

Établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales

La traduction juridique d'arrangement politique qui considère que les EPCI ne sont pas des collectivités territoriales relève d'une utopie opérationnelle.

Dans un article présentant l'évolution des relations des communes en France, l'ancien premier ministre Pierre Mauroy écrivait qu'une « révolution était en marche, une révolution si tranquille qu'elle devient silencieuse, si discrète qu'elle en devient invisible, si puissante qu'elle en est irréversible ». L'auteur présentait ainsi le dynamisme intercommunale¹.

L'architecture intercommunale en France s'est construite dans l'objectif de répondre à plusieurs problématiques. La coopération intercommunale a pour but de trouver un remède aux émiettements communaux afin de rendre plus efficace la gestion des affaires locales.

En réalité, la densité communale et la fragmentation des communes ont généralement pour conséquence l'inefficacité dans la gestion locale. Malgré l'apparition récente de communes nouvelles dans le but d'opérer un remembrement du tissu municipal, l'architecture territoriale française reste dominée par l'existence de très nombreuses communes faiblement peuplées : au 1^{er} janvier 2018, sur les 35 357 communes françaises, 18 717 ont moins de 500 habitants (soit 53 %) et 25 488 ont moins de 1 000 habitants (soit 72 %)².

C'est pour pallier ces insuffisances que depuis quelques années, la coopération institutionnelle locale est au cœur de la réforme de la décentralisation. Les premières formes d'intercommunalités sont apparues par la loi du 22 mars 1890 relative aux syndicats de communes. Depuis cette période, plusieurs réformes se sont succédées pour favoriser le mouvement de la coopération entre les collectivités territoriales et de la modernisation des services publics locaux. L'idée est de rendre plus dynamique le traitement des affaires locales face à l'émiettement causé par le nombre important des collectivités territoriales. Dès lors, les différentes étapes de la construction de cette architecture ont eu pour objectif la complémentarité dans la gestion locale tout en ajoutant quelques principes novateurs³. En 2017, on a pu constater que la totalité du territoire français est couverte par l'intercommunalité, après deux vagues successives de recombinaison territoriale (2011-2012 et 2015-2016)⁴.

Ainsi, l'intercommunalité apparaît comme « la réponse la plus moderne aux enjeux communaux contemporains et

les incitations financières qui accompagnent les différentes réformes législatives en ce domaine s'apparentent parfois à une incontestable ruée vers l'or »⁵. En réalité, les entités intercommunales sont devenues des acteurs incontournables des affaires locales, parfois au détriment même du principe de spécialité auquel les établissements publics sont soumis. Dès lors, on ne doit plus considérer que les EPCI relèvent de la catégorie des établissements publics de droit commun. Dans certaines conditions, ces EPCI peuvent même être considérés comme une catégorie subsidiaire des collectivités territoriales. À cet égard, l'on peut considérer que la forme juridique des EPCI subordonnés aux communes n'est qu'une pure illusion⁶. La doctrine affirme que la forme juridique des EPCI relève d'une dichotomie purement artificielle et d'un décalage entre la dimension juridique et la réalité⁷.

D'une façon générale, l'intégration des communes au sein des structures intercommunales ne viole pas le principe de libre administration des collectivités territoriales, principe, qui donne la possibilité aux collectivités territoriales de s'administrer en toute liberté. Ce principe « exprime une réalité du statut juridique des collectivités territoriales et en particulier des communes, qui ne peut être ignorée du législateur »⁸. Sa valeur constitutionnelle a été longtemps consacrée par les juges du palais Montpensier⁹, avant de reconnaître qu'il fait partie des « droits et libertés garantis par la Constitution »¹⁰. Autrement dit, le juge constitutionnel français s'est en tout état de cause bien gardé de qualifier expressément la « *fondamentalité de la libre administration* » et n'a absolument pas hésité à lui attribuer la nature de liberté garantie par la Constitution¹¹.

Quant au Conseil d'État, c'est dans son arrêt *Commune de Venelles* qu'il reconnaît pour la première fois que le principe de libre administration relève « des libertés fondamentales auxquelles le législateur a ainsi entendu accorder une pro-

¹ Pierre Mauroy, « La coopération intercommunale », *Pouvoir* (95), 2000, p. 33-42.

² Chiffre publié sur le site de l'AdCF, <https://www.adcf.org/qu-est-ce-que-intercommunalite>, consulté le 03 août 2018.

³ Evelise Plenet, « La réforme des collectivités territoriales : quand la Constitution s'en mêle », *Droit et société*, n° 81, mai 2012, p. 386.

⁴ Chiffre publié sur le site de l'AdCF, op. cit.

⁵ Nicolas Kada, « L'intercommunalité sous les feux de la rampe », *RDP* 2015, p. 1187.

⁶ Cf. infra.

⁷ Jacqueline Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 12 (Dossier : Le droit constitutionnel des collectivités territoriales) – mai 2002, p. 119 et 120.

⁸ Ibid. Voir ; également. Cons. Const. Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, concernant la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU).

⁹ Cons. Const. Décision n° 79-104 DC, cons. 9.

¹⁰ Cons. Const. 02 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 2010-12 QPC.

¹¹ Pierre-Étienne Lehmann, « Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence », *Civitas Europa* 2015/1 (n° 34), p. 216.

tection juridictionnelle particulière »¹². De même, le tribunal des conflits à travers son arrêt de 2007, Préfet du Val-de-Marne reconnaît cette même nature dans la recherche et la constatation d'une voie de fait¹³.

À cet égard, d'une part, la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010, portant réforme des collectivités territoriales, a rendu obligatoire l'appartenance à un EPCI à compter du 1^{er} juillet 2013. D'autre part, la création d'un établissement public de coopération intercommunale a pour conséquence le transfert de compétence des communes membres à ce dernier. Les articles L. 5216-5 et L. 5214-16 du CGCT, dans leur rédaction issue de la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (loi NOTRe), indiquent qu'un EPCI « exerce de plein droit au lieu et place des communes membres [...] » dans certains domaines spécifiques, tels que l'aménagement, l'entretien et la gestion de zones d'activité industrielle ou commerciale... Disposant de ses propres organes (conseil, président) et d'un budget propre, l'EPCI prend des décisions en son nom propre, indépendamment des conseils municipaux. En d'autres termes, la mise en place d'une intercommunalité doit être pérenne. Celle-ci peut prendre la forme d'une coopération associative (syndicat et autres groupements) ou d'une coopération de projet (établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre).

L'intercommunalité est devenue aujourd'hui une réalité de la vie locale et de l'organisation institutionnelle des pouvoirs locaux¹⁴. Ce procédé a trouvé « une assise constitutionnelle »¹⁵. Il est en conformité avec le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Une telle reconnaissance suppose qu'il existe un intérêt local propre et non pas simplement une délégation de compétence des communes vers les intercommunalités. En d'autres termes, il s'agit de la reconnaissance implicite d'une catégorie subsidiaire des collectivités territoriales. Toutefois, juge le Conseil d'État, le fait pour un arrêté portant création d'une communauté d'agglomération d'y inclure une commune sans que celle-ci ait donné son assentiment affecte la libre administration des collectivités territoriales qui constitue une liberté fondamentale¹⁶.

Ce raisonnement du juge administratif a été retenu par le Conseil constitutionnel qui a déclaré l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 60 de la loi du 16 décembre 2010 dans sa version initiale accordant au représentant de l'État le pouvoir d'imposer son choix à une commune pour rejoindre un EPCI qu'elle n'a pas choisi¹⁷. En revanche, dans une autre décision, le juge constitutionnel de droit commun admet la constitutionnalité du processus même de la construction de l'intercommunalité¹⁸. À la critique portant

sur le non respect du principe de libre administration et de celui interdisant la tutelle d'une collectivité sur une autre¹⁹, le Conseil constitutionnel juge que ces principes « ne font pas obstacle à ce que le législateur organise les conditions dans lesquelles les communes peuvent ou doivent exercer en commun certains de leurs compétences dans le cadre de groupement »²⁰. Dans la même décision, le juge constitutionnel s'est penché sur les restrictions relatives au retrait d'une commune d'un EPCI. Il a ainsi considéré que « le législateur a entendu éviter que le retrait d'une commune ne compromette le fonctionnement et la stabilité d'un tel établissement ainsi que la cohérence des coopérations intercommunales ; que le législateur a pu, dans ces buts d'intérêt général, apporter ces limitations à la libre administration des communes »²¹. Ainsi, pour le juge constitutionnel, ces restrictions sont justifiées par un but d'intérêt général compatible avec le principe de libre administration des collectivités territoriales.

La coopération intercommunale fondée sur le transfert de compétences des collectivités territoriales de droit commun vers la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales est l'élément moteur de la décentralisation²². La question que soulève cette substitution de compétence est celle de son effectivité. Si un EPCI peut s'administrer en toute autonomie comme une collectivité territoriale, il ne dispose pas de la même garantie et de la même protection que cette dernière. En d'autres termes, il semblerait que les EPCI ne puissent bénéficier du principe constitutionnel de libre administration.

Au vu du principe de transfert de compétences des collectivités territoriales au profit des EPCI, cette substitution de pouvoir n'est-elle pas accompagnée du bénéfice du principe de libre administration dans les limites des compétences transférées ?

Autrement dit, un Établissement Public de Coopération Intercommunale peut-il se prévaloir du principe de libre administration des collectivités territoriales au titre de l'article 72 de la Constitution ?

L'étude de la jurisprudence sur cette question semble exclure les EPCI des personnes morales de droit public bénéficiaires du principe de libre administration consacré par l'article 72 de la Constitution. Il convient dès lors de s'interroger dans un premier temps sur l'ineffectivité des compétences des EPCI au vu du principe de libre administration des collectivités territoriales (1) et, dans un second temps, sur la nécessaire admissibilité de l'invocation de ce principe par les EPCI (2).

¹² CE 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, n° 229247.

¹³ TC, 22 octobre 2007, *Préfet du Val-de-Marne*, n° 3653.

¹⁴ Gilles Le Chatelier, « La Constitution et les relations entre les collectivités », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2014/1 (n° 42), p. 58.

¹⁵ Emmanuelle Borner-Kaydel, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Les annales de droit* [En ligne], 10/2016, mis en ligne le 8 janvier 2018, consulté le 6 août 2018.

¹⁶ CE 24 janvier 2002, *Commune de Beaulieu-sur-Mer*, n° 242128.

¹⁷ CC 26 avril 2013, *Commune de Puyravault*, n° 2013-303 QPC.

¹⁸ Cons. Const. 26 avril 2013, *Commune de Maing*, n° 2013-304 QPC.

¹⁹ Gilles Le Chatelier, op. cit., p. 60.

²⁰ Cons. Const. 26 avril 2013, *Commune de Maing*, op. cit.

²¹ Ibid.

²² C'est surtout un instrument de rationalisation de l'organisation territoriale et d'économies budgétaires, de personnels et de moyens. Le fait qu'il s'agisse d'un moteur de la décentralisation. Cela prive les communes de beaucoup de leurs compétences et moyens.

1. L'ineffectivité du principe de transfert de compétences au profit des EPCI

La définition insuffisante du processus de transfert de compétences des collectivités territoriales vers les EPCI a pour conséquence de priver les EPCI du statut de bénéficiaire du principe de libre administration (1.1). Cette restriction méconnaît également l'égalité entre les EPCI et les collectivités territoriales de droit commun (1.2).

1.1 L'exclusion des EPCI du statut des bénéficiaires du principe de libre administration

En matière de coopération intercommunale, le déplacement exclusif de certaines compétences locales au profit de l'entité intercommunale et les moyens dont elle dispose devront suffire à permettre à cette dernière de se prévaloir pleinement du principe de libre administration des collectivités territoriales puisque ces compétences transférées ne peuvent plus dorénavant être exercées par les collectivités concernées.

À l'heure actuelle, les EPCI ne doivent plus être soumis à la même catégorie que les autres établissements publics de droit commun. Ils doivent être considérés comme une catégorie subsidiaire des collectivités territoriales. À cet égard, Jacqueline Montain-Domenach, considère que « *les structures intercommunales ne peuvent plus être perçues comme la simple conséquence de la réunion des volontés des communes pour gérer en commun certaines missions, mais elles sont devenues l'expression d'un lieu de pouvoir, représentant l'intérêt de la population sur un espace renouvelé* »²³. Cette auteure, ajoute qu'une telle « *mutation s'affirme nettement à travers la notion d'intérêt communautaire, la reconnaissance de moyens très importants et l'autonomie fiscale accordés aux nouvelles structures* »²⁴. Ces considérations doivent suffire à permettre à la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales de se prévaloir du principe de libre administration. Toutefois, dans la pratique, il apparaît que la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales ne fait pas partie des bénéficiaires du principe de libre administration reconnu aux collectivités territoriales de droit commun.

De prime abord, une lecture simple de l'article 72 de la Constitution peut laisser croire que les entités intercommunales locales sont exclues du bénéfice du principe constitutionnel de libre administration. En effet, cet article après avoir affirmé dans son alinéa 3 que les « *collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* », ce même article définit les personnes morales de droit public pouvant se prévaloir de cette liberté organisationnelle, administrative, financière et de gestion. Parmi ces personnes publiques, il y a les communes, les départe-

tements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer. L'article 72 alinéa 1^{er} dispose également que toute autre collectivité territoriale « *créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* » peut se prévaloir du principe de libre administration. En effet, cette dernière formule laisse comprendre que d'autres collectivités territoriales, en dehors de celles de droit commun expressément visées par le texte constitutionnel, peuvent exister et bénéficier à ce titre du principe de libre administration²⁵, en l'occurrence les EPCI.

D'ailleurs, la pratique du juge constitutionnel admet indirectement dans le cadre du contrôle *a priori* que le principe de libre administration peut être invoqué par un établissement public avec le constat d'une atteinte à la libre administration de la collectivité à son origine, ou encore à celle des collectivités territoriales qui le composent²⁶. Cette considération a été reconduite également dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Dans la décision QPC n° 2013-323 du 14 juin 2013, le Conseil constitutionnel a reconnu indirectement l'invocation du principe de libre administration par un EPCI. Il a considéré que « *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* »²⁷. Cette méconnaissance avait été soulevée par une structure intercommunale. Pour Pierre-Etienne Lehmann, il s'agit « *d'une libre administration par médiation* »²⁸.

En revanche, c'est dans la jurisprudence administrative que l'invocabilité du principe de libre administration par les EPCI semble nuancée. Il apparaît qu'aucune décision du Conseil d'État n'indique que les EPCI peuvent se prévaloir du principe de libre administration.

Dans une décision récente de 2018, le Conseil d'État a considéré qu'un EPCI ne peut prétendre à invoquer le principe de libre administration. Il a estimé qu'un EPCI « *ne saurait utilement se prévaloir d'une atteinte au libre exercice de ses compétences communautaires que garantirait l'article 72 de la Constitution* »²⁹. Dans la même affaire, auparavant, le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique avait considéré que les EPCI ne relèvent pas de la catégorie des collectivités territoriales de droit commun. En espèce, il a estimé que « *les décisions en litige ne peuvent être regardées comme méconnaissant le principe de libre administration des collectivités territoriales, à supposer même que ce principe soit susceptible d'être invoqué par un établissement public de coopération inter-*

²⁵ Pierre-Étienne Lehmann, « Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence », op. cit., p. 219.

²⁶ Cons. Const. 3 décembre 2009, n° 2009-594 DC, cons. 20, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il « *n'a ni porté atteinte à la libre administration des collectivités territoriales membres de ce syndicat* » ; voir aussi Cons. Const. 22 février 2007, n° 2007-548 DC, cons. 10, 11 et 12.

²⁷ Cons. Const. 14 juin 2013, n° 2013-323 QPC, *Communauté de communes Monts-d'Or Azergues*, cons 6 ; voir aussi Cons. Const. 17 mars 2011, n° 2010-107 QPC, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, cons. 5 et 6.

²⁸ Pierre-Étienne Lehmann, op. cit., p. 221.

²⁹ CE (ord.) 11 mai 2018, *Communauté d'Agglomération de l'Espace Sud de la Martinique*, n° 420216.

²³ Jacqueline Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », op. cit., p. 9.

²⁴ Ibid.

communale, qui n'est pas au nombre des collectivités territoriales énumérées par l'article 72 de la Constitution »³⁰.

Or, en 2010 dans cette même juridiction, le juge des référés avait admis l'invocabilité du principe de libre administration par une structure intercommunale. En effet, dans un premier temps, le juge avait considéré qu'il ne peut être porté atteinte à une compétence légalement attribuée à un EPCI. Dans un second temps, le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique avait estimé qu'une telle « mesure litigieuse porte atteinte grave à la libre administration d'une collectivité territoriale qui est garantie par l'article 72 de la Constitution »³¹.

Faisant référence à ces considérations, le juge du fond ne peut certes prendre une décision de principe ; il aurait été loisible au Conseil d'État de suivre le raisonnement du tribunal administratif de la Martinique dans son ordonnance de 2010 précitée.

Au demeurant, l'exclusion des EPCI des titulaires de la libre administration consacrée par l'article 72 de la Constitution soulève un problème d'égalité entre ces derniers et les collectivités territoriales de droit commun.

1.2. Une rupture d'égalité entre les EPCI et les collectivités territoriales de droit commun

Les EPCI sont des groupements de collectivités territoriales en principe régis par le principe de spécialité qui ne leur donne compétence que pour les domaines et les matières que la loi leur attribue ou pour ceux qui leur sont délégués par les communes qui en sont membres. Or, dans la pratique, il serait une illusion de considérer les EPCI comme étant entièrement des établissements publics de droit commun.

C'est le principe de territoire qui fonde principalement la distinction entre collectivité territoriale et établissement public. À l'heure actuelle, cette distinction est dépassée car les EPCI disposent de territoires propres. C'est ce territoire qui fonde d'ailleurs la constitution d'un d'EPCI. Les EPCI ont une assise territoriale par définition, comme les collectivités territoriales.

L'assimilation EPCI et collectivités territoriales s'opère également au regard des compétences, d'ailleurs les dispositions combinées des articles L. 5216-5, L. 5215-21 et L. 5214-16 du CGCT disposent que les entités intercommunales exercent leurs compétences « de plein droit au lieu et place des communes membres ». L'article L. 1321-1 du CGCT ajoute que « le transfert d'une compétence entraîne de plein droit la mise à la disposition de la collectivité bénéficiaire des biens meubles et immeubles utilisés, à la date de ce transfert, pour l'exercice de cette compétence ».

Les articles L. 5211-5 et L. 5211-17 du CGCT, le premier relatif à la création d'un EPCI et le second visant les cas d'extension de ses compétences, précisent la question

des transferts des biens, équipements et services nécessaires à l'exercice des compétences transférées ainsi que le sort des actes juridiques. Ces articles posent le principe selon lequel le transfert de compétences entraîne de plein droit l'application à l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice, ainsi qu'à l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés, à la date du transfert.

Il suit que ce transfert de compétences implique la mise à disposition de l'ensemble des biens qu'ils soient publics ou privés, s'ils sont affectés à l'exercice des compétences transférées. Cet exercice des compétences transférées est le corollaire du principe d'exclusivité, c'est-à-dire les communes membres ne peuvent plus intervenir dans la sphère des compétences transférées. En principe, cette mise à disposition n'est pas un transfert de propriété, mais une transmission des droits et obligations des collectivités concernées que l'EPCI assume tout seul. Dès lors, ces compétences transférées sont exercées par l'EPCI exactement comme le font les communes. C'est d'ailleurs pour ces considérations que le Conseil d'État a considéré qu'un EPCI ne peut commencer d'exercer, au lieu et place des communes, « des compétences qui doivent lui être transférées ultérieurement ; que de telles mesures portent une atteinte grave et manifestement illégale à la libre administration des collectivités locales »³².

En outre, les compétences importantes et incontournables de la gestion locale qui sont confiées aux institutions de coopération locale, couplées avec le transfert des prérogatives politiques et stratégiques, dotent réellement les entités intercommunales d'une latitude importante, au détriment d'ailleurs du principe de spécialité censé régir le fonctionnement d'un établissement public³³.

En effet, au regard du fonctionnement des assemblées, l'assimilation existe également. Les dispositions relatives au fonctionnement des conseils municipaux sont également applicables au fonctionnement des organes délibérants des EPCI. À cet effet, les dispositions des articles L. 2121-8 et suivants du CGCT indiquent que les entités intercommunales sont soumises aux règles applicables aux communes de 3 500 habitants et plus s'ils comprennent au moins une commune de 3 500 habitants et plus. Ils sont soumis aux règles applicables aux communes de moins de 3 500 habitants dans le cas contraire. Quant à l'article L. 2121-22 - 1 du CGCT, il vise les EPCI regroupant une population de 50 000 habitants ou plus.

Ces dispositions ont été consolidées par la jurisprudence à plusieurs reprises. En matière de durée du mandat des élus, le juge du Palais Royal a transposé l'exigence de l'article L. 2122-10 du CGCT. Il a considéré que la durée du mandat d'un président d'un EPCI est de six ans³⁴. Dans une autre décision, conformément à l'article L. 2122-4-1 du CGCT, le juge administratif a appliqué l'inéligibilité des ressortissants de l'Union européenne aux fonctions de pré-

³⁰ TA Martinique (ord.) 12 avril 2018, *Communauté d'Agglomération de l'Espace Sud de la Martinique*, n° 1800210.

³¹ Sic. TA Martinique (ord.) 29 décembre 2010, *Communauté d'Agglomération de l'Espace Sud de la Martinique*, n° 100886.

³² CE 12 juin 2002, *Communes de Fauillet, Montpouillan et Sainte-Marthen*, n° 246618.

³³ En ce sens, voir. Éric Kerrouche, *L'intercommunalité en France*, Montchrestien, 2008, p. 66.

³⁴ CE 10 juillet 1995, *M. Dumaire*, n° 121275 : Rec., p. 297 ; RFDA 1995. 1052.

sident et vice-président des EPCI ³⁵. Dans l'application de l'article L. 2122-4 du CGCT, le juge administratif a estimé que l'élection des membres du bureau d'un EPCI doit obligatoirement avoir lieu au scrutin secret sous peine d'annulation ³⁶.

Par ailleurs, il ressort des dispositions de l'article L. 5211-3 du CGCT que les mêmes exigences en termes de contrôle de légalité et le caractère exécutoire des actes des communes s'appliquent exactement aux EPCI.

En dépit de l'organisation et du fonctionnement des structures intercommunales, notamment leur soumission aux mêmes exigences que celles des communes, il apparaît que ces collectivités subsidiaires ne bénéficient pas du principe de libre administration reconnu aux collectivités territoriales de droit commun. Cet état de fait relève d'une anomalie juridique.

Il faut rappeler qu'un établissement public répond à trois principes, le principe de rattachement, le principe de spécialité et le principe de tutelle. La collectivité territoriale, quant à elle, bénéficie d'un territoire, de la compétence définie et de la libre administration de ses affaires. Or, les entités intercommunales, telles qu'elles ont été conçues au fil des réformes, ne correspondent plus à aucun des principes d'établissement public, mais davantage à ceux qui caractérisent le régime juridique d'une collectivité territoriale de plein exercice ³⁷. Les EPCI doivent être considérés comme étant des collectivités subsidiaires et bénéficient pleinement de la libre administration.

Ainsi, le refus de reconnaître les bénéficiaires de la libre administration aux EPCI pose une sérieuse rupture d'égalité entre les collectivités de droit commun (les communes, départements, régions, collectivités d'outre-mer) et la catégorie subsidiaire des collectivités (les établissements publics de coopération intercommunale).

Certes, le Conseil constitutionnel a reconnu indirectement l'invocabilité du principe constitutionnel de libre administration par les EPCI ³⁸. Toutefois, le principe de transfert de compétences des communes vers les EPCI et l'effectivité même de l'apparition de ces derniers restent perfectibles. Quant au Conseil d'État, il semble esquiver la question. Il ressort qu'aucune décision du juge suprême de l'ordre administratif n'indique que les EPCI peuvent se prévaloir du principe de libre administration.

Ainsi, un EPCI est structuré et fonctionne quasiment comme une commune, notamment en tenant compte de ses compétences et de leurs exercices. Dès lors, l'intérêt général doit constituer le critère de référence permettant aux EPCI d'invoquer le principe de libre administration. Cette invocation permet non seulement de rendre effectif le principe de transfert de compétences des collectivités de droit commun au profit des EPCI, mais aussi de mettre

fin à l'inégalité existant entre les EPCI et les autres collectivités territoriales.

2. La nécessaire reconnaissance du principe de libre administration aux EPCI

Les différentes réformes ont transformé l'étendue des entités intercommunales et ont consolidé le déplacement de certains pouvoirs des communes vers les EPCI. Elles induisent une redistribution du pouvoir politique local ³⁹. Ce nouveau paysage de la coopération intercommunale impose une analyse des personnes publiques titulaires du principe de libre administration retenues par la Constitution, notamment la catégorie subsidiaire (2.1). Il pose aussi la question de la création d'un principe pouvant permettre aux EPCI de se prévaloir du principe de libre administration (2.2).

2.1. L'admission constitutionnelle implicite des EPCI parmi les titulaires du principe de libre administration

La totalité du territoire français étant couvert par l'intercommunalité ⁴⁰, cette institution ne peut désormais plus être ignorée en tant que territoire et lieu de pouvoir ⁴¹.

La formulation de l'alinéa premier de l'article 72 de la Constitution, après avoir consacré les collectivités territoriales de droit commun, évoque l'existence d'autres catégories de collectivités créées « *par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités* » de droit commun. L'alinéa 3 du même article 72 de la Constitution indique que dans les conditions prévues par la loi, les « *collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Dans la rédaction de ces dispositions, l'on comprend que le champ matériel de la libre administration se divise en deux catégories. D'une part un conseil élu sur la base d'un suffrage direct, d'autre part, des compétences propres et effectives. Tel est le cas des EPCI.

Dès lors, l'on peut considérer que l'existence d'autres catégories de collectivités territoriales prévue par l'article 72 de la Constitution fait implicitement référence aux collectivités subsidiaires telles que les structures intercommunales. Par la suite, cet article confère implicitement aux EPCI le droit de s'administrer librement et celui de pouvoir invoquer ce principe.

Dans ce cas, cette reconnaissance implicite par l'article 72 de la Constitution se consolide, depuis 2013, avec l'élection

³⁵ CE 8 juillet 2002, *M. Smit c/ Préfet du Cher*, nos 240269 et 240369.

³⁶ CE 11 mars 2009, *Él. des membres du bureau de la Cté d'agglomération du Drouais*, n° 319243.

³⁷ Cécile Jebelli, « L'élection des conseillers communautaires au suffrage universel direct : l'intercommunalité entre fiction et réalité », *Revue collectivités territoriales – intercommunalité*, janvier 2006, p. 5.

³⁸ Voir. Cons. Const. 14 juin 2013, n° 2013-323 QPC, op. cit., voir aussi. Cons. Const. 17 mars 2011, n° 2010-107 QPC, op. cit.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Information publiée sur le site de l'AdCF, <https://www.adcf.org/qu-est-ce-que-intercommunalite>, consulté le 03 août 2018.

⁴¹ Cf. Cécile Jebelli, « L'élection des conseillers communautaires au suffrage universel direct : l'intercommunalité entre fiction et réalité », op. cit., p. 4.

des membres de la structure intercommunale au suffrage universel direct. Ce mécanisme permet de donner une légitimité directe aux membres des entités intercommunales qui ne sont plus désignés par les conseils municipaux. Ainsi, ce procédé confirme que la forme juridique des EPCI subordonnés aux communes est une fiction juridique. En d'autres termes, les EPCI remplissent les deux conditions principales qui permettent aux collectivités territoriales de se prévaloir de la libre administration, à savoir un conseil élu et une compétence propre. La jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme *a priori* d'ailleurs ce raisonnement. Le juge constitutionnel a précisé qu'une collectivité territoriale doit, pour s'administrer librement « *disposer d'un conseil élu doté d'attributions effectives* »⁴².

En vertu du principe selon lequel les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus, l'on peut dès lors affirmer que les EPCI rentrent dans ce champ. Ainsi, cette condition est également un élément pouvant permettre de reconnaître aux coopérations institutionnelles locales les droits et avantages du principe de libre administration des collectivités territoriales.

L'admission constitutionnelle de l'existence d'autres catégories de collectivités telle que l'acceptation implicite des EPCI parmi les bénéficiaires du principe de libre administration est également justifiée par le principe de détachement de certains EPCI de la tutelle financière des communes afin de leur garantir une autonomie réelle, à travers le développement croissant des EPCI à fiscalité propre, que sont les métropoles, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération.

À cela, s'ajoute le principe de transfert de compétences qui relevait traditionnellement du régime des compétences exclusives. Toutefois, depuis la loi d'orientation pour l'administration territoriale de la République du 6 février 1992, le législateur a introduit la notion d'intérêt communautaire. Pour Jacqueline Montain-Domenach, « *ce mode de détermination des compétences répond à une nouvelle logique de répartition des matières entre les deux niveaux d'administration* »⁴³. Du fait de cette évolution, le transfert des compétences aux EPCI correspond désormais à trois catégories différentes : compétences exclusives pour lesquelles le transfert est total, compétences subordonnées à l'intérêt communautaire et enfin compétences facultatives non prévues par la loi⁴⁴. Dans l'esprit du législateur, l'intérêt communautaire impose de véritables politiques au niveau intercommunal. Cette dynamique vise non seulement à répondre à la rationalisation des moyens, mais aussi à adapter les politiques au contexte territorial⁴⁵.

En effet, la forme juridique des EPCI sous tutelle des communes doit être considérée comme largement dépassée. De ce fait, le transfert de compétence doit nécessairement s'accompagner du transfert intégral du bénéfice du prin-

cipe de libre administration au profit de la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales. Cette exigence doit être reconnue juridiquement et avec une valeur constitutionnelle, du moins reconnue comme faisant partie des principes généraux du droit (PGD).

Par ailleurs, la doctrine affirme que la commune « *possède des droits fondamentaux spécifiques parmi lesquels la libre administration que les autres personnes publiques territoriales n'ont reçue que par assimilation* »⁴⁶. Pour Roland Drago, cette attribution correspond à une « *transposition de ce qui existait déjà pour la commune* »⁴⁷. À cet effet, une illustration statistique issue du nombre de QPC posées par les différents degrés de collectivités, vient ainsi corroborer l'idée selon laquelle la libre administration est avant tout une question essentielle pour les communes, qui en sont les premières détentrices, ainsi que dans une moindre mesure les départements et les régions⁴⁸.

La multiplication du nombre des EPCI issue des réformes législatives est une véritable injonction de coopération entre les communes dans la gestion des affaires locales. Ainsi, si l'on considère que la libre administration est un principe primordial pour les communes, on peut dès lors, en se fondant sur le principe de transfert de compétence, considérer que ce même principe est indispensable pour les structures intercommunales qui exercent exclusivement leurs compétences à la place des communes. Autrement dit, les entités intercommunales doivent être reconnues explicitement parmi les titulaires du principe de libre administration. Cela confirmera le succès de leur mise en place, puissant et incontournable au vu de leurs compétences qui sont vitales pour la bonne gouvernance locale.

Dans tous les cas, « *la persistance de l'opposition entre collectivité territoriale et l'établissement public relève en ce qui concerne les communes et les intercommunalités d'une dichotomie purement artificielle, d'un décalage entre la dimension juridique et la réalité* »⁴⁹, d'une fiction juridique qui n'a de sens que pour servir un compromis politique⁵⁰.

2.2. L'admission nécessaire d'un principe permettant l'invocabilité de la libre administration par les EPCI

L'exclusion des établissements publics de coopération intercommunale des titulaires du principe constitutionnel de libre administration, malgré l'admission implicite de l'article 72 de la Constitution et du fait que ces derniers exercent uniquement des tâches dont se démettent les communes, est synonyme de la non prise en compte de la diversité des services publics locaux et de l'évolution du statut des EPCI.

⁴² Cons. Const. 8 août 1985, n° 85-196 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons.10 ; voir aussi, Cons. Const. 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC, Loi de réforme des collectivités territoriales, cons. 23.

⁴³ Jacqueline Montain-Domenach, « Bilan de la jurisprudence administrative relative à la notion d'intérêt communautaire », *Cahiers de droit de l'intercommunalité*, n° 1, janvier-mars 2017, p. 25.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Idem., 26.

⁴⁶ Pierre-Etienne Lehmann, « Libre administration et QPC : les enseignements de quatre années de jurisprudence », op. cit., p. 220.

⁴⁷ Roland Drago, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, p. 130-135.

⁴⁸ Cf. Pierre-Étienne Lehmann, op. cit., p. 22.

⁴⁹ Jacqueline Montain-Domenach, « Principe de libre administration et intercommunalité : transition et incertitudes », op. cit., p. 119 et 120.

⁵⁰ Cécile Jebell, op. cit., p. 5.

Le champ d'application matériel du principe de libre administration doit être expressément ouvert aux entités intercommunales, et cela, pour deux raisons principales. D'une part, les compétences exercées par les coopérations institutionnelles locales sont d'origine communale et elles disposent de territoire propre dès leur création. D'autre part, le législateur a institué le fonctionnement et l'organisation des structures intercommunales selon les mêmes critères que ceux des communes puisqu'un EPCI fonctionne quasiment comme une commune et qu'il gère exactement certaines compétences d'origine communale, notamment en matière d'aménagement, entretien et gestion, sans oublier les compétences, **eau et assainissement**, collecte et traitement des **déchets ménagers**, prévues pour 2020.

Ces compétences accordées aux EPCI montrent que ces derniers interviennent dans « *les domaines les plus utiles et les plus immédiats* »⁵¹. Dans cette optique, les entités intercommunales doivent nécessairement pouvoir invoquer le principe de libre administration comme le font les collectivités territoriales de droit commun.

Le transfert des compétences des communes au profit de la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales doit être total. Les EPCI doivent nécessairement bénéficier de tous les droits et avantages correspondant aux compétences transférées. Par conséquent, on doit reconnaître aux structures de coopération intercommunale la possibilité d'invoquer le principe constitutionnel de libre administration.

Au demeurant, le fait de reconnaître aux EPCI la possibilité de se prévaloir du principe de libre administration ne peut être considéré comme un renversement de la relation qui place les communes sous une place supérieure à celle des entités intercommunales. Il s'agirait tout simplement, au vu des compétences de ces entités intercommunales, de garantir l'égalité entre les communes et ces dernières. Au regard de la qualification implicite énoncée par l'article 72 de la Constitution, une telle qualification juridique paraît facilement réalisable à la fois par le juge constitutionnel et le juge administratif.

Certes, le contrôle et la précision du champ matériel de la libre administration appartiennent au juge constitutionnel. Toutefois, par l'instrument des questions prioritaires de constitutionnalité, ce contrôle est au préalable exercé par le juge de renvoi qui déclare la recevabilité ou non de la question soulevée au regard de son lien avec la notion de libre administration. Or, dans ce cas, le Conseil d'État, qui semble esquiver la question de la libre administration aux EPCI, pourrait systématiquement rejeter tout recours en ce sens venant de la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales. Autrement dit, le juge suprême de l'ordre administratif peut volontairement délimiter les titulaires du principe de libre administration aux seules collectivités de droit commun.

Dans tous les cas, l'effectivité de l'autonomie des entités intercommunales, notamment l'exercice de leurs compétences, passe nécessairement par la reconnaissance, pour ces structures, de la possibilité d'invoquer le principe constitutionnel de libre administration. D'ailleurs, dans son

rapport public annuel de 2009 relatif au bilan d'étape de l'intercommunalité, la Cour des comptes a rappelé que les transferts de compétences doivent s'accompagner du transfert des moyens nécessaires à leur exercice⁵². Au-delà, de ces moyens, le principe même de libre administration a sa place avec tous ses droits et garanties.

En outre, il serait imprudent de maintenir l'exclusion des coopérations institutionnelles locales parmi les personnes bénéficiaires du principe de libre administration. L'on pourrait même se demander si cette exclusion n'est pas l'expression d'une incohérence juridique, notamment du fait qu'une commune peut opposer le principe de libre administration en matière d'une compétence spécifique et qu'un EPCI ne peut opposer ce même principe relativement à la même compétence.

Il faut rappeler qu'auparavant les principes fondamentaux qui différencient les EPCI des collectivités territoriales de droit commun sont le principe de spécialité, le principe de rattachement, la représentation indirecte et l'intervention obligatoire du préfet. Or, au stade actuel de l'évolution des coopérations intercommunales, ces principes semblent dépassés.

En premier lieu, le principe de spécialité qui fonde la création des établissements publics, par opposition à la compétence générale dont disposent les collectivités territoriales, paraît assez affaibli au vu du transfert de compétences diverses, accompagné du transfert des prérogatives politiques et stratégiques qui dotent réellement les entités intercommunales d'une latitude conséquente au détriment du principe de spécialité. Aucune confusion ne peut exister en matière de répartition des compétences entre les communes et les EPCI tel qu'ils sont actuellement conçus par le législateur. Les EPCI ne répondent plus du tout au principe de spécialité, mais semblent détenir à l'inverse une compétence générale, à l'identique d'une collectivité territoriale⁵³. En second lieu, le principe de rattachement permet de distinguer une collectivité territoriale d'un établissement public, c'est-à-dire que la première dispose d'un territoire propre et qui fonde son existence et le second ne dispose pas de territoire, mais exerce simplement une mission déterminée. Ce principe permet aux communes de contrôler les établissements publics. Or, dans leur architecture actuelle, les EPCI disposent largement de territoires propres qui fondent leur existence. Ces territoires intercommunaux existent au même titre que ceux des territoires communaux, du moins presque plus.

En troisième lieu, depuis 2013, on ne parle plus du critère de représentation indirecte. La représentation des citoyens est assurée directement par eux-mêmes à travers des suffrages universels directs. Ce mécanisme a fermé le débat sur la légitimité démocratique de l'assemblée délibérante de certains EPCI. Ainsi, certaines catégories d'EPCI ne sont plus subordonnées aux collectivités membres.

En quatrième lieu, pour ce qui concerne la présence de l'État, elle n'est que simplement procédurale. Ce n'est

⁵² Morgane Letanoux, *Intercommunalité : mise en œuvre des compétences transférées aux EPCI à fiscalité propre*, Dalloz, Chapitre 4 (folio n° 1060) – 2018-1 et Cour de compte, Rapport général de 2009.

⁵³ Pour plus de détails sur ce sujet, cf. Cécile Jebelli, op. cit., p. 6.

⁵¹ Éric Kerrouche, *L'intercommunalité en France*, op. cit., p. 38.

qu'après la constitution du projet de création d'un EPCI par ses collectivités membres que le préfet décide de sa création effective. C'est le principe de l'intérêt communautaire basé sur l'autonomie de décision des autorités locales qui consolide cette intervention administrative du représentant de l'État.

Ainsi, si les entités intercommunales ne répondent plus aux principes fondamentaux qui les différencient des collectivités territoriales, rien ne justifie plus qu'elles appartiennent à la catégorie juridique des établissements publics. Le maintien des intercommunalités dans cette catégorie juridique relève donc purement et simplement d'une « *intenable fiction juridique* »⁵⁴.

Pour ces raisons, le juge administratif doit se fonder sur ces éléments précités, et particulièrement sur la qualification implicite de l'article 72 de la Constitution afin de permettre aux EPCI d'invoquer le principe de libre administration devant les juridictions administratives. Une autre alternative pourrait être la création d'un principe général de droit (PGD) en matière de l'invocabilité de la libre administration au profit des coopérations institutionnelles locales. Quant au juge constitutionnel, il pourra sortir de ses qualifications implicites afin de reconnaître à la catégorie subsidiaire des collectivités territoriales le bénéfice à part entière de la libre administration.

En réalité, ce sont les résistances politiques et de l'incohérence juridique qui empêchent de reconnaître la réalité sur les entités intercommunales. Le fait de maintenir « *les EPCI dans la catégorie juridique de l'établissement public permet de se prémunir contre la menace supracommunale qu'elle*

constitue indéniablement en la plaçant à un niveau inférieur à celui de la commune dans l'échelle des structures administratives »⁵⁵. Or, on ne peut ignorer la légitimité politique et démocratique des assemblées intercommunales.

En définitive, nonobstant la qualification constitutionnelle implicite, le dépassement du maintien des EPCI dans la catégorie des établissements publics et leur statut exclusivement législatif relève d'une anomalie juridique. On ne peut que regretter cette distorsion juridique du statut constitutionnel implicite et exclusivement législatif des EPCI face au statut constitutionnel explicite des communes, départements, régions et TOM.

Cette analyse de la situation a pour effet d'affaiblir les EPCI, alors même que ces derniers sont soumis aux mêmes règles et exigences que celles des communes. De fait, le constat s'impose : permettre aux EPCI de se prévaloir de la libre administration comme les collectivités territoriales de droit commun ne relève plus de la simple utilité, mais bien de la nécessité. ■

Bakary DRAME
Docteur en droit public ATER
à l'Université des Antilles

⁵⁴ Cécile Jebeili, op. cit., p. 6.

⁵⁵ Idem., p. 5.