

# **LE DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL, EXPRESSION DE L'AUTORITÉ DE L'ETAT**

PAR

Isabelle MULLER-QUOY

*Maître de conférences à l'Université de Picardie Jules Verne*

Quelle filiation peut-on établir entre la loi du 28 pluviôse an VIII et le déféré préfectoral, mode actuel du contrôle des actes des collectivités locales en France ? *A priori*, il apparaît impossible de relier cette fonction exercée par les préfets au rôle joué par leurs prédécesseurs institués par Napoléon Bonaparte, eu égard aux bouleversements qui ont caractérisé, depuis, les rapports entre Etat et collectivités locales. En l'an VIII, il n'existait tout simplement pas de collectivités locales dotées de la personnalité morale, mais seulement des circonscriptions administratives où la seule autorité qui pouvait trouver à s'exercer était celle de l'Etat. Aujourd'hui, le paradigme est radicalement différent puisqu'il existe de par la décentralisation et en particulier depuis son renforcement par les lois du 2 mars 1982<sup>1</sup> et 7 janvier 1983<sup>2</sup> des autorités publiques concurrentes sur des mêmes territoires dont il s'agit de concilier les intérêts.

Cependant, même en l'an VIII, l'évidente consécration de la centralisation et de son corollaire pratique, la déconcentration, n'empêchait pas l'affirmation d'intérêts locaux. Certes, les conseils populaires institués auprès des préfets et du maire, représentants de l'Etat (conseil général de département, conseil d'arrondissement, conseil municipal), n'exprimaient pas une collectivité

---

1. Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *J.O.* 3/03.

2. Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, *J.O.* 9/01.

té dotée d'autonomie. Ils étaient selon les mots de Chaptal "*au dessous de la ligne d'exécution*", ils formaient "*la partie passive de l'administration*". Néanmoins, si leurs attributions étaient avant tout consultatives en ce qu'ils avaient pour objet d'exprimer une opinion sur les besoins et l'état des habitants de leur circonscription afin de "*faire connaître le vœu public*", ils disposaient pour cela d'un pouvoir fiscal non négligeable puisqu'ils étaient compétents aux fins de répartir les contributions directes et les centimes additionnels. Cette mission fiscale leur donnait l'occasion d'avoir un droit de regard sur les budgets locaux qui étaient cependant arrêtés et exécutés par les agents de l'Etat (préfet, sous-préfets et maires). Dans le cas des conseils généraux, cette faculté se trouvait limitée car s'ils pouvaient entendre le compte annuel du préfet, ils n'avaient le droit d'en débattre. Aussi, on ne peut certes pas parler d'administration locale à leur égard, les travaux préparatoires emploient le terme "*d'administration domestique*", afin de réserver l'ensemble des intérêts administratifs tant généraux que locaux au représentant de l'Etat. Mais s'ils ne prennent pas d'actes locaux décisifs, toutefois, de par leur mode de désignation, les conseils se relient à l'idée de représentativité des habitants, en raison de la participation électorale indirecte des citoyens, ils sont les prémices de la future reconnaissance d'une démocratie locale.

*A priori* donc, il serait artificiel de tenter d'établir des passerelles entre le système administratif créé en l'an VIII et celui que nous pratiquons actuellement au strict point de vue des rapports entre Etat et collectivités locales, car celles-ci n'existaient tout simplement pas sur un plan juridique. Pourtant cet obstacle ne semble pas rédhibitoire, il n'interdit pas de s'interroger valablement sur le contrôle de légalité exercé aujourd'hui par les préfets sur les actes des collectivités locales, en particulier par la voie du déferé préfectoral<sup>3</sup>, afin d'essayer de déterminer s'il exprime toujours l'esprit de la loi du 28 pluviôse an VIII quant à la place de l'institution préfectorale. En effet, notre problématique n'a pas pour objet de reprendre, par le menu, la procédure du déferé préfectoral (nous laisserons de côté le contrôle budgétaire par trop spécifique pour être ici examiné). Elle vise à rechercher ce que signifie, aujourd'hui, dans le cadre de cette fonction bien précise, l'expression de l'autorité de l'Etat, bréviaire assigné aux préfets de l'an VIII.

Exprimer l'autorité de l'Etat, c'est en l'an VIII, selon les mots de Chaptal, "*assurer aux lois une exécution entière*"<sup>4</sup>. Pour le tribun Dieudonné, "*tout ce qui tient à l'exécution des lois, tout ce qui exige des résultats généraux forme les attributions des préfets*", car "*l'action et la surveillance du gouvernement doivent se communiquer et se faire sentir sans difficulté depuis le centre*

3. Ce n'est pas la seule possibilité pour le préfet qui peut toujours agir par la voie du REP, notamment contre les actes qui ne lui sont pas transmis, CE Sect., 13/01/1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, concl. M. Roux, R.F.D.A. 1988, p. 282.

4. Travaux préparatoires, Extraits des Archives parlementaires, Série II, Tome 1, p. 229.

*jusqu'à l'extrémité de ses rayons*<sup>5</sup>. Le préfet a pour rôle de "garantir de manière stable et vigoureuse les intérêts de la République"<sup>6</sup>.

A l'heure actuelle, à l'égard des collectivités décentralisées, exprimer l'autorité de l'Etat signifie pour le préfet s'assurer de leur respect des lois et de l'ordre public en usant de l'arme du déféré préfectoral, arme moins immédiate que celle dont il disposait avant 1982 à l'époque de la tutelle puisqu'elle se limite à lui offrir la possibilité de saisir le juge administratif aux fins d'annulation *a posteriori* de l'acte local incriminé. L'article 72 alinéa 3 de la Constitution exprime solennellement cette mission, même s'il n'emploie pas l'expression autorité de l'Etat. Il faut à cet égard remarquer que l'on ne trouve d'ailleurs pas cette expression dans le texte de l'an VIII, même si l'idée qu'elle désigne irrigue ses travaux préparatoires. Aujourd'hui, elle est mentionnée explicitement seulement dans le décret du 10 mai 1982 n° 82-389 relatif aux pouvoirs du préfet du département (et n'est pas reprise à propos des préfets de régions), selon lequel "le préfet est dépositaire de l'autorité de l'Etat"<sup>7</sup>.

L'article 72 alinéa 3 confie donc au délégué du gouvernement dans le département et les territoires la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. Il souligne l'unité de l'ordre juridique français qui découle du caractère indivisible de la République et vise à assurer la prééminence de l'intérêt national sur les intérêts locaux.

Ainsi, la filiation avec la loi du 28 pluviôse an VIII apparaît, par delà les modifications radicales de l'organisation du système administratif, clairement établie. Il n'en reste pas moins que le principe d'autorité de l'Etat qui animait la construction napoléonienne, dont nous allons, dans un premier temps, vérifier la prégnance en prenant l'exemple du déféré préfectoral (I) ne laisse pas d'interroger sur sa réalité concrète, son effectivité, ce qui nous conduira dans un second temps à accoler une forme interrogative à notre titre : le déféré préfectoral qui est pensé comme l'expression la plus topique de l'autorité des représentants de l'Etat l'est-il vraiment ? Sinon, que faut-il faire, proposer comme réforme, pour qu'il le redevienne, pour que cette autorité juridique réaffirmée soit une autorité réelle ? (II)

### **I - LE DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL, RÉAFFIRMATION DU PRINCIPE D'AUTORITÉ DE L'ETAT**

Ce sont les mêmes principes qui fondent les pouvoirs actuels du préfet même si les situations juridiques sont fondamentalement différentes, en parti-

5. Travaux préparatoires, p. 192.

6. Travaux préparatoires, p. 227.

7. Décret du 10 mai 1982 n° 82-389 relatif aux pouvoirs du préfet du département, *J.O.* 11/05.

culier depuis que ce contrôle s'effectue *a posteriori* de l'entrée en vigueur des actes locaux et que le préfet n'en assume plus que la phase administrative, laissant le soin au juge de le conclure définitivement. En l'an VIII, en affirmant par son article 3 que le préfet est "*seul chargé de l'administration*", la loi mettait l'accent sur deux idées-forces : l'idée d'exclusivité (A) perçue comme un gage d'efficacité (B). Ce sont ces mêmes principes qui sont aujourd'hui à la source des pouvoirs préfectoraux en matière de contrôle de légalité, en ce sens la loi est bien pérenne.

### A ) *Le principe d'exclusivité*

Le choix de l'agent unique est perçu comme un gage d'efficacité en réaction contre les institutions révolutionnaires en particulier celles de l'an III, symbole de dilution du pouvoir car exercé par des corps collectifs, des assemblées nombreuses.

Ainsi, le tribun Sedillez voyait dans l'établissement des préfets et des sous-préfets "*cette unité d'action qui doit caractériser l'exécution, cette unité qui assure la célérité et l'uniformité*"<sup>8</sup>. Car "*l'expérience, poursuivait-il, nous apprend qu'on doit attendre des résultats plus satisfaisants d'un seul fonctionnaire public responsable et révocable que d'une autorité composée de plusieurs membres, un seul administrateur est responsable alors qu'une assemblée de plusieurs membres échappe par sa nature à toute responsabilité*"<sup>9</sup>. Pour le tribun Delpierre, il s'agit de "*donner à l'action du gouvernement unité, vigueur et célérité, à la place de langueur, engourdissement, paralysie, en mettant en jeu la volonté d'un moteur unique dans chaque département, de faire cesser les embarras, la mobilité et les retards inséparables d'une agence d'exécution à plusieurs têtes*"<sup>10</sup>. Enfin, pour Chaptal, "*la force d'un système d'administration est toute dans la certitude de l'exécution entière la loi et des actes du gouvernement, or cette certitude existe toutes les fois que l'exécution est remise à un seul homme essentiellement responsable*"<sup>11</sup>.

Force et promptitude, voilà ce que l'on attendait du nouveau système d'administration, fondé sur une seule volonté, en réaction contre la multiplicité des administrateurs des systèmes précédents. Ce principe de la magistrature unique continue d'être réaffirmé aujourd'hui dans l'exercice du déferé préfectoral. Le préfet est le seul représentant de l'autorité de l'Etat, cette qualité de délégué du gouvernement il ne la partage pas, notamment avec les services qu'il dirige.

8. Travaux préparatoires, p. 188.

9. *Idem*, p. 204.

10. *Ibid.*, p. 224.

11. *Ibid.*, p. 196.

On en reçoit tout d'abord témoignage de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle seuls les membres du corps préfectoral peuvent décider de déférer un acte local. Selon l'arrêt récent du 15 octobre 1999, "*Ministre de l'intérieur*"<sup>12</sup>, le préfet ne peut donner délégation aux agents de préfecture pour déférer un acte d'une collectivité locale au tribunal administratif car il dispose en cela d'un pouvoir propre. Par contre, il peut déléguer à ces agents la signature des recours gracieux adressés aux autorités locales, auteurs des actes soumis à son contrôle. Le raisonnement du Conseil d'Etat est porteur d'enseignements : l'exercice de la fonction régalienne, la fonction de contrôle appartient donc uniquement aux préfets qui seuls peuvent dans leur circonscription user d'autorité. Ce n'est pas une prérogative de l'autorité centrale, le préfet la tient directement de la constitution. L'exercice d'un recours gracieux, c'est-à-dire la demande de prendre une nouvelle décision qui sera alors conforme à la légalité n'étant pas la manifestation de l'imperium peut par contre valablement être exercée par d'autres agents de l'Etat, des agents secondaires, membres du cadre national des préfectures. La lettre d'observation n'est en effet qu'un avertissement, elle est seulement informative, elle ne préjuge pas de la conduite du préfet quant à la saisine du juge administratif. Cette divisibilité du contrôle est justifiée par des raisons pratiques, afin de permettre de renforcer son efficacité. Cependant, cette exclusivité connaît quelques assouplissements, le Conseil d'Etat a en effet déjà jugé que le sous-préfet d'arrondissement<sup>13</sup> pouvait déférer l'acte d'une collectivité locale.

A ce principe d'exclusivité se rattachent également toutes les jurisprudences qui conduisent à particulariser le déféré préfectoral par rapport au recours en annulation de droit commun, le recours pour excès de pouvoir (REP). La loi du 2 mars 1982 mais surtout les jurisprudences qui l'éclairent conduisent en effet à en faire un recours unique, *sui generis*, en d'autres termes qui n'existe qu'exclusivement au profit de cette autorité, en raison même précisément qu'elle exprime celle de l'Etat.

Ce n'est pas le lieu de reprendre ici l'exposé qui serait fastidieux de tous les détails techniques des arrêts du Conseil d'Etat, des Cours administratives d'appel et des Tribunaux administratifs qui ont pour objet de conférer pleine efficacité à ce recours, même si cela conduit à le différencier de la voie classique du recours pour excès de pouvoir. Il suffira de donner quelques exemples. Ainsi, seul le préfet peut dans le cadre de son déféré porter à la connaissance du juge administratif des contrats auxquels il n'est pas partie. En l'état actuel du contentieux contractuel dans le cadre du REP, il n'est toujours pas possible à un tiers au contrat d'en demander l'annulation directement. Même si cette jurisprudence vacille, un recours étant désormais possible contre les clauses dites réglementaires d'un contrat<sup>14</sup> ou contre un contrat

12. CE 15/10/1999, *Ministre de l'intérieur*, *Dr.adm.* 2000, p. 11.

13. CE 12/12/1997, *Préfet du Tarn*, *LPA* 1998, n° 86, concl. J.-H. Stahl.

14. CE, Ass., 10/07/1996, *Cayzeele*, *Rec CE*, p. 274, note P. Delvolvé, *R.F.D.A.* 1997, p. 89.

comportant nomination d'un agent public contractuel d'une collectivité locale<sup>15</sup>, il n'en demeure pas moins que le principe, pour écorné qu'il soit, reste valable : les tiers au contrat ne peuvent attaquer que les actes détachables relatifs à la conclusion ou à l'exécution dudit contrat, seul le préfet à l'égard des contrats locaux peut directement, dans le cadre de son déféré, en demander l'annulation.

Autre exemple de particularisme du déféré qui exprime l'idée d'un contrôle renforcé pour les motifs que l'on sait : le préfet est seul désormais à pouvoir attaquer les délibérations à caractère préparatoire des collectivités locales et de leurs établissements publics<sup>16</sup> ainsi que les vœux, actes non décisifs émis par les assemblées locales<sup>17</sup>. Le juge justifie ces solutions en considérant que la loi du 2 mars 1982 en dispose ainsi, lorsqu'elle prévoit que "le préfet défère tous les actes des collectivités locales qu'il estime contraires à la légalité". Cette interprétation de la loi consacre donc une conception élargie du contrôle.

Dernier exemple de possibilités qui ne sont ouvertes qu'au préfet, celles relatives à certaines procédures d'urgence. On pense d'une part notamment au sursis à exécution de quarante-huit heures, dorénavant désigné sous le terme de suspension d'urgence qui permet au président du tribunal administratif ou à son délégué de suspendre l'acte attaqué lorsqu'il est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle. Le Conseil d'Etat, par l'ordonnance du président de la section du contentieux, *Hoarau*<sup>18</sup>, du 8 juin 1995, a bien spécifié que cette procédure n'est ouverte qu'au préfet, représentant de l'Etat dans le département. D'autre part, seul le préfet peut, depuis 1995, pratiquer, pour la durée maximale d'un mois, la suspension dite administrative d'un acte local intervenant en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public si elle est formulée dans les dix jours à compter de la réception de l'acte.

Ces procédures sont reprises par la loi sur le référé devant les juridictions administratives<sup>19</sup>. Mais, il faut remarquer que si le préfet se voit confirmé dans ses prérogatives, il n'en est plus l'unique détenteur, la loi rompt le particularisme du déféré. En effet, elle permet aux simples particuliers de bénéficier de certaines de ces règles spéciales. Ainsi, par exemple, le juge des référés peut dans les 48 heures, en cas d'urgence, ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une person-

15. CE, Sect., 30/10/1998, *Ville de Lisieux*, chronique générale de jurisprudence, *A.J.D.A.* 1998, p. 969.

16. CE, Ass, 15/04/1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, Rec.CE, p. 130, concl. J.-D. Combexelle, *R.F.D.A.* 1996, p. 1169.

17. CE, Sect., 29/12/1997, *SARL Enlem*, Rec.CE, p. 500, concl. L. Touvet, *R.F.D.A.* 1998, p. 553.

18. CE 8 /06/1995, ord. du président de la section du contentieux, *Hoarau*, Rec. CE, p. 232, chron. J.-H. Stahl, D. Chauvaux, *A.J.D.A.* 1995, p. 505.

19. Loi n° 2000-597 du 30/06/2000, Référé devant les juridictions administratives, *J.O.* 01/07/2000.

ne morale de droit public aurait porté une atteinte grave (nouv. art. L. 512.2 du code de justice administrative). Il faut bien entendu y voir la recherche d'une plus grande efficacité de ces procédures d'urgence, mais également sûrement, à l'égard des actes locaux en particulier, le signe de la prise en compte de la pratique actuelle du contrôle : ces déférés sont peu nombreux, ce sont les particuliers qui en suppléent l'absence.

Cette exclusivité qui se trouve aujourd'hui largement vérifiée a pour fondement le souhait de réaliser un contrôle plein et entier. C'est l'unicité qui est en l'an VIII gage de "célérité". Retraduite en terme d'efficacité selon un vocabulaire plus actuel, cet objectif est bien entendu réaffirmé dans la législation et la jurisprudence sur le déferé préfectoral : que reste-t-il de l'autorité si elle n'est pas exercée de façon uniforme et efficiente ?

### *B) Le souci d'efficacité*

La décision du Conseil Constitutionnel du 25 février 1982 est tout à fait explicite de cette exigence, de la portée à donner à cette autorité du préfet à l'égard des collectivités locales : celle-ci ne saurait être à éclipses, ne saurait être entravée. Le juge constitutionnel a donc censuré les dispositions de la loi qui déclareraient exécutoires de plein droit les actes des collectivités locales, avant leur transmission au préfet au motif qu'elles priveraient l'Etat "*fût-ce temporairement du moyen d'exercer les prérogatives qui lui sont réservées*"<sup>20</sup>. En retardant la possibilité pour le préfet de vérifier la légalité des actes et en rendant ces actes exécutoires alors même que, non encore transmis, le préfet n'en connaît pas la teneur, les articles incriminés restreignaient la prééminence préfectorale et portaient atteinte à l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution. La transmission est donc la condition nécessaire du caractère exécutoire des actes les plus importants.

La récente utilisation expresse de l'article 72 par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Commune du Port*<sup>21</sup> du 28 février 1997 comme fondement constitutionnel direct afin de déterminer les missions du représentant de l'Etat et leurs limites n'est pas innocente. En donnant pour assise à la compétence préfectorale la constitution elle-même, le juge administratif témoigne une fois encore de sa volonté d'élargir le champ d'application du déferé préfectoral en reconnaissant à l'autorité qui le met en œuvre une faculté générale d'agir à l'encontre de tous les actes des collectivités locales quel qu'en soit l'objet, faculté qui dépasse les termes stricts des lois du 2 mars et 22 juillet 1982<sup>22</sup>. Le préfet a toujours intérêt à agir, en ce qu'il met en œuvre l'intérêt public du respect des lois exprimé constitutionnellement. Ce fondement constitutionnel

20. CC, n° 82-137 DC, 25/02/1982, Rec. p. 38.

21. CE, 28/02/1997, *Commune du Port*, concl. J.-H. Stahl et commentaire de J.-C. Douence, R.F.D.A. 1997, p. 1190.

22. Sur ce sujet cf. le commentaire de J.-C. Douence, préc.

direct conduit à la généralisation et à l'uniformisation du contrôle de légalité exercé par le préfet c'est-à-dire à l'alignement des recours préfectoraux (recours pour excès de pouvoir et déferé proprement dit) sur les règles spécifiques du déferé<sup>23</sup>. Par cet arrêt, le juge qualifie explicitement de déferé le recours intenté par le préfet spontanément contre une décision implicite et donc non soumise à l'obligation de transmission. Il élargit donc le contrôle préfectoral qui peut porter non seulement sur l'action des collectivités locales mais également sur leur refus d'agir. Il déclare ainsi recevable un recours se situant en dehors du champ d'application de la loi, en se fondant sur l'investiture constitutionnelle du préfet<sup>24</sup>.

On pourrait enfin reprendre toutes les jurisprudences précédemment évoquées comme particularisant le déferé pour nourrir l'idée selon laquelle elles fournissent le gage d'efficacité que l'on attend du contrôle : dans le silence des lois de 1982, le juge a à chaque fois interprété ses lacunes dans le sens d'un renforcement du contrôle par le représentant de l'Etat en lui donnant la possibilité de l'exercer<sup>25</sup>. On ne prendra que deux exemples parmi ceux qui abondent : non seulement le préfet peut déferer les contrats soumis à transmission mais il peut également en faire de même à l'égard des contrats non soumis à transmission<sup>26</sup>, ceux les moins importants mais dont le juge n'admet pourtant pas qu'ils échappent au pouvoir de surveillance de l'autorité représentant l'Etat même si ils sont d'intérêt mineur. Deuxième exemple, toujours dans le cadre du contentieux contractuel, le Conseil d'Etat dans son avis *Préfet de la Côte d'Or et autres* rendu le 10 juin 1996<sup>27</sup> indique que la conclusion d'un contrat par le maire est illégale dès lors qu'à la date à laquelle elle intervient, la délibération du conseil municipal qui l'autorise n'a pas été transmise au préfet. En outre et surtout, la Haute juridiction administrative considère que la transmission ultérieure de la délibération de l'assemblée au préfet n'a pas pour effet de régulariser la conclusion du contrat.

Les règles procédurales du déferé semblent bien exprimer la recherche d'exclusivité gage d'efficacité du contrôle mais, paradoxalement, elles posent également la question de la réalité de ce contrôle et conduisent à s'interroger sur son caractère obligatoire ou facultatif, sur sa portée. En d'autres termes, le déferé dans son économie actuelle, dans sa pratique quotidienne n'exprime-t-il pas plutôt les limites de l'autorité de l'Etat ?

23. J.-C. Douence, préc.

24. *Idem*.

25. Sur ce point, qu'il soit permis de renvoyer à notre thèse, pour une analyse plus systématique, *Le juge administratif et l'autonomie des collectivités locales*, Toulouse, 1994.

26. CE 3/04/1998, *Département de la Vendée*, R.F.D.A. 1998, p. 642.

27. CE, Avis, 10/06/1996, *Préfet de la Côte-d'Or et autres*, note J.-C. Douence, R.F.D.A. 1997, p. 83.

## II - LE DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL : EXPRESSION DES LIMITES DE L'AUTORITÉ DE L'ÉTAT ?

Il suffit de se référer à des thèmes bien connus, des analyses déjà effectuées<sup>28</sup> qui sont désormais un fait acquis : près de 20 années d'expérience de la nouvelle décentralisation conduisent à conclure que, dans sa pratique, le déféré préfectoral ne concrétise pas l'autorité que les textes instituent. A cet égard, il apparaît remis en question ce qu'on examinera dans un premier temps (A). Cela nous conduira à proposer dans un second temps des esquisses de solutions, synthèse des différents projets de réforme qui depuis quelques années ont éclos afin de faire correspondre la réalité de son exercice à la volonté juridique d'autorité, fondement de cette mission préfectorale (B).

### A) Les faiblesses du contrôle

Les données quantitatives issues des rapports que le gouvernement remet chaque année au Parlement sur l'exercice du contrôle de légalité soulignent la rareté des déférés préfectoraux : en moyenne, sur près de 6 millions d'actes transmis chaque année, on ne dénombre seulement que 2000 déférés par an. A peu près la moitié de ces déférés est assortie d'une demande de sursis à exécution, mais le taux de succès de ce dernier est faible (30%). Il faut noter, à titre comparatif, que le nombre de recours pour excès de pouvoir formés par les particuliers à l'encontre des actes des collectivités locales est estimé au environ de 15 000, autrement dit, il y a un déféré pour cinq recours de particuliers. Par ailleurs, les déférés introduits à la demande d'une personne lésée sont rares (17 sur 1961 en 1996). Par contre, plus de 170 000 lettres d'observations sont adressées annuellement aux autorités locales<sup>29</sup>, ce qui conduit nombre d'auteurs à remarquer que cette procédure devient la manifestation essentielle et la plus tangible du contrôle de légalité<sup>30</sup>.

Cette quantification statistique de la réalité de l'autorité exercée peut être sujette à critiques, elle n'en revêt pas moins une signification certaine : le déféré est un instrument peu usité, peu actionné, car entre la proposition selon laquelle les collectivités locales seraient vertueuses au point de ne pas mériter de sanction de leurs actes et celle de la prudence des préfets à user de cette arme à l'égard des collectivités locales, la deuxième apparaît la plus raisonnable.

28. L'auteur de référence est en la matière J.-C. Hélin, cf. notamment, "Le préfet, les élus et le juge, réflexion sur le contrôle de légalité des actes locaux", *Les petites affiches*, n° 151, 16/12/1992, p. 12 ; "La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit", *R.F.D.A.* 1987, p. 76 ; "Les contrôles sont-ils efficaces ?", *Pouvoirs* 1992, p. 124 ; "Le contrôle de légalité des actes locaux : entre mise en cause et remise en ordre", *A.J.D.A.* 1999, p. 767.

29. Ces chiffres sont issus du *Rapport du gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et de leurs établissements publics*, ministère de l'Intérieur, DGCL, 3ème trimestre 1998.

30. Brunelli (P.), *Le contrôle de légalité*, LGDJ, "Politiques locales", 1998, p. 86.

La faiblesse du contrôle contraste avec la volonté d'autorité, elles semblent antinomiques. L'analyse de ces résultats chiffrés est bien connue. Certes, la durée des procédures juridictionnelles et la crainte d'être débouté et donc directement remis en question dans son autorité conduisent le préfet à éviter le plus possible le recours au juge mais cela n'est pas la raison essentielle. Elle réside plutôt dans la conception "stratégique" qu'ont les préfets du déféré qui n'est qu'une des facettes de la relation État/collectivités locales. Les préfets sont en effet placés "*dans une situation paradoxale qui leur commande d'être à l'écoute de ceux qu'ils doivent contrôler avec vigilance*"<sup>31</sup>. Pour le préfet, la légalité recouvre bien d'autres choses que la seule règle de droit, elle n'est pas une fin en soi ; "*elle est un moyen de défense d'un intérêt qui est général et en tout cas politique au bon sens du terme. Le contrôle de légalité est un des instruments de la politique du représentant de l'Etat dans le département*"<sup>32</sup>. En dehors de la règle de droit *stricto sensu*, des considérations de nature politique, économique, sociale sont prises en compte par le préfet pour décider de saisir ou de ne pas saisir la juridiction administrative, considérations que le juge ne peut évoquer pour justifier une décision illégale d'une collectivité locale. Au contraire, dans certains secteurs sensibles (l'interventionnisme économique par exemple), le représentant de l'Etat renonce souvent à demander l'annulation, conscient de l'impact social et politique d'une telle décision. Dans la perspective globale qui est la sienne, le préfet peut vouloir laisser subsister certaines illégalités, car, pour lui, l'action administrative ne doit pas être seulement légale mais également opportune. Le souci de ne pas paralyser l'administration des collectivités locales l'emporte souvent sur le respect strict de la légalité. Les préfets sont plus libres que le juge dans l'application qu'ils font du droit. Cela ne signifie pas qu'ils agissent en dehors de toute légalité, la phase administrative du contrôle est à tort soupçonnée d'être extra juridique ou a-juridique. "*La régulation administrative du contrôle de légalité ne se fait ni par une application mécanique de la règle, ni dans sa méconnaissance systématique*"<sup>33</sup>. Mais ils développent une conception plus large, plus englobante de la légalité : une légalité "à géométrie variable" qui est le produit d'une négociation, car le préfet a besoin de la confiance des élus, il cherche avant tout à obtenir leur collaboration en développant des compromis. L'autorité, c'est-à-dire ici la légalité, n'est plus absolue, elle est relativisée. Ce n'est pas nouveau, et déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, le représentant de l'Etat se devait de négocier. Ainsi Taine, dans *Les origines de la France contemporaine*, soulignait-il que le préfet "*doit se concilier les meneurs locaux du suffrage universel, administrer avec leur concours, subir l'ingérence de leurs convoitises et de leurs préventions et prendre chaque jour leur avis*". Ainsi, là où le préfet est libre de discuter, transiger, adapter la règle dans le cadre d'une négociation discrète, le juge est lié par la procédure juridictionnelle. Il ne peut transiger, il

31. *Idem*.

32. Lévy (M.), "Le désistement du commissaire de la République", *A.J.D.A.* 1985, p. 140 ; cf. également Givaudan (A.) dans un article prémonitoire, "Le juridique et le politique", *R.A.* 1983, p. 442.

33. Regourd (S.), "La prétendue suppression de la tutelle", *R.A.* 1982, p. 613.

ne peut négocier l'application de la règle : il doit l'appliquer dans toute sa rigueur. Il rend une décision publique qui doit être dépersonnalisée, neutre, indépendante des affrontements locaux. La juridictionnalisation est incompatible avec la concertation. On comprend dès lors pourquoi la saisine du juge est perçue comme un ultime recours, dans les seuls cas où le contrôle administratif n'a pas pu aboutir au retrait ou à la réformation de l'acte. La saisine du tribunal fait l'objet d'un enjeu, elle est une arme de persuasion aux mains des préfets pour amener les collectivités à réformer leurs actes.

Cette situation a été rendue possible par différentes jurisprudences concourant à consacrer la liberté d'appréciation du préfet dans l'exercice de son déferé. Ainsi le juge a autorisé le recours gracieux et ce faisant avalisé la négociation<sup>34</sup>. Par ailleurs, le refus du préfet de déférer à la demande d'un tiers lésé dans le cadre du déferé dit provoqué ou sur demande est un acte discrétionnaire non susceptible de contestation par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat en 1991 par la jurisprudence *Brasseur*<sup>35</sup>. De même, le Conseil d'Etat a admis la possibilité pour le préfet de se désister librement avant que le juge ne soit intervenu au fond, bien sûr sans pouvoir vérifier si le caractère illégal de l'acte contesté ne persiste plus. Par l'arrêt *Sté Aubettes* en date du 6 décembre 1999<sup>36</sup>, il a confirmé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris, *Département de Seine-et-Marne, SA Decaux*<sup>37</sup>, selon lequel le préfet peut se désister de son déferé mis en œuvre à la demande d'un tiers, ce désistement ne pouvant rouvrir le délai de recours au profit dudit administré. On peut s'étonner de cette conséquence, car le juge ne considère pas que ce refus de déférer proroge au profit des particuliers dans le cadre de la procédure du déferé sur demande, le délai de recours contentieux comme cela avait été posé par la jurisprudence *Brasseur*. Si on a pu s'interroger sur la possibilité pour le préfet de se désister lorsque le déferé est direct, spontané, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille *Ministre de l'intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres* du 21 janvier 1999<sup>38</sup> répond clairement à cette question en posant le principe de la liberté du déferé. Il indique en effet que "le préfet n'est pas tenu de déférer au juge administratif toutes les décisions illégales des collectivités territoriales", son abstention ne saurait par elle-même engager la responsabilité de l'Etat. En l'espèce, toutefois, le juge sanctionne l'inaction du préfet en considérant "qu'il a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat par son abstention prolongée à l'égard de délibérations importantes et aux illégalités facilement décelables"<sup>39</sup>. Il n'en reste pas

34. CE, 18/04/1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, Concl. M. Roux, R.F.D.A., 1987, p. 206.

35. CE, Sect, 25/01/1991, *Brasseur*, concl. B. Stirn, R.F.D.A., 1991, p. 593

36. CE, 6/12/1999, *Sté Aubettes, Dt adm.* janvier 2000, n° 20.

37. CAA Paris, 10/03/1998, *Département de Seine et Marne, SA Decaux*, note B. Seiller, D. 1998, p. 629, Note VH, A.J.D.A. 1998, p. 1025.

38. CAA Marseille, 21/01/1999, *Ministre de l'intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres*, concl. J.-C. Duchon-Doris, R.F.D.A., 1999, p. 1032.

39. *Idem*, p. 1024.

moins que le principe reste celui du caractère discrétionnaire de cette procédure. L'admission du désistement, alors même que l'acte illégal n'aurait pas été rectifié, pose éminemment le problème de la nature du déféré préfectoral et de la portée de l'obligation constitutionnelle qui le fonde. En admettant que le préfet puisse se désister pour des motifs de pure opportunité, le juge administratif consacre une faculté de déférer plutôt qu'une obligation. Il lui ôte son caractère automatique, systématique ce qui nuit à un strict respect de la légalité.

Ainsi, la liberté d'appréciation du préfet traduit une rupture avec la conception de l'an VIII à deux points de vue. Alors que le représentant de l'Etat n'était pensé que comme une courroie de transmission du ministre — selon Chaptal, *“le préfet ne connaît que le ministre”* — il est désormais doué d'une certaine liberté, d'une marge de manœuvre dans l'exécution des lois. Enfin, et surtout, cette relative autonomie conduit à rompre l'idéal d'uniformité, d'égalité devant la règle de droit en tous points sur le territoire, objectif affiché du système administratif napoléonien. A titre d'exemple, en 1993, il n'y a eu aucun déféré dans huit départements, alors que l'on en a compté plus de 100 dans trois départements (le Nord, le Val de Marne, et le Var). Le fait que le contrôle puisse ne pas être le même partout, qu'il soit au bon vouloir des préfets en fonction des circonstances de leurs relations avec leurs interlocuteurs locaux conduit à nier la logique de l'an VIII. Le manque d'homogénéité dans l'espace du contrôle connaît une ampleur inégalée en rapport avec les libertés désormais laissées aux collectivités. Or c'est cette ampleur du phénomène de relativisation de l'idée d'autorité qui heurte et conduit à esquisser des solutions afin d'y remédier.

### *B) L'esquisse de solutions : les projets de réforme*

De nombreux projets de réforme ont vu le jour depuis quelques années, depuis que la pratique actuelle du contrôle s'est avérée être la règle, tous ayant pour objet de raffermir le contrôle, de restaurer l'autorité qu'il devrait exprimer. Il n'est pas innocent qu'un auteur aussi averti que Jean-Claude Hélin parle *“de mise en cause et de remise en ordre”*<sup>40</sup> à leur propos : il s'agit bien, par l'emploi d'un tel vocabulaire, de réaffirmer l'esprit de l'an VIII. Le législateur est déjà intervenu, alerté par différents rapports du Conseil d'Etat en 1992 et 1993, aux titres éloquentes, *“l'urbanisme pour un droit plus efficace”* et *“Décentralisation et ordre juridique”*, et ce afin de redonner plus d'efficacité au déféré. En particulier, par la loi du 4 février 1995<sup>41</sup>, il a consacré au profit du représentant de l'Etat toute une série de mesures afin de renforcer les procédures d'urgence notamment en matière de marchés publics, de délégations de service public et d'urbanisme, domaines dans lesquels le caractère

40. Hélin (J.-C.), préc., p. 771.

41. Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

tardif de la décision juridictionnelle conduisait à nier toute efficacité à l'exercice du contrôle de légalité.

Désormais, les solutions mettent en cause la trop grande liberté qui serait laissée aux préfets. Les réformes proposées sont d'autant plus controversées qu'elles touchent à la capacité de négociation du représentant de l'Etat, qu'elles mettent en doute son attitude et lui renvoient la responsabilité du relatif échec du contrôle. Ce qui est remarquable dans ces propositions, ce sont leur répétitions, en particulier par des instances que l'on pourrait pourtant soupçonner d'être favorables à la libre administration des collectivités locales et à un contrôle relâché. De nombreux projets émanent en effet des sénateurs qui sont aussi souvent conseillers municipaux ou membres d'un conseil général ou régional.

Ces propositions sont de deux ordres. Certaines visent purement et simplement à rétablir l'ancienne tutelle par le pouvoir d'approbation préalable des actes locaux qui serait à nouveau conféré aux représentants de l'Etat. Il va sans dire que cette proposition<sup>42</sup>, dont l'objet est de "rétablir l'autorité de l'Etat", qui va à contre courant de l'approfondissement de la décentralisation est loin de rassembler une majorité. Mais il est notable que des parlementaires aient cru bon de la formuler, cela témoigne sans aucun doute de la profondeur du malaise.

D'autres propositions visent à réaménager le contrôle afin de circonscrire la liberté du préfet et mettre en œuvre un contrôle "impartial". Ainsi, a-t-il été proposé d'objectiver le déclenchement du déferé en instaurant une autorité indépendante du préfet, un "commissaire de la loi"<sup>43</sup>, soit auprès du préfet afin de lui fournir des avis circonstanciés, soit auprès du tribunal administratif ; dans cette dernière hypothèse, ce serait une sorte de ministère public de la décentralisation qui déciderait d'ouvrir l'instance. Dans les deux cas, le préfet serait toujours destinataire des actes et ses services devraient continuer à les instruire mais il ne serait plus seul pour décider de saisir et l'impact politique d'une telle décision serait dilué, voire neutralisé. Il va sans dire que ces propositions sont très discutables, car dans les deux hypothèses, cela impliquerait une très nette redéfinition de la notion d'autorité. L'autorité du préfet serait à cet égard diluée, ce qui va à l'encontre de l'idée d'exclusivité. Elle serait surveillée, non plus par le ministre, ce qui est logique lorsque est en jeu l'intérêt national, mais par des autorités situées hors de la hiérarchie administrative, certes dotées de garanties d'indépendance vis-à-vis du gouvernement et des pouvoirs locaux mais la question de leur légitimité ne manquerait pas de se poser. En outre, on peut douter du réel impact d'une telle réforme, car il

---

42. Proposition n° 3143 établissant un contrôle de légalité *a priori* sur les actes des collectivités locales, Sénat, novembre 1996, citée par Hélin (J.-C.), préc., p. 772.

43. Selon l'expression de Pierre Richard, ancien directeur général des collectivités locales, *Le temps des citoyens : pour une démocratie décentralisée*, Paris, P.U.F., coll. "Politique d'aujourd'hui", 1995, cité par Hélin (J.-C.), préc., p. 772.

appartiendrait toujours au préfet de saisir le commissaire de la loi des actes qu'il estimerait contraires à la légalité.

Une dernière proposition, déposée le 6 décembre 1999<sup>44</sup>, mérite, ne serait-ce que par le nombre de ses signataires (une centaine de sénateurs), d'être signalée. Elle suggère de subordonner le caractère exécutoire des actes les plus importants, ceux qui doivent être transmis, à la certification de leur légalité par le représentant de l'Etat et par voie de conséquence de supprimer la faculté de déférer un acte dont il a certifié la légalité, l'Etat devenant seul responsable de cet acte. La proposition prévoit également que si le représentant de l'Etat s'est abstenu ou a refusé de certifier la légalité d'un acte d'une collectivité locale, l'auteur de l'acte pourrait, dans les quinze jours qui suivent l'expiration du délai de recours contentieux, saisir le tribunal administratif afin qu'il statue sur la légalité de l'acte. Enfin, elle souhaite instaurer deux procédures en amont du contrôle. La première vise à permettre aux autorités locales de solliciter l'avis du tribunal administratif lorsqu'elles se heurtent à une difficulté juridique dans l'exercice de leurs compétences, la seconde inscrit une obligation d'information à la charge du représentant de l'Etat concernant les nouveaux textes et la jurisprudence relatifs aux collectivités locales au profit des maires et conseillers municipaux des petites communes. Ces deux procédures ont pour objet de prévenir les contentieux ultérieurs.

Il s'agit là certes moins de restaurer l'autorité des préfets que de sécuriser l'action publique locale. Le rallongement du délai d'incertitude des actes locaux du fait de la possibilité de cumuler les deux causes de prorogation du déféré, l'introduction d'un recours gracieux et la demande de pièces complémentaires<sup>45</sup>, est au centre des préoccupations des élus locaux qui souhaitent, dès lors, promouvoir une nouvelle conception du contrôle de légalité qui le fasse participer à la sécurité du droit. En faisant en sorte que la valeur juridique d'un acte ne puisse plus être mise en cause ultérieurement dès lors qu'il n'y pas eu d'observations de la part du contrôle de légalité, les sénateurs souhaitent que le contrôle soit opéré et en appellent à la vigilance préfectorale. Il est remarquable de constater que, paradoxalement, ce sont les collectivités locales, par la voie de sénateurs qui cumulent cette fonction élective avec la plupart du temps un mandat local, qui sont demandeurs d'un contrôle renforcé. Quel renversement de perspectives !!! Il implique l'idée que la bonne marche du contrôle est profitable à l'intérêt des collectivités aussi bien qu'à celui de l'Etat.

Quant à son effectivité une telle solution n'apparaît pas exempte de critiques. La procédure de certification présentée nécessite des moyens humains dont ne disposent pas actuellement les préfetures et elle peut conduire à la

44. Proposition de loi sénatoriale tendant à améliorer le contrôle de légalité des actes des collectivités locales, n° 114, session 1999-2000.

45. CE 4/11/1996, *Département de la Dordogne*, Concl. C. Maugué, *A.J.D.A.* 1997, p. 185, *R.F.D.A.*, 1997, p. 197.

même négociation que celle pratiquée actuellement. Toutefois, il va sans dire que si l'Etat se trouvait automatiquement responsable, il serait plus enclin à exercer son contrôle. Est également critiquable la possibilité de saisine du juge administratif qui lui aussi ne dispose ni des moyens en personnel ni du temps nécessaire pour remplir cette nouvelle fonction. Plus intéressant et réaliste est le souci d'institutionnaliser la mission d'expertise juridique des services préfectoraux à l'égard des collectivités locales, car elle rend bien compte de la pratique des relations Etat/collectivités locales fondée sur la collaboration et non l'opposition.

Le rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sénatoriale chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer des améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales<sup>46</sup> (annexé au procès verbal de la séance du 18 janvier 2000) reprend cet objectif de rénovation du contrôle de légalité en considérant qu'il faut accorder une attention particulière à la formation des agents chargés du contrôle, les doter d'outils d'analyse, les renforcer par des compétences extérieures en provenance des services déconcentrés ou des juridictions administratives financières ou judiciaires afin de constituer un pôle de compétences rattaché au préfet. La mission reste cependant plus prudente en ne retenant pas l'idée d'un mécanisme de coresponsabilité dans lequel dès lors que l'Etat aurait exercé son contrôle, il devrait assumer la responsabilité de l'acte.

Restaurer l'autorité de l'Etat, tel était le maître mot de l'institution du système administratif qui a vu le jour en l'an VIII avec comme pierre angulaire la création de l'institution préfectorale. Deux cent après, à l'égard des collectivités locales, c'est la même question qui semble se poser à nouveau mais la même réponse ne peut plus lui être apportée : il s'agit moins aujourd'hui d'*imperium* que de co-administration. Dans le paradigme actuel de la décentralisation, la conciliation entre la liberté d'action des collectivités et la garantie de l'intérêt national est plus difficile car l'autorité ne peut plus s'imposer. Pour autant elle est nécessaire, car elle est la garantie de la légalité et il faut désormais faire preuve d'imagination et de réalisme, comme le législateur sût le faire autrefois, mais, aujourd'hui, pour en réinventer les modalités d'application dans un cadre véritablement démocratique et libéral.

---

46. Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sénatoriale chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer des améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales n° 166, session 1999-2000.