

**Sommario: 1. Le déferé préfectoral. - 1.1 Un contrôle de légalité étendu et efficace; 1.2. Le déferé préfectoral peu utilisé. - 1.3. Le rôle de conseil du préfet: l'apparition d'un contrôle de légalité a priori. - 2. Le maintien d'une tutelle administrative. - 2.1. La tutelle sur les personnes. - 2.2. La tutelle sur les actes. - 2.2.1 Le pouvoir de s'opposer. - 2.2.2. Le pouvoir d'imposer.**

ISSN 2385-085X

Registrazione Tribunale di Torino n.4 del 18 febbraio 2014

Le régime du contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales a été complètement renouvelé avec la loi de décentralisation.

## **Le contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales. Aspects administratifs**

L'un des principaux objectifs affichés par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions a été de supprimer l'ancienne tutelle administrative de l'Etat sur les collectivités territoriales.

Mais il faut se garder de penser que cette loi a supprimé tout contrôle des autorités administratives de l'Etat. Cela aurait été jugé contraire à l'article 72, alinéa 3 de la Constitution, lequel confie au représentant de l'Etat, délégué du gouvernement « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ». Il ne peut y avoir de libre administration sans le contrôle exercé par l'Etat. Les collectivités territoriales restent en effet soumises au contrôle de l'Etat dans le cadre d'un Etat unitaire. D'ailleurs, dans sa décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, le Conseil constitutionnel a veillé scrupuleusement au respect de ces prérogatives, puisqu'il a jugé inconstitutionnelles certaines dispositions du projet de loi prévoyant le caractère exécutoire de plein droit des actes des collectivités locales avant même leur transmission au représentant de l'Etat, « c'est-à-dire alors qu'il n'en connaît pas la teneur et n'est donc pas en mesure de saisir la juridiction administrative d'un recours assorti d'une demande éventuelle de sursis à exécution ».

L'apport de la loi du 2 mars 1982 est donc double.

D'une part, la loi a substitué un contrôle du juge au contrôle des autorités administratives de l'Etat. Le contrôle administratif devient un contrôle juridictionnel, changement admis par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 février 1982.

D'autre part, et de manière tout aussi remarquable, la loi a cherché à supprimer le contrôle d'opportunité exercé *a priori* et l'a remplacé par un contrôle de légalité exercé *a posteriori* (art. 3, 46 et 69 de la loi).

Ce contrôle de légalité *a posteriori* prend la forme d'un recours particulier, que l'on appelle le déferé préfectoral. Mais le contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales institué par la loi de 1982 ne se limite pas au seul contrôle de légalité exercé *a posteriori*, au seul déferé préfectoral. L'Etat conserve en effet un véritable pouvoir de tutelle administrative, qui se concrétise par une tutelle sur les personnes et une tutelle sur les actes. Comment ont évolué ces deux contrôles, le contrôle de légalité *a posteriori* (1) et la tutelle administrative de l'Etat (2) ? Qu'en est-il aujourd'hui ?

## **1. Le déferé préfectoral.**

Malgré un régime, qui fait du contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales un contrôle étendu et efficace (A), le préfet saisit peu, dans la pratique, le juge (B) et exerce plutôt un rôle de conseil en amont de l'adoption de l'acte (C).

## **1.1. Un contrôle de légalité étendu et efficace.**

Pour plusieurs raisons, le régime du déferé rend possible un contrôle de légalité *a posteriori* étendu et efficace.

Tout d'abord, le préfet peut déférer au juge la majorité des actes des collectivités, que ceux-ci lui soient transmis ou non. Il peut également contester la légalité des contrats et des actes unilatéraux ainsi que celle des actes qui ne font pas grief, plus précisément celle des délibérations préparatoires et des délibérations vœux.

Les seuls actes qui sont exclus de son contrôle sont les actes de droit privé qui relèvent de la compétence du juge civil et les actes pris au nom de l'Etat, ces actes relevant eux du contrôle hiérarchique du préfet.

Le préfet peut également obtenir plus facilement qu'un requérant ordinaire la suspension des actes administratifs qu'il estime illégaux : ainsi, le préfet peut obtenir la suspension d'un acte s'il démontre un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. De même, si l'acte est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique, la suspension demandée par le préfet est prononcée dans les 48 heures par le juge. Enfin, dans l'hypothèse particulière où l'acte d'une collectivité pris en matière d'urbanisme, de marchés ou de délégations de service public fait l'objet d'un déferé la suspension est de droit pour une durée d'un mois lorsque la demande de suspension est faite dans les dix jours.

Enfin, le préfet a toujours intérêt à agir et peut invoquer tout moyen à l'appui de son recours, quel que soit l'acte attaqué.

## **1.2. Le déferé préfectoral peu utilisé.**

Malgré toutes les prérogatives du préfet, le déferé préfectoral reste peu utilisé. Il est très difficile d'avoir des données récentes, mais dans les derniers rapports qui ont été rendus sur cette question (qui datent de 2012), il apparaît que le nombre des déférés préfectoraux est très faible : moins de 2000 par an, alors que plusieurs millions d'actes sont transmis chaque année au préfet. La proportion d'actes transmis qui font l'objet d'une saisine du juge est très faible : de l'ordre de 2 pour 10 000.

Comment expliquer ce constat ?

Tout d'abord, l'Etat limite lui-même les cas dans lesquels le préfet doit exercer un contrôle de légalité. Il s'est en effet doté d'une « stratégie de contrôle qui prend la forme d'un programme annuel de contrôle établissant des critères de priorités et déterminant les catégories d'actes les plus sensibles faisant l'objet d'un contrôle plus approfondi »<sup>[2]</sup>. Ainsi, les déférés préfectoraux sont exercés dans un nombre restreint de domaines que l'Etat juge prioritaires et stratégiques. Il s'agit principalement des marchés publics, de la fonction publique et de l'urbanisme.

A cela s'ajoute le fait que l'Etat a réduit, de manière assez conséquente, à partir de 2005, le nombre des actes qui doivent être transmis au préfet<sup>[3]</sup>.

Enfin, la « déjuridictionnalisation du contrôle de légalité » s'explique par l'absence d'obligation pour le préfet de saisir le juge. Le Conseil d'Etat a en effet refusé de contrôler la légalité du refus du préfet de déférer un acte à la demande d'un tiers lésé (CE sect. 25

janvier 1991, *Brasseur*, n° 80969). Il a également jugé que le préfet pouvait se désister librement d'un déferé pour tout motif d'opportunité (CE 28 février 1997, *Commune du Port*, n° 167483). Certes, l'Etat peut voir sa responsabilité engagée en cas de carence du préfet dans l'exercice de son contrôle de légalité mais seulement en cas de faute lourde (CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, n° 205959).

### **1.3. Le rôle de conseil du préfet : l'apparition d'un contrôle de légalité *a priori*.**

Si le préfet saisit peu le juge, il exerce en revanche de plus en plus souvent dans le cadre de son contrôle de légalité une fonction de conseil auprès des collectivités territoriales.

Plusieurs dispositifs, dont certains sont prévus par la loi, permettent en effet aux collectivités d'être informées, en amont, de l'intention ou non du préfet de déferer un acte et de pouvoir ainsi corriger ou retirer des actes que le préfet estimerait illégaux.

D'une part, le préfet doit informer, sur demande de l'autorité locale, de son intention de ne pas déferer au tribunal administratif un acte qui lui a été transmis (art. L. 2131-6, al. 2, art. L. 3132-6, al. 3, art. L. 4142-1, al. 2 du CGCT). Il doit également informer sans délai l'autorité locale lorsqu'il défère un acte au tribunal administratif et lui communiquer toutes les précisions nécessaires sur les illégalités invoquées (art. L. 2131-6, al. 2, art. L. 3132-1, al. 2, art. L. 4142-1, al. 2 du CGCT). Cette obligation légale permet ainsi à la collectivité de modifier ou de retirer, si elle le souhaite, la décision litigieuse.

Le Conseil d'Etat a, d'autre part, admis, sans que la loi ne l'ait prévu, la possibilité pour le préfet d'inviter la collectivité à modifier ou à retirer l'acte illégal, cette demande étant regardée comme un recours gracieux prorogeant le délai du déferé préfectoral (CE 18 avril 1986, *COREP d'Ille-et-Vilaine*, n° 62470). La demande de pièces complémentaires sur le fondement de l'article R. 2131-7 du CGCT peut, elle aussi, être considérée comme un recours gracieux (CE Section, 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, Lebon, p. 7).

Enfin, des contacts informels entre les collectivités territoriales et les services préfectoraux, sous forme de lettres d'observations, existent d'ores-et-déjà, en amont de la procédure, en dehors de toute procédure formalisée et ne valant pas recours gracieux.

Une loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique a prolongé cet état du droit, et l'a même modifié, en institutionnalisant une nouvelle demande de prise de position formelle<sup>[4]</sup>. Les collectivités confrontées à une question de droit peuvent saisir le préfet d'une demande de position formelle en vue de s'assurer au préalable de la légalité de leur projet d'acte. Le préfet se trouve lié par sa réponse et ne peut plus, au titre de la question de droit soulevée, contester la légalité de l'acte devant le tribunal administratif. En effet, si l'acte a été pris conformément à sa position, le préfet perd la faculté de mettre en œuvre la procédure du déferé préfectoral prévue aux articles L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142-1 du CGCT. Il n'est dès lors pas certain que le préfet, lorsqu'il prend position formellement sur la demande d'une collectivité territoriale, soit encore dans son rôle de conseil. Il exerce, en réalité, un véritable contrôle de légalité, mais avant l'adoption de l'acte.

Un tel contrôle présente un avantage certain pour les petites communes, qui n'ont pas

nécessairement au sein de leurs services une expertise juridique suffisante.

Mais, ce nouveau rescrit suscite néanmoins des interrogations, dans la mesure où il pourrait modifier la nature du contrôle du préfet dans un sens peu compatible avec la décentralisation. Certes, il ne constitue pas un pouvoir de tutelle administrative admis dans des conditions strictes par le Conseil constitutionnel <sup>[5]</sup>. Le préfet n'annule pas l'acte, ni ne se substitue à la collectivité dans son élaboration. Sa prise de position formelle ne lie pas non plus, en droit, la collectivité territoriale, qui reste le seul auteur de l'acte. Mais, il n'en reste pas moins que, dans la pratique, les collectivités territoriales devront nécessairement suivre l'avis du préfet. Dans l'hypothèse où elles s'en écarteraient, elles prennent, en effet, le risque de voir leur acte déferé. Cette demande confère en réalité au préfet un pouvoir d'approbation préalable de fait, qui marque le retour d'une forme de contrôle *a priori*, pourtant écartée par la loi de décentralisation de 1982.

Ce déplacement du contrôle en amont emporte un réel risque d'atteinte à la libre administration des collectivités territoriales, celles-ci n'ayant pas le choix de passer outre le conseil du préfet. L'Etat participe de fait à la prise de décision locale au détriment de l'autonomie de décision des collectivités territoriales. « En conseillant, l'autorité administrative fait plus que renseigner l'intéressé, elle donne un avis par lequel elle cherche à orienter l'action de celui-ci. Elle prend alors parti sur ce qu'il est possible de faire en lui indiquant ce qui lui semble préférable. Reposant sur une analyse subjective de la situation, le conseil confère un rôle plus actif à la personne publique » <sup>[6]</sup>. Cette évolution modifie inévitablement la mission du préfet : mission de contrôle, elle devient conseil. Cette transformation du rôle du préfet invite alors à s'interroger sur le « risque d'un retour officieux d'une forme de tutelle qui tairait son nom [...] d'une sorte de droit de regard permanent de l'Etat, d'approbation implicite s'exerçant *a priori*, en fonction des demandes des collectivités ou de manière automatique pour certains actes ou domaines » <sup>[7]</sup>. Parallèlement à cette évolution importante du contrôle de légalité, qui s'exerce de plus en plus souvent en amont de la prise de décision locale, l'Etat a toujours conservé un pouvoir de tutelle administrative.

## **2. Le maintien d'une tutelle administrative.**

« L'Etat [n'est pas seulement] contrôleur, mais [mais aussi] directeur » <sup>[8]</sup>. La tutelle administrative s'exerce sur les personnes et sur les actes des collectivités territoriales.

### **2.1. La tutelle sur les personnes.**

Cette tutelle administrative se concrétise d'abord par une tutelle sur les personnes <sup>[9]</sup>.

Ce pouvoir emporte des effets importants, puisque l'Etat met fin unilatéralement au mandat des autorités élues au suffrage universel direct ou indirect.

La tutelle sur les organes délibérants conduit à leur dissolution, et par suite, à l'organisation de nouvelles élections. La dissolution est prononcée lorsque le fonctionnement de l'assemblée se révèle impossible ou très difficile. Cela permet donc de donner aux électeurs, à travers le suffrage universel, le soin de trancher le conflit qui oppose les institutions locales ou la mauvaise gestion de la collectivité. Dans ces conditions, la dissolution n'apparaît pas comme une véritable sanction prononcée à l'encontre des élus.

La tutelle sur les organes exécutifs, et plus précisément sur les maires et leurs adjoints, soulève davantage de questions, puisqu'elle conduit à la révocation ou à la suspension de ces derniers, en cas de fautes graves. La révocation entraîne de plein droit leur inéligibilité à ces fonctions pendant une durée d'un an. Cette mesure s'apparente davantage à une sanction qui serait prononcée dans le cadre du pouvoir hiérarchique et s'avère dès lors peu compatible avec la décentralisation, lorsqu'elle concerne des hypothèses où le maire agit au nom de la commune.

A côté de cette tutelle administrative sur les personnes, l'Etat conserve et même dispose d'un pouvoir de tutelle administrative sur les actes administratifs de plus en plus important.

## **2.2. La tutelle sur les actes.**

Cette tutelle se concrétise par le pouvoir de s'opposer à une décision d'une collectivité locale et par le pouvoir d'imposer sa volonté sans que le respect de la légalité soit nécessairement en jeu.

### **2.2.1. Le pouvoir de s'opposer.**

En dehors de la tutelle sur les personnes, de nombreux procédés permettent à l'Etat d'empêcher les collectivités territoriales d'agir comme elles l'entendent, pour des motifs qui ne sont pas nécessairement liés au respect de la légalité.

A été relevée à ce titre l'apparition, après la loi du 2 mars 1982, de cas dans lesquels les autorités de l'Etat disposent de pouvoirs préalables d'autorisation ou d'approbation qui leur confèrent ainsi la possibilité de s'opposer à une décision locale, quand bien même celle-ci serait conforme à la légalité : sont concernés principalement la coopération décentralisée, l'intercommunalité<sup>[10]</sup>, la gestion des biens communaux et l'urbanisme. Le développement de ces pouvoirs discrétionnaires du préfet, finalement assez nombreux, marque de toute évidence un retour du contrôle de l'Etat tel qu'il était en vigueur avant la loi de 1982, même si la situation n'est pas entièrement comparable.

### **2.2.2. Le pouvoir d'imposer.**

L'Etat dispose également de procédés lui permettant de faire en sorte que les collectivités territoriales agissent comme il l'entend, sans que le respect de la légalité ne soit nécessairement en cause.

A ce titre, la doctrine souligne régulièrement la multiplication des contrats conclus entre l'Etat et les collectivités territoriales qui introduisent, si ce n'est des tutelles indirectes, du moins de véritables processus de codécision dans le cadre desquels l'Etat se réapproprie un certain pouvoir d'influence, voire de décision : l'autorité locale ne décide pas totalement et librement ; elle doit tenir compte des exigences de l'Etat qui ne sont pas toujours dictées par le souci de la légalité<sup>[11]</sup>. Le développement de ces contrats contribue donc à maintenir un certain pouvoir de décision de l'Etat que la loi de 1982 avait entendu proscrire.

C'est sans compter également avec le renouveau du pouvoir de substitution d'action du préfet<sup>[12]</sup> qui permet à l'Etat d'exercer le pouvoir de décision administrative au lieu et place de la collectivité décentralisée dans le but « non de contrôler le respect de la légalité, mais

de surmonter une abstention d'agir »<sup>[13]</sup>. La multiplication des cas dans lesquels l'Etat dispose d'une telle prérogative pose, selon nous, problème au regard de la dimension fonctionnelle de la décentralisation. Certes, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un tel pouvoir ne méconnaissait pas le principe de libre administration, dès lors que ses conditions d'exercice sont définies quant à leur objet et à leur portée et que l'absence de décision de la part des autorités décentralisées compétentes risque de compromettre le fonctionnement des services publics et l'application des lois<sup>[14]</sup>. Mais ce pouvoir de substitution d'action fait place à l'opportunité de deux façons. D'une part, même si la collectivité territoriale doit nécessairement se trouver en situation de compétence liée pour que le préfet puisse légalement exercer son pouvoir de substitution, il garde, ici aussi, vraisemblablement un pouvoir quasi discrétionnaire de l'exercer, même s'il sera probablement plus porté à l'exercer effectivement. D'autre part, lorsqu'il exerce ce pouvoir de substitution, le préfet détermine le contenu des actes en opportunité dans les mêmes conditions que la collectivité territoriale.

En conclusion, tout le monde s'accorde, à quelques exceptions près, sur le fait que le contrôle de légalité a posteriori, prenant la forme de la saisine du juge, est aujourd'hui inefficace au regard de l'ensemble des actes concernés et surtout mis à l'écart par l'Etat lui-même. Mais ce bilan ne serait pas complet s'il ne tenait pas compte également du décalage qui existe entre le contrôle de l'Etat tel qu'il est exercé aujourd'hui et celui que le législateur de 1982 a souhaité instituer.

Le législateur semble d'ailleurs vouloir prendre acte de ce décalage entre la pratique et le texte de la loi de 1982 et le conforter en transformant « l'Etat censeur » en « Etat partenaire ». Certes, cette évolution n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle porte atteinte à la dimension fonctionnelle de la décentralisation, qui exige l'absence de contrôle d'opportunité de l'Etat sur les collectivités territoriales. Mais il est cependant bien difficile, voire irréaliste d'envisager, à l'instar du législateur en 1982, un retour, ou plutôt faudrait-il dire, l'institution d'un contrôle limité à la seule légalité. Le nombre très important des actes susceptibles d'être examinés rend déjà à lui seul inévitable une politique de contrôle, impliquant des choix fondés sur l'opportunité. Le développement des interférences entre l'Etat et les collectivités territoriales interdit lui aussi un tel retour en arrière.

1. Professeur de droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. [↑](#)
2. Circ. 17 janv. 2006, NOR : MCTB0600004C relative à la modernisation du contrôle de légalité ; v. aussi not., Circ. 23 juill. 2009, NOR : IOCA0917418C sur la réorganisation du contrôle de légalité, et en dernier lieu, Circ. 25 janv. 2012, NOR : IOCB1202426C. [↑](#)
3. Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales et ordonnance n° 1401 du 17 novembre 2009 portant simplification de l'exercice du contrôle de légalité. [↑](#)
4. V. sur ce mécanisme, L. Janicot, « La demande de prise de position formelle des collectivités territoriales auprès du préfet », in *Dossier consacré aux réformes des collectivités territoriales, RFDA* 2020 n° 2, p. 254 [↑](#)
5. Par exemple, à propos du pouvoir de substitution d'action, cons. const. déc. n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs* ou encore cons. const. déc. n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*. [↑](#)
6. B. Seiller, « Les conseils donnés par les personnes publiques », *Dr. adm.* 2005, Etude 1. [↑](#)
7. N. Ferreira, « De la nécessaire imperfection du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales », *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales*, sous la direction de P. Chrétien, N. Ferreira et L. Janicot, Lextenso, coll. LEJEP, 2011, p. 140. [↑](#)
8. B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz 2021, 6<sup>ème</sup> édition, p. 617, n° 820. [↑](#)

9. V. la contribution de M. Verpeaux. [↑](#)
10. La loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales accroît notamment les pouvoirs du préfet en ce domaine. [↑](#)
11. Y. Jégouzo, « L'administration contractuelle en question », *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, p. 543 ; G. Marcou, « Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs », *AJDA* 2003, p. 982 ; J. Waline, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA* 2006, p. 229 ; J.-F. Brisson, « Décentralisation et contractualisation », *AJDA* 2019, p. 2435. [↑](#)
12. Institué, par exemple, par la loi du 21 août 2007 relative au service public dans les transports réguliers de voyageurs [art. 4 IV], la loi organique du 7 décembre 2007 tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française ou encore la loi du 11 décembre 2001 [art. L. 302-9-1 CCH]. [↑](#)
13. B. Plessix, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RD publ.* 2003, p. 598. [↑](#)
14. Cons. const. 6 déc. 2007, n° 2007-559 DC, consid. 18 et Cons. const. 16 août 2007, n° 2007-556 DC, consid. 24. [↑](#)