation des assemblées parlementaires alors que ceux des assemblées locales sont progressivement devenus des principes de nature législative. On en veut pour preuve que l'article 69 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 prévoyait qu'« *Il sera pourvu successivement par des lois séparées et dans le plus court délai possible aux objets qui suivent : (...) 7° Des institutions départementales et municipales fondées sur un système électif (...)* ». La constitution de la Deuxième République a repris, dans son article 79, que « *Les conseils généraux et les conseils municipaux sont élus par le suffrage*

direct de tous les citoyens domiciliés dans le département ou dans la commune. Chaque canton élit un membre du conseil général. - Une loi spéciale réglera le mode d'élection dans le département de la Seine, dans la ville de Paris et dans les villes de plus de vingt mille âmes ». Bien que la nature constitutionnelle de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux soit établie, la loi intervient encore pour déterminer des règles spécifiques ou développer le mode d'élection des organes délibérants des collectivités territoriales. L'avènement du Second Empire empêchera l'élaboration définitive de ces lois et la Constitution du Second Empire remettra en cause l'élection au suffrage universel direct des conseils municipaux en précisant, dans son article 57, qu'« *une loi déterminera l'organisation municipale. Les maires seront nommés par le pouvoir exécutif, et pourront être pris hors du conseil municipal* ». La Troisième République n'évoque pas constitutionnellement ce sujet. La Charte municipale de 1884 fera office de texte fondateur et renforce ainsi la compétence constitutionnelle du législateur. La Constitution de 1946 est dans la continuité des textes précédents bien qu'elle affirme que les conseils locaux seront élus au suffrage universel. Ainsi, l'article 87 précise que « *Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel* » et complété par l'article 89 disposant que « *des lois organiques étendront les libertés départementales et municipales ; elles pourront prévoir, pour certaines grandes villes, des règles de fonctionnement et des structures différentes de celles des petites communes et comporter des dispositions spéciales pour certains départements ; elles déterminent les conditions d'application des articles 85 à 88 ci-dessus* ». Le texte de 1958 va laisser au législateur le soin de régler le régime électoral des assemblées délibérantes tout en supprimant la modalité « au suffrage universel » des conseils élus⁷⁷⁷.

On peut en déduire que le principe que les conseils soient élus est de nature constitutionnelle mais qu'ils le soient au suffrage universel direct n'a absolument rien d'évident. En revanche, l'attribution constitutionnelle de cette compétence du régime électoral local au législateur est vérifiée. Dès lors, il convient de rechercher si un autre principe constitutionnel a une influence sur le caractère direct de l'élection des organes délibérants des collectivités territoriales. N. WOLFF remarque « *le rapport entre le suffrage universel direct et le prélèvement de l'impôt est historiquement marqué* »⁷⁷⁸. Comment ce rapport se manifeste-t-il ? Le suffrage universel des assemblées locales procède-t-il du consentement à l'impôt ou est-ce l'inverse ? A titre préliminaire, il est nécessaire de préciser que c'est le consentement à l'impôt et non son prélèvement qui sera pris en compte dans cette analyse. Le prélèvement de l'impôt

⁷⁷⁷ L'article 72 C dispose que « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus* » qui est très proche du texte initial de 1958 dont la rédaction était la suivante « *Ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi* ».

⁷⁷⁸ N. WOLFF, *op. cit.*, p. 1122

n'est, en effet, que le corollaire de l'accord donné par les citoyens sur l'utilité de l'impôt. Un prélèvement peut être autoritaire et n'introduit pas obligatoirement un consentement du contribuable. Dans ce sens, le prélèvement de l'impôt a pour origine l'article 13 de la DDHC qui ne fait pas référence à un consentement mais seulement à la raison d'être de l'impôt, en constatant que « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». On peut d'ores et déjà noter que c'est l'exercice des fonctions régaliennes de l'État qui nécessite de recourir à l'impôt.

Pour répondre à notre première interrogation, la recherche du texte à l'origine de ce lien étroit existant entre le suffrage universel direct et l'impôt nous permettra d'en expliciter les raisons. Il ne fait aucun doute que l'article 14 de la DDHC a posé ce lien indéfectible entre impôt et consentement en disposant que « *les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ». Cet article est issu des cahiers de doléances ainsi que le rapporte le député S. de CLERMONT-TONNERRE en soulignant que « *la nécessité du consentement national à l'impôt est généralement reconnue par vos commettants, établie par tous vos cahiers : tous bornent la durée de l'impôt au terme que vous lui aurez fixé, terme qui ne pourra jamais s'étendre d'une tenue à l'autre ; et cette clause impérative a paru à tous vos commettants le garant le plus sûr de la perpétuité de vos Assemblées nationales. L'emprunt, n'étant qu'un impôt indirect, leur a paru devoir être assujetti aux mêmes principes* »⁷⁷⁹. On le retrouve au même niveau que ceux de la propriété et de la liberté individuelle. *A contrario*, l'élection des membres de la représentation nationale ne ressort pas clairement des cahiers en raison d'un débat autour de la représentation par ordre ou par tête. En revanche, l'attribution aux États généraux de la fonction d'autoriser périodiquement l'impôt fait aussi partie des principes généraux communs à tous les cahiers⁷⁸⁰. En d'autres termes, le consentement de l'impôt se traduit par une convocation régulière d'une assemblée nationale, qui autorisera l'État à le prélever. Le monopole de cet organe délibérant dans la fonction du consentement national implique de définir les modalités de convocation et de réunion des membres composant ces États généraux. Ce principe de réunir périodiquement une assemblée pour autoriser l'impôt national va aussi largement influencer la formation et le fonctionnement des États généraux, qui ne pourront plus être convoqués de manière très épisodique ou au gré d'événements exceptionnels. A cet égard, l'antériorité du principe du consentement régulier de l'impôt et le monopole de la représentation nationale pour

⁷⁷⁹ Séance du 27 juillet 1789, Archives parlementaires, Tome VIII, p. 284

⁷⁸⁰ L'article 9 des principes avoués dispose que « *l'impôt ne peut être accordé que d'une tenue d'États généraux à l'autre* », *ibid.*

acter ce consentement vont conditionner la réflexion sur le mode de désignation des membres de l'Assemblée. C'est bien la fonction de consentir l'impôt régulièrement qui va induire la convocation périodique de la représentation nationale selon de nouvelles règles de désignation. Ainsi donc, le suffrage universel direct de l'Assemblée nationale procède aussi du principe du consentement de l'impôt. La continuité temporelle de ce principe constitutionnel se traduit notamment par celui de la légalité de l'impôt posé à l'article 34 C qui précise que « *La loi fixe les règles concernant : (...) - l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; (...)* ». Ce lien historique entre démocratie et consentement de l'impôt est établi dans un cadre purement national. En ce qui concerne les assemblées des collectivités territoriales, rien ne prédispose à ce qu'elles aient ce pouvoir fiscal. Il est vrai que la Constitution leurs accorde un simple pouvoir fiscal dérivé reconnu à l'article 72-2 C⁷⁸¹. Ceci n'en fait pas pour autant un véritable pouvoir dans la mesure où le Conseil constitutionnel a considéré qu'il n'existait pas d'autonomie fiscale⁷⁸². En revanche, on peut émettre l'idée selon laquelle un lien direct entre le caractère constitutionnel électif des organes délibérants des collectivités territoriales et le principe de consentement à l'impôt existerait. Il nous semble même que ce dernier soit au fondement de l'élection des conseils locaux. En effet, que ce soit l'attribution de la qualité d'électeur des assemblées primaires, la formation et les fonctions des corps municipaux élus, le consentement à l'impôt irrigue profondément le droit des collectivités locales.

D'une part, l'attribution de la qualité d'électeur des assemblées primaires repose sur la capacité contributive du citoyen. Par exemple, il a été repris intégralement l'idée du suffrage censitaire selon laquelle seuls les citoyens contributeurs pouvaient appartenir à l'assemblée primaire. Le décret et l'instruction sur les municipalités font état pour être électeur de conditions de nationalité, de majorité, de domicile, de situation professionnelle et « *de payer une contribution directe de la valeur locale de trois journées de travail* »⁷⁸³. Cette condition liée à la capacité financière du citoyen disparaîtra seulement en 1848 au moment de l'instauration du suffrage universel masculin prévue dans la Constitution de la Deuxième République.

D'autre part et principalement, le consentement à l'impôt est au fondement de l'élection des conseils locaux en raison de leurs fonctions. L'objectif des assemblées locales est de former les citoyens à l'esprit public et d'assurer de nombreuses fonctions, notamment celle de répartir l'impôt. Ainsi, J. G. THOURET explique que « *Ces assemblées sont très importantes à conserver ou à établir en chaque paroisse de campagne. Celles de la plupart des villes ont*

⁷⁸¹ 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 les limites qu'elle détermine.

⁷⁸² Cons. const., décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*

⁷⁸³ Séance du 14 décembre 1789, Archives parlementaires, Tome X, p. 567

besoin d'être réformées ou perfectionnées. Il faut en établir partout où il n'y en a pas et les rendre partout librement électives. Elles sont indispensables comme bases élémentaires de la représentation et de l'organisation générales, elles le sont encore pour éclairer l'administration intérieure, pour assurer la précision et l'efficacité du service dans les plus petits détails ; enfin pour propager l'esprit public et former des sujets à la régénération des assemblées supérieures. On peut conserver provisoirement l'ordre établi dans la composition actuelle des municipalités de campagne, jusqu'à ce que l'expérience des assemblées provinciales ait éclairé sur la meilleure manière d'y faire les réformes qui paraîtront nécessaires. Ces assemblées seront chargées : 1° De la répartition des impôts entre les individus et sur les fonds dans l'étendue de chaque communauté (...) »⁷⁸⁴. Le décret du 14 décembre 1789 est l'application exacte de la position de J. G. THOURET en généralisant le principe d'une élection des conseils municipaux en lieu et place des modes de désignation précédents⁷⁸⁵. L'article 51 dudit décret pose également que « les fonctions propres à l'administration générale qui peuvent être déléguées aux corps municipaux, pour les exercer sous l'autorité des assemblées administratives, sont : la répartition des contributions directes entre les citoyens dont la communauté est composée; la perception de ces contributions ; le versement de ces contributions dans les caisses du district ou du département ; (...) »⁷⁸⁶. Le lien entre l'élection au suffrage censitaire puis universel du conseil municipal et le consentement à l'impôt est renforcé par une attribution spécifique des conseils municipaux que les autres assemblées, conseil général et assemblée du district, se voient interdire, c'est celle de voter des impôts supplémentaires pour des dépenses locales. En effet, l'article 6 de la section 3 du décret concernant la constitution des assemblées représentatives et des assemblées administratives du 22 décembre 1789 indique que « Les administrations de département et de district ne pourront établir aucun impôt, pour quelque cause ni sous quelque dénomination que ce soit, en répartir aucun au-delà des sommes et du temps fixés par le Corps législatif, ni faire aucun emprunt, sans y être autorisées par lui, sauf à pourvoir à l'établissement des moyens propres à leur procurer les fonds nécessaires au paiement des dettes et dépenses locales, et aux besoins imprévus et urgents »⁷⁸⁷. A contrario, l'article 54 du décret relatif à la constitution des municipalités prévoit que « Le conseil général de la commune composé tant des membres du corps municipal que des notables, sera convoqué toutes les fois que l'administration municipale le jugera convenable ; elle ne pourra se dispenser de le convoquer, lorsqu'il s'agira de délibérer : sur des acquisitions ou aliénations d'immeubles, **sur des impositions extraordinaires pour dépenses locales**, sur des emprunts, sur

⁷⁸⁴ Séance du 1^{er} août 1789, Archives parlementaires, Tome VIII, p. 329

⁷⁸⁵ Art. 2. Les officiers et membres des municipalités actuelles seront remplacés par voie d'élection. 14 décembre 1789, p. 564

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 566

⁷⁸⁷ Annexe à la séance du 11 janvier 1790, Archives parlementaires, Tome XI, pp. 194-195

des travaux à entreprendre, sur l'emploi du prix des ventes, des remboursements ou des recouvrements, sur les procès à intenter, même sur les procès à soutenir dans le cas où le fond du droit sera contesté »⁷⁸⁸. La formation de ce conseil général de la commune est basée sur l'élection au suffrage censitaire et les articles 30 et 31 de ce même décret précisent que « *les citoyens actifs de chaque communauté nommeront, par un seul scrutin de liste et à la pluralité relative des suffrages, un nombre de notables double de celui des membres du corps municipal* » et que « *ces notables formeront, avec les membres du corps municipal, le conseil général de la commune, et ne seront appelés que pour les affaires importantes, ainsi qu'il sera dit ci-après* ». Il apparaît alors nettement que l'élection locale de représentants supplémentaires pour délibérer sur des impositions extraordinaires est une application du consentement de l'impôt par les citoyens. Il est utile de remarquer que les fonctions déléguées ou les fonctions propres relatives à la perception ou à la répartition de l'impôt impliquent l'élection des organes délibérants dotés de ces prérogatives.

Dans le même sens, le conseil d'arrondissement est un exemple historique intéressant car sa seule fonction propre était la répartition de l'impôt au sein de l'arrondissement et de traiter les éventuelles contestations à ce sujet. Pourtant, cette assemblée était élue au suffrage universel direct en 1833 au même titre que le conseil général. Elle a seulement disparue en catimini après la Seconde Guerre mondiale. Sa fonction était une fonction déléguée par le pouvoir législatif, ce qui est une conséquence du consentement à l'impôt existant sur le plan national.

En résumé, la double origine du prélèvement de l'impôt, fonction déléguée ou fonction propre implique l'élection au suffrage universel de l'assemblée délibérante. Comment ce principe a-t-il pu influencer le mode d'élection des assemblées des groupements, qui ne sont pas des collectivités territoriales ?

Ce processus s'est fait progressivement : la possibilité de lever l'impôt par des assemblées élues au suffrage universel indirect a été instaurée pour les communautés urbaines en 1966. Son élargissement en 1992 aux communautés de communes et aux communautés de villes ont permis de répondre à l'émiettement communal et fiscal. Cependant, le transfert du pouvoir fiscal à une assemblée non élue au suffrage universel direct soulevait déjà des interrogations. En outre, ce hiatus entre une structure non élue par les contribuables locaux et ce pouvoir fiscal ne pouvait pas tenir. Comme le relevaient de façon prémonitoire en 1992, G. GILBERT et A. GUENGANT, « *le contrôle de la communauté par des délégués des communes membres, et non plus des élus au suffrage universel direct, loin de constituer une garantie d'harmonisation des choix d'imposition, semble au contraire propice aux surenchères fiscales*

⁷⁸⁸ Séance du 14 décembre 1789, Archives parlementaires, Tome X, p. 566

(sans évoquer le déficit démocratique d'un tel arrangement) »⁷⁸⁹. Ils ajoutaient que « l'idée a priori séduisante, d'une réforme graduelle et volontaire des structures locales par la coopération pourrait s'enliser dans la construction d'édifices administratifs toujours plus complexe et plus coûteux pour le contribuable faute d'aboutir au transfert de la légitimité démocratique à de véritables municipalités d'agglomération, de pays ou de cantons »⁷⁹⁰. La logique fonctionnelle de transfert de compétences et du poids grandissant de l'intercommunalité, tant du point de vue des compétences, des budgets que du prélèvement direct de l'impôt, ont largement contribué à l'élection au suffrage universel direct des conseils de communautés. Ce déficit démocratique de l'assemblée des EPCI à fiscalité propre a toujours été développé dans les différents rapports sur l'évolution de l'intercommunalité au début des années 2000. Toutefois, l'application complète de ce principe électif des organes des EPCI à fiscalité propre se heurte au refus de la supra-communalité et à la philosophie générale de la coopération intercommunale, ce qu'il convient maintenant d'étudier.

§2. La dualité de l'élection au suffrage universel des assemblées des groupements de collectivités territoriales

Lorsque l'on analyse la carte de l'intercommunalité issue de la loi NOTRe, on s'aperçoit qu'il existe encore des EPCI à fiscalité propre non élus au suffrage universel direct. Ainsi, la communauté de communes du chemin des Dames, sise dans l'Aisne, a la particularité de ne pas présenter de conseiller communautaire élu au suffrage universel direct depuis 2014, date d'application de la loi sur l'élection des conseillers communautaires, étant observé que toutes ses communes membres font moins de 1 000 habitants. Il résulte de cet exemple que le principe de la représentation des communes a une influence sur le caractère direct de l'élection des assemblées des groupements (A). A l'inverse, le poids du principe de représentation démographique sur la représentation élective des communes membres devient de plus en plus manifeste sur le plan constitutionnel (B). La présence concomitante de ces deux représentations pour les assemblées communautaires en fait un critère tout à fait pertinent pour comprendre la notion de groupements de collectivités territoriales.

⁷⁸⁹ G. GILBERT et A. GUENGANT, « L'émiettement communal et la fiscalité », *Revue Pouvoirs*, n°60, 1992, pp.85-98, p. 97

⁷⁹⁰ *Ibid.*

A. L'influence de la représentation des communes sur le caractère direct de l'élection des assemblées des groupements

Le principe de l'élection au suffrage universel direct est particulièrement mis à l'épreuve pour assurer une dimension directe des conseils des groupements. En effet, l'objectif était aussi de maintenir le lien entre les représentants des communes membres par la dualité de la fonction de conseiller municipal et de conseiller communautaire. Cette greffe de la représentation d'une structure territoriale sur la représentation directe de l'assemblée du groupement n'a pas été simple à réaliser. L'article L. 5211-6 du CGCT a été rédigé de telle façon que l'on trouve ces deux représentations : *« Les métropoles, communautés urbaines, communautés d'agglomération et communautés de communes sont administrées par un organe délibérant composé de délégués des communes membres élus dans le cadre de l'élection municipale au suffrage universel direct pour toutes les communes dont le conseil municipal est élu au scrutin de liste, dans les conditions fixées par la loi »*. A ce titre, la représentation des communes au sein des organes délibérants intercommunaux a impacté le caractère direct de l'élection des conseillers communautaires.

En premier lieu, il a été écarté la possibilité d'avoir une représentation intercommunale par le suffrage universel direct autonome de la représentation communale. Le principal argument réside dans le refus d'instaurer une nouvelle structure électorale indépendante de celles des communes membres. C'est pourquoi l'expression *« dans le cadre de l'élection municipale »* affirme le lien étroit existant entre la représentation communale et la représentation intercommunale. On se refuse également à une politisation des élections d'une structure fonctionnelle et l'autonomie d'une élection au suffrage universel direct de l'intercommunalité aurait considérablement affaibli l'efficacité de la coopération intercommunale.

En deuxième lieu, l'élection au suffrage universel direct des membres des organes des EPCI à fiscalité propre ne concerne pas tous les élus communautaires. Il est précisé que les délégués non soumis au scrutin de liste sont désignés différemment. La loi du 17 mai 2013 a effectivement inscrit à l'article L. 273-11 du Code électoral que *« Les conseillers communautaires représentant les communes de moins de 1 000 habitants au sein des organes délibérants des communautés de communes, des communautés d'agglomération, des communautés urbaines et des métropoles sont les membres du conseil municipal désignés dans l'ordre du tableau »*. Sont-ils pour autant élus au suffrage universel indirect comme les dispositions antérieures le préoyaient ? Le conseiller communautaire ne procède pas d'une élection directe par le conseil municipal puisque c'est l'ordre du tableau qui fixe la liste des

conseillers communautaires. Il est intéressant de noter que la modification de l'article 34 de la Constitution en 2008 qui a confié au Parlement le soin de fixer le « *régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales* » a permis de légaliser la disposition relative à l'ordre du tableau du conseil municipal. En effet, ce sont les fonctions des membres des assemblées délibérantes des communes, maires et adjoints, qui prennent rang avant les autres conseillers municipaux. On remarque une première distinction constitutionnelle entre les assemblées locales et celles des collectivités territoriales par la compétence plus large du législateur en ce domaine. En revanche, cela veut dire que les fonctions des exécutifs des groupements de collectivités territoriales ne sont pas déterminées par la loi mais par le pouvoir réglementaire. Autre conséquence liée à la compétence élargie du législateur en 2008, la nature du mode de désignation des conseillers communautaires des communes de moins de 1 000 habitants ne relève pas du suffrage universel indirect.

Au préalable, il est nécessaire de comprendre cette dernière notion, dont la définition est loin d'être évidente et précise. Comme le souligne B. DAUGERON dans son article sur « la notion de suffrage universel indirect », « *il est possible de considérer le suffrage universel direct comme un pléonasme et le suffrage universel indirect comme une contradiction dans les termes* »⁷⁹¹. Il est vrai qu'un suffrage universel ne peut être indirect dans la mesure où il restreint la capacité électorale des citoyens. On peut néanmoins admettre que la conception constitutionnelle est équivalente à celle d'une « *élection indirecte par des élus procédant directement du suffrage universel : puisque « élus par des élus » du suffrage universel* » comme l'on dit de manière révélatrice, lesdits élus seraient indirectement mais nécessairement le produit de ce même suffrage universel »⁷⁹². L'auteur réfute cette vision du suffrage universel indirect pour le Sénat car elle devrait respecter trois conditions : le « mandat » de sénateur devrait être « impératif », c'est-à-dire qu'il n'est pas lié « *à la volonté des grands électeurs, qui eux-mêmes n'ont aucun compte à rendre – ou si peu à dire vrai – aux électeurs du suffrage universel* »⁷⁹³, les membres du second corps électoral doivent tous être issus du suffrage universel direct et l'élection procédant de ce second corps électif doit viser à un seul but, par exemple celui d'élire les sénateurs. Si l'on peut comprendre l'argumentaire pour le Sénat, il ne nous paraît pas évident de dire qu'il soit le dernier témoin du suffrage universel indirect⁷⁹⁴. Il

⁷⁹¹ B. DAUGERON, « La notion du suffrage universel indirect », *RFPIH*, n°38, 2013, p. 362

⁷⁹² *Ibid.*, p. 345

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ Il précise ainsi que « *Ensuite, en montrant que l'essor de cette notion [du suffrage universel indirect] n'est sans doute pas étrangère à son utilité : justifier du caractère démocratique d'un suffrage dont le Sénat est aujourd'hui le dernier témoin (II)* », *Ibid.*, p. 344

oublie les assemblées délibérantes des groupements de collectivités territoriales sans fiscalité propre et surtout, à l'instar du président de la République avant son élection au suffrage universel direct, le maire d'une commune. On connaît l'aura de ce mandat local auprès de la population et il exprime pleinement le caractère indirect du suffrage universel en respectant les trois conditions énoncées précédemment. Tout d'abord, on rappelle qu'il n'existe bien évidemment pas, en droit français, de mandat impératif. Cependant, l'absence d'obligation juridique n'empêche pas une obligation politique pour un conseiller municipal de voter pour un candidat donné en raison du fait majoritaire ou de l'appartenance à une liste. La tête de liste est très souvent élue comme maire du fait du lien politique entre les membres de l'équipe municipale élus sous la même étiquette. Le scrutin majoritaire, dans les communes de moins de 1 000 habitants, n'en réduit pas la portée dans la mesure où un candidat a constitué une liste majoritaire. En trouvant un équivalent du mandat impératif, on répond à la logique d'une « chaîne du suffrage universel (...) faite de volontés successives exprimées à des étapes distinctes du suffrage »⁷⁹⁵. Cette condition est ensuite remplie aisément puisque l'ensemble des membres des conseils municipaux procède du suffrage universel direct et sont tous issus du même corps électoral. Enfin, les conseillers municipaux sont, certes, élus par le corps électoral pour exercer les fonctions relevant d'un conseil municipal mais aussi pour élire l'exécutif communal, ce qui constitue une fonction spéciale. Elle l'est d'autant plus que celle-ci doit avoir lieu dès l'installation du conseil municipal comme le précisent les articles L. 2122-7 et L. 2121-7 du CGCT⁷⁹⁶. Ainsi, les trois conditions posées par B. DAUGERON sont remplies pour l'élection du maire par le conseil municipal. Peut-on qualifier l'élection des conseillers communautaires élus au scrutin majoritaire de suffrage universel indirect ?

De prime abord, on pourrait dire qu'il n'y a pas de différence entre l'élection du maire et celui du conseiller communautaire car l'ordre du tableau permet d'identifier l'un et l'autre. En recherchant à savoir si cette désignation des conseillers communautaires est au suffrage universel indirect, plusieurs interrogations se posent. La première condition d'un suffrage dit « impératif » est partiellement remplie dans la mesure où le fait majoritaire s'applique de manière indirecte pour les sièges de conseillers communautaires. En effet, l'ordre du tableau implique que le maire puis les adjoints sont automatiquement nommés conseillers communautaires. Il n'y a pas une chaîne de volonté directe entre les électeurs du second degré et la désignation des conseillers communautaires. On peut considérer que c'est la fonction de maire ou d'adjoint, qui assure la représentation de la commune au sein de l'assemblée

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 345

⁷⁹⁶ L'article L. 2122-7 du CGCT indique en son premier alinéa que « Le maire est élu parmi les membre du conseil municipal au scrutin secret et à la majorité absolue » et l'article L. 2121-7 du CGCT dispose, dans son alinéa 2, que « Lors de la première réunion du conseil municipal, immédiatement après l'élection du maire et des adjoints, le maire donne lecture (...) ».

délibérante. En ce sens, nous estimons que l'on est dans l'application directe du principe de la représentation de la commune par la fonction municipale exercée et non pas dans la désignation au suffrage universel direct ou indirect. La composition du conseil municipal, tous élus au suffrage universel direct, induit que la deuxième condition mise en exergue par B. DAUGERON est remplie sans difficulté. La dernière condition est, en revanche, loin d'être atteinte : le conseil municipal n'a pas pour fonction spécifique d'élire les conseillers communautaires. D'ailleurs, il n'élit pas vraiment les conseillers communautaires puisque cette procédure est intégrée à la désignation de l'exécutif municipal. Elle est, quelque part, absorbée par l'élection au suffrage universel indirect du maire et des adjoints. On peut en conclure que la désignation des conseillers communautaires, pour les communes de moins de 1 000 habitants, ne correspond pas à celle d'une élection au suffrage universel indirect et encore moins à celle d'une élection au suffrage universel direct. Comment peut-on qualifier cette désignation ? Compte tenu de l'objectif que le maire soit conseiller communautaire, c'est bien la fonction de premier édile de la commune, de représentant de la collectivité territoriale de premier degré qui est assurée dans le cadre de cette élection au suffrage universel indirect. En d'autres termes, c'est la représentation de la commune qui influence le mode de désignation d'une partie des conseillers communautaires. A ce titre, la légalisation de l'ordre du tableau peut être source d'un contentieux électoral lié à la primauté de la fonction de maire ou d'adjoint sur le nombre de suffrages obtenus par chaque conseiller municipal. On sait qu'un conseiller municipal, dans ce type de suffrage, peut obtenir davantage de voix que le maire ou qu'un adjoint. Le fait de retenir l'ordre du tableau pour désigner les conseillers communautaires, le maire puis les adjoints et, ensuite, le premier conseiller municipal, qui aura obtenu le plus grand nombre de voix est une source de conflit entre le suffrage universel direct et le suffrage universel indirect. Par exemple, un adjoint qui aura moins de voix que le premier conseiller municipal dans le cadre de l'élection du conseil municipal pourra être désigné conseiller communautaire. Etant observé que ces listes sont peu politisées, il se peut que ce cas de figure puisse se produire après les élections de 2020. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse contentieuse confirme que l'élection des conseillers communautaires des communes de moins de 1 000 habitants est différente de l'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires au scrutin de liste.

En troisième et dernier lieu, la présence de conseillers communautaires élus selon des modalités différentes au sein d'une même assemblée est néanmoins constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les membres de l'organe délibérant d'un établissement public de coopération intercommunale soient élus selon le même mode de scrutin »⁷⁹⁷. Il est vrai qu'il existe le précédent du Sénat sous

⁷⁹⁷ Cons. Const., décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013

la Troisième République, composé de sénateurs élus et de sénateurs inamovibles. Cet exemple était toutefois lié à un contexte politique et historique précis et ne peut servir de fondement juridique à l'absence d'exigence constitutionnelle. Un deuxième cas de figure plus contemporain concerne l'élection des sénateurs représentants les français de l'étranger jusqu'en 1983, qui s'appuyait sur un corps électoral composé des sénateurs et des membres élus du Conseil supérieur des Français de l'étranger (CSFE)⁷⁹⁸. A ce titre, elle présente une différence notable par rapport au mode d'élection de droit commun issu d'un collège électoral représentant les collectivités territoriales. Depuis plusieurs réformes ont introduit le suffrage universel pour l'élection des membres du CSFE en 1982 puis de l'assemblée des Français de l'Etranger (AFE) en 2008. Un troisième exemple est issu du projet de réforme constitutionnelle de 1969 où le Sénat devait assurer, selon la rédaction de l'article 24 de la constitution envisagé, « *la représentation des collectivités territoriales et des activités économiques, sociales et culturelles. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat. Les sénateurs représentant les collectivités territoriales son élus au suffrage indirect. Les sénateurs représentant les activités économiques, sociales et culturelles et les sénateurs représentant les Français établis hors de France sont désignés par des organismes représentatifs, dans les conditions et suivant les règles fixées par la loi* ». Il y aurait eu une représentation sénatoriale désignée au suffrage indirect propre aux collectivités territoriales et une représentation sénatoriale désignée d'autres modalités propre aux activités économiques, sociales et culturelles ainsi qu'aux Français de l'Étranger. Dès lors, la situation d'une assemblée élue selon des modalités différentes n'est pas contraire à la Constitution. Il ressort des trois exemples précités que le suffrage universel indirect repose toujours sur une autre représentation non-démographique. Ainsi, les sénateurs représentent les collectivités territoriales, une autre partie de la représentation sénatoriale correspond à celle des français de l'étranger et enfin, la représentation des activités économiques, sociales et culturelles aurait pu bénéficier d'un statut constitutionnel.

Sur le plan politique, il est loin d'être évident que la légitimité d'un maire d'une commune de moins de 1 000 habitants puisse avoir la même légitimité d'un conseiller communautaire élu au suffrage universel direct, surtout si ce dernier est issu d'un corps électoral important. La coexistence d'un adjoint d'une petite commune et d'un conseiller communautaire élu au suffrage universel direct pourrait être source de tension liée à une dualité de légitimité si un désaccord politique se produisait dans l'exercice des compétences communautaires. Sur le plan juridique, nous rejoignons les propos de M. VERPEAUX dans son commentaire sur la décision « Commune de SALBRIS » concluant que « *dans le débat qui oppose, à propos des*

⁷⁹⁸ Loi 55-597 complétait l'article 58 de la loi 48-1471 en ajoutant les membres élus du CSFE. L'ordonnance 59-020 remplaçait l'Assemblée nationale par le Sénat.

modes de scrutin applicables aux diverses collectivités territoriales, la représentation des territoires et celle de la démographie, le Conseil semble privilégier, à propos des EPCI, le poids de la démographie de chaque commune à la nécessité de maintenir un équilibre entre les communes membres de l'EPCI »⁷⁹⁹. Il convient d'étudier maintenant cette influence du suffrage universel direct sur la représentation électorale des communes membres.

B. Le poids constitutionnel de la représentation démographique sur la représentation électorale des communes membres

L'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires, dont le principe a été acté dans la loi du 16 décembre 2010, a eu un impact direct sur la représentation des communes membres dans les assemblées des EPCI à fiscalité propre. Avant l'introduction du suffrage universel direct pour la plupart des conseillers communautaires, la règle générale retenue par le législateur était de laisser une grande liberté aux collectivités de déterminer la répartition des sièges dans le Conseil de communauté⁸⁰⁰. Elle faisait donc primer la représentation communale sur la représentation de la population. En 2010, le principe a été inversé en supprimant l'accord amiable sans condition particulière par l'insertion d'une clause de répartition des sièges tenant compte de la population de chaque commune votée à la majorité qualifiée. On rappelle que la règle définie par le législateur, à défaut d'accord entre les communes, prenait pour base une répartition en fonction de la population. Il a souhaité atténuer ce renversement de principe en établissant un cadre moins contraignant, c'est-à-dire que la répartition des sièges devait se faire en tenant compte de la population et non pas en fonction de la population. Une seconde évolution en 2012⁸⁰¹ a permis de faire évoluer le nombre de conseillers communautaires, prévu à l'article L. 5211-6-1 du CGCT, de plus de 25 %, ce qui constituait une marge de manœuvre supplémentaire pour les communes de répartir les sièges. Ces deux dispositions sont le corollaire du principe d'une représentation des territoires. Or nous avons vu que le suffrage universel direct est une valeur constitutionnelle forte se traduisant juridiquement par des exigences devant être respectées. La première de ces exigences mise en exergue par le Conseil constitutionnel, est issue de la décision 78-101 DC du 17 janvier 1979, qui a considéré que pour la désignation de membres d'une juridiction, « *la circonstance que des électeurs emploient un nombre de salariés plus important que d'autres ne justifie pas que leur*

⁷⁹⁹ M. VERPEAUX, « L'émergence d'un droit constitutionnel de l'intercommunalité - À propos de quelques décisions QPC récentes intéressant l'intercommunalité », *JCP A*, 2014.2274

⁸⁰⁰ Cf. Article L. 5214-7 du CGCT

⁸⁰¹ Loi n°2012-1561 du 31 décembre 2012

soit attribué un droit de vote plural ; qu'en effet, cette différenciation n'est pas compatible avec la finalité d'une opération électorale qui a pour seul objet la désignation de membres d'une juridiction et est dépourvue de tout lien avec les considérations qui doivent présider à cette désignation ; que, dès lors, l'attribution de voix supplémentaires à des électeurs employeurs en fonction du nombre des salariés qu'ils occupent est contraire au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'à la règle de l'égalité du suffrage ; que, par suite, les dispositions dont il s'agit ne sont pas conformes à la Constitution ». Ainsi, le suffrage universel égal et secret implique non seulement le respect du principe d'égalité du suffrage mais aussi celui d'égalité devant la loi. A partir de cette première exigence constitutionnelle sur laquelle va s'appuyer la décision 85-196 DC du 3 août 1985, le conseil va élargir l'application de ce principe aux collectivités territoriales en considérant que les élections des organes délibérants des collectivités territoriales doit se faire sur des bases essentiellement démographiques. Il précise notamment que *« le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée »*. Il ressort de ces propos que le congrès n'a pas simplement un rôle de gestion administrative mais qu'il a aussi une fonction de représentation du territoire et de ses habitants. On en déduit que c'est moins le conseil élu, tel qu'il est mentionné à l'article 72 C et organe auquel on garantit la libre administration des collectivités territoriales, que la représentation formée par cet organe, et soumis à l'article constitutionnel relatif au suffrage universel, qui est visée par cette décision. Il n'est pas évident de dissocier la représentation du territoire du conseil élu local. Cependant, il est affirmé que le suffrage universel, égal et secret impose le respect d'une élection fondée sur l'égalité entre les individus, ce qui conduit à faire primer un mode de désignation des organes délibérants des collectivités territoriales sur des bases essentiellement démographiques au détriment d'une représentation fondée sur le territoire.

L'extension de ce principe aux EPCI à fiscalité propre a été posée dès 1995 à propos de la loi dite PASQUA relative à l'aménagement du territoire. Elle concernait une disposition introduisant la représentation de toutes les communes dans les communautés urbaines, ce qui était possible pour les autres EPCI à fiscalité propre. En pratique, une commune faiblement peuplée obtenait un siège au sein de l'assemblée délibérante, ce qui pouvait constituer une entorse à la représentation sur des bases essentiellement démographiques. Le Conseil

constitutionnel a appliqué la jurisprudence de 1985 en considérant que « *dès lors que des établissements publics de coopération entre les collectivités locales exercent en lieu et place de ces dernières des compétences qui leur auraient été sinon dévolues, leurs organes délibérants doivent être élus sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il s'ensuit que la répartition des sièges doit respecter un principe général de proportionnalité par rapport à la population de chaque collectivité locale participante, il peut être toutefois tenu compte dans une mesure limitée d'autres considérations d'intérêt général et notamment de la possibilité qui serait laissée à chacune de ces collectivités de disposer d'au moins un représentant au sein du conseil concerné* ». On constate que l'extension aux EPCI de la jurisprudence de 1985 n'est pas effectuée sur la base de la représentation du territoire et de la population mais sur les fonctions dévolues à l'organe délibérant de la collectivité territoriale. F. SEMPE remarque également ce point en soulignant que « *si les structures intercommunales ne sont pas juridiquement à ce jour des collectivités territoriales, le parallélisme normatif conduit à appliquer à l'élection de leur organe délibérant les règles de la représentation démocratique applicables aux collectivités territoriales en vertu de la libre administration* »⁸⁰². Il nous semble que l'on suit une logique fonctionnelle et non territoriale, reposant, contrairement à la décision de 1985, sur l'article 72 C dont le conseil élu, en l'occurrence le conseil municipal, est à l'origine de l'application de l'élection sur des bases essentiellement démographiques. Par conséquent, c'est la représentation du conseil élu au sein de l'instance de l'EPCI, c'est-à-dire la représentation de la commune qui est au centre de la décision de 1995. Comme on a vu que l'organe délibérant des groupements est élu au suffrage universel indirect à cette époque, il est lui-même soumis aux principes de l'article 3 C et donc au principe d'égalité du suffrage. Pour ainsi dire, l'organe délibérant de l'EPCI, en tant qu'instance locale élue au suffrage universel indirect, est l'exact pendant de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale, instance locale élue au suffrage universel direct. On note que D. ROUSSEAU, en commentant la décision du conseil constitutionnel en 1995, n'assimilait pas la désignation au second degré des conseils de communauté comme un suffrage universel puisqu'il considérait que « *ces organismes, en effet, ne sont pas des collectivités territoriales mais des établissements publics, et leurs conseils ne sont pas élus au suffrage universel mais désignés au second degré par les élus des communes le composant. Pris à la lettre, le raisonnement du Conseil, qui applique aux organismes de coopération intercommunale les principes régissant les collectivités locales, aboutit à une impasse : si ces principes leur sont applicables ils doivent être considérés comme des collectivités ; or, leurs conseils ne sont pas élus au suffrage universel ; donc ils sont contraires aux règles constitutionnelles de la libre administration locale. La logique aurait donc voulu que ces règles*

⁸⁰² F. SEMPE, « *la décision Commune de Salbris : des effets à neutraliser* », AJDA, 2014.2360

ne soient pas opposables aux établissements publics de coopération intercommunale »⁸⁰³. En admettant la distinction entre le suffrage universel propre aux collectivités territoriales et le suffrage non-universel propre aux établissements publics territoriaux⁸⁰⁴, la logique fonctionnelle permet de dépasser la contradiction juridique relevée par D. ROUSSEAU. Il reste que l'articulation de la représentation des communes et celle de la population fait primer la seconde sur la première, tout en maintenant la représentation des communes au sein de l'EPCI comme une exception d'intérêt général. C'est pourquoi la règle d'un représentant par commune *« apparaît aujourd'hui comme une garantie très appréciable pour les petites communes, notamment dans la perspective d'un élargissement du périmètre des communautés »*⁸⁰⁵.

Le régime juridique de répartition des sièges laissait en 2010 l'alternative de principes contradictoires : soit la représentation des collectivités sur la base de la structure primait moyennant le fait de tenir compte de la population soit la représentation sur base démographique primait et ne pouvait faire l'objet d'une négociation entre les communes. La décision 2014-405 QPC du 20 juin 2014 a marqué la fin de cette alternative en abrogeant la partie de l'article L. 5211-6-1 du CGCT permettant une répartition entre communes tenant compte de la population⁸⁰⁶. La répartition des sièges de l'organe délibérant doit dorénavant se faire sur une base essentiellement démographique et celle-ci s'appliquera aux affaires pendantes et surtout à toute élection municipale. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité étaient principalement liés aux futures élections, qu'elles soient partielles ou intégrales.

Il résulte de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle que le critère de l'élection au suffrage universel direct, qui est propre aux collectivités territoriales, a largement impacté le régime juridique des intercommunalités et notamment le principe de la représentation communale au sein des organes délibérants. La décision 2015-521/528 DC QPC « Commune d'Eguilles » confirme que le principe d'égalité devant les suffrages revient à écarter tout autre critère de représentation. M. VERPEAUX souligne à ce titre que *« Le Conseil raisonne en termes de représentativité de l'organe délibérant en se fondant sur le principe d'égalité devant le suffrage. Les électeurs sont donc indirectement concernés par cette représentation. Il s'agit, néanmoins, plus d'une représentation des communes au sein des EPCI que de celles des électeurs. L'égalité devant le suffrage est-elle, néanmoins, la disposition constitutionnelle la*

⁸⁰³ D. ROUSSEAU, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995.876

⁸⁰⁴ Il n'est pas évident de qualifier ce type de suffrage sans utiliser l'adjectif « universel ». Il est, par définition, un suffrage universel indirect local. Quoi qu'il en soit, on peut dépasser cette contradiction relevée par D. ROUSSEAU.

⁸⁰⁵ F. SEMPE, « La décision Commune de Salbris : des effets à neutraliser », *AJDA*, 2014.2360

⁸⁰⁶ M. VERPEAUX, Le délicat équilibre entre les communes au sein des métropoles : le cas marseillais », *JCP A*, 2016.2071

plus adéquate pour apprécier la place respective de chaque commune au sein des EPCI ? Ces communes, à la différence des électeurs, n'ont pas le même poids du fait de leur nombre d'habitants. D'autres critères, qui ne seraient pas plus illégitimes que le nombre d'habitants, ne peuvent cependant pas être retenus car ils seraient plus difficiles à apprécier ou à quantifier, comme le territoire, dont il serait délicat de mesurer les effets qu'il produit en matière de représentation, ou la richesse respective des différentes communes au sein de l'EPCI »⁸⁰⁷.

Au final, la double représentation démographique et des structures communales au sein des EPCI à fiscalité propre est un caractère propre du groupement de collectivités territoriales quand bien même le second est éclipsé dans la jurisprudence constitutionnelle par la représentation démographique. Cette dualité de représentation du critère de l'élection des organes délibérants des groupements de collectivités territoriales est à l'image de la nature de ce dernier, à la fois fonctionnel et territorial. Cependant, on rappelle que l'élément fonctionnel correspond à la représentation démographique et l'élément territorial renvoie à la représentation des communes. Cette imbrication des critères d'identification du groupement de collectivités territoriales avec ceux des collectivités territoriales soulève la question de savoir si les garanties apportées aux collectivités territoriales s'appliquent aussi au groupement.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 5

Chapitre 2 : Les garanties constitutionnelles propres aux groupements de collectivités territoriales

L'émergence récente d'un droit constitutionnel de l'intercommunalité⁸⁰⁸ permet de confirmer l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales par la dualité de nature de ce dernier. Comme l'introduit M. VERPEAUX, « *Si les EPCI, par leur existence même, sont susceptibles de porter atteinte à la libre administration des communes, ils doivent être aussi régis par des règles qui sont nécessairement empruntées aux dispositions constitutionnelles en vigueur pour ces mêmes collectivités* »⁸⁰⁹. Il peut paraître contradictoire qu'un même organisme puisse à la fois porter atteinte à des garanties propres aux collectivités territoriales et se voir attribuer une partie de ces dispositions constitutionnelles.

Pour surmonter ce paradoxe institutionnel, il semble intéressant de mettre en œuvre les critères d'identification du groupement de collectivités territoriales, notamment le fait qu'il soit une structure fonctionnelle centralisatrice. Nous avons défini le groupement comme une structure fonctionnelle locale, c'est-à-dire que les communes pouvaient s'associer librement dans la coopération intercommunale. Cependant, l'État s'est aussi approprié le groupement pour réaliser une réforme en profondeur de l'organisation décentralisée de la République française. C'est sous ce prisme que l'on peut admettre le fait qu'il porte atteinte aux droits de ses communes membres. Un objectif d'intérêt national est à l'œuvre et le législateur s'est emparé du groupement pour assurer une existence dans le cadre d'une politique nationale. C'est pourquoi on peut dire que les garanties d'existence offertes au groupement sont de nature fonctionnelle à l'échelle étatique.

D'autre part, l'appartenance de toutes les communes métropolitaines à un EPCI à fiscalité propre⁸¹⁰ a eu des effets sur le caractère centralisateur du groupement. Toutes les communes ont transféré de nombreuses compétences à l'EPCI à fiscalité propre, ce qui a pour conséquence de « transférer » les droits issus des communes dans l'exercice de leurs compétences au groupement de collectivités territoriales. L'exemple le plus emblématique est

⁸⁰⁸ Pour reprendre le titre de l'article de M. VERPEAUX, « L'émergence d'un droit constitutionnel de l'intercommunalité », *JCP A*, 2014.2274

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ Seules quatre exceptions peuvent être mentionnées relevant toutes du caractère géographique insulaire de ces communes, empêchant ainsi toute forme de coopération intercommunale. A l'instar de la DGCL, nous assimilons la métropole de Lyon à un groupement, ce qui n'est pas sans poser de questions qui seront étudiées au cours de ce chapitre.

celui de la libre administration des collectivités territoriales. Il y a une transformation du groupement, dont le rôle est de représenter les communes qui le composent. Afin de défendre des droits initialement communaux souvent contre l'État, le groupement se voit accorder des garanties propres aux collectivités territoriales. Néanmoins, cela n'implique pas un transfert automatique de toutes les garanties accordées aux communes à l'EPCI à fiscalité propre mais simplement un transfert partiel.

Dans un premier temps, il conviendra d'étudier les garanties nationales de nature fonctionnelle accordées aux groupements de collectivités territoriales (Section 1) avant de voir, dans un second temps, les garanties partielles de nature territoriale pouvant leur être aussi appliquées (Section 2).

Section 1 : Les garanties nationales de nature fonctionnelle accordées aux groupements de collectivités territoriales

L'inscription constitutionnelle de l'organisation décentralisée de la République n'a jamais suscité de la part du Conseil d'État, du Parlement ou de la doctrine un enthousiasme manifeste. Ainsi, O. GOHIN conclut son article relatif à la nouvelle décentralisation que « *la réforme de l'État que [la loi constitutionnelle de 2003] opère ne remet pas fondamentalement en cause les caractéristiques inchangées de la donne juridique : les collectivités territoriales demeurent des entités administratives dont la production administrative est susceptible d'un contrôle normatif qui relève du contentieux administratif, sur déferé de l'autorité administrative habilitée à cette fin* »⁸¹¹.

Dans ce sens, le groupement de collectivités territoriales obéit également à cette logique administrative dans le domaine de la coopération locale. Cependant, l'organisation décentralisée est venue conforter le rôle du législateur du point de vue constitutionnel. Le groupement va alors être révélateur d'une transformation majeure à savoir un passage d'une nature fonctionnelle locale à une vocation fonctionnelle nationale (§1). En outre, l'existence du groupement de collectivités territoriales va être garantie par le fait qu'il devienne une structure au service de l'organisation territoriale de l'État français (§2).

§1 De la nature fonctionnelle locale à la vocation fonctionnelle nationale des groupements de collectivités territoriales

La mise en évidence du caractère fonctionnel de la notion de groupements de collectivités territoriales a d'abord été envisagé pour un contexte local et non pas directement pour répondre à des questions d'ordre national. L'appropriation nationale d'une structure fonctionnelle de coopération par la constitutionnalisation de la libre administration des

⁸¹¹ O. GOHIN, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, p. 528

collectivités territoriales (A) est pourtant plus ancienne et puise son origine dans la brève histoire de la IV^{ème} République. Depuis quelques années, ce mouvement s'est accéléré et renforcé au point que la notion de groupements de collectivités territoriales exprime une primauté constitutionnelle de la compétence du législateur sur les principes de la décentralisation (B).

A. L'appropriation nationale d'une structure fonctionnelle de coopération par la constitutionnalisation de la libre administration des collectivités territoriales

L'apparition du droit constitutionnel de l'intercommunalité est née dans le cadre de l'action commune des collectivités territoriales : les établissements publics de coopération ont eu un rôle important à partir du moment où les communes ont décidé de mettre en commun leurs moyens pour exercer des compétences structurantes. A ce titre, le groupement de collectivités territoriales, structure fonctionnelle, a toujours reposé sur la volonté des communes de s'associer. Peu d'exceptions à ce principe peuvent être relevées si ce n'est la particularité des centres de gestion de la fonction publique territoriale. Il est loisible de constater que les premières jurisprudences constitutionnelles affirmaient la compatibilité de l'obligation d'affiliation à ces groupements avec le principe de libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, le Conseil constitutionnel considérait dans sa décision 83-168 DC « *que, sous réserve de déterminer ces principes [de la libre administration des collectivités territoriales], la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel pouvait donc, en vue d'instituer des garanties statutaires communes à l'ensemble des agents des collectivités territoriales, attribuer compétence à des centres de gestion composés d'élus de ces collectivités pour effectuer des tâches de recrutement et de gestion de leurs personnels ; qu'elle pouvait rendre obligatoire, sous certaines conditions, l'affiliation de collectivités à ces centres, dès lors que l'autorité territoriale se prononce librement sur [suivent une liste de compétences] ; qu'en conséquence les limitations de recrutement d'agents non titulaires prévues par l'article 3 et l'obligation d'affiliation à des centres de gestion prévue par les articles 13 et suivants de la loi ne sont pas contraires à la Constitution* »⁸¹². Elle a ensuite été confirmée en 1989 par la décision 88-251 DC qui précisait que « *Considérant que le principe de libre administration des collectivités territoriales ne fait pas, par lui-même, obstacle à ce que la loi crée un établissement public auquel sont confiées des missions d'intérêt commun à un groupe de collectivités locales en matière de formation ou de gestion des personnels appartenant à la*

⁸¹² Cons. Const, décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, considérant 5

fonction publique territoriale ou s'y destinant ; que toutefois, pour ce qui a trait aux tâches de recrutement et de gestion des personnels qui répondent à un intérêt commun, le pouvoir de décision au sein de l'organisme créé par la loi doit revenir, en dernière analyse, aux représentants des collectivités territoriales »⁸¹³. La doctrine⁸¹⁴ a relevé le changement intervenu en 2007 en mettant en exergue que la libre administration des collectivités était affectée par l'obligation d'adhérer à un établissement public de coopération intercommunale⁸¹⁵. Comment peut-on expliquer ce changement de position du Conseil constitutionnel, dès lors que l'obligation d'adhésion à un groupement est identique dans les deux cas de figure ? Il nous semble que l'on peut y répondre par l'appropriation nationale d'une structure fonctionnelle de coopération justifiée par la constitutionnalisation de la libre administration des collectivités territoriales.

L'obligation d'affiliation des communes à un établissement public n'est pas née en 1983 au moment de la création des centres de gestion de la fonction publique territoriale. Elle est bien antérieure dans la mesure où la loi 52-432 du 28 avril 1952 prévoyait en son article 13 qu'« *Il est constitué dans chaque département un syndicat de communes auquel sont obligatoirement affiliées toutes les communes occupant moins de quarante agents soumis au présent statut, c'est-à-dire titularisés dans un emploi permanent à temps complet. Ce syndicat a pour objet de faciliter aux communes l'application du présent statut. Il exerce, en outre, les attributions qui lui sont conférées par la présente loi* »⁸¹⁶. Comme l'indiquaient D. BRUN et H. D. MAYER, « *le fonctionnement de ces syndicats dépend essentiellement de l'application du statut du personnel communal, sujet tout différent de celui qui nous occupe ici, et ce n'est qu'au fur et à mesure que paraîtront des textes d'application qu'il sera possible de définir leur portée pratique* »⁸¹⁷. Au-delà de cette dimension pratique, il convient de souligner la singularité de ce syndicat par deux aspects : l'obligation d'affiliation des communes et le type de compétence confié à ce dernier. Lors de la discussion relative à ce texte, il a largement été abordé la conciliation de la liberté d'administration communale et l'application d'un statut commun aux fonctionnaires municipaux. Comment s'est articulé juridiquement le respect mutuel de ces deux principes contradictoires par nature ? Lorsque WALDECK-L'HUIILLIER, rapporteur du texte devant l'Assemblée nationale, a présenté ce texte, il a été fait référence à deux articles

⁸¹³ Cons. Const, décision n° 88-251 DC du 12 janvier 1989, considérant 13

⁸¹⁴ P. COMBEAU, « Intercommunalité, communes nouvelles et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2017, 350

⁸¹⁵ Cons. Const, décision n° 2007-548 DC du 22 février 2007, « 12. Considérant, toutefois, que l'adhésion obligatoire des trois collectivités concernées à ce syndicat affecte leur libre administration ; qu'elle ne pouvait donc résulter que de la loi ; qu'il appartenait au législateur de définir de façon suffisamment précise les obligations mises à la charge de ces collectivités quant à leur objet et à leur portée »

⁸¹⁶ Loi 52-432 du 28 avril 1952 portant statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux, *JORF* du 29 avril 1952, p. 4349

⁸¹⁷ A. BRUN et H. D. MAYER, *Les syndicats intercommunaux*, 1954, *op. cit.*, p. 84

constitutionnels de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par la norme fondamentale en vigueur, à savoir son préambule pour les droits des travailleurs et le principe d'autonomie communale⁸¹⁸. Ainsi, l'un des promoteurs du statut de la fonction publique, le député Y. FAGON prend soin de mettre en évidence le caractère constitutionnel de la libre administration en le confrontant avec celui émergent du droit constitutionnel des droits sociaux, et plus particulièrement du droit du travail. Il explique que « *Le principe de l'autonomie et des libertés communales est excellent ; il est inscrit dans notre Constitution ; il l'était auparavant dans les faits. Voilà donc un excellent principe, parfaitement valable, mais dont l'application rigoureuse a conduit à des abus* »⁸¹⁹. A cet égard, le député-maire WALDECK-L'HUIILLIER montrait les limites de la liberté communale relative au droit des fonctionnaires territoriaux en relevant l'exemple emblématique suivant : « *Dans certaines grandes villes de l'Est, le statut local comporte un curieux article indiquant que les agents de sexe féminin perdent leur emploi quand ils se marient. Récemment, en mai dernier, une jeune femme a dû former un recours devant le tribunal qui a déclaré illégal l'arrêté au maire, et la nouvelle mariée a pu reprendre son emploi* »⁸²⁰. Cette disposition est logiquement contraire au Préambule de la Constitution de 1946 puisque celui-ci affirme notamment que « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». L'un des objectifs du législateur était aussi d'étendre les garanties constitutionnelles du droit du travail, dont les fonctionnaires de l'État bénéficiaient, aux fonctionnaires municipaux. L'unité du statut de la fonction publique devait aussi être confortée. De ce fait, il résulte une opposition constitutionnelle entre la libre administration et l'application d'un statut commun à l'ensemble des fonctionnaires. Afin de concilier au mieux ces deux champs du droit constitutionnel, il a été proposé de créer des syndicats de communes permettant de respecter le droit constitutionnel des travailleurs par une structure de coopération dédiée, que les élus locaux administrent directement. Pour assurer une application uniforme sur le plan national, il a néanmoins été imposé une obligation d'affiliation à ces syndicats de communes. Cette généralisation assure, certes, le respect de la libre administration des communes mais elle a pour fondement l'application d'un statut national aux fonctionnaires municipaux. En conséquence, cette forme de groupement obligatoire déroge au monopole de création d'une structure de coopération par les élus locaux. C'est ce que souligne le député M. VIOLLETTE lorsqu'il explique qu'« *un syndicat de communes, c'est la constitution d'un certain nombre de communes en une véritable société pour des buts privés, pour exploiter, par exemple, un service d'eau, un service de gaz, pour irriguer une région. Il y*

⁸¹⁸ WALDECK-L'HUIILLIER, AN, Séance du 8 novembre 1949, p. 6004

⁸¹⁹ Y. FAGON résume la question par une alternative : le statut des fonctionnaires doit-il être obligatoire ou facultatif pour les collectivités territoriales ?, AN, Séance du 8 novembre 1949, p. 6008

⁸²⁰ AN, Séance du 8 novembre 1949, p. 6003

a donc à la base du syndicat de communes, une délibération des conseils municipaux exprimant la volonté syndicale. En l'espèce, il n'y a rien de semblable : les conseils municipaux ne seront pas convoqués ; (...). Il s'agit simplement d'un acte du pouvoir central qui décide que les communes se réuniront pour nommer un bureau (...) »⁸²¹. Par conséquent, on en déduit l'appropriation d'une structure fonctionnelle de coopération à des fins nationales. C'est ce que justifie la position de refuser de voter le texte proposé par le sénateur Abel DURAND, qui trouvait très vague l'objet dudit syndicat visant, on le rappelle, à « *faciliter aux communes l'application du présent statut* »⁸²². L'objet du syndicat n'est effectivement pas une compétence propre⁸²³ de ce dernier. On sait que les « *collectivités territoriales, composantes d'un État unitaire, ne paraissent disposer au premier abord d'aucune compétence propre* »⁸²⁴. Cependant, la gestion du personnel communal peut faire partie des règles de fonctionnement propres aux collectivités territoriales. La décision relative à l'article 24 de la loi 99-36 en date du 14 janvier 1999 fait écho à la logique développée depuis la IV^{ème} République en actant l'existence de ce type de compétences mais elle confirme qu'« *en sanctionnant l'intervention du législateur en matière de publicité des séances des commissions permanentes, le Conseil constitutionnel n'a pas cherché à consacrer l'existence d'une compétence propre des collectivités territoriales. Son intention première a été d'éviter que la publicité ne devienne la règle de fonctionnement des commissions permanentes* »⁸²⁵. C'est pourquoi l'on peut conclure que c'est moins en termes de noyau dur de compétence institutionnelle qu'en termes de capacité de gestion ou de décentralisation administrative, qu'est analysée la compétence propre d'une collectivité territoriale. Il y a bien une logique commune entre la décision de 1999 et celles de 1983 et 1989, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'atteinte au principe de libre administration dans cette composante. On comprend mieux l'explication donnée par le secrétaire d'État A. COLIN sur le texte de 1952 puisqu'il dit que « *l'article 13 [de la loi de 1952] qui dit expressément que le syndicat n'a pas de tâche de gestion propre. Il a pour objet de faciliter aux communes, l'application du statut, mais il n'est pas lui-même gestionnaire* »⁸²⁶. L'application du statut de la fonction publique aux agents des communes a impliqué l'appropriation organique d'une structure fonctionnelle locale tout en respectant le principe de libre administration.

⁸²¹ M. VIOLLETTE, AN, 10 novembre 1949, p. 6043

⁸²² Rappelons le débat emblématique entre le rapporteur et le sénateur qui a abouti à sa position de vote : « *Je voudrais comprendre une chose : qu'entend-on, dans le projet qui nous est soumis, par cette phrase : ce syndicat a pour objet de faciliter aux communes l'application du présent statut. C'est très vague. M. le rapporteur : C'est voulu. M. Abel-Durand : C'est voulu. Alors je ne vote pas ce texte, même si je suis seul, et je ne saurais donner mon accord à ce que je ne comprends pas !* », Conseil de la République, 29 août 1951, p. 2172

⁸²³ Bien que la notion de compétence propre soit floue, on peut admettre qu'une compétence propre est au moins une compétence décentralisée, ce qui n'est pas le cas de l'application d'un statut national.

⁸²⁴ L. JANICOT, « *Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français* », AJDA, 2004, p.1575

⁸²⁵ Ibid., p. 1579

⁸²⁶ Ibid., p. 2172

Le syndicat de communes, et son successeur le centre de gestion de la fonction publique territoriale, ne peuvent être assimilés à un organisme de coopération intercommunale classique partant des collectivités territoriales, lesquelles s'associent institutionnellement dans une structure de coopération pour gérer une ou plusieurs compétences. Il s'agit avant tout de mettre en œuvre une loi relative au statut des fonctionnaires municipaux, que l'organisme de coopération est chargé d'appliquer et de faire respecter par l'intermédiaire des élus locaux. La libre administration des collectivités territoriales ne souffre pas d'entrave dans la mesure où les élus locaux participent pleinement à cet objectif d'intérêt national et qu'aucune compétence propre des collectivités n'est concerné par le régime juridique de ce statut. C'est dans ce sens que l'on doit comprendre la fin du considérant 13 de la décision 83-168 DC qui énumère les compétences propres des collectivités pouvant être affectées par cette obligation d'affiliation⁸²⁷. Le point commun de ces missions listées réside dans le rôle de l'autorité territoriale, tâches qui sont, par définition, des compétences propres, des collectivités territoriales. Il en résulte que le législateur s'est approprié une structure de coopération intercommunale pour répondre à une finalité d'intérêt national tout en respectant la libre administration des collectivités territoriales. C'est ce précédent législatif, qui repose sur le même principe juridique fonctionnel, qui sera utilisé pour organiser la coopération intercommunale à fiscalité propre. Il s'en différencie toutefois par sa primauté dans ses rapports avec les principes de la décentralisation et en particulier, celui de la libre administration des collectivités territoriales.

B. Les groupements de collectivités territoriales, expression de la primauté constitutionnelle de la compétence du législateur sur les principes de la décentralisation

La nature première fonctionnelle des groupements de collectivités territoriales s'est épanouie initialement dans le cadre local répondant à une demande des communes. Cependant, le législateur, qui avait laissé à la discrétion des collectivités la possibilité de coopérer librement, va s'intéresser à cette structure fonctionnelle pour répondre à ses intérêts propres tout en respectant la volonté des communes. La loi 2007-254 du 27 février 2007, mettant en place

⁸²⁷ Pour mémoire, ce considérant précise « que l'autorité territoriale se prononce librement sur les créations et suppressions d'emplois, procède à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, décide des positions statutaires, de la notation, de l'avancement d'échelon et des propositions d'avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, après observation de la procédure légale, de la possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle ; que l'autorité territoriale n'est privée en outre d'aucun droit de recours contre les actes des centres de gestion ; qu'elle recrute directement les personnels de direction en vertu de l'article 47 et le ou les collaborateurs dont chacune dispose aux termes du premier alinéa de l'article 110 ; qu'en conséquence les limitations de recrutement d'agents non titulaires prévues par l'article 3 et l'obligation d'affiliation à des centres de gestion prévue par les articles 13 et suivants de la loi ne sont pas contraires à la Constitution ».

l'établissement public de gestion de la Défense « *fait partie de ces lois qui cachent des redoutables questions et des intérêts considérables* »⁸²⁸. Elle l'est d'autant plus que la décision 2007-548 DC de 22 février 2007 va marquer une évolution importante dans le droit constitutionnel de l'intercommunalité par rapport aux décisions antérieures. Ce ne sont plus seulement les compétences propres des collectivités territoriales qui sont visées mais aussi celles qui intéressent directement l'État. Une étape supplémentaire est franchie car cette décision et la loi précitée n'évoquent plus uniquement le respect de plusieurs principes émanant du droit constitutionnel de la décentralisation mais elle accepte que la libre administration des collectivités territoriales soit directement affectée. Ainsi, il est écrit dans le considérant 12 de la décision 2007-548 DC que « *Considérant, toutefois, que l'adhésion obligatoire des trois collectivités à ce syndicat affecte leur libre administration ; qu'elle ne pouvait résulter que de la loi ; qu'il appartenait au législateur de définir de façon suffisamment précise les obligations mises à la charge de ces collectivités quant à leur objet et à leur portée* ». Comment s'est forgée cette évolution jurisprudentielle majeure au regard des droits des collectivités territoriales ? Elle s'est effectuée en deux temps : d'une part, le Conseil a été amené à définir une exigence constitutionnelle ou un intérêt national lié à des obligations ou des interdictions posées par le législateur pour l'exercice d'une compétence d'une collectivité territoriale. D'autre part, la coopération des collectivités territoriales va être le théâtre du « retour »⁸²⁹ du législateur dans ce champ particulier de la décentralisation.

La première décision constitutionnelle fondatrice de l'intervention du législateur dans les compétences dévolues aux collectivités territoriales date de 1990 et concerne la compétence « partagée » entre l'État et les collectivités territoriales à savoir le droit au logement. Pour imposer des obligations à ces dernières dans l'exercice de leurs compétences, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur doit respecter trois conditions cumulatives : la première est la nécessité de définir ces obligations avec précision quant à leur objet et à leur portée, la deuxième est de respecter la compétence propre des collectivités territoriales et la troisième est de ne pas entraver leur libre administration⁸³⁰. Une modification substantielle est intervenue en 2000 dans la décision 2000-436 DC relative au droit de l'urbanisme ajoutant une condition sous-jacente en 1990 mais qui est expressément reprise dans le considérant de

⁸²⁸ M. VERPEAUX, « Les collectivités territoriales et le nouvel établissement public de gestion de la Défense », *AJDA*, 2007.1072

⁸²⁹ Nous aurons l'occasion d'étudier ce « retour » dans le paragraphe consacré aux fusions de collectivités territoriales et des groupements, *cf. infra*

⁸³⁰ Cons. Const., décision 90-274 DC du 29 mai 1990. Il est écrit dans le considérant 16, devenu de principe, que : « *sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, le législateur peut définir des catégories de dépenses qui revêtent pour une collectivité territoriale un caractère obligatoire ; que toutefois, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration* »

principe à savoir l'existence d'un but d'intérêt national ou d'une exigence constitutionnelle. On retrouve la trame classique du considérant de 1990 et un ajout notable à savoir les groupements de collectivités territoriales. Le Conseil a jugé que « *si le législateur peut, sur le fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales **ou leurs groupements** à des obligations et à des charges, c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée* ». Il est déjà remarquable que ces conditions s'appliquent aussi pour les groupements de collectivités territoriales, ce qui représente une extension institutionnelle antérieure à son inscription dans la norme fondamentale. L'ajout de la condition d'une exigence constitutionnelle ou d'une finalité d'intérêt général vient marquer une intervention plus soutenue du législateur dans l'exercice des compétences dans le domaine de l'urbanisme. L'objectif de ce dernier devient automatiquement celui des collectivités territoriales, qui sont chargées de le mettre en œuvre. On note que l'équilibre de la décision est obtenu en précisant une réserve neutralisante à la disposition déclarée conforme à la Constitution, c'est-à-dire que ces objectifs nationaux ne doivent pas s'imposer comme une obligation de résultat aux collectivités ou aux groupements⁸³¹.

La décision du 22 février 2007 marque un tournant puisque l'atteinte à un des principes garantissant l'exercice effectif d'une compétence transférée aux collectivités territoriales est reconnue par le Conseil constitutionnel. Il touche spécifiquement le droit de l'intercommunalité puisqu'il concerne un établissement public de coopération entre collectivités territoriales. L'adhésion obligatoire pour trois collectivités territoriales est contraire à la volonté des communes de s'associer dans un groupement pour un projet commun. On porte donc atteinte au droit de l'intercommunalité et par ricochet, à celui des collectivités territoriales, celles-ci devant obligatoirement être adhérentes. Ainsi, la libre administration des collectivités territoriales est affectée directement. C'est une différence fondamentale avec la jurisprudence relative aux centres de gestion car l'adhésion des communes à ces groupements n'impliquait directement l'exercice d'aucune compétence propre des collectivités territoriales. En résumé, le législateur intervient de plus en plus dans la gestion des compétences des collectivités territoriales, ce qui le conduit à s'approprier progressivement les outils de gestion à disposition des collectivités territoriales. Cette propension de l'extension de la compétence du législateur dans la sphère

⁸³¹ Le considérant 13 précise notamment « *qu'en égard à l'imprécision des objectifs qu'elles mentionnent, les dispositions précitées de l'article 1^{er} de la loi déferée méconnaîtraient les articles 34 et 72 de la Constitution si elles soumettaient les collectivités territoriales à une obligation de résultat* »

d'action des collectivités territoriales aboutit à concilier la capacité d'intervention du législateur avec les principes constitutionnels du droit de la décentralisation.

Le droit de l'intercommunalité va être un terrain propice à l'intervention du législateur, cette fois-ci sous l'angle de l'organisation des collectivités territoriales. Soulevé dans le cadre du contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité, le considérant de principe de 2007 va évoluer progressivement vers l'affirmation du rôle du législateur dans l'organisation décentralisée. Dès 2011, le Conseil reprend sa position de principe qui faisait primer la compétence du législateur répondant à un intérêt général. Ainsi, la décision 2011-146 DC confirme que la conciliation de l'article 34 C, compétence du législateur, et de l'article 72 C, droit de la décentralisation des collectivités territoriales, trouve son équilibre dans la définition de l'intérêt général. En l'espèce, la décision viendra conforter le droit des collectivités en déclarant contraire la disposition litigieuse. Mais il est toutefois posé que par rapport aux autres conditions précédemment énumérées, celle relative au respect d'une fin d'intérêt général est mise en avant en utilisant l'adverbe « notamment »⁸³².

En 2013, la décision 2012-660 DC relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social s'appuie nettement la compétence du législateur par rapport au principe de libre administration en affirmant que *« si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » et « bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources »* ce qui lui permet de déduire que *« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général »*⁸³³. On glisse progressivement d'une protection des droits des collectivités territoriales vers le rappel de primauté de la compétence constitutionnelle du législateur.

Le Conseil va reprendre *in extenso* ce considérant dans ses décisions postérieures relatives à l'intercommunalité permettant d'affirmer la compétence du législateur sur les principes constitutionnel de libre administration et celui de non tutelle d'une collectivité

⁸³² Cons. Const., décision 2011-146 DC du 8 juillet 2011. La rédaction du considérant de principe est explicite puisqu'il précise que *« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général »*

⁸³³ Cons. Const., décision 2012-660 DC du 17 janvier 2013

territoriale sur une autre⁸³⁴. En d'autres termes, une nouvelle étape est franchie en mettant en position première la compétence du législateur pour intervenir dans le champ de la décentralisation. Contrairement à la décision 2011-146 QPC, l'intérêt général n'est une plus une condition nécessaire pour porter atteinte à la libre administration mais il devient dorénavant une autorisation accordée au législateur pour intervenir en toute matière prévue à l'article 34 C en imposant soit des obligations soit des interdictions aux collectivités territoriales même si celles-ci sont contraires aux principes constitutionnels relevant de la décentralisation. Les domaines d'intervention du législateur peuvent alors être très variés, ce que note P. LUTTON en évoquant que *« la structure de ce considérant suggère la possibilité de le décliner ultérieurement dans les différents champs d'application du principe de libre administration : à la formule issue de la décision n° 2011-146 QPC susmentionnée, qui fixe de façon générale la portée du principe de libre administration, est accolé un second membre de phrase intéressant le champ spécifique de la coopération intercommunale, à laquelle peut être substituée mutatis mutandis l'autonomie financière, l'organisation institutionnelle, etc... »*⁸³⁵. Le législateur, qui a le monopole de l'intérêt national et en s'appuyant sur la notion floue de l'intérêt général, s'impose dans les matières où il doit définir les règles et les principes, ce qui est l'objet de la libre administration, des ressources ou des compétences des collectivités territoriales. On remarque que le considérant de principe se rapproche de décisions du juge constitutionnel permettant de savoir si un texte relevait du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire. Par exemple, les décisions 71-67 L⁸³⁶ et 72-71 L présentent des similitudes dans leur rédaction, résultat de la logique fonctionnelle de répartition au niveau de la norme fondamentale. La seconde décision relative à la nature juridique de certaines dispositions de l'article 176, alinéas 1^{er} et 2, du code rural est particulièrement frappante puisqu'elle considère non seulement que

⁸³⁴ Décisions 2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault (Intégration d'une commune dans un EPCI à fiscalité propre)*, 2013-304 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Maing (Retrait d'une commune membre d'un EPCI)*, 2013-315 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Couvrot (Fusion d'EPCI en un EPCI à fiscalité propre)*. Le même considérant est rédigé ainsi *« si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ; que le principe de la libre administration des collectivités territoriales, non plus que le principe selon lequel aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre, ne font obstacle, en eux-mêmes, à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certaines de leurs compétences dans le cadre de groupements »*

⁸³⁵ P. LUTTON, *« Liberté communale et coopération intercommunale, trois décisions du Conseil constitutionnel du 26 avril 2013 »*, *Constitutions*, 2013. 397

⁸³⁶ Cons. Const., décision 71-67 L du 1^{er} avril 1971. Le considérant 3 indique que *« les personnels relevant des cadres des réserves de l'armée de l'air n'appartiennent pas à la catégorie « des fonctionnaires civils et militaires de l'État », au sens de l'article 34 de la Constitution ; que, d'autre part, aucune des dispositions susvisées de la loi du 1er août 1936 modifiée, ne met en cause les principes fondamentaux de l'organisation générale de la Défense nationale ; qu'enfin, aucune de ces dispositions ne fixant les limites d'âge applicables aux cadres des réserves de l'armée de l'air, elles n'établissent pas de sujétions imposées par la Défense nationale de la nature de celles mentionnées à l'article 34 sus-rappelé que, dès lors, les dispositions dont il s'agit ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire »*

ces dispositions visant à répartir les missions entre des autorités différentes ne mettent pas en cause les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leur compétence et de leur ressource⁸³⁷ mais aussi « *que ces dispositions dans la mesure où elles prévoient l'obligation de déterminer dans un acte de l'autorité administrative relevant du Gouvernement, les terrains frappés d'occupation temporaire ainsi que les propriétaires desdits terrains, touchent aux principes fondamentaux du régime de la propriété et ressortissent, dès lors, à la compétence du législateur* »⁸³⁸. Par conséquent, la transposition du raisonnement fonctionnel de la répartition entre le législateur et le gouvernement s'applique aussi dans le contentieux de la QPC, et notamment dans la définition des droits fondamentaux des collectivités territoriales. Ceci est accru par l'insertion du caractère décentralisé de l'organisation dans la Constitution. La mise en valeur de la compétence du législateur dans le droit de la décentralisation, logique fonctionnelle, aboutit à définir un point commun entre le principe de libre administration, des ressources et des compétences de l'article 34 C et celui de l'article 72 C qui prévoit que le conseil élu dans les conditions prévues par la loi⁸³⁹, c'est celui de l'organisation des collectivités territoriales. Le professeur P. COMBEAU confirme cette approche en écrivant qu'« *on peut donc considérer que la fusion, et plus largement l'action commune, concernent non pas la libre administration mais davantage l'organisation des collectivités territoriales au sens du CGCT (qui y inclut le nom, le territoire ou le fonctionnement de ses organes), qui ressort de la compétence exclusive de l'État* »⁸⁴⁰. Le groupement de collectivités territoriales est alors un instrument juridique participant à l'organisation décentralisée de l'État. Les droits fondamentaux issus de la décentralisation doivent être conciliés avec la réaffirmation de la compétence de principe du législateur, surtout s'il décide de définir de nouveaux objectifs et de les mettre en œuvre. A ce titre, l'achèvement et la rationalisation de la carte de l'intercommunalité font parties intégrantes de l'organisation

⁸³⁷ Cons. Const., décision 72-71 L du 29 février 1972. On peut noter l'architecture similaire du considérant 1^{er} avec celui des décisions 2013 : « *les dispositions susvisées ont uniquement pour objet de désigner les autorités habilitées à préparer et à prendre l'arrêté déterminant la nature et l'étendue des travaux à réaliser ainsi que le montant des dépenses et les modalités de prise en charge, d'entretien et d'exploitation des travaux effectués dans les conditions prévues à l'article 175 du code rural ; **que ces dispositions, qui ne visent qu'à la répartition entre des autorités de degrés différents, mais relevant toutes du Gouvernement, d'attributions qui appartiennent à celui-ci en vertu de la loi, ne mettent en cause ni les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ni aucun des autres principes fondamentaux non plus qu'aucune des règles que l'article 34 de la Constitution a placés dans le domaine de la loi ; que, par suite, lesdites dispositions ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire*** »

⁸³⁸ Considérant 3 de la décision 72-71 L du 29 février 1972

⁸³⁹ Cons. Const., décision n° 2011-146 QPC du 8 juillet 2011 en son considérant 3 : « *Considérant que, si, en vertu des articles 72 et 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus » et « bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement », chacune d'elles le fait « dans les conditions prévues par la loi » ; que l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* »

⁸⁴⁰ P. COMBEAU, « Intercommunalité, communes nouvelles et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2017.350

de l'État et il convient de voir comment, dans leur application, le groupement, structure essentielle de cette nouvelle organisation territoriale, va finalement confirmer la primauté du législateur sur la volonté des communes de s'associer et de coopérer.

§2 L'existence des groupements de collectivités territoriales au service de l'organisation territoriale de l'État français

Selon le bilan établi par la direction générale des collectivités locales, « 79 procédures de passer outre ont été mises en œuvre entre l'été et le mois de novembre 2016, et sont désormais toutes achevées. A l'issue de la mise en œuvre des SDCI, la France devrait compter 1263 établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre au 1er janvier 2017, soit une diminution de 39% par rapport à la situation au 1er janvier 2016 »⁸⁴¹. L'expression de « procédure du passer outre » est symbolique car elle montre que l'application préfectorale du SDCI n'est plus seulement le résultat du principe de subsidiarité. Les groupements ont dorénavant une dimension fonctionnelle nationale (A) au même titre que les pouvoirs exceptionnels du préfet dans la mise en œuvre du SDCI (B).

A. Le schéma départemental de coopération intercommunale : de l'application du principe de subsidiarité au caractère fonctionnel national des groupements de collectivités territoriales

Le schéma départemental de coopération intercommunale (SDCI) a une histoire singulière exprimant, en partie, l'approche de l'État dans l'organisation administrative et plus précisément dans l'action commune des collectivités territoriales. Cet outil de planification n'est pas nouveau car il est utilisé dans de nombreux domaines : urbanisme, accessibilité aux services publics... Comme le note B. FAURE, « Dans un contexte de superposition des niveaux de collectivités et d'exercice imbriqué des compétences qui s'ensuit, des règles dictant le comportement de chacun risqueraient de compromettre tout autant la diversité des cas particuliers ou l'évolution des faits que leur liberté politique »⁸⁴². La pluralité de structures territoriales vient s'ajouter à la difficulté de définir une répartition des compétences harmonieuse. Le SDCI tente de concilier ces deux problématiques : celle de répondre aux

⁸⁴¹ DGCL, Bilan des schémas départementaux de coopération intercommunale, <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/bilan-des-schemas-departementaux-cooperation-intercommunale>

⁸⁴² B. FAURE, « Le schéma départemental de coopération intercommunale a-t-il une valeur contraignante ? », *AJDA*, 2013, p. 241

intérêts de l'État et celle de laisser une liberté politique aux collectivités territoriales. Dans ce sens, il est largement influencé par un principe difficile à appréhender sur le plan juridique, celui de la subsidiarité.

On sait que l'idée de subsidiarité peut recouvrir plusieurs acceptions. En suivant le rapport du Comité directeur des autorités locales et régionales⁸⁴³, on peut retenir deux lignes directrices complémentaires : la suppléance et le secours, où ce dernier permet une intervention en cas de besoin. Institutionnellement, la subsidiarité nécessite le rapport de deux entités, qui auront des relations déterminées en fonction de leurs champs d'action. On retrouve l'essence de la subsidiarité dans l'article 72 alinéa 3, qui dispose que « *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* ». La subsidiarité assure aux collectivités une autonomie dans les compétences déléguées dans un État unitaire, contrairement à un État fédéral, où la répartition des compétences sera prévue au niveau constitutionnel. Dans le cadre unitaire, la compétence générale appartiendra exclusivement à l'État, en tant qu'unité du pouvoir et les composantes institutionnelles de droit public auront des compétences d'attribution et, dans tous les cas, il existera des compétences déléguées par le pouvoir central. Cette répartition des compétences repose sur une logique, qui peut être totalement inversée pour un État fédéral, c'est-à-dire que ce dernier n'interviendra que si l'entité fédérée n'a pas la capacité de gérer, elle-même, ladite compétence. On évitera donc d'utiliser la notion de clause de compétence générale, pour les structures infranationales dans un État unitaire s'il est inscrit sur le plan constitutionnel le principe de subsidiarité. Il inviterait à remettre en cause le caractère unitaire de l'État puisqu'une seconde source institutionnelle, indépendante de la première, puiserait sa légitimité propre dans une nature identique à celle de l'État. C'est pourquoi la Constitution française conçoit ou réduit la subsidiarité à l'exercice optimal de compétences étatiques déléguées, que l'on formalise dans la norme fondamentale par « *ensemble de compétences* ».

Elle permet en outre de renforcer la légitimité de l'État par les deux lignes directrices de la subsidiarité à savoir l'idée de suppléance et celle d'intervention étatique en cas de carence des collectivités territoriales. L'idée de suppléance correspond à celle de confier un ensemble de missions à une structure territoriale infra-étatique, ce qui se traduit par le processus de décentralisation. Si les fonctions transférées ne permettent pas leur exercice optimal alors l'État interviendra pour remédier aux difficultés de gestion. C'est ce qui s'est finalement passé pour l'élaboration du SDCL.

⁸⁴³ Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), *Définition et limite du principe de subsidiarité*, Commune et Région d'Europe n°55, 1998, 44 p.

Au préalable, il convient de rappeler que le rapport *Vivre ensemble*, qui préconisait déjà le développement de l'intercommunalité, faisait référence au principe de subsidiarité qui « conduit à rechercher toujours le niveau adéquat d'exercice des compétences, un niveau supérieur n'étant appelé que dans les cas où les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. L'État doit ainsi déléguer aux collectivités tous les pouvoirs qu'elles sont en mesure d'exercer »⁸⁴⁴. Dans ce cadre, il a été confié aux collectivités territoriales et à leurs représentants le soin d'apprécier l'intérêt de se grouper et de fixer les grandes orientations. En 1992, les articles 66 à 68 prévoyaient que la commission départementale de coopération intercommunale (CDCI), composée de représentants des collectivités territoriales « établit et tient à jour un état de la coopération intercommunale dans le département. Elle entend, à leur demande, des représentants des collectivités territoriales concernées, elle peut formuler toute proposition tendant à renforcer la coopération intercommunale (...) ». En 1999, la loi Chevènement va modifier ce texte en insérant un pouvoir plus important du Préfet. La CDCI restait cette instance de représentation des collectivités territoriales, que le Préfet présidait. L'idée que les élus locaux déterminent l'organisation de la coopération locale sur la base du volontariat demeure forte. La caractéristique ascendante de la subsidiarité est présente dans l'article L. 5210-45 du CGCT. Cependant et nous rejoignons J. BARROCHE lorsqu'il écrit que « la subsidiarité originare est plus étrangère à la culture française en raison de sa provenance germanique (dimension ascendante et horizontale) qu'en raison de sa provenance catholique (dimension descendante et hiérarchique) »⁸⁴⁵. L'acception descendante est venue s'imposer en lien étroit avec la deuxième composante de la subsidiarité, qui est un point commun avec la décentralisation française, à savoir qu'« elle repose également sur une analyse fonctionnelle cherchant à déterminer, dans chaque secteur, quel niveau exerce le rôle dominant »⁸⁴⁶. Autrement dit, la recherche de l'optimum, de l'efficacité de l'action publique est un ressort identique dans la décentralisation et la subsidiarité. A cet égard, l'évaluation de l'exercice de l'organisation de coopération locale par les élus locaux peut être considérée comme le moment charnière incitant l'État à redéfinir les périmètres des groupements de collectivités territoriales. Un premier rapport du Conseil économique et social (CES) en juin 2005 a insisté sur le fait qu'« une difficulté méthodologique doit être surmontée : la détermination du critère d'appréciation des toutes premières expériences [d'intercommunalité] en la matière »⁸⁴⁷. Il met exergue le critère de l'accroissement de la

⁸⁴⁴ Commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, op. cit., p. 97

⁸⁴⁵ J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », VII^{ème} Congrès de l'AFDC, 2008, Communication atelier n°4 « Constitution et territoire », 19 p., p. 14

⁸⁴⁶ Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), *Définition et limite du principe de subsidiarité*, op. cit., p. 44

⁸⁴⁷ CES, *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, Rapport, 2005, II, p. 66

solidarité entre les communes et le nécessaire achèvement de la carte intercommunale. Le CES ajoute, de manière très intéressante, « *l'intérêt d'une réflexion approfondie sur les mécanismes de péréquation actuellement en œuvre. Cette réflexion devra intégrer une phase d'évaluation de leur efficacité et de l'application du nouvel article 72-2 de la Constitution stipulant que « la loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales »* »⁸⁴⁸. Le bilan d'étape de la Cour des comptes sur l'intercommunalité sera beaucoup plus direct : il recommande de « *Parfaire la carte de l'intercommunalité, en (...) donnant au représentant de l'État les moyens juridiques de corriger les périmètres qui ne sont pas satisfaisants, notamment dans les aires urbaines et en milieu rural ;[en] encourageant les fusions de communautés, avec, si besoin est, des périodes transitoires ; [et en] rationalisant la coopération intercommunale, avec un élagage radical de la carte des syndicats, grâce notamment à des moyens juridiques nouveaux à donner au représentant de l'État pour prononcer la dissolution des syndicats dont les compétences sont ou peuvent être exercées par des intercommunalités* »⁸⁴⁹. La Cour s'appuie sur le texte constitutionnel en souhaitant « *qu'à l'occasion des réflexions ouvertes par le Gouvernement sur les collectivités territoriales, en général, et sur l'intercommunalité, en particulier, la question de leur gouvernance soit abordée dans l'esprit de l'article 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme que « tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée »* »⁸⁵⁰. La philosophie générale est celle de la subsidiarité à la française, c'est-à-dire descendante. En se posant la question de savoir ce qui peut inciter un État unitaire à déléguer à des autorités locales élues un certain nombre de compétences, on peut y répondre par le fait qu'il aura intérêt à procéder à ces transferts à la condition que ces derniers permettent une meilleure gestion et efficacité dans l'exercice des missions confiées. Elle nécessite que la logique subsidiaire mise en œuvre doive être évaluée. Par ricochet, la logique fonctionnelle nationale est aussi soumise à une évaluation de l'exercice des compétences. On remarque que la définition des périmètres intercommunaux par les collectivités territoriales ne correspondait à l'optimisation du fonctionnement des groupements ou une rationalité objective des compétences par les acteurs locaux, ce dont de nombreux rapports de cette période témoignaient⁸⁵¹. B. FAURE a raison de rappeler que « *l'objectif [du*

⁸⁴⁸ CES, *Communes, intercommunalités, quels devenirs ?*, Avis, 2005, I, p. 12

⁸⁴⁹ Cour des comptes, *Bilan d'étape de l'intercommunalité en France*, in *Rapport annuel 2009*, La Documentation Française, 2009, p. 240

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 239

⁸⁵¹ Pour une évaluation très critique de la gestion de l'intercommunalité par les élus locaux, voir l'ouvrage emblématique des députés P. BEAUDOUIN et P. PEMEZEC, *Le livre noir de l'intercommunalité*, 2005, UMP, 117 p.

rapport Balladur] était donc que n'évolue plus de façon autonome au gré des circonstances locales mais dans le cadre direct de la loi qui commande l'évolution d'ensemble à partir de la satisfaction de quelques objectifs légaux s'imposant l'élaboration de chaque et aux décisions préfectorales qui s'ensuivent »⁸⁵². L'article L. 5210-1-1 du CGCT est alors inséré en intégrant ces nouveaux objectifs. Ce qui est intéressant, c'est la coexistence des deux logiques dans le corpus juridique relatif à la coopération intercommunale. La subsidiarité ascendante demeure par les attributions confiées à la CDCI à l'article L. 5210-45 du CGCT et par le rôle joué par la CDCI dans le nouvel article L. 5210-1-1 du CGCT. Ce dernier caractérise aussi la subsidiarité descendante, c'est-à-dire la réaffirmation de l'État par le renforcement des pouvoirs du préfet. Il est toutefois singulier que ces deux dispositions visent l'élaboration d'un même document, le schéma départemental de coopération intercommunale.

La nature du SDCI est très fortement influencée par le principe de subsidiarité : on peut même dire qu'il exprime juridiquement la dynamique, le mouvement propre inhérent à ce principe, que le droit a du mal à saisir. B. FAURE le qualifie d'« *acte hybride, par lequel le préfet et les élus tentent de programmer l'exercice de leur pouvoir sans se lier pour autant, mais dont les contours juridiques sont loin d'être tous fixés* »⁸⁵³, souplesse dans le caractère programmatique que l'on retrouve dans la procédure suivie. La jurisprudence du Conseil d'État a confirmé que le SDCI n'est ni un acte préparatoire ni un acte d'une opération complexe mais qu'il est un acte normatif non réglementaire⁸⁵⁴. En effet, il n'est pas un acte réglementaire dans la mesure où il n'émane pas exclusivement du pouvoir de l'État. Pour B. FAURE, « *cette solution paraît s'inscrire dans le sens d'un courant jurisprudentiel tendant à soustraire à cette catégorie [d'actes préparatoires] les décisions d'organisation de l'Administration se bornant à l'application à une espèce particulière de règles légales ou administratives préétablies* »⁸⁵⁵. Le SDCI est effectivement une décision d'organisation de l'État unitaire, qui associe, par le truchement du groupement, les collectivités territoriales. Dans la mesure où elle affecte leur libre administration, les collectivités participent à l'organisation territoriale définie par l'État. Le SDCI est un acte souple puisant son fondement dans le principe de subsidiarité. L'élaboration du schéma et la rationalisation de l'intercommunalité reviennent initialement à la CDCI, organe représentant les collectivités territoriales. Mais l'organisation décentralisée de l'État prime sur les autres principes constitutionnels dans le cadre de cette concertation.

⁸⁵² B. FAURE, « Le schéma départemental de coopération intercommunale a-t-il une valeur contraignante ? », *AJDA*, 2013. 240

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ G. EVEILLARD, « Le caractère non réglementaire du schéma de coopération intercommunale », *AJDA*, 2017.532

⁸⁵⁵ B. FAURE, « Le schéma en droit administratif », *RDP*, 2018, p. 437 et s.

Elle passe par la définition d'un intérêt général, qui va servir de guide, de ligne directrice dans la nouvelle organisation de la coopération intercommunale. Le législateur est constitutionnellement compétent pour définir l'intérêt général en la matière ce qu'il a fait au premier alinéa de l'article L. 5210-1-1 du CGCT en indiquant qu'« *il est établi, au vu d'une évaluation de la cohérence des périmètres et de l'exercice des compétences des groupements existants, un schéma départemental de coopération intercommunale prévoyant une couverture intégrale du territoire par des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre et la suppression des enclaves et discontinuités territoriales* ». La couverture intégrale du territoire par des structures fonctionnelles de coopération revient à neutraliser le caractère territorial du groupement. Les conditions supplémentaires relatives au territoire, c'est-à-dire la suppression des enclaves et autres discontinuités renforce l'aspect purement fonctionnel de l'objectif visé de la cohérence des périmètres intercommunaux. En cela les orientations listées à l'article L. 5210-1-1 du CGCT concernent soit le territoire soit les fonctions exercées⁸⁵⁶. On note bien que l'état des lieux est établi pour le périmètre et l'exercice des missions mais, qu'en revanche, le schéma comporte uniquement des prescriptions relatives aux périmètres des groupements et non pas dans l'exercice de leurs compétences. Celles-ci sont prises en compte de manière indirecte lors de la création du nouvel établissement de coopération intercommunale à fiscalité propre. L'objectif principal peut donc se résumer à couvrir par des périmètres cohérents le territoire national par des organismes fonctionnels. Il permet donc une répartition plus adéquate de compétences fondée sur des périmètres intercommunaux pertinents. Le SDCI est, par cet aspect, la conséquence du principe de subsidiarité tant par l'association des collectivités que par l'objectif poursuivi.

Toutefois, ce principe n'est pas invocable devant le juge en tant que liberté constitutionnellement garantie. La décision 2013-304 QPC, qui trouve son fondement dans la décision 2005-416 DC, a confirmé que le principe de subsidiarité est seulement un objectif et

⁸⁵⁶ Pour mémoire, les orientations principales sont les suivantes : 1° La constitution d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins 15 000 habitants ; toutefois, ce seuil est adapté, sans pouvoir être inférieur à 5 000 habitants pour les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ainsi que pour les projets d'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre (...); 2° La cohérence spatiale des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre au regard notamment du périmètre des unités urbaines au sens de l'Institut national de la statistique et des études économiques, des bassins de vie et des schémas de cohérence territoriale ; 3° L'accroissement de la solidarité financière et de la solidarité territoriale ; 4° La réduction du nombre de syndicats de communes et de syndicats mixtes, en particulier par la suppression des doubles emplois entre des établissements publics de coopération intercommunale ou entre ceux-ci et des syndicats mixtes ; 5° Le transfert des compétences exercées par les syndicats de communes ou les syndicats mixtes à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou à un autre syndicat exerçant les mêmes compétences conformément aux objectifs de rationalisation des périmètres des groupements existants et de renforcement de la solidarité territoriale ; 6° La rationalisation des structures compétentes en matière d'aménagement de l'espace, de protection de l'environnement et de respect des principes du développement durable ; 7° L'approfondissement de la coopération au sein des périmètres des pôles métropolitains et des pôles d'équilibre territoriaux et ruraux constitués en application des articles L. 5741-1 et L. 5741-4 du CGCT et 8° Les délibérations portant création de communes nouvelles.

non pas une garantie offerte aux collectivités territoriales⁸⁵⁷. On peut regretter que ce principe n'ait pas une portée plus importante pour les collectivités territoriales mais sa vocation est essentiellement fonctionnelle de répartition des missions entre les différentes catégories de collectivités territoriales. Dès lors, on comprend que l'application concrète du principe de subsidiarité revient, *in fine*, à répondre à une logique fonctionnelle nationale, c'est-à-dire la recherche d'un optimum dans l'exercice des compétences des collectivités territoriales. Il n'en demeure pas moins que les effets réels de l'application de ce principe se concentrent moins sur la valeur juridique du SDCI que sur sa mise en œuvre par le préfet. C'est particulièrement visible dans les pouvoirs exceptionnels temporaires accordés au représentant de l'État dans le département.

B. Le caractère fonctionnel national des pouvoirs exceptionnels du préfet dans la mise en œuvre du SDCI

Nous avons précédemment remarqué que l'article L. 5210-1 du CGCT, disposant que « *le progrès de la coopération de coopération intercommunale se fonde sur la libre volonté des communes d'élaborer des projets communs de développement au sein des périmètres de solidarité* », accorde aux communes une place essentielle et singulière dans l'organisation de la coopération intercommunale. Cette volonté est néanmoins fortement encadrée par l'élaboration du SDCI, qui prend en considération dans les orientations permettant de définir les périmètres intercommunaux c'est-à-dire celles représentant la volonté de l'État. Cette prééminence de la volition étatique est encore amplifiée par la procédure mettant en œuvre le schéma. On s'aperçoit que les volontés locales n'interviennent qu'à un seul moment, c'est celui de la consultation des collectivités territoriales leur permettant de se prononcer pour avis sur ledit schéma. Plusieurs interrogations naissent de ces dispositions législatives parfois contradictoires. Pour quelles raisons a-t-on maintenu l'article L. 5210-1 du CGCT qui ne présente pas, *a priori*, de réelle portée juridique ? L'attribution de pouvoirs exceptionnels au préfet était-elle nécessaire ? Quel est le fondement juridique du caractère temporaire de ces pouvoirs exceptionnels ? Comment interpréter le rôle de la CDCI par rapport à la volonté des communes de s'associer librement ?

En premier lieu, la prééminence du préfet est particulièrement nette sur la volonté des communes dans la création ou la modification des périmètres des groupements de collectivités

⁸⁵⁷ Pour rappel le considérant 7 de la décision 2013-304 QPC du 26 avril 2013 dispose « *qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution : « 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 » ; que cette disposition n'institue pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

territoriales. En effet, on sait que la compétence de création de structures territoriales ou fonctionnelles est une compétence exclusive de l'État. Initialement, on peut rappeler que, lors de la création des premiers groupements de collectivités territoriales, cette compétence a toujours relevé de l'État, que ce soit par le truchement du Conseil d'État ou, dans un second temps, de l'autorité déconcentrée départementale. La Constitution de 1958 l'attribue au législateur pour les collectivités territoriales à statut particulier et les catégories d'établissements publics. La création, modification ou suppression d'un établissement public appartient, quant à elle, au pouvoir réglementaire, que le représentant de l'État exerce dans son ressort d'intervention. Cependant, l'initiative, l'impulsion de créer, étendre ou de supprimer un groupement a toujours appartenu aux collectivités territoriales, ce que condense dans sa rédaction l'article L. 5210-1 du CGCT. Il ne faut pas oublier non plus que l'existence de la CDCI est la conséquence directe de cet article bien que la codification de 1996 les ait séparés dans le CGCT⁸⁵⁸. Au final, l'article L. 5210-1 du CGCT est une reconnaissance par le législateur d'une compétence d'organisation dans le domaine de la coopération locale. Certes, elle n'est pas une faculté d'auto-organisation des collectivités territoriales mais une compétence propre, c'est-à-dire une attribution reconnue aux communes, que l'État ne peut supprimer sans porter atteinte à la libre administration. Par voie de conséquence, la portée juridique de cet article L. 5210-1 du CGCT a des incidences sur les pouvoirs du préfet dans ce domaine.

En deuxième lieu, les deux articles relatifs à la mise en œuvre du SDCI de 2010 et de 2015⁸⁵⁹ sont construits sur la même base et octroient des pouvoirs exceptionnels temporaires à l'autorité préfectorale. Ces dispositions s'appuient sur l'objectif d'achèvement et de rationalisation de la carte intercommunale, c'est-à-dire un intérêt général. Mais il est constaté tant par l'étude d'impact que par le Parlement que les communes n'ont pas toujours satisfait le respect de la continuité territoriale ou refusait d'intégrer un groupement de collectivités territoriales⁸⁶⁰. Pour y remédier et atteindre l'objectif fixé par l'intérêt général, il a été confié des pouvoirs exceptionnels au préfet. On peut noter que les textes initiaux des projets de loi de 2010, et encore moins ceux de 2015, n'ont pas fait l'objet de modification substantielle lors des débats

⁸⁵⁸ Les articles 66, 67 et 68, regroupés sous l'intitulé « *De la concertation relative à la coopération intercommunale* » du chapitre III du titre III « *de la coopération locale* » de la loi ATR du 6 février 1992 ont été inscrits soit directement au titre I « *Établissements publics de coopération intercommunale* » pour l'article 66 soit dans une section 8 relative à la commission départementale de coopération locale du même titre dans le CGCT. Il est intéressant de remarquer que le nouvel article L. 5210-1-1 du CGCT est dans le prolongement de la compétence communale et non pas dans le cadre de la concertation entre l'État et les collectivités territoriales prévue aux articles L. 5211-45 du CGCT et suivants.

⁸⁵⁹ Respectivement article 60 de la loi portant réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 et article 35 de la loi 2015-991 dite loi NOTRe du 7 août 2015.

⁸⁶⁰ L'étude d'impact précise qu'« *Actuellement, certaines communes s'opposent à leur intégration dans un EPCI à fiscalité propre. Leur motivation peuvent être diverses, notamment d'ordre financier (lorsqu'une commune n'entend pas partager le produit d'une ressource située sur son territoire). Le droit actuel ne permet pas de faire adhérer toutes les communes isolées. L'intégration d'une commune isolée peut s'effectuer dans le cadre de la création d'un EPCI ou d'une fusion de plusieurs EPCI ainsi que par extension de périmètre d'EPCI existant* »

parlementaires. Le Sénat, représentant des collectivités territoriales, a principalement amendé ces pouvoirs exceptionnels du préfet en réduisant le pouvoir d'appréciation du préfet⁸⁶¹. En outre et comme le précise le rapport sénatorial, il fallait même accélérer la procédure et également lever l'obstacle des communes isolées refusant l'intégration dans un groupement de collectivités territoriales. Le caractère temporaire du « passer outre » est justifié par la réalisation de l'objectif d'achèvement de la carte intercommunale.

En troisième lieu, ces pouvoirs sont contrebalancés par le rôle de la CDCI, organe représentant les collectivités territoriales. Le rôle de la CDCI correspond à celui du préfet dans le ressort départemental pour la réalisation d'un objectif national. Une véritable concertation est opérée entre le représentant de l'État et ceux des collectivités territoriales. Ainsi, l'avis de la CDCI est requis pour toute proposition ne figurant pas dans le schéma. Elle peut entendre tout maire d'une commune qui a refusé d'intégrer un nouvel EPCI. Il n'en demeure pas moins vrai que la CDCI sera un espace de négociation entre élus pouvant limiter le pouvoir exceptionnel du préfet. La décision 2014-391 QPC du 25 avril 2014 confirme que la procédure suivie de consultation de la CDCI et des assemblées délibérantes sont nécessaires pour que la disposition ne soit pas contraire à la libre administration⁸⁶².

En tout état de cause, ces deux procédures exceptionnelles et temporaires vont entraîner une mise en œuvre rapide des objectifs du législateur à savoir l'achèvement et la rationalisation de la carte des groupements de collectivités territoriales. La volonté des communes va s'effacer progressivement au profit de celle de l'État dans l'organisation de la coopération locale. Cette reprise en main de la liberté de s'associer des communes ne s'est pas déroulée sans heurt et de nombreuses collectivités s'y sont opposées. Le contentieux constitutionnel a été le théâtre de cette résistance des élus locaux mais le droit constitutionnel local n'a pas abouti à forger des garanties juridiques fortes aux collectivités territoriales. De manière contradictoire, le pouvoir préfectoral en est même ressorti renforcé alors que l'organisation décentralisée a été inscrite dans la norme fondamentale. Comment peut-on expliquer cette contradiction constitutionnelle ? Il nous semble que la révision constitutionnelle de mars 2003 contient deux idées-forces sur l'inscription de l'organisation décentralisée de la République à son article 1^{er}. L'emploi du possessif « son » marque simultanément la reconnaissance de la décentralisation et des collectivités territoriales mais aussi le monopole de l'État dans leur organisation. Mais, sa combinaison avec le dernier alinéa de l'article 72 C a réaffirmé le caractère unitaire et indivisible de la République. On rappelle que le dernier alinéa de l'article 72 C prévoit que « *dans les*

⁸⁶¹ Le pouvoir du préfet devient « peut proposer un arrêté » à « fixe un arrêté » puis « définit un arrêté » pour la mise en œuvre du SDCI. La discussion parlementaire de 2010 a surtout porté sur le calendrier de mise en œuvre du schéma.

⁸⁶² Cons. Const., décision 2014-391 QPC du 25 avril 2014

collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». On sait qu'une constitution est chargée de définir l'organisation des pouvoirs publics. En y intégrant dès le premier article l'organisation des collectivités territoriales, ce champ relevait alors non plus seulement du domaine de la loi mais aussi du champ constitutionnel.

Une première jurisprudence avait posé une limite ferme aux garanties accordées aux collectivités territoriales. Ainsi, le Conseil constitutionnel, en son considérant 4 de la décision 82-137 DC, jugeait *« qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 72 de la Constitution que si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'État énoncées à l'article 3 de cet article ; que ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes ni privées d'effet, même temporairement ; que l'intervention du législateur est donc subordonnée à la condition que le contrôle administratif prévu par l'article 72, alinéa 3, permette d'assurer le respect des lois et, plus généralement, la sauvegarde des intérêts nationaux auxquels, de surcroît, se rattache l'application des engagements internationaux contractés à cette fin »*⁸⁶³. De façon plus consensuelle, les pouvoirs exceptionnels du Préfet dans le cadre de la mise en œuvre des SDCI se fondent sur les mêmes principes constitutionnels, à savoir que la libre administration respecte la sauvegarde des intérêts nationaux, en l'espèce celui spécifique *« d'achèvement et de rationalisation de la carte de l'intercommunalité »*⁸⁶⁴, qui peut se traduire par *« le renforcement »*, ou la *« rationalisation de la carte de l'intercommunalité »*⁸⁶⁵ voire assurer *« la cohérence des coopérations intercommunales »*. On peut être circonspect devant cette diversité d'intitulés pour définir un intérêt général identique. On remarque toutefois que la construction juridique de chaque décision concernée valide finalement la procédure de création par l'État de structure de coopération intercommunale au détriment de la volonté des communes. Ces dernières doivent donc s'incliner devant l'intérêt général. Le professeur P. COMBEAU a raison de remarquer que cela fait primer *« un intérêt essentiellement national qui implique que le juge accorde, au nom de la nécessaire rationalisation, un blanc-seing au législateur pour soumettre les collectivités territoriales à des intérêts qui les dépassent »*⁸⁶⁶. Lorsque l'on évoque la notion d'intérêt national, on se retrouve, en réalité, devant la prérogative propre de l'État de définir son organisation, même si elle est définie comme décentralisée.

⁸⁶³ Cons. Const, décision 82-137 DC du 25 février 1982

⁸⁶⁴ Considérant 10 de la décision 2013-303 QPC du 26 avril 2013

⁸⁶⁵ Considérant 10 de la décision 2013-315 QPC du 26 avril 2013

⁸⁶⁶ P. COMBEAU, « Intercommunalité, communes nouvelles et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2017.350, p. 5

Les collectivités territoriales, ayant toutes initiées un contentieux relatif à l'article des pouvoirs exceptionnels du préfet, n'ont pas mis en échec la procédure ou ces pouvoirs exceptionnels. Ainsi, la décision 2013-315 QPC considère que l'État a exercé pleinement sa compétence malgré l'atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales⁸⁶⁷. A chaque fois, les demandes d'inconstitutionnalité ont été écartées car elles visaient à mettre en cause une prérogative essentielle de l'État unitaire, à savoir la compétence d'organiser les pouvoirs publics. On comprend alors que l'État « se pose à nouveau en « grand architecte » du local, regroupant ici, créant ex nihilo là, redessinant ailleurs »⁸⁶⁸. Dans ce contexte constitutionnel, on peut se poser la question de savoir comment est appréhendé le groupement de collectivités territoriales. Il ne peut plus être perçu comme un organe de coopération à disposition uniquement des collectivités territoriales, ces dernières devant s'associer pour répondre à un besoin local donné. Il devient une structure fonctionnelle nationale dont l'objet est de grouper des communes selon des critères démo-géographiques et sur la base de solidarités financière et territoriale pour exercer un ensemble de compétences, que l'État aura matérialisé. On en déduit que le principe de subsidiarité a une portée très limitée pour les collectivités territoriales. Néanmoins, on peut s'interroger sur le fait que ce sont les collectivités territoriales et non pas les groupements qui sont visés par le principe de subsidiarité. Ainsi, l'article L. 5210-1 du CGCT, expression de la subsidiarité communale, doit s'effacer devant l'organisation territoriale, monopole étatique. On ne peut qu'apprécier la clairvoyance de J. F. BRISSON lorsqu'il remarquait en 2003 que « la notion d'efficacité préférée dans l'article 72 à celle de proximité n'exclut pas la possibilité à terme d'une recentralisation de certaines compétences au profit de l'État. L'idée qu'une compétence serait nécessairement mieux exercée à l'échelon local est une vue de l'esprit qui, pour correspondre aux besoins du moment, n'est pas certaine d'être systématiquement vérifiée, comme l'illustrent les « flux et les reflux » de la décentralisation enregistrés depuis vingt ans »⁸⁶⁹. Cette centralisation étatique de l'organisation territoriale ne doit masquer la nouvelle répartition des compétences au sein du bloc communal entre le groupement à fiscalité propre et les communes. L'achèvement de la carte intercommunale, l'accroissement des transferts de compétences et la définition par le

⁸⁶⁷ Le Conseil a jugé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; qu'il appartenait au législateur compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, de définir de façon suffisamment précise les modalités de fusion des établissements publics de coopération intercommunale ; qu'en fixant, par les dispositions contestées, les règles de cette fusion et en confiant sa mise en œuvre aux représentants de l'État, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence »

⁸⁶⁸ J. F. BRISSON, « La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes », *Dr. Adm.*, 2011. Étude 5

⁸⁶⁹ J. F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003. 529

groupement de l'intérêt communautaire sont les trois composantes de la vocation fonctionnelle des groupements. Ils répondent tous à un objectif d'intérêt national. La couverture du territoire par les groupements de collectivités territoriales est aujourd'hui une réalité incontournable⁸⁷⁰. L'origine fonctionnelle des EPCI à fiscalité propre a paradoxalement renforcé le caractère territorial du groupement étant donné qu'il n'existe que peu d'exception à la règle. Il convient maintenant d'analyser les garanties partielles de nature territoriale accordées au groupement de collectivités territoriales par la Constitution.

⁸⁷⁰ Ainsi que le note la DGCL, « Au 1^{er} janvier 2018, il y a quatre communes isolées (communes qui ne sont membres d'aucun EPCI à fiscalité propre). Toutes sont des îles monocommunes, bénéficiant d'une dérogation législative : l'île d'Yeu, l'île de Bréhat, l'île de Sein et l'île d'Ouessant. Au 1^{er} janvier 2017, il y avait une cinquième commune isolée : la commune nouvelle de Loire-Authion, créée en 2016 et restée isolée pendant deux ans. Elle est désormais membre de la CU Angers Loire Métropole », BIS, n°122, 2018, p. 3

Section 2 : Les garanties constitutionnelles partielles de nature territoriale accordées aux groupements

Les groupements de collectivités territoriales, bien qu'ils soient un établissement public, bénéficient étonnamment de protections juridiques relevant de garanties propres aux collectivités territoriales. La première explication réside dans l'appartenance des communes à ces structures de coopération induisant la singularité du groupement. En cela, la commune, collectivité territoriale différente du département et des régions, justifie non seulement cette extension des droits des communes au groupement mais également la double nature de notre objet d'étude.

Ainsi, la dualité de nature du groupement permet d'expliquer l'extension indirecte de l'application de principes constitutionnels propres aux collectivités territoriales (§1). Cependant, il ne faut pas penser qu'il existe une assimilation du groupement de collectivités territoriales avec les collectivités territoriales et plus spécialement avec des communes puisse être effectuée. La primauté de nature fonctionnelle sur la nature territoriale du groupement demeure et on l'étudiera par le truchement de plusieurs dispositions constitutionnelles (§2).

§1 L'extension indirecte aux groupements de l'application de principes constitutionnels propres aux collectivités territoriales

La coopération intercommunale a des effets majeurs sur les libertés accordées aux collectivités territoriales au point de les transformer en des garanties de nature procédurale (A). Dans ce contexte, les groupements de collectivités territoriales bénéficie indirectement de ces garanties constitutionnelles propres aux collectivités territoriales (B).

A. La transformation des libertés constitutionnelles des collectivités territoriales en garanties procédurales dans le domaine de la coopération locale

Les libertés locales sont peu nombreuses sur le plan constitutionnel. Les deux garanties les plus connues, à savoir la libre administration des collectivités territoriales et l'autonomie financière, sont celles qui ont été le plus souvent invoquées et définies progressivement par le juge constitutionnel. Lorsque l'on recherche à les appliquer dans le domaine spécifique de la coopération intercommunale, on s'aperçoit d'une inflexion notable de leur contenu au point d'y voir une transformation d'un droit protecteur des collectivités territoriales à une garantie procédurale.

Cette transformation est largement visible pour la libre administration des collectivités territoriales. Elle est particulièrement malmenée par l'achèvement de la carte de l'intercommunalité. En effet, l'appartenance de toute commune à un EPCI à fiscalité propre a impacté ce principe propre aux collectivités territoriales. La nature fonctionnelle du groupement de collectivités territoriales explique en grande partie que la libre administration soit davantage perçue comme une liberté très encadrée voire amoindrie qu'une liberté à laquelle on ne peut déroger. C'est d'autant plus vrai qu'un intérêt national, celui de la rationalisation de la carte intercommunale, est en cause.

Pourtant, la libre administration est souvent invoquée par les collectivités dans le contentieux constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité et celle-ci a permis d'annuler plusieurs dispositions législatives contraires à la Constitution. Une première décision en 2010 va développer le respect de la libre administration sous l'angle financier. Il s'agit de l'exercice d'une compétence régaliennne par le maire en tant qu'agent de l'État, à savoir la délivrance des cartes nationales d'identité et des passeports. Par rapport aux autres principes constitutionnels, qui ne sont pas propres aux collectivités territoriales, la libre administration peut être affectée par l'accroissement des charges relevant d'une compétence de l'État. Rien ne prédisposait cependant à la solution du Conseil constitutionnel retenue dans la décision 2010-29/37 QPC. En effet, il est jugé que *« les compétences confiées aux maires au titre de la délivrance de cartes nationales d'identité et de passeports sont exercées au nom de l'État ; que, par suite, est inopérant le grief tiré de la violation des dispositions précitées de l'article 72-2 de la Constitution qui ne sont relatives qu'aux compétences exercées par les collectivités territoriales »*⁸⁷¹. Comme le note J. M. PONTIER, *« Si l'on reste au sein d'une personne*

⁸⁷¹ Considérant 7 de la décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010

publique, et de cette personne publique par excellence qu'est l'État, cette disposition (article 72-2) est évidemment inapplicable. Le dédoublement fonctionnel se comprend aisément, même s'il n'est pas facilement perceptible au citoyen moyen »⁸⁷² Il y a donc dissociation de deux structures, le maire, pris en sa fonction d'agent de l'État et celle d'autorité territoriale, représentant de la commune. Étant donné que seule la première est visée, le principe de libre administration ne pouvait alors plus être invoqué. Il reste qu'il est difficile de séparer financièrement ces deux attributions et l'atteinte à la libre administration pouvait prospérer. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel analyse le respect de ce principe et vérifie que les dispositions litigieuses respectent la libre administration des collectivités territoriales. En l'espèce, les Sages considèrent que le législateur « n'a pas institué des restrictions disproportionnées par rapport aux objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés ; qu'eu égard au montant des sommes en jeu, les dispositions qu'il a adoptées n'ont pas eu pour effet de dénaturer la libre administration de ces collectivités »⁸⁷³. A cet égard, J. M. PONTIER relève une évolution singulière du principe de libre administration au regard des autres principes constitutionnel en écrivant que « Dénaturer c'est altérer au point de changer la nature : la dénaturation de l'alcool est l'opération qui, par l'introduction d'une substance, le rend impropre à la consommation. En droit, la dénaturation, c'est le vice qui enlève à un acte sa nature. L'Administration peut, par ses décisions – qu'il s'agisse d'actes réglementaires ou d'actes individuels – dénaturer les normes qu'elle doit mettre en œuvre (...). De même, le législateur peut, par une loi, dénaturer la Constitution. Il y a dénaturation lorsque les changements sont tels que l'on ne peut plus identifier la norme, c'est la limite, inacceptable, au-delà de laquelle la norme n'est plus reconnaissable. En l'espèce le Conseil constitutionnel ne nie pas qu'il y a eu une restriction à la liberté, une atteinte à la libre administration, mais cette atteinte est admise parce que la libre administration, comme la plupart des autres normes constitutionnelles, ne sont pas des normes absolues, qu'elles doivent se concilier avec d'autres exigences constitutionnelles, que le Conseil constitutionnel a rappelées auparavant »⁸⁷⁴. Contrairement aux autres droits évoqués (droit de propriété, garantie des droits...) par les requérants, on constate que la libre administration bénéficie aux collectivités territoriales dans le cas où le législateur poserait des obligations ou des charges trop lourdes pour ces dernières.

Une décision en 2011 va renforcer la libre administration des collectivités territoriales en déclarant contraire une disposition législative imposant aux collectivités territoriales et à

⁸⁷² J. M. PONTIER, « « Eu égard aux relations financières ». QPC dépenses des communes pour cartes nationales d'identité : conformité de la loi », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2010, n° 41, pp. 28-35

⁸⁷³ Cons. Const., décision 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010

⁸⁷⁴ J. M. PONTIER, « « Eu égard aux relations financières » QPC dépenses des communes pour cartes nationales d'identité : conformité de la loi », *op. cit.*

leurs groupements l'interdiction de moduler les aides publiques compétents en matière d'eau potable ou d'assainissement en fonction du mode de gestion du service⁸⁷⁵. D'une part, la compétence du législateur ne peut contraindre les collectivités à des interdictions si elles ne sont pas justifiées. C'est finalement laisser une libre part d'appréciation dans l'exercice d'une compétence donné. D'autre part, on voit que le groupement n'est pas écarté de la protection juridique assurée par la libre administration des collectivités territoriales. Le considérant de principe évoque toujours le groupement en tant que bénéficiaire potentiel mais il l'est comme une structure fonctionnelle émanant des collectivités territoriales⁸⁷⁶. Il reste que la libre administration peut être affectée si ces obligations ne reposent pas sur un intérêt général. La décision 2011-149 QPC montre bien le caractère procédural de la libre administration en démontrant la constitutionnalité d'une disposition faisant peser une contribution financière à une collectivité sur la base d'un intérêt général.

En reprenant ce raisonnement devenu classique, la libre administration n'est pas une garantie très protectrice pour les collectivités territoriales dans le cadre de la coopération intercommunale. Pourtant, on aurait très bien pu considérer que la libre association des collectivités territoriales pour l'exercice de leur mission soit une composante de la libre administration et qu'elle méritait, à ce titre, une protection élevée à l'instar de la liberté d'association. Cette hypothèse n'est pas retenue par le juge constitutionnel et il est privilégié une approche de la libre administration très encadrée. On en veut pour preuve que le contentieux constitutionnel relatif à l'achèvement de la carte de l'intercommunalité n'a réussi à annuler que des dispositions connexes et non pas principales : seules les décisions du 25 avril 2014 rattachant une commune isolée à un EPCI à fiscalité propre⁸⁷⁷ et celle du 21 octobre 2016 relative au rattachement d'une commune nouvelle à un EPCI à fiscalité propre⁸⁷⁸ ont donné raison aux requérants. Dans les deux cas, les articles abrogés ne prévoyaient ni la prise en compte du SDCI ni les consultations des assemblées délibérantes justifiant une atteinte proportionnée à la libre administration. La particularité de la seconde décision est de mettre en évidence la situation privilégiée du groupement de collectivités territoriales. En effet, il est simultanément la structure porteuse de l'intérêt général, permettant de réaliser l'objectif de couvrir intégralement le territoire national d'intercommunalités et la structure de coopération des collectivités territoriales, bénéficiaires de la libre administration. Autrement dit, il est en mesure à la fois d'invoquer la libre administration face à l'État alors qu'il est un élément de l'organisation territoriale de l'État. Les sources de conflit peuvent alors être nombreuses : la

⁸⁷⁵ L'article L. 2224-11-5 du code général des collectivités territoriales est abrogé suite à cette décision.

⁸⁷⁶ Le groupement peut être destinataire de l'aide allouée.

⁸⁷⁷ Cons. const., décision 2014-391 QPC du 25 avril 2014

⁸⁷⁸ Cons. const., décision 2016-588 QPC du 21 octobre 2016

libre administration peut être invoquée simultanément par une ou plusieurs commune(s) membre(s) ainsi que par le ou les EPCI à fiscalité propre. Comment concilier un principe applicable à une collectivité territoriale et à un établissement public ? Comment peut s'articuler le principe de libre administration et l'objectif d'intérêt national à atteindre ?

La nature abstraite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* permet de contourner ces questions et de neutraliser la question de la qualité du requérant. Comme le souligne M. VERPEAUX, « *ce n'est pas cette justification qui est ici utilisée pour admettre la validité de la QPC et admettre que le principe était opérant même s'il était soulevé par un syndicat mixte. Le Conseil a jugé, dans l'espèce n° 2010-107 QPC, sans se prononcer expressément sur cette question, mais selon l'analyse autorisée des Cahiers du Conseil constitutionnel, que dès lors qu'une QPC a été souverainement transmise au Conseil constitutionnel par une cour suprême, il ne lui appartient pas d'examiner la constitutionnalité de la disposition déférée au regard de la situation du requérant. En raison du caractère abstrait de ce contrôle, il lui revient seulement de rechercher si la disposition porte, en elle-même, atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »⁸⁷⁹. Pour vérifier cette conformité, le juge constitutionnel va utiliser un mécanisme connu pour concilier différents droits fondamentaux, en l'occurrence le principe de proportionnalité. J. M. SAUVE, Vice-Président du Conseil d'État, a expliqué que « *Trois précautions s'imposent par conséquent dans le maniement de la proportionnalité : ce contrôle doit être stable et cohérent pour être prévisible ; il doit, ensuite, s'appuyer sur une motivation explicite et rigoureuse ; enfin, il doit conduire à une véritable mise en balance des différents intérêts en présence et non à la prédominance systématique des droits fondamentaux sur l'intérêt général* »⁸⁸⁰. Ce point de vue⁸⁸¹ est pleinement confirmé par P. COMBEAU en ce qui concerne son application pour la libre administration. Il précise que « *C'est sur ce point qu'apparaît la conception procédurale que le juge constitutionnel a progressivement construite à travers sa jurisprudence : la libre administration n'est pas une garantie positive que les collectivités peuvent invoquer contre l'État ; elle apparaît davantage comme une assurance négative qui se déploie dans les interstices de ce que permet l'intérêt général et de ce qu'il ne peut autoriser, sauf à nier toute réalité locale. Bref, la libre administration appréciée à travers un instrument juridictionnel, le contrôle de proportionnalité, est réduite à l'existence de simples procédures qui vont en assurer en quelque sorte la survie face à l'intérêt général* »⁸⁸².

⁸⁷⁹ M. VERPEAUX, « Contrôle des actes des collectivités territoriales et violation du principe de libre administration », *AJDA*, 2011.1735

⁸⁸⁰ Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017

⁸⁸¹ Voir par exemple l'analyse de F. LEMAIRE sur l'articulation entre le principe d'indivisibilité et le principe de libre administration des collectivités territoriales in *Le principe d'indivisibilité de la République*, op. cit., pp. 237-240

⁸⁸² P. COMBEAU, « Intercommunalités, communes nouvelles et libre administration des collectivités territoriales », op. cit.

L'exemple de la décision 2016-588 QPC illustre parfaitement ce raisonnement en concluant dans son considérant 9 que « *dès lors, compte tenu des conséquences qui résultent du rattachement de la commune nouvelle à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, les dispositions contestées portent à la libre administration des communes une atteinte manifestement disproportionnée* »⁸⁸³. Cette conclusion implique une autre conséquence pour le groupement de collectivités territoriales, c'est que les garanties procédurales résultant de l'application de la libre administration par rapport à l'intérêt général, peuvent lui être étendues. Il convient de voir comment ce cadre juridique des garanties apportées par la libre administration aux collectivités territoriales est propice, paradoxalement, à son extension au groupement de collectivités territoriales.

B. L'extension indirecte aux groupements de communes à fiscalité propre de garanties constitutionnelles propres aux collectivités territoriales

Il est étonnant d'affirmer l'extension de garanties constitutionnelles propres aux collectivités territoriales au bénéfice des groupements alors que l'on cherche à différencier leur nature juridique. Si les garanties constitutionnelles sont communes à ces deux structures alors elles peuvent soit être assimilées l'une à l'autre soit effacer une partie des traits juridiques permettant leur distinction. C'est pourquoi il est utile d'étudier la jurisprudence constitutionnelle émanant des groupements des collectivités territoriales. Depuis quelques années, plusieurs contentieux constitutionnels sont nés de l'intercommunalité et celui spécifique de la QPC, bien que récent, apporte un éclairage confortant notre analyse institutionnelle de la nature juridique de notre objet d'étude. Le raisonnement du juge constitutionnel est souvent graduel et l'évolution jurisprudentielle repose généralement sur un considérant de principe, qui peut être modifié suivant l'application au cas d'espèce. Or nous pouvons remarquer que la jurisprudence émanant de différents groupements ou relative au droit de l'intercommunalité ne suit pas exactement ce schéma jurisprudentiel et que l'application de garanties relevant des collectivités territoriales aux groupements s'est réalisée de manière quasi-automatique montrant finalement le caractère centralisateur du groupement.

En premier lieu, la décision 2013-315 QPC du 26 avril 2013 s'est intéressée au régime de la fusion des EPCI. Le requérant est la commune de Couvrot contestant la fusion de trois communautés de communes en un nouvel EPCI auquel s'adjoignait deux autres communes isolées dont la collectivité précitée. Au préalable, la question était de savoir si la commune de Couvrot pouvait être affectée dans ses droits et libertés garanties par des dispositions propres à

⁸⁸³ Cons. Const., décision 2016-588 QPC du 21 octobre 2016

l'intercommunalité. Le conseil a considéré « *que les règles relatives à la fusion des établissements publics de coopération intercommunale affectent la libre administration des communes faisant partie de ces établissements publics* »⁸⁸⁴. En d'autres termes, il y a bien atteint à une garantie constitutionnelle des collectivités territoriales par des dispositions exclusives relatives aux groupements. Cependant, elle n'était pas un EPCI à fiscalité propre mais un premier pas de rapprochement est réalisé entre le groupement et la libre administration.

En deuxième lieu et quelques mois plus tard, une étape supplémentaire sera franchie par la décision 2013-323 QPC du 14 juin 2013, contentieux porté un groupement, la communauté de communes Monts d'Ors-Azergues. La nature de la requérante pose la difficulté de savoir si un groupement peut bénéficier de la garantie de la libre administration des collectivités territoriales. Les juges de la Rue Montpensier y répondent favorablement en posant que « *lorsque les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre sont soumis au régime de la contribution économique territoriale unique, une attribution de compensation est versée aux communes membres de l'établissement en application du paragraphe V de l'article 1609 nonies C du code général des impôts ; que, par suite, les règles relatives à la répartition de la dotation de compensation de la réforme de la taxe professionnelle et du prélèvement ou du reversement du Fonds national de garantie individuelle des ressources entre des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont le périmètre est modifié affectent la libre administration des communes faisant partie de ces établissements publics de coopération intercommunale* »⁸⁸⁵. Le commentaire, adossé à cette décision du Conseil constitutionnel, nous confirme que « *La communauté de communes requérante soulève la méconnaissance du principe de libre administration des collectivités territoriales à l'encontre de dispositions relatives aux EPCI. Le Conseil constitutionnel n'accepte d'examiner un grief de ce type que dans la mesure où est affectée la libre administration des communes faisant partie de ces établissements publics* »⁸⁸⁶. On en déduit que l'extension des garanties constitutionnelles aux groupements de collectivités territoriales se fait de manière indirecte puisque c'est à partir des membres du groupement que l'atteinte à un principe constitutionnel propre aux communes lui est ouvert. En ce sens, l'appartenance des communes à un EPCI à fiscalité propre permet à ce dernier d'invoquer la libre administration ou le principe d'égalité devant les charges publiques. On aurait pu y voir l'émergence d'un considérant de principe permettant d'étendre les principes relevant des collectivités territoriales aux groupements mais celui-ci va peu à peu s'éteindre au profit d'une indifférenciation progressive entre les deux structures.

⁸⁸⁴ Considérant 10 de la décision 2013-315 QPC du 26 avril 2013

⁸⁸⁵ Cons. Const., décision 2013-323 QPC du 14 juin 2013, *Communauté de communes Monts d'Or Azergues*

⁸⁸⁶ Cons. Const., commentaire de la décision 2013-323 QPC, p. 8

En troisième lieu, la décision 2013-355 QPC du 22 novembre 2013 va élargir très rapidement aux groupements l'application de la libre administration et de l'autonomie financière de manière automatique et sans référence à l'appartenance des communes membres au groupement. Ainsi, le Conseil a décidé « *qu'en modifiant l'affectation de la taxe sur les surfaces commerciales, dont l'assiette est locale, le législateur a entendu renforcer l'autonomie financière des communes ; que, dans le même temps, le législateur a également confié **aux communes ou aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre** le pouvoir de moduler les tarifs de cette taxe, à compter de 2012, dans des limites définies par les cinquième et sixième alinéas du paragraphe 1.2.4.1 de l'article 77 de la loi du 30 décembre 2009 ; que les dispositions contestées, qui déterminent une règle de compensation financière de ce transfert d'une ressource fiscale, ne portent, en elles-mêmes, **aucune atteinte à la libre administration des communes** ; que cette règle de compensation, qui peut dans certains cas conduire à une diminution des ressources pour les budgets des communes ou de leurs groupements, et dans d'autres cas à une augmentation de ces ressources, en fonction de l'évolution de l'assiette locale de la taxe transférée, n'a pas pour effet de réduire les ressources propres de certaines communes dans des proportions telles que serait méconnue leur autonomie financière ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance des principes constitutionnels de la libre administration et de l'autonomie financière des collectivités territoriales doit être écarté* »⁸⁸⁷. On remarque que le juge constitutionnel utilise la conjonction de coordination « ou », lui permettant d'échanger la commune par l'EPCI à fiscalité propre mais en faisant toujours référence à la collectivité territoriale. Il reste que l'inflexion est majeure car le requérant est un groupement et non pas une collectivité territoriale. On peut néanmoins s'interroger sur le fait de savoir pour quelle raison est abandonnée l'idée d'un considérant de principe sur cette extension indirecte des libertés des collectivités territoriales aux groupements alors que la jurisprudence constitutionnelle des QPC fonde généralement ses décisions sur un corps de « considérants » constants ? Il nous semble que la nature du groupement de collectivités territoriales, à savoir une structure fonctionnelle centralisatrice répond à cette interrogation. En effet, le caractère centralisateur s'exprime par le fait de transférer à un organisme une mission ou une tâche sur un territoire⁸⁸⁸ plus large que celui qui l'exerçait auparavant. En ce qui concerne les libertés constitutionnelles garanties relatives aux collectivités territoriales, elles sont aussi, et en quelque sorte, « transférées » aux structures centralisatrices, c'est-à-dire au groupement de collectivités territoriales à partir du moment où ce dernier se substitue aux communes. Ainsi, on substitue à la logique fonctionnelle, mise en

⁸⁸⁷ Cons. Const., décision 2013-355 QPC du 22 novembre 2013

⁸⁸⁸ Le territoire est entendu comme le cercle de destinataires.

évidence par l'appartenance des collectivités au groupement, la logique centralisatrice, où le groupement bénéficie de la liberté garantie constitutionnellement. C'est particulièrement vrai pour les garanties financières constitutionnelles accordées aux collectivités territoriales. Par exemple, le Conseil analyse dans cette décision si le principe de l'autonomie financière est respecté pour le groupement bien qu'il fasse toujours référence à la commune.

En quatrième lieu, la tendance est encore plus marquée depuis la mise en œuvre de la loi NOTRe, qui a renforcé le caractère centralisateur du groupement. La décision 2016-588 QPC du 21 octobre 2016, étudiée précédemment, étend l'application de la libre administration des collectivités territoriales au groupement lui-même. Le Conseil considère qu'« *en revanche, alors que le rattachement à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre a nécessairement des conséquences pour la commune nouvelle, pour les communes membres des établissements publics concernés et **pour ces établissements publics eux-mêmes, les dispositions contestées ne prévoient ni la consultation de l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre auquel le rattachement est envisagé, ni celle des organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la commune nouvelle est susceptible de se retirer.** Elles ne prévoient pas, non plus, la consultation des conseils municipaux des communes membres de ces établissements publics. Par ailleurs, en cas de désaccord avec le projet de rattachement, **ni ces établissements publics, ni ces communes ne peuvent, contrairement à la commune nouvelle, provoquer la saisine de la commission départementale de coopération intercommunale (...)** »⁸⁸⁹. Autrement dit, on remarque que si la législation prévoit la consultation de la commune nouvelle, elle ne prévoit pas celles de l'EPCI et des communes membres de ce dernier. C'est bien une atteinte initiale à la libre administration du groupement et des communes par le truchement de l'absence de consultation, d'abord, de l'organe délibérant du groupement et, ensuite par leur appartenance à l'EPCI à fiscalité propre, des conseils municipaux de ses communes membres. Sans le caractère centralisateur et territorial du groupement, la communauté de communes du Lac d'Annecy n'aurait pas pu bénéficier de l'application du principe de libre administration des communes.*

En cinquième lieu, la décision 2017-644 QPC du 21 juillet 2017 entérine l'extension des garanties des communes aux groupements à fiscalité propre en incluant les secondes aux premières. En effet, le Conseil constitutionnel considère que « *Dans ces conditions, l'atteinte portée par les dispositions contestées aux droits des communes et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ayant fait l'objet de ce mécanisme de compensation au titre des années 2012 à 2014 est justifiée par un motif impérieux d'intérêt*

⁸⁸⁹ Considérant 9 de la décision 2016-588 QPC

général »⁸⁹⁰. La conjonction « et » assimile le droit du groupement à fiscalité propre à celui de la commune et présente donc un rang constitutionnel. Cette érection au niveau de la norme fondamentale du droit de l'intercommunalité est aussi la conséquence de la nature centralisatrice du groupement dans le domaine financier. On a précédemment étudié que l'EPCI à fiscalité propre est singulier au regard des autres organismes de coopération dans la mesure où il dispose d'un pouvoir fiscal de niveau législatif. Ce pouvoir fiscal n'est pas propre à l'établissement public en tant que tel. Il est le fruit d'un transfert d'une partie du pouvoir fiscal, de nature législative, des communes vers l'EPCI exprimant ainsi une solidarité financière intercommunale. En centralisant la fiscalité professionnelle⁸⁹¹, l'organe délibérant de l'EPCI devient l'unique détenteur d'un pouvoir sur le territoire communautaire. A cet égard, le groupement, par sa vocation centralisatrice, est aussi un organisme territorial. C'est pourquoi il se voit accordé le principe constitutionnel de l'autonomie financière communale. En outre, le Conseil a confirmé dans cette même décision l'indifférenciation des structures du bloc communal sur le plan des garanties en disposant qu'*« en dernier lieu, les arrêtés préfectoraux validés, qui avaient pour objet d'appliquer la règle de compensation financière du transfert de la taxe sur les surfaces commerciales aux communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ne méconnaissent ni les principes constitutionnels de la libre administration et de l'autonomie financière des collectivités territoriales, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle »*⁸⁹². Ainsi, le groupement est placé dans une situation identique à celle des communes. La dimension territoriale est essentielle dans la jurisprudence étudiée. Cela permet de mieux comprendre la raison pour laquelle le juge constitutionnel a écarté l'application du principe d'égalité devant les charges publiques à un groupement sans fiscalité propre. Dans sa décision 2011-158 QPC du 5 août 2011, le syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) Communauté de Bruaysis demandait à bénéficier de l'exonération de charges fiscales prévue par l'article 241 du code de la sécurité sociale pour les Centres communaux d'action sociale (CCAS) et ou les <centres intercommunaux d'action sociale (CIAS) sachant qu'il se trouvait, selon le requérant, dans la même situation juridique du point de vue de la gestion du personnel qu'un CCAS ou un CIAS. L'argument retenu par le juge pour déclarer conforme la disposition litigieuse repose uniquement sur la nature du groupement. En effet, il est considéré que *« le législateur a ainsi entendu favoriser, pour le suivi social des personnes dépendantes, la coopération intercommunale spécialisée en matière d'aide sociale ; qu'il s'est fondé sur un critère objectif et rationnel »*⁸⁹³. Dans le commentaire de ladite décision, il est expliqué qu'*« il*

⁸⁹⁰ Cons. Const., décision 2017-644 QPC du 21 juillet 2017

⁸⁹¹ On parle alors de fiscalité professionnelle unique. L'aspect centralisateur apparaît d'ailleurs nettement dans l'intitulé.

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ Cons. Const., décision 2011-158 QPC

*n'en reste pas moins que le premier possède, comme son nom l'indique, une vocation multiple, tandis que les seconds sont spécialisés en matière d'aide sociale. (...) Cette compétence spécifique justifie qu'au sein des dispositions complexes de la coopération intercommunale, le législateur ait entendu rationaliser le partage naturel des compétences en favorisant les CCAS et les CIAS »*⁸⁹⁴. Le fondement juridique de la distinction opérée entre le SIVOM et les CCAS / CIAS repose sur la spécialisation unique de ces derniers et celle multiples pour le syndicat intercommunal. Cet argument est très contestable car ce n'est pas le nombre de compétences qui permet de revendiquer un objectif rationnel. A cet égard, un syndicat à vocation unique, spécialisé dans ce domaine, pouvait mettre en échec le raisonnement du juge. En outre, un CCAS n'a pas de vocation intercommunale contrairement au CIAS. La doctrine s'est interrogée sur ce raisonnement et notamment sur l'intention du législateur car *« la solution retenue, pour explicite qu'elle soit, ne manque pas de susciter une certaine incompréhension. En effet, si le Conseil constitutionnel a pu considérer que l'intention du législateur procédait implicitement mais nécessairement des travaux parlementaires, il se trouve que les travaux parlementaires en cause n'en font nullement état »*⁸⁹⁵. Si la base du raisonnement du juge constitutionnel semble pour le moins fragile, l'objectif affiché est une réalité prenant tout son sens dans la nature mixte du groupement de collectivités territoriales à fiscalité propre et celui simplement fonctionnel sans fiscalité propre. Le requérant n'a pas fait état d'une atteinte à la libre administration des collectivités territoriales ou à l'autonomie financière des collectivités territoriales pour contester la différenciation opérée entre deux établissements publics de coopération. Le CIAS est un établissement public territorial émanant d'un groupement de collectivités territoriales à fiscalité propre. Il est assimilé à un CCAS d'une commune ce qui revient à affirmer la dimension territoriale spécifique du groupement à fiscalité propre. La solidarité financière qui résulte du caractère centralisateur du groupement permet de fonder implicitement la distinction réalisée entre la situation du groupement à fiscalité propre et celle du groupement sans fiscalité propre. Bien que l'extension indirecte des libertés propres aux collectivités territoriales ait été expressément établie après la décision 2011-158 QPC, il n'en demeure pas moins vrai que la nature territoriale ou centralisatrice du CIAS permet de confirmer l'unicité de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales. En l'espèce, l'EPCI sans fiscalité propre est différencié de l'EPCI à fiscalité propre sur la base d'un objectif rationnel prenant sa source dans la nature singulière du groupement de collectivités territoriales.

L'extension indirecte des garanties propres aux collectivités territoriales au groupement de collectivités territoriales ne doit cependant pas aboutir à mettre sur un pied d'égalité la nature

⁸⁹⁴ Commentaire de la décision 2011-158 QPC, p. 5

⁸⁹⁵ P. NEVEU, « Quand l'intention implicite mais nécessaire du législateur permet d'écarter le grief de rupture d'égalité en matière d'exonération de cotisation sociale », *JCP A*, n°42, 2011, 2320

territoriale et la nature fonctionnelle du groupement. Il est alors intéressant de voir comment est assurée la primauté de cette dernière sur la seconde composante de notre objet d'étude.

§2. La primauté de la nature fonctionnelle sur la nature territoriale des groupements de collectivités territoriales

La présence de deux caractères juridiques de nature contradictoire au sein d'une même structure peut entraîner des interprétations juridiques conflictuelles ou opposées selon les garanties en cause. Elles peuvent aussi aboutir à confondre ou annihiler les différences de nature du groupement. Cette tension juridique apparaît dans l'application de dispositions constitutionnelles propres aux collectivités territoriales. Ces relations font néanmoins toujours primer la nature première, c'est-à-dire fonctionnelle sur la nature territoriale du groupement. D'une part, on le voit par le truchement de l'application de l'article 24 C, permettant une représentation constitutionnelle différenciée des collectivités territoriales et leurs groupements. D'autre part, les modalités de fusion des groupements et des collectivités territoriales sont aussi distinctes en raison de la nature fonctionnelle du groupement (B).

A. La représentation constitutionnelle différenciée des collectivités territoriales et de leurs groupements

La dualité juridique du groupement de collectivités territoriales peut tendre à effacer l'un des deux caractères au point de le transformer soit en une nouvelle catégorie de collectivités territoriales soit en une nouvelle catégorie d'établissement public. Le premier cas de figure existe avec la création de la métropole de Lyon et on peut se demander si ce type de changement peut éclairer la nature du groupement sur une disposition constitutionnelle propre aux collectivités territoriales, à savoir l'article 24 C posant que le Sénat « *assure la représentation des collectivités territoriales de la République* ». Cette représentation par une seconde chambre des collectivités locales n'est pas propre à la France et on la retrouve dans un certain nombre de pays. Mais l'évolution institutionnelle de l'organisation territoriale peut avoir des conséquences directes sur le mode de représentation de la seconde chambre. Comme le souligne F. DELPEREE à propos de l'exemple significatif de la Belgique, « *Avec James Madison, et, dans son sillage, avec la pensée régionaliste, sinon fédéraliste, je considère que les transformations*

*de la Nation exigent une transformation des secondes chambres »*⁸⁹⁶. Sans pousser la transformation de la forme de l'État unitaire français à l'image de son homologue belge, on peut toutefois s'interroger sur le fait de savoir si les transformations institutionnelles locales peuvent nous éclairer non seulement sur notre objet d'étude mais aussi sur une notion aussi essentielle que la fonction de représentation de la seconde chambre.

A titre préliminaire, il est loisible de rappeler que la représentation du Sénat en France concerne uniquement les collectivités territoriales. Nous avons déjà analysé que l'échec de la réforme du Sénat en 1969 n'avait pas permis de faire représenter les intérêts professionnels au sein de la seconde assemblée. Par conséquent, il existe simplement une représentation des collectivités territoriales fondant essentiellement le mode d'élection sénatoriale. C'est ce qui fonde en partie la légitimité du Sénat sur le plan constitutionnel. C'est dire l'importance de cette disposition constitutionnelle. Il s'avère cependant que la représentation des collectivités territoriales est moins facile à mettre en œuvre qu'on ne pourrait le penser. Le groupement de collectivités territoriales n'est pas étranger à cette affaire en raison de l'interrogation simple de savoir si cette représentation inclut celle des groupements de collectivités territoriales. La question, d'apparence anodine, cache en réalité une complexité importante.

De prime abord, on pourrait dire que seules les collectivités territoriales sont représentées, ce qui exclut en principe les EPCI à fiscalité propre. Lorsqu'une nouvelle collectivité territoriale apparaît en lieu et place d'une autre collectivité ou par transformation d'un EPCI à fiscalité propre, cette évolution institutionnelle devrait être prise en compte pour respecter l'article 24 C⁸⁹⁷. De manière assez paradoxale et curieuse, le législateur et le gouvernement n'ont pas toujours garanti l'application des conditions juridiques visant à assurer la représentation des collectivités territoriales au Sénat.

La jurisprudence constitutionnelle a pourtant explicité le contenu juridique de l'article 24 C que le législateur doit naturellement et logiquement respecter dans la mesure où le Sénat participe de façon égalitaire à l'élaboration des textes le concernant. Dans une décision relative à une loi sur l'élection des sénateurs en 2000, le Conseil a estimé, dans le considérant 5 de la décision 2000-431 DC, *« qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République-, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que, par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories*

⁸⁹⁶ Sénat et Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, *Bicamérisme et représentation des régions et des collectivités locales : le rôle des secondes chambres en Europe*, Actes des travaux publiés par le Sénat, 2008, 302 p., p. 117

⁸⁹⁷ L'évolution statutaire des collectivités situées outre-mer a toutefois été prise en compte de manière assez tardive dans la représentation sénatoriale.

*de collectivités territoriales doivent y être représentées ; qu'en outre, la représentation des communes doit refléter leur diversité ; qu'enfin, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la population qui y réside »*⁸⁹⁸. Quatre éléments essentiels ressortent pour permettre cette représentation : une composition du corps électoral de l'élection sénatorial reflétant le paysage institutionnel français, une représentation de toutes les catégories de collectivités territoriales, la prise en compte de la diversité des communes et du critère de la population. Avant d'analyser ces quatre conditions à l'aune du groupement de collectivités territoriales, il convient de souligner que le législateur les a repris *in extenso* dans l'article L. 280 du code électoral lors de l'adoption de la loi sur l'élection des sénateurs en 2013⁸⁹⁹, ce qui montre, une nouvelle fois, que le droit constitutionnel irrigue de plus en plus l'ensemble du droit français.

La première condition concerne le corps électoral sénatorial, qui doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales. Les Conseils des groupements des collectivités territoriales répondent exactement à cette condition dans la mesure où les conseillers communautaires émanent tous des collectivités territoriales et sont élus au suffrage universel direct, pour les communes de plus 1 000 habitants. La représentation des EPCI à fiscalité propre ne pose donc pas de difficulté majeure puisqu'elle est adossée à celles des communes. La logique fonctionnelle est sous-jacente car elle permet une double représentation du bloc communal mais en ne prenant en compte que les élus municipaux. Cette condition est donc remplie par l'inclusion des conseillers communautaires dans le corps des conseillers municipaux.

La deuxième condition mérite une attention particulière puisqu'elle nécessite une représentation de toutes les catégories de collectivités territoriales. Elle permet d'écarter le groupement de collectivités territoriales puisqu'il n'est pas, par définition, une collectivité territoriale. Le caractère fonctionnel du groupement l'emporte bien évidemment sur l'aspect centralisateur sur le plan constitutionnel. Cette explication paraît relativement simple mais le caractère centralisateur, par sa double dimension, complexifie l'identification de ces catégories par rapport à la transformation d'un groupement en collectivités territoriales. En effet, il implique, pour mémoire, la présence de collectivités territoriales membres et de transferts de compétences, c'est-à-dire une centralisation au niveau du groupement. La métropole de Lyon,

⁸⁹⁸ Cons. Const., décision 2000-431 DC du 6 juillet 2000

⁸⁹⁹ Article 1^{er} de la loi 2013-702 du 3 août 2013. L'article L. 280 du Code électoral dispose dorénavant en son premier alinéa que « *la composition du collège électoral appelé à élire les sénateurs assure, dans chaque département, la représentation des différentes catégories de collectivités territoriales et de la diversité des communes, en tenant compte de la population qui y réside (...)* ».

comme on a pu l'analyser, neutralise le second aspect par une répartition législative statique des compétences. Il en résulte que seule la composante d'appartenance des collectivités territoriales à la métropole est maintenue. Cette dernière a des conséquences pratiques et théoriques sur la représentation de toutes les catégories de collectivités territoriales au Sénat. Au-delà des catégories listées à l'article 72 C des régions, départements et communes, la catégorie des collectivités territoriales à statut particulier doit être aussi représentée. Il en va ainsi de la Ville de Paris, représentant également le département de Paris. Vu que leurs membres élus sont conseillers municipaux, ils appartiennent tous au collège électoral sénatorial. De la même façon, il existe aujourd'hui une assemblée unique pour la Guyane et pour la Martinique, collectivités qui ont la particularité d'être représentés nominalement à l'article L. 280 du Code électoral⁹⁰⁰. L'avant-dernier exemple, et le plus récent, concerne la nouvelle collectivité unique à statut particulier de Corse, se substituant aux deux départements de Corse du Sud et de Haute Corse ainsi qu'à la collectivité territoriale de Corse. Créée par l'article 30 de la loi NOTRe détaillant de nombreuses dispositions de cette nouvelle structure territoriale, le législateur déléguait toutefois au gouvernement le soin d'adapter « *les règles relatives à l'élection des sénateurs dans la collectivité de Corse, notamment la composition du collège électoral concourant à leur élection* »⁹⁰¹. La loi 2017-289 a ratifié deux ordonnances de 2016 entérinant la modification de l'article L. 280 permettant la représentation de la nouvelle collectivité unique de Corse⁹⁰².

Il n'a pas, en revanche, été prévu d'inscrire une disposition spéciale sur la métropole de Lyon. On peut sérieusement s'interroger sur cette absence. Or il n'existe plus de département de Rhône sur le territoire métropolitain de Lyon, ceci étant confirmé par l'article 10 de la loi 2015-29 faisant référence à la fin de mandat des conseillers départementaux de ce territoire⁹⁰³. Autre point important, ces conseillers métropolitains ne sont pas non plus intégrés dans la catégorie des conseillers municipaux puisque l'élection est indépendante de celles des communes. En outre, la loi de validation de 2015⁹⁰⁴ prend soin de mentionner tout au long du texte les conseillers métropolitains de Lyon. Jamais il n'est question de les assimiler à des conseillers municipaux. Dès lors, on fait face à deux hypothèses : soit l'article L. 280 du Code électoral est

⁹⁰⁰ L'alinéa 2 de l'article dispose que « *ce collège électoral est composé : 1° Des députés et des sénateurs ; 2° Des conseillers régionaux de la section départementale correspondant au département et des conseillers de l'Assemblée de Corse désignés dans les conditions prévues par le titre III bis du présent livre ; 2° bis Des conseillers à l'assemblée de Guyane et des conseillers à l'assemblée de Martinique ; 3° Des conseillers départementaux ; 4° Des délégués des conseils municipaux ou des suppléants de ces délégués* »

⁹⁰¹ Article 30 VII 3° de la loi 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République

⁹⁰² Loi n° 2017-289 du 7 mars 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-1561 du 21 novembre 2016 complétant et précisant les règles budgétaires, financières, fiscales et comptables applicables à la collectivité de Corse, n° 2016-1562 du 21 novembre 2016 portant diverses mesures institutionnelles relatives à la collectivité de Corse et n° 2016-1563 du 21 novembre 2016 portant diverses mesures électorales applicables en Corse

⁹⁰³ Le mandat des conseillers généraux du département du Rhône élus dans les cantons compris intégralement dans le territoire de la métropole de Lyon prend fin le 31 décembre 2014.

⁹⁰⁴ Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral

incomplet en ne mentionnant pas les conseillers de la métropole de Lyon soit il est considéré que l'appartenance des communes de la métropole de Lyon emporte une représentation de ladite collectivité. Autrement dit, la transformation de la métropole de Lyon d'EPCI à fiscalité propre en collectivité territoriale à statut particulier n'annule pas complètement le caractère centralisateur du groupement par sa composition structurelle identique aux autres métropoles⁹⁰⁵. Quoi qu'il en soit, il sera nécessaire de voir comment l'obligation constitutionnelle de représentation de toutes les catégories de collectivités territoriales est respectée par l'article L. 280 du Code électoral pour la métropole de Lyon.

La diversité des communes est la troisième condition nous interrogeant aussi par rapport aux nombreuses interprétations du terme retenu dans le texte. Cette diversité s'appuie-t-elle uniquement sur la population ? Peut-on y faire entrer d'autres critères juridiques tels que l'appartenance à une catégorie déterminée de groupement à fiscalité propre ou encore des éléments géographiques (montagne, superficie...) ? L'appartenance d'une commune à une catégorie de groupement de fiscalité propre entraîne des différences importantes dans la vie d'une collectivité. Par exemple, une commune appartenant à une communauté de communes à fiscalité professionnelle additionnelle partage le pouvoir de lever l'impôt sur la fiscalité économique avec l'EPCI à fiscalité propre. Le Conseil municipal de cette commune est doté d'une prérogative qu'une commune, appartenant à un EPCI à fiscalité professionnelle unique, a transférée en totalité au conseil de la Communauté. Aussi, le type du groupement accroît inévitablement la diversité de situation des communes. Nous pouvons citer également les communes nouvelles dotées de communes déléguées pendant la période transitoire dont le nombre de délégués sénatoriaux est configuré en fonction de la population⁹⁰⁶. Aussi, il n'est pas exclu que le groupement de collectivités territoriales puisse devenir un critère de la diversité des communes, ce qui peut nécessiter une représentation de cette catégorie en fonction du type de groupement auquel elle appartient.

Dernière condition, le critère de la population est la conséquence de l'application du principe d'égalité devant le suffrage. La population résidant dans une commune permet de calculer le nombre de délégués sénatoriaux auquel la commune a droit. Cependant et c'est la particularité des communes, elles doivent toutes être représentées. Dès lors que l'on note que le paysage institutionnel français est composé d'une majorité de communes faiblement peuplées, on se retrouve face à une surreprésentation de ces dernières au détriment des collectivités ayant

⁹⁰⁵ Les élections de 2020 verront le renouvellement des sénateurs de la circonscription du Rhône et l'installation du Conseil métropolitain. Une proposition de loi sénatoriale propose d'abroger la disposition de l'élection des conseils métropolitains au suffrage universel direct.

⁹⁰⁶ L'article L. 290 - 2 du Code électoral introduit une catégorie de communes de moins de 9 000 habitants, celle des communes ayant un conseil municipal composé d'un nombre de membres supérieur à la strate à laquelle la commune appartient.

une plus grande population. Des mécanismes correcteurs ont été apportés ou suggérés mais ils ne font que soit pallier insuffisamment le déséquilibre de représentation soit font émerger des solutions inconstitutionnelles⁹⁰⁷. Au regard de la nouvelle carte intercommunale, il nous paraît possible de remédier à la surreprésentation des collectivités peu peuplées en basant ou corrigeant la représentation des communes au sein des périmètres intercommunaux issus de la loi NOTRe, eux-mêmes étant définis à l'échelle de la circonscription départementale. Cette proposition de loi, qui mériterait une analyse plus détaillée dépassant le cadre de ce travail, confirmerait la nature du groupement, simultanément fonctionnel et territorial. Ceci permettrait aussi d'être en cohérence avec l'objectif constitutionnel de couverture intégrale du territoire par les EPCI à fiscalité propre.

En conclusion, la fonction du Sénat de représenter les collectivités territoriales apporte un éclairage tout à fait intéressant sur la nature du groupement de collectivités. Bien qu'il ne soit pas représenté constitutionnellement en raison de sa nature mixte, son caractère fonctionnel interroge les modalités de représentation des collectivités territoriales au sein du Sénat au regard de la jurisprudence fondatrice de 2000. Il peut être même une solution possible à la surreprésentation des communes rurales par rapport au critère de la population. Il reste que la nature fonctionnelle prime sur la nature centralisatrice par l'absence de représentation directe du groupement et que seules les collectivités territoriales sont représentées⁹⁰⁸. On retrouve également cette primauté dans les modalités différenciées des fusions d'EPCI et des fusions de collectivités territoriales.

B. Les modalités différenciées de fusion d'établissements publics, de fusion de groupements de collectivités territoriales et de fusion de collectivités territoriales

Pour illustrer la primauté de la nature fonctionnelle sur la nature territoriale du groupement, il est intéressant d'étudier un autre exemple particulièrement significatif à savoir les modalités de fusion des établissements publics, celles des groupements de collectivités et celles des collectivités territoriales. Nous envisageons ici ces trois catégories de structures car la fusion des établissements publics dits classiques se différencie de celle des EPCI, elle-même ne correspondant pas exactement à celles des collectivités territoriales. Cette comparaison

⁹⁰⁷ F. ROBBE, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », *RFDC*, 2003, pp. 725-758

⁹⁰⁸ Le poids économique et institutionnel de certains EPCI à fiscalité propre pourrait soit modifier la législation en la matière pour les intégrer soit transformer ces EPCI en collectivité territoriale à statut particulier ou de commune nouvelle formée en lieu et place de l'ensemble EPCI- communes membres.

permettra de mieux comprendre le lien existant entre la nature de la structure et l'objectif identique de fusion quelle que soit la catégorie des organismes fusionnés.

La fusion d'établissements publics, notamment dans le domaine économique, présente la particularité d'être quasi-concomitante de celles des groupements de collectivités territoriales. Ainsi, la fusion des chambres de commerce et d'industrie a fait l'objet d'une législation évolutive depuis 2005 et le vote de la loi dite Dutreil⁹⁰⁹. Cette loi pose dans l'article L. 711-1 du Code du commerce que le pouvoir réglementaire est seul détenteur de la faculté de créer et de transformer les périmètres de ces établissements publics⁹¹⁰. L'article L. 711-8 du même code complète le dispositif en attribuant aux chambres de commerce et d'industrie régionales la compétence d'établir le schéma directeur du réseau des chambres consulaires⁹¹¹. La mise en œuvre de ces schémas n'a pas forcément donné des résultats probants, ceci étant relevé par G. CORNU dans son rapport sur le réseau consulaire⁹¹². C'est pourquoi la loi 2010-853 du 23 juillet 2010 s'est montrée plus volontariste en la matière en imposant que la création des chambres de commerce et d'industrie territoriales se fonde sur le schéma directeur établi par les Chambres de Commerce et d'Industrie de Région (CCIR)⁹¹³. Cependant, ce dispositif s'appuyait toujours sur la volonté des chambres de commerce territoriales de fusionner. En raison des réticences de certaines chambres de mettre en œuvre la fusion, le législateur est à nouveau intervenu en 2016 en donnant une valeur juridique « opposable » au schéma directeur⁹¹⁴. La

⁹⁰⁹ Loi 2005-882 du 2 août 2005 *en faveur des petites et moyennes entreprises*

⁹¹⁰ L'article L. 711-1 du Code du commerce résultant de l'article 62 de la loi 2005-882 indiquait que « *Les chambres de commerce et d'industrie sont créées par un décret qui fixe notamment leur circonscription et leur siège. Toute modification est opérée dans les mêmes formes* ».

⁹¹¹ Le 2° de l'article L. 711-8 du Code du commerce résultant de l'article 62 de la loi 2005-882 aux chambres de commerce qu'« *Elles établissent, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, un schéma directeur qui définit le réseau consulaire dans leur circonscription en prenant en compte la viabilité économique, la justification opérationnelle et la proximité des électeurs* ».

⁹¹² Il est constaté que « *cette réforme n'a cependant pas eu les résultats attendus et l'on constate que les chambres régionales ne pèsent pas au sein de l'organisation consulaire. Cette stabilité de l'organisation des chambres confine à l'inertie* », G. CORNU, *Rapport n°507 relatif au projet de loi relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services*, Sénat, 2010, p. 12

⁹¹³ Le nouvel article L. 711-1 du Code du commerce résultant de la loi 2010-853 disposait que « *Les chambres de commerce et d'industrie territoriales sont créées par décret sur la base du schéma directeur mentionné au 2° de l'article L. 711-8. L'acte de création fixe la circonscription de la chambre et son siège ainsi que la chambre de commerce et d'industrie de région à laquelle elle est rattachée. Toute modification est opérée dans les mêmes formes* ». Ces schémas prendront en compte la réforme des collectivités territoriales de 2010 en précisant à l'article L. 711-8 du Code du commerce que les chambres consulaires régionales « *2° Établissent, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, un schéma directeur qui définit le nombre et la circonscription des chambres territoriales et départementales d'Île-de-France dans leur circonscription en tenant compte de l'organisation des collectivités territoriales en matière de développement et d'aménagement économique, ainsi que de la viabilité économique et de l'utilité pour leurs ressortissants des chambres territoriales* ».

⁹¹⁴ L'exposé des motifs de la loi relative aux réseaux des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat indique clairement que « *L'article 1^{er} a d'abord a pour objet de rendre opposables et prescriptifs les schémas directeurs adoptés par les CCIR. Les fusions de chambres ou la transformation de leur statut se font par décret, pris sur la base du schéma directeur, qui fixe la carte des CCI, leur nombre, leur circonscription et leur statut. Il est adopté par chaque CCIR, à la majorité des deux tiers de ses membres et est approuvé par arrêté ministériel. Toutefois, le processus d'évolution souhaité par une majorité d'élus consulaires*

similitude de la procédure de fusion de ces établissements publics avec celle des EPCI à fiscalité propre est réelle : il existe dans chaque cas un schéma, qu'il soit régional et directeur pour le premier et départemental et de coopération intercommunale pour le second ; le pouvoir réglementaire intervient seul dans la création et, enfin, la volonté des assemblées délibérantes des établissements publics est associée à la nouvelle organisation. Toutefois, ces points communs ne doivent pas masquer les différences, qui ressortent toutes des principes constitutionnels propres aux collectivités territoriales.

Tout d'abord, le principe de libre administration des collectivités s'oppose à ce que le schéma départemental de coopération intercommunale soit directement applicable. A partir du moment où l'obligation de respecter le SDCI existe, celle-ci ne doit pas entraver la libre administration à moins qu'un intérêt général le justifie et que la définition et la portée de cette obligation soit suffisamment précise. Ces conditions constitutionnelles n'existent nullement pour les chambres de commerce et ce sont les raisons pour lesquelles le schéma a une valeur contraignante élevée voire de niveau réglementaire.

Ensuite, la compétence de création des établissements publics est l'apanage du pouvoir réglementaire mais on ne trouve aucune trace d'une quelconque initiative d'une fusion ou d'une création par les conseils d'administration des établissements publics économiques d'un nouvel établissement public. Au contraire, les organes délibérants des communes peuvent être à l'initiative de la création d'un EPCI à fiscalité propre⁹¹⁵ et un EPCI à fiscalité propre peut être à l'origine d'une fusion de deux ou plusieurs EPCI⁹¹⁶ ou de leur transformation en une commune nouvelle. La procédure prévoit la consultation de ces organes ainsi que des communes qui le composent toujours en raison du respect du principe de libre administration. Autre différence notable dans la procédure, le pouvoir réglementaire est permanent pour la création des chambres de commerce alors que les pouvoirs du préfet sont temporaires pour la mise en œuvre du SDCI. En outre, le pouvoir d'initiative est partagé entre les collectivités territoriales et l'État pour l'évolution des périmètres des EPCI alors qu'il est exclusivement étatique pour la fusion des chambres de commerce. L'instance de codécision dans l'élaboration du SDCI, que représente la CDCI, met en évidence le rôle de la libre administration dans l'organisation des pouvoirs publics

représentant l'ensemble des chambres d'une même région peut être entravé sur le fondement des dispositions du code de commerce qui permettent aux CCIT de refuser leur transformation ou leur fusion ».

⁹¹⁵ Article L. 5211-5 du CGCT

⁹¹⁶ L'article L. 5211-41-3 du CGCT dispose que « Des établissements publics de coopération intercommunale, dont au moins l'un d'entre eux est à fiscalité propre, peuvent être autorisés à fusionner dans les conditions suivantes (...) : 1° Soit dans un délai de deux mois à compter de la première délibération transmise, à l'initiative d'un ou de plusieurs conseils municipaux des communes membres ou de l'organe délibérant du ou des établissements publics de coopération intercommunale dont la fusion est envisagée ; 2° Soit à l'initiative du ou des représentants de l'État ; 3° Soit à l'initiative de la ou des commissions départementales de la coopération intercommunale ».

locaux. La chambre de commerce régionale n'est pas identique à la CDCI car elle n'est pas sollicitée dans la mise en œuvre du Schéma directeur, qu'elle élabore.

Enfin, la nature juridique du SDCI ne peut être équivalente à celle du schéma directeur dans la mesure où l'obligation de résultat, née de l'opposabilité du schéma directeur, ne présente un respect d'un principe relatif au droit constitutionnel local comme il existe pour le SDCI. En effet, la décision 2000-436 DC du 7 décembre 2000 pose que les obligations ne doivent pas entraver la libre administration et la compétence propre des collectivités territoriales, sachant qu'elles devront être suffisamment précises quant à leur définition et leur portée. On comprend mieux aussi que le caractère temporaire des pouvoirs exceptionnels du préfet puisse, par un parallélisme des formes classique, trouver un équivalent temporaire dans l'exercice des moyens de recours. On admet en revanche, que sur le plan du droit administratif *« chaque schéma, quelle que soit sa nature, peut réserver des solutions contentieuses qui lui sont spécifiques, notamment plus restrictives dans l'intérêt de favoriser la stabilité des situations face au risque d'un contentieux abondant »*⁹¹⁷. Les modalités de fusion des établissements publics économiques et des EPCI à fiscalité propre sont donc différentes en raison de la nature des structures. Les garanties constitutionnelles apportées aux EPCI sont plus conséquentes par la dimension territoriale liée à l'appartenance des communes à ces groupements. L'aspect fonctionnel prime toutefois car les fusions des EPCI ont été mises en œuvre très rapidement, en moins de deux ans, divisant de façon spectaculaire leur nombre par deux.

La fusion des groupements de collectivités territoriales peut s'apprécier différemment de la fusion des autres établissements publics au regard de sa nature mixte à la fois fonctionnelle et territoriale. En revanche, la primauté du caractère fonctionnel sur le caractère territorial demeure le critère de distinction des fusions d'EPCI à fiscalité propre par rapport aux fusions des collectivités territoriales. Le juge constitutionnel a eu à traiter de la fusion des collectivités territoriales, et ce dès 2010, avec la décision 2010-12 QPC relative à la fusion de communes. La commune de Dunkerque estimait que la disposition issue de la loi Marcellin (Article 8) était contraire à l'article 72-1 C alinéa 3 prévoyant que *« Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi »*. Elle revendiquait également l'inconstitutionnalité sur le fondement de l'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales et celle de l'atteinte à la souveraineté nationale.

⁹¹⁷ B. FAURE, « Le schéma en droit administratif », *RDP*, 2018, p. 437

Premièrement, il est important de souligner le caractère constitutionnel de la consultation des électeurs des collectivités territoriales. En revanche, il n'existe pas de disposition similaire pour les groupements à fiscalité propre. L'interprétation du juge constitutionnel de cet article réduit la portée de ce dernier puisqu'il est considéré comme non invocable par les collectivités territoriales en tant que droit et libertés que la Constitution garantit. Ce raisonnement est, selon nous, la conséquence du principe d'indivisibilité de la République, et plus particulièrement de celui de l'unité de l'État : l'organisation territoriale est une compétence propre du législateur. Néanmoins, l'originalité de la possibilité que le referendum puisse mettre en échec la décision préfectorale interroge d'autant plus que le même article L. 2113-3 du CGCT prévoit maintenant non plus une opposition à la majorité des deux tiers au projet mais un accord du corps électoral de chaque commune⁹¹⁸. Le Conseil constitutionnel ne répond pas à l'atteinte de la souveraineté nationale par l'article L. 2113-3 du CGCT en précisant dans son commentaire de la décision précitée qu'« *En utilisant l'expression « en tout état de cause », le Conseil constitutionnel montre qu'il n'a pas voulu prendre position sur l'interprétation que la commune requérante faisait de l'article 72-1 ainsi que des conséquences qu'elle en tirait* ». Si l'on recherche une interprétation possible de cette consultation des électeurs de chaque commune, on pourrait être amené à considérer qu'elle peut être inconstitutionnelle au regard de l'obligation faite au préfet de suivre le résultat de cette consultation. En effet, l'existence d'une section du corps électoral et l'expression d'une décision émanant de ce dernier pourrait être une atteinte la souveraineté nationale. Dans ce sens, le Conseil d'État a refusé de voir dans la consultation des électeurs un caractère décisoire indépendamment d'autres facteurs (volonté des conseils municipaux...). Il a ainsi jugé que le préfet n'avait pas pris en compte tous les éléments et avait donc annulé le jugement et l'arrêt de la Cour d'appel et les arrêtés du préfet. Le représentant de l'État dans le département n'est donc pas obligé de suivre le résultat de la consultation si ce dernier abouti à un refus de la fusion⁹¹⁹.

Deuxièmement, la multiplicité des initiatives pour créer des communes nouvelles est une différence remarquable par rapport aux fusions des établissements publics⁹²⁰ et des autres collectivités territoriales. L'initiative est le fait de plusieurs acteurs puisque les conseils municipaux, les organes délibérants des EPCI ou le Préfet peut ou peuvent en être à l'origine. Ce partage de l'initiative entre l'État et les élus locaux est une spécificité des structures fonctionnelles à vocation territoriale ou des communes. Elle appartient aussi aux départements

⁹¹⁸ La création ne peut être décidée par arrêté du représentant de l'État dans le département où se situe la commune nouvelle que si la participation au scrutin est supérieure à la moitié des électeurs inscrits et que le projet recueille, dans chacune des communes concernées, l'accord de la majorité absolue des suffrages exprimés correspondant à un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits.

⁹¹⁹ CE, 20 octobre 2010, *Commune de Dunkerque*, n°306643

⁹²⁰ Article L. 2113-2 du CGCT

depuis 2010 et est maintenue jusqu'au 1^{er} janvier 2019 pour les régions alors que cette possibilité était prévue dès 1972. On peut s'interroger sur ces différences de régime juridique selon la catégorie de collectivités territoriales. Il nous semble que l'explication provient de la nature initiale de la région, qui était aussi une structure fonctionnelle à vocation territoriale. L'article 2 de la loi du 5 juillet 1972 permettait une évolution du périmètre de ces établissements publics régionaux sur demande des conseils régionaux ou généraux intéressés. Une première modification substantielle est intervenue en 1992 en permettant aux conseils généraux et régionaux de demander à se regrouper. Il a été ensuite étendu au conseil départemental une procédure identique de regroupement et une consultation de la population en 2010. En revanche, la fusion des régions, organisée en 2015, n'a pas prévu la consultation préalable de chaque entité régionale et la procédure relative au regroupement des départements a également réduit la consultation aux conseils départementaux. Ainsi, la décision 2014-709 DC du 15 janvier 2015, confirmée en cela par les arrêts du Conseil d'État d'octobre 2015, montre que la consultation préalable prévue par l'article 5 de la Charte de l'autonomie locale n'est pas incluse dans les droits garantis à ces collectivités. La chambre des pouvoirs locaux a vivement déploré cette situation : « *Les rapporteurs concluent par conséquent que les procédures d'adoption de la loi du 16 janvier 2015 relative « à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral » n'ont pas respecté les dispositions de la Charte susmentionnées et qu'il y a donc eu violation de l'article 5* »⁹²¹. Lorsque l'on met en perspective le régime de regroupement des régions, celui des départements, celui des communes, celui des groupements de communes à fiscalité propre et celui des établissements publics économiques, seuls ceux des communes et des groupements de communes bénéficient d'une garantie substantielle de consultation, y compris des électeurs. La reprise en main de la définition des périmètres des structures fonctionnelles ou des structures territoriales par l'État a pour conséquence de réduire les procédures volontaires de regroupement voir de les supprimer. Le département ne paraît pas à l'abri d'une telle évolution à l'avenir alors que les communes ont une situation plus protégée et plus stable. Le groupement de collectivités territoriales à fiscalité propre a fait, quelque part, rempart à un regroupement autoritaire des communes. Autrement dit, la nature semi-originale de la commune et la composition exclusive de communes des groupements à fiscalité propre est la cause probable de cette distinction de régimes juridiques de fusion d'entités publiques.

Pour finir sur ce point, cela ne signifie pas que les communes ont un droit propre au maintien de leur périmètre sur le fondement d'un droit constitutionnellement garanti. En effet, l'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales n'a pas été retenue lors de

⁹²¹ Congrès des pouvoirs locaux, *La démocratie locale et régionale en France*, op. cit., point 208

l'application d'une fusion de communes. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que « *la décision de procéder à la fusion de communes ne constitue pas un acte portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales* »⁹²². Le Conseil confirme qu'« *Il n'existe en effet aucun principe d'auto-organisation des collectivités territoriales* »⁹²³. Le Conseil prend appui sur l'article 39 C, qui organise les rapports entre le Parlement et le gouvernement, en disposant que « *les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat* ». La compétence du Parlement, étant exclusive, elle ne peut faire l'objet d'un partage avec les collectivités territoriales. On a vu précédemment que les régions ne bénéficiaient nullement de protection en la matière. Il ressort toutefois que le groupement de collectivités territoriales, par sa nature mixte, bénéficie d'un droit équivalent à celui de la commune impliquant une consultation de son organe délibérant ainsi que celle des organes délibérants des communes membres. La nature fonctionnelle du groupement l'emporte sur sa dimension territoriale par le fait que les opérations de regroupement des EPCI à fiscalité propre ont été réalisées. Il pourrait être suggéré, à ce titre et dans une hypothèse prospective, de présenter un schéma départemental de regroupements de communes, à l'instar du SDCI, visant à réduire l'émiettement communal sachant que la mise en place des groupements à fiscalité propre a complètement renouvelé l'approche et la vision des élus locaux sur la vocation des communes.

⁹²² Considérant 4 de la décision 2010-12 QPC du 2 juillet 2010

⁹²³ Cons. Const, commentaire de la décision citée. Toutefois, il existe dans une certaine mesure pour les collectivités d'outre-mer.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Identifier une structure juridique en correspondance avec la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales nécessite un travail de mise en corrélation avec le droit positif sur la base d'une modélisation institutionnelle. Reconnaître dans le droit une notion constitutionnelle implique des critères, des caractères propres que l'on a essayé de dégager. Les apports théoriques du normativisme nous ont incité à mettre en évidence deux types de structures : les organismes fonctionnels et les organismes territoriaux. Le groupement de collectivités territoriales a la particularité d'emprunter des traits juridiques à ces deux entités. Certes, il semble facile de le qualifier d'être hybride et lui donner une souplesse dans son fonctionnement lui permettant de s'adapter à une évolution législative permanente et de plus en plus rapide. Nous nous sommes engagés plutôt à construire une notion constitutionnelle s'appuyant sur la primauté de l'une sur l'autre, c'est-à-dire que le groupement de collectivités territoriales est avant tout une structure fonctionnelle avant d'être également une structure territoriale. Cela nous a permis de le différencier des autres établissements publics et des collectivités territoriales régionales et départementales.

Pour montrer l'unicité du groupement de collectivités territoriales isomorphe à l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, nous avons recherché dans la jurisprudence constitutionnelle, notamment celle relative à la question prioritaire de constitutionnalité, les preuves de cette identité juridique entre une notion et une catégorie spécifique d'établissement public. Cette clarification constitutionnelle a mis en valeur l'entité communale et les principes juridiques qui l'irriguent, à savoir un groupement humain initial sur un périmètre « démo-géographique historique ». La nature démocratique de la collectivité territoriale de base et la définition du cercle des destinataires, qui lui est intimement liée, ont conduit à la construction de la notion constitutionnelle du groupement de collectivités territoriales. Confronté au droit jurisprudentiel constitutionnel, la double nature du groupement vient éclairer sous un angle institutionnel des notions voisines, considérées aujourd'hui comme floues, telles que celles de collectivité territoriale ou d'établissement public.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de cette étude sur la notion de groupements de collectivités territoriales, il apparaît que la diversité institutionnelle contenue dans le terme groupements nous a incités à construire un modèle explicatif englobant plusieurs dénominations existantes (Communautés urbaines, d'agglomération, de communes et métropoles). Les multiples formes juridiques, que peut prendre le groupement de collectivités territoriales, ont été autant une complexité à surmonter qu'une source ou une ressource permettant d'en extraire d'abord un exemplaire singulier. L'EPCI à fiscalité propre est apparu par la méthode inductive comme le représentant le plus fidèle de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales. Cela a nécessité d'étudier la logique fonctionnelle sous entendue dans le texte constitutionnel lors de l'introduction de la notion de groupements conforter également par le rôle de chef de file et de structure expérimentatrice du groupement. Il ressort de la nature fonctionnelle de cette entité une extrême plasticité car elle répond avant tout autre chose à la question première de rechercher un optimum dans l'exercice des tâches et des missions confiées aux collectivités territoriales.

Toutefois, cette logique fonctionnelle n'assure pas à la notion constitutionnelle de groupements les mêmes garanties institutionnelles qu'une division territoriale organique peut attribuer aux collectivités locales. Cela ne veut pas dire non plus que l'évolution institutionnelle est moins marquée pour les structures territoriales que pour les structures fonctionnelles. A cet égard, on peut constater que l'évolution des catégories des collectivités territoriales, comme l'écrit J. C. DOUENCE, « *donne libre cours à la diversification statutaire des collectivités territoriales. Les collectivités à statut particulier, les collectivités d'outre-mer de l'article 74, les collectivités de création légale se substituant à une ou plusieurs autres sont autant d'institutions qui non seulement provoquent l'éparpillement des catégories, mais encore contribuent à faire éclater l'unité des catégories de portée générale. Dès lors que la diversité devient légitime et souhaitable, le législateur ne s'interroge plus sur des problèmes théoriques de classification : il aménage des régimes sans trop se soucier de savoir s'il crée une catégorie nouvelle ou s'il se borne à déroger au droit commun d'une catégorie existante, puisqu'il n'y a pas de critère simple distinguant les deux situations* »⁹²⁴. C'est cette problématique de classification des structures constitutionnelles locales que les groupements de collectivités territoriales révèlent dans toute sa complexité.

⁹²⁴ J. C. DOUENCE, « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2018-1, Chapitre 1, § 109

Afin d'apporter des éléments de classification contemporaine des organismes locaux, nous avons évalué chaque critère usuel de reconnaissance de la notion d'établissement public et de celle de collectivité territoriale par rapport à la notion constitutionnelle du groupement de collectivités territoriales. Il en est résulté des traits de caractères spécifiques, combinant simultanément les natures fonctionnelle et territoriale des deux genres connus en droit constitutionnel. Ainsi, nous avons défini le groupement comme une structure fonctionnelle centralisatrice, celle-ci étant *une administration dirigée par un organe dont la compétence, définie par l'État et les collectivités territoriales membres, est limitée à la circonscription formée par l'agrégation des périmètres des collectivités membres*. Elle se différencie de la structure territoriale à vocation spécialisée, définie comme *une administration dirigée par un organe dont la compétence, définie exclusivement par l'État, est limitée à une fraction de la collectivité déterminée par un élément d'ordre territorial*.

Ces définitions sont fortement imprégnées du droit administratif et on a dû s'interroger sur leur validité sur le plan constitutionnel. A ce titre, nous avons mis en évidence la spécificité de la commune comme structure semi-originale, c'est-à-dire une collectivité dont l'ordre juridique a été intégré par celui de l'État. Nous avons vu que la commune n'est pas née exclusivement de l'ordre juridique étatique à la différence des départements ou des régions, ce qui a impliqué la prise en compte des limites administratives communales dessinées sous l'Ancien Régime. Afin de saisir constitutionnellement l'aspect organisationnel propre à ces structures semi-originaires, la définition du groupement devient alors *une administration dirigée par un organe dont la compétence, définie par l'État et les structures semi-originaires membres, est limitée à la circonscription forgée par l'agrégation des périmètres des structures semi-originaires membres*. Par voie de conséquence, le trait marquant, à savoir les limites administratives communales issues de l'ancien ordre juridique prérévolutionnaire, devient précisément un problème constitutionnel que le législateur, pourtant compétent d'après la norme fondamentale, ne peut résoudre totalement seul. Il associe systématiquement les organes délibérants des communes dans la définition des périmètres des groupements de collectivités territoriales, ce qui a été confirmé par la jurisprudence constitutionnelle la plus récente.

D'autre part, l'aspect dynamique de la structure fonctionnelle centralisatrice est issue non seulement de la nature première fonctionnelle du groupement mais aussi de la définition par les organes des structures membres de la compétence du groupement, comme nous avons pu le constater dans nos développements. Il reste que le rôle d'une constitution, qui est d'organiser de façon pérenne les pouvoirs publics, entre directement en contradiction avec ce caractère dynamique de la définition du groupement de collectivités territoriales. Celle-ci peut trouver une solution en affirmant la compétence exclusive d'une autorité (Le Parlement national

ou le parlement d'une entité fédérée) sur ce sujet. Ainsi, H. WOLLMANN estime que « *Comme dans d'autres pays d'Europe du Nord (Norton, 1994, 41), notamment le Royaume-Uni et la Suède, les décisions prises par les Länder allemands concernant la réforme de leur niveau local respectif repose juridiquement sur le principe selon lequel le parlement de chaque Land possède le pouvoir législatif de déterminer la structure territoriale locale, le cas échéant, de manière coercitive, c'est-à-dire contre la volonté des élus et citoyens locaux. Une telle compétence est justifiée par la doctrine constitutionnelle et politique de la manière suivante : que le parlement en tant que représentant et défenseur de l'intérêt général doit avoir le mandat et le pouvoir de découper la structure territoriale locale et de faire prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt que peuvent avoir une commune et ses dirigeants et citoyens à préserver le découpage territorial tel qu'il existe. En revanche, les pays d'Europe du Sud (Norton, 1994), tels que la France et l'Italie, adhèrent, par tradition, au principe de volontariat selon lequel le découpage territorial d'une commune ne peut être réalisé qu'avec le consentement du conseil local ou de la population locale* »⁹²⁵. Pourtant, il ne nous semble pas évident de dire que la primauté de l'intérêt général sur l'intérêt local implique *ipso facto* une détermination par le parlement de la délimitation des structures territoriales locales. En effet, une procédure constitutionnelle peut aussi prévoir une consultation de la population locale pour modifier ou créer une collectivité territoriale. Par exemple, l'article 29 de la Constitution allemande, relative à la restructuration du territoire fédéral, dispose, en son premier paragraphe que « *Le territoire fédéral peut être restructuré en vue de permettre aux Länder d'accomplir efficacement les tâches qui leur incombent en fonction de leur dimension et de leur capacité. Ce faisant, on devra tenir compte des particularismes régionaux, des liens historiques et culturels, de l'opportunité économique, ainsi que des impératifs de l'aménagement du territoire et du développement régional* » et, dans un deuxième paragraphe que, « *Les mesures de restructuration du territoire fédéral sont prises par une loi fédérale, qui doit être ratifiée par votation populaire. Les Länder concernés doivent être entendus* ». Certes, on pourrait dire que la forme fédérale de l'État nécessite la présence de dispositions substantielles pour garantir leur existence mais elle ne doit pas être entendue comme la possibilité de rendre intangibles leurs frontières. Ce qui est frappant dans la comparaison de ce dispositif constitutionnel allemand et la situation française, c'est que l'on retrouve une problématique identique pour les Länder ou les communes françaises, à savoir la recherche d'un dimensionnement optimal pour réaliser un ensemble de missions, c'est-à-dire qu'une logique fonctionnelle doit s'imposer à une logique territoriale, qui n'est plus forcément adaptée au fonctionnement d'un État moderne. Dans le premier cas, on y répond par une

⁹²⁵ H. WOLLMANN, « Les réformes du système local dans les länder allemands : entre communes fusionnées et intercommunalité », *RFAP*, 2017, p. 315

procédure constitutionnelle, prévoyant une modification des limites territoriales avec consultation populaire. Dans le cas français, la réponse constitutionnelle est double : soit une fusion des collectivités territoriales est organisée et réalisée et opérée par le législateur soit on fait appel à un groupement de collectivités territoriales, se substituant à la consultation des conseils municipaux et de la population locale par la formation d'une structure fonctionnelle à vocation territoriale composée de communes. Contrairement aux régions françaises, dont la nature territoriale à vocation spécialisée explique le caractère coercitif des fusions, le point commun entre les Länder et les communes réside dans leur nature semi-originale empêchant cet acte unilatéral du législateur. On pourrait émettre l'hypothèse que l'équivalent juridique de l'article 29-1 de la Constitution allemande, en faisant référence à l'histoire institutionnelle allemande correspond à une forme d'attachement politique liée à l'histoire de la commune française et traduit par une sacralisation de chaque identité communale. L'émiettement institutionnel de la cellule de base de la démocratie locale demeure, celle-ci étant promue comme une richesse et une singularité européenne. Au final, le caractère constitutionnel du groupement est la conséquence directe de la nature semi-originale de ses membres. En effet, dans le cas où une modification des limites territoriales de ces dernières doit être réalisée, elle peut emprunter deux voies différentes : soit cette procédure est prévue sur le plan constitutionnel soit l'on fait appel à la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales semi-originaires. La constitution française prévoit les deux possibilités mais, en ce qui concerne les communes, l'insertion en 2003 de la notion de groupements de collectivités territoriales est la marque d'une nette préférence à la préservation des périmètres communaux existants.

Ce sens de la notion de groupements est aussi repris dans le texte constitutionnel pour une autre entité, celle de l'Union européenne depuis la réforme constitutionnelle de 2008. L'article 88-1 C dispose que « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ». La nature de cette dernière est discutée et, comme le souligne J. P. JACQUE, « *les querelles de vocabulaire et la charge politiques attachée à l'emploi du terme fédéral ne doivent pas dissimuler l'importance qu'il y a de définir avec précision les structures et les compétences de l'union avant de s'attacher à leur trouver un nom* ». Il ajoute qu' « *il devient de plus en plus difficile de nier ce que l'Union doit au modèle fédéral dès lors que l'on admet que l'État n'est pas l'unique forme d'organisation fédérale. Le terme peut s'appliquer à une structure qui repose sur une*

*répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, sur l'existence d'un ordre juridique autonome et sur l'établissement de rapports directs entre l'Union et ses citoyens. Dans ces conditions, il est possible de voir dans ce que l'on appelle les traités la constitution d'un ensemble fédéral »*⁹²⁶. A cette qualification juridique générique d'« ensemble fédéral », on pourrait essayer de voir si la terminologie de groupement est applicable à cette entité regroupant des États. En effet, il nous semble intéressant de retenir les éléments caractérisant le groupement à savoir sa souplesse, sa plasticité ou encore la dualité d'une structure fonctionnelle et territoriale ou centralisatrice.

Premièrement, l'application de la définition d'un groupement de structures publiques à l'Union européenne ne présente pas de difficulté. Un État est une structure publique originaire, c'est-à-dire que son ordre juridique dépend de ses propres organes ou de lui-même. En outre, l'Union européenne se voit attribuer, depuis le Traité de Lisbonne, une personnalité juridique unique, ce qui introduit l'existence d'une seule entité regroupant les États. Cette personnalité induit donc une unité, une administration dirigée par un organe dont la compétence n'est pas définie par l'Union européenne mais uniquement par les structures originaires. Le terme « ensemble » ne présente pas d'ailleurs cette même unité institutionnelle.

Deuxièmement, la nature d'un groupement est, nous l'avons étudié, différente de celle de ses membres et des structures fonctionnelles habituelles. En ce sens, l'Union européenne, à l'instar de la notion de groupements de collectivités territoriales, marque l'apparition d'une nouvelle institution. Elle n'est pas un État car sa nature fonctionnelle prime sur son caractère territorial. Par définition, et ceci résulte des deux traités constituant l'Union européenne, et repris en cela par la constitution française, sa compétence est définie par les États et sa circonscription d'action est forgée par l'agrégation des frontières étatiques.

Troisièmement, le caractère centralisateur de l'Union européenne est confirmé par l'attribution de la personnalité juridique et par le transfert de compétences opéré par les différents États membres. La personnalité juridique identifie une unique structure juridique à laquelle sont confiées les compétences transférées. Auparavant, l'institution européenne se divisait en piliers ou par grandes thématiques, ce qui s'apparentait davantage à un ensemble. Du fait de l'adoption du Traité de Lisbonne, une structure centralisatrice exerce les compétences exclusivement transférées. Une différence peut aussi être mentionnée : l'organe décisionnel de l'Union européenne est fortement dépendant des organes suprêmes des États membres. Elle ne remet cependant pas en cause le caractère centralisateur de l'Union, qui exerce une compétence sur un cercle de destinataires défini par l'agrégation des territoires étatiques membres.

⁹²⁶J. P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2018, p. 132

La pertinence de l'étude d'une notion de groupements de structures publiques apparaît réelle dans le cas de figure de l'Union européenne. Cette piste pourrait s'appuyer sur une hypothèse nouvelle en définissant le groupement d'États comme *une administration dirigée par un organe dont la compétence, définie par les structures originaires membres, est limitée à la circonscription forgée par l'agrégation des périmètres des structures originaires*. Cette définition, qui mérite une analyse plus approfondie, évite fondamentalement d'avoir recours à l'utilisation du terme fédéral, très connoté sur le plan politique et, juridiquement, intimement lié à une catégorie d'État. La formation de ce type particulier de groupement d'États laisse aussi la possibilité de faire évoluer cette structure fonctionnelle centralisatrice. C'est une institution dynamique qui s'adapte à l'évolution des sociétés et du monde aujourd'hui globalisé. Mais elle n'est pas à l'abri de la volonté des États de ne plus faire partie de ce groupement, en témoigne la sortie difficile de la Grande-Bretagne. La véritable originalité du groupement de structures publiques est donc d'être une structure évolutive, dynamique, que l'on se place sur le plan interne ou sur le plan du droit européen. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne ne peut être qualifiée d'État, celle-ci n'ayant pas la possibilité de modifier le cercle de destinataires.

En relevant dorénavant de l'organisation constitutionnelle, le groupement de collectivités territoriales ou, de façon élargie, le groupement de structures publiques originaires nous montre qu'il permet de mieux comprendre le paysage institutionnel français voire européen et qu'il participe, paradoxalement, à construire ou reconstruire les principales catégories juridiques permettant de classer les différents types de personne morale de droit public.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

La bibliographie présentée est une bibliographie relevant du droit constitutionnel. C'est pourquoi elle n'intègre pas les références, citées dans notre travail, à la législation, la réglementation, la jurisprudence administrative et civile ainsi qu'aux archives parlementaires.

I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES, TRAITES, ENCYCLOPEDIES, COURS ET MANUELS

1° Ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif, d'institutions administratives et d'histoire des institutions, thèses et articles avant 1958

a) Période antérieure à 1789

CONDORCET Jean Antoine Nicolas de, *Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales*, 1788, 701 p.

POTHIER Robert-Joseph, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, Partie Traité des successions, Œuvres posthumes, 1777, Tome 7, réédition de 1825, 719 p.

SIEYÈS Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers État ?* précédé de *Essai sur les privilèges*, 1789 et 1788, rééd., PUF, 1982, 94 p.

b) Période 1789-1799

CONDORCET Jean Antoine Nicolas de, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, 1793, Agasse, 389 p.

DEMEUNIER Jean-Nicolas, *Avis aux députés qui doivent représenter la Nation dans l'assemblée des états généraux*, 1789, 74 p.

Manuel des agents et adjoints municipaux, suivi d'un recueil chronologique des lois, arrêtés, instructions et lettres ministérielles concernant leurs fonctions, Rondonneau, 1799, 440 p.

c) Période 1800-1814

BONNIN Charles-Jean, *Principes d'administration publique*, 2^{ème} édition, Paris, Aux archives du droit français, Clament frères, 1809, 303 p.

LOCRE Jean-Guillaume, *Esprit du code de commerce*, Imprimerie impériale, Paris, tome 1^{er}, 1807, 508 p.

RABAUT Jean-Paul, *Précis historique de la Révolution française*, 4^{ème} édition, Paris, Treuttel et Würtz, 1807, 430 p.

d) Période 1814-1830

BARANTE Prosper de, *Des communes et de l'aristocratie*, Paris, Librairie française de l'avocat, 1821, 256 p.

BERTON Jean-Marie, *Des communes dans leurs rapports avec la liberté et l'égalité politiques depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Paris, A. Eymerie, 1818, 100 p.

BODIN Félix, *Études historiques et politiques sur les assemblées représentatives*, Paris, Lecoq et Durey, 1823, 270 p.

BONNIN Charles-Jean, *Abrégés des Principes d'administration publique*, Paris, 3^{ème} édition, Amable-Costes libraire éditeur, 1812, 504 p.

CRONIER Pierre, *État du pouvoir municipal et de ses variations depuis la restauration jusqu'au 28 février 1828*, Paris, Delaforest, 1829, 439 p.

DESSAURET Pierre, *De l'organisation des communes, et du pouvoir municipal selon la Charte*, Imprimerie librairie Dentu, 1828, 232 p.

DU MIRAL Pierre, *De la nécessité urgente et des moyens légaux de mettre le régime municipal et communal en harmonie avec la Charte constitutionnelle*, Paris, Tournachon-Molin, 1827, 184 p.

DUFÉY Pierre-Joseph-Spiridion, *Histoire des communes de France et législation municipale depuis la fin du X^e siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Goeury, 1828, Réimpression Slatkine-Megariotis Reprints, Genève, 1976, 332 p.

DUVERGIER DE HAURANNE Prosper, *Réflexions sur l'organisation municipale et sur les conseils généraux de département et les conseils d'arrondissement*, Paris, Hacquet, 1818, 168 p.

GERANDO Joseph-Marie de, *Institutes du droit administratif français - Seconde partie*, Paris, 2^{ème} édition, Nève, 1829, 496 p.

GUICHARD Auguste-Charles, *Jurisprudence communale et municipale*, Paris, Renard, 1820, 576 p.

GUICHARD Auguste-Charles, *Dissertation sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire*, Paris, Rondonneau, 1818, 80 p.

LALOUETTE Claude-Joseph, *Classification des lois administratives depuis le 1^{er} avril 1789 jusqu'au 1^{er} avril 1814*, Paris, Bavoux, 1817, 764 p.

HUET DE COETLIZAN Jean-Baptiste, *De l'organisation de la puissance civile dans l'intérêt monarchique, ou De la nécessité d'instituer les administrations départementales et municipales en agences collectives*, 2^{ème} édition, Paris, Ladvocat, 1822, 377 p.

RAYNOUARD François-Just-Marie, *Histoire du droit municipal en France sous la domination romaine et sous les trois dynasties*, Tome 2, Paris, Sautet et Cie, 1829, 399 p.

SAINT ROMANS Alexis de, *Réfutation de la doctrine de Montesquieu sur la balance des pouvoirs et aperçus divers sur plusieurs questions de droit public*, Paris, PERONNEAU, 1816, 299 p.

VAUBLANC Vincent-Marie Vienot de, *Des administrations provinciales et municipales*, Paris, Henry, 1828, 86 p.

e) Période 1830-1848

BARANTE Prosper de, *De la décentralisation en 1829 et 1833*, Paris, Charles Douniol Libraire-Editeur, 1866, 356 p.

BOST Alexandre, *Traité de l'organisation et des attributions des corps municipaux*, Paris, chez l'Auteur, 1838, Tomes 1 et 2, 522 p. et 528 p.

CESENA Amédée de, *Réorganisation de l'administration communale et départementale*, Paris, Guillaumin, 1848, 28 p.

CORMENIN Louis-Marie de, *Questions de droit administratif*, Tomes I & II, 5^{ème} édition, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, resp. 325 p. et 401 p.

CORMENIN Louis-Marie de, *Manuel du contentieux de l'administration municipale*, Paris, Paul Dupont, 1838, 119 p.

CORMENIN Louis-Marie de, *Droit administratif*, Tome II, 5^{ème} édition, Paris, Pagnerre, 1840, 492 p. et 106 p. (appendice)

CORMENIN Louis-Marie de, sous le pseudonyme de TIMON, *De la centralisation*, 2^{ème} édition, Paris, Pagnerre, 1842, 159 p.

CORMENIN Louis-Marie de, *Le Maire de village*, Paris, Pagnerre, 1847, 96 p.

DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'État*, tome huitième, Guyot et Scribe, 1835, 446 p.

FOUCART Emile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, Tome premier, Troisième édition, Paris, Videcoq Père et fils, 1843, 788 p.

GERANDO Joseph-Marie de, *Supplément aux institutes de droit administratif*, Paris, Pourchet, 1836, 127 p.

GILLON Jean-Landry, *Traité de la grande voirie et de la voirie des villes, bourgs et villages*, Paris, Dupont, 1836, 588 p.

GRÜN Alphonse, *Éléments du droit français*, Hachette, Paris, 1838, 720 p.

HENRION de PANSEY Pierre, *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, 4^{ème} édition, B. Duprat & Videcoq, 1840, 487 p.

LABORDE Alexandre de, *De l'esprit d'association dans tous les intérêts de la communauté*, Troisième édition, Paris, librairie Gide, 1834, 496 p.

LAFERRIERE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, deuxième édition, Paris, Joubert, 1841-1846, 657 p. auquel s'ajoute un appendice de 40 p.

LAFERRIERE Firmin, *Introduction à l'histoire des institutions administratives*, Discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif le 30 avril 1838, Paris, Joubert, 1838, 24 p.

LAFERRIERE Firmin, *Histoire du droit français*, Tome Second, Paris, Joubert, 1838, 583 p.

LEBER Constant, *Histoire critique pouvoir municipal, de la condition des cités, des villes et des bourgs, et de l'administration comparée des communes, en France, depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, Paris, Audot, 1828, 631 p.

LEFEBVRE Thibault, *Constitution et pouvoirs des conseils généraux et des conseils d'arrondissement*, Librairie de Cotillon, 1843, 623 p.

MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de droit politique*, Tome 1^{er}, Paris, Nève, 1833, 516 p.

MACAREL Louis-Antoine, BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique en France, et de son administration*, Tome 1^{er}, Pourchet, 1838, 760 p.

MACAREL Louis-Antoine, BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique en France, et de son administration*, Tome 2^{ème}, Pourchet, 1840, 614 p.

MACAREL Louis-Antoine, BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique en France, et de son administration*, Tome 3^{ème}, Pourchet, 1840, 690 p.

PARENT-REAL Nicolas, *Questions politiques (...) de la loi électorale, des administrations municipales et de département (...)*, Paris, Delaunay, 1830, 71 p.

TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, Tome 4^{ème} corps délibérants (suite) – des conseils municipaux, Paris, Thorel, 1847, 505 p.

VIVIEN Alexandre François, *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1845, 415 p.

f) Période 1848-1870

AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Tome 1^{er}, Paris, Dunod, 1869, 681 p.

BARROT Odilon, *De la centralisation et de ses effets*, Paris, Dumineray, 1861, 248 p.

BÉCHARD Ferdinand, *Introduction au droit municipal moderne*, Paris, Durand & Pedone-Lauriel, 1869, 296 p.

BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse et Marchal, 1862, 708 p.

CHEVILLARD Jules, *De la division administrative de la France et de la centralisation*, Tome 1 & 2, Paris, Durand, 1862, resp. 477 p. et 371 p.

DAVID Paul, *La commune rurale*, Toulouse, Savy, 1863, 594 p.

DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^{ème} édition, Tome 4, Paris, Delamotte, 1868, 688 p.

DUPONT-WHITHE Charles, *La Centralisation suite de l'individu et l'État*, Paris, Guillaumin, 1860, 372 p.

FLORENT LEFEBVRE Louis, *De la décentralisation ou essai sur un système de centralisation politique et de décentralisation administrative*, Paris, Marescq, 1849, 349 p.

FOUCART Emile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, Tome premier, 4^{ème} édition, Paris, Marescq et Dujardin, 1855, 730 p.

FOUCART Emile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, Tome deuxième, 4^{ème} édition, Paris, Marescq et Dujardin, 1855, 760 p.

FOUCART Emile-Victor, *Éléments de droit public et administratif*, Tome troisième, 4^{ème} édition, Paris, Marescq et Dujardin, 1856, 818 p.

GIRARDOT Auguste-Théodore, *Des administrations départementales, électives et collectives (France, Belgique, Italie) 1790-an VIII*, Paris, Guillaumin, 1857, 407 p.

GOANVIC François-Marie, *Commentaire théorique et pratique des dispositions qui régissent actuellement nos conseils généraux et conseils d'arrondissement*, Rennes, Leroy, 1868, 384 p.

HERBERT Émile, *De la personnalité des cités en droit romain et des communes en droit français*, Thèse, De Mourgues frères, 1858, 227 p.

LAFERRIERE Firmin, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 4^{ème} édition, COTILLON, 1854, Tomes 1 et 2, 863 p. et 868 p.

MACAREL Louis-Antoine, *Cours d'administration et de droit administratif*, 2^{ème} édition, Tomes 1^{er} et 2nd, 1852, Plon, resp. 672 p. et 736 p.

REGNAULT de SAVIGNY Charles-Louis, *Droit français : des biens des communes*, Thèse, De Mourgues Frères, 1861, 330 p.

TOCQUEVILLE Alexis de, *De la Démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution*, collection bouquins, Robert Laffont, réed 1986, 1178 p.

VIDAL Jérôme-Léon, *Note aux Conseils généraux, aux Conseils d'arrondissement et aux Conseils municipaux sur la révision de la Constitution*, Paris, Garnier Frères, 1850, 83 p.

g) Période 1870-1884

BARROT Odilon, *Mémoires posthumes*, Tome II, 2^{ème} édition, Charpentier, 1875, 486 p.

BÉQUET Léon, *De la personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires et de leur capacité à recevoir des dons et legs*, Paris, Marescq, 1880, 80 p.

CELIERES Eugène, *Commentaire de la loi du 10 août 1871 relative à l'organisation et aux attributions des conseils généraux,...*, Paris, Muzard, 1871, 218 p.

Conseil d'État & Cour de Cassation, *Les Conseils généraux*, Berger-Levrault, 1878, 1193 p.

DEMOMBYNES Gabriel, *Les Constitutions européennes*, Tome deuxième, Paris, Derose & Forcel, 1881, 831 p.

DEMONGEOT, rapporteur de la discussion sur un ouvrage relatif au mode de nomination des maires, *Bulletin de la Société de législation comparée*, n°1, janvier 1874, pp. 67-93

FLOURENS Émile, *Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique*, Paris, Garnier Frères, 1875, 400 p.

GAUTIER Alfred, *Cours de droit administratif. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, Lahure, 1880, 452 p.

HEISSER Armand, *Etude sur les personnes morales*, Thèse, Marescq, 1871, 219 p.

LAFERRIERE Edouard, *Loi organique du 10 août 1871*, 2^{ème} édition, Paris, Cotillon, 1872, 127 p.

LAFERRIERE Edouard, *De la création de communes par l'érection de sections en communes*, Extrait de la Revue de législation et de jurisprudence, Cusset, 1872, 16 p.

LEROY-BEAULIEU Paul, *L'administration locale en France et en Angleterre*, Paris, Guillaumin, 1872, 447 p.

MARTIN Louis-Émile. *Législation comparée. Les Conseils provinciaux en Italie, comparés aux conseils généraux en France*, Pédone-Lauriel, 1879, 128 p.

PRADIER-FODERE Paul, *Précis de droit administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Guillaumin, 1872, 768 p.

RIGAUD Émile, *Répertoire général d'administration municipale et départementale, nouveau dictionnaire de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, Tome 1, Pais, Journal des communes, 1870, 960 p.

RIGAUD Émile, *Supplément au Répertoire général d'administration municipale et départementale, nouveau dictionnaire de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, Tome 1, Paris, Journal des communes, 1880, 321 p.

h) Période 1884-1945

ALLARD Eugène, *De la Personnalité civile du département*, Paris, Arthur Rousseau, 1885, 320 p.

AUCOC Léon, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Monographie, Picard, 1901, 31 p.

AUCOC Léon, « Les controverses de la décentralisation », *Revue politique et parlementaire*, Tome IV, 1895, pp. 7-34

AUCOC Léon, *Des sections de commune et des biens communaux qui leur appartiennent*, 2^{ème} édition, Paris, P. Dupont, 1864, 587 p.

AVRIL Pierre, *Les Origines de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique, étude de droit français*, Thèse, Université de Grenoble, 1900, 336 p.

BATBIE Anselme, *Traité historique et pratique de droit public et administratif*, Tome 4, 2^{ème} édition, Paris, Larose et Forcel, 1885, 646 p.

BEQUET Léon, *Répertoire du droit administratif*, Tomes V et VI - commune, P. Dupont, 1887, resp. 571 p. et 572 p.

BEQUET Léon, *Traité de la commune, Répertoire du droit administratif*, P. Dupont, 1888, 543 p.

BEQUET Léon puis LAFERRIERE Edouard, *Répertoire de droit administratif*, Tome 12 – Dons et legs, 1^{er} fascicule, Paris, P. Dupont, 1894, 544 p.

BEQUET Léon, « De la capacité des fabriques pour recevoir des dons et legs faits en faveur des pauvres », *Revue générale d'administration*, 1881, T. III

BEQUET Léon, « Des dons et des legs véritables, capacité des bureaux de bienfaisance et des divers établissements publics », *Revue générale d'administration*, 1882

BONNARD Roger, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, pp. 5-57

BONNARD Roger, « La réforme des taxes locales », *Revue de science et de législation financière*, 1927, pp. 361-384

BONNARD Roger, *Précis de droit public*, 1944, 6^{ème} édition, Sirey, 444 p.

BREJEAN Jules & HUMBLOT Josphe, *Les mairies de Paris – organisation attributions - fonctionnement*, Paris, Chaix, 1907, 289 p.

CARRE de MALBERG Raymond, « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine », *RDP*, 1914, tome 21, pp. 5-47

CARRE de MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920 (Tome 1) et 1922 (Tome 2), rééd. Dalloz, 2003, 638 p.

DREYFUS Ferdinand, *Études et discours*, Calmann Levy, 1896, 456 p.

DRIVAL Jean, « Une idée féconde : le syndicalisme intercommunal », *l'État moderne*, 1928, pp.75-79

DUCROCQ Théophile, « Suppressions et créations de communes », Nancy, Berger Levrault, 1886, 20 p.

DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} édition, Tome 1^{er}, Paris, Thorin, 1884, 796 p.

DUGUIT Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP*, 1927, pp. 537-573

DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 623 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, tome 2, Paris, de Boccard, 1928, 888 p.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, tome 3, Paris, de Boccard, 1923, 800 p.

EISENMANN Charles, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, pp. 231-279 in C. LEBEN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 13 et s.

EISENMANN Charles, note sous arrêt CE Arrighi, 6 novembre 1936, D.1938, pp. 1-8

EISENMANN Charles, « Sur un traité de l'État moderne : le tome X de l'encyclopédie française », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1939 n°1-2, pp. 116-139

Energie (L') électrique dans les campagnes, *Projet de loi tendant à faciliter par des avances de l'État, la distribution de l'énergie électrique dans les campagnes. Exposé des motifs*, Les annales de l'énergie, 1923, 135 p.

FAIVRE Albert, *La Loi municipale du 5 avril 1884, texte complet, annoté, commenté et expliqué par les circulaires et documents officiels*, 7^{ème} édition, Paris, Derveaux, 1884, 80 p.

FERRON Henri de, *Institutions municipales et provinciales comparées : organisation locale en France et dans les autres pays de l'Europe : comparaison, influence des institutions locales sur les qualités politiques d'un peuple, et sur le gouvernement parlementaire*, Paris, Larose & Forcel, 1884, 576 p.

FRANCOIS Charles, *La représentation des intérêts par les corps élus*, Thèse, Paris, Rousseau, 1899, 363 p.

GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Marescq, 1899, 606 p.

Instruction ministérielle du 15 mai 1884 sur l'application de la loi municipale, Paris, P. Dupont, 1884, 204 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, Réédition Dalloz, 1933, 1150 p.

HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} édition, Sirey, 1930, 332 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} édition, Paris, Larose, 1900, 896 p.

HAURIOU Maurice, « *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII* », *Revue générale d'administration*, tomes XLIV et XLV, 1892, respectivement pp. 385-403 et pp. 15-28

HAURIOU Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, deuxième édition, Sirey, tome I, 743 p.

HAURIOU Maurice, « *La décentralisation par les établissements publics* », *Revue politique et parlementaire*, Tome IV, 1895, pp. 56-59

HAURIOU Maurice, *La décentralisation*, in *Répertoire de droit administratif*, Tome IX, Paris Dupont, 1891, pp. 471-490

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit le pouvoir, l'ordre et la liberté*, 1933, réédition du centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1986, 191 p.

HEITZ Paul, « La loi constitutionnelle de l'Alsace-Lorraine », *RDP*, 1911, pp. 429-465

JEZE Gaston, *Cours de droit public (licence 1923-1924)*, M. Giard, 1924, 301 p.

LEULLIER Robert, *Du Canton, considéré comme organe de décentralisation, avec une introduction historique sur la centralisation*, Thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1897, 125 p.

LEVERDAYS Emile, *Nouvelle organisation de la République*, Paris, Carré, 1892, 399 p.

LEYDET Victor, *Le syndicat de communes*, Thèse, Librairie technique et économique, 1937, 322 p.

LUCHAIRE Achille, *Manuel des institutions françaises – Période des capétiens directs*, 1892, Réédition Megariotis Reprints, Genève, 1979, 658 p.

LHOMME Charles et PIERRET Henry, *Code manuel des délégués cantonaux et communaux*, par MM. Charles Lhomme, Paris, Delagrave, 1882, 400 p.

MASPETIOL Roland & LAROQUE Pierre, *La tutelle administrative*, Sirey, 1930, 402 p.

MICHOUD Léon, *La théorie de la personnalité morale son application au droit français*, 2 tomes, deuxième édition 1924, Réédition LGDJ, collection Reprint, 1998, 513 p. (tome 1), 540 p. (tome 2).

MORGAND Léon, *La loi municipale : commentaire de la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation et les attributions des conseils municipaux*, Tome 1, Berger-Levrault, 1884, 476 p.

POUTHAS Charles-Hippolyte, « Les projets de réforme administrative sous la Restauration », *Revue d'histoire moderne*, tome 1, n°5, 1926, pp. 321-367

PUGET Henry, « L'urbanisme, l'aménagement de la région parisienne et les décrets-lois », *Revue Urbanisme*, octobre-novembre 1935, pp. 12-18

PUGET Henry, *Les institutions politiques et administratives de l'Europe continentale*, École libre des sciences politiques, cours de 1942-1943, 344 p.

REINACH Joseph, *Mon compte-rendu. Discours, propositions et rapports, 1889-1893*, Chaspoul, 1893, 447 p.

ROLLAND Louis et LAMPUE Pierre, *Législation et finances coloniales*, 1930, Sirey, 784 p.

ROLLAND Louis et LAMPUE Pierre, *Précis de législation coloniale*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1940, 601 p.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, édition originale 1918, Dalloz, 1975, 163 p.

SCELLE Georges, *Précis de droit des gens Principes et systématique*, Editions Sirey, Tomes 1 & 2, 1932 et 1934, réed. CNRS, 1984

TARDE Gabriel, *La criminalité comparée*, Bibliothèque de philosophie contemporaine, Félix Alcan Editeur, 2^{ème} édition, 1890, 211 p.

TARDE Gabriel, *Les transformations du droit*, Félix Alcan Editeur, 2^{ème} édition, 1894, 208 p.

TESSIER Théodore, « Dons et legs », in *Répertoire Béquet*, Tome XII, 1894, pp. 26-448

VALERY Paul, *Variété IV*, 1938, édition *Variété III, IV et V*, Gallimard, 2002, 853 p.

VANDAL Albert, *L'avènement de Bonaparte*, 1907, Plon-Nourrit, 540 p.

VERRIER Auguste, *De la Circonscription et du nom des communes. Étude sur le titre 1er de la loi municipale du 5 avril 1884*, Thèse, 1893, Lyon, E. Nicolas, 858 p.

i) Période 1946-1958

BRUN André, MAYER Henri D., *Les syndicats intercommunaux*, Paris, Berger-Levrault, 1954, 92 p.

DRAGO Roland, *Les crises de la notion d'établissement public*, Thèse, Editions A. Pedone, 1950, 285 p.

DURAND Charles, « De l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé », in Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE, *L'évolution du droit public*, Sirey, 1956, 574 p, pp. 193-210

EISENMANN Charles, *Centralisation et décentralisation Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, 330 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit constitutionnel comparé*, DES Droit public, 1950-1951, Les cours de droit, 222 p.

EISENMANN Charles, « L'arrêt Monpeurt : légende et réalité », in Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, *L'évolution du droit public*, Sirey, 1956, 574 p., pp. 221-249

Etudes en l'honneur d'Achille MESTRE, *L'évolution du droit public*, Sirey, 1956, 574 p.

HOMONT André, *La déconcentration des services publics*, Thèse, Bordeaux, Imprimerie centrale, 1950, 163 p.

RIVERO Jean, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », Dalloz, 1951, in A. de LAUBADERE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, pp. 5-10

SCELLE Georges, *Cours de Droit international public*, Editions Domat Montchrestien, 1948, 1008 p.

WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 4^{ème} édition, Sirey, 1946, 580 p.

WALINE Marcel, *Droit administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Sirey, 1957, 892 p.

2° Ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif et de droit des collectivités territoriales depuis 1958

a) Ouvrages de droit constitutionnel

CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, 21^{ème} édition, Armand Colin, 2004, 592 p.

DOUENCE Jean-Claude, « Statut constitutionnel des collectivités territoriales », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2018-1, Chapitre 1, § 109

FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTHIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, 2018, 20^{ème} édition, Dalloz, 1117 p.

GOHIN Olivier, *Droit constitutionnel*, LITEC, 2010, 1498 p.

HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 36^{ème} édition, LGDJ, 2016, 830 p.

JACQUE Jean-Paul, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Mémentos Dalloz, 4^{ème} édition, 2000, 249 p.

MATHIEU Bertrand, MACHELON Jean-Pierre, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, ROUSSEAU Dominique, PHILIPPE Xavier, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Dalloz, 2014, 598 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand et PACTET Pierre, *Droit constitutionnel*, 37^{ème} édition, Sirey, 2019, 707 p.

LUCHAIRE François, CONAC Gérard, PRETOT Xavier (Dir.), *La Constitution de la République française*, 3^{ème} édition, Economica, 2008, 2126 p.

LUCHAIRE François, LUCHAIRE Yves, *Décentralisation et Constitution*, Paris, Economica, 2003, 68 p.

b) Ouvrages de droit administratif

BÉNOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, 897 p.

BRAIBANT Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition, Presses de sciences po et DALLOZ, 2005, 653 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tomes 1 & 2, 15^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2001, resp. 1427 p. et 797 p.

DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, *Droit administratif*, 8^{ème} édition, Economica, 2007, 769 p.

DUPUIS Georges, *Droit administratif*, 11^{ème} édition, 2009, 719 p.

DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, *Droit administratif*, 2^{ème} édition, Colin, 1989, 542 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tomes 1 & 2, LGDJ, 1982, resp. 786 p. et 908 p.

FAURE Bertrand, *Institutions administratives*, PUF, coll. Licence droit, 1^{ère} édition, 2010, 229 p.

GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, 5^{ème} édition, LGDJ, 2006, 854 p.

GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2008, 739 p.

GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2010, 775 p.

GUETTIER Christophe, *Institutions administratives*, 6^{ème} édition, Dalloz, 2015, 600 p.

LAUBADERE André de, VENEZIA Jean-Claude, GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, tome 1 « Droit administratif général », 15^{ème} édition, LGDJ, 1999, 1107 p.

MAILLARD-DESGREES du LOÛ Dominique, *Institutions administratives*, PUF, 2011, 483 p.

MOREAU Jacques, *Droit administratif*, PUF, coll. Droit fondamental, 1989, 569 p.

OBERDORFF Henri, *Les institutions administratives*, 6^{ème} édition, Sirey, 2010, 324 p.

PUGET Henry, *Les institutions administratives étrangères*, Dalloz, 1969, 533 p.

SERRAND Pierre, *Manuel d'institutions administratives françaises*, 3^{ème} édition refondue, PUF, coll. Droit fondamental, 2009, 333 p.

VEDEL Georges et DELVOLVE Pierre, *Droit administratif*, Coll. Thémis, PUF, 7^{ème} édition, 1980, 1087 p.

VEDEL Georges et DELVOLVE Pierre, *Droit administratif*, Coll. Thémis, PUF, Tomes 1 et 2, 11^{ème} édition, 1990, 708 p. et 781 p.

c) Ouvrages spécialisés dans le domaine des collectivités territoriales

AUBY Jean-Bernard, AUBY Jean-François, NOGUELLOU Rozen, *Droit des collectivités locales*, coll. Thémis Droit public, PUF, 2004, 361 p.

BERNARD Paul, *Le grand tournant des communes de France*, Armand Colin, coll. Science administrative, 1969, 350 p.

BERNARD-GELABERT Marie-Christine, *L'intercommunalité*, 6^{ème} édition, LGDJ, Dexia, 119 p.

DOUENCE Jean-Claude, *La commune*, Dalloz, 1994, 136 p.

FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2014, 722 p.

FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, 4^{ème} édition, Précis Dalloz, 2016, 753 p.

GOHIN Olivier, DEGOFFE Michel, MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, DUBREUIL Charles-André, *Droit des collectivités territoriales*, Cujas, 2011, 649 p.

HOURTICQ Jean, *L'administration et la vie locales*, Institut d'études politiques de l'université de Paris, Amicale des élèves, Fascicule II, 1965-1966, 280 p.

JANICOT Laetitia, *Les syndicats mixtes*, JCl Administratif, Fasc. 129-30, édition du 1^{er} avril 2014

LE SAOUT (Dir.), *L'intercommunalité Logiques nationales et enjeux locaux*, Presses Universitaires de Rennes, 1997, 235 p.

MELLA Elisabeth, *Syndicat mixte – Création et administration*, JCl Collectivités territoriales, Fasc. 280, édition du 1^{er} novembre 2014

MONTAIN-DOMENACH Jacqueline, BREMOND Christine, *Droit des collectivités locales*, 3^{ème} édition, Presses universitaires de Grenoble, 2007, 365 p.

PICARD Jean-François, *Finances locales*, Lexisnexus, 2013, 484 p.

PONTIER Jean-Marie, *La décentralisation française Evolution et perspectives*, Lextenso Editions, 2016, 182 p.

TAILLEFAIT Anthony, *Coopération locale et intercommunalité-synthèse*, JCP Encyclopédie, 2016

VERPEAUX Michel, *Droit des collectivités territoriales*, PUF, 2^{ème} édition, 2008, 324 p.

VERPEAUX Michel et JANICOT Laetitia, *Droit des collectivités territoriales*, Coll. Major, PUF, 4^{ème} édition, 2017, 456 p.

3° Autres ouvrages

AMSELEK Paul (Dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, PUAM, 1986, 259 p.

Association française pour la recherche en droit administratif, *La personnalité publique*, Travaux de l'AFDA-1, LITEC, 2007, 256 p.

AUBELLE Vincent, *Osons la décentralisation : il est temps de décider de vivre ensemble*, Berger-Levrault, 2014, 207 p.

AUBRY François-Xavier, *La décentralisation contre l'État (l'État semi-centralisé)*, LGDJ, 1992, 181 p.

AUBY Jean-Bernard et FAURE Bertrand, *Les collectivités locales et le droit - les mutations actuelles*, Dalloz, 2001, 285 p.

BACHELARD Gaston, *Le rationalisme appliqué*, PUF, 1949, édition de 1986, 215 p.

BACCOYANNIS Constantinos, *Le principe de libre administration des collectivités territoriales*, Thèse, Economica, PUAM, collection droit public positif, 1993, 319 p.

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, *La commission de décentralisation de 1870*, PUF, Série sciences historiques, 1973, 162 p.

BAUBONNE Mickaël, *La rationalisation de l'organisation territoriale de la République*, Thèse, 2015, 491 p. et 84 p.

BEAUDOUIN Patrick et PEMEZEC Philippe, *Le livre noir de l'intercommunalité*, 2005, UMP, 117 p.

BECHILLON Denys de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Thèse, Economica, coll. Droit public positif, 1996, 577 p.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du Droit*, Collection Méthodes du droit, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, 399 p

BOUGRAB Jeannette, *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Thèse, Dalloz, 2002, 768 p

BOUTIN Christophe, ROUVILLOIS Frédéric (Dir.), *Décentraliser en France, Combats pour la liberté de l'esprit*, de Guibert, Colloque du centre, Caen, 28 et 29 novembre 2002, 2003, 308 p.

BOUVIER Michel, *Les finances locales*, 15^{ème} édition, LGDJ, 2013, 320 p.

BOUVIER Michel, ESCLASSAN Marie-Christine, LASSALE Jean-Pierre, *Finances publiques*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2013, 878 p.

BRISSON Jean-François (Dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, L'Harmattan, 2009, 593 p.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, Tome II : L'État, LGDJ, 1980, 733 p.

CAILLOSSE Jacques, « *Les mises en scène* » juridiques de la décentralisation, LGDJ, coll. Droit et société, volume 52, 2009, 250 p.

CALLON Jean-Éric, *Les projets constitutionnels de la Résistance*, La Documentation française, 1998, 244 p.

CENTRE D'ETUDES ET DE PROSPECTIVE, *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La Documentation française, 2004, 278 p.

CHIFFLOT Nicolas, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 83, Dalloz, 2009, 450 p.

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Tome 1. Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, La Documentation française, 1987, 613 p.

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Tome 2. Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, La Documentation française, 1988, 787 p.

CONNOIS René, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome XVIII, 1959, 244 p.

CONSTANS Louis, *Recherches sur la notion et la classification des personnes morales administratives*, Thèse, Dalloz, 1966, 264 p.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 4^{ème} édition, PUF, 2003, 951 p.

DEMELAS Marie-Danielle et VIVIER Nadine (Dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914) – Europe occidentale et Amérique latine*, Presses universitaires de Rennes, 2003, 328 p.

DOAT Mathieu, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 230, 2003, 317 p.

DUBOIS Jean-Pierre, *Le contrôle administratif sur les établissements publics*, Thèse, LGDJ, tome CXLIII, 1982, 528 p.

DUPUIS Georges, *Le centre et la périphérie en France*, LGDJ, 2000, 138 p.

DUSSART Vincent, *L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels*, Thèse, CNRS, 2000, 334 p.

EISENMANN Charles, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Editions Panthéon-Assas, textes réunis par Charles LEBEN, 2002, 668 p.

Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992, 811 p.

FLOGAÏTIS Spyridon, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 133, 1979, 281 p.

FORTSAKIS Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1987, 542 p.

FOURNIE François, *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 245, 2005, 629 p.

FRESSOZ Denis, *Décentralisation, l'exception française*, L'Harmattan, 2005, 116 p.

GAUDEMET Yves et GOHIN Olivier (Dir.), *La République décentralisée*, Ed. Panthéon-Assas, 2004, 170 p.

GIUILY Éric, *Il y a 30 ans, l'Acte I de la décentralisation*, Berger Levrault, 2012, 238 p.

GORGE Anne-Sophie, *Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales*, Thèse, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2011, 692 p.

GUGLIEMI Gilles, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 157, 1991, 378 p.

HAID Franck, *Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse, 2005, 372 p.

HOUSER Matthieu, *L'intervention de l'État et la coopération entre communes*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009, 592 p.

JACQUE Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2018, 854 p.

JOYAU Marc, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 198, 1998, 362 p.

KADA Nicolas (Dir.), *De la réforme territoriale à la réforme de l'État*, PUG, 2011, 296 p.

KADA Nicolas (Dir.), *Les tabous de la décentralisation*, Berger-Levrault, 2015, 398 p.

KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997, 517 p.

LAVROFF Dmitri Georges (Dir.), *La République décentralisée*, L'Harmattan, 2003, 429 p.

LEFEBVRE François, *Aménagement du territoire Emergence d'un droit ?*, L'Harmattan, 2004, 224 p.

LEFEBVRE François (éd.), *La loi d'orientation sur l'aménagement du territoire et la réforme de l'État*, L'Harmattan, 1996, 437 p.

LEMAIRE Félicien, *Le principe d'indivisibilité de la République*, Presses Universitaires Rennes, Collection l'univers des normes, 2010, 290 p.

LEROYER Séverine, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V^{ème} République*, Thèse, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, vol. 106, 2011, 756 p.

LINDITCH Florian, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 176, 1997, 334 p.

MABILEAU Albert, *A la recherche du « local »*, Logiques politiques, l'Harmattan, 1993, 232 p.

Manifeste des maires et des présidents d'intercommunalité, « *Pour des communes fortes et vivantes au service des citoyens ! 2017-2022* », AMF, 2017

MARCONNIS Robert, « France : recompositions territoriales », La Documentation française, Dossier n°8051, 2006, 63 p.

MARZELIER Christiane, *Décentralisation acte II chronique des assises des libertés locales*, l'Harmattan, 2004, 141 p.

Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, *La profondeur du droit local*, Dalloz, 2006, 501 p.

Mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU, *Les collectivités locales*, Economica, 2002, 491 p.

MENY Yves, *Centralisation et décentralisation dans le débat politique français (1945-1969)*, Thèse, LGDJ, 1974, 536 p.

MODERNE Franck (Dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, 438 p.

MORANGE Jean, *L'idée de municipalité de canton*, PUF, Série science administrative, 1971, 96 p.

NEMERY Jean-Claude (Dir.), *Quelle nouvelle réforme pour les collectivités territoriales françaises ?*, L'Harmattan, coll. GRALE, 2010, 367 p.

PARDINI Jean-Jacques et DEVES Claude, *la Réforme de l'État*, Actes du Colloque international de Toulon, BRUYLANT, Bruxelles, 2005, 289 p.

PAVIA Marie-Luce, *Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?*, Actes du colloque de Montpellier les 29 et 30 juin 2007, L'Harmattan, 2010, 257 p.

PERTUE Michel, *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Actes du colloque d'Orléans (30 septembre, 1^{er} et 2 octobre 1993), Presse universitaires d'Orléans, 1998, 671 p.

PISIER-KOUCHNER Evelyne, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Thèse, collection Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1972, 316 p.

PONTIER Jean-Marie, *L'État et les collectivités locales : la répartition des compétences*, Thèse, LGDJ, 1978, 630 p.

POPPER Karl, *La société ouverte et ses ennemis, L'ascendant de Platon*, Tome 1, Le Seuil, Paris, 1979, 257 p.

RIBOT Catherine, *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité*, Thèse, Montpellier, 1993, 596 p.

ROBBE François, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 101, 2001, 594 p.

ROUAULT Marie-Christine, *L'intérêt communal*, Thèse, Presses Universitaires de Lille, 1991, 444 p.

ROUSSILLON Henry, *Les structures territoriales des communes*, Thèse, LGDJ, 1972, 491 p.

SAUVAGEOT Frédéric, *Les catégories de collectivités territoriales de la République, Contribution à l'étude de l'article 72, alinéa 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958*, Thèse, PUAM, 2004, 472 p.

SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1966, 520 p.

SFEZ Lucien (Dir.), *L'objet local*, coll. 10/18, 1977, 435 p.

SPILIOTOPOULOS Epaminondas, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome XIX, 1959, 165 p.

STIRN Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 5^{ème} édition, coll. Système, LGDJ, 2006, 170 p.

SYMBILLE Jocelyne, *Essai sur la notion de décentralisation fonctionnelle en droit administratif français*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 451 p.

TARTOUR Laurence, *L'autonomie financière des collectivités territoriales en droit français*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de science financière, tome 55, 2012, 413 p.

THERON Jean-Pierre, *Recherche sur la notion d'établissement public*, Thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome CXXIII, 1976, 329 p.

TIMSIT Gérard, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1963, 316 p.

TREMEAU Jérôme, *La réserve de loi*, Thèse, PUAM, Economica, 1997, 414 p.

TRONQUOY Philippe (Dir.), « Villes et territoires », Cahiers français, n°328, la Documentation française, 2005, 95 p.

VERDUN Louis-Georges, *Le groupement de communes en France*, Thèse, 1963, 252 p.

VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale – Les Biens Communaux en France 1750-1914*, La Sorbonne, 1998, 352 p.

II. ARTICLES

A

Anonyme, « A propos de la législation sur les syndicats de communes et les syndicats mixtes », *La Revue administrative*, n° 93, mai-juin 1963, pp. 241-245

AUBELLE Vincent, « La commune nouvelle, nouvelle forme d'intercommunalité ! », *Pouvoirs locaux*, n°98/2013, pp. 11-16

AUBELLE Vincent « L'étrange défaite de la politique, ou la métropole qui oublie la métropolisation », *Lamy des collectivités territoriales*, 2014, pp. 61-65

AUBY Jean-Bernard, « La loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale », *RFDA*, 1993, pp. 1-2

AUBY Jean-Bernard, « La loi constitutionnelle relative à la décentralisation », *Droit administratif*, n°4, 2003, pp. 6-10

AUBY Jean-François, « Les sociétés publiques locales, un outil aux contours incertains », *RFDA*, 2012, pp. 99-108

AUTEXIER, « L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République », *RDP*, 1981, pp.581-620

B

BARBIER Christian, « La circonscription administrative : réflexion sur un concept équivoque », *AJDA*, 1996, pp. 411-417

BARROCHE Julien, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », VII^{ème} Congrès de l'AFDC, Communication atelier n°4 « Constitution et territoire », 2008, 19 p.

BEAUD Olivier, « A propos des écrits de théorie du droit de Charles Eisenmann », *Droits*, n°36, 2002/2, pp. 189-200

BÉNOIT Francis-Paul, « L'évolution des affaires locales De la décentralisation des autorités à la décentralisation des compétences », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, La profondeur du droit local*, 2006, pp. 23-44

BERNARD Paul, « L'établissement public territorial Une exigence française renouvelée : la coopération territoriale », *AJDA*, 1988, pp. 705-710

BESSE-DESMOULIERES Raphaëlle, « Nuit debout, histoire d'un ovni politique », *Le Monde*, 7 avril 2016, p. 12

BIANCARELLI Jacques, « L'influence du droit communautaire sur l'organisation administrative française », *AJDA*, 1996, pp. 22-27

BIGOT Grégoire, « Collectivités territoriales de l'État : enseignements de l'histoire », *JCP A*, n° 14, 2011.2128

BOUDINE Joël, « La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique ? », *RDP*, 1992, pp. 171-199

BOULOUIS Jean, « Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes » in *Mélanges offerts à L. TROTABAS*, LGDJ, 1970, pp. 29-40

BOURJOL Maurice, « L'intercommunalité Réflexion autour d'un mythe », in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz, 1992, pp. 381-403

BOUVIER Michel, « Du centre à la périphérie : les nouvelles figures de la constitutionnalisation du droit public financier », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, B. MATHIEU (dir.), Dalloz, 2008, 802 p.

BRAUDEL Fernand, « Histoire et science sociale : la longue durée », *Revue Annales*, 1958, pp. 725-753

BRIANT Vincent de, « Le « fédéralisme administratif » : moyen ou fin de la réforme territoriale ? », *Pouvoirs locaux*, n°84/2010, pp. 24-29

BRISSON Jean-François, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, pp. 529-539

BRISSON Jean-François, « « La France est une République indivisible...son organisation est décentralisée » ! », *RDP*, 2003, pp. 111-114

BRISSON Jean-François, « La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes », *Dr. Adm.* 2011. Étude 5

C

CADOUX Charles, « L'avenir de la décentralisation territoriale », *AJDA*, 1963, pp. 268-272

CAILLOSSE Jacques, « Ce que les juristes appellent « décentralisation », Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, *La profondeur du droit local*, Dalloz, 2006, pp. 71-98

CAMBY Jean-Pierre, « Qu'est-ce qu'un parti politique ou un groupement politique ? », *Les Petites Affiches*, n°29, 1997, pp. 14-19

CHAPUISAT Louis-Jérôme, « Les affaires communales », *AJDA*, 1976, pp. 470-478

CHENOT Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, pp. 77-83

COLARD Daniel, « Une structure supra-communale pour les grandes villes : les communautés urbaines », *AJDA*, 1967, pp. 449-460

COMBEAU Pascal, « Intercommunalité, communes nouvelles et libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2017, pp. 350-354

CROUZATIER-DURAND Florence, « Le succès des expérimentations normatives étatiques face aux échecs de l'expérimentation normative locale », in J. F. BRISSON (Dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, pp. 223-231

CROUZATIER-DURAND Florence, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative » (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République), *RFDC*, 2003/4 n° 56, p. 675-695

CUMYN Michelle, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit », *Les cahiers de Droit*, Laval (Canada), n°52, 2011, pp. 351-378

D

DARCY Gilles, « Variation sur le concept de territoire », *Mélanges Moreau*, Economica, 2002, pp. 71-81

DAUGERON Bruno, « La notion du suffrage universel indirect », *RFPIH*, n°38, 2013, pp. 329-366

DEFFIGIER Clothilde, « Intercommunalité et territorialisation de l'action publique en Europe », *RFAP*, 2007, pp. 79-98

DEGOFFE Michel, « Les nouvelles formes de regroupement intercommunal », *BJCL*, 2011, pp. 31-35

DEGOFFE Michel, « L'intercommunalité fille de la décentralisation », *BJCL*, 2012 pp. 271-274

DEGOFFE Michel, « Les nouvelles intercommunalités », *RFDA*, 2016, pp. 481-489

DELVOLVE Pierre, « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, pp. 1211-1217

DEMAYE Patricia, « La recherche de la démocratie intercommunale », in *La démocratie locale Représentation, participation, espace public*, PUF, 1999, pp. 237-270

DENAJA Sébastien, « L'expérimentation, au cœur de la réforme de l'État (territorial) », in N. KADA (Dir.), *De la réforme territoriale à la réforme de l'État*, PU Grenoble, 2011, pp. 39-50

DESCHAMPS Emmanuelle, « Métropole et pôle métropolitain dans la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales », *AJDA*, pp. 1128-1135

DESPOIX Jennifer, « L'expérimentation comme mode ambigu de répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, in J. F. BRISSON (Dir.), *Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales*, 2009, pp. 215-222

DIMIER Véronique, « Le commandant de cercle : un « expert » en administration coloniale, un « spécialiste » de l'indigène ? », *Revue d'Histoire des Sciences humaines*, 2004/1, n°10, pp. 39-57

DOAT Mathieu, « Vers une conception a-centralisée de l'organisation de la France », *RDP*, 2003, pp. 115-117

DOMENACH Jacqueline, « Autonomie des collectivités territoriales et QPC : une portée très relative des principes de libre administration et d'autonomie financière », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, 2011, pp. 48-51

DONIER Virginie, « Les clairs - obscurs de la nouvelle répartition des compétences », *AJDA*, 2011, pp. 92-98

DOUENCE Jean-Claude, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA*, 1971, pp. 4-17

DOUENCE Jean-Claude, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP*, 1972, pp. 753-810

DOUENCE Jean-Claude, « La région : collectivité à vocation générale ou spécialisée ? », *RFDA*, 1986, pp. 539-554

DOUENCE Jean-Claude, « Réflexion sur la vocation générale des collectivités territoriales », in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, 1999, pp. 317-342

DOUENCE Jean-Claude, « Les métropoles », *RFDA*, 2011, pp. 258-272

DRAGO Guillaume, « Le droit à l'expérimentation », in Y. GAUDEMET et O. GOHIN (Dir.), *La République décentralisée*, 2004, p. 69 et s.

DUGRIP Olivier, « La notion de « règles concernant la création des catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, 1996, 503 p, pp. 369-394

E

EISENMANN Charles, Les structures de l'administration », in *Traité de science administrative*, Mouton, 1966, 903 p., pp.261-318

EISENMANN Charles, « Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'administration », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Tome II, LGDJ, 1974, pp. 415-428

EISENMANN Charles, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, Tome 88, 1972, pp. 1345-1441

ESPER Claudine, « Un instrument juridique nouveau au bénéfice du secteur social et médico-social : le groupement de coopération sociale ou médico-sociale », *RDSS*, 2006. 909

EVEILLARD Gweltaz, « Le caractère non réglementaire du schéma de coopération intercommunale », *AJDA*, 2017.532

F

FABRE Michel-Henry, « L'unité et l'indivisibilité de la République. Réalité ? Fiction ? », *RDP*, 1982, pp. 603-622

FATÔME Etienne, « A propos du rattachement des établissements publics », in *Mélanges Moreau*, Economica, 2002, pp.139-152

FATÔME Etienne et MOREAU Jacques, « L'établissement public local. Unité et diversité des établissements publics locaux », *AJDA*, 1987, pp. 563-567

FATÔME Etienne et MOREAU Jacques, « L'établissement public territorial Mode de gestion du service public ? », *AJDA*, 1988, pp. 699-704

FAURE Bertrand, « Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français », *RDP*, 1996, pp. 1539-1553

FAURE Bertrand, « La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2002.469

FAURE Bertrand, « Réforme constitutionnelle de décentralisation : des slogans font loi », *RDP*, 2003, pp. 119-122

FAURE Bertrand, « L'intégration de l'expérimentation au droit public français », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de F. MODERNE*, Dalloz, 2004, pp.165-188

FAURE Bertrand, « L'hypothèse des bases constitutionnelles de l'établissement public territorial », in *La profondeur du droit local. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE*, 2006, pp. 155-173,

FAURE Bertrand, « Le rapport du Comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales : bonnes raisons, fausses solutions ? », *AJDA*, 2009.859

FAURE Bertrand, « La nouvelle compétence générale des départements et des régions », *RFDA*, 2011, pp. 240-245

FAURE Bertrand, « Le regroupement départements-région Remède ou problème ? », *AJDA*, 2011, pp. 86-91

FAURE Bertrand, « La glorieuse trentenaire A propos du 30^e anniversaire de la loi du 2 mars 1982 », *AJDA*, 2012, pp. 738-742

FAURE Bertrand, « Le schéma départemental de coopération intercommunale a-t-il une valeur contraignante ? », *AJDA*, 2013, pp. 240-244

FAURE Bertrand, « L'épisode constitutionnel de la réforme des collectivités territoriales (2014-2015) », *RDP*, 2015, p. 1173 et s.

FAURE Bertrand, « La clause générale de compétence et le chercheur », *AJDA*, 2015, p. 1825

FAURE Bertrand, « La fin d'une catégorie juridique : la collectivité territoriale ? », *AJDA*, 2016.2438

FAURE Bertrand, « Le schéma en droit administratif », *RDP*, 2018, p. 437 et s.

FAVOREU Louis, « La notion constitutionnelle de collectivités territoriales », in *Les collectivités locales, Mélanges J. MOREAU*, Economica, 2002, 491 p, pp. 155-163

FAVOREU Louis, « La constitutionnalisation du droit », in *l'Unité du droit, mélanges en hommage à R. DRAGO*, 1996, Economica, 503 p., pp. 24-42

FAVOREU Louis, ROUX André, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales)*, 2002, pp. 88-92

FIALAIRE Jacques, « L'intercommunalité face au principe de libre administration », *AJDA*, 2013.1386

FLORY Thiébaud, « La réforme du 16 juillet 1971 relative aux fusions et aux regroupements de communes », *AJDA*, 1971, pp. 637-646

G

GELIN-RACINOUX Laurence, « La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004 », *AJDA*, 2007, pp. 283-289

GENEVOIS Bruno, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 1998.477

GILBERT Guy et GUENGANT Alain, « L'émiettement communal et la fiscalité », *Revue Pouvoirs*, n°60, 1992, pp. 85-98

GOESEL-LE BIHAN Valérie, « Les griefs d'inconstitutionnalité dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel : entre objectivisation, rationalisation et européanisation », *RFDA*, 2016, pp.1251-1262

GOHIN Olivier, « Loi et contrat dans les rapports entre collectivités publiques », *Les nouveaux cahiers du Conseil*, n°17, 2004, pp. 95-102,

GOHIN Olivier, « La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA*, 2003, pp. 522-528

GOYARD Claude, « Les conceptions de Charles Eisenmann relatives à l'organisation de l'administration », in *La pensée de Charles Eisenmann*, 1986, p. 183 et s

GROSHEN Jean-Claude & WALINE Jean, « A propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 375-429

H

HAVARD Léa, « La métropole collectivité territoriale de Lyon : évolution ou révolution ? », *AJDA*, 2017.510

HAYWARD Jack, « Incorporer la périphérie : l'essor et la chute de régionalisation fonctionnelle en France », *Revue Pouvoirs*, n°19, 1981, pp.103-118

HECQUARD-THERON Maryvonne, « De l'intérêt collectif... », *AJDA*, 1986, pp. 65-74

HOURTICQ Jean, « Districts urbains et syndicats de communes », *EDCE*, 1961, pp. 31-46

HOURTICQ Jean, « Les structures administratives des zones urbaines en France », in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, 1974, LGDJ, 1974, pp. 425-432

HOUSER Mathieu, « Recherches sur le concept de recentralisation », *RRJ*, 2011-2, pp. 751-775

HOUSER Mathieu, « De la spécialisation fiscale à la spécialisation de l'organisation territoriale française », *Pouvoirs locaux*, n°84/2010, pp. 31-36

HOUSER Mathieu, « La délimitation de la clause générale de compétence, une alternance à sa suppression », *Revue administrative*, n°362, 2008, pp. 157-164

J

JANICOT Laetitia, « Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français », *AJDA*, 2004, pp. 1574-1583

JANICOT Laetitia, « Les collectivités territoriales, une définition doctrinale menacée ? », *RFDA*, 2011.227

JANICOT Laetitia, « La fonction de chef de file », *RFDA*, 2014, p.472 et s.

JEBEILI Cécile, « L'élection des conseillers communautaires au suffrage universel direct : l'intercommunalité entre fiction et réalité », *JCP intercommunalité*, 2006, pp. 4-8

JEGOUZO Yves, « Les communautés de communes et les communautés de villes : révolution, innovation ou redondance ? », *RFDA*, 1993, pp. 3-19

JENNEQUIN Anne, « Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution - Bilan de la pratique », *RFDA*, 2008, pp. 920-930

JOYE Jean-François, « Les EPCI à fiscalité propre : des collectivités territoriales mal nommées ? », *Les Petites affiches*, 2003.4

K

KADA Nicolas, « Métropoles : vers un droit (peu) commun ? », *AJDA*, 2014.619

KADA Nicolas, « Coopération décentralisée : un droit sous influence », *JCP A*, n° 30, 2013.2218

L

LAUBADERE André de, « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivités territoriales », in *Mélanges Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, 903 p., pp. 411-447

LAUBADERE André de, « Chronique générale de législation Collectivités locales Coopération intercommunale », *AJDA*, 1977, pp.431-434

LAMOUROUX Sophie, « La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel : ombres et lumières », *RFDC*, 2012, pp.83-103

LAVAL-MADER Nathalie, « La société publique locale, un outil de décentralisation coopérative », *RFDA*, 2012, pp. 1092-1098

LEMAIRE Félicien, « A propos du bonheur dans les constitutions », *RFDA*, 2015.107

LE CHATELIER Gilles, « Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ? », *AJDA*, 2009, pp. 186-191

LEFEBVRE François, « La notion de chef de file dans la législation sur l'aménagement du territoire », *Revue territoires 2020*, n°8, 2003, pp. 27-36

LEFEBVRE Rémi, « Les impensés de la démocratie locale dans le projet de réforme territoriale », *Pouvoirs locaux*, n°84/2010, pp. 19-23

LEFEVRE Christian, « De l'intercommunalité fonctionnelle à la supracommunalité citoyenne », in *La décentralisation en France*, Institut de la décentralisation, 1996, pp. 103-112

LEMOYNE de FORGES Jean-Michel, « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », in *La République décentralisée*, GOHIN Olivier et GAUDEMET Yves, (Dir.), colloque Panthéon-Assas, 2004, p. 48 et s

LUCHAIRE François, « Les fondements constitutionnels de la décentralisation », *RDP*, 1982, pp.1543-1565

LUTTON Philippe, « Liberté communale et coopération intercommunale, trois décisions du Conseil constitutionnel du 26 avril 2013 », *Constitutions*, 2013.397

M

MADIOT Yves, « Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales », *RFDA*, 1996, pp. 964-972

MAMONTOFF Catherine, « Réflexions sur l'expérimentation du droit », *RDP*, 1998, pp. 351-371

MAZERE Jean-Arnaud, « Les collectivités locales et la représentation Essai de problématique élémentaire », *RDP*, 1990, pp. 607-642

MILLARD Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société* 30/31, 1995, pp. 381-412,

MARCOU Gérard, « Introduction au rapport intitulé « expérimentation et collectivités locales : expériences européennes » », in Centre d'études et de prospective, *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, La Documentation française, 2004, 278 p, pp. 25-26

MARCOU Gérard, « La réforme des collectivités territoriales : ambition et défaut de perspectives », *RFDA*, 2010, pp. 357-377

MARCOU Gérard, « Les trente ans de la région : et demain ? », *AJDA*, 2012, pp. 746-752

MEDARD Jean-François, « Les Communautés urbaines : renforcement ou déclin de l'autonomie locale ? », *RDP*, 1968, pp. 737-800

MELLERAY Fabrice, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », *AJDA*, 2003, pp. 711-717

MOLITOR Cédric, « La subsidiarité et les collectivités locales », in *Le principe de subsidiarité*, F. DELPEREE, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, 2002, pp. 257-271

MONJAL Pierre-Yves, « Les enjeux de la notion « d'intérêt communautaire » ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI, *AJDA*, 2003.1701

MONTAIN-DOMENACH Jacqueline, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *Les Cahiers constitutionnels*, n°12, 2002, pp. 118-123

MONTALIVET Pierre de, « QPC et droit des collectivités territoriales », *AJDA*, 2016.586

MOREAU Jacques, « L'organisation administrative de Paris, Marseille et Lyon et le mode d'élection de leurs conseillers », *AJDA*, 1983, pp. 115-119

MOREAU Jacques, « La coopération verticale et les transferts de compétences – essai d'analyse juridique », *Les cahiers du CNFPT*, n°40, 1994, pp. 7-14

MOREAU Jacques, « L'état civil des communes, des départements et des régions », in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz, 1992, pp. 431-441

MOUTOUH Hugues, « La Corse : une chance pour la République ? Libres propos sur l'archaïsme de l'administration territoriale française », *Recueil Dalloz*, 2001.1559

MOUTOUH Hugues, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, 2007, pp. 479-493

MOZOL Patrick, « La distinction entre les collectivités territoriales et les EPCI à l'épreuve de la loi du 27 janvier 2014 : entre complexification et reconsolidation », *JCP A*, 2014.2201

MOZOL Patrick, « Les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre ou les vicissitudes d'une distinction en voie d'effondrement théorique », *RFDA*, 2016.1133

MUZELLEC Raymond, « Les modes de coopération et les aspects financiers de la coopération verticale », *Les cahiers du CNFPT*, n°40, 1994, pp. 15-34

NEMERY Jean-Claude, « Les compétences économiques des collectivités locales, évaluation et perspective d'évolution », *Les cahiers du CNFPT*, n°40, 1994, pp. 181-188

NEVEU Philippe, « Quand l'intention implicite mais nécessaire du législateur permet d'écarter le grief de rupture d'égalité en matière d'exonération de cotisation sociale », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°42, 2011.2320

P

PAYRE Renaud, « Une république des communes. Henri Sellier et la réforme municipale en avril 1942 », *In Genèses*, 41, 2000. pp. 143-163

PIC Elsa, « Faire de la terminologie en droit ? », *Cahiers du CIEL*, 2007-2008, pp. 57-69

PINON Stéphane, « Léon DUGUIT face à la doctrine constitutionnelle naissante », *RDP*, n°2-2010, pp. 528-548

PONTIER Jean-Marie, « Semper manet, sur une clause générale de compétence », *RDP*, 1984, pp. 1443-1472

PONTIER Jean-Marie, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, pp. 1515-1537

PONTIER Jean-Marie, « Libres interrogations sur l'organisation et la libre administration des collectivités territoriales locales », *La Revue administrative*, 1993, pp. 61-70

PONTIER Jean-Marie, « Coopération contractuelle et coopération institutionnelle », *La Revue administrative*, 1994, n°278, pp. 162-167

PONTIER Jean-Marie, « Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA*, 1997, pp. 723-730

PONTIER Jean-Marie, « Pour une reconnaissance de la notion de chef de file », *Revue administrative*, n°328, 2002, pp. 402-407

PONTIER Jean-Marie, « La décentralisation territoriale en France au début du XXI^{ème} siècle », *RGCT*, 2002, pp. 87-109

PONTIER Jean-Marie, « La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales », *AJDA*, 2003, p. 1717

PONTIER Jean-Marie, « Nouvelles observations sur la clause générale de compétence », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude DOUENCE, La profondeur du droit local*, 2006, pp. 365-394

PONTIER Jean-Marie, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA*, 2007, pp. 979-989

PONTIER Jean-Marie, « Retour sur une région refusée », *AJDA*, 2009, pp. 805-808

PONTIER Jean-Marie, « Entre deux rives : une décennie d'intercommunalité », *JCP A*, 2009, pp. 42-46

PONTIER Jean-Marie, « « Eu égard aux relations financières ». QPC dépenses des communes pour cartes nationales d'identité : conformité de la loi », *JCP A*, 2010, n° 41, pp. 28-35

PONTIER Jean-Marie, « Mort ou survie de la clause générale de compétence ? », *BJCL*, 2011, pp. 11-23

PONTIER Jean-Marie, « Requiem pour la clause générale de compétence ? », *JCP A*, 2011.2015

PONTIER Jean-Marie, « Trente ans de répartition et de redistribution des compétences entre l'État et les collectivités territoriales », *BJCL*, n°4, 2012, pp. 275-285

PONTIER Jean-Marie, « Le vrai faux retour de la clause de compétence générale », *JCP A*, 2014, pp. 27-33

PONTIER Jean-Marie, « Qu'est-ce que le « local » ? », *AJDA*, 2017.1093

PORTIER Nicolas, « La coopération intercommunale dans la réforme des collectivités », *AJDA*, 2011, pp. 80-85

PYKA Robert, « La métropolisation en Pologne : le fonctionnement et l'avenir des espaces métropolitains polonais », *Métropoles* [En ligne], 10 | 2011, mis en ligne le 15 mai 2012, consulté le 11 juillet 2018. URL : <http://journals.openedition.org/metropoles/4515>

Q

QUERMONNE Jean-Louis, « Vers un régionalisme fonctionnel ? », *RFSP*, n°4, 1963, pp. 849-876,

R

RENAUDIE Olivier, « Le Grand Paris », *RFDA*, 2016, pp. 490-496

RIBOT Catherine, « La loi du 12 juillet 1999 : simplification ou renforcement des regroupements territoriaux ? », in *Territoires et libertés, Mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 81-104

ROBBE François, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », *RFDC*, 2003, pp. 725-758

ROBLOT-TROIZIER Agnès, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, pp. 945-952

ROUSSEAU Dominique, « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire », *RFDA*, 1995.876

ROUX André, « Constitution décentralisation et libre administration des collectivités territoriales », in *Mélanges Francis Delpérée, itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant, 2007

ROUX André, « Réforme de l'État et expérimentation », in *La Réforme de l'État*, J. J. PARDINI et C. DEVES (Dir.), Bruylant, 2005, pp. 99-115

S

SCHOETTL Jean-Éric, « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA*, 2002, pp. 100-105

SEMPE Françoise, « la décision Commune de Salbris : des effets à neutraliser », *AJDA*, 2014, pp. 2360-2364

STIRN Bernard, « Constitution et droit administratif », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n°37, pp. 8-19

SORBARA Jean-Gabriel, « Les biens communaux », *RDP*, 2008, pp. 1023-1044

SIEDENTOPF Heinrich, « Le processus de réforme communale en République Fédérale d'Allemagne (194-1980) », *RFAP*, 1981, pp. 11-33

T

TIMSIT Gérard, « Science juridique et science politique selon C. EISENMANN », in P. AMSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, pp. 15-29

TELLIER Thibault, « La constitution d'un nouveau modèle d'action publique territoriale : la loi Marcellin de 1971 et la fusion de communes », *RFAP*, 2017/2, pp. 253-266

TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métanotion fonctionnelle », *RFDA*, 2009.641

V

VAUTROT-SCHWARZ Charles, « La définition du droit administratif dans les cours de Charles EISENMANN », *RDP*, 2016, p. 427 et s.

VENEZIA Jean-Claude, « Les regroupements de communes Bilan et perspectives », *RDP*, 1971, pp. 1061-1123

VERPEAUX Michel, « La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos », *RFDA*, 2003, pp. 661-670

VERPEAUX Michel, « Les principes constitutionnels », in S. CAUDAL et F. ROBBE (Dir.), *Les relations entre collectivités territoriales*, l'Harmattan, 2005, 223 p., pp.47-68

VERPEAUX Michel, « Les collectivités territoriales et le nouvel établissement public de gestion de la Défense », *AJDA*, 2007.1072

VERPEAUX Michel, « Vrai et fausse coopération intercommunale : comment les distinguer ? », *AJDA*, 2009, pp. 1946-1950

VERPEAUX Michel, « Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales », *AJDA*, 2009, pp. 99-106

VERPEAUX Michel, « Le rapport Balladur sur la réforme des collectivités territoriales, des raisons et des solutions », *RFDA*, 2009, pp. 407-418

VERPEAUX Michel, « La clause générale de compétence, consécration ou remise en cause ? », *RLCT*, 2009.66

VERPEAUX Michel, « Des ambitions aux lois ou du comité Balladur à la loi du 16 décembre 2010 », *AJDA*, 2011, pp. 74-79

VERPEAUX Michel, « « Une réforme » ou « la » réforme des collectivités territoriales ? », *RFDA*, 2011, pp. 225-239

VERPEAUX Michel, « La réforme territoriale et les nouveaux élus », *RFDA*, 2011, pp. 246-239-257

VERPEAUX Michel, « Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales », *AJDA*, 2011, pp. 2067-2072

VERPEAUX Michel, « 1982 : de quoi la loi du 2 mars est-elle la cause ? », *AJDA*, 2012, pp. 743-745

VERPEAUX Michel, « Pavane pour une notion défunte : la clause générale de compétence », *RFDA*, n°3, 2014, pp. 457-666

VERPEAUX Michel, « L'émergence d'un droit constitutionnel de l'intercommunalité – A propos de quelques décisions QPC récentes intéressant l'intercommunalité », *JCP A*, 2014.2274

VERPEAUX Michel, « Les délimitations des nouvelles régions : décret, loi convention et Constitution », *JCP A*, 2015.1439

VERPEAUX Michel, « Présentation – L'Europe des collectivités territoriales, l'Europe et les collectivités territoriales » in *Dossier Des réformes de collectivités territoriales en Europe*, *RFDA*, 2015, pp. 683-685

VERPEAUX Michel, « Suppression de la clause de compétence générale du département : la fin du Vendée globe ? », *JCP G*, 2016, pp. 1971-1975

VERPEAUX Michel, « Le délicat équilibre entre les communes au sein des métropoles : le cas marseillais », *JCP A*, 2016.2071

M. VIZY, « Le dernier commandant du cercle ? », *RFAP*, 2002/1, n°101, pp. 111-114.

W

WALINE Marcel, « Réflexions sur la décentralisation », *Académie des sciences morales et politiques*, Séance du 17 décembre 1973, pp. 193-207

WOLFF Nathalie, « L'élection au suffrage universel direct des représentants des EPCI – Les paradoxes de la légitimité », *AJDA*, 2011, pp. 1120-1127

WOLLMANN Hellmut, « Les réformes du système local dans les länder allemands : entre communes fusionnées et intercommunalité », *RFAP*, 2017, pp. 313-326

WUYTS Herman, « Les réformes de l'administration locale en Belgique depuis 1960 », *RFAP*, 1981, pp. 51-65

Y

YOLKA Philippe, « Pavane pour une étoile éteinte : la loi du 28 pluviôse an VIII », *JCP A*, n°29, 2009, p. 3 et s

Z

ZOLLER Elisabeth, « La création des syndicats de communes : une décision des communes ou de l'État ? », *RDP*, 1976, pp. 985-994

ZWAAN Laurens, « L'expérience en matière d'intercommunalité », *INET, Entretiens territoriaux de Strasbourg*, 2010, p. 5

III. RAPPORTS

Assemblée nationale, GOUZES Gérard, *Rapport n° 1356 relatif à l'organisation urbaine et la simplification de la coopération intercommunale*, 1999, 226 p.

Assemblée nationale, ROGEMONT Marcel, *Rapport n°3265 relatif à la création des EPCC*, 2001, 44 p.

Assemblée nationale, CLEMENT Pascal, *Rapport n°376 sur l'organisation décentralisée de la République*, 2002, 98 p.

Assemblée nationale, DAUBRESSE Marc-Philippe, *Rapport n°1435 sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales*, Tome 1^{er}, 5^{ème} partie, 2004, 32 p.

Assemblée nationale, PERBEN Dominique, *Imaginer les métropoles d'avenir*, Rapport au Président de la République, 2008, 79 p.

Assemblée nationale, PIRON Michel, *Rapport n°955 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, 2003, 51 p.

Assemblée nationale, WARSMANN Jean-Luc, *Rapport n°1009 sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^{ème} République*, 2008, 240 p.

Assemblée nationale, Mission d'information présidée par WARSMANN Jean-Luc, *Une clarification de l'organisation et des compétences des collectivités territoriales*, 2008, 123 p.

Assemblée nationale, DUSSOPT Olivier, *Rapport n° 2872 relatif à la nouvelle organisation territoriale de la République*, 17 juin 2015, 684 p.

Assemblée nationale, GEOFFROY Guy, *Rapport n°1541 relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, 2004, 57 p.

CES, *Communes, intercommunalités, quels devenir ?*, Rapport, 2005, 172 p.

Chambre régionale des comptes des Pays de la Loire, rapport d'observation définitive concernant la gestion de la commune de l'île d'Yeu, 2009, 13 p.

Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), *Définition et limite du principe de subsidiarité*, Commune et Région d'Europe n°55, 1998, 44 p.

Commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, La Documentation française, 1976, 432 p.

Commission de développement des responsabilités locales, *Vivre ensemble*, Annexes, La Documentation française, 1976, 226 p.

Commission présidée par PEBEREAU Michel, *Rompre avec la facilité de la dette publique*, Rapport, La Documentation française. 2005, 189 p.

Commission présidée par ATTALI Jacques, *La libération de la croissance française*, 2008, 245 p.

Comité pour la réforme des collectivités locales présidé par Edouard BALLADUR, *Il est temps de décider*, La Documentation française, 2009, 174 p.

Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, *La démocratie locale et régionale en France*, 22 mars 2016, 61 p.

Conseil économique et social, BRUNET-LECHENAULT Claudette, *Le citoyen et la décentralisation*, 2000, Parties I et II, resp. 58 p. et 230 p.

Conseil d'État, *Rapport d'études sur les établissements publics*, 2009, 105 p.

Conseil d'État, *Les agences : nouvelle gestion publique*, EDCE, 2012, Doc. fr., 291 p.

Conseil des prélèvements obligatoires (CPO), *La fiscalité locale*, mai 2010, 691 p.

Cour des comptes, *Bilan d'étape de l'intercommunalité en France*, in *Rapport annuel 2009*, La Documentation Française, 2009, 1073 p.

Cour des Comptes, *La situation et les perspectives des finances publiques*, 2017, 232 p.

Groupe de travail présidé par LAMBERT Alain, *Les relations entre l'État et les collectivités locales, Révision générale des politiques publiques (RGPP)*, 2007, 42 p.

Institut de la décentralisation, *La décentralisation en France*, Editions la Découverte, 1996, 432 p.

Institut de la décentralisation, *De l'intercommunalité fonctionnelle à la supra-communalité citoyenne*, 1996, 83 p.

MAUROY Pierre, *Refonder l'action publique locale*, La Documentation française, 2000, 192 p.

Sénat, GIROD Paul, *Rapport n°16 relatif à la répartition des compétences*, annexé à la séance du 7 octobre 1982, Tome I, pp. 63-67

Sénat, ROMANI Roger, *Rapport n°90 relatif à l'organisation de Paris Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*, novembre 1982, Tome I, 51 p.

Sénat, GARREC René, *Rapport n°27 sur le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République et autres*, 2002, 242 p.

Sénat, HOEFFEL Daniel, *Rapport n°324 relatif à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, 2004, 68 p.

Sénat, LONGUET Gérard, *Rapport n°408 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, 2003, 59 p.

Sénat, CORNU Gérard, *Rapport n°507 relatif au projet de loi relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services*, 2010, 371 p.

Sénat, Mission temporaire, *Rapport n° 264 : Rapport d'étape sur la réorganisation territoriale*, 11 mars 2009, 149 p.

Sénat, COURTOIS Jean-Pierre, *Rapport n°169 relatif au projet de loi portant réforme des collectivités territoriales*, Sénat, 2009, 518 p.

Sénat, *Rapport d'information n°679 portant contribution à un bilan de la décentralisation*, 2011, 328 p.

Sénat, *Rapport d'information n°493, Mission de suivi et de contrôle des dernières lois de réforme des collectivités territoriales*, 2016, 67 p.

Sénat et Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, *Bicamérisme et représentation des régions et des collectivités locales : le rôle des secondes chambres en Europe*, Actes des travaux publiés par le Sénat, 2008, 302 p.

IV. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE - SELECTION

Le renvoi pour la sélection de la jurisprudence proposée est fait vers le lien stable de la décision sur le site Internet du Conseil constitutionnel, lequel contient les références doctrinales et les dossiers afférents.

Décisions DC

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

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82137DC.htm>

Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82138DC.htm>

Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *Loi relative l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82149DC.htm>

Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1983/82165DC.htm>

Décision n° 83-168 DC du 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83168DC.htm>

Décision 86-217 DC du 18 novembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86217DC.htm>

Décision n° 88-251 DC du 12 janvier 1989, *Loi portant dispositions relatives aux collectivités territoriales*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1989/88251DC.htm>

Décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1990/90274DC.htm>

Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000431DC.htm>

Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2000/2000436DC.htm>

Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002461DC.htm>

Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004500DC.htm>

Décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004503DC.htm>

Décision 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2005/2005516DC.htm>

Décision n°2007-548 DC du 22 février 2007, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007548DC.htm>

Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009599DC.htm>

Décision n°2009-600 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances rectificative pour 2009*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009600DC.htm>

Décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010618DC.htm>

Décision n°2012-660 DC du 17 janvier 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2012660dc.htm>

Décision n°2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires et modifiant le calendrier électoral*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013667DC.htm>

Décision n°2015-717 DC du 6 août 2015, *Loi portant nouvelle organisation territoriale de la République*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015717DC.htm>

Décisions L

Décision 59-1 L du 27 novembre 1959, *Nature juridique de l'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1959/591L.htm>

Décision 61-15 L du 18 juillet 1961, *Nature juridique des articles 2 et 4 de l'ordonnance n° 59-42 du 5 janvier 1959 portant création de l'Institut des Hautes Etudes d'outre-mer*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1961/6115L.htm>

Décision 64-29 L du 12 mai 1964, *Nature juridique de certaines dispositions relatives à l'administration départementale et à l'administration communale et figurant dans les ordonnances n° 58-937 du 11 octobre 1958, n° 59-29 du 5 janvier 1959, n° 59-30 du 5 janvier 1959, n° 59-33 du 5 janvier 1959 et n° 59-150 du 7 janvier 1959 et dans la loi n° 62-873 du 31 juillet 1962*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1964/6429L.htm>

Décision 67-47 L du 12 décembre 1967, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1967/67471.htm>

Décision 71-67 L du 1^{er} avril 1971, *Nature juridique des dispositions de l'article 37 et certaines dispositions de l'article 40 modifié, de la loi du 1er août 1936 fixant le statut des cadres des réserves de l'armée de l'air*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/71671.htm>

Décision 72-71 L du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 176, alinéas 1er et 2, du code rural*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1972/72711.htm>

Décision 75-84 L du 19 novembre 1975, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'administration communale, aux syndicats de communes, aux fusions et regroupements de communes, aux districts et aux agglomérations nouvelles*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/75841.htm>

Décision n°87-150 L du 17 mars 1987, *Nature juridique des dispositions de l'article 77 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 concernant les caisses de crédit municipal*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1987/87150L.htm>

Décision 88-154 L du 10 mars 1988, *Nature juridique des deux premiers alinéas de l'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1988/88154L.htm>

Décision 99-184 L du 18 mars 1999, *Nature juridique des dispositions du huitième alinéa de l'article 2 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (Commission nationale du débat public)*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99184L.htm>

Décisions QPC

Décision n°2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque [fusion de communes]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201012QPC.htm>

Décision n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autre [Instruction CNI et passeports]*

Lien stable : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201029_37QPC.htm

Décision n°2011-146 QPC, *Département des Landes*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011146QPC.htm>

Décision n°2011-157 QPC du 5 août 2011, *Société Somodia*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011157QPC.htm>

Décision n°2011-158 QPC du 5 août 2011, *SIVOM de la communauté du Bruayais*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011158QPC.htm>

Décision n°2012-255/265 QPC du 29 juin 2012, *Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var*

Lien stable : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012255_265QPC.htm

Décision n°2013-303 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Puyravault [Intégration d'une commune dans un EPCI à fiscalité propre]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013303QPC.htm>

Décision n°2013-304 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Maing [Retrait d'une commune membre d'un EPCI]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013304QPC.htm>

Décision n°2013-315 QPC du 26 avril 2013, *Commune de Couvrot [Fusion d'EPCI en un EPCI à fiscalité propre]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013315QPC.htm>

Décision n°2013-323 QPC du 14 juin 2013, *Communauté de communes Monts d'Or Azergues (Répartition de la DCRTP et du FNGIR des communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre lors de la modification du périmètre des établissements)*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013323QPC.htm>

Décision 2013-355 QPC du 22 novembre 2013, *Communauté de communes du Val de Sèvre [Compensation du transfert de la taxe sur les surfaces commerciales aux communes et aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013355QPC.htm>

Décision n°2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA ès qualités de liquidité de la société Maflow France*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2013366QPC.htm>

Décision n°2014-386 QPC du 28 mars 2014, *Collectivité de Saint-Barthélemy*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014386QPC.htm>

Décision n°2014-391 QPC du 25 avril 2014, *Commune de Thonon-les-Bains et autre (Rattachement d'office d'une commune à un EPCI à fiscalité propre)*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014391QPC.htm>

Décision n°2016-565 QPC du 16 septembre 2016, *Assemblée des départements de France*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016565QPC.htm>

Décision 2016-588 QPC du 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre [Choix de l'EPCI à fiscalité propre de rattachement pour les communes nouvelles]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016588QPC.htm>

Décision 2017-644 QPC du 21 juillet 2017, *Communauté de communes du Pays roussillonnais, [Validation de la compensation du transfert de la TASCOT aux communes et aux EPCI à fiscalité propre]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017644QPC.htm>

Décision n°2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]*

Lien stable : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017651QPC.htm>

V. SITES INTERNET

www.assemblee-nationale.fr

<https://books.google.fr/>

<http://bu.univ-angers.fr/>

www.cntrl.fr

www.collectivites-locales.gouv.fr

www.conseil-constitutionnel.fr/

www.gallica.fr

<https://www.idref.fr/>

<http://journals.openedition.org/>

<https://legifrance.gouv.fr>

www.openlibrary.org

www.senat.fr

<https://frda.stanford.edu/fr/ap>

www.sudoc.abes.fr

INDEX

Les numéros indiqués renvoient aux numéros de page

A

Action commune · 57, 60, 157, 159, 181, 183, 186, 187, 189, 190, 193, 194, 418, 427, 428
Administrativisation de la
constitution · 121, 122, 126, 134, 192, 309
Agence · 64, 66, 69, 70, 72, 87, 88, 89, 107
Aménagement du territoire · 56, 57, 58, 60, 65, 87, 184, 271, 315, 320, 469
Arrondissement · 55, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 136, 137, 255, 348, 369, 370, 371, 374, 375, 376, 377, 396, 402
Autonomie financière · 32, 72, 97, 158, 203, 205, 206, 224, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 298, 426, 442, 448, 449, 450, 451
Autonomie fiscale · 201, 208, 209, 210, 211, 212, 224, 226, 227, 233, 234, 400

C

Chambre de commerce · 57, 62, 209, 242, 286, 291, 331, 458, 459
Bourse de commerce, chambre des
métiers et de l'artisanat · 56, 208, 210
Chef de file · 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 467
Clause de compétence générale · 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 293, 334, 359, 429
Communauté d'agglomération · 67, 152, 363, 404, 467
Communauté de communes · 67, 152, 214, 216, 363, 384, 386, 402, 404, 446, 456, 467
Communauté de villes · 241, 242, 384, 402
Communauté urbaine · 67, 152, 155, 191, 214, 234, 235, 236, 280, 281, 302, 314, 358, 363, 375, 384, 385, 386, 402, 404, 410, 467
Communautés · 37, 63, 64, 65

Commune nouvelle · 152, 307, 335, 344, 377, 444, 446, 449, 459
Constitutionnalisation du droit
administratif · 38, 121, 124, 321, 325, 351, 419

D

Décentralisation fonctionnelle · 166, 167, 168, 169, 171, 177, 185, 186, 190, 194, 197, 315, 323, 324, 325, 326, 380, 382, 383, 387, 388
Déconcentration · 55, 96, 165, 166, 168, 169, 177, 184, 189, 194, 262, 315
District · 37, 62, 63, 64, 101, 103, 114, 214, 235, 237, 241, 252, 253, 259, 261, 302, 314, 316, 349, 353, 370, 384, 393, 401

E

Election des organes délibérants des
groupements · 304, 362, 363, 371, 372, 375, 379, 386, 387, 388
Emiettement · 57, 93, 115, 149, 243, 321, 355, 402, 463, 470
EPCI à fiscalité propre · 36, 69, 180, 215, 216, 231, 232, 235, 281, 307, 312, 362, 363, 372, 389, 397, 403, 404, 409, 410, 413, 416, 439, 442, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 453, 454, 456, 457, 459, 460, 463, 467
Etablissement public de coopération
culturelle · 216, 297, 304
Expérimentation · 26, 81, 155, 157, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 187, 188, 191, 195, 196

F

Fusion de communes · 39, 151, 335, 343, 344, 347, 375, 457, 463
Fusion d'EPCI · 446, 457

Fusion d'établissements publics · 458, 459, 460
Fusion des régions · 462

G

Groupement d'intérêt public · 98, 99, 101

I

Indivisibilité de la République · 14, 163, 263, 395, 445, 461

L

Libre administration des collectivités territoriales · 32, 80, 89, 99, 100, 101, 129, 142, 144, 145, 146, 218, 219, 220, 226, 233, 242, 269, 278, 294, 307, 315, 359, 375, 410, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 432, 435, 436, 437, 438

M

Métropole · 67, 68, 155, 279, 280, 337, 356, 357, 358, 359, 363, 404, 456, 467
Métropole de Lyon · 278, 279, 280, 281, 337, 356, 357, 358, 359, 452, 455, 456

O

Organisation décentralisée · 38, 49, 122, 133, 134, 159, 166, 167, 169, 177, 188, 190, 197, 269, 277, 415, 417, 425, 432, 436

P

Personnalité morale · 147, 204, 207, 210, 211, 264, 265, 283, 287, 298, 315, 321, 322, 323, 330, 341, 345, 366, 369, 376, 380, 381, 471
Personnalité civile · 202, 203, 205, 263, 288
Principe de rattachement · 39, 292, 294, 296, 297, 300, 304, 305, 306, 307

Principe de spécialité · 240, 241, 281, 283, 284, 286, 287, 289, 291, 292, 293, 294, 302, 316, 345

R

Ressources propres · 200, 207, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 448

S

Schéma départemental de coopération intercommunale · 428, 429, 432, 433, 435, 437, 444, 459, 460, 463
Structure fonctionnelle · 159, 169, 177, 312, 313, 314, 320, 325, 326, 327, 330, 335, 355, 356, 357, 379, 380, 404, 415, 418, 421, 422, 438, 448, 465, 468, 470, 472
Structure territoriale · 39, 163, 177, 194, 319, 321, 333, 354, 356, 357, 380, 390, 391, 429, 455
Subsidiarité · 35, 157, 158, 170, 273, 274, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 438
Supra-communalité · 31, 32, 365, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 384, 403
Syndicat de communes · 33, 63, 180, 199, 201, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 211, 212, 213, 220, 232, 238, 239, 240, 241, 243, 285, 286, 366, 367, 368, 369, 419, 421, 422
Syndicat mixte · 62, 68, 69, 74, 81, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 129, 179, 196, 214, 218, 220, 445

T

Tutelle · 100, 183, 193, 194, 258, 270, 292, 296, 299, 300, 303, 307, 342, 425

U

Unité de l'État · 203, 259, 262, 263, 264, 265, 348, 461

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
I. Approche générale des groupements.....	12
A. Les éléments juridiques de reconnaissance constitutionnelle des groupements	12
B. L'approche ontologique des groupements : notion, concept ou catégorie juridique	18
II. De la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales en rapport aux notions voisines	25
A. De la pluralité des groupements comme expression des crises de notions voisines	26
B. Du groupement de collectivités territoriales en droit comparé	30
C. Des groupements de collectivités territoriales en droit de la décentralisation	33
III. Des groupements de collectivités territoriales comme palliatif à la restructuration de l'organisation administrative française	36
A. Une multiplication des formes de groupements de collectivités territoriales dans l'histoire institutionnelle française	36
B. L'indétermination de la nature constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales marquée par la volonté de restructuration de l'organisation administrative française	38
IV. Méthodologie et étude des groupements de collectivités territoriales	41
A. Le recours à la logique de la longue durée	42
B. Le recours aux théories du positivisme sociologique et du normativisme	44
C. A la recherche de la notion de groupements de collectivités territoriales par le recours simultané aux méthodes scientifique, juridique et historique	46
PREMIERE PARTIE : La double dimension administrative et constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales.....	47
TITRE 1 : L'origine administrative et législative de la notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales.....	49
Chapitre 1 : L'apport de la notion législative de groupements de collectivités territoriales	51
Section 1 : La notion législative de groupements de collectivités territoriales.....	53
§1. La genèse empirique de l'utilisation législative du terme « groupement ».....	53
A. Une terminologie initiale hésitante.....	54
B. La double signification du groupement après la Seconde Guerre mondiale ...	60
§2. La détermination pragmatique d'une liste de structures juridiques	65
A. Une liste fermée et hétérogène	65
B. La recherche de critères juridiques communs dans la liste des groupements de collectivités territoriales	71
Section 2 : L'exclusion législative de certains groupements de collectivités territoriales	77
§1. L'exclusion des groupements de régime de droit privé de la liste législative....	78
A. De la différenciation des organismes publics de coopération des groupements de collectivités territoriales	78
B. ... à la nature publique des groupements législatifs de collectivités territoriales	85
§2. Les groupements de droit public non législatifs.....	90
A. Les groupements de droit public sans personnalité morale ou d'origine conventionnelle	90

B. Les groupements d'intérêt public	98
C. Les groupements issus de l'action extérieure des collectivités territoriales et certains syndicats mixtes ouverts	101
1) Les groupements issus de l'action extérieure des collectivités territoriales	102
2) Les syndicats mixtes ouverts « originaires »	104
Chapitre 2 : L'insuffisance de la définition législative des groupements de collectivités territoriales	109
Section 1 : Les approches différenciées des niveaux constitutionnel et législatif de l'organisation administrative	111
§1 L'absence de corrélation entre les niveaux constitutionnel et législatif.....	111
A. L'antécédent de l'arrondissement communal.....	112
B. L'absence d'application législative de structures constitutionnelles.....	116
§2. La notion de groupements de collectivités territoriales : objet du droit administratif dans la constitution	120
A. Les groupements de collectivités territoriales : un exemple d'« administrativisation » de la Constitution.....	121
B. Les groupements de collectivités territoriales : un exemple de constitutionnalisation du droit administratif	126
Section 2 : L'influence de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale	133
§1 La clarification sémantique de la notion constitutionnelle de collectivité territoriale	133
A. L'apparition tardive de la notion de collectivité territoriale.....	134
B. La signification de l'abandon de la terminologie « collectivité locale ».....	140
§2 Du regroupement des collectivités territoriales aux groupements de collectivités territoriales	148
A. Le regroupement : le faux-ami constitutionnel	148
B. L'apparition des groupements : une structure constitutionnelle émanant des collectivités territoriales	152
TITRE 2 : L'émergence constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales..	157
Chapitre 1 : Le cadre juridique fonctionnel de l'apparition des groupements de collectivités territoriales	159
Section 1 : Les groupements de collectivités territoriales, structures fonctionnelles de l'expérimentation	161
§1. L'extension de l'expérimentation constitutionnelle aux groupements.....	162
A. De la nature fonctionnelle de l'expérimentation	162
1) La dualité fonctionnelle de l'expérimentation	162
2) L'apparente opposition conceptuelle des expérimentations nationale et locale : la dualité de nature du groupement de collectivités territoriales	167
B. Une définition générale des groupements expérimentateurs	172
§2. La détermination fonctionnelle des groupements expérimentateurs.....	174
A. Les groupements expérimentateurs : des structures de la décentralisation fonctionnelle.....	175
B. L'exclusion de certains groupements de nature législative	178
Section 2 : Les groupements de collectivités territoriales, structures fonctionnelles de l'action commune.....	181
§1. La notion d'action commune.....	181
A. La notion de « chef de file » : une origine législative	182
B. L'inscription constitutionnelle de « l'action commune ».....	186
§2. La différenciation des groupements de collectivités territoriales-expérimentateurs des groupements-supports de l'action commune.....	191
A. L'extension de la fonction « chef de file » aux groupements de collectivités territoriales	191

B. Les groupements « chefs de file » : un éventail plus large que celui des groupements expérimentateurs.....	195
Chapitre 2 : La particularité constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre.....	199
Section 1 : L'émergence de la notion de groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre	201
§1. La construction empirique d'une notion juridique et financière	201
A. Un groupement originaire sans fiscalité propre	202
B. L'autonomie fiscale : composante originaire et usuelle du régime juridique de l'établissement public	207
§2. La dimension fiscale de la notion législative de groupements : l'exclusion de la coopération verticale	212
A. D'une multiplicité de structures à fiscalité propre à une clarification sémantique insuffisante	212
B. L'exclusion de la coopération institutionnelle verticale.....	217
Section 2 : La reconnaissance constitutionnelle implicite des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre	223
§1. L'article 72-2 C : fondement constitutionnel implicite des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre	223
A. La notion de ressources propres des collectivités territoriales	223
B. L'assimilation des ressources des EPCI à celles des communes.....	228
§2. La détermination constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales à fiscalité propre	232
A. L'autonomie conceptuelle du groupement de communes à fiscalité propre .	232
B. L'exclusion des syndicats de communes de la catégorie des groupements de communes à fiscalité propre.....	238
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	243
DEUXIEME PARTIE : La clarification constitutionnelle de la définition des groupements de collectivités territoriales	245
TITRE 1 : De la distinction constitutionnelle des groupements de collectivités territoriales de la collectivité territoriale.....	247
Chapitre 1 : L'originalité des groupements de collectivités territoriales : une institution entre collectivité territoriale et établissement public.....	249
Section 1 : La notion de groupements, à la frontière de la collectivité territoriale	251
§1. La clause de compétence générale : un critère propre de la catégorie des communes.....	252
A. Le cadre communal de la naissance de la clause de compétence générale ...	252
B. D'une disposition initialement absente pour les départements à son extension apparente à toute collectivité territoriale	258
1) L'absence de clause de compétence générale du département : un marqueur constitutionnel ab initio	259
2) De l'extension législative de la liberté de gestion administrative à l'extension formelle de la clause de compétence générale aux autres collectivités territoriales	262
§2. La clause de compétence générale face aux groupements : un critère juridique au milieu du gué	268
A. Le rapprochement juridique de la vocation spécialisée du département et de la région du principe de spécialité des groupements.....	268
B. La clause de compétence générale de la commune face au groupement intercommunal à fiscalité propre.....	275
Section 2 : La notion de groupements, à la frontière de l'établissement public	283

§1. Le principe de spécialité à l'épreuve des groupements ou l'affirmation d'un critère constitutionnel fonctionnel.....	284
A. Le principe de spécialité : un corollaire en trompe l'œil de la personnalité juridique de l'établissement public	284
B. De la transformation d'un critère administratif institutionnel à un critère constitutionnel fonctionnel	289
1) De la consécration à l'effacement d'un critère administratif institutionnel...	289
2) ... à sa transformation en un critère constitutionnel fonctionnel	291
§2. La remise en cause du principe du rattachement de l'établissement public ou l'élargissement constitutionnel de l'application du rattachement	294
A. La dimension constitutionnelle du principe de rattachement	294
1. La lente émergence doctrinale et jurisprudentielle d'une notion mal définie	295
2. La constitutionnalisation du rattachement de l'établissement public : un critère devenu générique	297
B. D'une application complexe aux établissements publics à son application à une catégorie de collectivités territoriales.....	301
1. Les groupements de collectivités territoriales : une catégorie constitutionnelle d'établissement public ?	301
2. Un critère à front renversé : du rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale au rattachement des communes à un établissement public à fiscalité propre	305
Chapitre 2 : Les caractères constitutionnels des groupements de collectivités territoriales	309
Section 1 : Les groupements de collectivités territoriales, seconde expression constitutionnelle de la structure fonctionnelle	311
§1. De la question constitutionnelle des structures fonctionnelles.....	311
A. La structure fonctionnelle : un concept juridique d'origine administrative...	312
B. La dimension constitutionnelle de la solution fonctionnelle de l'organisation territoriale	318
1) L'organisation territoriale : un problème constitutionnel plus large que la décentralisation administrative	318
2) L'organisation territoriale au-delà de la notion controversée de décentralisation fonctionnelle.....	323
§2. De la différenciation des structures fonctionnelles en droit constitutionnel français	326
A. De la dualité des structures fonctionnelles en droit administratif	326
B. De la dualité des structures fonctionnelles et territoriales en droit constitutionnel	332
Section 2 : Le caractère centralisateur des groupements de collectivités territoriales	337
§1. De la summa divisio des structures administratives à l'émergence des structures centralisatrices	337
A. La summa divisio : la structure centralisée et la structure décentralisée.....	338
B. La coopération des collectivités territoriales ou l'émergence des structures centralisatrices	342
§2. Le caractère centralisateur : fondement de la distinction de la notion de groupements de collectivités territoriales et de la collectivité territoriale à vocation spécialisée.....	348
A. La commune française : une structure « semi-originaire »	348
B. La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales : une structure fonctionnelle à vocation centralisatrice	355

TITRE 2 : La confirmation constitutionnelle de l'unicité de la notion de groupements de collectivités territoriales	361
Chapitre 1 : La spécificité de l'élection au suffrage universel de l'organe délibérant des groupements de collectivités territoriales.....	363
Section 1 : La lente gestation de l'élection au suffrage universel direct des conseillers communautaires	365
§1. Le paradoxe de l'élection des assemblées délibérantes élémentaires	365
A. Le refus initial de la supra-communalité élective.....	365
B. De l'existence et du développement de l'infra-communalité élective de gestion	372
§2. L'affirmation récente de l'élection au suffrage universel direct des assemblées délibérantes des groupements.....	378
A. Le rapprochement conceptuel de la décentralisation fonctionnelle de la décentralisation territoriale par la dimension démocratique	378
B. De la supra-communalité à la nécessaire élection des organes délibérants des groupements	384
Section 2 : Le caractère fonctionnel du critère constitutionnel de l'élection au suffrage universel direct des conseils locaux	389
§1. La primauté du caractère national de l'élection au suffrage universel des assemblées locales.....	389
A. L'absence de dimension constitutionnelle territoriale des conseils élus locaux	390
B. Le principe constitutionnel du consentement de l'impôt : fondement fonctionnel implicite de l'élection au suffrage universel des conseils locaux....	397
§2. La dualité de l'élection au suffrage universel des assemblées des groupements de collectivités territoriales	403
A. L'influence de la représentation des communes sur le caractère direct de l'élection des assemblées des groupements	404
B. Le poids constitutionnel de la représentation démographique sur la représentation élective des communes membres	409
Chapitre 2 : Les garanties constitutionnelles propres aux groupements de collectivités territoriales	415
Section 1 : Les garanties nationales de nature fonctionnelle accordées aux groupements de collectivités territoriales.....	417
§1 De la nature fonctionnelle locale à la vocation fonctionnelle nationale des groupements de collectivités territoriales.....	417
A. L'appropriation nationale d'une structure fonctionnelle de coopération par la constitutionnalisation de la libre administration des collectivités territoriales ..	418
B. Les groupements de collectivités territoriales, expression de la primauté constitutionnelle de la compétence du législateur sur les principes de la décentralisation.....	422
§2 L'existence des groupements de collectivités territoriales au service de l'organisation territoriale de l'État français	428
A. Le schéma départemental de coopération intercommunale : de l'application du principe de subsidiarité au caractère fonctionnel national des groupements de collectivités territoriales	428
B. Le caractère fonctionnel national des pouvoirs exceptionnels du préfet dans la mise en œuvre du SDCI	434
Section 2 : Les garanties constitutionnelles partielles de nature territoriale accordées aux groupements	441
§1 L'extension indirecte aux groupements de l'application de principes constitutionnels propres aux collectivités territoriales	441

A. La transformation des libertés constitutionnelles des collectivités territoriales en garanties procédurales dans le domaine de la coopération locale	442
B. L'extension indirecte aux groupements de communes à fiscalité propre de garanties constitutionnelles propres aux collectivités territoriales.....	446
§2. La primauté de la nature fonctionnelle sur la nature territoriale des groupements de collectivités territoriales	452
A. La représentation constitutionnelle différenciée des collectivités territoriales et de leurs groupements.....	452
B. Les modalités différenciées de fusion d'établissements publics, de fusion de groupements de collectivités territoriales et de fusion de collectivités territoriales	457
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	465
CONCLUSION GENERALE	467
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	473
I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES, TRAITES, ENCYCLOPEDIES, COURS ET MANUELS.....	473
1° Ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif, d'institutions administratives et d'histoire des institutions, thèses et articles avant 1958.....	473
a) Période antérieure à 1789.....	473
b) Période 1789-1799	473
c) Période 1800-1814	473
d) Période 1814-1830	473
e) Période 1830-1848	475
f) Période 1848-1870.....	476
g) Période 1870-1884	477
h) Période 1884-1945.....	478
i) Période 1946-1958.....	482
2° Ouvrages de droit constitutionnel, de droit administratif et de droit des collectivités territoriales depuis 1958	483
a) Ouvrages de droit constitutionnel	483
b) Ouvrages de droit administratif	483
c) Ouvrages spécialisés dans le domaine des collectivités territoriales	484
3° Autres ouvrages	485
II. ARTICLES	490
III. RAPPORTS.....	503
IV. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE - SELECTION.....	506
V. SITES INTERNET	510
INDEX	511
TABLE DES MATIERES	513

RÉSUMÉ

La notion constitutionnelle de groupements de collectivités territoriales est issue de la révision constitutionnelle de 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Elle n'a pas été un élément phare de cette réforme car le droit de la coopération entre collectivités territoriales est relativement discret et continu. La pluralité des formes des groupements renforce cette approche et réduit la visibilité et l'originalité de ce type de structure juridique. Néanmoins, la place de ces institutions devient de plus en plus grande au point de définir ce phénomène comme une « révolution silencieuse ». La transformation profonde et la multiplication des réformes du droit des collectivités locales depuis la consécration constitutionnelle des groupements ont complètement modifié les définitions usuelles de notions fondamentales, telles que celle de collectivité territoriale. Or la notion de groupements est largement impactée par ces évolutions institutionnelles et participe, simultanément, à fragmenter le paysage des collectivités territoriales. L'approche constitutionnelle de la notion de groupements peut apporter un nouvel éclairage sur la crise que traverse notamment la notion de collectivité territoriale en recherchant les raisons de cette insertion dans la norme fondamentale. Ces dernières nous permettront de voir quels types de groupements correspondent le plus à cette nature constitutionnelle. Après les avoir identifiés, il sera intéressant de rechercher les critères constitutionnels permettant de les caractériser et de les différencier de ceux qui sont propres aux collectivités territoriales et aux catégories d'établissement public.

mots-clés : Constitution - Décentralisation - organisation administrative - collectivité territoriale – groupements – expérimentation / action commune – structure fonctionnelle – intercommunalité

ABSTRACT

The constitutional notion of associations of territorial communities results from the constitutional revision of 2003 relative to the decentralized organisation of the Republic. It has not been a key element of this reform because the law of cooperation between local authorities is relatively discrete and continuous. The plurality of forms of associations reinforces this approach and reduces the visibility and originality of this type of legal structure. Nevertheless, the place of these institutions becomes more and more important to the point of defining this phenomenon as a "silent revolution". The profound transformation and multiplication of the reforms of the law of local communities since the constitutional consecration of the associations completely changed the usual definitions of fundamental notions, such as that of territorial community. However, the notion of associations is largely impacted by these institutional changes and at the same time contributes to fragmenting the landscape of local authorities. The constitutional approach of the notion of associations can shed new light on the crisis that the notion of territorial community particularly goes through in seeking the reasons for this insertion into the fundamental norm. These will allow us to see which types of associations correspond most to this constitutional nature. After having identified them, it will be interesting to look for the constitutional criteria allowing to characterize them and to differentiate them from those which are specific to the territorial units and the categories of public legal entities.

keywords : Constitution - Décentralization - administrative organisation – territorial community – associations – experimentation / Joint action – functional structure - intercommunality

Présidence de l'université
40 rue de rennes – BP 73532
49035 Angers cedex
Tél. 02 41 96 23 23 | Fax 02 41 96 23 00



ENGAGEMENT DE NON PLAGIAT

Je, soussigné(e) **Anthony PAPIN-PUREN**
déclare être pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une
partie d'un document publiée sur toutes formes de support, y compris l'internet,
constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.
En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées
pour écrire ce rapport ou mémoire.

signé par l'étudiant(e) le **08 / 10 / 2018**

Cet engagement de non plagiat doit être signé et joint
à tous les rapports, dossiers, mémoires.

Présidence de l'université
40 rue de rennes – BP 73532
49035 Angers cedex

520 / 520 Tél. 02 41 96 23 23 | Fax 02 41 96 23 00

