

AJDA 2005 p. 126

Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004

A la recherche des illusions perdues

Jean-François Brisson, Professeur à l'université Montesquieu Bordeaux IV (IRDPB-CERDOPP)

L'essentiel

Par la faiblesse des remèdes apportés à des dysfonctionnements pourtant avérés, la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 entérine de fait l'échec d'une certaine conception du contrôle de légalité, qui voulait voir dans le préfet une sorte de commissaire à la loi tenu de déférer à la censure des tribunaux tous les actes des collectivités locales contraires à la légalité. Le Parlement n'en tire toutefois aucune conséquence quant à l'architecture globale de la tutelle sur les actes. Selon l'exposé des motifs de la loi, le contrôle de légalité est aménagé pour être rendu plus efficace dans sa fonction de conseil préalable. Le glissement ainsi opéré du contrôle vers le conseil ajoute encore à la confusion des fonctions assignées au contrôle de légalité.

Autant la question du contrôle de légalité avait occupé une place centrale dans la réforme de la décentralisation initiée par la loi du 2 mars 1982, la « suppression » de la tutelle constituant dans l'esprit de ses promoteurs l'expression symptomatique des nouvelles libertés locales, allant même jusqu'à susciter la censure par le Conseil constitutionnel d'une partie du texte fondateur, autant, dans l'acte II de la décentralisation, dont la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales constitue une des pièces maîtresses, le contrôle des actes locaux ne constitue qu'une thématique secondaire d'ailleurs largement ignorée par la loi constitutionnelle du 17 mars 2003.

La loi du 13 août 2004 n'apporte ainsi que des aménagements limités au dispositif législatif issu de la loi du 22 juillet 1982. Le projet de loi déposé devant le Parlement se bornait d'ailleurs à habiliter le gouvernement à réformer le contrôle de légalité par voie d'ordonnances. Les dispositions finalement adoptées sont issues d'amendements parlementaires : « il convient, devait ainsi expliquer la commission des lois du Sénat, que le Parlement exerce pleinement son rôle de législateur en cette matière essentielle ». Pour autant, le texte n'est porteur d'aucune remise en cause du schéma initial, à peine peut-on évoquer une tentative de remise en ordre dans la perspective prévisible, parce que liée aux transferts de compétences, d'une augmentation exponentielle du nombre des actes locaux transmis aux préfetures.

La pérennisation du contrôle de légalité dans son architecture générale peut surprendre. Faut-il que le système comporte de réelles garanties pour échapper à l'actuelle frénésie législative. C'est pourtant l'impression contraire qui paraissait dominer jusqu'alors. Articulé sur l'obligation de transmission et sur le déféré préfectoral, le système instauré par la loi du 2 mars et largement refondu, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel, par la loi du 22 juillet 1982 tarde de l'avis unanime à trouver son équilibre.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui devait valider l'idée d'une tutelle sur les actes exercée par le juge, le préfet est appelé à jouer un rôle mécanique : s'il importe que le représentant de l'Etat soit toujours en mesure de connaître la teneur des actes locaux contraires à la loi (Cons. const. 25 février 1982, n° 82-137 DC), c'est dans la mesure où il est tenu de déférer au tribunal administratif les actes dont ses services ont constaté l'illégalité

(Cons. const. 24 janvier 1994, n° 93-336 DC, et 9 avril 1996, n° 96-373 DC). Mais cette vision, contraire à la plupart des pratiques préfectorales, car occultant la diversité des intérêts publics dont le préfet a la charge, va s'avérer largement illusoire. La situation est trop connue pour que l'on s'y attarde longuement. L'obligation de transmission pèse sur un nombre considérable d'actes, près de huit millions par an, au point que les préfetures n'ont d'autres choix que de se livrer dans la plupart des cas à « un simulacre » de contrôle (v. le diagnostic sévère établi par la mission chargée de l'audit sur le contrôle de légalité). En outre, le préfet ne fait qu'un usage exceptionnel du déféré : seulement une affaire sur cent, après concertation préalable avec les élus, donne lieu à un recours devant le juge (entre 1 500 et 2 000 selon les années). Les préfets sont invités à préférer le dialogue et l'arrangement (circulaire du 23 juillet 1993), quitte parfois à transiger avec les règles de droit, s'abstenant alors de déférer un acte dont ils connaissent l'illégalité (Conseil d'Etat, *Urbanisme : pour un droit plus efficace*, Doc. fr., 1992, p. 54). Le système pratiqué laisse perplexe nombre d'observateurs tant il est difficile de repérer le rôle exactement dévolu au préfet (auxiliaire du juge, censeur des actes locaux, conseil, voire partenaire des collectivités locales) et les auteurs d'y voir la marque d'un recul de l'Etat ou au contraire la résurgence d'une nouvelle forme de tutelle.

Le maintien du contrôle de légalité dans sa configuration actuelle s'inscrit toutefois dans une certaine logique. La pratique préfectorale a reçu depuis longtemps l'aval du Conseil d'Etat : si le juge administratif a consacré la marge d'appréciation des préfets dans l'exercice du déféré (CE Sect. 25 janvier 1991, *Brasseur*, AJDA 1991, p. 395 ¹ ; Lebon p. 23 ², concl. Stirn ; *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, 2e éd., n° 37), il leur a de surcroît offert - par la prolongation du délai de déféré ³(1) - du temps pour négocier avec les autorités locales, tout en confortant un usage plus politique que « juridique ou technique » du déféré, prérogative exclusive du corps préfectoral (CE Ass. 15 octobre 1999, *Commune de Savigny-Le-Temple*, Lebon p. 309 ⁴ ; *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, préc., n° 35). De son côté, la loi constitutionnelle du 17 mars 2003 n'a tenu absolument aucun compte de la redistribution par la loi du 2 mars 1982 des rôles entre le préfet et le juge. Non seulement, le nouvel article 72 de la Constitution n'explicite en rien la fonction dévolue au juge comme régulateur du système local, mais, au contraire, le pouvoir constituant valorise la fonction du préfet, non plus délégué du gouvernement, mais représentant de l'ensemble des membres du gouvernement dans le département.

La loi du 13 août 2004 ne parvient pas à son tour à se défaire des ambiguïtés qui pèsent, depuis la censure prononcée en 1982 par le Conseil constitutionnel, sur le contrôle des actes locaux. Ainsi, la loi n'apporte aucun remède susceptible d'en garantir un contrôle exhaustif et systématique ⁵(2). En ce sens, ce texte relatif aux libertés et responsabilités locales entérine de fait l'échec de la conception, entretenue par le Conseil constitutionnel et prolongée par la loi du 22 juillet 1982 (l'article L. 2131-6 du code général des collectivités locales : « le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission »), qui voulait voir dans le préfet une sorte de commissaire à la loi tenu de déférer à la censure du tribunal administratif tous les actes des collectivités locales contraires à la légalité. Mais, paradoxalement, la loi n'en tire aucune conséquence quant à l'architecture globale du système de tutelle sur les actes. « Réaffirmé par la réforme constitutionnelle, [le contrôle de légalité], explique au contraire l'exposé des motifs de la loi, est aménagé pour être rendu plus efficace dans sa fonction de conseil préalable aux décisions locales ». Le glissement ainsi opéré du contrôle vers le conseil aux collectivités locales ajoute à la confusion entretenue depuis 1982. La loi maintient un système de contrôle dont l'expérience a montré qu'il ne peut pas répondre aux exigences posées par la Constitution et entreprend de le rénover en vue de promouvoir une activité qui n'entre pas dans les missions constitutionnelles du représentant de l'Etat.

En quête d'efficacité, le contrôle de légalité apparaît surtout, après plus de vingt ans d'exercice, en mal de justifications.

Un contrôle en quête d'efficacité

Le constat établi par la mission chargée de l'audit sur le contrôle de légalité est sans appel : « le mythe du contrôle exhaustif, déjà sévèrement écorné actuellement, conduit à une impasse tant sont déjà nombreux les actes en nombre absolu et relatif pour lesquels l'intervention de l'Etat se résume à tamponner, renvoyer, classer, puis archiver - activités improductives mais coûteuses en temps et en argent ». Dans ces conditions, la question de la transmission massive des actes locaux se pose. La loi y apporte par des moyens très différents un début de réponse : d'abord par la possibilité d'une transmission télématique des actes locaux qui devrait à l'avenir pouvoir alléger la tâche matérielle des services de l'Etat (3) ; mais surtout par le recentrage de l'obligation de transmission sur les actes « stratégiques ». On ne saurait toutefois expliquer les faiblesses du contrôle préfectoral par des considérations liées à la seule gestion des flux ou au périmètre de l'obligation de transmission. Le nouveau dispositif législatif suppose toutefois d'être articulé sur d'autres leviers de nature institutionnelle : la revitalisation de la fonction juridique dans les préfetures passant par une réforme plus globale de l'administration préfectorale.

L'obligation de transmission revisitée

L'une des idées-forces du rapport Mauroy (proposition n° 111) repris par l'audit coordonné par l'inspection générale de l'administration était de recentrer le contrôle de légalité sur les actes essentiels des collectivités locales. La loi du 13 août 2004 s'y emploie mais de manière trop timorée.

Une tentative de polarisation du contrôle sur les actes locaux « sensibles »

La loi du 13 août 2004 n'est pas le premier texte à procéder au déclassement d'actes locaux jusqu'alors transmissibles. La loi n° 2002-1168 du 11 décembre 2001, dite loi Murcef, a ainsi prévu que « les marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant » ne sont pas soumis à l'obligation de transmission. Conjugué aux dispositions du nouveau code des marchés publics, ce texte de circonstance aboutit à l'exclusion de la liste de tous les contrats passés selon la procédure dite adaptée (code des marchés publics, art. 28). C'est dire qu'il provoque paradoxalement un déclassement d'une tout autre portée que celui décidé par la « grande » loi relative aux libertés et responsabilités locales.

Si, l'on se rapporte aux travaux parlementaires et aux rapports préparatoires (audit sur le contrôle de légalité, rapport Mauroy), plusieurs critères d'ordre essentiellement pratique ont guidé le choix du législateur dans le recensement des actes à extraire de la liste : l'importance limitée de l'acte dont le contenu ne présente pour l'Etat aucun intérêt majeur ; l'importance quantitative de leur flux mesuré par leur volume absolu mais aussi par leur taux de contrôle effectif, l'inclinaison des tiers à attaquer systématiquement ce type d'actes devant le juge. La conjonction de ces critères conduit le législateur (art. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du code général des collectivités locales) à faire le tri essentiellement dans trois domaines : la police administrative, la fonction publique territoriale et l'urbanisme. Sont expressément visés les arrêtés de police relatifs à la circulation et au stationnement, les mesures individuelles d'avancement d'échelon, les sanctions soumises à l'avis du conseil de discipline autres que la mise à la retraite d'office et la révocation, les mesures relatives au recrutement sur un emploi saisonnier ou occasionnel et en matière d'urbanisme les certificats de conformité.

L'ensemble des déclassements opérés par la loi aboutit en volume à un nombre d'actes non négligeable (entre 30 à 50 %). L'on ne peut s'empêcher toutefois de regretter que seule la référence au flux se soit finalement révélée déterminante. Chacune des exclusions retenues se borne en effet à entériner la pratique des préfetures qui n'exerçaient plus à l'égard de ces types d'actes qu'un contrôle purement formel pour ne pas dire nul ou quasi nul. La réduction de la liste constitue donc avant toute chose une mesure de simplification, d'allègement matériel. D'un texte relatif « aux libertés et responsabilités locales » on était en droit d'espérer autre chose. D'ailleurs, il n'est pas même certain que l'allègement décidé produira les effets attendus : comme on le sait, le souci de sécurité juridique pousse dès à présent les autorités locales à adresser aux préfetures des actes qui échappent à l'obligation légale (évalués aujourd'hui à près de 5 % du total des actes transmis) sans que ces comportements pusillanimes, voire dolosifs, ne trouvent dans la loi de sanctions adaptées.

En fait, le texte traduit une certaine défiance à l'égard de l'autonomie locale. D'abord, parce qu'une réduction plus drastique de la liste aurait été perçue par l'administration préfectorale comme un signal du désengagement de l'Etat à un moment où les compétences des collectivités locales se trouvent significativement élargies. Ensuite, parce que, du point de vue des administrations d'Etat, la plupart des compétences transférées aux collectivités locales restent perçues comme « sensibles ». Et il est vrai que, dans notre Etat de tradition jacobine, les prétextes à une surveillance généralisée des actes locaux ne manquent pas : la protection des libertés publiques qui justifie la transmission obligatoire des actes de police, la politique d'aménagement qui interdit d'exclure de la liste les actes relatifs à l'urbanisme, le principe de parité entre les deux fonctions publiques qui implique un large contrôle des actes touchant à la carrière des agents territoriaux ; sans parler de la protection des deniers publics, de la lutte contre la corruption et de la protection des usagers des services publics.

La posture adoptée par le législateur est donc celle d'une réduction de la liste « *a minima* ». Quoique antérieure à la loi constitutionnelle du 17 mars 2003, la décision du Conseil constitutionnel du 25 janvier 1982 a pu aussi être comprise comme un obstacle à une réduction de plus grande ampleur de « la liste ». En effet, la répartition des actes des collectivités locales entre actes transmissibles et actes non transmissibles n'a jamais obtenu l'adhésion du juge constitutionnel. Une première interprétation de la jurisprudence avait même conduit le ministère de l'Intérieur à prescrire par voie de circulaire (circulaire du 5 mars 1982) la transmission de l'ensemble des actes locaux au représentant de l'Etat. Le principe de la liste est une solution de compromis née d'une initiative sénatoriale (proposition Schiélé) justifiée par des considérations essentiellement pratiques liées déjà au volume d'actes à « traiter ». Ce dispositif n'en a pas moins été regardé par certains auteurs comme « clairement une mise en échec de la jurisprudence exprimée par la décision du 25 février 1982 » (O. Gohin, *Institutions administratives*, LGDJ, 4e éd., p. 667) : les dispositions censurées de la loi du 2 mars l'ont été en effet pour autant qu'elles faisaient obstacle, « à ce que le représentant de l'Etat soit en mesure de connaître la teneur des actes visés par eux au moment où ils sont rendus exécutoires et puisse, s'il y a lieu, saisir sans délai, la juridiction administrative » (6e cons.). Aussi, dès lors que dans plusieurs décisions (notamment celles du 24 janvier 1994 et du 9 avril 1996), le Conseil constitutionnel a paru attaché au principe du caractère obligatoire du déferé préfectoral, la réduction de la liste des actes « à transmettre » aurait pu raisonnablement être interprétée comme de nature à restreindre et même à priver d'effet les prérogatives que le préfet tient de l'article 72 de la Constitution, les actes échappant à l'obligation de transmission - soit plus des trois quarts des actes locaux - devenant exécutoires sans que le préfet n'ait les moyens juridiques d'en connaître l'existence.



Ces considérations ont d'ailleurs conduit le législateur - deux précautions valant mieux qu'une - à prévoir un verrou de sécurité.

L'insertion dans la loi d'une clause générale de communication sur demande

C'est la seule véritable innovation. Elle consiste à lier la réduction de la liste à l'insertion dans le code général des collectivités locales d'une clause générale permettant au préfet de demander communication par les collectivités locales des actes locaux qu'il estime nécessaire à l'exercice de sa mission. L'article L. 2131-3 (et également art. L. 3131-4 et L. 4141-4) du code général des collectivités territoriales qui fixe le régime des actes non transmissibles est complété par un alinéa suivant lequel « le représentant de l'Etat peut en demander communication à tout moment ». A l'image des solutions dégagées par la jurisprudence à l'égard des observations sur la légalité ou des demandes de documents annexes, la demande de communication d'un acte non transmis a un effet interruptif du délai contentieux.

Le mécanisme adopté par le législateur soulève toutefois un certain nombre d'interrogations que le texte de la loi ne permet pas de régler. La clause générale est-elle ainsi d'interprétation large ou étroite ? En d'autres termes, les demandes de communication devront-elles être ponctuelles visant un acte en particulier ou pourront-elles concerner un ensemble, voire des catégories d'actes déterminés à l'avance par le préfet ?

Dans le premier cas de figure, il est peu probable que l'interruption du délai contentieux permettra au représentant de l'Etat d'agir en temps utile, à moins que l'illégalité de l'acte ne lui ait été signalée ou qu'elle ait été pressentie par les services de l'Etat associés d'une manière ou d'une autre à l'élaboration de la mesure. Dans le second cas de figure, la communication sur demande a une tout autre portée ; elle revient à autoriser les préfets à moduler l'étendue de la liste légale en fonction des nécessités auxquelles ils sont confrontés au plan local. Les préfets pourraient ainsi décider de cibler des communes à risque ou déterminer des domaines sensibles (par exemple, l'urbanisme dans les départements du littoral) soumis à une obligation de communication systématique. Cette lecture du nouvel article L. 2131-3 ne s'appuie toutefois sur aucun argument textuel. La loi se borne à faire référence aux actes exécutoires de plein droit et ne reprend pas à son compte la formule « ensemble d'actes » proposée par l'audit sur le contrôle de légalité. En outre, compte tenu du périmètre conservé par ailleurs à l'obligation de transmission, une telle interprétation perd une partie de son utilité. Elle pourrait toutefois retrouver tout son crédit dès lors qu'une nouvelle loi entreprendrait à l'avenir une réduction drastique de la catégorie des actes transmissibles.

Le souci de préserver les prérogatives que le préfet tient de l'article 72 de la Constitution se retrouve encore au premier alinéa du nouvel article L. 2131-1, qui précise désormais que, pour les décisions individuelles, la transmission au préfet intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. La loi transpose ici une solution déjà admise à l'égard des délégations de service public (art. L. 1411-9 du code général des collectivités territoriales) et des marchés publics (art. L. 2131-13). Ce délai n'est toutefois, à nouveau, assorti d'aucune sanction. Il s'agit d'une mesure purement indicative dès lors que le défaut de transmission n'a en principe d'autre effet juridique que de reporter la force exécutoire de l'acte à sa date de réception effective. La modification de l'article L. 2131-1 trouve sa justification dans la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat sur le retrait des actes administratifs qui limite à quatre mois à compter de l'acte la possibilité pour l'administration de retirer une décision individuelle créatrice de droits (CE Ass. 26 octobre 2001, *M. Ternon*, AJDA 2001, p. 1037, chron. M. Guyomar et P. Collin  ; RFDA 2002, p. 77, concl. F. Séners ). Dès lors que l'arrêt *Ternon* n'a aucune incidence sur le délai du recours au juge, la modification introduite par la loi n'a d'autre objet que de conserver au préfet des marges de négociation avec les autorités locales. En ce sens, elle s'inscrit dans une vision non pas « pré » mais « extra » juridictionnelle du contrôle de légalité.

La revitalisation de la fonction juridique au sein des préfectures

La trop grande multiplicité des actes transmis n'explique pas tout. Les faiblesses du contrôle de légalité tiennent aussi à toute une série de considérations liées à l'organisation interne des administrations d'Etat. Le manque de moyens consacrés dans les préfectures à la fonction de contrôle, l'expertise juridique insuffisante des agents chargés de ce contrôle, la variation des pratiques préfectorales d'un département à l'autre sont régulièrement mis en exergue. Arguant des « déficiences des contrôles mis en place en 1982 », le Commissariat général du Plan (*Décentralisation, L'âge de raison*, XIe plan, Doc. fr., 1993) plaçait l'Etat devant l'alternative suivante : « Soit l'Etat estime que le respect du droit, l'égalité des citoyens et la confiance dans la décentralisation sont aujourd'hui des objectifs majeurs, et il dégage les moyens nécessaires pour les atteindre. Soit il laisse perdurer certaines inégalités, incompréhensions et illégalités, et le mode de contrôle devra un jour être revu ». Si, l'on ne peut raisonnablement s'attendre, dans le contexte actuel de maîtrise des dépenses publiques, à ce que l'Etat dégage des moyens nouveaux, du moins peut-il chercher dans le cadre de la réforme en cours de l'administration territoriale à maximiser les ressources et les compétences susceptibles d'être mobilisées au service du contrôle de légalité.

L'audit sur le contrôle de légalité met en avant plusieurs pistes déjà pour partie explorées notamment par la commission Mauroy (v. notamment, la proposition n° 112).

La première piste est d'ordre organisationnel. La « machinerie administrative apparaît [en effet] étonnamment éclatée » (audit, p. 58) : l'instruction des dossiers est confiée selon les départements soit à la préfecture, soit sur délégation du préfet aux sous-préfectures, soit à un

ou plusieurs services déconcentrés. Dans la plupart des cas, aucune coordination n'est assurée ni aucune stratégie globale n'est définie au niveau départemental ; des doublons sont même parfois observés. La proposition consiste en conséquence à renforcer les capacités d'expertise des services de l'Etat par la mise en place de nouvelles synergies. L'audit suggère de généraliser au sein des préfetures la création de pôles interministériels de contrôle, placés sous l'autorité du préfet et dont le fonctionnement serait assuré par la mise à disposition d'agents issus des services déconcentrés disposant des compétences techniques nécessaires pour procéder à un examen utile des dossiers. Ces propositions s'inscrivent dans un plan plus général de réorganisation des services de l'Etat marqué par la promotion de l'« interministérialité » : l'article 29 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 rénove le cadre juridique des délégations interservices pour en faciliter l'usage tandis que la circulaire du 16 novembre 2004 relative à la réforme de l'administration départementale invite les préfets de département à élaborer à échéance du 31 mars 2005 un projet de réorganisation des services déconcentrés placés sous leur autorité, sans toutefois envisager au titre des scénarii possibles la mission de contrôle.

L'expertise des services en charge du contrôle de légalité pourra se trouver également renforcée par l'institution de « centres-ressources » à l'échelon national ou interrégional. Plusieurs initiatives existent déjà en ce sens. A Lyon, notamment, où la direction générale des collectivités locales a lancé un pôle décentralisé d'appui au contrôle de légalité, couvrant vingt départements et quatre régions, destiné à répondre aux questions émanant des préfetures, marchés publics. De son côté, le ministère des Finances dispose de pôles nationaux à caractère thématique à destination des comptables publics (à Lyon en matière de marchés publics, à Rennes en matière de fonction publique territoriale, à Bordeaux dans le domaine de l'intercommunalité et de la fiscalité). Ce type d'expériences devrait être pérennisé, voire étendu à d'autres domaines (urbanisme, environnement, action sociale) en relation toutefois avec la réorganisation des services de l'Etat au niveau régional.

La seconde piste est davantage d'ordre opérationnel. Elle consiste, dès lors qu'une politique de contrôle exhaustif est vouée à l'échec, à dégager des priorités, à définir une stratégie de contrôle. La démarche n'est pas complètement nouvelle. Ainsi la circulaire du 23 février 2000, édictée par les ministres de l'Intérieur et de l'Economie et des Finances, vise à prescrire un contrôle accru des marchés publics et à définir une stratégie locale du contrôle de légalité. Mais, elle mérite d'être systématisée. L'audit relève que sur un domaine aussi sensible que l'urbanisme la dernière instruction ministérielle visant à définir le cadre du contrôle remonte à plus de vingt ans. L'absence d'encadrement stratégique national a eu pour conséquence une très grande hétérogénéité des pratiques préfectorales. Or, une telle disparité des contrôles, contraire à l'égalité devant la loi, affecte la crédibilité du contrôle de légalité : elle accroît chez les élus notamment, à tort ou à raison, le sentiment de personnalisation ou de politisation du contrôle.

L'objectif de rénovation du contrôle risque toutefois de buter sur les mêmes réalités que celles qui obèrent le système actuel. Une fois l'illégalité détectée par les services, ce sera toujours au préfet de décider, en fonction des variables extrajuridiques, s'il convient de porter l'affaire devant le juge. En ce sens, la politique de revitalisation de la fonction juridique dans les préfetures ne pourra pas faire l'économie d'une définition nationale par voie de circulaire de la conduite à tenir en matière de contrôle de légalité, incitant notamment les préfets, comme y invite la mission interministérielle chargée de l'audit, à recourir davantage au déferé et plus encore aux procédures de suspension automatique dont la pratique est également en diminution constante. Les directives gouvernementales gagneraient en outre à éclaircir la nature exacte des fonctions dévolues au contrôle de légalité.

Un contrôle en mal de justifications

Dans un système de régulation par le juge et par le droit, la transmission au représentant de l'Etat des actes locaux trouve sa justification essentielle dans l'obligation faite au préfet sur le fondement de l'article 72 de la Constitution de s'assurer du respect des lois. Mais, dès lors que le système fonctionne en marge de la légalité et permet au préfet de transiger avec le respect du droit, on peut s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à en maintenir

l'architecture générale. Deux types d'arguments reviennent généralement dans les travaux préparatoires pour justifier du maintien, voire de la rénovation, du contrôle de légalité dans son organisation actuelle : la sauvegarde des intérêts nationaux et le conseil apporté aux collectivités locales. D'une logique de contrôle *a posteriori* fondée sur le respect des lois et articulée sur le recours ultime au juge, le système glisse ainsi vers d'autres logiques plus informelles. En quoi, toutefois, la sauvegarde des intérêts nationaux justifie-t-elle le maintien d'un système conçu en vue d'un contrôle de légalité exhaustif ? En quoi, d'autre part, les fonctions de contrôle et de conseil sont-elles vraiment compatibles ? Leur conjonction n'entretient-elle pas au contraire une confusion dont l'Etat, gardien de l'intérêt général, n'a rien à gagner ?



Le préfet, conseil des collectivités locales

L'importance attachée à la fonction de conseil dans les rapports et travaux préparatoires de la loi est à la mesure des risques juridiques qui pèsent sur les collectivités locales. L'espace laissé vacant par le déferé préfectoral a permis en effet à d'autres modes de régulation juridictionnelle de s'affirmer (J. Caillosse, *Le déferé, pour quoi faire ?*). Les collectivités locales se trouvent de fait exposées à un risque contentieux élevé : soit, devant le juge administratif toujours davantage saisi par les particuliers, associations, agents publics, entreprises soumissionnaires ; soit, devant les chambres régionales des comptes que la multiplicité des compétences a placées au point d'articulation des différents contrôles pesant sur les collectivités locales ; soit, devant les tribunaux répressifs en raison du mouvement continu de pénalisation de l'action publique. Dans la pratique actuelle, les préfetures exercent déjà très largement ce rôle de conseil auprès notamment des petites collectivités locales pour qui cette mission d'assistance juridique constitue un véritable service public : « le rôle croissant d'expertise juridique des préfetures tend, à marginaliser l'aspect contentieux du contrôle de légalité [...]. Le contrôle de légalité ne saurait donc être dissocié du rôle de conseil très fréquemment sollicité par les collectivités territoriales puisque aussi bien les deux missions souvent alternatives et parfois cumulatives sont effectuées par les mêmes services (Direction générale des collectivités locales [DGCL], rapport 1999-2000).

En fait, loin d'être naturelle, la conjonction des fonctions de contrôle et de conseil ajoute à l'ambiguïté du contrôle.

Ambiguïté d'abord pour les collectivités locales pour qui la fonction de conseil dépend étroitement de la fonction de contrôle. Comme l'observe l'audit sur le contrôle de légalité sans toutefois tirer de ce constat les conséquences qui s'imposent : « les élus locaux et leurs collaborateurs [prennent] d'autant plus l'avis des services de contrôle que ceux-ci devront apprécier ensuite la légalité des décisions ». Le risque est celui d'une instrumentalisation par les administrations d'Etat de la fonction de conseil au service de la fonction de contrôle administratif. La frontière entre le licite et l'illicite est en effet fort délicate à fixer : la multiplicité et la complexité des textes à appliquer, l'interprétation des textes, la qualification des faits, en bref, tout ce qui fait ce « va et vient » permanent entre le droit et les faits, laissent place à une certaine relativité dans l'appréciation du légal et de l'illégal (en ce sens, A. Rouyère, *Le droit public transformé par la décentralisation ?*, Gestion et droit des collectivités, Actes, préc., p. 240). En outre, le droit est devenu aujourd'hui davantage une boîte à outils qu'une limite formelle, permettant aux acteurs locaux de « monter » des opérations juridiques complexes. Dans ces conditions, la tentation des services de l'Etat, associés par le biais du conseil à la prise de décision, peut être de jouer de leur latitude dans l'interprétation des textes pour exercer en amont une « régulation » plus politique que juridique, largement fondée sur les objectifs et préoccupations propres à l'Etat, quitte à rogner sur les marges d'appréciation laissées par la loi aux collectivités locales. En ce sens, la confusion des fonctions de conseil et de contrôle peut contribuer à la reconstitution d'une sorte de tutelle « technique » tenant au pouvoir d'expertise juridique des administrations d'Etat. L'émancipation du pouvoir local à l'égard des administrations d'Etat suppose en conséquence le développement d'une véritable expertise juridique propre à l'administration locale (J. Laveissière, *Sécurité juridique et fonction juridique dans les collectivités locales*, Gestion et droit des collectivités, Actes, préc., p. 254). Elle repose sur plusieurs leviers : la reconnaissance du métier de juriste dans les collectivités locales (les collectivités les plus

importantes ont déjà mis en place leurs propres cellules juridiques), la mutualisation des services et des compétences juridiques au sein des intercommunalités, le recours à des conseils externes (associations départementales des maires, centres de gestion de la fonction publique territoriale, cabinet d'avocats) et pourrait comprendre aussi l'accès pour avis aux centres-ressources de l'administration d'Etat qui ne sont pas directement chargés du contrôle ou encore aux chambres régionales des comptes comme la proposition en avait été formulée par le rapport Mauroy (proposition n° 113)

Ambiguïté aussi pour l'Etat en ce sens que la fonction de conseil peut affecter dans sa nature même la notion de contrôle. Il ne faudrait pas d'abord que la conjonction des fonctions conduise à assimiler le contrôle de légalité à une certification de la légalité des actes des collectivités territoriales. La DGCL s'en défend. Mais c'est ainsi pourtant que nombre de collectivités locales risquent de comprendre l'association d'un service déconcentré à l'élaboration de l'acte. Au demeurant, les répercussions d'une telle évolution sur la responsabilité des services de l'Etat sont loin d'être établies. Si le juge administratif, en optant pour le maintien de la faute lourde (CE 21 juin 2000, *Ministre de l'équipement et des transports c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Lebon p. 236  ; D. 2002, Somm. p. 526, obs. D. de Béchillon  ; *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, préc., n° 41, p. 282), a clairement rejeté l'idée d'une obligation de conseil envers les collectivités locales, rien ne peut garantir que le juge pénal partagera à l'avenir cette solution dès lors que l'Etat aura été au titre du conseil étroitement associé au montage juridique incriminé. Ensuite, le conseil peut créer une situation de connivence incompatible avec l'idée de contrôle qui suppose pour le moins la « mise à distance » du contrôlé par rapport au contrôleur. En ce sens, la confusion des fonctions peut contribuer à fragiliser la mission du préfet, gardien de l'intérêt général de la même manière que la multiplication des partenariats entre l'Etat et les collectivités locales a rendu difficile sinon impossible dans nombre de cas l'exercice du contrôle de légalité (v. en ce sens, H. Hubrecht et S. Mage, *Action publique et décentralisation, Gestion et droit des collectivités, Actes*, préc., p. 224).


Le préfet, gardien de l'intérêt général

La pratique des services de l'Etat en apporte la démonstration quotidienne : en confiant le contrôle de légalité aux préfets, « la Constitution puis, pour son application, la loi ne pouvaient avoir pour objectif l'exercice mécanique et exclusif d'une fonction d'analyse juridique indépendante de toute appréciation des situations et des contextes » (audit, préc.). Dans la relation avec les élus, la référence à la règle de droit ne constitue pour les services de l'Etat que la toile de fond d'une discussion qui intègre d'autres données d'ordre économique, financier, social ou politique. Le Conseil d'Etat dans son rapport pour 1993 a montré que les préfets intervenaient essentiellement sur des contentieux symboliques, ceux mettant en cause, par exemple, la neutralité de l'Etat républicain (aides financières aux écoles d'enseignement privé, soutien aux grévistes) et beaucoup moins quand l'intervention des autorités locales s'inscrit dans le champ de préoccupations des politiques étatiques (aides aux entreprises en difficultés, par exemple). A l'inverse, l'exercice du déferé s'explique par le souci des préfets de défendre par les moyens juridiques laissés à sa disposition les intérêts de l'Etat : ainsi du contentieux de la fonction publique territoriale où les effets redoutés d'entraînement sur la fonction publique d'Etat ont amené les services de l'Etat à exercer un contrôle parfois même qualifié de tatillon.


Or, depuis la loi constitutionnelle du 17 mars 2003, la Constitution reconnaît expressément que les collectivités locales ont vocation à concourir à la définition de l'intérêt général dans l'exercice des compétences qu'elles sont le mieux à même d'exercer à leur échelon. Dans ces conditions, le recentrage du contrôle préfectoral sur la sauvegarde des intérêts nationaux rend moins nécessaire le déploiement de moyens juridiques imaginé en 1982 au service d'un contrôle exhaustif fondé sur le principe de légalité. Ne peut-on pas, au contraire, faute d'envisager un dessaisissement du préfet, songer à son désarmement procédural selon une tendance d'ailleurs déjà largement entamée par la jurisprudence ?

Ces évolutions justifient d'abord une réduction beaucoup plus drastique de la liste des actes à transmettre. Quels sont ces impératifs nationaux qui viennent par exemple justifier la

transmission obligatoire au représentant de l'Etat des arrêtés de dératissage, des autorisations de sonorisation sur la voie publique, de la vente du muguet au 1er mai ou encore des autorisations de bal après minuit, de défilés ou de ventes au déballage ? Quelles sont, dans le même ordre d'idées, ces nécessités d'intérêt national qui s'opposent à la suppression de la liste des certificats d'urbanisme, voire des déclarations de travaux, dont la jurisprudence des cours administratives d'appel peine à déterminer si ce type d'actes relève ou non de l'obligation de transmission ? Enfin, n'est-ce pas pousser un peu loin le souci de protéger la parité entre les fonctions publiques et la préservation des finances locales que de conserver comme le fait la loi du 13 août 2004 les avancements de grade dans la liste des actes à transmettre ? Et ce, dès lors, notamment, que les délibérations portant sur les régimes indemnitaires des agents territoriaux continuent par ailleurs au titre du 1° de l'article L. 2131-2 d'être transmises au représentant de l'Etat.



De même, ne peut-on envisager de concentrer les moyens du contrôle préfectoral sur les contentieux où les compétences locales font réellement problème ? Tels le recours dans l'intérêt de la défense nationale (code général des collectivités territoriales, art. L. 1111-7) ou encore des déférés spéciaux organisés en matière de référendum local (art. L.O. 1112-3) ou d'expérimentation (art. L.O. 1112-3), voire les matières où des procédures de suspension automatique à la demande du préfet ont été instituées par la loi (marchés et contrats publics, urbanisme). Et pour le reste, ne peut-on laisser au juge décider si le préfet a un intérêt à contester les actes locaux : par exemple, quand l'exercice d'une compétence locale interfère avec la mise en oeuvre d'une compétence d'Etat ? Ce type d'organisation, impensable dans un système centralisé où l'Etat a le monopole de l'intérêt général, devient envisageable dans un système décentralisé fondé sur le principe de subsidiarité (J.-F. Brisson, Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, AJDA 2003, p. 529 ). Mais encore faudrait-il que le législateur parvienne parallèlement à mettre fin à l'enchevêtrement des compétences entre l'Etat et les collectivités locales et en particulier au système de coadministration qui, pratiqué depuis 1982, accrédite l'idée que finalement tout est l'affaire de l'Etat. C'était l'un des objectifs affichés par la loi du 13 août 2004. Pourtant, là encore, on ne saurait dire que le Parlement y est vraiment parvenu.


Pour en savoir plus

- Cons. const. 25 février 1982, n° 1982-137 DC, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 32 ; Jean Boulouis, AJDA 1982, p. 303.
- J.-C. Hélin, Le contrôle de légalité des actes locaux en France, AJDA 1999, p. 767 .
- J.-F. Brisson, Faut-il réviser le contrôle de légalité ?, Gestion et droit des collectivités locales, nouveaux horizons, vingt ans après la loi du 2 mars 1982, Actes du colloque de Bordeaux, Gaz. communes, cahier détaché, 5 mai 2003.
- J. Caillosse, Le déferé pour quoi faire ?, Pouvoirs locaux, 2001, n° 44, p. 55.
- Mission interministérielle, Rapport de l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution, remis au Premier ministre en juillet 2003, disponible sur le site www.dgcl.interieur.gouv.fr
- Refonder l'action publique locale, rapport au Premier ministre de la commission présidée par Pierre Mauroy, Doc. fr., 2000.
- Conseil d'Etat, Décentralisation et ordre juridique, rapport pour 1993, EDCE 1994, n° 45.

Mots clés :

CONTROLE DES AUTORITES LOCALES * Déferé préfectoral * Réforme * Loi du 13 août 2004

(1) CE sect. 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Lebon p. 7 ; CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ile-et-Vilaine*, Lebon p. 423 ; CE 4 novembre 1996, *Département de la Dordogne*, Lebon p. 433  ; AJDA 1997, p. 185, concl. C. Maugüé  ; *Les Grands Arrêts du droit de la décentralisation*, Dalloz, n° 34.

(2) Certaines solutions ont pu être prônées en ce sens : du rétablissement de la tutelle *a priori* (AN, proposition de loi n° 3143 du 14 novembre 1996) à la proposition restée sans lendemain visant à instituer une autorité indépendante chargée à la place du préfet du contrôle de la légalité des actes locaux. V. aussi, la jurisprudence dissidente de la cour administrative d'appel de Marseille (CAA Marseille 21 janvier 1999, *Commune de Saint-Florent*, RFDA 1999, p. 1032, concl. J.-C. Duchon-Doris ) soumettant le préfet dans l'exercice de son contrôle de tutelle à un régime de responsabilité pour faute simple. Pour l'examen critique de ces solutions, v. J.-F. Brisson, art. préc., p. 247. L'audit sur le contrôle de légalité (p. 41) suggérerait également de réaménager les procédures de suspension automatique des actes locaux (extension du champ d'application, allongement du délai de recours).

(3) Le projet ADELE (administration électronique) 2004-2007, annoncé par le gouvernement en février 2004, prévoit la poursuite et l'accélération de la dématérialisation des procédures entre les collectivités territoriales et les services de l'Etat, notamment celle du contrôle de légalité (projet ACTES, Aide au contrôle de légalité dématérialisé).