

Evaluation de la mise en œuvre du décret n°2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet

INSPECTION GENERALE
DE L'ADMINISTRATION
N° 21084-R





INSPECTION GENERALE
DE L'ADMINISTRATION
N° 21084R

Evaluation de la mise en œuvre du décret n°2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet

Établi par

Renaud FURNALÈS
Inspecteur général
de l'administration

Pascal GIRAULT
Inspecteur général
de l'administration

- juin 2022 -

SYNTHESE

Par lettre de mission du 25 octobre 2021, le directeur de cabinet du ministre de l'intérieur a demandé à l'inspection générale de l'administration de procéder à l'évaluation de la mise en œuvre du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 *relatif au droit de dérogation reconnu au préfet*. Ce décret, au terme du bilan réalisé en novembre 2019 par la direction de la modernisation et de l'administration territoriale (DMAT) du ministère de l'intérieur, a généralisé, à droit constant, le dispositif expérimental mis en place dans 2 régions, 17 départements et 3 territoires ultra-marins par le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 *relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet*.

Ce dispositif permet au représentant de l'Etat dans le département ou la région de déroger par des décisions individuelles, dans les domaines précisés par le décret et dans les conditions et pour les finalités qu'il énonce, à des normes de nature réglementaire. S'il peut *a priori* sembler en porte-à-faux avec la mission de contrôle administratif et de gardien de la légalité que la Constitution confie au préfet¹, dans la mesure où il lui donne juridiquement les moyens d'écarter au cas par cas certaines règles de droit, le droit de dérogation s'inscrit en réalité dans la continuité de textes, nombreux et parfois anciens, qui, dans de multiples domaines, lui donnent déjà le pouvoir de déroger à la norme générale afin de l'adapter aux réalités du territoire.

Mais continuité n'est pas filiation. Le nouveau droit de dérogation préfectorale s'écarte en effet, dans sa genèse, son régime juridique et sa finalité, de tous les précédents. C'est un outil radicalement nouveau dans l'ordonnancement juridique et institutionnel.

En effet, les dérogations antérieures sont toujours organisées par le texte même qui fixe la règle *dérogeable*². Si de telles dérogations, dont la mise en œuvre implique toujours une appréciation discrétionnaire et au cas par cas du préfet ne sont jamais certaines dans leur réalisation, la mention de leur existence, la description de leurs conditions d'intervention, parfois de leurs critères et toujours de leur contenu sont systématiquement pré-identifiées par les textes qui les organisent.

A l'inverse, le droit de dérogation découlant du décret du 8 avril 2020 est à vocation générale et transversale. Il peut concerner potentiellement toutes les normes réglementaires - existantes ou à venir – entrant dans les domaines énumérés par son article 1^{er}. Surtout, la substance de la dérogation est laissée à la libre appréciation du préfet. Ce n'est donc pas *un pouvoir* ponctuel, spécifiquement organisé par un texte particulier, dont dispose le représentant de l'Etat avec le dispositif dérogatoire de 2020, mais bien *un droit* général, au contenu indéterminé et qu'il peut le cas échéant exercer d'initiative, sans aucune sollicitation de son bénéficiaire potentiel.

Juridiquement innovant, le droit de dérogation est une contre-mesure destinée à lutter contre un échec persistant : l'incapacité des pouvoirs publics, quel qu'en soit le niveau, à juguler la logorrhée et le pointillisme normatifs, c'est-à-dire la production de textes de plus en plus nombreux et de moins en moins adaptables aux singularités de chaque territoire. Faute de parvenir à maîtriser la production de la norme, c'est donc à son exécutant, en l'occurrence le préfet, que le gouvernement s'est résolu à donner des marges de souplesse, fut-ce en l'écartant explicitement.

Le droit de dérogation se veut ainsi un outil d'agilité de l'Etat déconcentré, moins contrôleur qu'accompagnateur des initiatives locales, et une concrétisation d'une volonté politique assumée et de plus en plus formalisée, y compris au niveau législatif, de promotion de la *différenciation territoriale* comme nouveau paradigme de l'action publique. Il recueille l'approbation de tous les préfets interrogés, sans exception. Ceux-ci y voient un moyen supplémentaire au service d'une pratique préfectorale d'accompagnement et de conseil bien ancrée, allant de l'interprétation facilitatrice de la norme à un exercice toujours sélectif du contrôle de légalité, qui relativise la

¹ Art. 72 dernier alinéa de la Constitution

² On utilisera ce disgracieux néologisme, par commodité, pour désigner les normes ou les domaines de l'action publique dans lesquels il est d'ores et déjà possible ou dans lesquels il paraît souhaitable de déroger.

présentation souvent caricaturale d'une administration de l'Etat n'ayant pour culture que l'application stricte et monolithique de la norme.

Pourtant, la mise en œuvre de ce droit, depuis son expérimentation à partir de 2018 puis sa généralisation en 2020, est à la fois très retenue et inégalement répartie sur le territoire national. 352 arrêtés préfectoraux ont ainsi été signés au 15 février 2022³, dans moins de la moitié des départements. Le soutien aux politiques d'investissement menées par les élus locaux a été massivement privilégié parmi les domaines ouverts à son exercice, les dérogations aux règles d'octroi des concours financiers de l'Etat constituant 75,6% du total des arrêtés pris depuis 2018.

L'audition de 31 préfets de département et de région, en métropole et outre-mer, met en exergue une pratique préfectorale des dérogations qui s'écarte assez sensiblement du mode d'emploi prescrit par le décret du 8 avril 2020 et sa circulaire d'application. Lorsqu'elles sont formalisées, les décisions de dérogation font l'objet de motivations très hétérogènes, souvent éloignées des instructions de l'administration centrale. Leur publication est aléatoire. Par ailleurs, de nombreuses dérogations entrant dans le champ d'application du décret ne sont pas recensées, car non communiquées à l'administration centrale. La mission estime que l'usage réel du nouveau droit de dérogation préfectorale pourrait être deux fois plus important que sa comptabilisation par la DMAT. Enfin, la mission constate que l'exercice du droit de dérogation déborde parfois du champ des règles de forme et de procédure, qui est en principe le sien.

Cette application limitée et parfois hétérodoxe du décret du 8 avril 2020 peut d'abord s'expliquer par son caractère profondément innovant, donc déstabilisant pour les services en charge de son instruction.

Il s'agit également d'un instrument mal connu. C'est d'évidence le cas de ses bénéficiaires potentiels que sont les élus locaux, les opérateurs économiques et, plus encore bien sûr, les particuliers. Mais c'est aussi le cas des administrations déconcentrées elles-mêmes. Cette méconnaissance est largement imputable à l'insuffisance de portage du dispositif par les administrations centrales, qui peut en partie se comprendre par la chronologie de publication du décret n° 2020-412 - au début d'une crise sanitaire qui a monopolisé l'action publique – mais qui n'a guère été comblée depuis. Si le droit de dérogation n'est plus la *terra incognita* originelle, il reste donc un objet administratif mal identifié, donc peu mobilisé.

Ses modalités d'exercice sont par ailleurs excessivement contraintes. La procédure d'élaboration des dérogations a été corsetée par les circulaires du Premier ministre du 9 avril 2018 et, surtout, du 6 août 2020, qui ont organisé un pilotage « rênes courtes » par les administrations centrales de leur usage par les préfets. L'obligation de saisine préalable et systématique de l'administration centrale et de l'échelon régional sur tous les projets de dérogation, compréhensible lors de l'expérimentation, apparaît aujourd'hui trop contraignante, énergivore et chronophage, rapportée à sa valeur ajoutée. Si l'objectif était d'en réfréner l'usage, un recours irréflecti à ce dispositif de dérogation s'avère en réalité d'autant moins probable que les préfets ont une conscience aiguë des risques encourus, notamment en termes de responsabilité pénale, les conduisant à une posture prudentielle par rapport à ce nouveau droit.

La mission suggère donc de laisser les préfets libres de consulter ou non l'échelon supérieur, au bénéfice, en revanche, d'un retour d'information systématique sur tous les arrêtés signés, qui n'est pas toujours assuré aujourd'hui.

Sur le fond, le dispositif reste juridiquement complexe, n'évitant pas, notamment, des imprécisions sur le champ des normes *dérogeables*, et générateur de frustrations lorsqu'il cantonne les dérogations, au prix d'une interprétation prétorienne réductrice, aux seules règles de procédure et de délais (si l'on met à part le champ des concours financiers de l'Etat), alors que ce sont le plus

³ Selon le bilan dressé par la DMAT à cette date à partir des données figurant sur la plateforme TNV qu'elle a développée pour suivre ce dispositif, reproduit en annexe 6.

souvent les règles de fond qui paralysent les initiatives locales et qui placent les préfets devant des injonctions paradoxales qu'il leur est par ailleurs intimé de résoudre.

Assouplir l'exercice de ce droit paraît donc souhaitable pour lui donner un maximum d'effet utile.

Le processus encadrant l'édiction des décisions préfectorales dérogatoires devrait, à cette fin, être fluidifié et allégé de contraintes en partie superfétatoires (telle la publication des arrêtés individuels par exemple) qui peuvent conduire parfois à des pratiques d'évitement.

Des évolutions de fond devraient également être envisagées, tant en ce qui concerne les matières ouvertes au droit de dérogation, qui pourraient être étendues, notamment, au domaine de l'organisation des services déconcentrés et de la comitologie qui y est associée, qu'en ce qui concerne l'objet même des dérogations qui devrait aussi porter sur des règles de fond. A titre d'exemple, les préfets devraient être ainsi habilités à adapter des critères d'appels à projets ou à corriger certains effets de bord des zonages territoriaux décidés au niveau ministériel. L'enjeu est bien de renforcer la capacité du préfet d'ajuster les politiques publiques - et même les organisations - aux besoins exprimés sur le terrain, condition de leur acceptabilité et de la légitimité de l'action de l'Etat.

La montée en charge du dispositif pourrait s'appuyer sur 16 préconisations que la mission a circonscrites à des modifications de pilotage et d'évolutions de fond de nature réglementaire, et sous réserve que le droit de dérogation ne devienne en aucun cas un mode de gouvernance administrative déconcentrée, afin de garantir la consistance du principe d'égalité devant la loi, et de ne pas fragiliser l'acceptabilité de ce nouvel outil d'action publique par l'écosystème local.

TABLE DES RECOMMANDATIONS PRIORITAIRES

PRIORITES	DESTINATAIRES	RECOMMANDATIONS
1	DMAT	Dynamiser le pilotage stratégique interministériel du dispositif de dérogation préfectorale
2	DMAT	Faire de la saisine préalable de l'échelon supérieur sur les projets de dérogation une faculté et non une obligation
3	Directions « métier » à l'initiative de la DMAT	Engager la modification des dispositions réglementaires ayant conduit à des dérogations préfectorales récurrentes
4	Directions « métier » à l'initiative de la DMAT	Engager une réflexion interministérielle sur l'extension du droit de dérogation à certaines dispositions réglementaires de fond

Liste des recommandations par ordre d'apparition dans le rapport

Recommandation n°1 : Structurer une démarche d'appui des administrations « métier » aux services déconcentrés, en vue de l'acculturation de ces derniers au droit de dérogation préfectorale (à l'initiative de la DMAT)	52
Recommandation n°2 : Dynamiser le pilotage stratégique interministériel du dispositif de dérogation préfectorale (DMAT)	53
Recommandation n°3 : Engager la modification des dispositions réglementaires ayant conduit à des dérogations préfectorales récurrentes (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	54
Recommandation n°4 : Etablir un catalogue des dérogations spéciales permanentes existantes dans les domaines ouverts au droit de dérogation par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	56
Recommandation n°5 : Améliorer l'ergonomie de la plate-forme TNV et la faire évoluer en outil d'aide à la décision accessible à tous les services déconcentrés (DMAT) ..	57
Recommandation n°6 : Faire de la saisine préalable de l'administration centrale sur les projets de dérogation une faculté et non une obligation (DMAT)	57
Recommandation n°7 : Faire de la saisine préalable de l'administration régionale sur les projets de dérogation une faculté et non une obligation, et concentrer l'échelon régional sur un rôle d'animation et de coordination interdépartementale (DMAT)	57
Recommandation n°8 : Supprimer l'exigence de publication des décisions individuelles dérogatoires (DMAT)	59
Recommandation n°9 : Rappeler aux préfetures le caractère impératif de la transmission à la DMAT de tous les arrêtés de dérogation (DMAT).	59
Recommandation n°10 : Permettre des dérogations aux zonages définis au niveau national dans le cadre de politiques publiques à vocation territoriale (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	62
Recommandation n°11 : Permettre des dérogations aux cahiers des charges d'appels à projets relevant de la décision des préfets (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	62
Recommandation n°12 : Engager une réflexion interministérielle sur une extension du droit de dérogation à des dispositions réglementaires de fond (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	63
Recommandation n°13 : Clarifier dans le décret du 8 avril 2020 la notion de « <i>normes arrêtées par l'administration de l'Etat</i> » (DMAT).	64
Recommandation n°14 : Elargir le champ des dérogations à la création et à l'organisation des services publics déconcentrés et à la comitologie correspondante (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	67
Recommandation n°15 : Inclure la sécurité dans les normes <i>dérogeables</i> , lorsque celles-ci sont rédigées en obligations de moyens (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)	69

Recommandation n°16 : Favoriser les délégations de compétence législatives à l'échelon déconcentré pour la mise en œuvre des politiques publiques d'application spécifiquement territoriale (secrétariats généraux des ministères « métiers », à l'initiative du secrétariat général du ministère de l'intérieur).....	72
--	----

SOMMAIRE

Synthèse	5
Liste des recommandations par ordre d'apparition dans le rapport	11
Introduction.....	15
1 Un dispositif singulier d'adaptation de la norme	17
1.1 L'innovante spécificité du droit de dérogation préfectorale.....	17
1.1.1 <i>Un dispositif traduisant une volonté politique de promotion de la différenciation territoriale.....</i>	18
1.1.2 <i>... sur toile de fond de réserve de principe de certaines administrations centrales ...</i>	22
1.2 Un encadrement strict qui n'exclut pas des zones d'imprécision.....	24
1.2.1 <i>La conception du dispositif de dérogation a pris en compte les risques de son exercice et le bilan de son expérimentation</i>	24
1.2.2 <i>Un dispositif de dérogation validé mais « verrouillé » par le Conseil d'Etat</i>	25
1.2.3 <i>Le choix d'un encadrement strict ne fait pas l'économie de zones d'imprécision</i>	27
1.3 Un dispositif parmi d'autres d'adaptation de la norme, à vocation subsidiaire.....	31
1.3.1 <i>Un ensemble foisonnant de dispositifs dérogatoires de portée analogue à celle du décret du 8 avril 2020</i>	32
1.3.2 <i>Une pratique parallèle de dérogations « de fait » consubstantielle à la nature des missions du préfet.....</i>	33
2 Une mise en œuvre retenue mais riche d'enseignements.....	35
2.1 Un dispositif confidentiel et très contrôlé	35
2.1.1 <i>Une publicité externe réduite</i>	35
2.1.2 <i>Une information interne retenue</i>	35
2.1.3 <i>Un pilotage « rênes courtes » mal accepté par les préfets.....</i>	36
2.2 Un bilan mesuré mais éclairant.....	39
2.2.1 <i>Quantitativement, une mise en œuvre modeste</i>	39
2.2.2 <i>L'introuvable logique territoriale des dérogations préfectorales</i>	41
2.2.3 <i>Les collectivités territoriales sont les principales bénéficiaires des dérogations</i>	42
2.3 Une pratique des dérogations qui s'écarte parfois de l'épure du nouveau dispositif.....	45
2.3.1 <i>Les décisions de dérogation s'écartent souvent des règles formelles prescrites</i>	45
2.3.2 <i>Nombre de décisions de dérogation ne sont pas comptabilisées par l'administration centrale</i>	46
2.3.3 <i>Le droit de dérogation est aussi utilisé comme outil de management des services déconcentrés</i>	47
2.3.4 <i>La pratique de dérogations à des règles procédurales « en adhérence » avec des règles de fond brouille la portée du droit à déroger.....</i>	47
3 Renforcer l'efficacité du dispositif en évitant sa banalisation	51
3.1 A périmètre constant, assouplir le cadre processuel des dérogations et dynamiser le portage national du dispositif	51

3.1.1	<i>Dynamiser le portage national du dispositif pour permettre aux services déconcentrés de se l'approprier pleinement.....</i>	51
3.1.2	<i>Fluidifier l'instruction</i>	54
3.2	Développer de manière raisonnée le droit de dérogation pour en améliorer l'efficiencia ..	59
3.2.1	<i>Autoriser des dérogations à certaines normes de fond.....</i>	60
3.2.2	<i>Elargir le périmètre des dérogations.....</i>	63
3.3	Faire en sorte que la dérogation ne devienne pas un mode de gouvernance.....	70
3.3.1	<i>Questionner les méthodes d'instruction des dossiers par les services.....</i>	70
3.3.2	<i>Approfondir la déconcentration</i>	71
	Annexe n° 1 : Lettre de mission.....	77
	Annexe n° 2 : Liste des personnes rencontrées.....	79
	Annexe n° 3 : Références doctrinales publiées sur l'exercice du droit de dérogation préfectorale	83
	Annexe n° 4 : Décret n°2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet	85
	Annexe n° 5 : Circulaire du Premier ministre du 6 août 2020.....	87
	Annexe n° 6 : Bilan de la mise en œuvre du droit de dérogation au 15 février 2022 (DMAT)...	101
	Annexe n° 7 : A propos de quelques régimes dérogatoires organisés par le droit positif au bénéfice, notamment, des préfets	109
	Annexe n° 8 : La portée du principe de non-régression en matière de sécurité dans le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet.....	113

INTRODUCTION

La lettre de mission du 25 octobre 2021⁴ du directeur de cabinet du ministre de l'intérieur invite l'inspection générale de l'administration à réaliser un bilan, par préfectures et par domaines de compétence, des dérogations accordées par les préfets dans le cadre du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 *relatif au droit de dérogation reconnu au préfet* et à analyser les raisons de l'inégale utilisation par les préfectures de cette nouvelle possibilité. Il attend surtout de l'inspection générale des recommandations en vue de la *montée en charge* du dispositif, offrant la meilleure sécurité juridique.

Pour dresser ce bilan des arrêtés préfectoraux, la mission a pris le parti de ne pas réaliser, *proprio motu*, un nouveau recensement exhaustif de la mise en œuvre du décret n° 2020-412, mais de s'appuyer sur les relevés détaillés établis par la direction de la modernisation de l'administration territoriale (DMAT), qu'elle actualise régulièrement à partir des remontées que les préfectures sont tenues de lui adresser. L'évaluation du présent rapport s'appuie donc sur un bilan arrêté au 15 février 2022⁵, qui fait état de 352 arrêtés préfectoraux de dérogation pris depuis 2018, dont 169 depuis le 8 avril 2020 et détaille leur ventilation entre les domaines dans lesquels ils sont intervenus.

Après avoir documenté la genèse et la conduite de l'expérimentation qui a précédé la généralisation du dispositif, la mission a privilégié une méthode plus qualitative que quantitative, reposant essentiellement sur des entretiens avec les responsables des principales administrations centrales concernées, les associations nationales d'élus, un opérateur national, l'Agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT), et surtout de nombreux préfets, presque tous en poste territorial.

S'agissant de ces derniers, la mission a fait le choix de solliciter des préfectures qui, selon les chiffres de la DMAT, ont fait soit un usage significatif des dérogations, soit une utilisation très ponctuelle, soit enfin qui n'y ont pas eu recours du tout, du moins officiellement. 31 préfets, dont 4 préfets de régions métropolitaines et 4 préfets de départements d'outre-mer, ont ainsi été entendus⁶.

La mission tient à souligner la grande franchise et la qualité de tous ces entretiens.

Elle a été convaincue du faible intérêt de dresser un comparatif des départements ou régions en termes d'usage du droit de dérogation, dès lors que sa mise en œuvre apparaît très faiblement corrélée aux spécificités des territoires. Elle a préféré une démarche inductive, qui avait pour objectif de faire émerger les motifs du recours ou du non-recours à cet instrument innovant, d'identifier d'éventuelles applications non connues de l'administration centrale, les possibles freins, de mesurer l'intérêt que le droit de dérogation suscite au niveau déconcentré, d'analyser les dérogations prises depuis l'expérimentation et, le cas échéant, les raisons de projets de dérogations non finalisés.

Le présent rapport présente les principales conclusions auxquelles la mission est parvenue (Partie 3), après avoir mis en exergue le caractère singulier de ce dispositif, à la fois innovant et à vocation subsidiaire (Partie 1) et rendu compte d'une mise en œuvre retenue et hétérogène, même si les données chiffrées disponibles ne restituent pas l'étendue réelle de son application par les préfets (Partie 2).

Au terme de cette analyse, la mission suggère de conforter ce nouveau dispositif, qui a fait la preuve de son utilité et de sa pertinence pour améliorer l'agilité de l'Etat déconcentré et sa légitimité auprès des acteurs locaux, en assouplissant son cadre processuel, en inventant un pilotage moins comptable que stratégique, et en élargissant de manière raisonnée son champ d'intervention, sans altérer son caractère impérativement exceptionnel.

⁴ Annexe 1

⁵ Annexe 6

⁶ Annexe 2

Les recommandations correspondantes s'adressent à la DMAT, en sa qualité de conceptrice et de pilote du dispositif. Par son intermédiaire, certaines d'entre elles ont également pour destinataires les administrations centrales « métier », qui sont évidemment parties prenantes aux évolutions préconisées.

Les constats et propositions de la mission ont été présentés et discutés, avant la finalisation du présent rapport, avec le secrétaire général du ministère de l'intérieur, la DMAT et le directeur général des collectivités locales.

1 UN DISPOSITIF SINGULIER D'ADAPTATION DE LA NORME

Le droit de dérogation des préfets organisé par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, qui pérennise et généralise le dispositif expérimental ouvert par le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017, se veut une contre-mesure de la surproduction normative. Tour à tour qualifiée d'*inflationniste*, de *proliférante* ou d'*incontinent*, celle-ci est continûment dénoncée par les chefs de l'Etat et les gouvernements qui se sont succédé depuis plusieurs décennies et par de multiples rapports du Parlement⁷ et de cet observateur et co-constructeur avisé de la norme qu'est le Conseil d'Etat⁸, ou encore commandés par le gouvernement lui-même⁹. En vain.

On ne compte pourtant plus les textes, réglementaires comme législatifs, ces derniers d'origine gouvernementale comme parlementaire, dont la finalité explicite est la simplification administrative et la réduction de la production normative, certains étant parfois eux-mêmes générateurs d'un grand nombre de normes, dont la caractéristique première n'est pas toujours la simplicité.

Faute de parvenir à tarir la source, c'est donc à l'aval qu'il a été imaginé de recourir pour réguler la prolifération et la complexité normative. Plus précisément, à l'une des autorités en charge de l'application de la norme, le préfet, en lui confiant la possibilité de neutraliser, en y dérogeant, des normes réglementaires entravant la réalisation de projets présentant, au plan local, un intérêt jugé prioritaire.

Ce choix d'autoriser par décret le préfet à déroger à la norme, c'est-à-dire à sortir légalement de la légalité peut sembler contre-intuitif compte tenu du rôle constitutionnel du représentant de l'Etat, « *le contrôle administratif et le respect des lois* »¹⁰, et de son statut législatif de gardien de la légalité des actes des collectivités territoriales.

Aucun des préfets interrogés par la mission ne considère cependant que ce dispositif le met en situation de porte-à-faux. Ni sur le principe, puisque l'exercice par le préfet d'un pouvoir de dérogation, quelle qu'en soit la dénomination au fil des textes, est ancien et fréquent. Ni dans les faits, puisqu'il conforte le préfet comme accompagnateur de projets locaux méritant le soutien des pouvoirs publics et qu'il légalise une pratique qu'on observe, dans certaines situations, de contournement de certaines normes dans l'intérêt même des politiques publiques dont le représentant de l'Etat a la charge.

La dérogation n'est donc pas, en soi, un pouvoir administratif nouveau donné au préfet.

Ce qui caractérise en revanche le décret du 8 avril 2020, ce sont l'esprit, la finalité, le champ et les modalités de ce droit de dérogation, profondément innovants dans notre ordonnancement juridique.

1.1 L'innovante spécificité du droit de dérogation préfectorale

La possibilité pour le préfet de déroger au cas par cas, en fonction des circonstances locales, à la norme nationale, qu'elle soit réglementaire ou même législative, n'est pas nouvelle. De nombreux textes, parfois anciens, lui donnent en effet ce pouvoir, qu'ils qualifient ici d'*exception*, là de *dérogation*, ou qu'ils l'organisent sans même le qualifier.

A titre illustratif, on peut citer l'article 8 de la loi du 13 juillet 1906 *établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers*, qui disposait à l'origine que « *lorsqu'un établissement (...) voudra bénéficier de l'une des exceptions [à la règle législative du repos dominical], il sera tenu d'adresser*

⁷ Par exemple, « *Rapport d'information n°447 sur le bilan de la décentralisation et les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales* », Michel MERCIER (Sénat 1999-2000); « *Rapport sur les relations entre l'Etat et les collectivités locales* », Alain LAMBERT (Sénat décembre 2007).

⁸ Notamment « *Simplification et qualité du droit* » (Etude annuelle 2016); « *Mesurer l'inflation normative* » (Etude présentée en Assemblée générale, 3 mai 2018).

⁹ Rapport de la *Mission de lutte contre l'inflation normative*, Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD 26 mars 2013.

¹⁰ Dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution.

une demande au préfet de département ». L'article L. 3132-20 du code du travail, qui lui a succédé, donne toujours compétence au préfet pour déroger à l'obligation législative fixée à l'article L. 3132-3¹¹.

De même, le III de l'article L. 1111-10 du code général des collectivités territoriales (CGCT) donne au préfet, dans les conditions fixées par décret, le pouvoir de déroger à l'obligation législative d'une participation minimale des collectivités territoriales au financement de leurs investissements subventionnés¹², pouvoir qui s'est même considérablement élargi au fil du temps¹³.

Si l'usage de dérogations ou d'exceptions lui est donc familier, le « *droit de dérogation reconnu au préfet* » par le décret du 8 avril 2020 se distingue pourtant très nettement de tous les précédents.

Ces derniers sont des pouvoirs conférés au préfet par des textes spécifiques, donc toujours sectoriels et font généralement suite à une demande du bénéficiaire potentiel. La consistance et la portée de ces dérogations sont toujours précisées par le texte même qui énonce la règle à laquelle il pourra être dérogé. Par suite, si de telles dérogations ne sont jamais certaines dans leur réalisation, qui implique toujours une appréciation discrétionnaire et au cas par cas du préfet, la mention de leur existence, la description de leurs conditions d'intervention, parfois de leurs critères et toujours de leur contenu sont pré-identifiés par les textes qui les organisent.

A l'inverse, c'est bien un **droit** – l'utilisation de ce substantif dans le titre du décret, paraissant accentuer son caractère discrétionnaire, n'est pas le fruit du hasard – qui est confié au préfet par le décret du 8 avril 2020 : celui de décider, **le cas échéant d'initiative**, de s'affranchir d'une norme nationale **qui n'est pas identifiée à l'avance comme étant dérogeable**¹⁴, en prenant une mesure **dont le contenu n'est pas prédéfini**.

Ce droit, s'il n'est pas général, est donc très ouvert et le caractère indéterminé de la norme *dérogeable* et indéfini de la dérogation du décret de 2020 la rend plus discrétionnaire encore que les pouvoirs de dérogation spécifiques¹⁵.

1.1.1 Un dispositif traduisant une volonté politique de promotion de la différenciation territoriale

Le dispositif de dérogation préfectorale issu du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 est la traduction d'une volonté politique.

Dans son discours au Sénat du 17 juillet 2017, à l'occasion de la conférence nationale des territoires, le Président de la République en appelait à « *la différenciation de l'action publique dans les territoires* » et exprimait le souhait que les représentants locaux de l'Etat aient plus de marges de manœuvre pour adapter les politiques publiques aux besoins des territoires et des citoyens.

¹¹ On notera avec intérêt que si l'article L 3132-20 du code du travail, selon lequel « *Lorsqu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le repos peut être autorisé par le préfet, soit toute l'année, soit à certaines époques de l'année seulement suivant l'une des modalités suivantes (...)* » ne qualifie plus ce pouvoir « **d'exception** » à la règle législative du repos le dimanche, il figure en revanche dans un sous-paragraphe intitulé « **Dérogations accordées par le préfet** ».

¹² En principe, à hauteur de 20%.

¹³ Limité, en 2010 (loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales) aux seuls investissements concernant le patrimoine protégé et aux reconstructions après calamités naturelles, le pouvoir de dérogation a été quasiment généralisé en 2019 (loi n°2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique). On ne peut d'ailleurs manquer de souligner le rattachement de ce pouvoir de dérogation du préfet ainsi étendu, à la recherche de « *la proximité de l'action publique* ». Son champ a encore été élargi par l'article 62 de la loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, dite 3DS

¹⁴ Hormis l'identification de son niveau (réglementaire) et son champ, cependant très étendu.

¹⁵ Pour ce motif, son sort contentieux potentiel apparaît d'emblée asymétrique : son refus de mise en œuvre sera presque incontestable – sous réserve d'une éventuelle violation, lors de son exercice, du principe d'égalité devant la loi –, puisqu'il revient, en creux, à appliquer scrupuleusement la norme, ce qui n'est jamais contestable, tandis que sa mise en œuvre est, par nature, juridiquement exposée, puisqu'il faudra justifier devant le juge du bien-fondé de la mise à l'écart particulière de la norme générale.

Regrettant que l'inflation et la précision de la norme aient dépossédé « les préfets de ce pouvoir d'appréciation et de dialogue avec les élus locaux », il annonçait que « les préfets pourront (...) – ce qui n'est pas le cas aujourd'hui (...) – **disposer d'un pouvoir d'adaptation locale des règlements** ».

Quelques semaines plus tard, dans son discours aux préfets du 5 septembre 2017, il revenait sur l'adaptation de l'action des pouvoirs publics aux réalités de terrain, derrière laquelle pointe le concept de « *différenciation territoriale* » inscrite en tête du titre de la loi dite « 3 DS »¹⁶ du 21 février 2022 et d'émergence d'un Etat agile et pragmatique, accompagnateur plus que contrôleur des initiatives locales, publiques ou privées.

Discours du Président de la République aux préfets¹⁷
- 5 septembre 2017 -

« L'égalité républicaine, aujourd'hui, passe par une **approche différenciée**, dans les analyses et les réponses qu'il faut apporter. Garantir l'égalité républicaine se fait **au contact du terrain**, par la juste réponse, et non plus par le « jardin à la française » qui uniformise tout. Ce qui veut dire que vous êtes à mes yeux les garants sur le terrain de cette égalité républicaine, mais **conduite avec pragmatisme, au vu des contraintes locales** (...). La litanie des modifications législatives et notre instabilité [normative] s'expliquent par le corset réglementaire et centralisateur que nous avons mis sur tous les sujets. C'est pourquoi, dans cette simplification, je souhaite que la déconcentration soit un élément essentiel, parce qu'elle permet **d'ajuster la norme à l'intérêt général pensé sur le terrain** et apprécié avec discernement par celui ou celle qui décide (...). Pour assurer cette transformation, ce changement, j'ai besoin qu'à plein vous exerciez ce rôle en expérimentant partout où vous le souhaitez, en regardant aussi **à chaque fois que deux normes s'opposent comment on doit déroger à l'une pour respecter l'intérêt général** (...). Ce que j'attends de vous c'est d'être des entrepreneurs de l'Etat (...). Au fond je veux que nous sortions d'une administration de la précaution et de la reproduction pour prendre en quelque sorte la part de responsabilité et de risque qui vous revient (...). Vous confier des missions, c'est reconnaître une responsabilité et vous en donner les moyens, c'est aussi pour vous prendre votre part de risque ».

A l'échelle temporelle de la mandature présidentielle 2017-2022, cette volonté politique de promotion du pouvoir de dérogation à la norme aura pour toutes premières traductions les deux décrets du 29 décembre 2017 relatifs à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu, respectivement au préfet (décret n° 2017-1845) et au directeur général de l'agence régionale de santé (décret n° 2017-1862).

S'ils sont marqués par une certaine gémellité (date de publication, architecture formelle et examen concomitant par la section de l'administration du Conseil d'Etat), ils se distinguent cependant.

D'abord par leur esprit. Le décret concernant les préfets a une dimension politique forte, dans l'épure du discours du 5 septembre 2017, tendant à l'adaptation des politiques publiques, au sens le plus large du terme, aux réalités de terrain, à l'initiative des représentants de l'Etat. Le décret concernant les directeurs généraux d'agences régionales de santé (ARS) a quant à lui une portée technique, concernant des domaines d'expérimentation très précisément définis¹⁸.

Ensuite par la nature des normes *dérogeables*. Le préfet ne peut déroger - hors champ des concours financiers de l'Etat - qu'à des règles de procédure ou de délais, pour alléger les démarches administratives¹⁹, tandis que le directeur d'ARS peut déroger à des règles de fond. L'étendue du droit de dérogation des préfets, d'une part, et des directeurs généraux d'ARS, d'autre part est donc inversement proportionnelle à leur portée politique.

¹⁶ Loi n° 2022-217

¹⁷ Dans l'encadré, les termes qui soulignés et/ou en caractères gras sont le fait de la mission.

¹⁸ Il s'agit pour l'essentiel des critères de définition des zones d'offre de soins insuffisante, de l'agrément des entreprises et des véhicules de transport sanitaire, du cahier des charges relatif à l'organisation de la permanence de soins et de la réglementation des extensions d'établissements et services sociaux et médico-sociaux.

¹⁹ Selon une interprétation prétorienne sur laquelle on reviendra.

Initié avec ces deux décrets expérimentaux de dérogation, le mouvement d'adaptation de l'action publique aux réalités de terrain s'est poursuivi, dans la mandature, avec les lois n° 2018-727 du 10 août 2018 *pour un Etat au service d'une société de confiance* (dite « ESSOC ») et n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 *d'accélération et de simplification de l'action publique* (dite « ASAP »), laquelle comporte un lot important de mesures dérogatoires confiées à l'administration déconcentrée et de mesures d'adaptation conférées au préfet.

L'adoption de la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 *relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale*, dite « 3DS », a parachevé cette trilogie législative.

1.1.1.1 Une volonté disruptive assumée

La dimension disruptive de la commande politique du droit de dérogation préfectorale est donc assumée.

Dans le cadre de la préparation d'un premier projet de loi contribuant à la traduire²⁰, les ministères, selon ce qui a été indiqué à la mission par des initiateurs du projet de décret d'expérimentation de la dérogation, étaient d'ailleurs invités à sortir de leur zone de confort, c'est-à-dire à écarter les dispositions anecdotiques - comme l'identification laborieuse de quelques mesures supplémentaires de déconcentration ponctuelle - et à être résolument ambitieux.

Le droit de dérogation préfectorale est né de cette commande. Le scepticisme de son accueil par la plupart des services centraux est la meilleure preuve du caractère résolument innovant de ce dispositif. Celui-ci a cependant vu son champ d'intervention et ses modalités d'exercice finalement plus contraints qu'initialement envisagé.

1.1.1.2 L'impasse de la voie législative et l'adoption d'un dispositif réglementaire moins ambitieux qu'envisagé

Le dispositif d'expérimentation des dérogations préfectorales, pris sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution²¹ devait initialement trouver sa place dans le projet de loi *relatif au droit à l'erreur et à la simplification*.

Le Conseil d'Etat, non sans relever, dans son avis rectificatif du 20 juillet 2017 sur ce projet de loi, « *le réel intérêt* » des dispositions organisant les dérogations préfectorales, en a décidé la disjonction au motif que « *l'autorité compétente pour fixer les règles applicables à un domaine particulier est également compétente pour y organiser une expérimentation* ». Pour des dispositions de niveau réglementaire, seules visées par le dispositif envisagé, cette autorité était donc l'Exécutif. Le Conseil d'Etat a ainsi invité le Gouvernement à adopter « *sans délai* » le dispositif dérogatoire par voie réglementaire.

La vigilance de la Haute Assemblée s'est étendue, quatre mois plus tard, à la rédaction du décret préparé à la suite de cette disjonction. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé une première version du texte, qui postulait un champ d'application *ratione materiae* général, sous la seule réserve de ne pas affecter les libertés publiques, les droits constitutionnellement garantis, les intérêts de la défense, l'ordre public et la sécurité. Estimant que la définition du périmètre des dérogations n'était pas suffisamment précise au regard de la jurisprudence constitutionnelle sur les expérimentations²², le

²⁰ Projet qui deviendra la loi « ESSOC » du 10 août 2018.

²¹ Aux termes de cet article, « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

²² « *Si, sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, le Parlement peut autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi, il doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle* » (CC n°2016-739 DC 17 novembre 2016, cons.17).

Conseil d'Etat a donc invité le Gouvernement à préciser tout à la fois le périmètre, l'objet et les finalités du droit de dérogation des préfets²³.

Il a ensuite donné quitus au gouvernement d'un nouveau projet modifié en conséquence, devenu le décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017. Saisi d'un recours en annulation de ce texte, il a par ailleurs, en formation contentieuse, validé ce décret, par une décision du 17 juin 2019 n° 421871 *Les amis de la terre France*.

1.1.1.3 Une démarche ascendante qui traduit la confiance de l'Etat central dans l'Etat territorial

Pour reprendre les termes du rapporteur public Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE dans ses conclusions sur cette décision du Conseil d'Etat, « *l'expérimentation dont il est question ici n'a que peu à voir, quant à son champ et plus profondément, quant à sa méthode, avec les expérimentations traditionnelles* ».

Le dispositif a en effet une double originalité, qui en fait une « *première* » dans l'histoire administrative :

- d'une part, la norme *dérogeable* n'est pas précisément identifiée. Elle ne l'est que par référence à son périmètre, lui-même très largement défini en thèmes d'action publique (« environnement », « politique de la ville », « emploi », etc). Au contentieux, le Conseil d'Etat a confirmé, à l'occasion du recours contre le décret de généralisation du 8 avril 2020, la légalité de cette caractéristique originale du dispositif²⁴ ;
- d'autre part, l'étendue comme le contenu de l'alternative dérogatoire que peut choisir le préfet ne sont pas prédéterminés mais laissés à sa discrétion, ce qu'a formellement validé le Conseil d'Etat en formation administrative²⁵. Le décret s'écarte en cela de tous les précédents, qui définissaient toujours le contenu de l'alternative dérogatoire, ainsi connue de tous dans sa potentialité comme dans sa portée, avant qu'elle soit édictée.

Le préfet a donc le pouvoir de décider, sur demande ou d'initiative :

- du texte auquel il déroge ;
- et du contenu et de la consistance de la dérogation.

Pour reprendre la présentation du rapporteur public Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, « *il ne s'agit pas d'une démarche descendante (top-down) d'expérimentation, où le projet qu'on expérimente est*

²³ « De telles expérimentations doivent (...) présenter un objet et une durée limités et définir de façon suffisamment précise et circonscrite les conditions de leur mise en œuvre (décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004). En l'espèce (...) si le projet restreint le champ d'application de l'expérimentation de façon négative, en prévoyant que les préfets concernés ne peuvent, lorsqu'ils font usage de leur faculté de dérogation, porter atteinte à une liberté publique, un droit constitutionnellement garanti ou aux intérêts de la défense, à la sécurité et à l'ordre publics, [il] se borne à fixer une liste extrêmement vaste de matières dans lesquelles l'expérimentation pourrait intervenir. Or (...) la définition de l'objet de l'expérimentation rend nécessaire d'identifier précisément les normes auxquelles il pourra être dérogé, soit par la fixation d'une liste de normes dans le texte même de l'expérimentation, soit par la détermination de secteurs d'activité et d'objectifs précis. Le Conseil d'Etat estime en outre que l'encadrement précis des normes entrant dans le champ de l'expérimentation est nécessaire afin de garantir que la reconnaissance d'un pouvoir de dérogation à des normes réglementaires n'emporte pas délégation du pouvoir réglementaire aux préfets » (CE Section de l'administration, note du 12 décembre 2017).

²⁴ « La circonstance [que le décret] **n'énumère pas les normes susceptibles de faire l'objet d'une dérogation**, ni ne détaille les motifs d'intérêt général ou les circonstances locales susceptibles de justifier les dérogations accordées sur son fondement **n'est pas de nature à caractériser une méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme**. Pour les mêmes motifs, les moyens tirés de ce que le décret serait entaché d'incompétence négative ou méconnaîtrait le principe de sécurité juridique ou serait entaché d'erreur manifeste d'appréciation, faute d'encadrer suffisamment le pouvoir de dérogation reconnu aux préfets, doivent être écartés ». (CE 21 mars 2022 n°440871 et 441069 Association Les amis de la terre France et autres).

²⁵ « Il est possible, comme le Conseil d'Etat l'a approuvé pour le projet de décret analogue concernant les directeurs généraux des agences régionales de santé, examiné lors de la même séance, de concevoir une expérimentation ouvrant la possibilité de déroger à une norme réglementaire sans déterminer a priori le contenu de la norme alternative qui pourra être retenue » (CE Section de l'administration, note du 12 décembre 2017).

défini ex ante par le législateur ou le pouvoir réglementaire, mais d'une démarche ascendante (bottom-up) où l'on offre des possibilités d'expérimentations locales afin d'atteindre un objectif de réforme que l'on s'est donné ».

C'est donc un dispositif juridique résolument inventif qui est ainsi organisé, reposant sur un postulat de confiance de l'Etat central dans l'Etat territorial.

1.1.2 ... sur toile de fond de réserve de principe de certaines administrations centrales

Que le droit de dérogation préfectorale ait suscité de fortes réserves de certaines administrations centrales ne surprendra pas. Les verrous destinés à en contrôler strictement l'usage, traduisant à la fois leur souci de lutter contre une possible déconstruction de la norme et leur méfiance persistante par rapport à la capacité de l'institution préfectorale à résister aux pressions locales, en sont le témoignage.

1.1.2.1 Sur le plan conceptuel, une administration centrale qui peine à concevoir qu'on puisse concilier cohérence des politiques publiques et adaptation locale de la norme nationale

Le dispositif dérogatoire envisagé par le ministère de l'intérieur s'est heurté à une vigoureuse opposition de certains ministères qui n'a pu être surmontée qu'au prix d'un encadrement plus resserré de ses modalités de mise en œuvre²⁶. Certains considéraient en effet que, dans l'ordre républicain, le préfet ne peut pas, par principe, s'écarter d'une règle fixée par le Premier ministre ou les ministres dont il est le représentant, et surtout que la protection de l'environnement serait fragilisée si sa réglementation devenait objet de dérogations préfectorales, donc de compromis locaux, régressifs par hypothèse de raisonnement.

Les administrations centrales, de leur côté, ne pouvaient qu'être déstabilisées par ce nouveau pouvoir laissé à l'initiative du préfet.

En effet, l'Etat stratège qu'elles incarnent est à la fois concepteur des politiques publiques et garant de leur traduction par la norme, dont elles ont le monopole de l'élaboration et de l'interprétation. Le niveau déconcentré, chargé de leur mise en œuvre sur le terrain, a, selon elles, vocation à s'en tenir au texte et à sa « bonne » interprétation par l'administration rédactrice. « *Le texte, c'est la boussole de l'administration* », pour reprendre une formule qui résume le positionnement de certaines administrations centrales.

Confier à une autorité administrative chargée de sa mise en œuvre la possibilité de déroger à la norme générale était donc conceptuellement dérangeant pour des administrations centrales doutant au surplus, culturellement, de la capacité de résistance du préfet aux pressions locales²⁷ et craignant de sa part un exercice de la dérogation fondé sur la faiblesse plus que sur la poursuite de l'intérêt général.

Enfin, la réforme intervenait dans un contexte administratif et institutionnel délicat pour le ministère de l'intérieur, marqué par la difficile réforme de l'administration territoriale de l'Etat (REATE), par les conséquences douloureuses de la révision générale des politiques publiques (RGPP) et par la décision de confier au ministère de l'intérieur la gestion des directions départementales interministérielles (DDI), non sans heurts avec les autres administrations. Il fallait donc, sauf à

²⁶ La mission a pu consulter un certain nombre de comptes-rendus de la concertation interministérielle organisée en amont de la validation des projets de décrets successifs (expérimentation puis généralisation) par Matignon.

²⁷ Ce positionnement du préfet, représentant de l'Etat consubstantiellement réceptif aux intérêts locaux avait été théorisé dans les années 1970 par le centre de sociologie des organisations (CSO). Ainsi, selon Jean-Pierre WORMS, « *intermédiaire obligé entre l'Etat (...) et le citoyen, le préfet est certes ressenti de prime abord comme le représentant de l'Etat auprès des citoyens, mais on attend de lui en même temps qu'il représente les intérêts des citoyens et les défende auprès de l'Etat* » (Le préfet et ses notables 1966 p.249). Pour Michel CROZIER et Jean-Claude THOENIG, « *les échelons locaux de l'administration sont au moins autant les avocats des intérêts locaux que les représentants de la volonté centrale. Par un retournement paradoxal, ceux qui imposent leur volonté sont en même temps ceux qui représentent les intérêts des unités qu'ils dominent* » (La régulation des systèmes organisés complexes, Revue française de sociologie 16 (1) 1975, p.15).

hypothéquer son succès, inscrire le nouveau droit de dérogation du préfet dans des relations apaisées et confiantes entre le ministère de l'intérieur, qui en était l'initiateur, et les autres ministères, porteurs des réglementations *dérogeables*.

Les arbitrages, qui étaient dans ces conditions inévitables, ont cherché à concilier le respect du choix politique disruptif, maintenu, et ce contexte administratif particulier. A cet égard, sans accéder au souhait initial du ministère de la transition écologique de soumettre tous les projets de dérogations préfectorales à l'avis *conforme* du ministre – peu compatible avec le concept d'agilité administrative et déresponsabilisant pour le corps préfectoral -, le Premier ministre a organisé, par circulaire, une procédure consultative garantissant la co-instruction par les administrations centrales de la décision préfectorale.

1.1.2.2 Sur le plan tactique, le choix d'une expérimentation préalable pour s'assurer d'un usage raisonné des dérogations et rassurer les services centraux

Ce n'est donc pas uniquement pour s'inscrire dans « la mode » des expérimentations que le choix a été fait de tester le nouveau dispositif auprès de 19 préfets, dont 2 préfets de région, et 3 préfets ultra-marins, avant d'envisager sa généralisation. L'expérimentation devenait un gage d'acceptabilité par des administrations centrales réservées, une sorte de « *crash test* » permettant d'évaluer un double risque : celui de l'inutilisation, remettant en cause la pertinence du dispositif, ou, à l'inverse, celui de l'utilisation excessive, augurant d'un effritement de la cohérence des politiques publiques.

Le bilan positif réalisé en novembre 2019 par la DMAT²⁸ a conduit à généraliser, par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, le dispositif dérogatoire, à droit constant.

1.1.2.3 Sur le plan processuel, l'organisation d'un contrôle a priori par les administrations centrales, sur instruction du Premier ministre

C'est une procédure d'instruction encadrée qui a été organisée par circulaire du Premier ministre, associant étroitement l'administration centrale à la décision préfectorale.

Le délai très long séparant la publication du décret du 29 décembre 2017 de la diffusion, le 9 avril 2018 seulement, de cette circulaire du Premier ministre commentant le nouveau régime expérimental, a amputé de plus de 10% le temps utile de son expérimentation.

On peut en effet comprendre que l'absence de « mode d'emploi » interne d'un dispositif tout à fait nouveau, relativement complexe et exposant fortement le représentant de l'Etat ait conduit à sa mise en veille provisoire par les préfets. Compte tenu du temps d'appropriation par les préfetures expérimentatrices du nouveau dispositif, après réception de la circulaire, **c'est en réalité le quart de la période d'expérimentation qui a été neutralisé** : le premier arrêté de dérogation pris sur le fondement du décret du 29 décembre 2017 est ainsi daté du 26 juin 2018.

La procédure organisée par la circulaire du 9 avril 2018 pour associer les administrations centrales à la prise de décision préfectorale était néanmoins équilibrée.

Les préfets n'étaient invités à saisir l'administration centrale du ministère de l'intérieur qu'en tant que de besoin : « La DMAT (...) est le service que vous saisirez **s'il vous paraît nécessaire**, en amont d'une décision de dérogation, **de solliciter un appui juridique** sur la conformité d'une dérogation au cadre juridique fixé par le décret n°2017-1845 et précisé par la présente instruction. Ce service assurera le lien utile avec le ou les ministères concernés ». Il était par ailleurs demandé au préfet de département d'adresser au préfet de région une copie des arrêtés dérogatoires, pour information.

²⁸ Bilan transmis au Premier ministre conformément à l'article 5 du décret n°2017-1845 du 29 décembre 2017, établi sur la base des retours d'expérience des préfets expérimentateurs.

Comme on le précisera, alors même que la période expérimentale révélait un usage très retenu des dérogations par les préfets, la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020²⁹ prise après la généralisation a renforcé le contrôle de leur exercice : la saisine tant de l'échelon régional que de l'échelon central, préalable à la dérogation par le préfet, perd son caractère facultatif **pour devenir obligatoire et systématique**.

A l'inverse du dispositif adopté par le ministère des solidarités et de la santé pour le pouvoir de dérogation des directeurs généraux d'ARS, dispensé de tout contrôle *a priori*, c'est donc un régime de contrôle strict, sur le respect duquel on reviendra, qu'a organisé la circulaire du 6 août 2020, révélateur de la réserve de certaines administrations.

1.2 Un encadrement strict qui n'exclut pas des zones d'imprécision

1.2.1 La conception du dispositif de dérogation a pris en compte les risques de son exercice et le bilan de son expérimentation

1.2.1.1 Les risques de l'exercice des dérogations préfectorales

1.2.1.1.1 Les risques identifiés lors des travaux préparatoires

L'examen des travaux préparatoires du projet de décret expérimental du 29 décembre 2017 et du décret de généralisation du 8 avril 2020 révèle une analyse des risques approfondie faite par l'administration centrale, identifiant trois enjeux majeurs.

En premier lieu, le risque sur la sécurité juridique des décisions préfectorales dérogatoires, au regard de l'atteinte susceptible d'être portée au principe de légalité. La crainte est à la fois celle d'un usage potentiellement arbitraire à cette dérogation, violant le principe d'égalité, et d'une multiplication des recours contentieux qui pourraient conduire l'autorité préfectorale à renoncer à son exercice.

En deuxième lieu, un risque de banalisation de la dérogation, pouvant susciter l'hostilité des ministères qui étaient les plus réservés sur son principe même lors des arbitrages initiaux, donc soucieux d'un usage très résiduel des dérogations préfectorales et très contrôlé par l'administration centrale. L'enjeu est donc pour eux de ne pas saper l'autorité et la lisibilité des règles nationales dont le droit de dérogation permet de s'affranchir localement et de ne pas fragiliser le sens et la portée utile de ces normes.

En dernier lieu, l'hypothèse inverse d'une mise en œuvre trop timorée des dérogations, une insuffisante appropriation de cet outil par les préfets démontrant, au pire, son caractère inapproprié, voire inutile, au mieux, sa trop grande complexité.

1.2.1.1.2 Les risques perçus par le Sénat et la doctrine universitaire

Dans le cadre de leur analyse critique des dispositions relatives au droit de dérogation, la délégation aux collectivités territoriales du Sénat et la doctrine universitaire ont partagé une appréciation des risques juridiques analogue à celle des pouvoirs publics, tout en évoquant trois autres séries de risques à anticiper³⁰.

Certains auteurs craignent un accroissement de la responsabilité de l'Etat local, et, sur le plan pénal, de ses représentants, dès lors que ces derniers pallieraient l'incapacité de l'Etat central à juguler et simplifier la production normative par l'octroi de dérogations juridiquement contestables et potentiellement génératrices de dommages dont il pourrait être demandé réparation.

²⁹ Annexe 5

³⁰ Pour une recension des études et analyses doctrinales sur le droit de dérogation, voir annexe 3.

D'autres soulignent le risque de pression accrue des élus et de la prégnance d'intérêts économiques locaux auxquels les préfets pourraient difficilement résister lorsqu'ils sont conduits à arbitrer entre des intérêts généraux parfois contradictoires (création d'emplois dans le cadre de projets économiques pouvant contrarier la protection de l'environnement, par exemple).

Une part des commentateurs soulève enfin la problématique de la capacité des services déconcentrés de l'Etat à expertiser, instruire et proposer des dérogations à des réglementations de plus en plus pointillistes et complexes. Comme le souligne en page 28 le rapport d'information du Sénat « Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes »³¹, « la conjugaison d'une augmentation de dossiers concernés, qui est très souhaitable, et d'une complexité toujours croissante des textes, pourrait, à terme, mettre en difficulté certaines préfectures dont les effectifs sont faibles et où les compétences juridiques deviennent fragiles et rares. Le résultat pourrait être, selon les cas, soit l'utilisation minimale du dispositif de dérogation, soit des dossiers mal ficelés qui pourraient ensuite être fragilisés en contentieux, soit un allongement des délais d'instruction ».

1.2.1.2 L'intégration du bilan positif de l'expérimentation

Pour reprendre les termes du bilan de l'expérimentation réalisé en novembre 2019 par la DMAT du ministère de l'intérieur, qui en avait accompagné la mise en œuvre au jour le jour : « Il y a lieu de constater que le double risque initialement craint, à savoir que les préfets ne s'emparent pas du droit de dérogation ou, a contrario, en fassent un usage non sécurisé, ne s'est pas réalisé (...). Au regard des retours d'expérience des préfets expérimentateurs, des échanges entre les administrations centrales et déconcentrées durant ces deux dernières années (...), **le ministère de l'intérieur propose au Premier ministre de généraliser à l'ensemble du territoire national le droit reconnu au préfet à déroger à des normes réglementaires** (...) [qui] produit des externalités positives sur l'efficacité des politiques publiques mises en œuvre localement... ».

En particulier, l'évaluation, fondée sur une analyse des 130 arrêtés préfectoraux comptabilisés au 1^{er} octobre 2019 et des retours de l'ensemble des préfets expérimentateurs, a permis de souligner :

- l'absence de tout contentieux ;
- un usage raisonné du dispositif expérimental ;
- une instruction globalement fluide et réactive des dossiers de dérogation ;
- l'avis favorable unanime des préfets expérimentateurs sur ce droit de dérogation.

Ce bilan³², reposant sur une méthodologie d'évaluation dont la mission souligne la rigueur, a donc conduit à généraliser, par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020³³, le dispositif dérogatoire, strictement dans les mêmes termes que ceux retenus dans le décret d'expérimentation.

1.2.2 Un dispositif de dérogation validé mais « verrouillé » par le Conseil d'Etat

Sur le plan contentieux, le Conseil d'Etat est intervenu à deux reprises pour contrôler la conformité juridique de ce nouveau droit de dérogation, d'abord sur le décret d'expérimentation du 29 décembre 2017, puis sur le décret de généralisation du 8 avril 2020. Ses décisions ont permis de

³¹ Rapport fait le 11 juin 2019 au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation par MM. Jean-Marie BOCKEL et Mathieu DARNAUD

³² Il faut également souligner l'apport qu'a constitué pour le secrétariat général du ministère de l'intérieur, sur la même période, l'expertise confiée à Mme Magali DAVERTON sur cette expérimentation, dans le cadre de la préparation de son rapport d'expertise en qualité d'auditrice du CHEMI courant 2018. Cette forme d'évaluation « ex ante » a permis d'enrichir les travaux de pilotage confiés à la DMAT.

³³ Annexe 3

confirmer la régularité de ce dispositif innovant tout en apportant des précisions essentielles, dont on doit cependant admettre qu'elles sont plutôt de nature à rigidifier sa mise en œuvre.

1.2.2.1 La décision du 17 juin 2019 et l'interprétation restrictive de la nature des dispositions auxquelles il peut être dérogé

Par une première décision du 17 juin 2019³⁴, le Conseil d'Etat a validé le décret du 29 décembre 2017 d'expérimentation du droit de dérogation.

Il relève en particulier qu'il résulte des termes mêmes du décret qu'il ne permet pas aux préfets de déroger à des normes réglementaires ayant pour objet de garantir le respect de principes consacrés par la loi, tel le principe de non-régression en matière environnementale.

Mais la haute juridiction considère également que même si le décret ne désigne pas précisément les normes réglementaires auxquelles il permet de déroger, « *il limite ces dérogations, d'une part, aux règles qui régissent l'octroi des aides publiques afin d'en faciliter l'accès, d'autre part, aux seules règles de forme et de procédure applicables dans les matières énumérées afin d'alléger les démarches administratives et d'accélérer les procédures* ».

Ces règles de forme auxquelles peuvent être assujettis les usagers ou pétitionnaires concernent le plus souvent la composition des pièces, documents et justificatifs à fournir ou les lieux ou délais de dépôt, ou bien encore le circuit de transmission (dématérialisée, démarche présentielle, voie postale) imposé aux demandeurs. S'agissant des règles de procédure *stricto sensu*, elles renvoient en principe aux conditions de délai pour souscrire une demande, aux consultations préalables et avis requis.

Or, le doute sur les normes *dérogeables* était permis. Le décret du 8 avril 2020, comme le décret d'expérimentation du 29 décembre 2017 dispose que « *la dérogation doit (...) avoir **pour effet** d'alléger les démarches administratives (et) de réduire les délais de procédure* ». A la lettre, il ne prohibe donc pas formellement des dérogations ayant *pour objet* l'ajustement de normes de fond, si elles ont « *pour effet* » de tels allègements, ce qui est très fréquemment le cas de la mise à l'écart d'une prescription de fond, notamment dans le droit de l'environnement ou de l'urbanisme.

La circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018 commentant le décret d'expérimentation n'était d'ailleurs pas franchement conclusive sur ce point. Certaines illustrations de dérogations envisageables qu'elle donnait portaient par exemple sur le fond et non sur la procédure ou les délais. Ainsi l'extension dérogatoire de certains dispositifs de soutien aux territoires fragilisés ou prévus par les politiques de la ville à des collectivités situées en dehors des zones définies par ces politiques³⁵. S'il est bien question dans cet exemple du bénéfice de concours financiers de l'Etat (qui sont hors champ des restrictions du droit de dérogation liées aux règles de procédure ou de délais), il s'agit d'abord d'inclure des collectivités qui sont hors du périmètre des zones concernées, pour les rendre éligibles à ces aides. Il s'agit donc bien d'une dérogation au périmètre zonal, qui est une prescription de fond.

La doctrine sur la nature des normes *dérogeables* s'est en tout cas précisée après la décision du Conseil d'Etat.

La circulaire du Premier ministre du 8 août 2020, commentant le décret de généralisation, si elle reconnaît avec honnêteté que « *le décret ne désigne pas précisément les normes réglementaires auxquelles il permet de déroger* », s'approprie bien sûr les termes de la Haute Assemblée et confirme que les dérogations ne peuvent porter que sur les seules règles de forme et de procédure pour alléger les démarches administratives, elles-mêmes définies comme « *tout échange normé avec l'administration, qu'il concerne les particuliers, les entreprises ou les collectivités territoriales* ».

³⁴ CE « Les amis de la Terre France », n°421871.

³⁵ Point n°2 de l'annexe à cette circulaire

La lecture du Conseil d'Etat se révèle donc très restrictive, les préfets ne pouvant déroger selon lui qu'aux seules règles formelles ou aux obligations procédurales imposées par des textes réglementaires. On y reviendra en section 3.2.2.

1.2.2.2 La décision de 21 mars 2022 et l'obligation d'étendre le bénéfice de la dérogation à toutes les situations analogues existantes

Le Conseil d'Etat, à l'occasion de sa décision du 21 mars 2022³⁶, a également validé le décret du 8 avril 2020, qui ne constituait que la pérennisation à droit constant du dispositif expérimental du décret du 29 décembre 2017.

Mais, saisis d'un moyen tiré de la violation du principe d'égalité devant la loi du fait de l'exercice du droit de dérogation, les juges du Palais-Royal ont apporté une précision utile, en considérant que ce droit « *ne devrait pas conduire à des différences de traitement injustifiées* ». En effet, les dérogations « *ne peuvent (...) être accordées que si et dans la mesure où des circonstances locales justifient qu'il soit dérogé aux normes applicables, sans permettre aux préfets, dans le ressort territorial de leur action, de traiter différemment des situations locales analogues* ».

En d'autres termes, le Conseil d'Etat impose aux préfets d'être particulièrement attentifs à la portée de leurs décisions individuelles de dérogation au regard du principe d'égalité de traitement dont devrait bénéficier toute personne, entreprise ou collectivité répondant aux mêmes critères d'éligibilité.

Il leur revient donc d'examiner, au-delà du dossier particulier qui leur est soumis à l'instant « T », si la dérogation envisagée n'aurait pas vocation à être étendue, le cas échéant d'initiative, aux autres situations similaires dont ils auraient connaissance ou même qui se présenteraient à eux ultérieurement.

Dans ce cas en effet, au vu du précédent, l'abstention d'une nouvelle décision dérogatoire, à situation comparable, pourrait être utilement contestée au contentieux, pour méconnaissance du principe d'égalité.

On ne doit pas sous-estimer la portée de cette exigence nouvelle sur l'exercice du droit de dérogation.

1.2.3 Le choix d'un encadrement strict ne fait pas l'économie de zones d'imprécision

Si la doctrine administrative et la jurisprudence du Conseil d'Etat ont strictement encadré les conditions d'exercice du droit de dérogation, elles n'ont pas totalement purgé le dispositif de zones d'imprécision.

1.2.3.1 S'agissant de l'autorité préfectorale habilitée à déroger

Ratione personae, le pouvoir de dérogation est confié aux préfets de région, aux préfets de département et aux représentants de l'Etat dans les collectivités d'outre-mer, exclusivement. La circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 précise à cet égard que si « *le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 n'exclut pas la possibilité que le préfet délègue sa signature*³⁷ », il lui est demandé « *de faire usage personnellement de cette nouvelle prérogative et donc de ne pas la déléguer à une autre autorité déconcentrée de l'Etat* ».

En dépit de cette invitation, la mission a constaté que d'assez nombreuses décisions dérogatoires sont signées par le secrétaire général de la préfecture, agissant dans le cadre de sa délégation de signature de droit commun, ce dont on ne peut faire reproche aux préfets. L'exigence systématique

³⁶ CE « *Associations Les amis de la Terre France et autres* », n°440871

³⁷ Dans les conditions du droit commun : cf. décret n° 2004-374 du 29 avril 2004, décrets n° 2007-422 et n° 2007-423 du 23 mars 2007, décret n° 2009-906 du 24 juillet 2009.

d'une signature personnelle du préfet, qui pouvait s'expliquer à l'origine par la nouveauté du dispositif, apparaît en effet à l'usage excessive ou inadaptée, soit au regard du mode de fonctionnement de chaque binôme préfet-secrétaire général, soit pour des dossiers, désormais nombreux, ne présentant aucune sensibilité ou complexité particulière.

1.2.3.2 S'agissant de la nature des normes susceptibles de dérogations

Les normes *dérogeables* sont les « *normes arrêtées par l'administration de l'Etat* ». Si la formulation apparaît maladroite, pouvant laisser entendre que les seules normes concernées seraient des « arrêtés », les travaux préparatoires comme l'interprétation du rapporteur public devant le Conseil d'Etat³⁸ confirment l'ouverture de ce droit de dérogation à tous les vecteurs normatifs du pouvoir réglementaire étatique : décrets, arrêtés, circulaires réglementaires, notamment.

La formulation retenue par le décret du 8 avril 2020 pourrait également laisser accroire que les normes ciblées seraient celles qui relèvent du pouvoir réglementaire autonome, au sens de l'article 37 de la Constitution. Mais, sur le plan juridique, la formulation du décret ne saurait exclure par principe des dérogations à des textes réglementaires pris pour l'application d'une loi ou transposant une directive européenne, dès lors que la norme réglementaire à laquelle il serait dérogé correspond à une précision ou un ajout que n'imposerait ni n'impliquerait le texte supérieur de référence.

A contrario, il ne saurait être dérogé à aucune règle formulée par une norme d'un rang hiérarchique supérieur à celui du niveau réglementaire. C'est une évidence s'agissant du nécessaire respect des prescriptions législatives. Cela l'est tout autant pour les obligations tirées des conventions internationales opposables en droit interne, sur lesquelles insiste pourtant, de manière superfétatoire, le 3° de l'article 2 du décret du 8 avril 2020 (« *La dérogation doit (...) être compatible avec les engagements européens et internationaux de la France* »). Mais c'est tout aussi vrai de la soumission aux principes généraux du droit formulés par le Conseil d'Etat, et, plus largement, aux règles jurisprudentielles en vigueur qui s'imposent à toute autorité administrative dans le silence des textes.

Les normes réglementaires *dérogeables* peuvent par ailleurs émaner du Président de la République, du Premier ministre, des ministres, mais également des autorités préfectorales elles-mêmes. La rédaction retenue habilite donc implicitement un préfet de département à déroger à une règle ayant des effets dans son département, prescrite par un arrêté du préfet de région dans l'un des domaines énumérés par l'article 1^{er} du décret du 8 avril 2020.

L'exercice du droit de dérogation peut en revanche se révéler plus complexe dans les situations de compétence décisionnelle partagée. On pense d'abord aux arrêtés inter-préfectoraux, auxquels il ne devrait pas être impossible au préfet de département de déroger, pour des dispositions entrant dans son propre champ de compétence territoriale, si la modification de l'arrêté inter-préfectoral paraît excessivement longue et complexe, ou s'il ne paraît pas opportun d'en modifier l'application générale. Différente est la situation des décisions préfectorales prises sur avis conforme, qui s'assimilent à des décisions prises sur compétence partagée, auxquelles il ne paraît dès lors pas envisageable de déroger, sauf accord formel de l'auteur de l'avis conforme, pour respecter la co-compétence sur la norme *dérogeable*.

Sans préjudice de ce qui précède, la notion de « norme » est polysémique, ce qui peut créer le doute sur l'étendue du droit de dérogation. Dans son acception juridique, elle correspond d'abord à des instruments formalisés (décrets, arrêtés...), que la doctrine qualifie « *d'actes de droit dur* ». Mais elle résulte de plus en plus d'autres « documents », plus informels, qui n'en comportent pas moins une réelle dimension prescriptive.

³⁸ « *Malgré l'ambiguïté créée par la formule « normes arrêtées par l'administration de l'Etat », il faut selon nous comprendre que l'on peut également déroger à des normes décrétées par l'Etat* » Louis DUTHEILLET DE LAMOTHE, concl. sur CE 17 juin 2019 n° 421871 Association les Amis de la terre France

C'est d'ailleurs pourquoi le Conseil d'Etat, dans une décision du 12 juin 2020 a considéré qu'il lui revenait de soumettre à son contrôle de légalité « *les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif (...) lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* »³⁹.

Au-delà des actes juridiques *stricto sensu* et de ces « documents », la « norme » peut encore résulter de dispositions unilatérales à caractère technique ou financier destinées à encadrer l'action administrative : cahiers des charges annexés aux appels à projet ou aux appels à manifestation d'intérêt national, référentiels techniques, etc.

Demeure une interrogation sur l'insertion, parmi les « *normes arrêtées par l'administration de l'Etat* » de celles, très nombreuses⁴⁰, fixées par des établissements publics et agences de l'Etat, comme l'Agence nationale de l'habitat (ANAH), l'Agence nationale de la rénovation urbaine (ANRU) ou l'Agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT). L'emploi du singulier (« *l'administration de l'Etat* ») interpelle en effet sur la volonté ou non des concepteurs du droit de dérogation d'y inclure les démembrements de l'Etat dotés de la personnalité morale.

La question est d'importance, le rôle des agences pouvant aller jusqu'à édicter des normes conditionnant l'éligibilité à des aides publiques. Or, ce pouvoir est parfois étendu. L'ANAH, par exemple, définit le type de travaux de rénovation ou d'amélioration des logements éligibles à ses subventions, le plafond de ressources des bénéficiaires et le taux de prise en charge, le régime des sanctions financières etc. Le préfet étant, aux termes de l'article R. 321-11 du code de la construction et de l'habitation, délégué territorial de l'ANAH et à ce titre autorité décisionnelle pour l'octroi des subventions, peut-il légalement déroger aux normes fixées par l'agence, même de simple procédure ?

La même question peut se poser pour les subventions versées par l'Agence nationale de la rénovation urbaine (ANRU), dont le préfet est également le délégué territorial en vertu de l'article 12 du décret n°2004-123 du 9 février 2004 *relatif à l'agence nationale de la rénovation urbaine*, qui fixe également les programmes et leurs normes conditionnant le régime des subventions.

Remarquons à ce propos que, dans son rapport de 2020 sur cette agence, la Cour des comptes a notamment suggéré de renforcer le pouvoir de validation des opérations par les préfets, pour davantage de cohérence entre les objectifs des projets menés par l'ANRU et les objectifs territoriaux en matière de logement social⁴¹.

Une clarification de la notion de « *normes arrêtées par l'administration de l'Etat* » paraît donc souhaitable, pour lever les ambiguïtés de ce concept (ce que la mission propose en partie 3, cf. 3.2.1.2 et 3.2.2.2).

1.2.3.3 S'agissant du champ des matières pouvant faire l'objet de dérogations

Il convient d'abord de préciser que le droit de dérogation est reconnu au préfet pour l'exercice de ses compétences décisionnelles de droit commun, conférées par voie réglementaire. En revanche, lorsque le préfet agit dans le cadre de ses prérogatives légales de substitution d'action d'une autorité locale défaillante, il ne saurait mettre en œuvre ce droit de dérogation. En effet, il sera alors réputé agir au nom et pour le compte de cette autorité, qui, elle, ne dispose pas du droit de dérogation, et non pas en tant qu'autorité de l'Etat.

³⁹ CE Section 12 juin 2020 GISTI n°418142. Le Conseil d'Etat y inclut les lignes directrices, notes d'actualités, foires aux questions mises en ligne sur les sites internet publics, etc.

⁴⁰ Cf CE Rapport 2012 « *Les agences : une nouvelle gestion publique ?* »

⁴¹ Rapport Cour des Comptes « *L'agence nationale de rénovation urbaine (ANRU) et la mise en œuvre des programmes de renouvellement urbain (PNRU et NPNRU)* » Avril 2020 p. 102

Par ailleurs, le décret du 8 avril 2020 ne reconnaît pas au préfet un droit de dérogation général, érigé en prérogative de droit commun, mais il cantonne sa mise en œuvre dans sept matières limitativement énumérées.

Il s'agit des domaines des subventions, concours financiers et dispositifs de soutien; de l'aménagement du territoire et de la politique de la ville; de l'environnement, l'agriculture et les forêts; de la construction, du logement et de l'urbanisme; de l'emploi et de l'activité économique; de la protection et de la mise en valeur du patrimoine culturel; des activités sportives, socio-éducatives et associatives.

Si le spectre de ces différents domaines est très étendu, il ne permet pas d'évaluer le volume de décisions administratives locales susceptibles d'entrer dans son champ d'application. En effet et par définition, le droit de dérogation préfectorale ne peut jouer que pour des décisions pour lesquelles le préfet dispose d'une habilitation légale à agir, autrement dit, d'un titre de compétence. Or, le représentant de l'Etat n'est pas nécessairement l'autorité décisionnaire de droit commun dans toutes les matières précitées. A titre d'exemple, la compétence étatique est aujourd'hui résiduelle en matière de droit de l'urbanisme, largement décentralisé. De même, le préfet dispose de peu de compétences décisionnelles en matière d'emploi, de formation ou d'insertion, les décisionnaires étant soit les autorités de Pôle Emploi ou, en matière de formation, le président du conseil régional, ou, pour l'insertion, le président du conseil départemental.

D'autre part, le droit de dérogation implique que le préfet dispose, lorsqu'il est titulaire, dans le domaine concerné, d'un pouvoir décisionnel, d'une liberté d'appréciation reconnue par la base légale de référence, qui lui permette d'envisager ou non une dérogation. Or, dans un certain nombre de matières citées par le décret, le préfet agit dans le cadre d'une compétence quasiment liée. Il en est ainsi pour les concours financiers apportés aux collectivités territoriales par voie de dotations globales (hors dotation d'équipement aux territoires ruraux – DETR -, dotation de soutien à l'investissement local - DSIL - et fonds national d'aménagement et de développement du territoire – FNADT -). Si le préfet reçoit du niveau national les crédits (dotation générale de décentralisation - DGD - par exemple) aux fins de mandatement aux collectivités concernées, il ne lui revient pas d'en apprécier le montant à répartir ni les critères d'attribution. De même, en matière de versement des aides économiques aux entreprises ou des aides aux agriculteurs, celles-ci sont strictement encadrées par le droit de l'Union Européenne, notamment dans le cadre du régime des « aides d'Etat ».

1.2.3.4 S'agissant des motifs possibles de dérogation

Le décret du 8 avril 2020 subordonne l'édiction d'une décision préfectorale dérogatoire à des motifs limitativement énumérés, dont l'énoncé cumulatif peut apparaître redondant.

En premier lieu, la dérogation doit toujours être justifiée « *par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales* ». Autrement dit, le préfet doit s'attacher à ne jamais accorder une dérogation aux seules fins de favoriser un intérêt privé, exigence évidente et sanctionnée de longue date au contentieux par le détournement de pouvoir. La rappeler semble presque une incongruité, puisque l'action publique ne peut légalement avoir comme motif principal que la poursuite de l'intérêt général.

Les considérations d'intérêt général prises en compte doivent au surplus répondre à des « *circonstances locales* », c'est-à-dire être spécifiques au territoire départemental ou régional ou à une portion de celui-ci.

Cette précision semble également superfétatoire, puisqu'on voit mal que des décisions dérogatoires censées répondre aux réalités de terrain puissent être motivées par autre chose que « *les circonstances locales* » au demeurant circonscrites au département ou à la région dans laquelle exerce le préfet.

Notons au surplus que ces circonstances locales peuvent être permanentes (comme les caractéristiques géographiques d'un territoire de montagne, qui pourraient fonder une dérogation aux règles d'« armement » d'un espace France Service) ou ponctuelles (comme, par exemple, une dérogation pour autoriser l'intervention d'une association agréée de sécurité civile en dehors de son aire territoriale d'exercice).

En second lieu, et surtout, la dérogation doit nécessairement poursuivre un objectif d'allègement des démarches administratives, de réduction des délais de procédure ou viser à favoriser l'accès aux aides publiques. L'objectif est en tout cas de dispenser le bénéficiaire de la décision préfectorale du respect d'une obligation. On comprend donc que la simplification administrative et l'accès effectif aux droits et aux financements publics sont la vraie concrétisation du « *motif d'intérêt général* », première condition de l'exercice du pouvoir de dérogation.

1.2.3.5 S'agissant de la nature et de la portée juridique des dérogations accordées

Le droit de dérogation des préfets ne constitue pas une délégation de compétence du pouvoir réglementaire national. Plus précisément encore, il n'y a pas ici de régime de délégation de pouvoir reconnu sous la forme d'une déconcentration du pouvoir réglementaire à l'échelle régionale ou départementale, mais reconnaissance d'un droit d'agir par voie de « *décisions non réglementaires* » dérogeant à des normes arrêtées par l'administration de l'Etat.

La nature du droit de dérogation ainsi ouvert par le décret du 8 avril 2020 peut être assimilée à un droit reconnu de neutraliser le caractère impératif ou prescriptif de certaines conditions ou règles posées par une norme administrative générale, au bénéfice d'un dossier particulier, et non pas à celui de créer des conditions nouvelles ou des règles alternatives aux fins de soumettre la demande à un régime juridique *sui generis*.

C'est donc à travers l'exercice d'un pouvoir de décision individuelle, voire de « *décisions d'espèce* », que le préfet pourra, le cas échéant, écarter ponctuellement l'applicabilité de certaines de ces normes réglementaires, la demande restant subordonnée à l'ensemble des autres règles en vigueur.

Enfin, la dérogation octroyée ne doit en aucun cas contrevenir aux objectifs poursuivis par le texte général concerné. Le décret du 8 avril 2020, qui impose au préfet de ne pas porter une atteinte disproportionnée à de tels objectifs, doit être compris comme l'invitant à s'interroger au cas par cas sur la raison d'être des prescriptions auxquelles il va déroger, au regard de la finalité du dispositif réglementaire dans son ensemble. La dérogation, simple ajustement de la norme, ne doit pas en dénaturer la finalité même, c'est-à-dire sa raison d'être.

1.3 Un dispositif parmi d'autres d'adaptation de la norme, à vocation subsidiaire

Evaluer le nouveau droit de dérogation issu du décret du 8 avril 2020 rend utile une tentative de diagnostic différentiel des mécanismes dérogatoires déjà existants, afin d'apprécier plus finement l'utilité marginale de ce nouveau dispositif.

Ce comparatif montre que si ce décret constitue, par sa conception générale, une réelle innovation, il prend place dans un environnement juridique qui comporte déjà des mécanismes, organisés ou plus informels, de dérogation, dont le représentant de l'Etat peut avoir l'initiative.

1.3.1 Un ensemble foisonnant de dispositifs dérogatoires de portée analogue à celle du décret du 8 avril 2020

En ne retenant que les seuls dispositifs dérogatoires de portée analogue ou proche de celle du décret du 8 avril 2020, à savoir les règles de forme, de procédure et les aides publiques à l'investissement⁴², force est de reconnaître leur caractère foisonnant, tant dans les textes que dans la jurisprudence.

1.3.1.1 Des dérogations normatives sectorielles pour adapter l'action publique à des circonstances particulières de temps et de lieu

Les règles dérogatoires prévues par la loi ou le règlement sont aussi nombreuses que disparates⁴³. Toutefois elles sont toujours soumises à un régime de mise en œuvre strictement délimité quant à l'objet, à l'étendue, aux critères et à la durée de la dérogation autorisée.

Nombre d'entre elles visent à anticiper des effets de seuils, à écarter des conséquences dommageables pour d'autres intérêts publics que celui pris en compte par la loi ou bien encore à prévenir la constitution de situations individuelles inévitables ou inadaptées. La mise en œuvre de la règle législative prescrivant le repos dominical en est une parfaite illustration.

L'article L.3132-20 du code du travail permet ainsi au préfet d'autoriser, sur demande, d'autres périodes de repos hebdomadaire obligatoire que la journée du dimanche, qui en est pourtant la modalité de principe, dès lors « *qu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement* ».

D'autres dérogations sont organisées par le législateur ou le pouvoir réglementaire pour répondre à des situations « *extra-ordinaires* » au sens littéral du terme (urgence, état d'urgence, état d'urgence sanitaire, urgence civile, réglementation des transports etc.).

S'il s'agit dans ces textes d'habiliter l'autorité administrative à déroger à des règles de fond, leur mise en œuvre s'accompagne toujours de dérogations à des règles de forme et/ou de procédure au nom de l'exigence de célérité induite par la situation considérée, toujours extra-ordinaire et souvent caractérisée par l'urgence.

1.3.1.2 Des dérogations prétoriennes transversales

Certains régimes dérogatoires que les préfets peuvent mettre en œuvre dans l'exercice de leurs attributions ont pour origine des créations prétoriennes du juge administratif, qui n'ont aucun fondement textuel. Il en est ainsi de la théorie des circonstances exceptionnelles ou de celle des formalités impossibles, qui ont pour effet de dispenser l'autorité administrative du respect des règles de forme et de procédure de droit commun lorsque certaines conditions sont remplies⁴⁴.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a pu reconnaître l'existence d'une « franchise de légalité » au bénéfice de l'administration lorsqu'elle oubliait d'appliquer certaines règles de procédure. Une décision du 23 décembre 2011 a posé un principe général au terme duquel « *si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* »⁴⁵.

⁴² En troisième partie, seront évoqués des régimes existants de dérogation à des règles de fond, pour suggérer de s'en inspirer afin d'élargir le champ du décret du 8 avril 2020.

⁴³ Voir en annexe 7 une analyse sélective d'un certain nombre d'entre elles.

⁴⁴ L'annexe 7 détaille les critères de mise en œuvre de tels régimes prétoriens de dérogation.

⁴⁵ CE Ass. 23 décembre 2011 DANTHONY, n°335033

Il en résulte donc une latitude d'action mesurée laissée à l'administration, pour déroger à certaines contraintes procédurales, dans les limites autorisées par la jurisprudence Danthony. Autrement dit, il est d'ores et déjà permis au préfet d'omettre, volontairement, l'application d'une règle de procédure pourtant obligatoire, si cette omission n'a eu aucune incidence sur le sens de la décision et ne prive le demandeur d'aucune garantie formelle.

L'un des préfets consultés par la mission s'est explicitement référé à cette tolérance jurisprudentielle dans le cadre de la mise en œuvre du droit de dérogation du décret du 8 avril 2020 : avant d'envisager la dérogation, il s'assure que les services ont pleinement intégré les marges de manœuvres procédurales ouvertes par la jurisprudence DANTHONY.

La DMAT pourrait utilement assurer une large diffusion de cette bonne pratique à l'attention de l'ensemble des préfets. Il ne s'agit pas, bien sûr, d'en faire un principe de gouvernance, mais seulement d'en envisager la mise en œuvre, si elle peut conduire à éviter l'exercice de dérogations, ce qui doit demeurer un objectif prioritaire.

1.3.2 Une pratique parallèle de dérogations « de fait » consubstantielle à la nature des missions du préfet

Dans l'exercice du contrôle de légalité qui lui incombe sur le plan constitutionnel, le préfet fait usage d'une large palette d'outils destinés à assurer *in fine* le respect des textes, entre mise en demeure et action en justice, ordinaire ou en référé. Mais il fait aussi très largement usage de l'abstention calculée, de délais de grâce, de modulations, dérogations et régularisations ciblées.

L'ajustement ponctuel de la règle de droit aux cas particuliers est donc au cœur de l'exercice des responsabilités préfectorales, tout comme celles-ci peuvent conduire à prendre en compte des situations de fait, irrégulières mais « acquises » depuis de nombreuses années, dont la correction exige des adaptations du droit pour permettre un retour progressif au respect de la règle, en évitant des troubles excessifs à l'ordre public ou aux équilibres économiques.

Autrement dit, le décret du 8 avril 2020, dans son principe sinon dans ses modalités - très innovantes - s'inscrit dans une tradition de mise en œuvre de solutions dérogatoires, consubstantielles au métier préfectoral.

Les préfets interrogés par la mission ont tous mis en exergue cette dimension ancienne et permanente du métier, faisant des dérogations « de fait » un instrument leur permettant :

- d'assurer la primauté de la paix sociale et de la protection de l'ordre public, ce qui implique discernement et flexibilité dans l'exercice des prérogatives de puissance publique dont ils disposent ;
- de prendre en compte des situations locales singulières par rapport à la norme générale, les conduisant à veiller à ce que ne se constituent pas des situations inéquitables, donc mal acceptées, notamment au regard des effets de seuil induits par certaines réglementations ;
- de résoudre les injonctions paradoxales résultant de l'application simultanée de politiques publiques sectorielles parfois contradictoires, mais toujours obligatoires.

Cet usage de la dérogation, au-delà des situations prévues par les textes ou la jurisprudence, porte parfois sur des règles de forme ou de procédure mais aussi, parfois, sur des règles de fond.

Par exemple, s'agissant des conditions d'emploi de la main d'œuvre étrangère, un préfet a pu décider de s'affranchir des règles de durée limitée de séjour de travailleurs étrangers, dans un territoire qui en est fortement dépendant, et dans le contexte particulier de la crise COVID.

Dans le même esprit, des constructions illégales à vocation commerciale, sur le domaine public maritime, ont pu être tolérées, contre des engagements précis de démontage en fin de saison, de meilleur respect de l'environnement et de remise en état complète du site, en étroite partenariat et avec l'appui des collectivités territoriales concernées.

Dans le champ de l'urbanisme, également, des « correctifs » ciblés ont pu être apportés à des dispositions du règlement national d'urbanisme (RNU), dans des hypothèses où le préfet avait compétence pour délivrer le permis de construire.

La fréquence, donc l'utilité de la dérogation ponctuelle « de fait » souligne le besoin d'une évolution du cadre juridique, pour permettre au représentant de l'Etat d'exercer son office de la manière la plus efficiente, mais dans un environnement juridique sécurisé.

La mission suggère des évolutions sur ce point, en section 3.2.1.

En tout état de cause, compte tenu de la multiplicité des dispositifs dérogatoires déjà ouverts au préfet, **le nouveau droit de dérogation reconnu par le décret du 8 avril 2020 a donc clairement une vocation subsidiaire sinon interstitielle**, qui peut expliquer pour partie sa mise en œuvre très mesurée.

2 UNE MISE EN ŒUVRE RETENUE MAIS RICHE D'ENSEIGNEMENTS

2.1 Un dispositif confidentiel et très contrôlé

Le droit de dérogation préfectorale n'a fait l'objet ni d'une campagne de sensibilisation du grand public et des potentiels bénéficiaires, ni d'actions d'information à l'attention des agents pourtant chargés de le mettre en œuvre dans les services déconcentrés de l'Etat.

2.1.1 Une publicité externe réduite

L'engagement de l'expérimentation du droit de dérogation comme sa généralisation ont fait l'objet d'une campagne de communication externe discrète, contrastant avec l'attention soutenue que lui a porté la doctrine publiciste, dont témoigne le nombre d'articles et d'études publiés dans la période 2017-2019.

En particulier, il a été indiqué à la mission qu'aucune association nationale d'élus n'avait été sollicitée ni associée officiellement à l'adoption du nouveau régime de dérogation, pourtant susceptible de bénéficier prioritairement aux collectivités territoriales, non plus qu'à l'évaluation de l'expérimentation et à la préparation de sa généralisation. Seul le rapport du Sénat du 11 juin 2019 « *Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes* », très documenté et argumenté, a permis une certaine médiatisation du bilan de ce nouvel outil.

Certes, l'adoption du décret du 8 avril 2020 a fait l'objet d'un communiqué du conseil des ministres où il a été délibéré. Le ministre de l'intérieur a également publié un communiqué de presse le même jour. Mais cette communication institutionnelle n'a été accompagnée d'aucune campagne de vulgarisation à l'initiative des services du Premier ministre (Direction de l'information légale et administrative - DILA -)⁴⁶ ou du ministère de l'intérieur.

Il est vrai que le contexte peut expliquer la discrétion de la communication. Le décret est publié alors que, depuis le 17 mars, a été décrété un confinement total du pays lié à l'apparition de la Covid-19, mobilisant entièrement les pouvoirs publics. Toute communication externe ciblée vers les collectivités locales, les entreprises, associations et usagers, potentiels bénéficiaires du mécanisme de dérogation aurait été inaudible.

Les bilans intermédiaires de mise en œuvre n'ont pas plus fait l'objet de communications. Ils ne sont explicités qu'à l'occasion de réponses à des questions écrites de parlementaires⁴⁷ et dans le rapport sénatorial du 11 juin 2019.

A de rares exceptions enfin, les préfets rencontrés par la mission n'ont engagé d'initiative aucune démarche d'information ou de publicité locale du droit de dérogation, pour des raisons sur lesquelles on reviendra au point 3-2.

2.1.2 Une information interne retenue

Si la réserve observée à l'égard du grand public peut se comprendre, s'agissant d'une thématique très juridique, institutionnelle et administrative, l'inertie de l'information, en interne, des services de l'Etat étonne davantage. En effet, quatre mois séparent la publication du décret de la diffusion de la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020, qui donne un mode d'emploi concret du nouveau texte à destination des préfets. Aucune communication officielle par le ministre de l'intérieur n'est

⁴⁶ Sous la seule réserve d'un résumé mis en ligne sur le site vie-publique.fr : voir <https://www.vie-publique.fr/en-bref/274114-droit-de-derogation-reconnu-aux-prefets-le-decret-est-paru>.

⁴⁷ Ex : question écrite n°29424 de M. MELENCHON, JO AN du 12 mai 2020 ; réponse du ministère de l'intérieur publiée au JO AN du 7 juillet 2020 ; question écrite n°23854 de M. MAUREY, JO Sénat du 15 juillet 2021, p.4359 ; réponse du ministère de l'intérieur publiée au JO Sénat du 22 juillet 2021, p.4610.

assurée par ailleurs, le secrétaire général du ministère évoquant seul ce dispositif lors d'une réunion mensuelle des préfets en 2020. A cette occasion, le message transmis est d'ailleurs plus celui de la modération dans la mise en œuvre du droit de dérogation, présentée comme condition de sa légitimité, que la créativité ou, plus encore, l'audace à laquelle invitait, en septembre 2017, le Président de la République.

Là encore, à vrai dire, la priorité donnée à la gestion de la pandémie par les services centraux et déconcentrés de l'Etat relègue au second rang les autres thématiques, dont le dispositif de dérogation, lui-même partiellement neutralisé par la réglementation de crise adoptée pour y faire face, réglementation dont l'objet est, justement, de permettre de déroger ou de surseoir à de nombreuses règles de délais ou de procédure.

Depuis lors, il ne semble pas que le secrétariat général du ministère de l'intérieur ait pris l'initiative de rappeler l'existence de ce dispositif, ce qui a pu limiter sa pleine appropriation par les préfets.

Le même déficit d'information se constate dans l'animation des réseaux des directions départementales et régionales interministérielles, de la part des ministères « métier ». Hormis une communication sur l'existence du droit de dérogation, émanant du secrétariat général de deux ministères techniques, aucune instruction sectorielle invitant les différents services déconcentrés à participer à la mise en œuvre du dispositif n'a été diffusée, illustrant ainsi la difficulté des services centraux à adhérer pleinement à la démarche. Selon certains préfets, nombre de directions départementales ou régionales interministérielles se sont pourtant montrées moins réticentes à l'exercice du droit de dérogation qu'ignorantes de son existence et de son régime.

Toutefois, depuis l'été 2021, une nouvelle dynamique gouvernementale de communication interne a été engagée, ce dont on doit se féliciter, qu'illustre la diffusion d'un guide intitulé « *En action, guide du préfet et des services déconcentrés* »⁴⁸. Sa partie consacrée à l'adaptation de l'action publique aux enjeux de chaque territoire fait du droit de dérogation préfectorale l'outil n° 1 de cette adaptation, sous forme d'une fiche détaillée insistant sur ses objectifs, ses bénéfices et les impacts attendus⁴⁹.

La DMAT pourrait utilement s'appuyer sur cette publication pour contribuer à la pédagogie sur le dispositif et sensibiliser ou remobiliser les préfets à son sujet.

2.1.3 Un pilotage « rênes courtes » mal accepté par les préfets

Curieusement, alors même que la période expérimentale révélait un usage globalement prudent par les préfets, la procédure d'instruction s'est singulièrement durcie avec la généralisation du droit de dérogation, à l'occasion de la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020⁵⁰.

La saisine préalable à la dérogation **perd avec elle son caractère facultatif, pour devenir obligatoire et systématique**, ce qui vaut tant pour l'échelon régional que pour l'échelon central :

- le préfet de région doit être informé « *systématiquement* » par le préfet de département de « *son intention de prendre un arrêté de dérogation* ».
- les secrétaires généraux des ministères concernés doivent être « *systématiquement* » informés en amont de la prise de dérogation par le truchement de la DMAT, à charge pour elle de leur communiquer sans délai le projet, accompagné d'une fiche d'analyse établie par la préfecture. La DMAT peut « *en outre* » être saisie par le préfet d'une demande d'appui juridique sur la conformité au décret du projet de dérogation.

⁴⁸ Guide conçu par la Direction interministérielle de la transformation publique, éd. 1, 23 juillet 2021. Ce document a été réalisé en concertation étroite avec la DMAT.

⁴⁹ P. 16 à 18.

⁵⁰ Annexe 5

A l'inverse du dispositif adopté par le ministère des solidarités et de la santé pour le pouvoir de dérogation des directeurs généraux d'ARS, dispensé de tout contrôle *a priori* par ce ministère, c'est donc un régime de contrôle, doublement encadré, qu'a organisé la circulaire du 6 août 2020, révélateur de la circonspection des ministères.

2.1.3.1 La pertinence de l'intervention de l'échelon régional pose question

La circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 motive la saisine « systématique » de la préfecture de région par l'exigence que cette dernière puisse « *pleinement exercer son rôle de garant de la cohérence de l'action de l'État dans la mise en œuvre des politiques publiques au sein de la région* ».

Dans la pratique, la plupart des préfets de département interrogés ne se sont pas conformés à cette obligation procédurale, préalable à la saisine de la DMAT, que beaucoup ont d'ailleurs découverte à l'occasion des entretiens avec la mission. Certains ont par ailleurs tenu un discours assez critique sur la difficulté de nouer des relations pleinement confiantes avec des directions régionales qui se comporteraient parfois selon eux en « porte-voix » des administrations centrales et qui seraient peu au fait des spécificités locales, compte tenu de leur éloignement du terrain.

Les préfectures de région sollicitées ont de leur côté reconnu ne pas exercer de manière effective cette responsabilité conférée par la circulaire. Aucun tableau de bord n'est tenu à jour par les secrétaires généraux pour les affaires régionales (SGAR) concernés et aucune animation n'est structurée ou organisée à l'échelon régional sur ce sujet. Enfin, et surtout, aucun rôle d'interface entre l'administration centrale et le niveau départemental n'a été tenu par les préfectures de région, qui ne disposent pas nécessairement de ressources d'expertise juridique beaucoup plus qualifiées que les préfectures de département.

Il a seulement pu être relevé certaines initiatives régionales, isolées, d'inscription à l'ordre du jour d'un comité de l'administration régionale (CAR) de l'exercice du droit de dérogation des préfets et, plus ponctuellement encore, une concertation sur un dossier sensible, où l'approche départementale pouvait diverger de la doctrine défendue par une direction régionale.

De manière prévisible, les préfets de région entendus défendent, à propos du droit de dérogation, leur rôle de garants de la cohérence de la mise en œuvre des politiques publiques à l'échelle de leur circonscription administrative. Mais la référence à ce rôle interroge. Dès lors en effet que l'exercice du droit de dérogation a vocation à ne concerner que des situations exceptionnelles et ponctuelles, au surplus justifiées par des circonstances locales spécifiques, on voit mal en quoi il pourrait fragiliser la cohérence régionale des politiques publiques, ni en quoi consisterait la plus-value de la régulation régionale, *a fortiori*, depuis 2015, compte tenu de la création de territoires régionaux aussi étendus qu'hétérogènes. On peine, par exemple, à comprendre en quoi un projet de financement d'un équipement public d'une petite commune de montagne pourrait affecter la cohérence de la mise en œuvre des politiques publiques d'une région aussi vaste que l'Occitanie ou la Nouvelle-Aquitaine.

L'absence de saisine des préfectures de région par les préfets de département illustre en tout cas la lourdeur de l'ingénierie administrative mise en place par la circulaire du 6 août 2020. Conçu dans une perspective de simplification de l'action publique, d'agilité et de capacité d'adaptation aux besoins de l'écosystème local, le droit de dérogation ne doit pas être soumis à une telle pesanteur administrative.

Pour autant, la mission est convaincue de l'utilité du niveau régional, s'il se concentre sur un rôle plus dynamique d'accompagnement des préfets de département. Le SGAR pourrait ainsi animer des échanges réguliers de pratiques et mutualiser un bilan des dérogations, à l'occasion d'un CAR thématique consacré à l'adaptation de l'action publique aux enjeux des territoires, par exemple, ou susciter des démarches plus informelles, de type « club des préfets », où le droit de dérogation ferait régulièrement l'objet d'échanges entre préfets de département.

2.1.3.2 L'appréciation asymétrique de l'accompagnement des préfets par les administrations centrales

La circulaire du Premier ministre invite les préfets à saisir de manière systématique l'administration centrale de leurs projets de dérogation, via une demande d'avis adressée à la DMAT, chargée de les orienter vers le ministère compétent, qui est censé rendre son avis dans les quinze jours⁵¹. La DMAT centralise ces avis pour en faire retour ou, le cas échéant, en signaler l'absence au préfet concerné.

Les ministères n'ont pas adopté d'organisation particulière pour suivre et instruire les demandes d'avis transmises par la DMAT, hormis le ministère de la transition écologique, où, au risque d'un allongement des délais, les demandes transitent par la direction des affaires juridiques, qui les réattribue ensuite, sans apparente valeur ajoutée de sa part, aux directions « métier » compétentes. Il est vrai que le volume très modeste des saisines n'implique pas, à ce jour, d'adopter un circuit dédié.

Quels que soient les ministères, l'instruction des demandes d'avis apparaît presque toujours réalisée « en silo », sans concertation interservices (que ce soit au sein du ministère saisi ou entre la DMAT et ce ministère).

Ce processus semble avoir été conçu plus pour assurer l'information permanente des secrétariats généraux des ministères sur la mise en œuvre du dispositif de dérogation que pour l'accompagnement qualitatif de son déploiement. Toutefois, les directions « métiers » interrogées par la mission se sont toutes félicitées de l'utilité de cette procédure, qui leur permet tout à la fois de bénéficier de remontées locales particulièrement éclairantes et de questionner leur propre regard sur la règle de droit et sa pertinence, même quand elles s'estiment contraintes de rendre un avis défavorable sur le cas d'espèce soumis⁵².

Ces mêmes directions estiment qu'elles peuvent de ce fait jouer pleinement leur fonction d'appui, d'anticipation des risques et de protection de la cohérence de la réglementation en vigueur. Elles apprécient de ce fait ce dispositif d'instruction, source d'information autant que moyen de contrôle.

Tous les ministères interrogés saluent l'efficacité de la coordination assurée par la DMAT, même s'ils regrettent parfois un pilotage ressenti comme purement administratif. L'un des interlocuteurs de la mission a ainsi assimilé la DMAT à une « gare de triage ». Si une réunion de bilan annuel est organisée à l'initiative du ministère de l'intérieur, elle n'associe pas nécessairement toutes les directions consultées pour avis, et elle n'est pas suivie d'autres rencontres plus thématiques ou techniques. De même, les directions « métier » ne disposent que rarement d'un retour sur les suites données au projet de dérogation.

Les administrations centrales se félicitent donc de ce dispositif consultatif préalable. L'appréciation des préfectures est en revanche plus contrastée.

Elles saluent aussi le rôle d'interface unique que joue la DMAT dans ce processus consultatif et apprécient sa réactivité. Elles s'estiment cependant en capacité de saisir elles-mêmes la direction « métier » du ministère compétent sur la dérogation envisagée, comme elles le font déjà au quotidien, et sont circonspectes sur la valeur ajoutée « technique » de la DMAT, dès lors qu'il s'agit de déroger à des réglementations relevant d'autres directions ou ministères.

Les délais de retour de l'administration centrale sont généralement estimés raisonnables, la DMAT prenant soin d'informer de l'état d'avancement en cas de prolongation de l'instruction. Certaines

⁵¹ Un certain nombre d'arrêtés préfectoraux de dérogation ont été pris sans consultation de l'administration centrale, parce que signés après la généralisation du dispositif en avril 2020 mais avant la diffusion de la circulaire du Premier ministre du 6 d'août imposant cette saisine préalable, mais aussi parce que certains préfets ont pris le parti de ne pas saisir l'administration centrale (cf 2-2-1).

⁵² Plusieurs directions d'administration centrale ont ainsi indiqué avoir engagé des modifications de normes réglementaires, suite à des projets de dérogation qu'elles n'avaient pu valider en l'état.

préfectures ont toutefois déploré un nombre assez conséquent de demandes d'avis demeurées sans réponse, sans que les directions « métiers » interrogées sur ce point puissent en expliquer la raison.

Si le dispositif est donc fluide, la mission est cependant interrogative sur la capacité de la DMAT, à processus inchangé, à faire face à une éventuelle montée en charge des dérogations, si toutes les préfectures venaient à le mobiliser.

Dans certains cas, les préfets ont pu prendre ombrage de l'ingérence de certaines directions d'administration centrale dans l'appréciation de l'opportunité même de la mise en œuvre du droit de dérogation. Dans le même temps, d'autres préfectures ont salvé la capacité de certaines directions « métier » à proposer elles-mêmes des solutions alternatives à la dérogation, en co-construisant avec les services déconcentrés une procédure *ad hoc* respectueuse du cadre réglementaire de droit commun.

Mais surtout, la grande majorité des préfets interrogés par la mission regrette le caractère impératif et systématique de la saisine préalable de l'administration centrale. Tous les dossiers ne relèvent pas d'un cadre d'analyse complexe qui, selon eux, la justifierait. C'est particulièrement le cas pour les concours financiers de l'Etat, qui font désormais l'objet, s'agissant des dérogations à leurs règles d'allocation, d'une doctrine interne claire. Ils estiment donc souhaitable de leur laisser le soin d'apprécier au cas par cas l'opportunité d'une saisine préalable des directions « métier », au vu de leur propre ressenti de la complexité du projet, et de leur parfaite conscience des risques liés à une utilisation non maîtrisée du droit de dérogation.

Il est en revanche indispensable que les directions d'administration centrale bénéficient d'un retour sur les suites données à leurs avis, ce qui n'est pas organisé sur un mode systématique aujourd'hui. La DMAT doit également être destinataire de l'exhaustivité des arrêtés de dérogations pris par les préfets.

2.2 Un bilan mesuré mais éclairant

2.2.1 Quantitativement, une mise en œuvre modeste

Ce sont deux risques opposés, rappelés en section 1.2.1, qu'appréhendait le ministère de l'intérieur lors de l'expérimentation des dérogations préfectorales : une utilisation anecdotique, attestant de l'inutilité du dispositif, ou, au contraire, une mise en œuvre massive, pouvant interroger sur sa maîtrise et sur la menace d'une déconstruction de la norme. Aucun ne s'est concrétisé. C'est plutôt un usage contenu qu'a révélé l'expérimentation, témoignant de la prudence du corps préfectoral pour utiliser un pouvoir très innovant, dont le résultat a cependant été jugé suffisamment positif pour justifier sa généralisation.

Selon le bilan de la DMAT au 15 février 2022⁵³, 65 préfets de département et 9 préfets de région ont envisagé de faire usage du droit de dérogation, 51 préfets de département et 7 préfets de région concrétisant finalement leur intention. Ce delta témoigne du caractère très raisonné de la mise en œuvre effective du droit de dérogation, puisqu'environ 20% des préfets qui y avaient songé y ont finalement renoncé, au terme d'une instruction qui en a révélé l'inutilité, ou le caractère inapproprié ou juridiquement contestable.

Entre le 26 juin 2018, date du premier arrêté dérogatoire pris dans le cadre de l'expérimentation et le 15 février 2022, **352 arrêtés** reposant sur ce dispositif réglementaire ont été signés, tous département et régions confondus⁵⁴.

⁵³ Annexe 6

⁵⁴ On notera que le bilan de la DMAT comporte une erreur matérielle, lorsqu'il mentionne 356 arrêtés dérogatoires, depuis le début de l'expérimentation jusqu'au 15 février 2022. L'addition des chiffres mentionnés par ce bilan donne en effet un total de 352, qu'on retiendra dans les développements qui suivent.

On verra en section 2.3.2 que ce bilan officiel est sous-évalué, et que la mobilisation du droit de dérogation du décret du 8 avril 2020 est nettement plus fréquente que ce qu'en comptabilise la plateforme TNV.

En tout état de cause, le nombre des dérogations est bien entendu à relativiser lorsqu'on le met en regard du nombre de décisions préfectorales individuelles prises chaque année dans le périmètre du décret n° 2020-412, soit plusieurs centaines de milliers pour l'ensemble du territoire.

La mise en œuvre du droit de dérogation préfectorale est donc, quantitativement, extrêmement contenue.

On observera au surplus que ce droit a été paradoxalement moins utilisé, par 58 préfets, depuis sa généralisation que, pendant son expérimentation, par 19 préfets seulement. En effet, selon la DMAT, 183 arrêtés dérogatoires ont été pris pendant l'expérimentation⁵⁵, contre 169 depuis la généralisation⁵⁶.

Ce constat paradoxal a une triple explication :

- le choix par décret d'une préfecture comme site d'expérimentation l'incite assez naturellement à « jouer le jeu » de l'expérimentation pour légitimer sa désignation, donc, en l'occurrence, à engager et concrétiser des dérogations. Il n'est donc pas surprenant que la période d'expérimentation ait été assez « prolifique » ;
- conjoncturellement, la concomitance de la pandémie de la COVID 19 et de la généralisation du droit de dérogation en 2020 a évincé ce dispositif des priorités préfectorales. Les préfets ont été accaparés par la gestion quotidienne, sur une très longue période, de la crise sanitaire, détournant naturellement leur attention du nouveau dispositif dérogatoire ;
- surtout, l'adoption de mesures réglementaires, donc de portée générale, destinées à atténuer les effets de la crise sanitaire sur le déroulement et les délais de certaines procédures administratives a en partie « dévitalisé » le décret sur le droit de dérogation individuelle, qui, faute de ces mesures réglementaires, aurait pu jouer ce rôle, au prix, il est vrai, d'une moindre efficacité. L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* a ainsi organisé un train substantiel de dérogations réglementaires aux règles de délais et de procédures administratives qui entraient pour partie dans le champ même du décret n° 2020-412. La crise COVID, suivie de sa cohorte de textes généraux corrigeant certains de ses effets sur les procédures, a donc marginalisé temporairement le nouveau dispositif.

Au bilan donc :

- une nette majorité de préfets a, *a minima*, envisagé au moins une fois une procédure de dérogation, témoignant de leur intérêt pour ce dispositif .
- la moitié des préfets de département (51 sur 101) ont signé, au moins une fois, un arrêté dérogatoire, et, au titre de leurs compétences régionales, plus du tiers des préfets de région (7 sur 18) ;
- 14 préfets qui ont envisagé la dérogation y ont renoncé au terme de l'instruction, ce qui atteste de la rigueur de sa mise en œuvre.

⁵⁵ En 18 mois seulement, puisque les préfets ont attendu la circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018 pour mettre en œuvre le nouveau dispositif.

⁵⁶ Sur une période de plus de 22 mois.

Les arrêtés dérogatoires signés et notifiés en permettent une analyse documentée, tant au plan de la mise en œuvre territoriale que de l'identification de l'objet des dérogations et de leurs bénéficiaires réels.

2.2.2 L'introuvable logique territoriale des dérogations préfectorales

Il serait vain de chercher une logique territoriale à l'utilisation du droit de dérogation, au-delà du constat que celle-ci n'a concerné, après généralisation, que la moitié des départements et le tiers de régions.

La cartographie semble plus obéir à une logique d'implication personnelle du préfet que de caractéristiques politiques, géographiques, économiques, administratives ou sociologiques des territoires concernés. C'est ce qu'illustre la concentration des arrêtés de dérogation : 49% ont été pris par seulement 10 préfets, avec une moyenne de 17 arrêtés par préfecture, l'autre moitié des arrêtés ayant pour signataires 48 préfets, avec, en moyenne, moins de 4 actes par préfecture⁵⁷. La région Bourgogne Franche-Comté offre un bon exemple de ce phénomène de concentration, déconnecté, en l'occurrence, des caractéristiques démographiques des départements qui la composent, et il est sans doute transposable aux autres régions françaises : parmi les 8 départements qui la composent, l'avant-dernier en importance de population, la Nièvre, cumule 13 décisions de dérogation quand le second, le Doubs, n'en a pris que 2 depuis l'entrée en vigueur du dispositif.

L'outre-mer quant à lui n'a presque pas utilisé le droit de dérogation⁵⁸ pour la finalité initialement envisagée lors de l'expérimentation : la reconstruction de Saint-Barthélemy/Saint-Martin après la tempête IRMA de septembre 2017⁵⁹. La plupart des arrêtés, pris à Mayotte, portent, comme en métropole, sur le régime des concours financiers de l'Etat, sans réelle spécificité ultra-marine quant au contenu des dérogations. Cependant, la situation particulière de nombre de communes de ces territoires – une moindre capacité d'ingénierie pouvant conduire à des erreurs de gestion financières régularisables par le biais des dérogations, et surtout une situation endémique de trésorerie faible sinon inexistante, compliquant le respect du taux légal minimal d'autofinancement des investissements – pourrait justifier un nombre plus important de dérogations, dans le champ des concours financiers, qu'en métropole.

L'utilité outre-mer de ce droit de dérogation peut tout de même interroger, ces territoires étant, pour la plupart, déjà bénéficiaires, parfois institutionnellement, de nombreuses adaptations censées répondre aux réalités de terrain.

Ils ont d'autre part une pratique quasi quotidienne de la gestion de crise qui s'accompagne inmanquablement de processus dérogatoires, et les préfets entretiennent des relations directes avec les cabinets ministériels, voire les ministres, permettant souvent des réponses adaptées aux problématiques locales, c'est-à-dire, dans les faits, dérogatoires.

⁵⁷ Si l'on tient compte des données recueillies par la mission auprès des préfectures interrogées, la concentration est en réalité beaucoup plus marquée, dépassant 60% d'arrêtés pris par seulement 10 préfectures, 40% étant répartis entre 48 préfectures.

⁵⁸ On mentionnera à cet égard le particularisme d'un territoire ultra-marin comme Mayotte, qui, politiquement, revendique la convergence avec le droit général plus que la différenciation. Le régime de la dérogation y est donc ambigu : outil de souplesse, il contrarie en même temps la convergence que recherchent les élus, ce qui peut mettre le préfet en porte-à-faux dans son usage.

⁵⁹ Aux termes de la circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018, « *il convient d'accompagner et de faciliter la réalisation de projets ou de démarches ainsi que de répondre aux besoins des territoires, ceux des outre-mer notamment et plus spécifiquement encore ceux des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin désormais entrés en phase de reconstruction et de gestion d'une situation post-crise* ». Deux arrêtés seulement ont été pris par le préfet délégué, pour déroger, non pas à des règles de construction ou d'aménagement, mais aux procédures d'agrément des centres de destruction des véhicules hors d'usage, conséquence indirecte de la tempête.

2.2.3 Les collectivités territoriales sont les principales bénéficiaires des dérogations

2.2.3.1 Les collectivités locales captent l'essentiel des arrêtés de dérogation...

Les personnes publiques décentralisées, collectivités locales et EPCI, et les sociétés d'économie mixte locales sont les principales bénéficiaires des dérogations: 80% pendant la période d'expérimentation, 86% depuis la généralisation. Avec le dispositif de dérogation préfectorale, *« l'administration de l'Etat parle aux administrations décentralisées »*.

Le constat n'est guère surprenant, même s'il s'écarte de la cible prioritaire du chef de l'Etat, dans son discours aux préfets de septembre 2017, destinant le régime des dérogations à l'économie plus qu'aux administrations décentralisées, aux entrepreneurs plus qu'aux collectivités locales.

Dans cet esprit d'ailleurs, le décret instaurant le droit de dérogation cite, avant les collectivités locales, les dispositifs de soutien *« aux acteurs économiques »*. La circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018 insiste également: elle hiérarchise dans sa rédaction les bénéficiaires du droit de dérogation, qui *« permet de décider de ne pas appliquer une disposition réglementaire à un cas d'espèce, ce qui la plupart du temps devrait conduire à exonérer un particulier, une entreprise ou une collectivité territoriale d'une obligation administrative »*.

Or, dans les faits, c'est une hiérarchie exactement inverse qui s'est imposée avec la mise en œuvre du droit de dérogation: les particuliers en sont exceptionnellement bénéficiaires (4% des cas sur l'ensemble de la période), derrière les entreprises et acteurs économiques de droit privé (8%), et très loin des personnes morales de droit public décentralisées (86%).

Cependant, ces pourcentages issus du bilan chiffré de la DMAT au 15 février 2022 ne reflètent pas exactement la réalité du bénéfice, pour les acteurs économiques, des dérogations. D'abord parce que, derrière les investissements réalisés par les collectivités locales avec des subventions dérogatoires de l'Etat, peuvent se trouver des acteurs économiques, bénéficiaires indirects de ces processus dérogatoires. Ensuite parce que les préfets interviennent souvent par le biais de dérogations de fait, non formalisées dans le cadre du décret n° 2020-412, dans le champ économique.

Pour reprendre deux exemples déjà cités, s'agissant des règles d'emploi de la main d'œuvre étrangère, un préfet a pu décider, sans prendre une dérogation formelle du décret n° 2020-412, de s'affranchir des règles de durée de séjour de travailleurs étrangers. Dans le même esprit, des constructions illégales à vocation commerciale, sur le domaine public maritime, ont pu être tolérées, contre des engagements précis de démontage en fin de saison et de remise en état complète du site, là encore sans édicition d'un arrêté dérogatoire formel qui, en tout état de cause, n'aurait pas été juridiquement possible dans la rédaction actuelle du décret du 8 avril 2020.

Sans préjudice de ces exemples, parmi d'autres, de dérogations de fait bénéficiant à des acteurs économiques, l'inversion de hiérarchie s'explique: les collectivités locales sont, beaucoup plus que les particuliers et que les opérateurs économiques - dans les champs couverts par le dispositif de dérogation -, les interlocutrices privilégiées des préfets. C'est sur elles qu'ils disposent du pouvoir d'intervention le plus étendu, reposant sur un ensemble de dispositifs réglementaires dont certains sont éligibles à la dérogation.

A l'inverse, le préfet de département a des marges d'intervention réduites auprès des opérateurs économiques. Pour l'essentiel, l'action économique locale échappe à sa compétence, la région constituant le niveau essentiel de la déconcentration comme de la décentralisation économiques, à travers par exemple, pour les conseils régionaux, la gestion des fonds structurels européens ou le renforcement de la fiscalité économique dans leurs ressources fiscales et financières. Au surplus, l'action économique publique est plus souvent l'apanage des grandes institutions (Caisse des dépôts et consignations, Banque de France) et des agences de l'Etat, à travers, parfois, leurs structures déconcentrées, que des préfets de département.

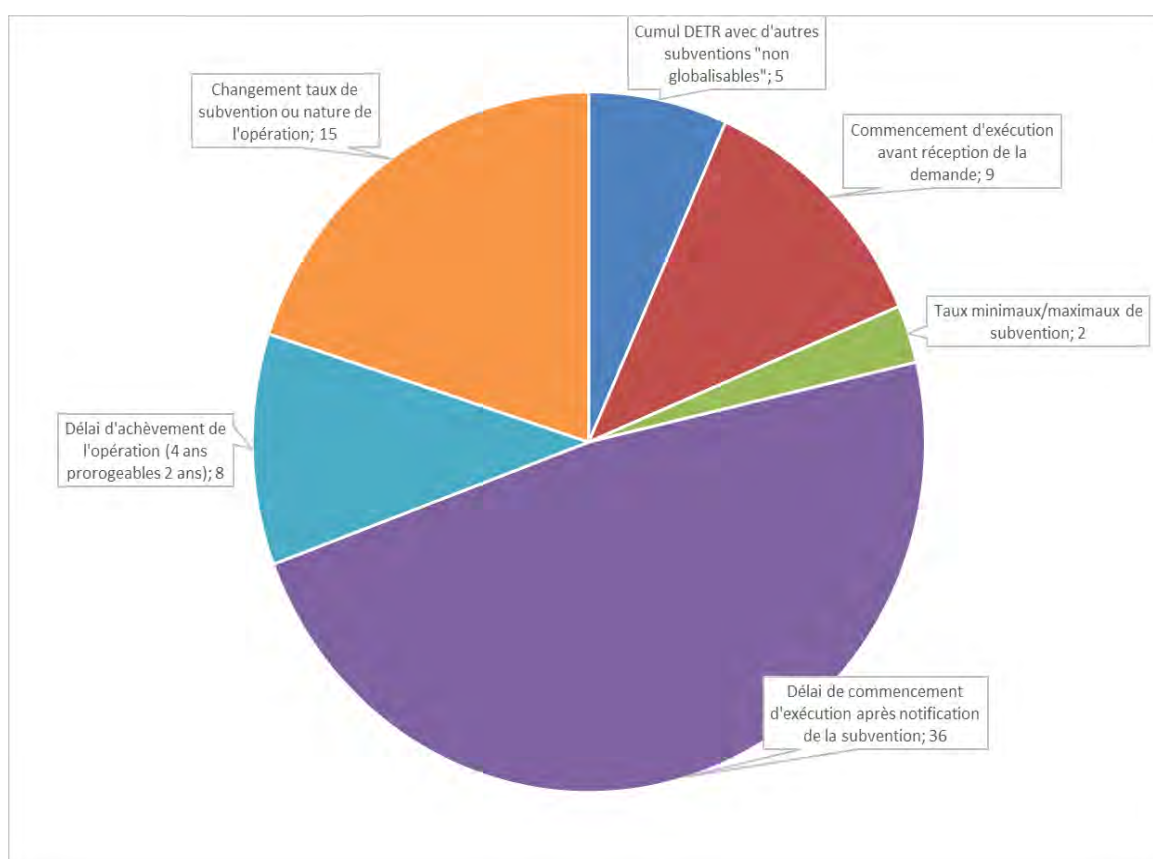
Les préfets de région ont fait, eux aussi, un usage très limité de leur droit de dérogation dans le champ de l'action économique : sur 44 dérogations qu'ils ont envisagées, tous domaines confondus, dans la période, 4 seulement concernaient l'emploi ou les opérateurs économiques et 40, les dotations aux collectivités territoriales. Après instruction, une seule dérogation « économique » s'est finalement concrétisée⁶⁰.

Plus largement, on peut s'étonner de la part très résiduelle des dérogations intervenues dans les domaines de l'action sociale, du sport, de la politique de la ville ou dans le champ culturel.

Le bilan confirme donc que **le droit de dérogation est en quelques sorte aimanté par les collectivités locales et bénéficie très marginalement au secteur économique.**

2.2.3.2 ... dans le domaine des concours financiers de l'Etat

L'essentiel des dérogations préfectorales bénéficiant aux collectivités locales concerne le régime des concours financiers de l'Etat. 75% des arrêtés pris par les préfets dérogent aux modalités et conditions de versement de la dotation d'équipement aux territoires ruraux (DETR) et de la dotation de soutien à l'investissement local (DSIL), plus marginalement, de la dotation pour la politique de la ville (DPV) et de la dotation de soutien à l'investissement des départements (DSID).



Ventilation des dérogations aux règles concernant les dotations aux investissements des collectivités locales

Source : DGCL - février 2022-

⁶⁰ Il s'agissait en l'occurrence de maintenir le bénéfice d'une allocation diversité après réussite aux concours de la fonction publique, par dérogation à l'article 5 de l'arrêté du 5 juillet 2007 *relatif au régime des allocations pour la diversité dans la fonction publique*. En revanche, un avis défavorable a été opposé par la DGE à un projet de dérogation d'un préfet de région à la liste des secteurs économiques éligibles, pendant la crise sanitaire, à la modulation du taux de l'allocation d'activité partielle, résultant d'une annexe au décret n° 2020-810 du 29 juin 2020 *portant modulation temporaire du taux horaire de l'allocation d'activité partielle*. Quel que soit le bien-fondé de l'avis négatif de la DGE sur ce dossier, on observe là une limite importante au pouvoir de dérogation du préfet de région pour venir au soutien d'entreprises de la région.

Ce pourcentage élevé ne doit cependant pas faire illusion, puisque, selon l'analyse de la direction générale des collectivités locales (DGCL), les arrêtés dérogatoires correspondants ne représentent qu'environ 0,2% des projets subventionnés.

Les textes réglementaires relatifs aux dotations d'investissement auxquelles les préfets ont dérogé portent très majoritairement sur les délais de commencement des travaux après notification de la subvention et sur la prohibition de commencement d'exécution avant réception de la demande de subvention, ainsi que sur les règles concernant l'intangibilité du taux de subventionnement et de nature des projets subventionnés.

Les dérogations portent pour l'essentiel sur cinq articles de la partie réglementaire du CGCT :

- R. 2334-28, qui fixe le délai de commencement d'exécution de l'opération à 2 ans à compter de la notification de la subvention, **le préfet pouvant toutefois proroger la validité de l'arrêté** pour une période qui ne peut excéder 1 an ;
- R. 2334-30, précisant la nature de l'opération, les avances, acomptes, et le taux de subvention de l'opération, qui ne peut être modifié par rapport à l'arrêté attributif initial. Cet article prévoit **une dérogation** qui permet de modifier le taux de subvention « *lorsque des sujétions imprévisibles par le bénéficiaire et tenant à la nature du sol ou résultant de calamités conduisent à une profonde remise en cause du devis* » ;
- R. 2334-24, selon lequel aucune subvention ne peut être accordée si l'opération a connu un commencement d'exécution avant la date de réception de la demande de subvention, avec toutefois une **possibilité dérogatoire** d'accorder une subvention à une opération déjà commencée. Cette possibilité n'existe pas, en revanche, dans le décret n° 2018-514 du 25 juin 2018 *relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement*, applicable aux subventions d'investissement non codifiées dans le CGCT, comme par exemple le FNADT ;
- R. 2334-29, qui fixe le délai d'achèvement des travaux à 4 ans à compter du commencement d'exécution de l'opération. **Par dérogation** de droit commun également, et par décision motivée, le préfet peut prolonger ce délai pour une durée qui ne peut excéder 2 ans ;
- R. 2334-19, qui concerne l'interdiction de cumuler la DETR avec d'autres subventions « non globalisables » comme, par exemple, les subventions attribuées par les directions régionales des affaires culturelles (DRAC).

Parmi les cinq textes cités, **quatre prévoient donc déjà des possibilités de dérogation aux règles générales qu'ils fixent**. Dans trois cas (R. 2334-28, R. 2334-29 et R.2334-30), la dérogation est conditionnée ou encadrée. Seul l'article R. 2334-24 autorise un régime de dérogation non conditionné.

Or, de nombreux préfets ont souhaité déroger, en s'appuyant sur le nouveau dispositif du décret du 8 avril 2020, à ces articles du CGCT, en sus de leur régime de dérogation de droit commun, **cumulant ainsi deux types de dérogations** : la dérogation exceptionnelle du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 et la dérogation de droit commun des différents articles du CGCT.

Ce constat interroge évidemment sur l'adéquation de ces textes aux réalités de terrain, dès lors qu'en dépit de leur propre régime de dérogation, ils génèrent de nombreuses dérogations exceptionnelles, même si nombre d'entre elles ont été justifiées par des circonstances conjoncturelles liées à la crise sanitaire ou au renouvellement des conseils municipaux.

On reviendra en partie 3 sur les conséquences à tirer de ces dérogations récurrentes prises sur le fondement du décret n° 2020-412, s'agissant d'éventuelles modifications des textes du CGCT.

On soulignera enfin que si les collectivités locales sont évidemment les premières bénéficiaires des dérogations exceptionnelles au régime des dotations d'investissement, ce dispositif a aussi une

évidente utilité de gestion interne des enveloppes budgétaires allouées au préfet, par exemple pour éviter les pertes de crédits en fin d'exercice. On ne peut d'ailleurs exclure qu'il ait été parfois prioritairement utilisé à cette fin, plus que pour l'intérêt intrinsèque de tel ou tel projet d'investissement d'une collectivité locale.

Outre un outil facilitateur de l'allocation des concours financiers de l'Etat, la dérogation est donc aussi un opportun facteur de souplesse de la gestion budgétaire par l'administration préfectorale, comme en atteste le fait que **presque toutes les dérogations financières ont été décidées spontanément par les préfets**, sans sollicitation formelle des élus.

2.3 Une pratique des dérogations qui s'écarte parfois de l'épure du nouveau dispositif

La pratique préfectorale des dérogations s'écarte parfois assez sensiblement du mode d'emploi prescrit par le décret du 8 avril 2020 et sa circulaire d'application.

Lorsqu'elles sont formalisées, les décisions de dérogation font l'objet de motivations très hétérogènes, souvent éloignées des instructions de l'administration centrale. Leur publication est en aléatoire.

Par ailleurs, de nombreuses dérogations entrant dans le champ d'application du décret ne sont pas recensées, car non communiquées à l'administration centrale.

De même, le droit de dérogation est parfois utilisé par des préfets comme un mode de management des services déconcentrés, pour imposer l'interprétation facilitatrice plutôt que la culture de la norme.

Enfin, la pratique du droit de dérogation tend à déborder du strict champ des règles de forme et de procédure, dans certaines matières où les procédures sont la conséquence directe des règles de fond.

2.3.1 Les décisions de dérogation s'écartent souvent des règles formelles prescrites

L'article 3 du décret du 8 avril 2020 impose aux décisions dérogatoires deux prescriptions de forme : elles doivent être spécialement motivées et elles doivent être publiées au recueil des actes administratifs de la préfecture.

S'agissant de la motivation, la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 rappelle le principe de la motivation obligatoire des décisions individuelles de dérogation, qui figure en tout état de cause à l'article L 211-3 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), obligation reprise de manière redondante, mais pédagogique, par l'article 3 du décret n° 2020-412.

La « *foire aux questions* » constituant l'annexe 4 de la circulaire du 6 août, dans une rédaction alambiquée, est en revanche très exigeante sur le contenu et l'architecture de la motivation : « *Dans les visas (...), doivent être clairement identifiées les difficultés qui se posent et qui conduisent à faire usage du droit de dérogation, de telle sorte que soient clairement dissociées les hypothèses où, à juste raison, le préfet a consenti à déroger de celles où il a refusé. Le préfet devra donc bien veiller à motiver la décision prise par dérogation, par l'examen individuel de l'espèce (i.e. au cas par cas), et s'appuyer sur des circonstances locales, et ne pas faire référence à une prise de position générale qui consisterait, dans le département ou la région, à accepter par principe les dossiers présentant telle caractéristique. Cette référence à une position de principe serait en effet la création par le préfet d'une norme réglementaire dérogatoire, ce que le décret n'autorise pas* ».

L'examen des arrêtés préfectoraux figurant dans l'application TNV de la DMAT révèle une mise en œuvre très disparate de ce mode d'emploi de la motivation. Peu d'arrêtés comportent une motivation spécifique expliquant la raison de son octroi, et encore moins, ce qu'on peut comprendre, des développements sur les hypothèses comparées, appliquées au cas particulier,

d'octroi et de refus. Plus étonnante, l'identification même d'une dérogation ou du texte auquel il est dérogé n'est pas toujours évidente, hormis le visa du décret du 8 avril 2020. Enfin, lorsqu'une motivation spéciale précède le dispositif énonçant la dérogation, elle est parfois assez peu circonstanciée.

Les services préfectoraux consultés par la mission ont souligné leur embarras pour respecter des exigences aussi architecturées et détaillées, ce qui explique la liberté qu'ils ont souvent prise par rapport à l'instruction du Premier ministre.

S'agissant de la publication, l'examen par sondage réalisé par la mission montre que tous les arrêtés ne sont pas publiés. On peut supposer en revanche qu'ils sont notifiés à leur bénéficiaire, conformément au régime de droit commun des actes non réglementaires.

Familiers de ces règles de droit commun des actes administratifs, les services en oublient l'ajout de cette exigence nouvelle fixée par le décret, de doubler la notification d'une publication. Pour d'autres préfectures interrogées, cette exigence de publication a été considérée comme contre-productive, alimentant le risque de constituer des précédents ultérieurement opposables au préfet lui-même.

On reviendra sur les inconvénients de cet empilement d'exigences formelles en section 3.1.2.5.

Enfin, la mission a pu constater que les préfectures interrogées ne formalisaient pas leurs éventuelles décisions de refus de dérogation, privilégiant alors le mécanisme de droit commun de la décision implicite de rejet. Il est vrai que les cas sont rares, vu le très faible nombre de demandes formelles de dérogation dont sont saisis les préfets sur le fondement du décret du 8 avril 2020 : c'est le plus souvent d'office que le corps préfectoral organise la mise en œuvre du droit de dérogation.

2.3.2 Nombre de décisions de dérogation ne sont pas comptabilisées par l'administration centrale

L'interrogation d'un échantillon représentatif de préfectures (près du tiers d'entre elles) permet de constater un différentiel sensible entre le nombre d'arrêtés de dérogation comptabilisés par la DMAT, et le nombre réel de dérogations prises sur le fondement - ou dans le champ⁶¹ - du décret du 8 avril 2020.

La sous-estimation du bilan officiel est particulièrement flagrante dans le domaine des concours financiers de l'Etat. Nombre de préfectures, pourtant présumées n'avoir jamais pris d'arrêté de dérogation au vu des statistiques du ministère de l'intérieur, prennent pourtant des dérogations formelles en matière de dotations ou de subventions au bénéfice de collectivités territoriales, sans saisine préalable de l'administration centrale ni publication au recueil des actes administratifs de la préfecture, et sans remontée d'information à la DGCL via la DMAT, même si la DGCL en a généralement connaissance *a posteriori*, au moyen de ses outils informatiques de suivi de la consommation des concours financiers de l'Etat.

A titre d'exemple, et sur la seule période 2020-2021, l'une des préfectures consultées a pris 179 arrêtés dérogeant aux dispositions du décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999 *relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement*, concernant le taux maximum de 80% de subventions publiques ou la règle selon laquelle les travaux ne doivent pas avoir été engagés avant l'octroi de la subvention. Tous les arrêtés pris par cette préfecture ont dûment visé le décret du 8 avril 2020, mais aucun d'entre eux n'a fait l'objet d'une information de l'administration centrale.

L'ajout des arrêtés pris par cette seule préfecture aux statistiques tenues par la DMAT augmente de plus de 50% les résultats enregistrés au 15 février 2022. Cette situation n'étant pas isolée, **on peut**

⁶¹ La mission distingue ici les arrêtés préfectoraux de dérogation qui mentionnent formellement le décret du 8 avril 2020 dans leurs visas, de ceux qui ne s'y réfèrent pas, bien que pris dans l'une des matières ouvertes à la dérogation par ce décret.

considérer, sans pouvoir être plus précis, que le bilan officiel est vraisemblablement inférieur de moitié au bilan réel.

Cette abstention de certaines préfectures à informer le ministère de l'intérieur de leurs décisions dérogatoires peut s'expliquer. Au sein de la préfecture, la dérogation aux règles des concours financiers peut apparaître comme accessoire par rapport à la masse de décisions financières signées, et son suivi, dans ce domaine, ne fait pas nécessairement l'objet d'un pilotage dédié. Nombre de décisions ne sont donc pas fléchées comme telles aux fins d'en informer la DMAT. Surtout, la dérogation en matière de subventions publiques relève d'une pratique ancienne à laquelle le décret du 8 avril 2020 n'a fait que donner un habillage et une sécurisation juridiques, qui la rend moins singulière, donc moins identifiable par les services que dans d'autres domaines cités par son article 1er.

2.3.3 Le droit de dérogation est aussi utilisé comme outil de management des services déconcentrés

Dans certains départements, y compris dans ceux n'ayant pris officiellement aucun arrêté préfectoral de dérogation, le dispositif a été utilisé comme outil de management des services déconcentrés.

Pour certains préfets, le droit de dérogation a ainsi pu servir d'arme « de dissuasion », ou plus exactement, de persuasion de certaines directions départementales enclines à une certaine routine.

La démarche managériale a pu consister à pousser les services instructeurs à procéder à une analyse plus dynamique de dossiers à la validation du préfet, les conduisant en premier examen à des décisions négatives, mais perçues comme étant contreproductives par rapport à un enjeu local fort. Ainsi, la « menace » du recours au droit de dérogation par le préfet a pu inciter des services, soucieux de ne pas être « désavoués », à faire preuve d'imagination et à engager d'initiative une démarche alternative d'interprétation facilitatrice des normes, permettant de proposer des solutions non dérogatoires, mais comparables en termes de résultats.

D'autres préfets, il est vrai peu nombreux, ont demandé aux services et directions placés sous leur autorité de mettre en place un processus d'instruction des dossiers comportant systématiquement, en cas de conclusion défavorable à une demande, une analyse subsidiaire de l'applicabilité éventuelle du droit de dérogation préfectorale, dans une démarche proactive privilégiant l'efficacité de l'action publique au respect formel de la règle de droit.

2.3.4 La pratique de dérogations à des règles procédurales « en adhérence » avec des règles de fond brouille la portée du droit à déroger

Comme on l'a indiqué en section 1.2.2.1, la jurisprudence du Conseil d'Etat suivie de la doctrine administrative considèrent que le décret du 8 avril 2020 limite le droit de dérogation (hors domaine des concours financiers de l'Etat) aux seules règles de forme et de procédure, excluant donc des dérogations au fond du droit.

Mais la distinction des règles « de procédure » et des « règles de fond » est souvent malaisée, lorsque la procédure n'est que la conséquence mécanique de la norme de fond.

La pratique des dérogations préfectorales depuis 2018 met ainsi en évidence **un phénomène récurrent d'adhérence entre règles de fond et règles de procédure**, qui brouille leur distinction théorique et induit un doute sur la régularité de certaines pratiques dérogatoires par rapport à la jurisprudence et à la doctrine.

C'est particulièrement le cas dans le domaine de l'environnement, où les dérogations ont été fréquentes. Dans ce domaine notamment, les préfets sont aux prises avec d'inconfortables injonctions paradoxales. Soutenir une activité économique, par exemple pour respecter les objectifs

de la feuille de route des politiques publiques prioritaires dont le préfet est destinataire peut se heurter aux exigences de la protection de la biodiversité.

Assurer dans les meilleurs délais la sécurité des populations par la réalisation d'ouvrages de protection indispensables, mais qui sont soumis à des autorisations environnementales s'inscrivant dans la durée, peut obliger le préfet à « concilier » des intérêts publics potentiellement contradictoires⁶². Les hiérarchiser, donc écarter, dans telle situation, les dispositions jugées « moins prioritaires », c'est exercer un pouvoir de dérogation, qui, dans le domaine de l'environnement, est presque toujours à la lisière de la forme et du fond, voire au-delà de cette ligne de partage.

Près de 35% des arrêtés pris dans le domaine de l'environnement⁶³ dérogent ainsi **aux seuils réglementaires** fixés par les nomenclatures réglementaires des installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA) – dans le cadre de la gestion de l'eau - ou des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), pour soumettre à **simple déclaration** des projets d'installations ou d'ouvrages relevant, selon ces textes, **du régime de l'autorisation**.

Basculer d'une procédure d'autorisation administrative à une procédure de déclaration à l'administration consiste certes, *prima facie*, à déroger à une règle de procédure pour alléger une démarche administrative.

Mais, en matière environnementale comme dans les autres domaines de l'action publique, la gradation des contraintes procédurales n'est jamais que la traduction de l'échelle des risques qu'une activité ou une installation, selon l'appréciation que s'en font les pouvoirs publics, fait peser sur les intérêts à protéger. La porosité entre procédure et fond est totale.

Le code de l'environnement est d'ailleurs très explicite sur cette adhérence entre l'appréciation de l'existence ou de l'importance d'un risque et le choix de la procédure qui s'impose à l'exploitant (autorisation, enregistrement ou déclaration).

L'article L. 214-3, concernant l'eau et les milieux aquatiques et marins soumet ainsi « à **autorisation de l'autorité administrative** les installations, ouvrages, travaux et activités **susceptibles de présenter des dangers** pour la santé et la sécurité publique⁶⁴», tandis que « **sont soumis à déclaration** les installations, ouvrages, travaux et activités qui, **n'étant pas susceptibles de présenter de tels dangers**, doivent néanmoins respecter les prescriptions édictées » pour protéger ces intérêts.

De la même façon, l'article L. 512-1 concernant les installations classées soumet « à **autorisation** les installations qui présentent **de graves dangers ou inconvénients** pour les intérêts mentionnés à l'article L. 511-1 », tandis que l'article L. 512-8 soumet « à **déclaration** les installations qui, **ne présentant pas de graves dangers ou inconvénients** pour les intérêts visés à l'article L. 511-1, doivent néanmoins respecter les prescriptions générales édictées par le préfet en vue d'assurer dans le département la protection des intérêts visés à l'article L. 511-1 ».

Des nomenclatures réglementaires, évaluant les risques selon une logique échappant à toute subjectivité et ne se fondant que sur des critères objectifs de seuils quantitatifs et/ou de nature des

⁶² Cf par exemple la motivation symptomatique d'un arrêté dérogatoire substituant un régime déclaratif pour des travaux de forage, au régime d'autorisation prévu par l'article R 214-1 du code de l'environnement : « *considérant que la présente dérogation a pour objet de réduire les délais pour une planification des travaux de pompage plus rapide, (...) d'alléger la procédure afin (...) de mettre rapidement les biens et les personnes en sécurité vis-à-vis du risque de surrection du sol en surface* ». Pour une substitution comparable : « *Considérant que le délai minimum nécessaire à la mise en œuvre des procédures réglementaires à prévoir pour autoriser les travaux est incompatible avec un objectif de protection physique des populations avant les prochaines marées à risques (...); que cette décision a pour objectif de garantir la sécurité des personnes et des biens* ».

⁶³ Selon le bilan figurant en annexe 6.

⁶⁴ L'article L 214-3 soumet également à autorisation les installations, ouvrages, travaux et activités, susceptibles « de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation, de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique, notamment aux peuplements piscicoles ».

produits exploités distinguent en conséquence les projets soumis à autorisation et les projets soumis à des contraintes administratives atténuées.

Dispenser localement des projets de travaux ou une installation d'une autorisation environnementale pour les soumettre à un régime moins contraignant⁶⁵, comme l'ont fait plusieurs arrêtés préfectoraux, c'est, faute d'autre barème d'appréciation, substituer une appréciation subjective des risques à une grille d'évaluation objective fixée par décret. Si elle est facialement procédurale, c'est donc bien une dérogation à des règles de fond (l'évaluation des risques) qui est faite lorsque le préfet substitue une procédure déclarative à une procédure d'autorisation.

L'arrêté suivant est une parfaite illustration de cette substitution d'appréciation du risque (dispositif de fond), conduisant à une modification procédurale, et donc à un contournement de fait de la prohibition des dérogations de fond.

« Considérant que **le projet est (...) soumis à la procédure d'autorisation** loi sur l'eau en application de l'article L 214-3 du code de l'environnement ;

« Considérant que **le projet ne présente pas de dangers pour la santé et la sécurité publique (...).**

« Arrête :

« Article 1er : Il est dérogé à l'autorisation environnementale prévue à l'article L 214-1 du code de l'environnement pour la restauration d'un tronçon du ruisseau (...) sur la commune de (...). **Les aménagements (...) sont soumis à déclaration** au titre de la rubrique 3.2.1.0 de la nomenclature loi sur l'eau annexée à l'article R 214-1 ».

Le même phénomène d'adhérence entre procédure et fond se constate également dans certaines dérogations prises dans le champ du droit de l'urbanisme.

C'est ce qu'illustre un arrêté concernant la procédure administrative de « porter à connaissance » des aléas de submersion marine pour une demande de permis de construire en zone littorale.

« Vu le **porter à connaissance de l'aléa de submersion marine sur les communes du littoral (...), du préfet (...)** en date du 13 décembre 2019 ;

« Considérant que l'aléa de submersion marine, de niveau faible, impacte seulement 17% du terrain d'assiette du projet et que la superficie des constructions inscrites au sein de cet aléa n'excède pas 12% de cette même surface totale du terrain ;

« Arrête

« Article 1^{er} : Dans le cadre de l'instruction de la demande de permis de construire (...) une dérogation exceptionnelle aux principes de constructibilité en zone basse littorale annexés au porter à connaissance du 13 décembre 2019 est autorisée ».

Sous couvert d'une dérogation à une règle de procédure (le porter à connaissance), c'est bien une dérogation aux règles de constructibilité limitée, qui sont des règles de fond, à laquelle procède cet arrêté.

La mission ne porte pas de jugement de valeur sur le bien-fondé des arrêtés dérogatoires pris dans ces domaines (elle n'en aurait pas les moyens), et notamment sur leur respect d'une autre exigence réglementaire, essentielle, fixée par le décret du 8 avril 2020 : l'absence d'atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par la réglementation à laquelle il est dérogé. Elle constate au demeurant que le ministère de la transition écologique a validé à plusieurs reprises, depuis l'expérimentation du dispositif, voire même, pour certaines directions de ce ministère, initié des dérogations préfectorales aux nomenclatures IOTA ou ICPE.

⁶⁵ La dérogation ne peut fonctionner que dans ce seul sens, puisqu'elle doit alléger les démarches administratives.

3 RENFORCER L'EFFICIENCE DU DISPOSITIF EN EVITANT SA BANALISATION

Tous les préfets interrogés par la mission se félicitent du nouveau droit de dérogation qui leur est reconnu. Tous lui reconnaissent une valeur ajoutée pour l'exercice de leurs missions.

Si les modalités de ce droit peuvent susciter des interrogations ou des réserves, aucun préfet ne considère que déroger à la norme nationale le met en porte-à-faux par rapport à sa mission constitutionnelle de gardien du « *respect des lois* », dès lors que ce droit est précisément encadré, ce que tous reconnaissent au dispositif actuel. Pour nombre d'entre eux, il présente par ailleurs l'avantage de légaliser une pratique de fait, fréquente mais opaque, de dérogations ou de dispositifs comparables, allant de l'exercice sélectif du contrôle de légalité à une application « conciliante » de certaines réglementations nationales, notamment pour l'allocation des concours financiers de l'Etat. Pour certains, enfin, il peut, accessoirement et très ponctuellement, être un vecteur utile de communication « politique » sur leur capacité d'incarner un Etat agile et attentif au territoire, en utilisant ce pouvoir très atypique d'écarter *proprio motu* une norme réglementaire nationale paralysant la finalisation d'un projet d'intérêt local.

Au vu de cette reconnaissance de la valeur ajoutée du droit de dérogation préfectorale, mais aussi de l'existence de certaines entraves à son efficacité, la mission suggère des évolutions répondant à trois séries d'orientations :

- un assouplissement marqué du cadre processuel organisé par le décret du 8 avril 2020 et surtout par sa circulaire d'application, assorti d'un engagement plus volontariste des services centraux pour accompagner l'exercice du droit de dérogation ;
- une extension raisonnée du champ d'application du droit de dérogation ainsi que la possibilité, encadrée, de déroger à certaines règles de fond ;
- une vigilance maintenue pour conserver au dispositif une vocation subsidiaire et mobiliser prioritairement tous les moyens permettant à la fois d'en faire l'économie et de procéder aux ajustements de la norme justifiés par les circonstances locales.

3.1 A périmètre constant, assouplir le cadre processuel des dérogations et dynamiser le portage national du dispositif

3.1.1 Dynamiser le portage national du dispositif pour permettre aux services déconcentrés de se l'approprier pleinement

Les préfets se satisfont d'une certaine confidentialité du décret sur le droit de dérogation, qu'ils n'ont pas cherché à corriger au niveau local. Leur exposition quotidienne aux demandes de traitement « sur mesure », c'est-à-dire de dérogations plus ou moins clairement formulées, que ce soit de la part des élus locaux, des opérateurs économiques ou des particuliers les conduit plutôt à se défier d'un excès de publicité qui pourrait susciter une multiplication de demandes auxquelles ils ne voudraient pas ou, compte tenu des critères stricts du décret, ne pourraient pas répondre favorablement. La plupart ont donc limité le « porter à connaissance » du dispositif au seul cercle, fermé, des services déconcentrés de l'Etat.

Cette confidentialité offre un confort de gestion quotidienne et limite le risque d'effet déceptif, mais elle est en même temps un handicap. Car si elle n'est plus, en 2022, la *terra incognita* administrative qu'elle pouvait être en 2017, la dérogation préfectorale du décret n° 2020-412 demeure un objet administratif mal identifié par les administrations déconcentrées. La moitié seulement des préfets de département comme de région ont fait un usage effectif de ce droit, plus de quatre ans après son expérimentation. 35% des préfets de département et 30% des préfets de régions métropolitaines n'ont pas même envisagé de l'utiliser, même dans le domaine des concours financiers de l'Etat et même dans la période où il pouvait paraître le plus utile, la crise sanitaire de 2020-2021.

Le droit de dérogation gagnerait donc incontestablement en efficience s'il était mieux identifié, **en tout premier lieu par les services déconcentrés**, comme composante à part entière de la « boîte à outils » juridique des préfets. Les administrations centrales, sous la coordination et à l'initiative de la DMAT, peuvent apporter une contribution déterminante à cette appropriation.

3.1.1.1 Engager sur le plan ministériel des actions de sensibilisation et de formation des services déconcentrés au droit de dérogation préfectorale

La longue période de gestion de la crise sanitaire qui a commencé au moment même de la généralisation du droit de dérogation peut expliquer, pour partie du moins, l'absence ou la discrétion de la communication des administrations centrales auprès de leurs services déconcentrés sur le droit de dérogation.

En dehors du ministère de l'intérieur, les ministères « métier », sauf à la marge, se sont en effet abstenus d'organiser de véritables actions de sensibilisation de leurs services déconcentrés sur ce nouveau dispositif, ne serait-ce que sous la forme d'instructions écrites, se contentant de la diffusion aux préfets de la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020.

Ce n'est à l'évidence pas suffisant pour assurer une bonne acculturation de ces services au nouveau droit de dérogation et faire au moins de sa prise en compte un réflexe, pour sa déclinaison dans chacun des domaines *dérogeables*.

Sans cet engagement des ministères « métier », il est vain d'espérer une véritable appropriation de ce dispositif par les services qui auront en tout état de cause à instruire les dossiers qui pourraient justifier sa mise en œuvre.

La mission insiste donc pour que les services centraux exercent plus activement leur mission d'impulsion, de conseil et d'appui aux services déconcentrés, dans le cadre de l'exercice du droit de dérogation préfectorale.

Ces actions d'information, mais plus encore, de formation des services déconcentrés devraient être conçues par les directions « métier », en partenariat et sous la coordination du ministère de l'intérieur, au titre du pilotage interministériel qui lui est dévolu dans ce domaine.

Recommandation n°1 : Structurer une démarche d'appui des administrations « métier » aux services déconcentrés, en vue de l'acculturation de ces derniers au droit de dérogation préfectorale (à l'initiative de la DMAT)

3.1.1.2 Donner au pilotage interministériel du dispositif de dérogation par la DMAT une dimension plus stratégique

3.1.1.2.1 Faire du droit de dérogation un sujet régulier de réflexion, de formation et d'information

La DMAT, pour sa part, devrait faire du droit de dérogation un thème régulier des formations à la prise de poste des membres du corps préfectoral et des réunions ou séminaires de préfets, de secrétaires généraux de préfecture et de sous-préfets d'arrondissement, lesquels, comme le préfet lui-même, ont un rôle moteur à jouer pour son éventuelle mobilisation, en détectant sur le terrain des situations pouvant conduire à sa mise en œuvre, à défaut d'autres solutions relevant du droit commun.

3.1.1.2.2 Organiser des ateliers de travail avec les directions « métier »

La DMAT devrait également imposer son pilotage stratégique de la conduite du dispositif de dérogation au niveau interministériel, au-delà de son positionnement d'interface administrative entre les préfectures et les autres ministères.

Sans préjudice des rendez-vous annuels de bilan, « grand messes » organisées sous la présidence du secrétaire général du ministère, il revient à cette direction, d'organiser, par exemple, des réunions de travail thématiques régulières avec les directions « métier », en veillant à y associer des préfets en poste territorial, pour :

- informer les directions sur les suites données à leurs avis, en focalisant l'analyse sur les dérogations éventuellement accordées en dépit d'avis négatifs ;
- présenter, à partir de cas pratiques, les difficultés que peuvent rencontrer les préfets dans la mise en œuvre du droit de dérogation, ses éventuelles lacunes, et le cas échéant, les situations dans lesquelles la dérogation doit être évitée ;
- identifier les besoins d'ingénierie nécessaires, localement, à l'instruction de dossiers de dérogation relevant de réglementations techniques ou complexes, parfois mal maîtrisées ;
- réaliser un retour d'expérience à partir d'une sélection de décisions préfectorales et capitaliser, en vue de leur mutualisation, les bonnes pratiques ;
- identifier les textes réglementaires à faire évoluer en cas de dérogations récurrentes, ou au contraire, à sanctuariser en dépit de tentatives de dérogations, en explicitant alors les raisons ;
- faire émerger des problématiques nouvelles ou non connues de l'administration centrale ;
- élaborer des notes ciblées sur des thématiques récurrentes.

Au terme de ces ateliers, l'application TNV serait enrichie de ces notes et de fiches pratiques à l'usage des préfetures et des directions interministérielles.

Recommandation n°2 : Dynamiser le pilotage stratégique interministériel du dispositif de dérogation préfectorale (DMAT)

3.1.1.2.3 Piloter la modification des textes auxquels il est fréquemment dérogé

Le droit de dérogation offre l'opportunité d'identifier, en mesurant la récurrence de sa mise en œuvre, l'inadaptation ou les défauts des textes auxquels les préfets estiment fréquemment nécessaire de déroger.

C'est ce que rappelle opportunément la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 : *« la redondance avec laquelle l'usage de ce droit de dérogation, appliqué à tout ou partie d'une réglementation donnée, pourra survenir, devra vous amener à questionner la pertinence de celle-ci ou sa rédaction même et pourra vous conduire à saisir l'administration concernée (avec copie à la direction de la modernisation et de l'administration territoriale du ministère de l'intérieur) de ce questionnement et de la possibilité de faire évoluer cette réglementation ».*

Saisie ou non par les préfets de ce questionnement, l'administration centrale doit donc radiographier les normes posant des problèmes récurrents d'application, donc génératrices de projets récurrents de dérogations. Ces normes doivent, dans ce cas, être revues pour ne pas installer les dérogations correspondantes, devenues incontournables, dans une routine contestable.

Cet exercice de radiographie devrait être initié par la DMAT, en tant que direction pilote.

Force est de constater qu'il n'a pas encore commencé à la date de rédaction de ce rapport. Il est vrai que la période de recul est relativement brève (deux ans depuis la généralisation du droit, quatre ans pour les préfetures expérimentatrices), et a été partiellement neutralisée par la crise sanitaire. Néanmoins, il est d'ores et déjà possible d'identifier des textes réglementaires auxquels il a été très souvent dérogé. Comme on l'a indiqué en section 2.2.3.2, ils concernent les concours financiers de

l'Etat et sont, à ce jour, au nombre de cinq. Il s'agit des articles R. 2334-19, R. 2334-24, R. 2334-28, R. 2334-29 et R. 2334-30 du CGCT.

On ne peut que se féliciter à cet égard du travail engagé par la DGCL pour identifier ces récurrences dans le champ des concours financiers et pour esquisser les modifications réglementaires destinées à les prendre en compte.

La mission n'a pas pour mandat de porter une appréciation sur cette analyse. Elle suggère cependant que ce travail soit finalisé dans les meilleurs délais possibles, sous l'impulsion de la DMAT. Il illustrerait ainsi l'utilité du droit de dérogation comme révélateur de l'inadaptation de certains textes normatifs, répondrait à l'invitation claire du Premier ministre dans la circulaire du 6 août 2020, et témoignerait de la cohérence de l'action des pouvoirs publics pour en tirer les conséquences.

Recommandation n°3 : Engager la modification des dispositions réglementaires ayant conduit à des dérogations préfectorales récurrentes (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.1.2 Fluidifier l'instruction

3.1.2.1 Prioriser, après les avoir recensées, les dérogations permanentes prévues par des textes spéciaux sur la dérogation exceptionnelle organisée par le décret du 8 avril 2020

Dans les domaines ouverts au droit de dérogation par l'article 1^{er} du décret du 8 avril 2020, de très nombreux textes réglementaires prévoient déjà des hypothèses de dérogations, qu'on qualifiera de « spéciales » ou « permanentes », à l'application de la norme, dont beaucoup sont à la décision des préfets.

Ils sont, par exemple, particulièrement abondants dans le droit de l'environnement et dans celui de l'urbanisme, dont on a vu qu'ils exercent une forte attractivité pour l'exercice du droit de dérogation.

C'est le cas, notamment, des dérogations à l'interdiction d'urbanisation en secteurs non contigus de zones déjà urbanisées, prévues par le code de l'urbanisme pour les constructions à usage agricole (article L. 121-10 code de l'urbanisme) ; des dérogations à la prohibition de l'abattage d'arbres plantés dans des allées ou alignements pour les besoins de projets de construction (article L. 350-3 code de l'environnement) qui peuvent relever de la compétence du préfet dans les communes non dotées d'un plan local d'urbanisme (PLU) ou qui sont mentionnés à l'article L. 422-2 du code de l'urbanisme ; des dérogations préfectorales en matière de protection du patrimoine, auquel se rattachent les espèces protégées (article R. 411-6 code de l'environnement) ou les habitats naturels (article R. 411-17-8 du même code) ; de dérogations à la réglementation des réserves naturelles etc.

Les dérogations prévues par des textes spéciaux sont également fréquentes dans bien d'autres domaines, comme les concours financiers de l'Etat. Le II de l'article R. 2334-24 du CGCT, par exemple, prévoit que, de façon dérogatoire à la règle générale, le préfet peut décider que le commencement d'exécution d'une opération *subventionnable* au titre de la DETR avant la réception par la préfecture de la demande de subvention n'entraîne pas un rejet d'office de la demande de subvention. De la même façon, si le principe d'intangibilité du projet *subventionnable* est prévu, entre autres, par le décret n° 2018-514 du 25 juin 2018 *relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement*, le II de son article 10 permet déjà au préfet de déroger à cette intangibilité « lorsque des sujétions imprévisibles par le bénéficiaire conduisent à une profonde remise en cause du montant estimé du projet », ce qui couvre un large spectre.

L'articulation de ces dérogations permanentes, prévues par des textes spéciaux, et du droit de dérogation exceptionnelle du décret du 8 avril 2020 a pu créer une certaine confusion dans l'exercice de ce dernier.

Désireux d'utiliser le pouvoir nouveau qui leur était donné, certains préfets ont ainsi souhaité s'engager, pour éviter le rejet d'office de la demande de subvention en cas de commencement

anticipé des travaux, dans une dérogation prise sur le fondement du décret n° 2020-412, pourtant inappropriée compte tenu du II de l'article R. 2334-24 du CGCT. De la même façon, une dérogation prise sur le fondement du même décret aux règles d'intangibilité du projet *subventionnable* a pu être regardée comme superfétatoire, puisqu'elle est déjà autorisée par le décret du 25 juin 2018. La confusion a d'ailleurs été parfois entretenue par l'administration centrale, qui a pu émettre, ici, des avis défavorables, compte tenu de la préexistence d'un droit de dérogation permanent, là des avis favorables, tout en relevant l'inutilité de la dérogation exceptionnelle.

D'un point de vue strictement juridique, rien n'interdit *a priori* d'utiliser le droit de dérogation du décret du 8 avril 2020 de préférence à un éventuel régime de dérogation permanente prévu par un texte spécial, dès lors que les conditions d'exercice de l'une ou l'autre dérogation sont réunies.

D'un point de vue logique, en revanche, pour conserver son caractère subsidiaire et exceptionnel au recours au décret du 8 avril 2020, il est nettement préférable que les dérogations de droit commun prévues par des textes spéciaux - qu'on peut voir comme des armes administratives conventionnelles par opposition aux dérogations « d'exception » organisées par le décret n° 2020-412 qui constituent, pour reprendre la formule d'un préfet interrogé par la mission, « l'arme nucléaire » - soient privilégiées par rapport au décret n°2020-412. Celui-ci devrait toujours être considéré comme une « corde de rappel », utilisable uniquement lorsqu'aucun autre texte de l'ordonnancement juridique ne permet de parvenir à un résultat identique.

Il en va de l'intelligibilité du droit et de la sécurité juridique. La dérogation du décret de 2020 est en effet très encadrée et conditionnée, complexe de mise en œuvre, longue à formaliser et relativement exposée au risque contentieux.

Les dérogations spéciales permanentes sont à l'inverse, soit non conditionnées, soit soumises à un nombre restreint de critères, généralement « fermés » et objectifs, donc facilement vérifiables, et au surplus souvent éclairés par des interprétations jurisprudentielles constituant des aides à la décision.

Dans l'ordre d'examen des questions, lors de l'instruction d'un dossier, **la vérification des possibilités de mobilisation d'une dérogation spéciale et permanente**, organisée par le texte même dont il est envisagé de s'écarter **doit donc logiquement précéder l'examen d'une dérogation exceptionnelle du décret n° 2020-412**.

Précisons toutefois, pour ajouter à la complexité, qu'il n'est pas exclu que le régime de dérogation exceptionnelle puisse se combiner avec le régime des dérogations de droit commun. Dans le champ des concours financiers de l'Etat, par exemple, l'analyse des arrêtés dérogatoires pris depuis 2018 fait apparaître de nombreux cas de dérogations exceptionnelles prorogeant, pour le commencement d'exécution de l'opération subventionnée, la durée de dérogations spéciales précédemment mises en œuvre, mais dans la limite d'une seule année, prévue par l'article R. 2334-28.

Encore faut-il que toutes les situations de dérogations permanentes, qui sont autant de leviers réglementaires permettant d'accompagner l'action publique, soient connues et identifiées. Or ces cas sont parfois difficiles à identifier dans le contexte de profusion des textes, tout particulièrement dans le domaine de l'environnement, où elles sont pourtant nombreuses. On ne doit donc pas sous-estimer la difficulté que peuvent rencontrer, pour s'assurer de telles possibilités de dérogations spéciales, des services déconcentrés victimes par ailleurs d'une forte attrition de leurs effectifs et d'une diminution de leur capacité d'ingénierie.

La mission recommande donc la réalisation **d'un panorama des dérogations, exceptions et tempéraments** déjà prévus par des textes spéciaux, dans tous les domaines ouverts au droit de dérogation par le décret du 8 avril 2020, pour identifier *ab initio* les hypothèses de dérogations permanentes et éviter la mise en œuvre d'une dérogation exceptionnelle, superfétatoire et plus fragile.

Ce catalogue devrait être réalisé par chaque administration centrale en charge de chacun des domaines concernés, coordonné par la DMAT et mis à la disposition de l'ensemble des services déconcentrés.

Recommandation n°4 : Etablir un catalogue des dérogations spéciales permanentes existantes dans les domaines ouverts au droit de dérogation par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.1.2.2 Renforcer l'accessibilité des outils numériques d'aide à la décision des préfets et en améliorer le contenu

La plate-forme numérique TNV, sur la base de laquelle ont été réalisés les bilans de la mise en œuvre du droit de dérogation, est une application intranet conçue par la DMAT, dont la pertinence est saluée par les préfetures interrogées. Elle met à la disposition des services préfectoraux l'ensemble des textes et éléments de doctrine concernant l'exercice du droit de dérogation. Elle tient également à jour un recensement des décisions prises, classées par domaines de l'article 1^{er} du décret du 8 avril 2020 et, dans chacun d'eux, par ordre peu ou prou chronologique.

A l'expérience, il paraît désormais nécessaire de faire évoluer cet outil sur plusieurs plans.

D'une part, il a été indiqué à la mission que les directions interministérielles, départementales ou régionales, n'avaient pas, pour des raisons techniques, de connexion à TNV et que, pour les autres services déconcentrés, l'accès supposait des demandes de codes relativement peu fluides. Il est donc indispensable, pour mutualiser la ressource documentaire, dont la richesse n'est pas contestable et qui pourrait encore être améliorée comme on l'a préconisé au point 3.1.1.2, d'élargir et de simplifier l'accès à la plate-forme pour l'ensemble des services déconcentrés de l'Etat.

D'autre part, il est souhaitable de repenser son contenu afin qu'il devienne un véritable outil pratique d'aide à la décision. La hiérarchisation des informations de la base pourrait ainsi être revue, par exemple en créant une rubrique d'archives dans laquelle pourraient être rangés les différents articles de la doctrine qui a commenté le droit de dérogation depuis son origine ou le bilan de l'expérimentation conduite sur la base du décret de 2017, pour mieux faire apparaître des données plus actuelles et plus « éclairantes », comme les décisions du Conseil d'Etat et conclusions de ses rapporteurs publics qui l'ont analysé au contentieux.

Au-delà d'un recensement exhaustif des arrêtés de dérogations, les services déconcentrés ont aussi besoin que soit plus clairement mis en valeur :

- les hypothèses de dérogations les plus fréquentes, identifiant avec précision les textes concernés ;
- les hypothèses de dérogations envisagées mais non mises en œuvre au terme de l'instruction. Un certain nombre de ces hypothèses sont d'ailleurs déjà analysées, à partir de cas pratiques qui gagneraient à être complétés, dans une rubrique « *foire aux questions* » qui appelle habituellement des réponses plus compactes et synthétiques ;
- des modèles d'arrêtés-types assortis d'une bibliothèque de paragraphes de motivation, susceptibles de faciliter le travail de rédaction de ces actes et d'homogénéiser une pratique rédactionnelle assez hétérogène et de qualité inégale ;
- des avis ou extraits d'avis émis par les directions d'administration centrale sur des projets de dérogation, le cas échéant décontextualisés, afin d'éclairer l'ensemble des services sur les enjeux juridiques propres à une réglementation particulière, au-delà des cas d'espèce traités.

Au plan de l'ergonomie, enfin, une présentation d'ensemble plus claire et « lisible » de la plate-forme devrait être travaillée, avec le concours des autres administrations centrales, dans la mesure où elles sont directement concernées par le droit de dérogation. La conception d'un moteur de recherche

permettant par exemple d'organiser une analyse et un tri par préfecture, par domaine et par texte serait par ailleurs de la plus grande utilité.

Recommandation n°5 : Améliorer l'ergonomie de la plate-forme TNV et la faire évoluer en outil d'aide à la décision accessible à tous les services déconcentrés (DMAT)

3.1.2.3 Laisser à l'appréciation du préfet l'initiative d'une saisine préalable, pour avis, de l'échelon supérieur

Les auditions concordent sur le caractère trop rigide du processus de consultation préalable obligatoire imposé par la circulaire du Premier ministre du 6 août 2020, alors que les préfets sont habitués à solliciter, en tant que de besoin, les services centraux pour expertise ou validation.

L'ingénierie administrative mise en place pouvait peut-être se justifier par le caractère très nouveau du dispositif. L'expérience montre désormais la grande hétérogénéité des dossiers soumis à l'exercice du droit de dérogation, lesquels n'ont pas nécessairement une complexité ou une sensibilité justifiant une mobilisation systématique de l'administration supérieure. De surcroît, les préfets ont une conscience aiguë des risques auxquels ils pourraient être confrontés en cas de mise en œuvre improvisée du droit de dérogation et s'inscrivent déjà dans une démarche prudentielle.

C'est pourquoi un assouplissement du circuit décisionnel est nécessaire, en faisant confiance au préfet pour apprécier l'opportunité ou la nécessité du recours à un avis préalable de l'administration centrale à l'égard d'un projet de dérogation envisagé.

Recommandation n°6 : Faire de la saisine préalable de l'administration centrale sur les projets de dérogation une faculté et non une obligation (DMAT)

Ce rapport de confiance devrait aussi conduire à renoncer à l'obligation d'information préalable du préfet de région sur toutes les initiatives départementales en matière de dérogation préfectorale, au profit d'une logique régionale souple d'animation, de partage des pratiques, et de coordination interdépartementale des dérogations. Le rôle du SGAR s'en trouverait même renforcé, comme référent et animateur du dispositif, en particulier à l'égard des directions régionales de l'Etat.

Bien entendu, rien n'interdirait là encore qu'un préfet de département consulte les administrations régionales, en cas de doute sur le bien-fondé d'une dérogation qu'il envisage ou sur sa cohérence au niveau régional.

Recommandation n°7 : Faire de la saisine préalable de l'administration régionale sur les projets de dérogation une faculté et non une obligation, et concentrer l'échelon régional sur un rôle d'animation et de coordination interdépartementale (DMAT)

3.1.2.4 Appliquer les règles de motivation de droit commun aux décisions de dérogation préfectorale

On a évoqué en section 2.3.1 les règles de motivation imposées, au-delà d'un cadre jurisprudentiel pourtant clair et stable, par l'instruction du Premier ministre du 6 août 2020 et la difficulté des services à respecter à la lettre ces exigences, dont l'évidence n'apparaît pas d'emblée.

C'est pourquoi la mission suggère, sans en faire une recommandation formelle, de réduire le luxe de détails de la motivation des dérogations exigé par cette instruction, pour s'en tenir au droit commun de la motivation en fait et en droit déjà prévu par le code des relations entre le public et l'administration, donc suffisant pour assurer la sécurité juridique formelle de la décision, sans moins-valuer sur l'intelligibilité de la logique conduisant à la dérogation.

3.1.2.5 Appliquer les règles de publicité de droit commun des actes administratifs non réglementaires aux décisions de dérogation

L'article 3 du décret du 8 avril 2020 prescrit, outre la motivation, que chaque arrêté de dérogation soit « *publié au recueil des actes administratifs de la préfecture* ». Pourtant, ce même décret n'autorise le préfet à déroger à la norme **que pour prendre des décisions non réglementaires**. La circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018 sur le décret d'expérimentation était même plus précise, quoiqu'excessivement restrictive, puisqu'elle indiquait que « *la décision de dérogation revêt impérativement la forme d'une décision individuelle* »⁶⁶.

Il s'agit donc là d'une exception au droit commun des actes administratifs, qui n'impose la publication que des seules décisions réglementaires⁶⁷ (ou des décisions ni réglementaires ni individuelles⁶⁸), les actes individuels ne nécessitant quant à eux, pour être opposables, qu'une notification au destinataire⁶⁹, dans le cadre d'un dialogue singulier entre l'administré et l'administration.

L'esprit de cette exception du décret du 8 avril 2020 à la règle de droit commun tient évidemment à la volonté d'assurer un maximum de transparence sinon de solennité aux décisions prises par le préfet dans ce cadre dérogatoire innovant et disruptif. En tout cas d'en éviter un exercice confidentiel.

Mais l'expérience acquise au terme de quatre années de pratique des dérogations conduit à relativiser fortement les vertus attachées à une publication formelle.

La publication ne modifie rien, en effet, aux règles d'opposabilité des actes administratifs et d'intérêt pour agir pour les contester devant le juge administratif. En d'autres termes, si la publication au recueil des actes de la préfecture permet aux tiers de prendre connaissance de l'arrêté dérogatoire, elle ne leur donne pas pour autant, *ipso facto*, qualité à agir au contentieux pour le contester. Pour eux, l'effet utile de la publication au recueil est donc, dans les faits, très réduit. Pour le destinataire, seule la notification sera prise en compte pour le calcul de son délai de recours puisque la publication est à son égard indifférente. Ce recours du bénéficiaire est d'ailleurs théorique puisque, par hypothèse de raisonnement, la dérogation lui est profitable.

D'autre part, on peut douter de l'effet utile, pour l'information de tiers qui seraient passionnés par le droit de dérogation, d'une publication au recueil des actes administratifs de la préfecture qui, dématérialisé ou non, n'est pas la publication la plus lue par le grand public.

En troisième lieu, pour les services du préfet, l'exigence de publication des décisions à caractère individuel peut être source de complexité, voire de risques.

Le caractère strictement individuel de la décision peut en effet exiger des précautions parfois très délicates à mesurer et mettre en œuvre, lors de la publication. C'est ainsi que la circulaire du Premier ministre du 8 août 2020 prend soin de préciser que « *l'arrêté publié au recueil des actes administratifs de la préfecture devra occulter toute mention de nature à porter atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical, au secret en matière commerciale et industrielle et à d'autres secrets protégés par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration* ». L'appréciation de ces secrets protégés par la loi peut être difficile, et le défaut de respect de ces exigences légales peut entraîner des risques juridiques sérieux et coûteux pour les services.

⁶⁶ La circulaire n'évoque pas, en effet, les décisions non réglementaires qui ne sont pas pour autant des décisions individuelles (cas, pour reprendre la terminologie de la doctrine, des « décisions d'espèce » ou des décisions ni individuelles ni réglementaires).

⁶⁷ Article L. 221-2 du CRPA

⁶⁸ Article L. 221-7 du CRPA

⁶⁹ Article L.221-8 du CRPA

Enfin, l'exigence de publication a même pu jouer un rôle contre-productif et inhiber le règlement de dossiers locaux éligibles au dispositif de dérogation, la sensibilité du sujet traité n'étant pas compatible avec la médiatisation que pouvait entraîner une publication de l'arrêté.

Le bilan coût-avantage de cette obligation de publication des décisions dérogatoires individuelles, certes respectable du point de vue de la recherche de la transparence de l'action publique, ne paraît donc pas favorable.

La mission recommande donc de supprimer du décret du 8 avril 2020 cette exigence de publication des décisions dérogatoires - d'ailleurs non respectée dans les faits, pour un nombre conséquent de décisions prises sur son fondement -, si elles ont un caractère strictement individuel, ce qui est presque toujours le cas, pour aligner le droit de dérogation sur le droit commun des actes administratifs⁷⁰.

Recommandation n°8 : Supprimer l'exigence de publication des décisions individuelles dérogatoires (DMAT).

3.1.2.6 Maintenir un recensement exhaustif des décisions adoptées

Si la mission recommande de ne plus soumettre les projets de décisions de dérogation préfectorale à une procédure de saisine préalable systématique de l'échelon supérieur, il n'en demeure pas moins indispensable que les administrations centrales aient une connaissance exhaustive des décisions prises.

Au-delà d'un suivi quantitatif, qui demeure nécessaire pour pouvoir rendre compte de l'utilisation d'un pouvoir très particulier dans l'ordonnancement juridique, les décisions sont un indicateur de première importance des thématiques justifiant des dérogations et des textes souffrant de malfaçons. Elles constituent donc une documentation essentielle pour informer les administrations centrales des difficultés que rencontrent les préfets sur le terrain et sur des situations qu'elles ne sont pas toujours en capacité de détecter.

Ces décisions sont également nécessaires pour enrichir la base de données de la plate-forme TNV, identifier de bonnes pratiques voire des modèles rédactionnels et nourrir le pilotage stratégique que la DMAT est invitée à conduire avec les autres administrations centrales.

La transmission systématique à la DMAT, via l'adresse fonctionnelle mise à disposition des préfetures, des arrêtés de dérogation reste donc une nécessité absolue, à laquelle aucune préfecture ne devrait se soustraire, ce qui n'est toujours pas le cas, comme on l'a indiqué lorsqu'on a évoqué le bilan quantitatif du dispositif dérogatoire (point 2.2.1).

Recommandation n°9 : Rappeler aux préfetures le caractère impératif de la transmission à la DMAT de tous les arrêtés de dérogation (DMAT).

3.2 Développer de manière raisonnée le droit de dérogation pour en améliorer l'efficacité

Rejoignant en cela la plupart des préfets, qui en demandent l'assouplissement et souvent l'extension⁷¹, la mission considère que l'efficacité du droit de dérogation est perfectible et qu'une extension maîtrisée de son champ d'exercice en est la condition.

⁷⁰ En revanche, la publication resterait nécessaire, si la dérogation - ce que le décret n'interdit pas en dépit de l'interprétation qu'en fait la circulaire du Premier ministre du 9 avril 2018 - porte sur des décisions ni réglementaires ni individuelles, conformément, là encore, au droit commun des décisions administratives.

⁷¹ Interrogés sur d'éventuelles extensions du dispositif dérogatoire, certains préfets estiment néanmoins préférable d'en rester au *statu quo*, pour en permettre une bonne appropriation avant une éventuelle montée en rythme. D'autres, plus nombreux, estiment au contraire souhaitables des évolutions de fond, notamment pour les aider à résoudre, comme les y invitait le président de la République en septembre 2017, les injonctions paradoxales auxquelles ils sont si souvent confrontés.

Elle appelle en même temps l'attention sur la nécessité d'**en éviter toute banalisation**. La dérogation préfectorale doit en effet rester un outil administratif de dernier recours. **Elle ne doit pas constituer un mode de gouvernance** mais doit demeurer une pratique exceptionnelle.

Dans cette recherche d'une meilleure efficacité du droit de dérogation - qui ne nécessite pas, pour tenir compte des réserves légitimes des préfets, une publicité « grand public » du dispositif -, la mission préconise :

- d'autoriser des dérogations à certaines normes de fond ;
- d'élargir le champ des domaines *dérogeables*.

3.2.1 Autoriser des dérogations à certaines normes de fond

Il semble acquis aujourd'hui que le décret relatif au droit de dérogation reconnu au préfet ne l'autorise à déroger **qu'à des règles de procédure et de délais**⁷². C'est en tout cas bien compris par les préfets, même si, comme on l'a dit en section 2.3.4, l'analyse des arrêtés dérogatoires pris depuis 2018 montre qu'ils s'écartent assez fréquemment, sciemment ou inconsciemment, de cette règle, attestant ainsi des failles du dispositif actuel.

La limitation prétorienne du droit de dérogation aux seules règles de procédure et de délais pouvait certes se concevoir lors de l'expérimentation : devant un pouvoir aussi nouveau, la prudence pouvait se justifier. Mais le caractère très raisonné de l'usage de ce droit par les préfets justifie **une évolution, pour les autoriser à déroger non seulement à des règles de procédure ou prescrivant des délais, mais aussi à des normes de fond**.

Cette évolution donnerait aux préfets un moyen plus puissant d'adapter des règles nationales qui viennent, par leur insuffisante généralité ou leur excès de rigidité, percuter des réalités de terrain.

Une extension du droit de dérogation paraît d'abord souhaitable pour des normes réglementaires de fond prises pour l'application de politiques publiques à vocation purement territoriale. Mais une réflexion devrait aussi être engagée sur l'extension de l'exercice des dérogations à d'autres réglementations de fond, sans exclure les plus sensibles, dans la mesure où elles ont été souvent abordées par les préfets, comme le droit de l'environnement ou la réglementation de l'urbanisme⁷³.

3.2.1.1 Accroître les capacités préfectorales d'adaptation, sur le fond, de normes nationales à vocation spécifiquement territoriale

3.2.1.1.1 Déroger aux règles de zonage territorial pour corriger leurs effets de bord

De nombreuses politiques publiques se traduisent par des zonages réglementaires rendant éligible une commune, un groupement de communes ou parfois un quartier à des avantages économiques ou financiers divers (subventions publiques, allègements d'impôts etc.) dans une logique de discrimination positive : le soutien à des territoires « en décrochage ».

C'est le cas, parmi de nombreux autres exemples, des zones de revitalisation rurale (ZRR), des quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV), des zones sous tension élevée du marché locatif (dispositifs « *Pinel* ») ou encore des villes bénéficiaires du plan national « *action cœur de ville* ».

⁷² Si l'on met à part les concours financiers de l'Etat, où d'ailleurs les dérogations portent souvent aussi sur des règles de délais (de présentation de la demande de subvention, de commencement ou d'achèvement des travaux).

⁷³ En revanche, la mission, après analyse, ne recommande pas d'élargir le champ du droit de dérogation préfectorale à la matière « fonction publique ». Les situations juridiques individuelles concernées doivent être examinées conformément aux principes statutaires en vigueur et appréciées avec le seul souci de la compatibilité avec l'intérêt du service.

Ces zonages constituent en eux-mêmes une cartographie, qui est une prescription de fond et ils ont pour conséquence l'application de règles financières ou fiscales, elles aussi de fond. Or, le décret n° 2020-412 ne permet au préfet de déroger ni à l'une ni aux autres.

Les zonages constituent, par eux-mêmes, des dispositifs de fond, puisque c'est l'inscription du territoire dans la zone qui le rend éligible, sous réserve de critères spécifiques à chaque thématique, aux avantages économiques et financiers de la politique publique concernée. Les zonages sont presque toujours fixés au niveau central, généralement sous forme d'annexe à des décrets ou à des arrêtés ministériels ou interministériels, parfois à de simples instructions ministérielles⁷⁴. Ils créent inmanquablement des *effets de bord* pouvant pénaliser des territoires situés hors zone éligible, alors même qu'ils peuvent avoir des caractéristiques comparables, et générer de ce fait des incompréhensions devant un accès différencié à des avantages, parfois substantiels, de nature économique, financière ou fiscale.

L'intervention de l'autorité déconcentrée pour ajuster, lorsque cela s'avère fondé, ces effets de bords résultant de la réglementation nationale, pourrait trouver, avec le droit de dérogation, un outil particulièrement efficace. Le gouvernement l'a formellement admis pour les directeurs généraux d'ARS, mais il ne l'a pas assumé pour les préfets, ce qu'on peut regretter.

Le 3° de l'article 2 du décret d'expérimentation du droit de dérogation des directeurs généraux d'ARS du 29 décembre 2017 leur donne en effet compétence pour adapter localement, non pas le périmètre proprement dit des zones caractérisées par une offre de soins insuffisante⁷⁵, mais les indicateurs et seuils nationaux de détermination de ces zones – qui constituent bien des dispositions réglementaires de fond –, sur lesquels ils n'avaient pas prise jusqu'alors.

S'agissant des préfets, les circulaires du Premier ministre commentant les décrets d'expérimentation, puis de généralisation du droit de dérogation évoquent également la possibilité pour le représentant de l'Etat d' « *étendre en dehors des territoires concernés (par un zonage) l'éligibilité à certains dispositifs de soutien de niveau réglementaire assis sur ces zonages* », toutefois « **sans déroger aux zonages**⁷⁶ de la politique de la ville ou de territoires fragilisés (ZRR, déserts médicaux, etc.) qui pour la plupart relèvent d'une disposition législative ou européenne », omettant cependant de préciser que si le principe même du zonage est souvent en effet de niveau législatif, voire européen, la cartographie est, elle, de niveau réglementaire, voire infra-réglementaire. Quoiqu'il en soit, admettre l'extension à des communes non incluses dans la zone définie au niveau national des avantages consentis aux communes situées dans la zone est sans conteste, en dépit de la présentation de la circulaire, une dérogation à des règles de fond.

La reconnaissance d'un droit de dérogation des préfets pour inclure des portions de territoires non comprises dans une zone définie par une norme nationale paraît donc souhaitable, puisqu'ils sont, par leur connaissance du terrain, les mieux placés pour évaluer les éventuelles similarités de situations ou de statuts entre territoires inclus et exclus de la zone.

On notera d'ailleurs que, pour la cartographie des quartiers sous forte tension de marché locatif générant des avantages fiscaux pour les propriétaires s'engageant à la location de leur bien (dispositif dit « *Pinel* »), le législateur a bien compris l'utilité de mettre en responsabilité le représentant de l'Etat, à l'initiative du gouvernement qui y voyait un moyen « *d'améliorer les dispositifs d'aménagement du territoire* »⁷⁷. L'article 164 de la loi de finances initiale n°2019-1479 du 28 décembre 2019 donne ainsi, à titre expérimental, au préfet de la région Bretagne le soin de fixer lui-même cette cartographie, « *par dérogation* » à la compétence reconnue en la matière aux ministres chargés du budget et du logement.

⁷⁴ Plan « action cœur de ville »

⁷⁵ Dont la fixation relève déjà de leur compétence en application de l'article L. 1434-4 du code de la santé publique

⁷⁶ Surligné par la mission.

⁷⁷ Propos du ministre de l'intérieur à l'Assemblée nationale, 14 novembre 2019, lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2020.

Les zonages entraînent par ailleurs l'application de normes, elles aussi de fond. C'est ainsi que, dans le cadre de la politique de la ville, un dispositif de médiation sociale est confié dans les quartiers prioritaires à des adultes-relais.

Pour être éligibles au dispositif d'aide à l'emploi, ces adultes-relais doivent être résidents desdits quartiers. Certains préfets ont indiqué à la mission que cette condition de résidence pouvait être difficile à respecter, faute de profils adaptés dans ce quartier, tandis qu'on peut les trouver dans des quartiers voisins, présentant des caractéristiques sociales analogues. Mais, s'agissant d'une exigence de fond, le droit de dérogation ne peut trouver à s'appliquer pour adapter ladite norme aux spécificités du territoire.

La mission propose donc de prévoir, pour l'exécution de ces politiques publiques fortement territorialisées, un droit de dérogation sur le fond. Cette autorisation de déroger au périmètre du zonage pourrait, soit être explicitement mentionnée dans le décret, ce qui serait préférable pour lever toute ambiguïté, soit, *a minima*, faire l'objet de « lignes directrices » de la part des administrations centrales concernées, dans le cadre du pilotage stratégique évoqué précédemment.

Recommandation n°10 : Permettre des dérogations aux zonages définis au niveau national dans le cadre de politiques publiques à vocation territoriale (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.2.1.1.2 Déroger aux cahiers des charges d'appels à projets

Les aides et les plans d'investissement de l'Etat, comme le plan *France Relance*, se fondent le plus souvent, selon une méthode éprouvée depuis de nombreuses années, sur des dispositifs d'appels à projets ou à manifestation d'intérêt, invitant les personnes ou opérateurs souhaitant bénéficier d'une aide à l'investissement à déposer un dossier de candidature devant répondre à un cahier des charges généralement arrêté par les administrations centrales. C'est d'ailleurs l'une des multiples manifestations d'une tendance générale à la recentralisation.

Bien que rédigés en termes assez généraux, ces cahiers des charges peuvent avoir pour conséquence d'exclure des projets portés par des entreprises, des collectivités territoriales ou des opérateurs qui ne peuvent répondre exhaustivement à tous leurs critères, alors même qu'ils répondent à tous leurs objectifs.

Comme l'ont suggéré certains préfets, pour les appels à projets dont la sélection relève de la compétence de guichets déconcentrés - préfectures de région ou préfectures de département (par exemple, certains axes du fonds du plan de relance pour les collectivités territoriales en matière d'innovation et de transformation numérique) -, il serait souhaitable que, lorsque le préfet est l'autorité décisionnaire, il puisse ouvrir par voie dérogatoire les règles d'éligibilité à ces appels, pour prendre en compte des projets ne répondant pas nécessairement à tous les critères fixés par les cahiers des charges, mais qui en respectent les objectifs.

Cet élargissement supposerait bien entendu, s'agissant de politiques d'aides publiques, quelle qu'en soit la forme, de définir un cadre budgétaire clair et connu par avance de l'autorité préfectorale, pour éviter tout dérapage de la dépense publique.

Recommandation n°11 : Permettre des dérogations aux cahiers des charges d'appels à projets relevant de la décision des préfets (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.2.1.2 Etudier l'extension du droit de dérogation à des dispositions normatives de fond

Sauf à rester dans une ambiguïté peut-être confortable, mais intellectuellement insatisfaisante et juridiquement fragile, il paraît souhaitable de purger les questions d'adhérence entre le fond et la procédure constatées dans la pratique du droit de dérogation (section 2.3.4) en étudiant la possibilité d'autoriser les préfets à déroger explicitement à certaines dispositions normatives de

fond, dans les différents domaines prévus par le décret, au moins en tant qu'elles ont pour conséquence le suivi de procédures spécifiques, comme c'est le cas en matière environnementale. **La condition en serait que de telles dérogations ne portent jamais d'atteinte disproportionnée aux objectifs fixés par la réglementation. Cette dernière exigence deviendrait alors le critère déterminant de la dérogation.**

Cette extension du droit de dérogation porterait nécessairement sur des matières relevant de différents départements ministériels.

La mission n'aurait pas eu, seule, la légitimité de formuler des propositions précises à cet égard. Elle a bien relevé la problématique du droit de l'environnement et de celui de l'urbanisme, mais d'autres réglementations mériteraient sans doute l'analyse, comme la réglementation des transports, par exemple.

La mission suggère donc que la question des dérogations à des normes réglementaires de fond soit abordée au niveau interministériel, sans tabous, en prenant soin d'associer à cette réflexion des préfets et des services déconcentrés, pour écouter leurs attentes et bénéficier de leurs retours d'expérience, domaine par domaine.

Si ces travaux conduisent à autoriser les préfets à déroger à certaines normes de fond pouvant avoir une sensibilité particulière, on pourrait éventuellement imaginer que leur mise en œuvre soit subordonnée à un avis favorable de l'administration centrale, toujours dans le cadre d'un pilotage stratégique bien structuré.

Un droit de dérogation ainsi étendu à des normes de fond devrait en tout état de cause être explicitement mentionné dans le décret, sans préjudice de situations plus précises d'éligibilité qui pourraient également faire l'objet de « lignes directrices » de la part des administrations centrales concernées.

Recommandation n°12 : Engager une réflexion interministérielle sur une extension du droit de dérogation à des dispositions réglementaires de fond (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.2.2 Elargir le périmètre des dérogations

Les matières dans lesquelles les dérogations sont possibles sont limitativement énumérées par le décret n° 2020-412. Outre l'ambiguïté déjà relevée sur les normes « *arrêtés par l'administration de l'Etat* », deux domaines n'y figurent pas, limitant les capacités d'adaptation du droit aux réalités de terrain par les préfets et l'efficacité de l'action publique : l'organisation et le fonctionnement des services publics déconcentrés et de la « comitologie » qui les accompagne, d'une part ; la sécurité publique, d'autre part.

3.2.2.1 Etendre explicitement le droit de dérogation à des normes administratives édictées par les autorités de l'Etat, autres que les actes réglementaires nationaux

La mission suggère d'explicitier le champ d'application du droit de dérogation, aujourd'hui encore ambigu lorsqu'il évoque « *les normes arrêtées par l'administration de l'Etat* », en incluant parmi les normes *dérogeables* les décisions préfectorales partagées, tels les arrêtés inter-préfectoraux.

Il serait également utile que soit plus clairement inscrit dans ce même champ, les cahiers des charges des appels à projet nationaux.

Enfin, pour parachever l'évolution en cours qui tend à faire du préfet de département ou de région le délégué territorial de l'ensemble des agences de l'Etat ayant une représentation territoriale, les normes édictées par ces opérateurs devaient être incluses dans le champ des normes *dérogeables* (cf. 1.2.2.2).

Bien sûr, l'inclusion de ces différentes normes « de l'Etat » n'aurait de sens que pour autoriser des dérogations à des règles de fond.

Recommandation n°13 : Clarifier dans le décret du 8 avril 2020 la notion de « normes arrêtées par l'administration de l'Etat » (DMAT).

3.2.2.2 L'organisation des services publics déconcentrés et de la comitologie associée

Le décret n° 2020-412 n'autorise que des dérogations de nature non réglementaire. Il ne permet donc pas de déroger aux dispositions, qui sont pour l'essentiel réglementaires⁷⁸, concernant l'organisation et le fonctionnement des services publics déconcentrés ou sous double pilotage de l'Etat et de collectivités locales, ou de la comitologie adossée ou accompagnant ces services publics.

L'identification de ce besoin n'est pas très récente. Un régime de dérogation a par exemple été organisé par l'article 16 du décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 *portant charte de la déconcentration*, pour l'organisation, le fonctionnement et la répartition des missions des services déconcentrés de l'Etat (dont l'organisation générale est fixée par décret). Mais son cadre est extrêmement contraint, au point qu'il n'a jamais été mis en œuvre, puisque son usage est limité, hormis certains chefs de services déconcentrés, aux seuls préfets de région.

Au surplus, ceux-ci ne disposent en la matière que d'un pouvoir de proposition, et non de décision : l'accord du Premier ministre est en effet exigé pour toute mise en œuvre d'une dérogation, qui doit au final se traduire par une modification des décrets concernés⁷⁹. Le périmètre des services déconcentrés *dérogeables* est enfin limité, puisqu'il exclut en particulier leur pierre angulaire que sont les directions départementales interministérielles, organisées par le décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009. La « modularité de l'organisation territoriale de l'Etat », revendiquée par la circulaire du Premier ministre du 18 novembre 2015 commentant la charte de la déconcentration est donc réduite, en dépit de l'objectif qu'elle rappelle de « mettre en adéquation l'organisation des services déconcentrés avec les spécificités locales ».

Le décret du 8 avril 2020 ne permet pas plus au préfet de déroger aux dispositions concernant les organismes ou instances déconcentrés ou associant des collectivités locales, s'adossant ou gouvernant ces services publics⁸⁰ ni, de ce fait, à la comitologie correspondante, même lorsque ces organismes ou services publics interviennent dans des domaines *dérogeables* prévus par l'article 1^{er} de ce décret.

Certains préfets ont certes pu déroger à des dispositions réglementaires concernant de tels services ou organismes, concernant notamment le lieu du scrutin pour l'élection d'une chambre régionale d'agriculture ou la composition d'une commission consultative de l'environnement d'un aéroport⁸¹. Mais ces dérogations étaient de portée limitée.

⁷⁸ On retiendra ici, certes de façon assez simplificatrice, cette catégorisation générale, qui reste largement exacte, sans entrer dans les subtilités de la distinction du caractère réglementaire ou non des actes concernant la création, l'organisation et le fonctionnement des services publics, résultant notamment de la jurisprudence du Conseil d'Etat *Institut d'ostéopathie de Bordeaux* (Section 1^{er} juillet 2016 n° 393082, 393524).

⁷⁹ Selon cet article, « le préfet de région peut, pour la mise en œuvre des politiques publiques et afin de tenir compte des spécificités locales, **proposer de déroger** aux règles fixées par les décrets relatifs à l'organisation des services déconcentrés de l'Etat et à la répartition des missions entre ces services (...). Les propositions de dérogation (...) sont transmises par le préfet de région au Premier ministre, après avis des comités techniques compétents, de l'instance de collégialité des chefs de services déconcentrés de l'Etat en région et des ministres responsables des politiques publiques concernées. Après avis de la ou des instances consultatives de représentation du personnel compétentes, **et accord du Premier ministre**, la dérogation est mise en œuvre, le cas échéant à titre expérimental, par le préfet de région ».

⁸⁰ L'organisation et le fonctionnement des assemblées ou des exécutifs locaux, d'ailleurs très largement fixés par la loi, ne sont évidemment pas concernés, puisqu'ils sont constitutionnellement couverts par le principe de libre administration des collectivités locales (en ce sens CC 14 janvier 1999 n° 98-407 DC sur la loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers de l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux, cons. 26).

⁸¹ Dans ces deux cas, le domaine concerné est celui du 3^e de l'article 1^{er} du décret n° 2020-412 : « environnement, agriculture et forêts ».

L'organisation et le fonctionnement des services publics ou d'organismes ou d'instances y contribuant sont pourtant l'un des domaines dans lesquels l'adaptation aux réalités de terrain paraît la plus justifiée, ce qu'illustrent trois exemples portés à la connaissance de la mission.

3.2.2.2.1 L'adaptation des moyens de France Service

« Les » France Service ont pour vocation d'assister le public dans les démarches administratives, notamment quand elles prennent une forme dématérialisée.

Les préfets de département, responsables opérationnels de cette nouvelle politique publique, sont chargés de leur homologation sur la base d'un cahier des charges annexé à une circulaire du Premier ministre du 1er juillet 2019, qui renvoie elle-même à deux documents, dont la Charte nationale d'engagement France Service, rédigée par le Commissariat général à l'égalité des territoires auquel a succédé l'ANCT.

Si la circulaire du Premier ministre indique que l'accueil du public doit être assuré par au moins deux agents polyvalents présents en permanence pendant les heures d'ouverture, la Charte nationale d'engagement, un peu plus souple, indique qu'« *il est recommandé qu'un minimum de deux agents soient formés (...) Ces agents peuvent être affectés à temps plein ou à temps partiel (...) **en adéquation avec les réalités du territoire** (fréquentation projetée et densité de la population). En cas d'impossibilité matérielle à la mise en œuvre de cette recommandation, l'unique agent de la structure France service s'engage à assurer un service public de proximité qualitatif, au moins 24h par semaine sur cinq jours ouvrés* »⁸².

Sans toutefois faire référence au décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, le préfet d'un département montagnard, caractérisé par une fréquentation saisonnière, a proposé à l'ANCT d'adapter l'organisation d'un espace France Service à cette saisonnalité, en réduisant en basse saison les heures d'ouverture et en limitant le nombre d'agents d'accueil, et en élargissant à l'inverse en haute saison les plages d'ouverture et la présence d'agents.

L'ANCT a estimé, « *concernant la question des effectifs et des heures d'ouverture* », qu'il n'était pas « *envisageable (...) qu'il soit dérogé à l'impératif d'ouverture de 24h hebdomadaire en basse saison. Cet aménagement remettrait en cause la qualité du label France Service tel que voulu par le président de la République* », ajoutant que « *ce sujet fera l'objet d'un nouvel examen approfondi lorsque nous disposerons de données annualisées sur l'ensemble du territoire national* ».

Si la mise en œuvre d'une dérogation préfectorale n'était pas formellement évoquée⁸³, cette réponse caractérise une approche très centralisée d'une politique publique, d'autant plus étonnante qu'elle émane d'une agence de l'Etat, l'ANCT, dont la raison d'être est précisément de veiller à la prise en compte des réalités des territoires. Elle s'est montrée en l'occurrence plus soucieuse d'une application uniforme et indifférenciée sur l'ensemble du territoire d'un programme national qu'elle supervise, que d'adaptations – quel qu'en soit le vecteur – par le représentant de l'Etat de l'organisation de services publics de proximité aux réalités du terrain⁸⁴.

⁸² Point 1.5 « *Effectifs requis* » (le soulignement est le fait de la mission).

⁸³ Les dérogations du décret n° 2020-412 ne se conçoivent au demeurant que par rapport à des normes juridiquement opposables et non à de simples recommandations, par définition indicatives, telles celles figurant dans la Charte nationale d'engagement, au surplus dépourvue de valeur réglementaire.

⁸⁴ Cet exemple conforte les observations de l'IGA sur l'ANCT, s'inquiétant que l'agence vienne « *imposer une vision descendante et très parisienne du développement local (...) Les programmes nationaux sont conçus de manière uniforme pour l'ensemble du territoire, fondés sur des critères nationaux d'éligibilité et, pour certains d'entre eux, sur des cahiers des charges encore trop rigides, qui ne permettent pas de s'adapter aux réalités d'un territoire. C'est par exemple le cas du programme France service dont l'objectif de qualité n'est pas discutable, mais dont le degré d'exigence cumulé notamment sur les moyens (effectifs, locaux) n'est pas réalisable dans un certain nombre de petites collectivités ou ne l'est qu'au temps T (...) N'accordant pas suffisamment de place aux possibilités d'adaptations locales, ces programmes peuvent ne pas correspondre aux besoins des collectivités* » (« L'ANCT: l'Etat déconcentré au service de la cohésion des territoires » IGA, décembre 2021, p.21 et 49).

3.2.2.2.2 La comitologie du service public de l'emploi

Certains préfets ont aussi exprimé le regret de ne pouvoir déroger à des règles, souvent fixées par décret, de compétence, d'organisation et de comitologie dans les domaines des politiques publiques de l'emploi, de l'insertion et de la lutte contre la pauvreté, qui relèvent chacune d'une gouvernance distincte s'appuyant sur des comitologies foisonnantes, alors même que leurs moyens et leurs publics cibles sont très largement identiques.

Dans le cadre de la création, dans un département, du nouveau *service public de l'insertion et de l'emploi* (SPIE), une rationalisation, sous forme d'unification, de la gouvernance de ces trois politiques publiques, dans le respect des compétences respectives de l'Etat sur l'emploi, du conseil départemental sur l'insertion et partagées sur la lutte contre la pauvreté est apparue souhaitable, tant au représentant de l'Etat qu'au président du conseil départemental.

Mais – étant rappelé que la comitologie de ces politiques publiques échappe à la compétence hiérarchique du préfet –, il n'est pas juridiquement possible, en l'état actuel de la rédaction du décret n° 2020-412, de déroger aux décrets qui l'organisent, ce qui est d'autant plus contreproductif que cela se traduit par l'impossibilité de créer *de jure* un SPIE doté d'une gouvernance propre.

Avec l'accord du président du conseil départemental, le préfet n'a donc pu aller au-delà de la mise en place d'une gouvernance *de fait*, qui ne peut qu'être informelle puisqu'elle ne dispense pas, juridiquement, de faire endosser les décisions du nouveau SPIE par chacune des instances préexistantes, selon leur champ de compétence respectif, conduisant à une multiplication de consultations formelles.

C'est la rationalité de l'action publique, dans ces champs socialement très sensibles, qu'écorne ainsi l'impossibilité pour le préfet de déroger à des règles de gouvernance de services publics qui ne sont pas placés directement sous son autorité hiérarchique.

3.2.2.2.3 La constitution des conseils de sécurité et de prévention de la délinquance

Le code de la sécurité intérieure (article L. 132-4) ne prévoit la création de conseils de sécurité et de prévention de la délinquance infra-départementaux que dans les communes répondant à certaines caractéristiques - où ils y sont alors obligatoires (conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance [CLSPD]) - ou dans les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre ayant cette compétence (conseils intercommunaux de sécurité et de prévention de la délinquance [CISPD]). En revanche, la création de conseils intercommunaux hors EPCI n'est plus possible⁸⁵.

Deux communes aux caractéristiques socio-urbaines comparables, confrontées aux mêmes typologies de délinquance et relevant d'un même commissariat de police, membres d'un EPCI n'ayant pas la prévention de la délinquance dans ses attributions, ont, dans un esprit de simplification administrative et de cohérence de la politique locale de prévention, souhaité créer un conseil intercommunal commun, au lieu de deux conseils communaux fonctionnant en parallèle.

Le préfet, sollicité à cette fin, a considéré, juridiquement à juste titre, que l'article L. 132-4 du code de la sécurité intérieure (CSI) s'y opposait et qu'il lui était impossible d'y déroger compte tenu de ce niveau législatif. La création de ces instances relevant de la compétence des assemblées locales et non d'un arrêté préfectoral, c'est, de fait, non pas une dérogation au sens du décret n° 2020-412 qui

⁸⁵ Cela n'a pas toujours été le cas. Le décret n° 2002-999 du 17 juillet 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance prévoyait ainsi (article 2) que « deux ou plusieurs communes (...) peuvent (...) par délibérations concordantes, créer un conseil intercommunal qui exerce, pour l'ensemble des communes concernées, les missions d'un conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance ». Mais il a été, sur ce point précis, curieusement abrogé par le décret n° 2007-1126 du 23 juillet 2007, après que la loi elle-même (article L 132-4 du CSI) ait neutralisé ce dispositif souple créé par le décret de 2002, qui aurait permis de satisfaire la demande légitime des maires concernés.

était sollicitée, mais la validation, en anticipation du contrôle de légalité, des délibérations des deux communes créant ce CISPD commun⁸⁶.

En l'occurrence, s'il n'avait donc pas matière à déroger, le préfet aurait pu envisager d'exercer un contrôle de légalité « sélectif », « oubliant » l'illégalité de telles délibérations⁸⁷, ce qui illustre la **porosité déjà évoquée entre le droit de dérogation et l'exercice du contrôle de légalité** : l'un et l'autre, en matière d'adaptation du droit aux réalités de terrain, peuvent aboutir à des résultats identiques, le premier, par action, le second, par abstention.

Ce troisième exemple confirme l'existence d'une lacune du décret n° 2020-412 : la possibilité pour le préfet de déroger aux règles concernant l'organisation et le fonctionnement d'instances et organismes déconcentrés ou associant les services de l'Etat.

La mission suggère par conséquent que le droit de dérogation préfectorale soit étendu aux règles d'organisation et de fonctionnement des services publics et organismes associés, ce qui suppose :

- d'ajouter cette thématique à la liste des matières *dérogeables* énumérées par le décret ;
- et d'admettre, pour elle, contrairement à ce que prescrit la circulaire du Premier ministre du 8 août 2020, des dérogations ayant une portée **non individuelle**, l'organisation et le fonctionnement de ces services relevant le plus souvent de décisions dites d'« espèce », c'est-à-dire ni réglementaires ni individuelles.

Recommandation n°14 : Elargir le champ des dérogations à la création et à l'organisation des services publics déconcentrés et à la comitologie correspondante (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

3.2.2.3 La sécurité publique

La sanctuarisation des réglementations de police administrative, c'est à dire ayant pour objet la préservation de l'ordre public était prévisible et sans doute justifiée dans le cadre de l'expérimentation du droit de dérogation préfectorale : la *terra incognita* administrative que représentait ce régime de dérogation d'un genre nouveau pouvait légitimement fonder cette réserve concernant ce domaine régalien.

La prudence des préfets dans l'utilisation de ce nouveau droit et leur conscience claire, en quelque sorte auto-régulatrice, du risque pénal dans l'exercice de leurs compétences, notamment dans celles concernant la sécurité des personnes et des biens justifient pourtant, pour la mission, une approche plus audacieuse : la prise en compte de la sécurité publique dans le pouvoir de dérogation préfectorale.

La mission précise cependant que ce sujet n'a été évoqué qu'à la marge par les préfets interrogés. Cette évolution ne peut donc être considérée comme une attente générale de leur part, ce qui ne réduit pas, aux yeux de la mission, sa pertinence.

Une telle ouverture ne serait acceptable bien sûr que si elle était très rigoureusement encadrée, d'abord par le maintien de la réserve générale de non-régression de la sécurité des personnes, applicable à toute dérogation préfectorale du décret du 8 avril 2020 mais ayant une densité particulière en matière de sécurité publique, ensuite par un choix prudent des champs de la sécurité publique qui pourraient être ouverts au droit de dérogation.

⁸⁶ Formellement, cependant, ni l'une ni l'autre option n'était énoncée par le courrier co-signé par les maires au préfet. Lors de son entretien avec la mission, le préfet a néanmoins fait état de cet exemple, pour regretter son impossibilité de faire usage du droit de dérogation.

⁸⁷ La mission ne porte aucun jugement sur le non-usage de cette possibilité de contrôle de légalité « sélectif », qui aurait sans doute été délicat, compte tenu de la grande « visibilité » de ces instances, qui associent aux élus locaux les services de sécurité de l'Etat et le Parquet.

3.2.2.3.1 La portée du principe de non-régression en matière de sécurité

La sécurité des personnes et des biens a fait l'objet d'une attention particulière lors de la préparation des textes sur le droit de dérogation, dont le détail est précisé en annexe 8.

Le dispositif réglementaire combine deux approches.

D'une part, il dispose que la dérogation ne doit pas avoir pour conséquence une atteinte « à la sécurité des personnes et des biens, ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé⁸⁸ ». La circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 précise de son côté que « ce n'est pas parce qu'une réglementation a une incidence sur la sécurité que la dérogation n'est pas envisageable : **c'est la dérogation elle-même qui ne doit pas porter atteinte à la sécurité** ». Cette rédaction évite opportunément tout débat sur le périmètre, sujet à caution, des normes « relatives à la sécurité des personnes et des biens ». Elle applique le principe de non-régression à tous les domaines dérogeables cités par l'article 1er du décret, qui, presque tous, pourraient, potentiellement, susciter des dérogations régressives. C'est le cas dans le droit de l'environnement (pour des dérogations à la sécurité des installations classées), de l'agriculture (pour des dérogations à la sécurité de la chaîne alimentaire), de la construction et l'urbanisme (pour des dérogations aux restrictions de bâtir en zones de constructibilité limitée) ou pour la protection du patrimoine culturel (s'agissant des atteintes aux monuments historiques).

D'autre part, en omettant la sécurité publique de la liste des domaines « dérogeables », le décret exclut toute dérogation, **même non régressive**, qui relèverait de ce champ de l'action publique.

Or, cette dernière exclusion apparaît excessive, précisément dans des cas où une dérogation non-régressive en matière de sécurité pourrait avoir une utilité pratique d'adaptation aux réalités du terrain.

La mission préconise donc un assouplissement de cette exclusion de la sécurité publique du droit de dérogation, dès lors qu'il serait strictement encadré.

3.2.2.3.2 Permettre des dérogations encadrées à des polices spéciales concernant la sécurité publique

Il ne fait pas de doute que les règles nationales relevant de l'exercice du pouvoir de police générale du Premier ministre doivent être considérées comme non dérogeables, sauf, dans le cadre du droit commun, à être aggravées localement, en particulier celles, qui, sanctuarisant des exigences de l'ordre public, organisent, pour les concilier avec ces exigences, les libertés fondamentales.

Tel est le cas, par exemple, et en ne retenant que des réglementations mises en œuvre au niveau déconcentré, des dispositions relatives à l'installation de dispositifs de vidéo-protection, dont les modalités sont autant de garanties de libertés constitutionnellement protégées, comme l'intimité de la vie privée ou la liberté d'aller et venir, auxquelles aucune dérogation de fond ne paraît, par principe, envisageable.

De la même façon, les dispositions relatives à l'acquisition, à la détention, au port, au transport, à la conservation ou au commerce des armes ne paraissent pas dérogeables, parce que les armes constituent, par nature⁸⁹, un risque pour la société, qui ne peut souffrir aucun compromis.

Seraient encore non dérogeables, parce qu'est en cause l'exercice de prérogatives de puissance publique, notamment d'un pouvoir de verbalisation voire de contrainte sur les individus, les règles de compétence et de fonctionnement des polices municipales.

⁸⁸ 4° de l'article 2

⁸⁹ Juridiquement, les armes sont, selon l'article 132-75 du code pénal, des objets « conçus pour tuer ou blesser ».

Ces limites étant rappelées, on pourrait néanmoins admettre que certaines règles de procédure ou de délais (par exemple de durée de validité de certaines pièces, fixées par des textes relevant de leur compétence) soient *dérogeables* par les préfets, dès lors qu'elles n'affectent pas le contrôle que doit exercer l'administration sur les conditions de fond exigées par la réglementation et n'entraînent donc aucune dégradation de la sécurité, et que l'éventuelle dérogation respecte par ailleurs le principe d'égalité de traitement⁹⁰.

Mais la sécurité publique ne se limite pas aux réglementations, très régaliennes, organisant, dans un contexte de restrictions induites par les impératifs de l'ordre public - qui est la définition même de la police administrative -, les droits individuels ou les libertés fondamentales.

Certaines réglementations de police peuvent par exemple concerner ou entourer l'exercice d'activités économiques, sans que soient pour autant en cause des libertés fondamentales. Ces réglementations obéissent souvent à une logique d'obligations de moyens, ce qui peut conduire à de réelles incohérences administratives non justifiées par des impératifs de sécurité.

La réglementation des installations de fabrication ou d'utilisation de produits explosifs, par exemple pour l'exploitation de carrières ou dans certaines activités industrielles, en est une illustration.

Ces installations sont soumises, pour des raisons de sécurité publique (prévention des risques d'intrusion et/ou de vol) à un agrément technique délivré par le préfet, sur la base de règles de sûreté énoncées par un arrêté du 13 décembre 2005 *fixant les règles techniques de sûreté et de surveillance relatives à l'aménagement et à l'exploitation des installations de produits explosifs*, consistant en une très longue et précise énumération d'équipements ou dispositifs devant être installés par l'exploitant pour garantir la sûreté de ses installations.

L'inadaptation de cet arrêté aux réalités économiques, pour des exploitations parfois singulières par leur mode de fonctionnement ou leur environnement⁹¹ est à la source de difficultés régulièrement rencontrées par les exploitants, souvent dénoncées par des services déconcentrés, conduisant à la recherche, le plus souvent vaine, de solutions alternatives, c'est-à-dire dérogatoires⁹².

La mission estime donc souhaitable l'ouverture du droit de dérogation dans ce type de situations, où un objectif de sécurité - qui pourrait d'ailleurs être utilement explicité par les textes normatifs - peut être atteint, avec la même efficacité, par des moyens autres que ceux prévus par la norme réglementaire.

Cette évolution impliquerait alors que le droit de dérogation porte **sur les règles de fond** et non pas seulement de forme ou de procédure.

Recommandation n°15 : Inclure la sécurité dans les normes *dérogeables*, lorsque celles-ci sont rédigées en obligations de moyens (directions « métier », à l'initiative de la DMAT)

⁹⁰ Tel pourrait être le cas, par exemple, de l'article R.312-14 du code de la sécurité intérieure, imposant à un détenteur d'arme soumise à autorisation un délai minimal de présentation de sa demande de renouvellement de détention, délai qui a en réalité pour objet de donner aux services de la préfecture le temps d'instruire cette demande. Si ce délai minimal n'était pas respecté, il pourrait ne pas en être tenu compte, par dérogation à cet article, dès lors que les services auraient quand même pu procéder à l'instruction.

⁹¹ Cas, par exemple d'installation ayant leur siège dans des sites mixtes couplant des activités civiles, réglementée par cet arrêté, et militaires et de ce fait déjà protégées au titre des installations militaires, conduisant à une redondance coûteuse et inutile de mesures de protection ayant la même vocation.

⁹² L'administration centrale du ministère de l'intérieur (Service central des armes et des explosifs) a d'ailleurs été conduite à intervenir pour favoriser une interprétation "facilitatrice" de cet arrêté par le préfet, respectueuse des exigences de sécurité publique, mais dérogatoires par rapport aux termes de l'arrêté. C'est ainsi un régime de **dérogation de fait** qui a parfois été appliqué au niveau déconcentré, à l'initiative de l'administration centrale, dans une police relevant de la compétence du préfet.

3.3 Faire en sorte que la dérogation ne devienne pas un mode de gouvernance

Les développements qui précèdent attestent de l'évidente valeur ajoutée du droit de dérogation préfectorale dans la gestion publique déconcentrée. En donnant au préfet un moyen d'ajuster l'action publique aux réalités de terrain, en lui permettant, pour « coller » aux circonstances locales, d'écarter des normes réglementaires inadaptées parce que viciées par un mode de rédaction oublieux de la généralité qui devrait les caractériser, le droit de dérogation devrait contribuer à la restauration de la légitimité, à la fois réclamée et contestée, de l'action de l'Etat.

En améliorant l'efficacité, en le libérant de carcans de procédure, en élargissant son champ d'intervention et en assumant son exercice sur des normes de fond qui seraient en porte à faux par rapport aux réalités du terrain, le droit de dérogation pourrait contribuer plus efficacement à la restauration de la légitimité de l'action déconcentrée de l'Etat.

Pour autant, la dérogation n'est pas une fin en soi. Elle ne peut pas être un mode de gouvernance, mais doit rester un dernier recours, dont l'usage doit donc rester exceptionnel, sauf à éroder dangereusement l'Etat de droit et la hiérarchie des normes.

Cette contention du droit de dérogation, même bénéficiaire des assouplissements que préconise la mission, peut s'appuyer sur deux leviers, pratiques ou juridiques : revisiter les méthodes d'instruction des dossiers par les services déconcentrés ; persévérer dans la politique de déconcentration.

3.3.1 Questionner les méthodes d'instruction des dossiers par les services

La circulaire du Premier ministre du 6 août 2020 rappelle aux préfets, en faisant un focus sur les méthodes de travail de l'administration qu'*« avant d'user de ce droit de dérogation, il vous appartiendra de questionner les méthodes de travail de vos services, selon lesquelles est mise en œuvre la réglementation concernée, afin de voir si elles ne constituent pas un obstacle à la bonne administration, rendant nécessaire, moins l'usage de ce droit, que la recherche d'une solution passant d'abord par la remise en cause des procédures et des méthodes de travail »*.

On croit comprendre, en termes voilés, que les services sont invités à explorer toutes les solutions non dérogoires permettant de donner une solution à un dossier qui leur est soumis, avant d'envisager une dérogation relevant du décret. Même si la circulaire a pour destinataires les préfets, on peut penser que cette invite du Premier ministre vaut tant pour les services déconcentrés que pour les administrations centrales.

Le concept n'est guère nouveau. Il a nom « *l'interprétation facilitatrice* » des normes, exposée par le rapport de la « *mission de lutte contre l'inflation normative* » de MM. Alain LAMBERT et Jean-Claude BOULARD, du 26 mars 2013, et qui a fait l'objet de deux instructions du Premier ministre. L'instruction du 2 avril 2013 *relative à l'interprétation facilitatrice des normes*⁹³ tient en une seule phrase : « *À l'exception des normes touchant à la sécurité, il vous est demandé désormais de veiller personnellement à ce que vos services utilisent toutes les marges de manœuvre autorisées par les textes et en délivrent une interprétation facilitatrice pour simplifier et accélérer la mise en œuvre des projets publics ou privés* ». L'instruction du 18 janvier 2016⁹⁴, plus développée, est spécifiquement dédiée à l'interprétation facilitatrice des normes applicables aux collectivités territoriales, ajoutant à l'objectif de facilitation celui d'adaptation aux spécificités locales, qui préfigure le concept de différenciation territoriale.

Comme le rappelle le rapport du Sénat n° 560 du 11 juin 2019 « *Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes* » de MM. Jean-Marie BOCKEL et Mathieu DARNAUD, ces instructions n'ont malheureusement pas été évaluées.

⁹³ Instruction n° 5646/SG

⁹⁴ Instruction n° 5837/SG

Elles ont pu, au demeurant, laisser nombre de préfets perplexes, tant ils s'assument, culturellement, comme facilitateurs de l'application des règles et des procédures. La preuve en est que nombre de situations pour lesquelles une dérogation a été envisagée ont en effet trouvé une solution non dérogatoire, au terme de cette démarche d'approfondissement de l'instruction et d'une approche facilitatrice et créative, certains préfets entendus par la mission ayant d'ailleurs fait de la dérogation une menace pour inciter leurs services à faire preuve de créativité, comme on l'a rappelé plus haut.

Mais il reste une part résiduelle incompressible de solutions qui ne peuvent être que purement dérogatoires, parce qu'en face de textes précis et trop détaillés, les marges d'interprétation facilitatrice ne sont pas indéfiniment extensibles.

A cet égard, l'élargissement du droit de dérogation préconisé par la mission ne serait jamais qu'un correctif de normes nationales conçues selon un schéma « hors sol » ou au contraire trop attaché à des situations très particulières et non reproductibles ni généralisables, ce constat valant au moins autant pour la norme législative que pour la norme réglementaire.

3.3.2 Approfondir la déconcentration

La dérogation peut être vue comme un nouvel outil, original et disruptif, de déconcentration : le préfet est en capacité juridique d'écarter une norme générale inadéquate localement. C'en est en réalité un succédané, car le préfet, avec le droit de dérogation, ne se voit déléguer aucune nouvelle compétence de déclinaison de politiques publiques, dont les normes restent fixées au niveau central. Il ne lui est permis que de neutraliser une norme dont la conception et l'édiction lui échappent, en la mettant provisoirement de côté pour traiter un dossier particulier.

La dérogation est donc, en réalité, un leurre de déconcentration, consistant en un simple correctif de son insuffisant déploiement, même dans les domaines où les réalités de terrain sont les plus prégnantes.

La poursuite d'une vraie politique de déconcentration permettrait à l'inverse de limiter un droit de dérogation qui deviendrait alors en partie inutile, puisque la norme ne serait plus édictée loin du terrain, et d'éviter ainsi qu'il devienne un mode de gouvernance.

Il appartient donc au pouvoir normatif, réglementaire voire même législatif, d'identifier le champ des politiques publiques devant être organisées prioritairement au niveau des territoires, dans un cadre national réduit à leurs principes essentiels et surtout à l'énonciation de leurs objectifs, et d'inscrire dans la norme nationale la délégation de compétence correspondante, au profit de l'échelon déconcentré.

On a déjà cité les politiques publiques se traduisant par des zonages territoriaux, quasiment systématiquement arrêtés au niveau central, qui, par hypothèse de raisonnement, est moins en prise avec les spécificités de terrain que l'autorité préfectorale. Il conviendrait donc que les pouvoirs publics fassent davantage confiance à l'échelon déconcentré – préfets de département ou, plus probablement, de région – pour fixer la cartographie des zones éligibles à des aides publiques ou des avantages financiers ou fiscaux.

Sans préjudice du bilan de l'expérimentation qui en sera fait au terme de celle-ci, la mission se félicite à cet égard de l'initiative prise dans le cadre de la loi de finances initiales pour 2020, tendant à transférer, à titre expérimental, la compétence de zonage du dispositif dit « *Pinel* » du niveau ministériel au préfet de la région Bretagne.

Si ce bilan est positif, ce dispositif devrait être étendu à d'autres politiques publiques et à l'ensemble des préfets, comme l'avaient d'ailleurs souhaité nombre de parlementaires lors de l'examen de ce qui est devenu l'article 164 de la loi de finances pour 2020. La fixation du périmètre de ces zones, en cohérence avec les réalités de terrain que le préfet est le mieux à même d'apprécier, limiterait en effet fortement – sans pouvoir les éliminer complètement – les effets de bord de ces politiques de zonage, pouvant conduire à des dérogations très délicates à instruire et à gérer.

Cette délégation au préfet de la mise en œuvre de certaines politiques publiques à forte densité territoriale pourrait émaner tant du pouvoir réglementaire que du législateur, puisque rien n'interdit à ce dernier de choisir le niveau d'administration de l'Etat en charge de mettre en application les dispositions qu'il vote, comme il l'a fait, précisément, avec l'article 164 de la loi de finances initiale pour 2020.

Recommandation n°16 : Favoriser les délégations de compétence législatives à l'échelon déconcentré pour la mise en œuvre des politiques publiques d'application spécifiquement territoriale, de préférence aux délégations à l'administration centrale (secrétariats généraux des ministères « métiers », à l'initiative du secrétariat général du ministère de l'intérieur)

CONCLUSION

Les préconisations de ce rapport ont pour ambition de contribuer à la montée en charge du dispositif, souhaitée par la lettre de mission, au bénéfice de deux observations.

D'une part, la limitation des risques contentieux de l'exercice des dérogations, évoquée par cette lettre, est bien entendu un objectif à poursuivre. On remarquera d'ailleurs qu'à la date de ce rapport, aucun des arrêtés dérogatoires n'a été contesté devant le juge administratif, ce qui témoigne d'une bonne maîtrise de ce droit nouveau. Espérer écarter totalement le risque contentieux serait en revanche une illusion, et la vérité oblige à reconnaître que l'élargissement préconisé par la mission du dispositif l'accroît mécaniquement. Celui-ci est d'autant moins négligeable que le Conseil d'Etat, dans sa décision du 21 mars 2022 « *Association Les amis de la terre France* », validant le décret n° 2020-412, a porté l'attention sur l'invocabilité du principe d'égalité, en cas d'usage par le préfet de son droit de dérogation, dont pourrait se prévaloir un justiciable se trouvant dans une situation comparable et qui n'en bénéficierait pas.

Déroger suppose donc nécessairement assumer le risque contentieux, que ce soit à droit constant ou dans le cadre d'un droit de dérogation élargi comme le suggère la mission.

D'autre part, au terme de l'étude, on ne peut manquer de souligner un paradoxe : le droit de dérogation a pour raison d'être la nécessité dans laquelle se trouve le préfet, pour exercer sa mission au plus près du terrain et en l'adaptant aux contraintes locales, de s'affranchir de normes réglementaires parfois inadaptées. Souhaiter, par postulat, la montée en puissance du droit de dérogation, c'est prendre acte de ce constat d'inadaptation de la norme et chercher à pérenniser son contournement plutôt que sa résolution. On peut partager ce fatalisme, mais il ne doit pas conduire à abdiquer les efforts d'amélioration de la production normative, ni à renoncer à poursuivre une politique résolue de déconcentration qui seule pourrait - et cela devrait être un but en soi - neutraliser à terme ce dispositif, atypique et presque iconoclaste dans un Etat de droit, qu'est le droit de dérogation préfectoral.

Consciente bien sûr du caractère par définition inatteignable de cet idéal, la mission croit néanmoins utile de rappeler que c'est une approche différente de la conception et de l'élaboration de la norme, quel qu'en soit le niveau dans la hiérarchie juridique, c'est-à-dire une nouvelle culture normative, pour reprendre une formule du Conseil d'Etat, qui est la clef de la souhaitable disparition de la justification du droit de dérogation⁹⁵. Comme l'indiquait le vice-président du Conseil d'Etat dans son avant-propos sur l'étude annuelle « *Simplification et qualité du droit* » de 2016, « *le nouveau cap consiste à adopter plus systématiquement, dans la conception, la rédaction et la mise en œuvre des politiques publiques, le point de vue de leurs destinataires* », parmi lesquels on comptera le représentant de l'Etat, pour toutes les politiques dont il assure concrètement la mise en œuvre sur le territoire.

Revenir sur les moyens d'améliorer la production normative n'est pas dans le mandat de la mission. Mais ce n'est pas l'excéder que d'en réaffirmer l'ardente obligation, pour parvenir à terme à la contention maximale d'un droit de dérogation par principe exorbitant, dont la première vertu devrait être de faire office d'accélérateur à ce changement de culture normative.

⁹⁵ Les méthodes pour y parvenir ont été suggérées et documentées de longue date, hélas assez vainement, tout particulièrement par le Conseil d'Etat, dans ses rapports « *De la sécurité juridique* » (1991), « *Sécurité juridique et complexité du droit* » (2006), « *Simplification et qualité du droit* » (2016), « *Le droit souple* » (2013), « *Mesurer l'inflation normative* » (2018), qui tous, ont pour objet ou partent de ce constat de l'incontinence normative.

A stylized, cursive signature in black ink, appearing to read 'Fournalès'.

Renaud FOURNALÈS
Inspecteur général
de l'administration

A stylized, cursive signature in black ink, appearing to read 'Girault'.

Pascal GIRAULT
Inspecteur général
de l'administration

ANNEXES

Annexe n° 1 : Lettre de mission



Paris, le 25 OCT. 2021

Le Préfet,
Directeur du Cabinet



Note

à

Monsieur le chef du service de l'inspection générale de l'administration

Objet : Mission d'évaluation du droit de dérogation du décret du 8 avril 2020.

Le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 a généralisé la possibilité de dérogation à des normes réglementaires dévolue aux préfets dans l'objectif d'accompagner et de faciliter la réalisation de projets publics et privés. L'instruction 6201/SG du 6 août 2020 du Premier ministre a précisé les domaines dans lesquels ce droit de dérogation peut intervenir ainsi que sa portée. Elle a indiqué le cadre dans lequel cette possibilité doit être appliquée afin d'assurer la sécurité juridique des décisions, en confiant en particulier à la direction de la modernisation et de l'administration territoriale (DMAT) la mission de solliciter l'avis des directions d'administration centrale des ministères concernés sur les projets d'arrêtés de dérogation.

Un premier bilan de ce dispositif établi par la DMAT montre qu'il est inégalement utilisé, tant en ce qui concerne les préfetures qui le mettent en application, quelques-unes d'entre elles concentrant l'essentiel des dérogations demandées, qu'en ce qui concerne les domaines dans lesquels elles sont proposées. En outre, se pose la question de la pertinence du dispositif et des outils utilisés pour le mettre en œuvre.

Aussi je souhaite confier à l'inspection générale de l'administration une mission d'évaluation du droit de dérogation du décret du 8 avril 2020, afin en particulier :

- de disposer d'un bilan par préfetures et par domaines des dérogations accordées ;
- d'analyser les raisons pour lesquelles la possibilité de dérogation reste inégalement utilisée par les préfetures ;
- de faire le point sur la position des principales administrations centrales concernées par les possibilités de dérogation, en particulier en cas d'absence fréquente de réponse de leur part ;
- de faire des recommandations susceptibles de lever les freins à la montée en charge du dispositif de dérogation ;

Place Beauvau
75800 PARIS Cedex 08
Standard : 01 49 27 49 27 – 01 40 07 60 60
Adresse internet : www.interieur.gouv.fr

- de proposer les outils adéquats pour un fonctionnement fluide de celui-ci et la traçabilité des dossiers, notamment dans la perspective de cette montée en charge ;
- de s'assurer qu'une telle montée en charge ne présente aucun risque contentieux nouveau pour l'action de l'Etat ;
- le cas échéant de vérifier si certaines dérogations récurrentes peuvent être le signe d'une nécessaire évolution de la réglementation.

Cette mission s'appuiera sur le bilan établi par la sous-direction de l'administration territoriale à la DMAT dans le cadre de l'animation du dispositif qui lui incombe.

Le rapport me sera remis dans les trois mois suivant la date de la présente lettre.



Pierre de BOUSQUET

Annexe n° 2 : Liste des personnes rencontrées

MINISTERE DE L'INTERIEUR

- Jean-Benoît ALBERTINI, secrétaire général
- Olivier JACOB, directeur de la modernisation et de l'administration territoriale
- Astrid JEFFRAULT, cheffe du bureau de l'organisation et des missions de l'administration territoriale

AUTRES MINISTERS

MINISTERE DE L'AGRICULTURE ET DE L'ALIMENTATION

- Sophie DELAPORTE, secrétaire générale
- Philippe MERILLON, secrétaire général adjoint,
- Marie LUCCIONI, direction générale de l'alimentation, service du pilotage de la performance sanitaire et de l'international, adjointe au sous-directeur du pilotage des ressources et des services
- Stéphane LANDAIS, direction générale de la performance économique et environnementale des entreprises, service gouvernance et gestion de la PAC, adjoint à la sous-directrice de la gouvernance et du pilotage
- Anne CROZAT, adjointe à la secrétaire générale, déléguée au pilotage et à la transformation

MINISTERE DE LA COHESION DES TERRITOIRES ET DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITES TERRITORIALES

- Stanislas BOURRON, directeur général des collectivités locales
- Sébastien SIMOES, adjoint au sous-directeur des finances locales et de l'action économique,
- Adélie RAYNAGUET, adjointe au chef du bureau des concours financiers de l'Etat,
- Hélène MARTIN, adjointe à la sous-directrice des compétences et institutions locales

MINISTERE DES OUTRE-MERS

- Frédéric JORAM, adjoint à la directrice générale des outre-mer
- Anthony TOUPIN, adjoint au chef du bureau des collectivités locales

MINISTERS SOCIAUX

- Nicole DA COSTA, secrétaire générale adjointe
- Corinne CREVOT, pôle travail-solidarité (DGP)
- Corinne PASQUAY, pôle santé

MINISTERE DE LA TRANSITION ECOLOGIQUE

- Olivier FUCHS, directeur des affaires juridiques
- Cédric BOURILLET, Directeur Général de la Prévention des Risques
- Stéphanie DUPUY LYON, directrice générale de l'aménagement du logement et de la nature (DGALN)
- Vincent MONTRIEUX, sous-directeur de la qualité du cadre de vie (direction de l'habitat de l'urbanisme et des paysages)
- Lorenzo FOCARDI, chef du bureau de la législation de l'eau (direction de l'eau et de la biodiversité),
- Thomas BOUGEROL, chef de cabinet du directeur de l'habitat de l'urbanisme et des paysages
- Timothée ASENSIO-FRERY, conseiller auprès de la DGALN

SECRETARIAT GENERAL DE LA MER

- Denis ROBIN, secrétaire général

DELEGATION INTERMINISTERIELLE A LA TRANSFORMATION PUBLIQUE

- Karim BEDDEK, directeur adjoint du cabinet

- Sébastien MALANGEAU, responsable du programme France Expérimentation
- Olivier HEBRARD, programme France Expérimentation

AGENCE NATIONALE DE LA COHESION DES TERRITOIRES

- Jérôme GUTTON, directeur général délégué « Territoires et ruralité »

ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE

- Eric VERLHAC, directeur général
- Marie-Cécile GEORGES, responsable du département intercommunalité et territoires

ASSEMBLEE DES DEPARTEMENTS DE FRANCE

- Bernard SCHMELTZ, directeur général
- Jérôme BRIEND, conseiller réformes et politiques territoriales

REGIONS DE FRANCE

- Jules NYSSSEN, délégué général

PREFECTURES

PREFECTURE DE L' AISNE

- Thomas CAMPEAUX, préfet
- Alain NGOUOTO, secrétaire général

PREFECTURE DES ALPES-MARITIMES

- Philippe LOOS, secrétaire général
- Pierre SCHIES, directeur de l'intervention et de la coordination de l'Etat

PREFECTURE DE L'AUDE

- Thierry BONNIER, préfet
- Simon CHASSARD, secrétaire général

PREFECTURE DU CALVADOS

- Philippe COURT, préfet
- Nathalie BROYART, directrice de la coordination des politiques publiques et de l'appui territorial (DCPPAT)

PREFECTURE DE CHARENTE-MARITIME

- Nicolas BASSELIER, préfet
- Pierre MOLAGER, secrétaire général
- Catherine MALLET, cheffe de la délégation inter-services aux affaires juridiques et contentieuses
- Sandrine ZOBEL, cheffe du bureau des finances locales et des dotations de l'Etat

PREFECTURE DE LA HAUTE-CORSE

- François RAVIER, préfet

PREFECTURE DU JURA

- David PHILOT, préfet
- Justin BABILLOTTE, secrétaire général

PREFECTURE DU LOIR-ET-CHER

- François PESNEAU, préfet
- Nicolas HAUPTMANN, secrétaire général

PREFECTURE DE MEURTHE-ET-MOSELLE

- Arnaud COCHET, préfet

PREFECTURE DU MORBIHAN

- Joël MATHURIN, préfet
- Guillaume QUENET, secrétaire général
- Mathieu ESCAFRE, directeur départemental des territoires et de la mer
- Mathieu BATARD, directeur-adjoint de la direction départementale des territoires et de la mer
- Jean-Michel CHAPPRON, directeur départemental de la protection des populations
- Anne-Sophie SANNIER, cheffe du service de la coordination des politiques publiques et de l'appui territoriale

PREFECTURE DE LA MOSELLE

- Laurent TOUVET, préfet

PREFECTURE DE LA NIEVRE

- Daniel BARNIER, préfet
- Fabrice GERARD, directeur du pilotage interministériel

PREFECTURE DE L'OISE

- Corinne ORZECOWSKI, préfète

PREFECTURE DU PUY-DE-DOME

- Philippe CHOPIN, préfet
- Laurent LENOBLE, secrétaire général
- Maryline GAYET, directrice de la citoyenneté et de la légalité
- Lionel LABELLE, chef de l'unité Cantal, Allier, Puy-de-Dôme de la DREAL Rhône-Alpes-Auvergne

PREFECTURE DE LA SARTHE

- Patrick DALLENNES, préfet
- Catherine QUILICHINI-MARTIN, directrice de la coordination des politiques publiques et de l'appui territorial

PREFECTURE DE LA HAUTE-SAVOIE

- Alain ESPINASSE, préfet
- Thomas FAUCONNIER, secrétaire général

PREFECTURE DU VAR

- Evence RICHARD, préfet
- Serge JACOB, secrétaire général

PREFECTURE DE VENDEE

- Gérard GAVORY, préfet
- Anne TAGAND, secrétaire générale
- Cyrille GARDAN, directeur de la citoyenneté et de la légalité
- Sophie MIGEON, directrice de la coordination, du pilotage et de l'appui territorial

PREFECTURE DE LA HAUTE-VIENNE

- Fabienne BALUSSOU, préfète
- Jérôme DECOURS, secrétaire général
- Lydie LAURENT, directrice départementale adjointe des territoires
- Eric HULOT, chef du service eau environnement forêt (DDT)

PREFECTURE DE L'ESSONNE

- Eric JALON, préfet
- Laurence BOISARD, directrice des relations avec les collectivités locales

PREFECTURE DES HAUTS-DE-SEINE

- Laurent HOTTIAUX, préfet
- Sophie GUIROY, secrétaire générale adjointe
- Jean-Pierre DE COURS, directeur de la citoyenneté et de la légalité

PREFECTURE DE LA COTE D'OR, PREFECTURE DE LA REGION BOURGOGNE FRANCHE-COMTE

- Fabien SUDRY, préfet
- Anne COSTE DE CHAMPERON, SGAR

PREFECTURE DU LOIRET, PREFECTURE DE LA REGION CENTRE VAL DE LOIRE

- Régine ENGSTRÖM, préfète
- Benoît LEMAIRE, secrétaire général
- Florence GOUACHE, SGAR
- Laurence LEDOUBLE, cheffe du pôle juridique interdépartemental et interministériel

PREFECTURE DE LA REGION NOUVELLE-AQUITAINE, PREFECTURE DE LA GIRONDE

- Fabienne BUCCIO, préfète de région
- Patrick AMOUSSOU-ADEBLE, SGAR

PREFECTURE DE REGION PROVENCE-ALPES-COTE D'AZUR, PREFECTURE DES BOUCHES-DU-RHÔNE

- Christophe MIRMAND, préfet
- Yves CORDIER, secrétaire général

PREFECTURE DE LA REGION RHONE-ALPES-AUVERGNE

- Pascal MAILHOS, préfet de région
- Sylvain CASTERET, adjoint au SGAR

PREFECTURE DE LA REUNION

- Pascal GAUCY, SGAR

PREFECTURE DE MAYOTTE

- Thierry SUQUET, préfet
- Claude VO-DINH, secrétaire général
- Jérôme MILLET, sous-préfet chargé de mission

PREFECTURE DE GUADELOUPE

- Alexandre ROCHATTE, préfet
- Sébastien CAUWEL, secrétaire général

PREFECTURE DE GUYANE

- Thierry QUEFFELEC, préfet

PREFECTURE DE SAINT-BARTHELEMY ET SAINT-MARTIN

- Serge GOUTEYRON, préfet
- Fabien SESE, secrétaire général

Annexe n° 3 : Références doctrinales publiées sur l'exercice du droit de dérogation préfectorale

Pouvoir de dérogation des préfets : beaucoup de bruit pour rien ? - AJDA - Mai 2022

Droit de dérogation du préfet : portée et mise en œuvre du décret du 8 avril 2020 - Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel (BDEI) - juillet 2021

Dérogation aux normes réglementaires : un pouvoir préfectoral - AJ Collectivités Territoriales - mars 2022

Droit des pollutions et nuisances, revue juridique de l'environnement, 2021, vol. 46, p.317, spécialement p.325-326

Chronique, un an de droit de l'environnement et de droit de l'urbanisme, Droit Administratif, n°2, février 2021

Changer de culture normative - Actes du colloque organisé par le CNEN le 26 novembre 2020 - Semaine juridique - 18 janvier 2021

Le droit de dérogation reconnu au préfet - Semaine juridique - 6 janvier 2021

Une nouvelle illustration de la légalité néolibérale : le pouvoir de dérogation des préfets - Dalloz-actualité - 4 décembre 2020

Généralisation du droit de dérogation reconnu au préfet : un nouveau souffle pour la déconcentration - Revue Administration - octobre 2020

Le nouveau droit de dérogation des préfets aux normes réglementaires, revue Procédures, octobre 2020

Précisions sur le droit de dérogation des préfets - Revue Droit administratif - 1er octobre 2020

Droit de dérogation du préfet : un pouvoir discrétionnaire mais encadré - AJDA - 7 septembre 2020

La dévolution au préfet d'un droit de dérogation aux normes réglementaires : un pas de plus vers le droit à la différenciation territoriale - La Semaine juridique ACT - 31 août 2020

Dévolution d'un droit de dérogation des préfets aux normes réglementaires - AJDA - 27 juillet 2020

Droit de dérogation du préfet, portée et mise en œuvre du décret du 8 avril 2020, Bulletin du droit de l'environnement industriel, n°88, 1^{er} juillet 2020, éd. Lamy

Extension du domaine de la dérogation - Revue Droit administratif - 1er juin 2020

Généralisation du droit de dérogation reconnu au préfet (accès abonnés) - La Gazette des communes - 14 avril 2020

Le Gouvernement pérennise le droit de dérogation accordé aux préfets (accès abonnés) - Actu environnement - 10 avril 2020

Le droit de dérogation du préfet est finalement pérennisé - La Gazette des communes - 9 avril 2020

De l'expérimentation territoriale récente d'un droit de dérogation reconnu au préfet, in La différenciation territoriale, éd. L'Harmattan, 2020, p. 209 et s.

Les enjeux de l'asymétrie normative au niveau local - La Semaine juridique - Décembre 2019

Commentaire de la décision du Conseil d'Etat de juin 2019 par Jean-Sébastien BODA - La Semaine juridique - 9 décembre 2019

Quand les services déconcentrés testent la différenciation - La Gazette des communes - 30 octobre 2019

Premier bilan (partiel) d'une stratégie de contournement du problème d'inflation normative : le pouvoir de dérogation aux normes - La Semaine juridique - 15 juillet 2019

Dérogations aux normes, entre complexité et principe d'égalité - AJDA - 1er juillet 2019

Expérimentation, mode d'emploi - AJDA - 24 juin 2019

Précisions sur l'expérimentation mise en place par le pouvoir réglementaire autonome - Semaine juridique - 24 juin 2019

La prise en compte du risque dans la décision publique (pages 78-79) - Etude du Conseil d'Etat - 25 juin 2018

Mode d'emploi du pouvoir de dérogation - AJDA - 16 avril 2018

Lancement d'une expérimentation permettant aux préfets de déroger à certaines normes réglementaires - AJDA - 15 janvier 2018

Une expérimentation sur le thème de l'expérimentation - AJCT - Janvier 2018

Annexe n° 4 : Décret n°2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet

*Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et du ministre de l'intérieur,
Vu le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements ;
Vu le décret n° 2007-422 du 23 mars 2007 modifié relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat en Polynésie française ;
Vu le décret n° 2007-423 du 23 mars 2007 modifié relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat en Nouvelle-Calédonie ;
Vu le décret n° 2009-906 du 24 juillet 2009 modifié relatif aux pouvoirs du représentant de l'Etat, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin ;
Le Conseil d'Etat (section de l'administration) entendu ;
Le conseil des ministres entendu,*

Décrète :

Article 1

Le préfet de région ou de département peut déroger à des normes arrêtées par l'administration de l'Etat pour prendre des décisions non réglementaires relevant de sa compétence dans les matières suivantes :

- 1° Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ;
- 2° Aménagement du territoire et politique de la ville ;
- 3° Environnement, agriculture et forêts ;
- 4° Construction, logement et urbanisme ;
- 5° Emploi et activité économique ;
- 6° Protection et mise en valeur du patrimoine culturel ;
- 7° Activités sportives, socio-éducatives et associatives.

Article 2

La dérogation doit répondre aux conditions suivantes :

- 1° Etre justifiée par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales ;
- 2° Avoir pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques ;
- 3° Etre compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ;
- 4° Ne pas porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens, ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé.

Article 3

La décision de déroger prend la forme d'un arrêté motivé, publié au recueil des actes administratifs de la préfecture.

Article 4

- I. - Les dispositions du présent décret s'appliquent à l'ensemble du territoire de la République.

II. - Pour son application à Mayotte, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon, les mots : « préfet de région ou de département » sont respectivement remplacés par les mots : « préfet de Mayotte », « représentant de l'Etat à Saint-Barthélemy », « représentant de l'Etat à Saint-Martin » et « représentant de l'Etat dans la collectivité ».

III. - Pour son application en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises :

1° Les mots : « préfet de région ou de département » sont remplacés par les mots :

- a) « haut-commissaire de la République », en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie ;
- b) « administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna », dans les îles Wallis et Futuna ;
- c) « administrateur supérieur des Terres australes et antarctiques françaises », dans les Terres australes et antarctiques françaises ;

2° Le mot : « préfecture » est remplacé par les mots :

- a) « haut-commissariat », en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie ;
- b) « administration supérieure », dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

Article 5

Le présent décret peut être modifié par un décret en Conseil d'Etat.

Article 6

Le Premier ministre, le ministre de l'intérieur et la ministre des outre-mer sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 8 avril 2020.

Emmanuel Macron

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
Edouard Philippe

Le ministre de l'intérieur,
Christophe Castaner

La ministre des outre-mer,
Annick Girardin

Annexe n° 5 : Circulaire du Premier ministre du 6 août 2020

PREMIER
MINISTRE

*Liberté
Égalité*

Paris, le 6 août 2020

A

n° 6201/SG

Mesdames et Messieurs les préfets de région
Mesdames et Messieurs les préfets de département
Monsieur le haut-commissaire de la République en
Polynésie française
Monsieur le haut-commissaire de la République en
Nouvelle-Calédonie
Monsieur le préfet de Mayotte
Monsieur le préfet de Saint-Pierre-et-Miquelon
Monsieur le représentant de l'État à Saint-
Barthélemy et Saint-Martin
Monsieur le préfet, administrateur supérieur des îles
Wallis et Futuna
Madame la préfète, administratrice supérieure des
Terres australes et antarctiques françaises

Objet : Dévolution au préfet d'un droit de dérogation aux normes réglementaires

Ref : Décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet

Une expérimentation a été menée pendant deux ans dans 2 régions, 17 départements et 3 territoires ultramarins en application du décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017, pour permettre au préfet de déroger à des dispositions réglementaires dans l'objectif d'accompagner et de faciliter la réalisation de projets publics ou privés.

Au regard de l'évaluation positive réalisée à son terme, le Gouvernement a décidé de généraliser ce droit de dérogation à des normes réglementaires par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 afin de renforcer vos marges de manoeuvre locales dans la mise en oeuvre des réglementations nationales. Ce texte répond aussi à une forte attente des élus et acteurs locaux et renforce le principe de déconcentration.

Cette généralisation intervient à cadre juridique constant, à savoir selon des règles et conditions identiques à celles qui furent expérimentées.

La présente instruction présente les enseignements tirés de l'expérimentation et indique le cadre dans lequel cette possibilité de déroger doit être appliquée afin d'assurer la sécurité juridique de vos décisions.

1. Bilan de l'expérimentation territoriale menée en 2018-2019

Les 183 arrêtés préfectoraux de dérogation comptabilisés au 31 décembre 2019 témoignent de la façon dont les préfets ont su traduire la volonté du Gouvernement de concilier des normes aux objectifs différents, d'atténuer des effets de seuil, ou encore d'accélérer des procédures administratives.

Les préfets expérimentateurs et les services déconcentrés intéressés se sont ainsi inscrits dans la dynamique sans grande difficulté, dès les travaux préparatoires initiés en amont du décret du 29 décembre 2017.

Dans la mise en oeuvre territoriale du décret, il a été observé que :

- des dossiers n'auraient pas pu être menés à bien sans l'existence de ce droit de dérogation ;
- l'expérimentation a favorisé le développement d'un réflexe dans les services visant à interroger les marges d'appréciation pouvant exister dans les textes en vigueur ;
- les préfets ont su, pour les dossiers les plus sensibles, prévenir tout risque juridique en mettant en balance les avantages et les risques et en organisant une concertation locale préalable à la prise d'arrêtés.

L'évaluation de l'expérimentation territoriale établie à partir des rapports des préfets, unanimement favorables, confortée par les travaux de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation du Sénat a conduit le Gouvernement à décider de sa généralisation.

2. Définition et objectifs poursuivis par le recours au droit de dérogation

Le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 vous autorise à déroger de façon ponctuelle, pour la prise d'une décision non réglementaire relevant de votre compétence, aux normes réglementaires applicables dans certaines matières limitativement énumérées.

Le recours au droit de dérogation doit nécessairement poursuivre l'un des trois objectifs suivants :

- alléger les démarches administratives ; on entend par « démarche administrative » tout échange normé avec l'administration, qu'il concerne les particuliers, les entreprises ou les collectivités territoriales ;
- réduire les délais de procédure ;
- favoriser l'accès aux aides publiques.

Si le décret ne désigne pas précisément les normes réglementaires auxquelles il permet de déroger, « il limite ces dérogations, d'une part, aux règles qui régissent l'octroi des aides publiques afin d'en faciliter l'accès, d'autre part, aux seules règles de forme et de procédure applicables dans les matières énumérées afin d'alléger les démarches administratives et

d'accélérer les procédures » comme l'a jugé le Conseil d'État (17 juin 2019 « Les Amis de la Terre France », n° 421871).

3. Secteurs d'activité entrant dans le champ d'application du droit de dérogation

Conformément aux dispositions de l'article 1^{er} du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, il vous est permis de déroger aux seules dispositions réglementaires rattachables à l'une des sept matières suivantes :

1. Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ;
2. Aménagement du territoire et politique de la ville ;
3. Environnement, agriculture et forêts ;
4. Construction, logement et urbanisme ;
5. Emploi et activité économique ;
6. Protection et mise en valeur du patrimoine culturel ;
7. Activités sportives, socio-éducatives et associatives.

Diverses illustrations de procédures ou dispositifs auxquels vous pourriez envisager de déroger sous réserve que l'ensemble des conditions requises soient satisfaites, vous sont présentées en annexe, sans qu'il s'agisse là d'une liste exhaustive. Dans les secteurs de l'agriculture, de la forêt, de la pêche et de l'aquaculture, les subventions, concours financiers et dispositifs de soutien mentionnés au 1^{er} de l'article 1^{er} du décret sont ceux qui relèvent de dispositifs nationaux encadrés par un régime d'aide d'État et dont la décision d'attribution relève de la compétence du préfet, à l'exclusion des fonds européens et des cofinancements nationaux mis en œuvre dans ce cadre. Les décisions de dérogations ne peuvent contrevenir aux dispositions communiquées par la France à la Commission européenne et reprises dans les régimes exemptés ou notifiés en vigueur.

4. Domaines d'intervention exclus de ce droit de dérogation

Outre les domaines qui ne sont pas mentionnés à l'article 1^{er} du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, est expressément exclue, conformément aux dispositions du 4^o de l'article 2 du décret précité, toute décision qui serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes, des animaux et des biens. C'est la portée de la dérogation elle-même qui est ici visée, non le fait que la réglementation en cause ait ou non une incidence sur la défense ou la sécurité.

Il peut arriver qu'une procédure réglementaire soit rattachable indifféremment tant à l'une des matières entrant dans le champ d'application du décret qu'à une matière qui en est exclue. Ainsi, la notion de « sécurité », très vaste, se retrouve en matière environnementale (la sécurité de l'environnement, mais aussi des personnes, voire des biens quand il y a risque d'incendie ou d'explosion), de sécurité sanitaire de la chaîne alimentaire, d'urbanisme (protection contre les inondations), dans la construction (beaucoup de normes de construction ont pour fondement la sécurité, y compris pour l'accessibilité aux handicapés, car il est important

non seulement qu'ils puissent aisément accéder à un bâtiment mais aussi qu'ils puissent rapidement en sortir...). Cependant, ce n'est pas parce qu'une réglementation a une incidence sur la sécurité que la dérogation n'est pas envisageable : c'est la dérogation elle-même qui ne doit pas porter atteinte à la sécurité. Vous pratiquez déjà cette appréciation des risques et avantages à l'occasion de procédures particulières.

Une attention particulière doit être portée à l'analyse de la compatibilité de la dérogation envisagée avec le droit européen. En cas de doute, vous solliciterez, par l'intermédiaire de la direction de la modernisation et de l'administration territoriale (DMAT) du ministère de l'intérieur, (sous-direction de l'administration territoriale - bureau de l'organisation et des missions de l'administration territoriale - sdatabomat@interieur.gouv.fr), l'expertise de la direction d'administration centrale compétente selon les modalités prévues au point 5.3.

5. Conditions de mise en oeuvre du droit de dérogation

5.1. Le sens, la portée et la sécurité juridique de ce droit de dérogation

La dérogation doit impérativement être justifiée par deux conditions cumulatives :

- un motif d'intérêt général ;
- et l'existence de circonstances locales.

La mise en oeuvre du droit de dérogation ne se traduit pas par l'édiction d'une nouvelle norme générale en lieu et place de la norme à laquelle vous décidez de déroger. Il ne s'agit pas d'une délégation du pouvoir réglementaire vous permettant d'adapter ou de simplifier localement des normes réglementaires nationales.

En effet, le droit de dérogation s'exerce à l'occasion de l'instruction d'une demande individuelle et se traduit par la prise d'une décision au cas par cas. Il n'a pas pour objectif d'exonérer de manière durable de règles procédurales, ni de généraliser des mesures de simplification de normes ou d'accorder de manière générale et non individualisée des dérogations. En revanche, il vous permet de décider de ne pas appliquer une disposition réglementaire à un cas d'espèce, ce qui la plupart du temps devrait conduire à exonérer un particulier, une entreprise ou une collectivité territoriale d'une obligation administrative.

S'agissant en particulier des départements et collectivités d'outre-mer, si le contexte local peut motiver de telles mesures, le droit à dérogation ne saurait être considéré en lui-même comme une adaptation de la réglementation au sens de l'article 73 de la Constitution.

Le recours au droit de dérogation, fondé sur les motifs d'intérêt général et d'existence de circonstances locales, ne saurait, par ailleurs, se traduire par une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé, ni contrevenir à des normes de niveau législatif ou constitutionnel, à des engagements européens et internationaux de la France ou à des principes généraux du droit.

Pour veiller à la légalité de la décision de dérogation que vous prendrez, il vous appartient de procéder au préalable à une analyse juridique approfondie.

En cas d'interrogation quant à la légalité de votre décision, il vous est conseillé d'établir un bilan coût/avantage de la mesure de dérogation, de réaliser une estimation des risques

juridiques (risque contentieux, risque financier, etc.) et d'évaluer ses conséquences en termes de cohérence de l'action publique locale. La fiche d'étude figurant à l'annexe 2 de la présente instruction est destinée à vous guider dans cette démarche.

La faculté de déroger à une norme réglementaire relève de votre pouvoir discrétionnaire. Aussi lorsque vous serez saisi d'une demande de dérogation ou bien lorsque, dans l'instruction d'un dossier, il vous apparaîtra que la dérogation pourra être de nature à faire aboutir ce dossier dans le respect des critères définis à l'article 2 du décret n° 2020-412 du 8 avril 2020, il vous appartiendra d'apprécier au cas par cas si elle est justifiée.

En effet, avant d'user de ce droit de dérogation, il vous appartiendra de questionner les méthodes de travail de vos services, selon lesquelles est mise en œuvre la réglementation concernée, afin de voir si elles ne constituent pas un obstacle à la bonne administration, rendant nécessaire, moins l'usage de ce droit, que la recherche d'une solution passant d'abord par la remise en cause des procédures et des méthodes de travail.

A l'inverse, la redondance avec laquelle l'usage de ce droit de dérogation, appliqué à tout ou partie d'une réglementation donnée, pourra survenir, devra vous amener à questionner la pertinence de celle-ci ou sa rédaction même et pourra vous conduire à saisir l'administration concernée (avec copie à la direction de la modernisation et de l'administration territoriale du ministère de l'intérieur) de ce questionnement et de la possibilité de faire évoluer cette réglementation.

Ainsi, si ce droit de dérogation vise d'abord, en permettant la réalisation d'un projet ou la satisfaction d'une demande, à corriger, sans inflation normative, les effets de bords négatifs et marginaux d'une réglementation donnée, laquelle demeure, par ailleurs, pertinente tant dans ses objectifs que dans sa rédaction, il peut aussi, sous votre égide, servir de révélateur au caractère inadapté d'une réglementation donnée ou d'un aspect de celle-ci et permettre ainsi son évolution.

5.2. Information et appui de l'échelon régional

Il vous appartient d'informer systématiquement le préfet de région, dont vous relevez le cas échéant, de votre intention de prendre un arrêté de dérogation, afin que celui-ci puisse pleinement exercer son rôle de garant de la cohérence de l'action de l'État dans la mise en œuvre des politiques publiques au sein de la région.

De même, je vous invite à solliciter les directions régionales concernées en tant que de besoin pour expertise en amont de l'utilisation du droit de dérogation.

5.3. Information et appui de l'échelon central

Afin d'informer systématiquement les secrétariats généraux des ministères intéressés en amont de la prise d'un arrêté préfectoral de dérogation, il vous est demandé d'adresser ce projet d'arrêté, accompagné de votre analyse justifiant le recours à la dérogation, à la DMAT (sous-direction de l'administration territoriale - bureau de l'organisation et des missions de l'administration territoriale - sdatbomat@interieur.gouv.fr), laquelle procédera à une communication sans délai auprès du ou des secrétariats généraux concernés. Ces derniers disposeront d'un délai de 15 jours à réception du projet d'arrêté pour faire part de toute observation sur le document. Au terme de ce délai, la DMAT aura pour

mission de vous faire parvenir le ou les avis (avis simple) qui lui auront été communiqués ou de vous informer de l'absence de toute réponse.

La DMAT constitue le service que vous saisissez s'il vous paraît en outre nécessaire, en amont d'une décision de dérogation, de solliciter un **appui juridique** sur la conformité d'une dérogation au cadre juridique fixé par le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 et précisé par la présente instruction. Ce service assurera systématiquement et sans délai le lien avec le ou les ministères concernés de façon à pouvoir vous apporter une réponse présentant les meilleures garanties de sécurité juridique.

Enfin, il vous est loisible de saisir, sur le fondement de l'article R. 212-1 du code de justice administrative, les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel pour avis sur toute question. Les questions relevant des attributions des préfets de région de la métropole sont soumises par ces derniers à la cour administrative d'appel, les autres le sont près le tribunal administratif

Afin de suivre la mise en œuvre de ce droit de dérogation et d'en réaliser régulièrement un bilan, une réunion de suivi se tiendra une fois par an, à l'échelon central, sous l'égide du ministère de l'intérieur, réunissant l'ensemble des ministères concernés. Une telle initiative pourrait intervenir, également, à l'échelle de chaque région, à l'occasion d'un comité de l'administration régionale (CAR), afin d'opérer un même bilan.

6. Forme des décisions de dérogation prises par le préfet et modalités de leur communication

La décision de dérogation peut faire l'objet d'un arrêté spécifique, mais il est également possible qu'il en soit fait mention au sein de la décision individuelle prise au terme de la procédure réglementaire appliquée. Ces deux options dépendent des conditions dans lesquelles la dérogation intervient.

- **Exemple 1** : dans le cadre de l'instruction d'une demande qui nécessite diverses consultations successives et sous réserve que l'ensemble des conditions mentionnées dans le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 soient satisfaites, vous pourrez choisir de déroger à l'obligation de consultation de l'une de ces commissions. Vous devrez alors nécessairement prendre par arrêté une décision de dérogation avant de soumettre l'examen de la demande à la commission suivante. Dans une telle hypothèse, il y aura donc *a minima* deux actes distincts : la décision de dérogation et la décision prise au terme de la procédure en cause.

- **Exemple 2** (plus classique) : une collectivité sollicite une subvention de la part de l'État, vos services instruiront le dossier, constateront éventuellement l'absence d'une pièce exigée, mais vous donnerez malgré tout une suite favorable à la demande. C'est dans le corps même de la décision d'attribution de la subvention que vous pourrez faire état de votre décision de déroger à la disposition réglementaire qui imposait la production de cette pièce. Dans cette hypothèse, vous ne prendrez qu'un seul acte faisant état de votre décision de faire usage de votre droit de dérogation et d'accorder la subvention.

Que votre décision soit prise sous la forme d'un arrêté motivé en droit et par les circonstances particulières du cas d'espèce ou dans le corps même d'une décision d'attribution, il vous est demandé d'apporter une attention toute particulière à la motivation de vos décisions de dérogation.

Conformément aux dispositions en vigueur, l'arrêté publié au recueil des actes administratifs de la préfecture devra occulter toute mention de nature à porter atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical, au secret en matière commerciale et industrielle et à d'autres secrets protégés par les articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration.

Vous veillerez à diffuser la présente instruction auprès de l'ensemble des chefs de services déconcentrés de l'État intéressés et placés sous votre autorité.

Jean CASTEX

ANNEXE 1 : Exemples de procédures ou dispositifs auxquels le préfet pourrait déroger ponctuellement

Attention : cette liste n'est pas exhaustive

1. Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales.

- Déroger au taux de 30% régissant le versement des avances de subventions d'investissement.
- Déroger à l'obligation de complétude d'un dossier de demande de subvention.

2. Aménagement du territoire et politique de la ville.

- Sans déroger aux zonages de la politique de la ville ou de territoires fragilisés (ZRR, déserts médicaux, etc.) qui pour la plupart relèvent d'une disposition législative ou européenne, étendre en dehors des territoires concernés l'éligibilité à certains dispositifs de soutien de niveau réglementaire assis sur ces zonages.

3. Environnement, agriculture et forêts.

- Déroger aux seuils d'autorisation de la nomenclature « loi sur l'eau » pour certains projets de renaturation des cours d'eau.

4. Construction, logement et urbanisme.

- Déroger à la durée d'instruction des permis de construire délivrés par l'État et relevant de sa compétence.
- Dispenser des constructions de toute formalité en termes de seuils de taille, par exemple les panneaux photovoltaïques installés sur des constructions.

5. Emploi et activité économique.

- Déroger au principe de réunion physique des membres de la commission départementale de l'emploi et de l'insertion en recourant à une consultation électronique.

6. Protection et mise en valeur du patrimoine culturel.

- Dans le cadre d'une demande d'installations de structures éphémères en site classé, procédure qui peut s'avérer longue au vu de l'installation d'une structure très éphémère, adapter les critères aux enjeux locaux de protection.
- Dispenser d'autorisation au titre des monuments historiques les installations temporaires de plus de 20 m² et pour une durée inférieure à trois mois sur ou dans un monument historique. L'octroi de la dispense permettrait d'éviter au demandeur de remplir le dossier prévu par le code du patrimoine, au regard d'enjeux ou de manifestations locales et potentiellement récurrentes par exemple.

7. Activités sportives, socio-éducatives et associatives.

- Déroger au délai de trois mois minimum requis dans le cadre du dépôt d'une demande d'organisation d'une manifestation sportive, en acceptant une demande déposée un peu tardivement.

ANNEXE 2 : Fiche d'étude préalable à tout recours au droit de dérogation

La disposition en cause relève-t-elle de la compétence du préfet ?

OUI

La procédure est-elle uniquement de niveau réglementaire et donc non encadrée par une disposition de nature supra-décrétale (législative, communautaire...) ?

OUI



La procédure est-elle rattachable à l'une des matières mentionnées à l'article 1er du décret ?

OUI

La dérogation est-elle prise dans le cadre d'une procédure qui doit aboutir à la prise d'une décision individuelle ?

OUI



La dérogation est-elle justifiée par un motif d'intérêt général ET l'existence de circonstances locales ?

OUI



La dérogation a-t-elle bien pour objet soit d'alléger les démarches administratives, soit de réduire les délais de procédure, soit de favoriser l'accès aux aides publiques ?

OUI

La mise en œuvre de la dérogation est-elle compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ?

OUI



La dérogation ne porte pas atteinte aux intérêts de la défense ?

OUI



La dérogation ne porte pas atteinte à la sécurité des personnes et des biens ?

OUI



La dérogation ne porte pas une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé ?



La dérogation répond aux conditions fixées par le décret n° 2020-412.

ANNEXE 3 : Modalités de suivi

1. Au niveau local

Les modalités d'échange d'informations et de bonnes pratiques au sein de la région et du département seront arrêtées par le préfet compétent. A cet égard, lors de la phase d'expérimentation, il fut observé qu'une animation et un pilotage par le SGAR étaient de nature à grandement faciliter le partage d'informations et de documents, mais également les échanges sur des cas de dérogations proposés ou les principes et règles à appliquer.

2. Au niveau national

Afin d'assurer un suivi régulier au niveau central, un exemplaire de l'arrêté de dérogation notifié sera adressé pour information à la DMAT (sdatbomat@interieur.gouv.fr) qui veillera à réunir régulièrement l'ensemble des ministères intéressés.

Dans le cadre d'un échange de bonnes pratiques et de partage d'expériences, la DMAT mettra à disposition [l'outil collaboratif Territorial Nouvelle Version «Droit de dérogation »](#), plateforme d'information et de circularisation de documents entre l'administration centrale et l'échelon déconcentré. Si, lors de la phase expérimentale, ce portail numérique fut réservé aux seuls agents de préfecture, son accès sera élargi à l'ensemble des services déconcentrés de l'État ainsi qu'aux correspondants d'administration centrale que désigneront les ministères intéressés. En sus, à destination de l'ensemble des agents publics disposant d'un droit d'accès à l'intranet de la DMAT, une page dédiée sera mise en place dans les prochaines semaines.

ANNEXE 4 : Foire aux questions

Un délégataire de la signature du préfet peut-il prendre une décision de dérogation ?

Le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 n'exclut pas la possibilité que le préfet délègue sa signature dans le cadre des conditions de droit commun (décret n° 2004-374 du 29 avril 2004, décrets n° 2007-422 et n° 2007-423 du 23 mars 2007, décret n° 2009-906 du 24 juillet 2009). Toutefois, il vous est demandé de faire usage personnellement de cette nouvelle prérogative et donc de ne pas la déléguer à une autre autorité déconcentrée de l'État.

La décision de dérogation doit-elle être motivée ?

Dans les visas de cette décision, doivent être clairement identifiées les difficultés qui se posent et qui conduisent à faire usage du droit de dérogation, de telle sorte que soient clairement dissociées les hypothèses où, à juste raison, le préfet a consenti à déroger de celles où il a refusé. Le préfet devra donc bien veiller à motiver la décision prise par dérogation, par l'examen individuel de l'espèce (i.e. au cas par cas), et s'appuyer sur des circonstances locales, et ne pas faire référence à une prise de position générale qui consisterait, dans le département ou la région, à accepter par principe les dossiers présentant telle caractéristique. Cette référence à une position de principe serait en effet la création par le préfet d'une norme réglementaire dérogatoire, ce que le décret n'autorise pas.

Que recouvre la notion d'engagements européens et internationaux de la France ?

Ces engagements sont très nombreux, et consistent principalement en des directives ou règlements de l'Union européenne. La question n'est pas de savoir si la disposition réglementaire à laquelle le préfet envisage de déroger est prise en application d'une directive ou d'un règlement européen, mais si la mise en œuvre de la dérogation a pour effet d'entrer en contradiction avec la règle européenne. De nombreuses réglementations, même lorsqu'une loi a été promulguée pour transposer la directive et vient s'intercaler entre elle et le règlement national, ne voient pas leur contenu dicté par la directive européenne. Il faudra s'interroger pour savoir si l'appréciation au cas d'espèce, qui déroge au règlement national, est elle-même contraire à la directive européenne. Par ailleurs, il n'est pas à exclure que des dispositions résultant de la sur-transposition de la réglementation européenne puissent entrer dans le champ de la dérogation.

Quelles sont les conséquences de la publication de la décision de dérogation au recueil des actes administratifs (RAA) de la préfecture ?

La publication de la décision de déroger, comme sa motivation, vise à permettre aux tiers de la contester. Il convient de distinguer deux hypothèses :

- Si la décision individuelle finale peut être publiée au RAA, il peut être décidé qu'un seul acte sera publié comprenant la décision de dérogation et la décision individuelle finale.
- Si la décision individuelle finale n'a pas vocation à être publiée au RAA ou ne doit pas l'être, le préfet dissociera alors les deux décisions. La décision de dérogation sera publiée au RAA, tandis que la décision individuelle finale ne le sera pas.

Le principe selon lequel le silence de l'administration vaut acceptation peut-il être invoqué dans le cadre du droit de dérogation ?

Non, car si un usager venait à demander au préfet de bien vouloir faire usage de son droit de dérogation, une telle demande ne s'inscrirait pas dans le cadre d'une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire. La mise en œuvre de ce droit relève de la seule compétence du préfet. Dès lors, conformément à l'article L.231-4 du code des relations entre le public et l'administration, le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaudrait rejet de la demande.

Lors de la phase d'expérimentation, quelles bonnes pratiques purent être mises en œuvre localement pour anticiper et ainsi se prémunir du risque contentieux ?

La nécessité d'évaluer en amont le risque contentieux, de rechercher un consensus ou, à défaut, de la non-opposition des partenaires concernés, a amené le préfet à mettre en balance les avantages et inconvénients de la dérogation et, dès lors, à prendre sa décision en pleine connaissance de cause.

La phase de concertation locale préalable s'est avérée des plus utiles dans les situations où les enjeux étaient importants. La transparence et la pédagogie permettent la prise de décisions pouvant être, de prime abord, vues comme créant une rupture d'égalité des citoyens devant la loi.

Un travail en amont même de la dérogation a pu conduire le préfet à s'abstenir d'y recourir ou, a contrario, à y recourir dans un cadre sécurisé car reposant sur des analyses juridiques fournies ou sur des échanges, dans un cadre régional, de pratiques et d'interprétations.

Le risque a également pu paraître réduit du fait de la sollicitation de l'administration centrale. La grille d'analyse préalable, reproduite en annexe 2 de la présente circulaire, destinée à s'assurer du respect du cadre juridique, s'est révélée un outil apprécié et utile.

Annexe n° 6 : Bilan de la mise en œuvre du droit de dérogation au 15 février 2022 (DMAT)

*Sous-direction de l'administration territoriale
Bureau de l'organisation et des missions de
l'administration territoriale*

Paris,
Réf. :

Bilan du droit de dérogation aux normes réglementaires dévolu aux préfets 15 février 2022

1. Données générales

Généralisation - Droit de dérogation

Dossiers recensés	279
Arrêtés signés	169
Avis AC	179
dont favorable	116
dont défavorable	63
Absence de réponse de l'AC	58
Absence de saisine de la préfecture	42

Au 15 février 2022, la DMAT a eu connaissance de 279 dossiers pour lesquels les préfets souhaitent faire usage du droit de dérogation. 65 départements sont concernés ainsi que 9 préfectures de région.

169 arrêtés préfectoraux ont été signés et adressés à la DMAT. Il n'est cependant pas possible de considérer que la différence constitue des projets abandonnés pour la raison qu'un décalage est observé entre la signature de l'arrêté de dérogation et sa communication à la DMAT.

Il est constaté que 42 dossiers ont été ouverts sans saisine préalable de la DMAT. Ces 42 dossiers ont conduit à la prise de 37 arrêtés de dérogation. L'absence de saisine s'explique par :

- l'absence d'obligation de saisir l'administration centrale avant la signature de la [circulaire Premier ministre du 6 août 2020 relative à la dévolution au préfet d'un droit de dérogation aux normes réglementaires](#) (21 arrêtés) ;
- la méconnaissance de la procédure (5 arrêtés) ;
- le fait qu'une analyse avait déjà été rendue sur un sujet similaire mais pour un autre bénéficiaire (11 arrêtés).

Comparatif expérimentation :

Place Beauvau
75800 PARIS Cedex 08
Standard : 01 49 27 49 27 – 01 40 07 60 60
Internet : www.interieur.gouv.fr

Expérimentation - Droit de dérogation	
Dossiers recensés	229
Arrêtés signés	187
Avis AC	18
<i>dont favorable</i>	6
<i>dont défavorable</i>	11
Absence de réponse de l'AC	1
Absence de saisine de la préfecture	211

N.B. : La [circulaire Premier ministre du 9 avril 2018 relative à l'expérimentation d'un droit de dérogation reconnu au préfet](#) ne prévoyait pas de saisine préalable obligatoire de l'administration centrale.

2. Répartition géographique

Généralisation - Répartition géographique des arrêtés préfectoraux		
N°	Nom du département	Nbre d'AP
6	Alpes-Maritimes	1
8	Ardennes	1
10	Aube	3
14	Calvados	1
16	Charente	1
17	Charente-Maritime	3
18	Cher	1
19	Corrèze	1
21	Côte-d'Or	1
23	Creuse	4
24	Dordogne	1
25	Doubs	1
26	Drôme	1
27	Eure	5
33	Gironde	6
36	Indre	2
39	Jura	1
40	Landes	2
41	Loir-et-Cher	2
42	Loire	2
43	Haute-Loire	1
44	Loire-Atlantique	1
51	Marne	2
52	Haute-Marne	1
54	Meurthe-et-Moselle	3
55	Meuse	1
56	Morbihan	6
58	Nièvre	5
60	Oise	7
63	Puy-de-Dôme	4
64	Pyrénées-Atlantiques	1
65	Hautes-Pyrénées	2

66	Pyrénées-Orientales	3
67	Bas-Rhin	2
71	Saône-et-Loire	4
72	Sarthe	14
78	Yvelines	1
79	Deux-Sèvres	4
83	Var	1
85	Vendée	10
86	Vienne	6
88	Vosges	2
89	Yonne	4
971	Guadeloupe	1
976	Mayotte	6
	Auvergne-Rhône-Alpes	13
	Bourgogne-Franche-Comté	1
	Centre-Val de Loire	12
	Grand Est	5
	Hauts-de-France	1
	Nouvelle-Aquitaine	1
	Pays de la Loire	4
TOTAL		169

Sur les 169 arrêtés préfectoraux, 125 ont été pris par des préfets de département, 7 l'ont été par des préfets d'outre-mer et 37 par des préfets de région.

Les préfets ayant le plus recouru au droit de dérogation sont au 15 février 2022 :

- le préfet de la Sarthe (14 arrêtés) ;
- le préfet de la région Auvergne – Rhône-Alpes (13 arrêtés) ;
- le préfet de la région Centre – Val de Loire (12 arrêtés) ;
- le préfet de la Vendée (10 arrêtés) ;
- le préfet de l'Oise (7 arrêtés) ;
- le préfet de la Gironde (6 arrêtés) ;
- le préfet du Morbihan (6 arrêtés) ;
- le préfet de Mayotte (6 arrêtés) ;
- le préfet de l'Eure (5 arrêtés) ;
- le préfet de la Nièvre (5 arrêtés) ;
- le préfet de la région Grand Est (5 arrêtés).

Comparatif expérimentation :

Expérimentation - Répartition géographique des arrêtés préfectoraux de dérogation		
N°	Nom du département	Nbre d'AP
21	Côte-d'Or	5
23	Creuse	6
25	Doubs	2
39	Jura	8
44	Loire-Atlantique	17
49	Maine-et-Loire	2
46	Lot	11
53	Mayenne	4
58	Nièvre	6
67	Bas-Rhin	5
68	Haut-Rhin	11
70	Haute-Saône	5
71	Saône-et-Loire	2
72	Sarthe	20
85	Vendée	17
89	Yonne	16
90	Territoire-de-Belfort	3
976	Mayotte	10
977	Saint-Barthélemy/Saint-Martin	4
	Bourgogne-Franche-Comté	4
	Pays de la Loire	25
TOTAL		183

N.B. : L'expérimentation concernait les préfets des régions et des départements de Pays de la Loire, de Bourgogne-Franche-Comté et de Mayotte, les préfets de département du Lot, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Creuse ainsi que le représentant de l'Etat à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

3. Répartition matérielle

Généralisation - Répartition matérielle des arrêtés préfectoraux de dérogation

Matières	Nbre d'AP
Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales	141
Aménagement du territoire et politique de la ville	-
Environnement, agriculture et forêts	11
Construction, logement et urbanisme	10
Emploi et activité économique	7
Protection et mise en valeur du patrimoine culturel	-
Activités sportives, socio-éducatives et associatives	-
TOTAL	169

La très grande majorité des arrêtés de dérogation concernent les subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales (141), puis l'environnement, l'agriculture et les forêts (11), la construction, le logement et l'urbanisme (10) et l'emploi et l'activité économique (7).

La prévalence des arrêtés de dérogation concernant les questions de subventions et de dotations s'explique par le fait que c'est l'un des domaines où le pouvoir réglementaire est le moins encadré par le pouvoir législatif ; partant, c'est là qu'il est le plus aisé de déroger aux normes réglementaires.

Comparatif expérimentation :

Expérimentation - Répartition matérielle des arrêtés préfectoraux de dérogation

Matières	Nbre d'AP
Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales	124
Aménagement du territoire et politique de la ville	-
Environnement, agriculture et forêts	44
Construction, logement et urbanisme	9
Emploi et activité économique	2
Protection et mise en valeur du patrimoine culturel	-
Activités sportives, socio-éducatives et associatives	4
TOTAL	183

4. Bénéficiaires

Généralisation - Bénéficiaires

Entités	Nbre d'AP
Commune	80
EPCI	41
Conseil régional	11
Conseil départemental	4
Etablissement public de coopération locale	6
Société d'économie mixte	3
Société	7
Association	6
Commission de conciliation en matière d'élaboration des documents d'urbanisme	5
Bailleur social	4
Centre hospitalier	1
Personne physique	1
TOTAL	169

S'agissant des bénéficiaires, parmi ces 169 arrêtés, 121 bénéficient à des communes ou des EPCI (soit 71,6%). Seuls 7 bénéficient directement à une société, et 1 à un particulier. Ce point est cependant à nuancer dans la mesure où une aide à l'investissement d'une collectivité pourra bénéficier *in fine* à un acteur économique.

Comparatif expérimentation :

Expérimentation - Bénéficiaires

Entités	Nbre d'AP
Commune	86
EPCI	39
Conseil départemental	5
Etablissement public de coopération locale	15
Services de l'Etat	2
Société	14
Association	8
Personne physique	14
TOTAL	183

A l'issue de l'expérimentation, 125 arrêtés ont bénéficié à des communes ou des EPCI (soit 68,3%).

Comparatif expérimentation :

Expérimentation - Avis administration centrale							
Ministères	Nbre saisine	nbre réponses	nbre réponses >15 jours	dont F	dont D	Taux réponse	Taux réponse >15 jours
MCTRCT	4	4	1	3	1	100,00%	25,00%
MTE	5	4	2	3	1	80,00%	40,00%
MI	3	3	0	1	2	100,00%	0,00%
MAA	3	3	1	1	2	100,00%	33,33%
Culture	2	2	1	0	2	100,00%	50,00%
MENJS	1	1	0	1	0	100,00%	0,00%
TOTAL	18	17	5	9	8	94,44%	27,78%
Absence saisine	211						
TOTAL	229						

N.B. : La [circulaire Premier ministre du 9 avril 2018 relative à l'expérimentation d'un droit de dérogation reconnu au préfet](#) ne prévoyait pas de saisine préalable obligatoire de l'administration centrale ni de délai de réponse en cas de saisine .

Annexe n° 7 : A propos de quelques régimes dérogatoires organisés par le droit positif au bénéfice, notamment, des préfets

1-Les dérogations écrites sectorielles pour adapter l'action publique aux circonstances particulières de temps et de lieu

Les règles dérogatoires prévues par certains textes sont conçues comme autant d'instruments d'adaptation temporaire de la norme générale en vue de répondre, soit à des cas spécifiques, soit à des situations extra-ordinaires, au sens littéral du terme. Leur régime est strictement encadré quant à l'objet, à l'étendue, aux critères et à la durée de la dérogation autorisée.

1.1- Les dérogations organisées par le législateur pour éviter que ne se constituent de situations inévitables ou dommageables à un intérêt public

Pour anticiper les effets de seuils, écarter les conséquences dommageables pour d'autres intérêts publics que celui pris en compte par la loi ou bien encore pour prévenir la constitution de situations individuelles inévitables ou inadaptées, le législateur assortit souvent les règles de principe qu'il énonce de possibilités de dérogations.

La mise en œuvre de la règle législative prescrivant le repos dominical en est une parfaite illustration. L'article L.3132-20 du code du travail permet ainsi au préfet d'autoriser, sur demande, d'autres formules de repos hebdomadaire que la journée du dimanche, qui en est pourtant la modalité de principe, dès lors qu'il est « *est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement* ».

1.2- Les dérogations autorisées par le législateur en cas d'urgence

Les régimes prévus par le législateur, dans les situations d'urgence, consistent principalement à habilitier l'autorité administrative, exceptionnellement, à déroger à des règles et principes de fond. Toutefois, leur mise en œuvre s'accompagne toujours de dérogations à des règles de forme et de procédure au nom de l'exigence de célérité induite par la situation d'urgence considérée.

L'état d'urgence et l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence⁹⁶ et l'état d'urgence sanitaire⁹⁷ habilitent le gouvernement, lorsque leurs conditions respectives de déclenchement sont réunies, à décréter un régime d'exception pendant une durée déterminée, qui ouvre alors à l'autorité publique compétente, en particulier le préfet, le droit de prendre de nombreuses décisions restreignant l'exercice de droits ou des libertés.

La caractéristique commune de ces législations d'exception est d'alléger substantiellement ces décisions des contraintes formelles et procédurales qui leur seraient normalement applicables.

Ainsi, dans le cadre de l'état d'urgence, l'autorité préfectorale ou le ministre de l'intérieur peut ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boisson et autres lieux de rassemblement et interdire toute réunion ou manifestation de nature à provoquer ou entretenir le désordre ou de nature à représenter un risque pour les participants⁹⁸, sans avoir à respecter la procédure contradictoire qui s'imposerait normalement à ces décisions.

Il en est de même en cas de mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, où le préfet peut se voir habilitier à prescrire des mesures individuelles de mise en quarantaine ou de placement en isolement,

⁹⁶ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence modifiée

⁹⁷ Articles L3131-12 et suivants, issus de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, plusieurs fois modifiée en dernier lieu par la loi n° 2021-1465 du 10 novembre 2021.

⁹⁸ Article 8 de la loi 55-386 du 3 avril 1955.

qui sont par définition restrictives de cette liberté fondamentale qu'est la liberté d'aller et de venir, sans autre formalité qu'une simple motivation écrite⁹⁹. Allant dans le sens opposé d'allègement des contraintes, en cas de fermeture par arrêté du ministre de la santé d'établissements recevant du public pour lutter contre l'épidémie de covid-19, les préfets ont été habilités à déroger à de telles fermetures, pour des établissements qui répondent à un besoin d'approvisionnement de la population¹⁰⁰.

Le motif légal d'urgence « non qualifiée »

Hors situation d'état d'urgence ou d'état d'urgence sanitaire, de nombreuses législations confèrent aux autorités administratives qu'elles désignent des pouvoirs exorbitants, lorsqu'une condition d'urgence est remplie, sans d'ailleurs que loi en caractérise systématiquement les critères constitutifs. Cet accroissement exceptionnel de compétence est le plus souvent assorti du droit de déroger aux formalités et règles de procédure de droit commun normalement applicables.

Au terme de certaines dispositions du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), les administrations, dont l'autorité préfectorale, sont habilitées à déroger à certaines règles de forme ou de procédure en invoquant, selon les cas, soit l'urgence absolue (qui permet de déroger à l'obligation de motivation¹⁰¹), soit l'urgence (qui autorise à ne pas engager de procédure contradictoire préalable, par exemple¹⁰²).

Dans le domaine de la protection de l'ordre public, le 4° de l'article L.2215-1 du CGCT habilite le préfet, en cas d'urgence, et lorsque les moyens dont il dispose ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police, à réquisitionner tout bien et service, requérir toute personne nécessaire au fonctionnement de ce service ou à l'usage de ce bien et prescrire toute mesure utile jusqu'à ce que l'atteinte à l'ordre public ait pris fin. Ce pouvoir affecte tant les agents publics que les personnes privées et sa mise en œuvre est exclusivement subordonnée à l'édiction de décisions motivées, à l'exclusion de toute autre règle de procédure¹⁰³.

En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique engagée par l'autorité préfectorale ou ministérielle (selon la nature du projet), le même code organise une possibilité de prise de possession anticipée du bien par l'administration, en cas d'urgence, sur autorisation du juge judiciaire, en dérogeant aux délais d'acceptation et aux procédures préalables de validation des offres par la personne expropriée.

De même, en cas d'urgence liée à un risque d'actes de terrorisme, le préfet peut « *délivrer (...) sans avis préalable de la commission départementale de vidéoprotection, une autorisation provisoire d'installation d'un système de vidéoprotection (...)* »¹⁰⁴.

Le dispositif légal d'urgence civile

Transposant l'article 1er paragraphe 3 de la directive 2011/92/UE¹⁰⁵, l'article L.122-3-4 du code de l'environnement dispose que, pour les projets ou parties de projets « *ayant pour seul objet la défense nationale ou la réponse à des situations d'urgence à caractère civil* », les ministres de la défense et de l'intérieur sont respectivement habilités à déroger à l'application des obligations d'évaluation

⁹⁹ Article L3131-17 du code de la santé publique.

¹⁰⁰ Art. L.3131-17 I du code de la santé publique et CE 22 décembre 2020, n°439804

¹⁰¹ Art. L.211-6 du CRPA

¹⁰² Art. L.121-2 du CRPA

¹⁰³ Pour une illustration de l'étendue et des limites de ce pouvoir, voir CE 9 décembre 2003, n°262186.

¹⁰⁴ Article L.223-4 du code de la sécurité intérieure.

¹⁰⁵ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Dans sa version initiale elle ne permettait d'envisager de dérogations que dans le champ de la défense nationale. C'est une Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 qui ajoute la notion de situation d'urgence à caractère civil pour tenir compte de retours d'expérience en matière de prévention et de gestion des catastrophes où la directive initiale a pu générer des effets préjudiciables.

environnementale, lorsqu'elles sont légalement requises, s'ils estiment que cette application irait à l'encontre de ces objectifs.

Sa mise en œuvre se révèle, à l'expérience, lourde, le ministre n'étant pas nécessairement le mieux placé pour apprécier, d'une part, l'effectivité sur le terrain de la situation d'urgence civile, d'autre part, l'éligibilité du projet au régime dérogatoire associé.

C'est pourquoi une évolution réglementaire est en cours, pour organiser, par décret, une faculté de délégation de pouvoir du ministre au préfet concerné, témoignant avec force de ce besoin d'adaptation de l'action publique aux réalités de terrain et de l'inadéquation du niveau ministériel dans ce type de situation.

En tout état de cause, la portée de la reconnaissance d'urgence civile demeure limitée, puisque la dérogation qu'elle induit n'affecte pas les autres réglementations pourtant susceptibles d'être concernées par un projet visant à répondre à une situation d'urgence à caractère civil. On pense ici aux procédures applicables en matière d'espèces protégées ou de travaux concernant des sites inscrits ou classés, par exemple.

1.3 Les dérogations organisées à l'initiative du pouvoir réglementaire

Dans le cadre de son pouvoir réglementaire autonome, l'exécutif national peut prendre des décrets habilitant le préfet à déroger à certaines règles nationales. Il en est ainsi, par exemple, du régime des transports exceptionnels réglementé par les articles R.433-1 et suivants du code de la route. Le préfet peut déroger aux limites réglementaires pour répondre « à des besoins locaux permanents » (art. R.433-3), tenir compte de « cas de nécessité absolue » (art. R.433-4) ou bien encore prendre en compte « des besoins locaux spécifiques de transport de personnes » (art. R.433-7).

Nombre de dispositions réglementaires permettent également au préfet de déroger à des normes de procédure. Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, par exemple, permet au préfet de déroger à la règle générale de présentation personnelle du demandeur d'un titre de séjour en préfecture, en prescrivant un dépôt de la demande par voie postale (art. R.431-3).

2- Les dérogations prétorienne transversales

Certains régimes dérogatoires ont pour origine des créations prétorienne du juge administratif, qui n'ont aucun fondement textuel.

2.1- Les circonstances exceptionnelles

La théorie des circonstances exceptionnelles a été consacrée par le Conseil d'Etat à l'occasion d'une décision du 28 juin 1918, Heyriès¹⁰⁶. Il se fonde sur « les conditions dans lesquelles s'exerçaient les pouvoirs publics durant la guerre » pour affirmer la légalité d'un décret par lequel le gouvernement a suspendu les garanties disciplinaires instituées par la loi au profit des fonctionnaires afin de rendre possibles les sanctions rapides exigées par les nécessités de la défense nationale. En d'autres termes, le Conseil d'Etat admet que les circonstances extraordinaires que constitue une situation de guerre justifient que des obligations procédurales substantielles (droits de la défense, saisine d'un conseil de discipline) puissent être occultées au nom de l'intérêt général. Les mêmes circonstances de guerre ont conduit à valider un arrêté préfectoral de réquisition, en l'absence de toute formalités préalables normalement prescrites, d'une clinique pour y installer un centre d'internement, la prison ayant été bombardée¹⁰⁷.

Cette théorie a été étendue ensuite aux événements de toute nature exigeant par leur ampleur et leur caractère inattendu une réactivité immédiate de l'administration pour assurer la continuité des

¹⁰⁶ L'autre décision fondatrice de cette théorie est un arrêt Dames Dol et Laurent du 28 février 1919, relatif à un arrêté du préfet maritime réglementant la police des mœurs à Toulon en période de guerre.

¹⁰⁷ CE S. 24 mai 1968, Mencières.

services et la protection des populations. Le Conseil d'Etat l'a ainsi appliquée à des décisions préfectorales, notamment prises pour interdire la circulation publique, imposer un régime d'autorisation d'accès ou prescrire des évacuations d'office en lien avec un risque imminent d'éruption volcanique¹⁰⁸.

De telles mesures sont alors insusceptibles de se voir opposer des manquements aux règles de procédure et de forme de droit commun.

2.2 Les formalités impossibles¹⁰⁹

L'administration peut être confrontée à une impossibilité d'accomplir une procédure prescrite par un texte, sans que puisse lui être reprochée de situation de carence ou de négligence fautive dans l'exécution de ses obligations normales. Le cas le plus fréquent admis par la jurisprudence administrative est celui du défaut de consultation préalable d'un organisme, dont la saisine préalable est pourtant imposée par la norme en vigueur.

Lorsque l'administration peut établir une circonstance particulière ayant le caractère d'un véritable cas de force majeure administratif dont elle n'est pas responsable¹¹⁰, le juge administratif admet alors qu'elle puisse valablement s'exonérer de cette procédure normale pour exercer son pouvoir de décision.

De nombreuses décisions préfectorales dérogeant à des règles de procédure ont pu être ainsi validés par le juge administratif, en se référant à de telles circonstances. Un arrêté préfectoral de suspension d'un élu local a ainsi été validé, pourtant pris « *sans que l'intéressé ait été entendu dans ses observations, ou invité à présenter ses explications écrites* » alors que « *celui-ci avait quitté la commune à l'approche de l'ennemi, sans laisser d'adresse, et mis ainsi par son fait l'administration dans l'impossibilité d'accomplir la formalité exigée* »¹¹¹. Plus près de nous, un arrêt du Conseil d'Etat valide une dérogation du préfet de Corse à l'obligation légale de mise en demeure préalable d'un exploitant d'explosifs pour qu'il réalise le transfert de matières irrégulièrement stockées, au regard de circonstances locales rendant cette formalité impossible à réaliser. Le préfet peut donc prescrire ce transfert d'office en le faisant réaliser par une entreprise tierce aux frais de l'exploitant¹¹².

¹⁰⁸ CE 18 mai 1983, n°25308, Rodes.

¹⁰⁹ Sur cette théorie, voir SAUNIER (S.) : « *La théorie des formalités impossibles ou l'impossible théorie* », in RFDA 2021, p.1081/

¹¹⁰ Pour un cas de figure où la théorie des formalités impossibles est écartée, compte tenu de l'inertie de l'administration à rétablir une situation administrative conforme : CE 21 juin 1974, n°84387 SEPRIM.

¹¹¹ CE 22 novembre 1918, Samuel, n°59379.

¹¹² CE 31 mai 1989, Ministre de l'environnement et société corse de pyrotechnie Socopy, n°76236.

Annexe n° 8 : La portée du principe de non-régression en matière de sécurité dans le décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet

Le Gouvernement a été hésitant, lors de l'élaboration du dispositif du droit de dérogation, non pas sur le principe d'une réserve générale de non-régression de la sécurité, en cas de mise en œuvre du droit de dérogation, mais sur la formalisation de cette réserve, en effet susceptible de plusieurs options.

La première, se focalisant sur le contenu, consistait à prohiber toute dérogation qui, quel que soit son texte « d'assiette », aurait en elle-même pour conséquence de dégrader la sécurité.

La deuxième, s'intéressant au contenant, consistait à exclure du champ des dérogations les normes ayant pour objet la sécurité, notamment la sécurité publique.

Ces deux approches ont été successivement envisagées, pour aboutir *in fine* à une formule qui les combine.

Selon l'avant-projet de loi relatif au droit à l'erreur et à la simplification¹¹³, qui en posait le principe, « cette dérogation ne peut avoir pour effet une régression du niveau de protection de l'environnement, de la santé humaine ou de la sécurité des personnes et des biens ». Cette rédaction législative n'avait donc pas pour effet d'exclure la sécurité publique du champ des dérogations, sous réserve des précisions du décret auquel elle renvoyait, mais, dans ce domaine comme dans les autres, d'interdire toute régression de la sécurité.

Après la disjonction par le Conseil d'Etat, en 2017, de ces dispositions, l'avant-projet de décret d'expérimentation optait quant à lui pour une option *a priori* plus radicale, mais en réalité plus « permissive » : « Sont exclues du champ d'application du présent décret les dispositions réglementaires relatives (...) à la sécurité et à l'ordre publics ». On peut en déduire *a contrario*, et en dehors des seules dispositions réglementaires relatives à la sécurité publique, exclues du droit de dérogation, que les décisions dérogatoires auraient pu, le cas échéant, être régressives en matière de sécurité des personnes et des biens.

Le texte définitif, repris à l'identique par le décret de généralisation n° 2020-412, tout en corrigeant cette difficulté, combine ces deux approches.

¹¹³ Avant la disjonction par le Conseil d'Etat des dispositions relatives à l'expérimentation des dérogations préfectorales dans le domaine réglementaire (cf 1.1.1.2).