

Marc Gjidara
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris-2)

LE CONTRÔLE DES ACTES DES AUTORITÉS LOCALES PAR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS EN FRANCE

UDK: 35 (44)

Primitljeno: 22.11.2010.

Izvorni znanstveni rad

Prispitivanje načina djelovanja države i obnavljanje javne politike su, izazvali napetost na polju primjene javnog prava i na području nadležnosti upravnog suca ili su, jednostavno, izazvali povećanje broja upravnih sporova. Ova promjena osjeća se i na području jedinica lokalne samouprave (regije, departmani, općine, prekomorske jedinice lokalne samouprave ili jedinica s posebnim statusom...) čije se nadležnosti i ovlasti odlučivanja stalno povećavaju.

Ključne riječi: *Kontrola akata lokalnih vlasti, upravni sudovi*

Le mouvement de décentralisation qui s'est développé en France au cours des dernières décennies est allé de pair avec la réaffirmation de la nécessité de l'Etat de droit. La proclamation de la libre administration des collectivités territoriales s'est aussi accompagnée du rappel du principe selon lequel il n'y a pas de liberté sans contrôle. La promotion de la libre administration locale ne peut se faire sans contrepartie, au nom des autres principes fondamentaux que sont : l'unité nationale, l'indivisibilité de la République, la continuité de l'Etat et des services publics, l'égalité dans l'accès aux fonctions publiques et devant les services publics, la neutralité politique des fonctions publiques y compris au plan local.

Toutefois, la loi du 2 mars 1982 sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions, a opéré une mutation du contrôle en supprimant la tutelle exercée jusque là a priori par les autorités de l'Etat sur les actes des collectivités locales¹. La décentralisation s'est traduite par un transfert croissant d'attributions de l'Etat à des entités juridiquement distinctes et disposant d'une réelle autonomie de gestion. L'autre innovation réside dans le caractère immédiatement exécutoire des actes émanant des autorités locales. Compte tenu du réel pouvoir conféré aux élus locaux, certains ont parfois surestimé la portée du principe constitutionnel de libre administration locale, l'invoquant même pour

¹ Dans le système antérieur, les actes des collectivités décentralisées n'étaient exécutoires qu'après un délai de 15 jours suivant leur transmission au représentant de l'Etat qui, selon les cas, exerçait un pouvoir d'annulation, de substitution ou d'approbation préalable. Ce contrôle de tutelle, qui devait se fonder sur un texte, était aussi strictement interprété par le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre les décisions de l'autorité de tutelle, qui pouvait même voir sa responsabilité engagée en cas de faute lourde dans l'exercice du contrôle (sur ces points : CE, 18 avril 1902, Commune de Nérès-les-Bains et C.E., 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances de Meurthe-et-Moselle).

tenter de s'affranchir des règles définies par l'Etat et son législateur². Le contrôle étant le complément indispensable des responsabilités confiées aux élus locaux, la loi du 2 mars 1982 a posé quelques garde-fous en prévoyant un contrôle exercé a posteriori³, car la libre administration locale ne doit pas porter atteinte au principe de primauté de l'Etat⁴. Il appartient aux juges et notamment au juge administratif, d'éviter que l'Etat de droit soit « dilué » dans la décentralisation⁵. En application de l'article 72 de la constitution, la loi du 2 mars 1982 confie aux préfets l'exercice du contrôle de légalité des actes locaux, en leur donnant compétence pour déférer aux tribunaux administratifs les actes des autorités locales qu'ils estiment illégaux⁶.

Le contrôle de légalité se fonde donc sur trois grands principes :

- il s'exerce sur des actes ayant déjà force exécutoire ;
- il ne porte que sur la légalité et non sur l'opportunité des actes ;
- si le préfet invoque l'illégalité, seul le juge a le pouvoir d'annuler.

Désormais, seule une autorité juridictionnelle exerce le contrôle de légalité, tant des actes locaux que des mesures prises au nom de l'Etat pour engager le contrôle de légalité. La volonté du législateur a été de remplacer un contrôle a priori exercé par le préfet par un contrôle a posteriori exercé par le juge administratif⁷.

Sans être au cœur de la décentralisation, le juge administratif n'en est pas moins l'un des principaux régulateurs. Cela se confirme à travers l'étude d'une part des mécanismes procéduraux du contrôle (I) et d'autre part de sa pratique effective (II).

² Voir par exemple, les Rapports du Médiateur de la République pour les années 1991 et 1992.

³ La loi du 2 mars 1982 n'a donc pas supprimé les contrôles mais les a organisés autrement. L'article 72 de la constitution dispose, que les collectivités locales « s'administrent librement ... dans les conditions prévues par la loi ». C'est donc la loi – et elle seule – qui fixe les modalités selon lesquelles l'Etat peut exercer son contrôle.

⁴ Dans sa décision du 25 février 1982, sur la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, le Conseil Constitutionnel déclare : « Si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités locales, c'est sous réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat ». Ce principe a été réaffirmé par le Conseil d'Etat : ex. C.E., 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro et autres.

⁵ Expression utilisée dans un article du journal Le Monde du 13 avril 1996.

⁶ L'article 72 de la Constitution dispose, que « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». Des textes de lois (notamment celle du 13 août 2004 sur les libertés et les responsabilités locales) codifiées au Code Général des collectivités territoriales, complètent les dispositions constitutionnelles. Une jurisprudence fournie s'ajoute au cadre juridique dans lequel s'exerce le contrôle de légalité : ex. C.E., 28 février 1997, Commune du Port, qui rappelle le fondement constitutionnel du déféré préfectoral.

⁷ Le contrôle de légalité s'exerce en parallèle avec d'autres contrôles : celui des Chambres régionales des Comptes et celui du juge répressif. La loi du 2 mars 1982, complétée par celle du 22 juillet 1982, unifie le régime des contrôles. Alors que dans le système antérieur, celui de la tutelle, la décision finale appartenait à une autorité administrative (préfet ou trésorier payeur général dans le domaine financier), seule une autorité juridictionnelle peut annuler une décision locale en matière administrative.

I - LES MÉCANISMES PROCÉDURAUX MIS EN PLACE POUR LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES LOCAUX

L'édition d'un acte juridique est la marque des pouvoirs détenus par les élus locaux. Mais cet acte reste soumis au contrôle du représentant de l'Etat, qui en apprécie la conformité à la loi et peut en provoquer l'annulation par le juge.

Le contrôle de légalité s'applique à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics⁸, ainsi qu'à l'ensemble de leurs actes ayant un caractère de droit public⁹, et pris dans l'exercice des compétences propres de l'autorité locale et n'agissant pas au nom de l'Etat¹⁰.

§ 1. La distinction entre les actes soumis à transmission obligatoire et les actes non soumis à cette obligation

L'entrée en vigueur des actes des autorités décentralisées sont exécutoires de plein droit, mais dans des conditions qui varient, en fonction d'une distinction opérée par la loi du 22 juillet 1982, reprise par le CGCT. Celui-ci précise en effet (dans ses articles L 2131-1, L 3131-1 et L 4141-1, à propos des communes, des départements et des régions), que leurs actes sont exécutoires de plein droit :

- s'ils ont été publiés dans le cas d'actes de portée générale,
- s'ils ont été notifiés lorsqu'il s'agit d'actes individuels,
- et s'ils ont été transmis au représentant de l'Etat.

Les actes qui ne sont soumis qu'aux formalités de publication ou de notification et exécutoires de plein droit, concernent la gestion courante des services ou l'administration interne de la collectivité.

⁸ Ainsi les établissements publics de coopération intercommunale, les établissements publics locaux d'enseignement ou de santé. Certaines personnes morales sont exclues du contrôle de légalité. Les Sociétés d'Economie Mixte sont soumises à un contrôle spécifique (loi du 7 juillet 1983 et art. L 1521-1, L 1522-1, L. 1523-2 et - 4, L. 1524-1 et - 2 du CGCT), le contrôle de légalité s'exerçant cependant de manière indirecte (en vertu de la théorie des actes détachables) sur les délibérations des collectivités locales procédant à leur création, fixant le montant de la participation au capital social, approuvant les statuts, ainsi que sur les conventions, marchés et contrats passés entre collectivités territoriales et SEML. Toutes ces décisions devant être transmises en préfecture sont susceptibles d'être déférées au juge administratif. Il en va de même des décisions prises par les SEML dans l'exercice de prérogatives de puissance publique. Sont également exclues du champ d'application du contrôle de légalité, les associations syndicales de propriétaires, y compris lorsqu'une collectivité locale en fait partie, ainsi que les associations foncières de remembrement.

⁹ Sont donc exclus du contrôle de légalité les actes (notamment les contrats) de droit privé, comme ceux pris pour la gestion des biens relevant du domaine privé de la collectivité, et qui ne sont affectés ni à l'usage du public, ni à un service public. Mais les actes détachables comme la délibération acceptant ou refusant de louer ou vendre, ou encore le procès-verbal d'adjudication d'un bien du domaine privé, sont soumis au contrôle de légalité, car ils constituent des actes administratifs (C.E., 19 décembre 1994, Société de chasse en forêt de Seille et Moselle ; C.E., 6 avril 1998, Communauté urbaine de Lyon ; C.E., 12 juin 1998, M. Grein). Il en va de même des actes pris pour la gestion des services publics placés sous un régime de droit privé (à caractère industriel et commercial), ou concédés ou affermés.

¹⁰ Sont également exclus du contrôle de légalité, mais soumis au contrôle hiérarchique impliquant un pouvoir de substitution (art. L 2122-34 du CGCT), les actes pris par le maire au nom de l'Etat (en vertu des articles L 2131-4, L 3131-5 et L 4141-5 du CGCT), ou pris en sa qualité d'officier de police judiciaire (art. L 2122-31 du CGCT), ou comme officier d'état-civil (art. L 2122-32 du CGCT), ou à divers autres titres (art. L 2122-28 et 2122-30 du CGCT).

La liste des actes soumis de par la loi à transmission obligatoire au représentant de l'Etat, est définie dans la Code Général des Collectivités Territoriales. Ils ne sont donc exécutoires que s'ils ont été d'une part soit publiés soit notifiés et d'autre part transmis. Et c'est à la date de leur réception par le représentant de l'Etat qu'ils entrent en vigueur.

A - Les actes dont la transmission est obligatoire

Leur liste est longue, cela concerne les actes les plus importants¹¹, qu'il s'agisse de contrats ou d'actes unilatéraux.

1°. Le caractère en principe limitatif et énumératif des actes soumis à transmission

Aucun délai n'est prévu pour leur transmission, mais l'autorité décentralisée commet une illégalité si elle exécute une telle décision avant transmission, et l'acte serait entaché d'une rétroactivité illégale s'il entrait en vigueur prématurément.

La transmission est obligatoire :

- pour les délibérations des Conseils des collectivités territoriales ou pour les décisions prises par délégation de ces conseils (art. L 2122-22, L 3211-2, L 5211-2 du CGCT) ;
- pour les décisions réglementaires et individuelles prises par le maire ou le président du Conseil général en matière de police administrative (sauf exceptions prévues par la loi) ;
- pour les actes à caractère réglementaire pris par les autorités exécutives locales dans leur champ de compétence défini par la loi ;
- pour les principales décisions individuelles intéressant la carrière d'agents locaux¹² ;
- pour les ordres de réquisition du comptable public, par le maire, par les présidents du Conseil général ou du Conseil régional, ou par le président d'un Etablissement Public de Coopération Intercommunale ;
- pour les décisions mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, prises par les SEML pour le compte d'une commune, d'un EPCI, d'un département, d'une région, d'une institution interdépartementale ou interrégionale ;

¹¹ Le CGCT définit ces actes.

¹² Il s'agit des mesures relatives à l'avancement de grade, au recrutement, à la nomination, ou relatives à des sanctions soumises à l'avis du Conseil de discipline (mise à la retraite d'office, révocation) ainsi que des mesures de licenciement d'agents non titulaires. De même pour les décisions mettant des fonctionnaires territoriaux à disposition d'autres collectivités. La loi du 13 août 2004 (art. 140) supprime l'obligation de transmission pour l'avancement d'échelon, les sanctions des trois premiers groupes (les plus légères), ou relatives aux emplois saisonniers ou occasionnels.

- pour les actes d'urbanisme (permis de construire et autres actes relatifs à l'utilisation du sol, certificats d'urbanisme ou de conformité) ;
- pour les conventions relatives aux marchés, aux emprunts, aux délégations de services publics, et aux contrats de partenariats (loi du 20 décembre 2007, art. 3).

Des dispositions spéciales concernent les régions ¹³, l'Outre-Mer ¹⁴, les villes à statut particulier (Paris-Lyon-Marseille) ¹⁵, la Corse ¹⁶, les Etablissements Publics locaux ¹⁷, les Etablissements d'enseignement ¹⁸. Les groupements d'intérêt public connaissent également un régime spécifique : en l'absence d'un statut uniforme, l'obligation de transmission et le contrôle de légalité les concernant sont prévus dans l'acte constitutif ou dans des textes particuliers ¹⁹. Les établissements publics de santé sont soumis au contrôle de légalité selon des modalités particulières définies par le Code de la Santé Publique (art. L 6141-1 et suivants). En vertu de l'article L 6143-4 (modifié par la loi du 21 juillet 2009) le directeur général de l'Agence Régionale de Santé exerce le contrôle de légalité (à l'exception des marchés publics qui y sont soustraits, mais les baux emphytéotiques et les contrats de partenariat y restent soumis).

Des mesures d'allègement du nombre d'actes soumis à transmission sont intervenues, permettant aux préfetures de se concentrer sur les actes les plus importants, dans un contexte de complexité croissante du droit. Mais le transfert de nouveaux domaines d'action vient contrarier cet effort de simplification et d'allègement ²⁰. Cela exige de nouveaux efforts de rationalisation et d'amélioration du contrôle de légalité qui seront évoqués ultérieurement (transmission des actes sous forme dématérialisée, intervention en amont et fixation de priorités).

2°/ Les modalités de la transmission

Les actes soumis à la transmission obligatoire ne sont pas exécutoires avant l'accomplissement de cette opération ²¹. Si le défaut de transmission n'entache pas forcément l'acte local d'irrégularité, on a vu que son entrée en vigueur prématurée

¹³ Leur budget est adopté selon la procédure prévue à l'art. L 4311-1-1 du CGCT.

¹⁴ Art. 68-21 et 68-22 du Code minier et art. L 4433-15-1 du CGCT.

¹⁵ Art. L 2511-23 du CGCT.

¹⁶ Art. L 4142-1 à L 4142-4 du CGCT.

¹⁷ Art. L 2131-12, L 3241-1 et L 4261-1 du CGCT, ainsi que les art. L 2122-22, L 3211-2, L 5211-2 du même Code.

¹⁸ Art. L 421-11 à L 421-14 du Code de l'Education.

¹⁹ Art. L 6115-4 et L 6115-5 du Code de la Santé Publique pour les Agences Régionales d'Hospitalisation ; art. L 2131-1 et suivants du CGCT pour les Groupements d'Intérêt Public de Développement Local (art. 22 de la loi d'orientation pour l'Aménagement et le Développement du Territoire du 4 Février 1995).

²⁰ Le nombre d'actes transmis est passé de 5.182.000 en 1993 à 7.735.473 en 2003. Le pourcentage des actes transmis varie de 38,20 % (2001) et 35,60 % (en 2003) pour les délibérations, à 6,28 % (2001) et 6,34 % (en 2003) pour les commandes publiques, et 9,65 % (en 2001) à 10,40 % (en 2003) en matière d'urbanisme.

²¹ C.E., 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau.

aurait pour effet de le rendre illégalement rétroactif²². C'est l'autorité exécutive de la collectivité qui doit assurer la transmission²³. En outre, la transmission doit être complète, c'est-à-dire que tous les documents annexes nécessaires au contrôle de la légalité du texte principal doivent être joints²⁴.

La preuve de la réception des actes par le représentant de l'Etat peut être apportée par tous moyens²⁵. C'est l'accusé de réception immédiatement établi qui en fait foi en principe, sans que cela constitue une condition du caractère exécutoire de l'acte (art. L 2131-1 du CGCT).

La loi du 13 août 2004 autorise la transmission par voie électronique et impose la transmission des actes individuels dans le délai de 15 jours²⁶. La dématérialisation des actes permet de faciliter la tâche, tant des collectivités locales que des services chargés du contrôle de légalité en préfecture.

B - Le cas des actes non soumis à transmission obligatoire

Il s'agit des actes qui sont exécutoires de plein droit après publication ou notification uniquement. Interprétant la loi du 2 mars 1982 à la lumière de l'article 72 alinéa 3 de la constitution, le Conseil d'Etat a jugé que le législateur n'a pas entendu limiter les pouvoirs du préfet à leur endroit. Le préfet peut donc spontanément saisir le tribunal administratif de tout acte dont la transmission n'est pas imposée par la loi²⁷. Ce faisant, le Conseil d'Etat a confirmé que le préfet avait un pouvoir général de déférer aux tribunaux administratifs les actes des autorités décentralisées²⁸. Ce pouvoir d'évocation reconnu au préfet, l'autorisant à se

²² C.E., 20 juin 1990, Préfet des Ardennes c/Melle Gaboriau. C'est ainsi que l'autorité exécutive ne saurait signer un contrat avant transmission de la délibération l'y autorisant : C.E., 20 octobre 2000, Société Citécable. Il faut transmettre la délibération ainsi que le projet de contrat, puis le contrat une fois signé.

²³ C.E., 6 décembre 1995, Préfet des Deux-Sèvres c/Commune de Vernoux-en-Gâtine.

²⁴ C.E., 13 janvier 1988, Mutuelle Générale des personnels des collectivités territoriales et de leurs établissements.

²⁵ Tout fait quelconque du représentant de l'Etat prouvant que l'acte a bien été transmis suffit à le démontrer : T.A., Strasbourg, 28 juin 1983, Préfet du Haut-Rhin c/Commune de Kaisersberg.

²⁶ Les dispositions de cette loi relatives à la dématérialisation du contrôle sont complétées par le décret n° 2005-324 du 7 avril 2005 et l'arrêté ministériel du 26 octobre 2005 (J.O. du 3 novembre 2005). Ces textes et les conditions d'homologation des dispositifs de télétransmission utilisés par les collectivités locales, sont consultables sur le Site Internet de la Direction Générale des Collectivités Locales (www.dgcl.interieur.gouv.fr). Voir également la circulaire du 30 mai 2005 du Ministre de l'intérieur.

²⁷ C.E., 4 novembre 1994, Département de la Sarthe et C.E., Section, 28 février 1997, Commune du Port ; A.J.D.A. 1994, p. 898 et 1997, p. 421 et R.F.D.A.1997, p. 1190. Le Conseil d'Etat avait d'abord estimé que les actes non soumis à transmission ne pouvaient pas faire l'objet d'un « déféré préfectoral », mais que le préfet pouvait former un recours pour excès de pouvoir : C.E., 13 janvier 1988, Mutuelle Générale des personnels des collectivités locales et de leurs établissements (précité). Cela empêchait le préfet d'agir contre les contrats non soumis à transmission, car le recours pour excès de pouvoir ne peut être dirigé contre un contrat. En outre, la demande de suspension dont le recours pour excès de pouvoir pouvait être assorti était soumis au régime normal plus restrictif et non au régime spécial mis en place par la loi du 2 mars 1982.

²⁸ C.E., 14 janvier 1998, Conseil Régional de la région Centre.

faire communiquer à tout moment des actes ne figurant pas dans la liste des actes soumis à transmission, a été reconnu par la loi du 13 août 2004 sur les libertés et les responsabilités locales²⁹.

Ce pouvoir peut donc s'exercer à l'égard des actes exclus de la transmission obligatoire : qu'il s'agisse de décisions ayant une portée générale ou individuelle³⁰, d'une convention relative à un marché³¹, d'un contrat administratif³², ou même d'une décision implicite³³. Plus généralement encore, le préfet peut exercer cette prérogative pour toute décision « révélee », déduite d'un comportement³⁴, ou d'une mesure d'exécution anormalement tardive éloignée de la décision initiale, alors que des changements de circonstances de fait ou de droit sont intervenus dans l'intervalle et que le retard à exécuter est imputable à l'auteur de l'acte³⁵. Cela vaut également pour tous les actes à caractère administratif émanant d'établissements publics.

§ 2. *Le déroulement de la procédure et le partage des rôles*

Le contrôle de légalité sur les actes locaux s'exerce dans le cadre de la législation et du droit existants. L'objet de ce contrôle est donc d'assurer d'une part le respect de la légalité par les administrations locales et d'autre part la sécurité juridique des citoyens. C'est pourquoi, le législateur a organisé ce contrôle de manière à tenter d'abord d'obtenir la réformation ou le retrait de l'acte entaché d'illégalité, et c'est seulement si l'autorité locale ne prend pas les mesures nécessaires pour y remédier que le préfet « défère » au juge l'acte litigieux. Pour sa part, le juge ne peut qu'annuler l'acte illégal, qui disparaît, ses effets éventuels étant rétroactivement effacés. Le juge rétablit ainsi l'ordre légal, en se plaçant à la date où l'acte illégal est intervenu. Cela exclut que les actes soient censurés pour inopportunité, et il revient à l'administration locale concernée de tirer les conséquences de l'annulation, et de substituer un acte légal à celui qui a été déclaré illégal.

La fonction pédagogique qui consiste à dire le droit revenant essentiellement au Conseil d'Etat, c'est aussi à lui qu'il appartient d'unifier le régime du contrôle, notamment en définissant le rôle respectif du représentant de l'Etat et du tribunal administratif dans le fonctionnement du système.

²⁹ Art. 140 de la loi et art. L 2131-3, L 3131-4 et L 4141-4 du CGCT.

³⁰ Par exemple : les sanctions disciplinaires mineures (avertissements, blâmes, etc...), les avancements d'échelon, les mesures concernant les agents saisonniers ou occasionnels, les mesures de police administrative relatives à la circulation et au stationnement, les actes intéressant la gestion courante des services.

³¹ C.E., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion.

³² C.E., 4 novembre 1994, Département de la Sarthe ; C.E., 14 mars 1997, Département des Alpes-Maritimes.

³³ C.E., 28 février 1997, Commune du Port (précité).

³⁴ C.E., 20 mars 1974, Association de sauvegarde des intérêts de Saint-Martin du Touch : lorsqu'une autorité administrative passe un contrat, il faut supposer qu'une décision préalable a dû être prise en vue de contracter.

³⁵ En ce cas, le juge ne retient pas la décision initiale (même devenue définitive) et considère qu'une décision nouvelle est constituée (substituée à la décision initiale) et révélee par la mise à exécution : pour une illustration jurisprudentielle récente, C.E., 19 avril 1998, Mme Nsondé.

A - La phase préliminaire : le rôle du représentant de l'état

Le représentant de l'Etat, à partir du moment où un acte lui a été transmis, dispose d'un délai de 2 mois pour en examiner la légalité. Il n'a lui-même, en ce cas, aucun pouvoir d'annulation, d'approbation ou de substitution³⁶. Plusieurs situations peuvent se présenter.

1°/ L'acte examiné n'est pas entaché d'illégalité

Si après examen, l'acte n'apparaît entaché d'aucune illégalité, le contrôle prend fin. Si l'auteur de l'acte lui en fait la demande, le représentant de l'Etat peut l'informer de son intention de ne pas saisir le tribunal administratif³⁷. Mais ce « certificat de non recours », pour lequel aucun délai ni aucune sanction ne sont prévus, n'équivaut pas à un « brevet de légalité » et n'interdit pas une action contentieuse ultérieure³⁸. Le préfet peut toujours, dans le délai de deux mois reconsidérer sa position, procéder à un nouvel examen et saisir le tribunal.

Lorsqu'un « certificat de non recours » est établi, il doit être motivé par référence aux éléments communiqués et réserver le cas où un recours pourrait intervenir à la demande d'une personne lésée.

2°/ L'acte est entaché d'une illégalité que son auteur accepte de corriger

Si le représentant de l'Etat relève une irrégularité, il peut se contenter d'adresser ses observations à l'autorité locale, en lui indiquant les moyens d'y remédier. Cette « lettre d'observation » s'analyse comme un recours gracieux, tendant à obtenir - selon que l'acte est partiellement ou totalement illégal - soit sa modification, soit son retrait³⁹. Si l'autorité destinataire accepte de corriger l'illégalité, il y a lieu à une nouvelle transmission de l'acte modifié.

3°/ L'acte illégal n'est pas régularisé : l'exercice du déferé préfectoral

Si l'acte illégal n'a été ni modifié, ni retiré, ni abrogé, le déferé peut être exercé soit d'office par le préfet, soit à la demande de toute personne lésée. Mais dans les deux cas la procédure est la même.

a) Le déferé préfectoral spontané

³⁶ Sauf dans des cas particuliers, pour les pouvoirs exercés par l'autorité locale au nom de l'Etat et dans certaines conditions pour les pouvoirs de police administrative: ces situations sont réglées par les art. L 2215 - 1, L 2131-5, L 3221-4 et L 3221-5 du CGCT.

³⁷ Conformément aux art. L 2131-6, L 3132-1 et L 4142 du CGCT, un certificat dans ce sens peut être délivré selon le cas, au maire, au président du Conseil Général, au président du Conseil régional.

³⁸ Le préfet peut par exemple être amené, à la demande d'une personne lésée, à reconsidérer sa position et saisir le tribunal. En outre, rien n'empêche un particulier d'exercer, lui-même et directement, un recours pour excès de pouvoir conformément aux règles de droit commun.

³⁹ C.E., 31 mars 1989, Commune de Septèmes-les-Vallons.

C'est la situation la plus fréquente, dès lors que le contrôle opéré sur l'acte local en constate l'illégalité⁴⁰.

Si le préfet envisage de saisir le tribunal, la loi prévoit qu'il doit en informer l'autorité locale en lui précisant les illégalités entachant l'acte concerné. Il a cependant été jugé que le non-respect de cette information par le préfet, n'est pas un motif d'irrecevabilité du recours contentieux, (C.E., 24 avril 1985, Ville d'Aix-en-Provence et C.A.A. Bordeaux, 1^{er} avril 2004, Mme Marie-Hélène Lapin). Lorsque le préfet n'envisage pas de déférer l'acte en cause au tribunal administratif, il doit en informer l'autorité concernée si elle en fait la demande.

Le pouvoir conféré au préfet de déférer un acte administratif local au tribunal, présente un caractère discrétionnaire. Après quelques hésitations, le Conseil d'Etat a en effet considéré que le déféré préfectoral avait un caractère facultatif, et que le préfet pouvait se désister même pour des motifs d'opportunité après avoir déféré un acte au tribunal (C.E., 25 février 1991, Brasseur).

b) Le déféré préfectoral provoqué

Toute personne physique ou morale lésée par un acte unilatéral ou contractuel d'une collectivité, peut demander au préfet d'en examiner la légalité et de saisir éventuellement le juge administratif⁴¹. Le représentant de l'Etat vérifiera la capacité du demandeur et s'assurera qu'il est effectivement lésé par l'acte en question et qu'il a un intérêt personnel, légitime et direct à son annulation⁴².

La demande doit cependant être présentée au préfet dans le délai de 2 mois suivant la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire. S'agissant des actes soumis à transmission obligatoire, la demande doit donc être faite avant l'expiration du délai de 2 mois à compter de la réception de l'acte local et durant lequel le préfet peut saisir le tribunal administratif. Pour les actes non soumis à transmission obligatoire, le préfet dispose d'un délai de 2 mois à compter du jour où il a été

⁴⁰ Ce contrôle administratif ne fait pas obstacle aux éventuelles poursuites pénales encourues par les élus locaux ou leurs collaborateurs.

⁴¹ Cette possibilité découle des art. L 2131-8, L 3132-3, L 4142-3 et L 5211-3 du CGCT. La demande de la personne lésée doit être adressée au préfet du département pour les actes communaux ou départementaux, et au préfet de région pour les actes des collectivités régionales.

⁴² La notion d'intérêt à agir est largement interprétée par les textes : ainsi en est-il, notamment depuis la loi n° 2000. 321 du 12 avril 2000 de la possibilité donnée à tout contribuable inscrit au rôle d'une commune, d'un département ou d'une région « d'exercer, tant en demande qu'en défense, à ses frais et risques, avec l'autorisation du tribunal administratif, les actions qu'il croit appartenir à la commune (ou au département, ou à la région) et que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou négligé d'exercer ». (art. L 2132-5, L 3133-1 et L 4143-1 du CGCT). Il en va de même en jurisprudence : s'agissant d'assureurs de la victime d'un dommage (C.E., 20 décembre 2000, Compagnie d'Assurance Zurich International), du contribuable d'une commune contre une délibération engageant les finances communales (C.E., 16 mars 2001, Commune de Rennes-les-Bains), d'une association de riverains vouée à la protection de l'environnement, contre un permis de construire affectant les adhérents (C.E., 21 décembre 2001, Société Fun Music Center), d'une association signataire d'une promesse de vente, contre une décision de préemption d'immeuble (C.E., 15 mai 2002, Ville de Paris), du contribuable d'une région contre les agissements délictueux (prise illégale d'intérêts) du président du Conseil régional (C.E., 29 juillet 2002, M. X... et M. Y...).

saisi par la personne lésée pour exercer son contrôle de légalité, à l'issue duquel le préfet donnera suite ou non à la demande.

Sur le plan procédural, le « déféré provoqué » est avantageux pour l'auteur de la demande, car elle lui permet de bénéficier des avantages que présente le déféré préfectoral par rapport aux recours de droit commun⁴³.

Toutefois, le préfet saisi d'une telle demande peut refuser d'exercer le déféré, puisque c'est pour lui une faculté relevant de son appréciation discrétionnaire. Ce refus de déférer ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Mais la demande présentée au préfet, si elle a été adressée dans le délai de recours contentieux ouvert contre l'acte local (2 mois), a pour effet de proroger ce délai jusqu'à la réponse (explicite ou implicite) du préfet. La personne lésée qui s'est vu refuser l'exercice du déféré préfectoral, peut saisir elle-même et directement le tribunal administratif d'une demande d'annulation, à condition d'être toujours dans le délai de recours contentieux⁴⁴.

En réalité, la personne lésée a intérêt à former elle-même dans le délai requis et parallèlement à la demande de déféré, un recours pour excès de pouvoir, sachant que le préfet peut avoir accepté de déférer l'acte dans un premier temps, puis se désister ensuite, et ce désistement ne proroge pas le délai du recours contentieux au profit de la personne s'estimant lésée.

B - La nature juridique du déféré préfectoral

Les actes locaux peuvent être contestés, soit dans l'exercice du recours pour excès de pouvoir dans les conditions ordinaires, soit dans l'exercice du déféré préfectoral spontané ou provoqué⁴⁵. Ces deux voies de droit tendant à obtenir l'annulation d'un acte pour illégalité, sont de même nature. La loi du 2 mars 1982 parlait du « recours » et le terme « déféré » utilisé en doctrine et en jurisprudence a été repris dans la loi du 9 février 1994 sur le contentieux de l'urbanisme et inséré

⁴³ Ainsi la demande de suspension n'est pas soumise aux mêmes conditions que si le particulier la formulait lui-même directement. De même, il a la possibilité d'obtenir l'annulation d'un contrat, alors que la requête présentée directement par quelqu'un qui n'est pas partie au contrat serait irrecevable, puisque (sauf exceptions) le recours pour excès de pouvoir n'est pas utilisable à l'encontre d'un contrat en principe. L'arrêt du C.E., Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux et signalisation Guadeloupe a opéré un important revirement jurisprudentiel en ouvrant aux concurrents évincés, un nouveau recours de pleine juridiction contre le contrat lui-même : une fois le contrat signé le concurrent évincé ne peut plus agir par la voie du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, mais il dispose désormais du recours précité : Voir les études publiées à la R.F.D.A, N° 5/2007, p. 917 et s. sur « Les recours contre les contrats », et le texte de l'arrêt avec les conclusions de D. Casas, in R.F.D.A., N°4/2007, p. 696 sous le titre « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs ».

⁴⁴ Le délai de recours contentieux d'un particulier, qui est de 2 mois, s'interrompt le jour où il saisit le préfet, et recommence à courir à partir de la réponse (négative) du préfet.

⁴⁵ Il faut distinguer le déféré préfectoral, par exemple du recours dont dispose le préfet dans l'intérêt de la défense nationale. Il faut aussi le distinguer du recours que peuvent exercer les maires de Paris, Lyon et Marseille (villes dotées d'un régime spécial) - comme peut le faire le préfet - contre certaines délibérations des Conseils d'arrondissement

à l'article L 600-3 du Code de l'urbanisme. Le « déféré » est traité par le juge comme tout recours pour excès de pouvoir.

Néanmoins il faut noter quelques différences et spécificités. On a vu que le préfet peut soumettre au contrôle du juge administratif les diverses activités des autorités décentralisées, quitte à déroger (en vertu de la loi du 2 mars 1982) au droit commun du contrôle de légalité notamment à propos des contrats. En effet, la marge de manœuvre donnée au préfet lui permet de déférer au juge tous les actes locaux y compris les contrats.

S'agissant des actes administratifs unilatéraux, sont déférables au juge tous ceux qui peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁴⁶. Mais certains actes ne produisant pas d'effets juridiques (ne faisant pas grief), et qui sont insusceptibles d'être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, peuvent faire l'objet d'un déféré préfectoral, dans le cadre du contrôle de légalité. Cela concerne des actes non décisionnels, comme les mesures d'ordre intérieur, les règlements intérieurs des collectivités, les éléments préparatoires d'une décision future (qui n'interviendra peut-être jamais)⁴⁷, les mesures confirmatives d'une décision prise antérieurement, les propositions, les recommandations, les avis, les vus⁴⁸.

La possibilité de faire annuler des contrats administratifs est une autre spécificité du déféré préfectoral par rapport au recours pour excès de pouvoir⁴⁹. Cela concerne tous les contrats des collectivités territoriales⁵⁰, et ceux passés en leur nom et pour leur compte par des organismes privés dès lors qu'ils ont un caractère administratif⁵¹. Peuvent donc faire l'objet d'un déféré préfectoral, par exemple les contrats de concession et plus généralement tous les contrats de délégation de service public, les contrats d'emprunt, ainsi que les marchés publics⁵² et les contrats de partenariat.

⁴⁶ Cela exclut, comme cela a déjà été dit, les actes accomplis par l'autorité locale agissant au nom et comme agent de l'Etat, ainsi que les actes de droit privé notamment contractuels (seuls les actes détachables du contrat sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : ex. T.C. 14 décembre 2000, Commune de Baie-Mahaut).

⁴⁷ C.E., Ass. 15 avril 1996, Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieu.

⁴⁸ C.E., Section, 29 décembre 1997, S.A.R.L. Enlem.

⁴⁹ Le recours pour excès de pouvoir n'est admis que contre certains types de contrats administratifs, comme les contrats de recrutement d'agents publics (C.E., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux), ou contre les seules clauses réglementaires des contrats ou les actes administratifs qui en sont détachables. Voir également ce qui est dit à propos de la jurisprudence Société Tropic (note 43 supra).

⁵⁰ Même lorsqu'ils ne sont pas soumis à transmission obligatoire : C.E., 14 mars 1997, Département des Alpes Maritimes.

⁵¹ C'est le cas lorsque la personne privée agit pour le compte et au nom d'une personne publique et lorsque le contrat lui-même, soit a pour objet d'associer le cocontractant à l'exécution même d'un service public, soit comporte une clause inusuelle dans un contrat passé entre particuliers.

⁵² La transmission des marchés publics doit avoir lieu dans les 15 jours de leur signature et comporter toutes les pièces nécessaires au contrôle : la copie des pièces constitutives du marché, la délibération autorisant sa passation, la copie de l'avis d'appel public à la concurrence, la lettre et le règlement de consultation (s'il y a lieu), les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres, les avis des jurys de concours avec les noms et qualités des membres, le rapport du représentant légal de la collectivité,

Si le déféré préfectoral, bien que soumis au régime du recours pour excès de pouvoir⁵³, peut tendre à l'annulation d'un contrat pour cause d'illégalité⁵⁴, il demeure qu'un déféré ne peut utilement être fondé sur un moyen tiré de la violation d'un contrat, car les stipulations contractuelles ne font pas partie de la légalité⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, dans le cadre du déféré préfectoral provoqué, les particuliers lésés peuvent obtenir des résultats inaccessibles dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

C - La saisine du tribunal administratif

1°/ Le délai pour saisir

Il est en principe de 2 mois, c'est-à-dire de la même durée que le délai normal en matière de recours pour excès de pouvoir⁵⁶. En ce qui concerne le point de départ du délai, il faut revenir à la double distinction, d'une part entre les actes soumis à transmission obligatoire et ceux qui n'y sont pas soumis, et d'autre part entre le déféré exercé spontanément par le préfet et celui qui est provoqué sur demande d'une personne lésée.

les attestations et renseignements requis par le Code des Marchés Publics. La loi du 11 décembre 2001 (MURCEF) prévoit que les marchés publics passés selon la procédure dite « adaptée », pouvant être conclus quand le montant du contrat est inférieur à un certain seuil, ne sont plus soumis à transmission obligatoire.

⁵³ C.E., 29 mai 1987, Commune de Goult.

⁵⁴ C.E., 26 mars 1991, Commune de Sainte-Marie, A.J.D.A., 1991, p. 693.

⁵⁵ T.A. Strasbourg, 16 février 1996, Ville de Bitche, R.F.D.A. 1997, p. 100.

⁵⁶ En vertu de l'art. L 2131-6 du CGCT, et de l'art. R 421-1 du Code de justice administrative. Ce délai est porté à 3 mois devant les T.A de l'Outre-Mer (Mamoudzou-Papeete-Nouméa) pour les personnes ne demeurant pas dans le territoire (art. L 421-6 et R 421-7 du Code de justice administrative).

En droit local d'Alsace-Moselle, des procédures et des délais différents sont prévus en vertu des art. L 2541-11 et L 2541-18 du CGCT, s'ajoutant aux dispositions de la loi locale (Voir également, TA Strasbourg, 28 juin 1979, Commune d'Ingwiller et TA Strasbourg, 20 décembre 1967, Schaller).

Quelques particularités découlent aussi en matière d'urbanisme, de l'art. 600-1 du Code de l'Urbanisme, qui concerne l'obligation de notification pesant sur tout requérant, y compris le préfet. Celui-ci doit donc transmettre au juge, les pièces attestant l'accomplissement de ces formalités. En l'absence de communication, le juge invitera le préfet à régulariser son recours, faute de quoi le déféré sera rejeté comme irrecevable (C.E., 9 mai 2005, Commune de Villard Reculas).

Il y a également les recours ouverts sans condition de délai, y compris au profit du préfet : c'est le cas de l'acte inexistant qui peut être attaqué à toute époque, notamment quand il émane d'une autorité manifestement incompétente, et qui de ce fait est nul et de nul effet (C.E., 8 décembre 1982, Commune de Dompiere sur Besbre). Le préfet fera constater par le tribunal l'inexistence de l'acte pris par la collectivité, le déféré n'étant alors soumis à aucun délai (C.E., 28 février 1986, Commissaire de la République des Landes). Enfin, il convient de rappeler que les moyens d'ordre public sont invocables à tout stade de la procédure.

Pour les actes soumis à transmission obligatoire, le délai commence à courir du jour où ils sont parvenus au préfet, tant pour le déféré spontané que pour le déféré provoqué⁵⁷.

Pour les actes non soumis à transmission obligatoire, le délai commence à courir, soit du jour de la communication de l'acte si le préfet décide spontanément de le déférer au tribunal, soit du jour où le préfet est saisi par un particulier lésé dans le cas d'un déféré provoqué.

Cependant, le délai de 2 mois ne court que si la transmission de l'acte au préfet a été complète, c'est-à-dire avec les documents annexes nécessaires pour en apprécier la légalité. Si la transmission a été incomplète, empêchant le préfet d'exercer son contrôle, le délai ne commence à courir qu'à la date de réception de ces documents complémentaires, ou du jour où une décision explicite ou implicite de refus de communiquer est intervenue⁵⁸. Mais si aucune demande complémentaire n'émane du préfet et que l'autorité locale adresse spontanément certaines pièces supplémentaires, le cours du délai n'en est aucunement affecté⁵⁹. De même, le déclenchement du délai n'est pas reporté si la demande de pièces complémentaires ne se justifiait pas⁶⁰.

En matière de marchés publics, certaines particularités sont à noter, en raison du phénomène de « saucissonnage » ou « tronçonnage ». Afin de respecter les seuils (financiers) qui font intervenir les formalités de publicité et de mise en concurrence, il est admis en jurisprudence, que le point de départ du délai de recours contre un marché public soit reporté à la date de connaissance par le préfet d'un marché ultérieur dans des conditions permettant de vérifier s'il s'agit d'une même opération⁶¹.

Le délai de deux mois peut aussi être prorogé lorsque le préfet forme un recours gracieux auprès de l'auteur de l'acte⁶². Le rejet de ce recours gracieux ouvre un nouveau délai de 2 mois comme pour toute décision de rejet.

⁵⁷ La non-transmission éventuelle dans les 15 jours n'a pas d'effet sur la légalité de l'acte, mais n'empêche pas le préfet de saisir le tribunal (C.E., 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau). La preuve de la date de réception résulte de l'apposition du tampon dateur sur l'acte contrôlé. Rien n'interdit d'apporter la preuve contraire, mais celle-ci est très difficile à établir : C.A.A. Marseille, 17 juin 1999, Préfet du Gard. L'acte doit être transmis en préfecture ou en sous-préfecture : si l'acte a été adressé à un service déconcentré de l'Etat (par ex : une Direction Départementale de l'Équipement), le délai ne courra que du jour où ce dernier l'aura fait suivre à la préfecture (C.E., 6 juillet 2009, Commune de Saint-Paul-Trois-Châteaux).

⁵⁸ Voir les arrêts précités : C.E., 13 janvier 1988, Mutuelle Générale des personnels des collectivités locales, A.J.D.A. 1988, p. 143 et R.D.P. 1988, p. 852 ; également, C.E., 31 mars 1989, Commune de Septèmes les Vallons, A.J.D.A. 1989, p. 547, et C.A.A. Paris, 5 juillet 2000, Commune d'Étampes.

⁵⁹ C.E., 31 mars 1989, Madame Alary, A.J.D.A. 1989, p. 538 et C.E., 23 février 2000, Commune de Mende, A.J.D.A. 2000, p. 463 et R.F.D.A. 2000, p. 460. Également : C.E., 17 octobre 2003, District de Bastia.

⁶⁰ C.E., 29 octobre 2008, Commune de Sainte-Marie-aux-Mines.

⁶¹ C.E., 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie de la Réunion.

⁶² C.E., 29 novembre 1996, Département des Alpes de Haute-Provence et C.A.A. Marseille, 19 février 2000, Commune d'Alès.

Enfin, le report du délai (en cas de transmission incomplète) et sa prolongation (en cas de recours gracieux) peuvent être cumulés ⁶³.

2°/ *La recevabilité du recours*

La détermination de la juridiction matériellement compétente ne pose aucun problème puisque la loi désigne le tribunal administratif. Quant à la compétence territoriale, elle est régie par l'article R 312-15 du Code de Justice administrative, qui désigne le tribunal « dans le ressort duquel a son siège la collectivité ou l'organisme objet des décisions attaquées » ⁶⁴.

Le déféré préfectoral est soumis à toutes les règles régissant le recours pour excès de pouvoir. Aussi, en vertu d'une jurisprudence bien établie, l'administration en général (donc le préfet) n'est pas recevable à saisir le juge si elle dispose elle-même d'un pouvoir lui permettant d'arriver au même résultat que celui obtenu par jugement ⁶⁵. De même, en vertu de la théorie dite du recours parallèle, un recours pour excès de pouvoir - et cela vaut pour le déféré préfectoral - serait irrecevable si son auteur dispose d'une autre voie permettant d'obtenir un résultat équivalent à celui qui résulterait du jugement d'annulation sollicité ⁶⁶.

Cependant, contrairement aux particuliers, la condition d'irrecevabilité tirée du défaut d'intérêt à agir du requérant n'est pas opposable au préfet ⁶⁷. Celui-ci possédant un pouvoir propre ⁶⁸ de déférer au juge les actes locaux qu'il estime illégaux, cette matière ne relève pas des compétences du ministre de l'intérieur. Mais il peut donner délégation de signature aux sous-préfets pour les actes locaux dans leur arrondissement ⁶⁹, ainsi qu'au secrétaire général de préfecture pour les actes des collectivités locales et de leurs établissements situés dans le département⁷⁰.

⁶³ C.E., 4 novembre 1996, Département de la Dordogne, A.J.D.A 1997, p. 185. Le délai est également prorogé au profit de l'administré, en ce qui concerne sa demande de déféré adressée au préfet : C.E., 16 mai 1984, Commune de Vigneux-sur-Seine, 6 décembre 1995, Préfet des Deux-Sèvres, R.F.D.A 1996, p. 328.

⁶⁴ Un certain nombre de dérogations existent, prévues aux articles R 312-14 du Code de justice administrative.

⁶⁵ C.E., 30 mai 1913, Préfet de l'Eure.

⁶⁶ Ainsi, le C.E. a considéré irrecevable un déféré préfectoral tendant à l'annulation d'une délibération refusant d'inscrire au budget communal des dépenses obligatoires, que le préfet pouvait faire inscrire en vertu de l'article 11 de la loi du 2 mars 1982 : C.E., 13 mars 1989, Commune de Gardonne.

⁶⁷ Le préfet tenant son pouvoir de la constitution et de la loi du 2 mars 1982, il n'a pas à justifier d'un intérêt à agir. C'est ainsi qu'il peut déférer les permis de construire délivrés au nom de la commune, alors même que ce permis a été accordé sur son avis conforme : C.E., 30 décembre 2002, Rémi X...

⁶⁸ C.A.A. Paris, 4 novembre 1999, Préfet de Seine et Marne c/Commune d'Ozoir-la-Ferrière.

⁶⁹ C.E., 12 décembre 1997, Préfet du Tarn.

⁷⁰ C.E., 16 décembre 1994, Office Public départemental d'habitations à loyer modéré du Var. Le secrétaire général de préfecture peut signer un déféré préfectoral même s'il n'a pas reçu délégation de signature du préfet, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci, ou en cas de vacance momentanée d'une préfecture (C.E., 27 février 1995, Préfet de l'Essonne). L'article 17 du décret du 10 Mai 1982 autorise le préfet à lui déléguer sa signature « en toute matière » (C.E., 3 décembre 1999, Département de l'Allier). Le juge vérifie toujours le contenu de la délégation (C.E., 19 novembre 1999, Commune de Port la Nouvelle ; C.E., 17 janvier 2006, Société V... et autres). Mais la délégation de signature ne peut pas être

La requête doit être présentée dans les conditions habituelles, telles que fixées à l'article R 411-1 du Code de Justice Administrative ⁷¹, identifier clairement l'acte attaqué ⁷² et elle bénéficie de la dispense d'avocat (art. R 431-7 du C.J.A.).

3°/ Les procédures d'urgence utilisables

Les requêtes n'ayant pas en principe d'effet suspensif (art. L 4 du C.J.A), et compte tenu du temps nécessaire au juge administratif pour se prononcer et parfois de sa lenteur, diverses procédures sont utilisables par le préfet pour éviter qu'un acte local ne produise des conséquences irréparables ou ne compromette un intérêt général. Ces procédures renforcent le caractère dissuasif du contrôle. D'une part, il est toujours possible de solliciter l'avis du tribunal administratif s'agissant du contrôle de légalité et de la chambre régionale des comptes en matière financière et de contrôle budgétaire ⁷³. D'autre part, il existe des procédures d'urgence permettant notamment d'obtenir du juge des mesures provisoires. Parallèlement aux procédures d'urgence usuelles, elles-mêmes améliorées par la loi du 30 juin 2000 ⁷⁴, des moyens nouveaux propres au déféré préfectoral ont été prévus par ce même texte.

Il y a lieu de distinguer le référé en matière contractuelle et les autres procédures d'urgence.

a) Les procédures de suspension sur déféré préfectoral

Aux termes de l'article L 2131-6 du CGCT, le préfet peut joindre à son recours en annulation, une demande de suspension. Le juge peut - dans le délai d'un mois - prononcer la suspension de l'acte contesté, si l'un des moyens invoqués lui paraît de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte ⁷⁵.

donnée aux agents en fonction dans les préfetures : C.E., 15 octobre 1999, Ministre de l'intérieur contre Commune de Savigny-le-Temple.

⁷¹ Avec indication des nom et domicile des parties, l'exposé des faits et des moyens, l'énoncé des conclusions soumises au juge, et toutes les pièces devant accompagner la requête. Si plusieurs actes émanant d'un même auteur sont visés, il y a lieu d'adresser une requête distincte pour chacun des actes attaqués. Quant aux moyens invocables, ils portent tant sur la légalité externe de l'acte (incompétence, vices de forme ou de procédure) que sur la légalité interne (violation de la loi, détournement de pouvoir, etc...). A cela s'ajoutent les moyens d'ordre public invocables d'office, y compris par le juge, et à tout stade de la procédure. Mais si les moyens invoqués sont inapplicables au litige, la requête sera rejetée (C.E., 13 janvier 1992, Association des amis de Saint-Palais-sur-mer).

⁷² C.E., 22 avril 1988, Ternon.

⁷³ En vertu des article R 212-1 du Code de justice administrative et L 234-1 et L 234-2 du Code des juridictions financières.

⁷⁴ L'ancienne procédure du « sursis », devenu « référé », a pour but par exemple de priver d'effet exécutoire la décision contestée, jusqu'à ce que le juge se prononce au fond. Le juge statuant en référé n'étant pas saisi du principal, il ne peut pas annuler mais seulement suspendre l'exécution de l'acte.

⁷⁵ Les conditions d'obtention de la suspension dans le cadre d'un référé préfectoral sont allégées par rapport à ce qui est exigé dans le recours pour excès de pouvoir exercé par un particulier, qui doit en plus faire la preuve de l'urgence (C.E., 16 décembre 1994, Préfet du Haut-Rhin). D'où l'intérêt, pour les personnes lésées, de provoquer un déféré préfectoral y compris contre les actes non soumis à transmission obligatoire.

La suspension peut aussi être automatique, en matière d'urbanisme, de marchés publics ou de délégation de service public. La loi du 4 février 1995, prévoit que l'acte contesté est automatiquement suspendu pendant un mois par le président du tribunal administratif, que le préfet doit saisir d'une demande de suspension dans les 10 jours suivant la réception de l'acte ⁷⁶.

Quand l'acte d'une autorité locale risque de porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge saisi d'une demande peut - dans le délai de 48 heures - ordonner toutes mesures nécessaires à la préservation de la liberté publique ou individuelle ainsi compromise ⁷⁷. Le juge peut obliger la collectivité à faire, ou l'empêcher d'agir.

b) Le référé en matière contractuelle

Le préfet peut obtenir par ce moyen, la suspension de la signature d'un contrat par une collectivité pour une durée de 20 jours, s'il estime que les règles de publicité ou de mise en concurrence n'ont pas été respectées notamment à l'occasion de la passation d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public. Le juge peut être saisi par les personnes susceptibles d'avoir été lésées ainsi que par le préfet, avant la conclusion du contrat ⁷⁸. Il peut suspendre la conclusion du contrat ou les décisions s'y rapportant, ou même supprimer les clauses qui méconnaîtraient les obligations de transparence et de mise en concurrence ⁷⁹. L'ordonnance du 19 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, transposant la directive « recours », corrige les lacunes du référé précontractuel et institue le référé contractuel assorti de pénalités financières. Ces dispositions nouvelles s'appliqueront aux contrats pour

⁷⁶ Art. L 554-2 du C.J.A. Si au terme du délai d'un mois le juge ne s'est pas prononcé sur cette demande, l'acte redevient exécutoire (art. L 2136-6 du CGCT). Cette procédure par son caractère automatique, déroge donc au principe selon lequel le recours n'a pas d'effet suspensif.

⁷⁷ Art. L 2131, L 3132-1 et L 4142-1 du CGCT. Les conditions d'obtention de cette mesure sont plus souples que celles exigées des particuliers (art. 521-2 du CJA). Le préfet n'a qu'à démontrer que l'acte contesté est « de nature » à compromettre l'exercice d'une liberté. Alors que dans le cas des autres requérants, la preuve est plus difficile à apporter. Le juge apprécie si les conditions de la suspension sont réunies. La condition relative à l'urgence est remplie si l'acte contesté porte une atteinte grave et immédiate à un intérêt public, à la situation ou à l'intérêt d'une personne. Il doit s'agir d'une liberté fondamentale comme celle d'aller et venir, la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, le droit de mener une vie familiale normale, ou encore la libre administration des collectivités locales. Le juge apprécie l'urgence en tenant compte de l'ensemble des circonstances dans chaque cas. Il faut aussi que l'atteinte soit grave et manifestement illégale et qu'elle résulte de l'exercice d'un pouvoir détenu normalement par la collectivité (si tel n'était pas le cas, il s'agirait d'une voie de fait). Ainsi, porte atteinte à une liberté l'acte par lequel un maire règlemente d'une manière excessivement restrictive l'activité des chauffeurs de taxi, ou interdisant abusivement la circulation automobile (C.E., 3 juillet 1998, Commune de la Bruguière).

⁷⁸ C.E., 3 novembre 1995, Chambre de Commerce et d'Industrie de Tarbes. En outre, aucun recours administratif préalable n'est imposé avant d'engager la procédure du référé-précontractuel.

⁷⁹ Cette procédure ne peut plus être mise en œuvre après la signature du contrat. De même, elle n'est utilisable qu'en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, que le juge apprécie restrictivement (ex : C.E., 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse). Le contrat une fois signé, le préfet peut toujours demander l'annulation d'un acte ayant conduit au contrat (ex : en exerçant un déferé contre une délibération) ou demander au juge la suspension automatique prévue aux articles L 554-2 du C.J.A et L 2131-6 du CGCT et dont il a été question précédemment. Et s'il a laissé passer le délai de 10 jours imposé pour la demande de suspension automatique, il peut encore utiliser la procédure de suspension sur laquelle le juge statue dans le délai d'un mois.

lesquels une consultation est engagée à compter du 19 décembre 2009. Le référé précontractuel est donc rénové, car le contrat ne peut plus être signé dès lors que le tribunal a été saisi et la suspension sera désormais automatique. Quant au référé contractuel, il permet au juge d'intervenir efficacement une fois le contrat signé (annulation, résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalités financières)⁸⁰.

c) Les procédures spécifiques à divers actes ou collectivités

La loi du 9 janvier 1986 (art. L 554.4 du C.J.A.) a institué un recours spécial dans l'intérêt de la défense nationale. Au cas où un acte (soumis ou non à l'obligation de transmission) est de nature à compromettre gravement le fonctionnement d'une installation ou d'un ouvrage intéressant la défense, le préfet peut en demander l'annulation pour ce seul motif⁸¹. Il doit dans les 2 mois de la transmission ou de la publication de l'acte, saisir le Conseil d'Etat compétent en premier et dernier ressort⁸². Cette procédure représente une exception, dans la mesure où elle porte sur tout acte, même ne présentant aucune illégalité, émanant d'une autorité locale. Il suffit qu'il y ait une atteinte grave au fonctionnement ou à l'intégrité de l'ouvrage ou de l'installation concernés⁸³.

Plusieurs autres procédures spécifiques ont concerné ou concernent :

- la suspension des marchés des établissements publics de santé⁸⁴, qui peut être demandée à l'occasion du déféré exercé par le préfet ;
- la suspension de certaines délibérations des établissements publics de santé⁸⁵, qui peut accompagner le déféré exercé par le directeur de l'Agence Régionale de l'Hospitalisation⁸⁶ ;
- la suspension de certains actes des chefs d'établissement d'enseignement, pris pour la passation ou l'exécution de conventions et notamment de marchés⁸⁷ ;
- la suspension des délibérations des conseils d'arrondissement de Paris, Lyon et Marseille⁸⁸.

⁸⁰ Voir J.D. DREYFUS, « L'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des contrats de commande publique », in A.J.D.A., 2009, pp. 1145 et s.

⁸¹ Art. L 1111-7 du C.G.C.T.

⁸² Le recours peut être assorti d'une demande de suspension, sur laquelle le Président de la Section du Contentieux (ou son délégué) statue dans un délai de 48 heures.

⁸³ C.E., 15 novembre 1995, Commune de Segondigny.

⁸⁴ Art. L 6145-6 du Code de la Santé Publique, prévoyant qu'il est fait droit à la demande de suspension si, en l'état de l'instruction, un des moyens invoqués est propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte. Cet article a été abrogé à compter du 23 juillet 2009 par l'ordonnance du 2 mai 2005.

⁸⁵ Art. L 6143-4-1 du Code de la Santé Publique.

⁸⁶ Il peut assortir son recours en annulation d'une demande de sursis, à laquelle le juge peut faire droit, si l'un des moyens invoqués paraît sérieux et de nature à justifier l'annulation.

⁸⁷ Les actes sont exécutoires 15 jours après leur transmission, et peuvent faire l'objet d'une décision de suspension, en vertu de l'art. L 421-14 du Code de l'éducation, et de l'art. L 2131-6 du CGCT. Outre le représentant de l'Etat, la collectivité à laquelle l'établissement est rattaché, ou l'autorité académique, peut assortir son recours d'une demande de suspension.

⁸⁸ Art. L 554-9 du C.J.A. art. L 2511-23 et L 2511-36 à L 2511-45 du C.G.C.T. Outre le représentant de l'Etat, le maire peut déférer au tribunal administratif une délibération ayant donné lieu à une seconde lecture, dans les 2 mois de la réception de l'acte. Si le recours est accompagné d'une demande de

La notification aux parties de la décision juridictionnelle rend celle-ci exécutoire. Si l'acte local a été annulé, l'autorité décentralisée est conduite à refaire l'acte censuré par le juge. La vertu pédagogique du jugement est à la mesure de la façon dont le juge aura motivé sa décision. Sa rédaction est essentielle, aussi bien à l'égard des autorités locales, que des représentants de l'Etat et des citoyens.

Le préfet qui n'a pas obtenu gain de cause, ou la collectivité dont l'acte a été annulé, peuvent faire appel du jugement rendu, étant entendu qu'en vertu de l'effet non suspensif des recours, l'appel ne fait pas obstacle à l'exécution du jugement⁸⁹.

Si l'on met à part le cas où le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort comme pour la suspension en matière de défense nationale, et si l'on fait exception des cas où le Conseil d'Etat est juge d'appel (pour le référé-liberté, la suspension des délibérations des conseils d'arrondissement de Paris, Lyon et Marseille), et mis à part le référé en matière contractuelle où seul est possible un recours en cassation devant le Conseil d'Etat, la compétence d'appel en matière de déféré préfectoral relève en principe des Cours Administratives d'Appel.

Le préfet reste seul compétent pour former appel contre un jugement rejetant son déféré ou sa demande de suspension⁹⁰, alors que le ministre concerné est seul habilité à représenter l'Etat en cassation pour faire trancher une question de droit⁹¹. En appel comme en cassation, le recours peut être accompagné d'une demande de sursis à exécution du jugement contesté.

II - LA PRATIQUE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES LOCAUX

Le contrôle de légalité par le juge est sélectif et n'a rien de systématique. Le déféré préfectoral, rarement utilisé, n'intervient que si l'autorité locale refuse de se soumettre à la loi. Les mécanismes mis en place voulaient opérer un changement radical. Or, le système de contrôle, tout en ayant pour objet la protection de la légalité, a privilégié l'arrangement. Cela provient du fait qu'en 1982 le législateur a institué un contrôle de légalité en deux temps : c'est d'abord le préfet et ses

suspension, et si un doute sérieux existe quant à la légalité de l'acte, le président du tribunal (ou son délégué) prononce la suspension dans les 48 heures.

⁸⁹ En application de l'art. R 811-14 du C.J.A. Mais en vertu de l'art.811-15, le juge d'appel saisi d'une demande de sursis à exécution du jugement, peut faire droit à une telle demande si les moyens invoqués par l'appelant sont sérieux et de nature à justifier l'annulation ou la réformation du jugement et le rejet des conclusions accueillies par ce jugement. Depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif a le pouvoir de prononcer des injonctions à l'appui de sa décision.

⁹⁰ Art. L 2131-6, L 3132-1 et L 4142-1 du CGCT.

⁹¹ C.E., Section, 28 janvier 1998, Préfet du Var ; C.E., 6 avril 2007, Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/Centre de Gestion de la fonction publique territoriale des Hautes-Alpes ; et art. R 811-19 du C.J.A. Le Conseil d'Etat contrôle cependant la matérialité des faits qui ont été retenus par le juge du fond, ainsi que la qualification juridique des faits.

services qui exercent un contrôle concomitamment à l'édition de l'acte concerné, et ensuite seulement le véritable contrôle de légalité exercé a posteriori fait intervenir le juge, qui a seul le pouvoir de paralyser les décisions illégales.

Mais dans les faits, la dimension administrative du contrôle l'a emporté sur sa dimension juridictionnelle. La réticence observée à l'égard du recours au juge est due peut-être à la lenteur redoutée de la justice, mais plus sûrement à la crainte des élus locaux devant une éventuelle tutelle des juges⁹².

§ 1. *Le faible bilan statistique du recours au juge*

Le gouvernement présente chaque année au Parlement un rapport sur l'utilisation du déféré préfectoral. Or, dès les premières années, la faiblesse du nombre de déférés préfectoraux et l'importance de la régulation administrative pré-contentieuse ont constitué une tendance lourde en matière de contrôle de légalité.

A - Les données chiffrées : interprétations et conséquences

Les recours représentent entre 0,02 et 0,03 % de l'ensemble des actes transmis, dont le nombre a beaucoup augmenté au fil des ans⁹³. Les collectivités les plus visées sont les communes, puisque 80 % environ des déférés les concernent, alors que les actes des départements sont en cause dans 10 % des cas, ceux des régions ne représentant qu'entre 1 et 2 % des recours.

Trois domaines principaux sont concernés : la fonction publique territoriale qui représente environ un tiers des déférés préfectoraux, le reste concernant à peu près à égalité l'urbanisme, ainsi que les marchés publics et les délégations de service public. Quant au taux de succès assez élevé, il se situe sur la durée autour de 80 % tant en première instance qu'en appel. Si les demandes de suspension représentent 50 % des recours, elles n'aboutissent cependant qu'une fois sur trois environ⁹⁴.

Cette situation a donné lieu à des interprétations très diverses, les unes optimistes et les autres plus réalistes. Certes, l'identification des illégalités n'est pas facilitée par la brièveté des délais impartis aux services du contrôle, compte tenu de leur impréparation initiale, de la faiblesse des moyens notamment humains, et de l'insuffisante documentation juridique disponible à tous les niveaux. Il serait quelque peu naïf d'attribuer le petit nombre d'actes déférés, au caractère juridiquement irréprochable des actes locaux ou au bon fonctionnement de l'information préalable délivrée par les services préfectoraux⁹⁵.

⁹² J.C. HELIN, « Les contrôles sont-ils efficaces ? » in revue Pouvoirs, n° 60/1992, pp. 115 et 124. Du même auteur « Le contrôle de légalité des actes locaux en France », A.J.D.A. 1999, pp. 767 et s., et encore, « La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit », R.F.D.A., 1987, pp. 765 et s.

⁹³ Le nombre d'actes transmis est passé de 2.718.295 (1982-1983) à 3.780.276 (1985-1986), puis 4.618.177 (1988), 5.543.261 (1990), 7.736.756 (2000) et 8.311.681 (2004).

⁹⁴ N. DANTONEL-COR, Droit des collectivités territoriales, ed. Bréal, 2007, pp. 260 et 266.

⁹⁵ Le nombre des déférés, des lettres d'observation, des désistements, n'est pas indicatif du degré de respect de la légalité par les autorités locales.

Ces explications ne rendent pas compte des grandes disparités constatées selon les endroits, les domaines et même selon les personnes. En vérité, ce sont les pratiques qui diffèrent, révélant des inégalités de traitements ⁹⁶, une conception très hétérogène du contrôle à exercer. Le malaise apparu après une quinzaine d'années de pratique a conduit les uns à proposer de restaurer l'ancien contrôle administratif a priori, et les autres à retirer au préfet la saisine du tribunal en augmentant l'emprise du juge sur la procédure. Le rapport du Conseil d'Etat sur l'urbanisme avait dès 1992 et pour la première fois dans un document officiel, stigmatisé les carences du contrôle de légalité ⁹⁷.

Outre la faible utilisation des possibilités de sursis, les délais dans lesquels les tribunaux administratifs se prononçaient ne contribuaient pas à donner de la crédibilité à la procédure du déféré ⁹⁸. De même, le faible nombre de déférés préfectoraux provoqués par les personnes lésées, qui contraste avec le flux des recours à l'initiative des particuliers ou des associations, renforçait les doutes sur l'efficacité du contrôle de légalité ⁹⁹. A la décharge des préfets on peut observer, que le choix est parfois entre faire appliquer un droit lui-même imparfait ou tolérer une illégalité. Enfin, les collectivités locales dont les actes sont censurés ne se plient pas de bonne grâce aux décisions de justice.

Cette situation insatisfaisante peut s'expliquer par des raisons objectives certes, mais les différences de comportements de la part des responsables du contrôle et le souci de préserver leurs rapports avec les élus locaux (surtout ceux des grandes villes et collectivités), sont aussi en cause. Il demeure que la diversité dans l'exercice du contrôle et l'hétérogénéité des conceptions mêmes du contrôle, nuisent au principe d'égalité des citoyens devant la loi ¹⁰⁰.

Ces constatations ne sont pas étrangères à la multiplication des mises en cause de la responsabilité pénale, tant des élus locaux que des préfets. Cette irruption du juge pénal a accru le sentiment d'insécurité éprouvé par les divers décideurs. La pénalisation croissante de la vie politique choque encore plus les élus locaux, lorsqu'ils sont mis en cause à propos d'actes antérieurement soumis au contrôle de légalité, sans que cela conduise à des observations de la part des autorités de contrôle.

⁹⁶ Ainsi d'après le rapport de la Direction Générale des Collectivités Locales, en 2000, huit départements n'ont connu aucun déféré, 52 en ont connu entre 1 et 10, et 40 autres en ont connu dix et plus.

⁹⁷ Conseil d'Etat, L'urbanisme : pour un droit plus efficace, La Documentation française, coll. « Les Etudes du Conseil d'Etat », Paris 1992. Voir également le Rapport public du Conseil d'Etat concernant l'année 1993 (N° 45), notamment les pages 15 et suivantes (Décentralisation et ordre juridique).

⁹⁸ Par conséquent, ou bien le jugement est trop tardif pour éviter les effets de l'illégalité, quitte à devoir verser des dommages et intérêts, ou bien l'annulation se révèle inefficace en raison de la complexité des situations créées.

⁹⁹ Surtout si l'on observe que le juge administratif annule de nombreux actes à leur demande, sans avoir été parallèlement saisi par les préfets.

¹⁰⁰ Par exemple, sur la période 1986 - 1996, le nombre d'actes transmis a augmenté de plus de 50%, alors que le nombre des lettres d'observations s'est accru de 91 %, mais les recours déposés n'ont augmenté que de 11,5 %.

B - L'importance du contrôle administratif pré-contentieux

Eu égard à l'encombrement de la juridiction administrative, l'accroissement du contentieux ne saurait constituer un objectif en soi. Le nombre réduit des déférés préfectoraux s'explique non seulement par le peu d'empressement à saisir les tribunaux, mais encore et surtout par la possibilité de prévenir ou corriger les illégalités dans la phase préalable de l'examen des actes locaux en préfecture.

1° L'évitement du contentieux et la fonction de conseil exercée par le préfet

En cas d'incertitude sur la légalité de son acte, l'autorité locale peut consulter les services de la préfecture. Les grandes collectivités peuvent aussi disposer de services juridiques étoffés, ou recourir aux services d'avocats ou de consultants. Ce sont surtout les « lettres d'observation » adressées par le préfet après transmission des actes locaux, qui servent à désamorcer le contentieux éventuel¹⁰¹. Le dialogue qui s'établit permet de revenir à une situation de légalité, et plus de neuf fois sur dix les lettres d'observation sont suivies d'effet¹⁰². Le travail effectué à ce stade consiste en conseils délivrés avant même l'édition de l'acte, en négociation ou en recours gracieux¹⁰³. Mais pour que les observations puissent valoir recours gracieux, il faut que la lettre du préfet mentionne les irrégularités constatées et comporte expressément une demande de retrait, d'abrogation ou de réformation¹⁰⁴. Le Conseil d'Etat a précisé quelles étaient les personnes compétentes pour signer les lettres d'observation¹⁰⁵.

On assiste donc à un déplacement du contrôle du juge vers le préfet, et l'équilibre ainsi instauré privilégie la phase pré-contentieuse dans le processus de régulation, favorisant ainsi la négociation et la dimension administrative du

¹⁰¹ Ainsi en 2006, c'est 1 à 2 % des actes transmis qui ont fait l'objet de 81.803 lettres d'observations. Ce chiffre a pu auparavant atteindre 3 %, comme en 1996 (176.420 lettres d'observation). L'activité précontentieuse des préfets au début en 1983-1984 était 54 fois plus importante que l'activité contentieuse. Elle l'a été 80 fois plus en 1989, 100 fois plus en 1990 et 150 fois plus au cours des dernières années.

¹⁰² En 2004, c'est 95 % des 100.000 lettres d'observation qui ont été suivies d'effet.

¹⁰³ Depuis l'arrêt du C.E., 18 avril 1986, Commissaire de la République du département d'Ille-et-Vilaine, les observations adressées par le préfet à un élu local sur la légalité d'un acte valent recours gracieux, ce qui a une influence sur les délais de recours (comme pour la demande de pièces complémentaires).

¹⁰⁴ Mais une simple demande de réexamen de l'acte, sans en demander expressément le retrait, doit aussi être regardée comme un recours gracieux : C.E., 8 mars 1996, Département des Alpes maritimes.

Il convient de noter que les correspondances échangées entre le préfet et l'autorité locale dans le cadre d'un contrôle de légalité, présentent les caractères de documents administratifs au sens de la loi du 17 juillet 1978, et qu'en vertu de la loi du 12 avril 2000 (art.7) ils sont communicables à quiconque en fait la demande.

¹⁰⁵ En ce qui concerne les signataires habilités, le Conseil d'Etat a opéré une distinction entre la phase contentieuse et la phase pré-contentieuse du contrôle de légalité (C.E., Section, 15 octobre 1999, Ministre de l'intérieur c/Commune de Savigny-le-Temple). Un décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, a précisé ce point de droit. Ainsi les préfets de région et de département peuvent déléguer leur signature aux chefs des services des administrations civiles de l'Etat ou à leurs subordonnés pour signer les lettres d'observations valant recours gracieux, et aux agents en fonction dans les préfectures pour les matières relevant des attributions du Ministre de l'intérieur, s'agissant des lettres d'observations valant recours gracieux.

contrôle par rapport à la dimension juridictionnelle. On peut voir là une preuve de retenue et de sagesse de la part des préfets et des élus locaux. Ce glissement opéré au sein du processus de contrôle, implique un changement de culture privilégiant la recherche du compromis. Le fait que le juge administratif donne raison au préfet neuf fois sur dix lorsqu'il est saisi d'un recours, contribue à privilégier cette méthode de travail, où le déféré préfectoral ne représente que le maillon ultime du contrôle, rarement mis en œuvre, et agissant plutôt comme une arme dissuasive, contribuant à remettre en conformité les actes litigieux. Cette évolution a d'ailleurs été encouragée par la jurisprudence.

2°/ La régulation compréhensive des prérogatives préfectorales par le Conseil d'Etat

L'appréciation discrétionnaire du préfet dans l'exercice de son pouvoir de déférer les actes locaux au tribunal administratif, a été validée par le Conseil d'Etat. Cette marge d'opportunité laissée au préfet est l'élément de souplesse qui permet de préserver la viabilité du système de contrôle. En même temps, c'est le préfet qui apparaît comme le contrepoids réel au principe de libre administration des collectivités territoriales. Ce rôle d'arbitre dévolu au représentant de l'Etat lui impose une nécessaire prudence, face à des collectivités qui sont aussi des partenaires en matière de politiques publiques. Il lui appartient donc, sous le regard du juge, de situer cette appréciation de la légalité dans la perspective de l'intérêt général, en évitant que s'instaure dans le pays un sentiment d'arbitraire, et surtout en évitant toute impression d'instrumentalisation du déféré préfectoral à d'autres fins que la seule légalité. Il y va de la réussite à long terme de la décentralisation, car le contrôle doit rester crédible et les élus locaux supporteraient mal les différences de traitement.

C'est en ayant conscience de ces enjeux que le Conseil d'Etat a modulé le périmètre et les conditions d'exercice du contrôle par le préfet. C'est ainsi qu'il a interprété les textes de manière à cantonner le contrôle proprement juridictionnel, tout en posant un certain nombre de règles encadrant l'activité du représentant de l'Etat. Il est vrai que les rédacteurs de la loi du 2 mars 1982 avaient conçu le déféré préfectoral comme un recours contentieux n'ayant vocation à intervenir qu'en dernier lieu, et en cas d'échec des tentatives de modification de l'acte local estimé illégal¹⁰⁶.

Plusieurs décisions illustrent l'attitude compréhensive du Conseil d'Etat. Ainsi, la compétence discrétionnaire du préfet pour saisir le tribunal administratif a été réaffirmée, alors que le même préfet n'exerce qu'une compétence liée pour saisir la Chambre régionale des Comptes en matière de contrôle des actes budgétaires. Mais c'est la loi qui dans ce dernier cas impose au préfet de saisir la juridiction financière. Pour sa part, le Conseil Constitutionnel, se fondant sur les termes de

¹⁰⁶ Les termes de la circulaire du 22 juillet 1982 adressée aux préfets, commissaires de la république, étaient assez clairs à cet égard : « ce n'est que si l'autorité locale intéressée ne prend pas les mesures nécessaires, qu'il vous appartient de saisir le juge administratif et d'informer alors l'autorité de cette saisine ».

l'article 72 alinéa 3 (précité), a considéré que le préfet est « tenu d'assurer » le contrôle de légalité des actes, et qu'il « doit exercer » les attributions conférées¹⁰⁷. Le Conseil d'Etat a estimé que cette mission du préfet impliquait une certaine marge de manœuvre, et qu'il avait « la faculté » de former un recours pour excès de pouvoir contre tous les actes des collectivités territoriales¹⁰⁸.

De plusieurs manières aussi, le Conseil d'Etat a encouragé l'activité pré-contentieuse du représentant de l'Etat. Il a étendu son contrôle aux actes non soumis à transmission obligatoire, adressés spontanément ou qui sont parvenus à sa connaissance par l'intermédiaire d'une personne lésée¹⁰⁹. Le préfet a également eu la possibilité d'allonger la phase de la négociation administrative, du fait de l'assimilation des observations à un recours gracieux¹¹⁰, et en bénéficiant d'une prorogation du délai en cas de demande de transmission de documents complémentaires¹¹¹. De même, l'obligation légale d'informer les élus de l'existence d'un recours et des illégalités reprochées n'est pas considérée comme un motif d'irrecevabilité du déféré préfectoral¹¹². Poursuivant dans cette voie, le Conseil d'Etat est même revenu sur sa jurisprudence qui faisait du refus de déférer un acte local à la demande d'une personne lésée une décision susceptible de recours¹¹³, pour finir par admettre que le refus de déférer un acte local sur demande d'un tiers n'est pas une décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹¹⁴, au motif que la personne lésée pouvait elle-même exercer un recours direct. La Haute-Assemblée s'est encore montrée très favorable au représentant de l'Etat et à son pouvoir discrétionnaire, en lui donnant la possibilité de se désister en cours d'instance et jusqu'à l'audience du tribunal¹¹⁵.

¹⁰⁷ C.C. décision du 21 janvier 1994, Urbanisme et construction. Voir également sa décision antérieure du 25 février 1982, et sa décision ultérieure du 9 avril 1996. Ce choix du Conseil d'Etat est à la fois conforme à l'intention du législateur (qui certes impose au préfet d'exercer ses pouvoirs de contrôle mais sans l'obliger à déférer systématiquement au juge), et cohérent avec une jurisprudence établie, voulant qu'une autorité administrative (préfet inclus) n'est normalement jamais tenue de saisir le juge en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, qui s'applique à l'ensemble des actions en justice, y compris au pénal : C.E., Ass., 20 mars 1974, Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/Navarra. On peut cependant relever, que la loi s'exprime au présent de l'indicatif (art. L 2131-6, 3132-1 et 4142-1 : « le représentant de l'Etat défère au tribunal les actes qu'il estime contraires à la légalité », l'indicatif valant impératif en droit, on pourrait tout aussi bien concevoir le déféré comme une compétence liée.

¹⁰⁸ C.E., Section, 28 février 1997, Commune du Port. Cet arrêt s'est voulu explicite, venant après celui du 16 juin 1989, Commune de Belcodène, où le Conseil d'Etat s'était déjà implicitement prononcé dans ce sens.

¹⁰⁹ C.E., 4 novembre 1994, Département de la Sarthe.

¹¹⁰ C.E., 18 avril 1986, Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine, R.F.D.A. 1987, p. 2006.

¹¹¹ C.E., 13 janvier 1988, Mutuelle Générale des personnels des collectivités locales, R.F.D.A. 1988, p. 282.

¹¹² C.E., 24 avril 1985, Ville d'Aix-en-Provence, R.F.D.A. 1985, p. 527.

¹¹³ C.E., 18 novembre 1987, Marcy.

¹¹⁴ C.E., Section, 25 janvier 1991, Brasseur, R.F.D.A. 1991, p. 593.

¹¹⁵ C.E., 6 décembre 1999, Société Aubettes S.A.

Les tentatives de certains tribunaux administratifs en vue de limiter la marge de liberté du préfet, au nom du respect de la légalité, ont été vouées à l'échec.¹¹⁶

Cette jurisprudence a évidemment été bien accueillie par le corps préfectoral, soucieux de la qualité des relations avec les élus locaux, et plus porté à l'arrangement et à l'action qu'au conflit et aux recours.

§ 2. Le renforcement de la qualité du contrôle

Nul ne conteste l'aspect positif d'un système qui évite les contentieux, alors que la juridiction administrative est déjà encombrée par ailleurs. Mais l'enjeu du contrôle de légalité des actes locaux n'est ni plus ni moins que l'égalité devant la loi, donc l'Etat de droit qui doit être aussi au cœur de la décentralisation. Tout a été dit sur les déficiences du contrôle et sur les risques que représente pour l'unité de la République, une trop grande disparité des comportements dans la mise en œuvre de ce contrôle¹¹⁷. Le Conseil d'Etat a mis l'accent sur le danger qu'il y aurait à créer un sentiment d'impunité, susceptible de « favoriser les tentations de comportements délictueux, notamment dans des secteurs sensibles comme l'urbanisme, les marchés publics et les délégations de services publics »¹¹⁸. Les parlementaires aussi sont soucieux de voir le contrôle de légalité jouer efficacement son rôle au service de l'Etat de droit. Les nouvelles étapes franchies depuis 1982 dans la décentralisation, notamment avec la loi du 13 août 2004 accroissant les responsabilités et les compétences transférées aux collectivités locales, exigent que soit mieux garantie l'application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire national.

A - La modernisation du contrôle dans sa phase administrative

Les techniques du juge administratif en matière de contrôle de légalité, depuis longtemps éprouvées, sont considérées comme satisfaisantes. C'est donc sur le contrôle exercé en amont qu'il a fallu agir.

Les services de l'Etat ont dû relever le défi représenté par l'organisation des flux et de la gestion des stocks de documents qui leur étaient transmis. Pour que le contrôle à ce stade soit efficace, il a fallu renforcer les personnels en préfecture et améliorer la formation des fonctionnaires, pour satisfaire le besoin de sécurité juridique des élus locaux et pour rassurer les administrés qui hésitent de moins en

¹¹⁶ La volonté manifestée était de limiter la marge de manœuvre du préfet, en n'acceptant de lui donner acte de son désistement que si celui-ci était réellement provoqué par la correction juridique de la réformation ou par une erreur d'appréciation sur la légalité : voir T.A. Lyon, 6 février 1984, Syndicat des transports en commun de la région lyonnaise et T.A. Lyon, 10 juillet 1984, Commune de Fons. Se reporter aux observations de D. CHABANOL à l'A.J.D.A. 1984, p. 570 et à l'étude de M. LEVY, sur « Le désistement du déféré du commissaire de la République », A.J.D.A. 1985, p. 136.

¹¹⁷ Se reporter au Rapport du Commissariat Général du Plan intitulé « Décentralisation, l'âge de raison ».

¹¹⁸ Conseil d'Etat, Rapport Public, N° 45/1993 (précité) p. 77.

moins à s'adresser au juge administratif. Les contrôleurs et les contrôlés aspirent à agir dans un cadre normatif clair et stable.

De nombreuses circulaires ou directives sont intervenues pour commenter les dispositions légales et la jurisprudence relatives au contrôle de légalité. Elles concernent les domaines prioritaires à contrôler, la maîtrise des nouveaux textes, l'organisation des services du contrôle en préfecture, et les personnes habilitées à saisir les tribunaux administratifs. Il a fallu aussi prendre en considération le fait qu'à côté de l'activité de contrôle, la fonction de conseil a pris une importance nouvelle puisqu'elle représente jusqu'à la moitié de la charge de travail des services.

C'est cet accroissement nécessaire des capacités d'expertise juridique, qui a conduit à prendre certaines initiatives en vue d'améliorer le fonctionnement du système. Ainsi, un partenariat a été établi entre le ministère de l'intérieur et le conseil national des avocats, qui a débouché sur une Charte prévoyant l'accueil des élèves avocats au sein des préfectures et du pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité installé à Lyon, et la participation de la Direction générale des collectivités locales à la formation de ces élèves.

En effet, depuis 2002 le pôle d'appui précité apportait aux services préfectoraux de cinq régions une expertise dont la qualité était reconnue, et qui visait à renforcer la professionnalisation des agents chargés du contrôle au plan local. Ce pôle d'appui a pris par la suite et depuis le 1^{er} janvier 2007 une compétence nationale à l'exception des collectivités d'Outre-mer et de la région Ile-de-France¹¹⁹. La circulaire du 17 janvier 2006, dans le prolongement du mouvement de décentralisation, a tendu à donner au contrôle de légalité une nouvelle dimension nécessitant un accroissement des moyens juridiques et une définition des stratégies de contrôle. Ces stratégies de contrôle sont arrêtées par les préfets en fonction des contextes locaux. L'objectif est certes de contrôler la bonne application des lois, mais aussi de prévenir les mises en cause juridiques, pénales et financières des élus locaux. La circulaire précitée du 17 janvier 2006 relative à la modernisation du contrôle de légalité, a aussi voulu recentrer le déféré préfectoral sur les quelques domaines prioritaires suivants :

l'intercommunalité : en ce domaine, les préfets doivent veiller à la mise en œuvre d'une politique globale cohérente et efficace, à la définition de l'intérêt intercommunal, au transfert effectif des moyens et des personnels affectés aux compétences transférées, au contrôle des sociétés d'économie mixte ;

la commande publique : le contrôle doit ici porter sur le respect des règles de concurrence, sur les actes dont la transmission n'est plus obligatoire¹²⁰, sur la surveillance des coûts mentionnés afin de garantir un bon usage des deniers

¹¹⁹ Les missions du Pôle d'appui de Lyon sont : l'assistance juridique, l'information, la formation. La faculté de saisir le Pôle appartient aux préfets et aux sous-préfets. Les services déconcentrés de l'Etat et les collectivités territoriales n'y ont pas directement accès.

¹²⁰ Cela concerne notamment les marchés conclus suivant la « procédure adaptée », inférieurs à 230.000 € hors taxes, qui représentent une bonne part de la commande publique des collectivités territoriales.

publics, sans hésiter à utiliser les procédures d'urgence ou à solliciter pour avis les juges administratifs ou les juridictions financières ¹²¹ ;

l'urbanisme et l'environnement : s'agissant de la santé et de la sécurité des populations et de la préservation du patrimoine naturel et du cadre de vie, il est préconisé de renforcer la médiation entre les élus locaux et l'Etat, en particulier au stade de l'élaboration des documents d'urbanisme, afin de veiller à la protection paysagère et à la qualité architecturale, en faisant respecter par les élus locaux les législations relatives à l'aménagement et à la protection des espaces géographiques sensibles, notamment dans les zones littorales ou de montagne et en portant une attention particulière aux travaux et aménagements situés dans les zones à risques ;

De façon générale, il est recommandé aux préfets, dans l'exercice du contrôle de légalité, de privilégier le respect des règles de fond plutôt que des règles de forme, en proportionnant le contrôle aux enjeux de chaque dossier examiné.

B - La sanction des ratés du contrôle : la mise en jeu de la responsabilité de l'état en cas de faute lourde

Le faible nombre de déférés préfectoraux est une constante. Ce qui pouvait au début passer pour un dysfonctionnement du système, n'est pas pour autant aujourd'hui un indice du recul de l'Etat de droit. Non seulement parce que le rôle des préfets a évolué et qu'ils encourent une réelle responsabilité pénale ¹²², mais aussi parce que les personnes lésées par les actes locaux peuvent agir elles-mêmes directement en palliant les défaillances des services du contrôle.

Le contexte du contrôle a aussi évolué, avec la jurisprudence sur la responsabilité de l'Etat dans l'exercice du contrôle de légalité. Le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait en effet constituer un motif d'exonération. En effet, en cas de négligence dans l'exercice du contrôle ou de refus fautif de la part du préfet, la responsabilité de l'Etat peut être engagée. Une nuance doit cependant être apportée, dans la mesure où il faut faire la preuve d'une faute lourde. C'est ce qu'ont affirmé les premières décisions du Conseil d'Etat mettant

¹²¹ En vertu des dispositions figurant aux articles R 212-1 du C.J.A et L 234-1 et L 234-2 du Code des juridictions financières.

¹²² Les insuffisances de leur activité de contrôle peuvent les conduire devant le juge pénal, comme ce fut le cas à plusieurs reprises (en Corse l'affaire du stade de Furiani, ou à propos de l'incendie des thermes de Barbotan, ou encore à la suite de l'inondation de Vaison-la-Romaine, au motif que le préfet avait autorisé 30 ans auparavant des constructions en zone inondable) : Voir : C.HELIN, op. cit., in A.J.D.A. 1999, p. 775 ; J.F. BRISSON, « Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004 », in A.J.D.A., 2005, p. 126.

en jeu la responsabilité de l'Etat ¹²³. Cette exigence de la faute lourde est justifiée par le fait qu'il s'agit d'un contrôle délicat, qui doit respecter un certain équilibre entre la libre administration locale et les intérêts de l'Etat.

Si la liberté d'appréciation du préfet demeure entière, son refus prolongé de déférer au juge des décisions locales importantes dont les illégalités sont aisément décelables, constitue une faute lourde ¹²⁴. La responsabilité de l'Etat ne saurait être exclue en cas de comportement illégal de la collectivité locale, car il faut tenir compte du fait que celle-ci ne dispose ni des mêmes personnels ni des mêmes compétences que les services du contrôle en préfecture. Cela n'exclut pas l'éventuel partage de responsabilité, si l'illégalité est commise en connaissance de cause par la collectivité locale.

La jurisprudence la plus récente confirme cette responsabilité pour faute lourde dans l'exercice déficient du contrôle de légalité par le préfet, même si le préjudice subi par la collectivité locale ou l'établissement public résulte de leur comportement fautif ¹²⁵.

CONCLUSION:

Le système du contrôle de légalité des actes des autorités locales mis en place en 1982 est complexe à bien des égards, notamment à cause de la distinction entre les actes soumis à transmission obligatoire et les autres, de la répartition des rôles entre le préfet et le juge, et du large pouvoir discrétionnaire laissé aux préfets. Mais des améliorations, notamment techniques, sont mises en place pour renforcer la cohérence du système, et pour doter les services du contrôle des compétences nécessaires et d'une stratégie claire. L'avenir dira si les bons équilibres ont été trouvés.

Il est cependant évident, que l'on n'est pas passé en matière de décentralisation à une régulation par le juge, dont le rôle n'est pas le plus valorisé. L'accent n'a pas été mis sur ses rapports avec les élus locaux et cela n'est pas forcément négatif. Pour l'essentiel, le contrôle concerne les rapports des préfets avec les élus ; et cela est conforme au souhait des uns et des autres. La « tutelle des juges » agit

¹²³ C.E., 21 janvier 2000, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/Commune de Roquebrune-Cap-Martin : « La circonstance que le préfet des Alpes Maritimes s'est abstenu de déférer au tribunal administratif le plan d'occupation des sols de la commune... sur le fondement duquel a été délivré le permis de construire litigieux, ne revêt pas le caractère d'une faute lourde, seule de nature à engager en pareil cas la responsabilité de l'Etat envers la commune », R.D.P., 2000, p. 1257 et R.F.D.A. 2000, p. 1096.

¹²⁴ Le Conseil d'Etat a considéré que le préfet qui s'abstient de déférer des actes dont « l'illégalité ressortait avec évidence des pièces qui lui étaient transmises et dont les conséquences financières étaient graves pour les communes concernées », commet une faute lourde de nature à faire engager la responsabilité de l'Etat : T.A. Bastia, 3 juillet 1997, Commune de Saint-Florent, puis C.A.A. Marseille, 21 juillet 1999, Ministre de l'intérieur c/Commune de Saint-Florent et autres, et finalement C.E., 6 octobre 2000, Commune de Saint-Florent, A.J.D.A. 2001, p. 201 et R.F.D.A. 2000, p. 1356.

¹²⁵ C.A.A. Marseille, 15 avril 2009, Sivom Cinarca Liamone, A.J.D.A. 2009, p. 1546.

toujours comme un repoussoir. C'est pourquoi les tribunaux administratifs, qui sont impliqués dans le mouvement de décentralisation, ne sont pas placés au centre du processus.

Le recours au juge était peut-être dans la logique de la loi, mais il fonctionne plutôt comme un instrument de dissuasion dans une négociation qui a plus pour objectif la réformation des actes que leur annulation. Le recours au juge exerce une fonction pédagogique et renforce la fonction dissuasive du contrôle.

Quoi qu'il en soit, le système mis en place en 1982 ne doit pas masquer les autres modalités du contrôle des collectivités locales : par les Chambres régionales des comptes en matière budgétaire et de gestion, par le préfet qui conserve un pouvoir de substitution dans certaines hypothèses où l'autorité locale est défaillante¹²⁶. La tutelle technique quant à elle n'a pas été supprimée mais simplement allégée¹²⁷. De plus, la tendance est aujourd'hui à privilégier les rapports contractuels (entre collectivités étatiques ou décentralisées), et l'Etat est souvent partie aux contrats passés, exerçant forcément un contrôle, qui n'entre pas toujours dans le cadre juridique des lois de décentralisation.

CONTROL OF LOCAL GOVERNMENT ACTS ON THE PART OF ADMINISTRATIVE COURTS IN FRANCE

Reappraisal of state activity and the renewal of public politics have caused tension in the area of the application of public law and in the area of administrative judge authority, or have caused an increased number of administrative disputes. This change can be felt at the local government level, (region, department, municipality, overseas units of local self government, or special status units....) the authority and decision making powers of which are constantly increasing.

Key words: *control of local government Acts, administrative courts*

¹²⁶ Par exemple, lorsque les maires n'utilisent pas leurs pouvoirs en matière de préservation de l'ordre public (relevant de leur police administrative), ou d'octroi de permissions d'utilisation de la voie publique.

¹²⁷ La loi de 1982 dispose que sont opposables aux collectivités locales, les normes techniques prévues par une loi ou un décret d'application. De même les actes types (règlements-types ou cahiers des charges-types), sans être obligatoires, sont des modèles auxquels les collectivités locales peuvent se référer.