Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTERE DE L'INTERIEUR,
DE LA SECURITE INTERIEURE
ET DES LIBERTES LOCALES

INSPECTION GENERALE
DE L'ADMINISTRATION

IGA N° 1984

MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES,
DU TRAVAIL ET DE LA SOLIDARITE

INSPECTION GENERALE
DES AFFAIRES SOCIALES

IGAS 20030048

MINISTERE DE LA JEUNESSE,
DE L'EDUCATION NATIONLE
ET DE LA RECHERCHE

INSPECTION GENERALE
DE L'ADMINISTRATION
DE L'EDUCATION NATIONALE

IGAEN 03-061

MINISTERE DE L'ECONOMIE,
DES FINANCES ET
DE L'INDUSTRIE

INSPECTION GENERALE
DES FINANCES

IGF 2003-M-039-04

MINISTERE DE L'EQUIPEMENT,
DES TRANSPORTS, DU TOURISME
ET DE LA MER

INSPECTION GENERALE
DE L'EQUIPEMENT

CGPC 2003-0097-01

MINISTERE DE L'ECOLOGIE
ET DU DEVELOPPEMENT
DURABLE

INSPECTION GENERALE
DE L'ENVIRONNEMENT

03/24

MINISTERE DE L'AGRICULTURE,
DE L'ALIMENTATION, DE LA PECHE
ET DES AFFAIRES RURALES

INSPECTION GENERALE
DE L'AGRICULTURE

2003.RI-PEM-021

RAPPORT SUR L'AUDIT DU CONTRÔLE DE LEGALITE, DU CONTROLE BUDGETAIRE ET DU POUVOIR DE SUBSTITUTION

- JUILLET 2003 -

RAPPORT SUR L'AUDIT DU CONTRÔLE DE LEGALITE, DU CONTROLE BUDGETAIRE ET DU POUVOIR DE SUBSTITUTION

Présenté par :

Philippe MELCHIOR
Inspecteur Général de l'Administration
Chef de la mission interministérielle

Rémi DUCHÊNE
Inspecteur de l'Administration

Christiane CABANEL
Inspectrice de l'Administration

Sylvie ESCANDE-VILBOIS
Administratrice civile
Chargée de mission

François AUVIGNE
Inspecteur Général des Finances

Eric SCHMIEDER
Inspecteur Général
des Affaires Sociales

André CHAVAROT
Inspecteur Général de
l'Equipement

Jean-Pierre POUZOULET
Inspecteur Général de
l'Agriculture

Gérard SAURAT
Inspecteur Général
de l'Administration
de l'Education Nationale
et de la Recherche

Jean-Loïc NICOLAZO
Inspecteur Général
de l'Environnement

- JUILLET 2003 -

SOMMAIRE

Pages

- **Rapport de synthèse** 2
- **L'évolution de la liste des actes des collectivités locales soumis à obligation de transmission au représentant de l'État au titre du contrôle de légalité** 16
- **Le pouvoir d'appréciation en matière de déféré préfectoral** 29
- **L'usage des procédures d'urgence en matière de déféré préfectoral** 35
- **Le contrôle budgétaire** 45
- **L'organisation administrative du contrôle de légalité** 54
- **Délégation de signature du préfet dans l'exercice du contrôle de légalité** 63
- **Le contrôle des actes des établissements publics locaux d'enseignement (E.P.L.E)** 67
- **Le contrôle de légalité des marchés publics passés par les établissements de santé** 73
- **Le pouvoir de substitution du préfet** 76

- **ANNEXE** : lettre de mission.

RAPPORT DE SYNTHESE

Avant d'arrêter le projet de loi portant transfert de compétences aux collectivités locales, le Gouvernement a souhaité disposer, parmi d'autres éclairages, d'un audit sur l'exercice, par le préfet, du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et de son pouvoir de substitution

Les membres du Gouvernement concernés en ont chargé leurs inspections générales respectives (Cf. lettre de mission en annexe), l'inspection générale de l'administration devant assurer la coordination des travaux.

Tant l'objectif poursuivi que les délais impartis ont conduit la mission :

- d'une part à procéder, dans une douzaine de départements[1] à une analyse des flux et des produits ainsi qu'à un examen des process, moins approfondi qu'un audit et ne valant pas contrôle ;
- d'autre part, à auditionner des élus, des magistrats et des fonctionnaires afin de recueillir l'appréciation et les avis de différents partenaires.

Ces travaux ont donné lieu à une série de notes dont les plus urgentes - parce qu'elles comportaient des propositions de modifications de la loi - ont d'ores et déjà été diffusées.

Le rapport de la mission est constitué d'un ensemble de notes - incluant ces dernières - sur les divers aspects des questions posées, précédé de la présente note de synthèse.

Les notes particulières traitent des sujets suivants :

- la liste des actes transmissibles ;
- l'appréciation du pouvoir de déférer et ses conséquences ;
- les mesures d'urgence ;
- le contrôle budgétaire ;
- l'organisation administrative ;
- la délégation de signature ;
- le contrôle des établissements publics locaux d'enseignement ;
- le contrôle des marchés des hôpitaux ;
- le pouvoir de substitution.

Très classiquement, c'est sur la base d'un constat et de son analyse que la mission a construit ses propositions.

[1] Alpes Maritimes, Ariège, Guadeloupe, Guyane, Hérault, Loire-Atlantique, Loiret, Oise, Pas-de-Calais, Rhône, Yvelines, Val-de-Marne.

I – L'ANALYSE DU CONSTAT

L'évaluation du fonctionnement de ce dispositif ne peut être faite qu'au regard des objectifs qui lui étaient assignés. Les causes des faiblesses éventuelles qu'elle fera apparaître constituent les pistes d'amélioration. Telle est en effet la seule question qui puisse aujourd'hui se poser - après les débats que chacun connaît sur d'autres hypothèses - la modification récente de la Constitution ayant confirmé, et le principe du contrôle, et l'autorité qui en a la charge.

A) Les objectifs

Les objectifs techniques immédiats diffèrent pour le contrôle de légalité, le contrôle budgétaire et le pouvoir de substitution mais ils traduisent une même volonté

Parce qu'il porte sur des actes et non sur des procédures, parce qu'il ne traite que de la légalité et non de la qualité, le contrôle de légalité a ses limites naturelles. Si l'on souhaite les dépasser et apprécier la qualité d'une gestion ou son degré d'insertion dans une politique nationale, il faut aller jusqu'à l'évaluation. Le Premier ministre a chargé un parlementaire d'une mission sur ce point.

A l'intérieur de ces limites, ce contrôle n'est ni définitif, puisque le préfet peut seulement saisir le juge, ni exclusif, dès lors que toute personne ayant intérêt à agir le peut également. Mais il est nécessaire en ce qu'un acte n'a force exécutoire que s'il est transmis et ainsi soumis à vérification de sa légalité.

Le contrôle budgétaire est lui aussi un contrôle de légalité, mais très spécifique, en raison tant de l'importance du budget comme décision de politique générale, que du souci d'une saine gestion qui fait de l'équilibre budgétaire une règle. C'est parce que la violation de la loi et l'inaction apparaissent ici être encore moins acceptables et nécessiter rédressement rapide que le pouvoir préfectoral de contrôle inclut la substitution ; ceci, bien sûr, avec une procédure qui garantit l'expertise et la neutralité.

D'une manière générale, le pouvoir de substitution est conféré aux préfets quand le risque d'abstention des autorités locales est jugé inacceptable par l'Etat, soit du fait de l'importance des enjeux, soit à cause de l'impossibilité de recourir au juge dans des délais appropriés.

Mais derrière ces différences techniques, ces trois mécanismes juridiques traduisent les limites que l'Etat entend assigner à l'autonomie locale afin d'assurer, avec ou malgré la diversité des choix locaux, le respect des règles communes dans l'exercice de la puissance publique ou la délivrance des prestations de service. En ce sens, en assurant le degré d'homogénéité voulu par le législateur, le contrôle est un des moyens de l'unité nationale. Il devra donc, non seulement être exercé mais l'être de façon homogène sur le territoire.

En outre, en confiant cette mission aux préfets, la Constitution puis, pour son application, la loi, ne pouvaient avoir pour objectif l'exercice mécanique et exclusif d'une fonction d'analyse juridique indépendante de toute appréciation des situations et des contextes. Par leur mission, leur tradition et leur culture professionnelle, les préfets connaissent les difficultés rencontrées par les autorités locales et, pénétrés de la nécessité de faire malgré les contraintes et les obstacles, ils ne peuvent que situer cette appréciation de la légalité dans la perspective de l'intérêt général. C'est cette logique qui fonde le pouvoir préfectoral d'appréciation de l'opportunité de déférer.

Au regard de ces principes, qu'observe-t-on ?

B) Le problème et son traitement

La situation peut être ainsi résumée :

Les services qui concourent au contrôle de légalité traitent une grande masse d'actes dans des délais courts et stricts. Ils les traitent de façon diverse, peu coordonnée et avec des moyens obsolètes.

1) Une masse de documents à traiter dans des délais courts et stricts

Contrôle de légalité et contrôle budgétaire présentent cette caractéristique commune.

En ce qui concerne le contrôle de légalité, le chiffre de huit millions d'actes, généralement cité, pêche par défaut. La mission a, en effet, observé, en tout cas pour les statistiques qui lui étaient fournies dans les départements qu'elle a visités, que celles-ci ne comprenaient ni les actes des établissements publics locaux d'enseignement, directement reçus dans les services déconcentrés, souvent d'ailleurs sans délégation préfectorale, ni les marchés des hôpitaux. En outre, ce chiffre ne comprend pas les actes soumis au contrôle budgétaire.

Mais surtout, ce chiffre qui a doublé sur quinze ans, continuera d'augmenter pour trois raisons :

- le mouvement normal de l'activité locale ;
- le développement des intercommunalités ;
- la nouvelle étape de la décentralisation.

Ces actes d'importance, de complexité juridique et de volume (de une page à un mètre de hauteur) très divers, doivent être traités dans des délais non seulement brefs, mais stricts.

Le délai du contrôle budgétaire, un mois, est particulièrement contraignant si l'on tient compte de ce que, à l'exception de grandes collectivités qui votent souvent leur budget en décembre ou janvier, les autres attendent de connaître le montant des dotations d'Etat et adressent donc leur budget en même temps et en fin de période à la préfecture.

Pour le contrôle de légalité, ce n'est pas tant le délai de deux mois qui fait problème mais le fait que, rendu exécutoire par sa seule réception en préfecture, un acte produit des effets parfois irréversibles. Le référé, qui suppose aussi un examen du fond, doit être déposé dans le délai, selon les cas, de quarante huit heures à un mois.

2) Une organisation éclatée qui opère à l'aide de techniques obsolètes

Cette masse impressionnante d'actes et de documents est, d'une certaine façon, toujours traitée comme elle l'aurait été au début du siècle précédent.

Même s'il a récemment entrepris sur deux départements une expérience de télétransmission, le ministère de l'intérieur a dû refuser cette faculté aux collectivités d'autres départements qui en faisaient la demande. Il ne le pourra pas indéfiniment. Dans le même sens, l'examen au fond, en particulier des documents budgétaires, est effectué sans l'aide d'aucun système expert.

La machinerie administrative apparaît, quant à elle, étonnamment éclatée et cela dans des conditions trop diverses pour qu'on en puisse discerner la logique :

- le plus souvent, les préfets, qui conservent toujours le pouvoir de déférer ou non, ont délégué aux sous-préfets leur signature pour les actes d'instruction et les lettres d'observation ; parfois certains chefs de service reçoivent également délégation ;
- cette instruction est tantôt faite par la préfecture ou une sous-préfecture seule, tantôt par celle-ci et un ou plusieurs services déconcentrés, tantôt exclusivement par un de ceux-ci ;
- dans aucun des départements visités, la direction des collectivités locales de la préfecture n'assure la coordination des sous-préfectures ; elle se comporte en sous-préfecture de l'arrondissement, chef-lieu.

Cette machinerie opère, le plus souvent, sans stratégie de contrôle. Cela est vrai d'une stratégie qui serait définie au niveau national. Depuis les circulaires qui ont suivi la mise en place de la décentralisation, la mission n'a pas trouvé d'instruction générale du Gouvernement en ce sens et sous un aspect plus technique, un champ de contrôle comme l'urbanisme n'a pas fait l'objet de circulaire-cadre interministérielle depuis près de 20 ans.

On retrouve cette absence de stratégie de contrôle dans la plupart des départements. Il semblerait, selon les visites et contacts de la mission, que seulement moins d'un quart des préfets aient défini expressément le cadre d'action des services placés sous leur autorité.

C) Les résultats et leur appréciation

Si le contrôle est exercé, il l'est aussi de façon gravement hétérogène, souvent tardive et parfois insuffisamment compétente.

1) Le contrôle est exercé

L'idée s'est quelque peu répandue d'un contrôle de légalité si faible qu'il en deviendrait dérisoire. Cette idée, qui repose sur la seule prise en compte du nombre des déférés, il est vrai peu nombreux – leur nombre qui varie entre 1 600 et 2 300 selon les années représente moins de 0,25 % du nombre des actes soumis au contrôle - est fausse. Elle néglige le fait que la saisine du juge, dans une mesure « constat d'échec », n'a de raison d'intervenir que si les précédentes étapes n'ont pas donné les résultats attendus.

- Avant même tout exercice, le contrôle produit ses effets en ce qu'il aide des élus, soucieux d'une gestion juridiquement et financièrement orthodoxe, à résister aux pressions de leur population, de leurs agents et de leurs co-contractants. Il incite aussi à la mise en place des contrôles internes.

- La fonction de contrôle renforce, certes de façon ambiguë, la fonction de conseil. Les élus locaux et leurs collaborateurs prenant d'autant plus avis des services de contrôle que ceux-ci devront apprécier ensuite la légalité des décisions.

- Si les déférés sont rares, les lettres d'observation ne le sont pas et, dans les départements qu'elle a visités, la mission a pu constater que ces observations étaient très majoritairement suivies (entre 80 et 98 %).

Non seulement le contrôle est effectif, mais contrairement à une autre idée générale, il ne se concentre pas sur la fonction publique territoriale mais porte aussi sur les marchés et les décisions d'urbanisme qui constituent les trois domaines où les conséquences financières de la mesure arrêtée incitent les partenaires et usagers de l'Administration à se montrer plus insistants.

Dans certains cas, il peut d'ailleurs traduire moins un réel désaccord entre le préfet et l'élu concerné que l'expression d'un jeu tactique où le second trouve préférable de laisser au premier la responsabilité d'un refus.

Il n'est dès lors pas étonnant que ce contrôle, qui les aide parfois malgré eux, les préservant[2], au moins en partie, d'une judiciarisation particulièrement redoutée quand elle fait intervenir le juge pénal, soit bien accepté par les élus locaux. La mission en a rencontré plus d'une trentaine, élus à l'autorité personnelle reconnue et représentants d'associations nationales de collectivités. Tous ont souhaité le maintien de ce dispositif. L'inquiétude qu'ils ont manifestée devant l'idée de réduire massivement le domaine des marchés soumis à formalité préalable et donc au contrôle de légalité en a été une expression éclairante.

En revanche, la plupart des élus émettent des réserves sur la qualité du contrôle, réserves dont la mission a souvent constaté le bien-fondé.

2) Le contrôle est exercé de façon très hétérogène

Le reproche le plus ferme, qui concerne le contrôle de légalité mais non le contrôle budgétaire, est celui de l'hétérogénéité. Il est exprimé de façon constante et avec précision par les élus locaux, conscients de ce que la diversité des situations, des enjeux et des rapports à la loi appelle une politique adaptée de contrôle. Mais ils relèvent que dans des départements et des arrondissements voisins, voire des communes toutes proches, la réponse de l'Etat s'avère parfois radicalement inverse ; de même, quand un des fonctionnaires participant au contrôle, sans doute préfet, secrétaire général ou sous-préfet, mais tout autant agent du service, quitte ses fonctions puis est remplacé par un de ses collègues à la compétence ou aux conceptions différentes. Enfin, ils observent parfois que les grandes collectivités sont « ménagées » par le contrôle ; de même, celles qui, par exemple pour l'instruction des permis de construire, ont fait intervenir un service d'Etat.

[2] Dans leur besoin de sécurité juridique les élus peuvent surestimer celle que leur apporte l'administration et, par la suite, montrer leur incompréhension. Ce peut être le cas quand un service de l'Etat les a assistés dans la préparation d'une décision estimée ensuite illégale par la structure de contrôle ou, quand malgré le silence de celle-ci, un tiers saisit le juge pour annulation avec succès.

Les chiffres nationaux confirment le sentiment des élus locaux : de 1998 à 2000, sept départements n'enregistraient pas de déféré mais dix-sept en connaissaient plus de vingt chaque année. L'amplitude allait ainsi de zéro déféré à cent quarante en trois ans. Les différences de taille des départements, de situations et de rapports à la loi ne peuvent expliquer de tels écarts.

La mission les a d'ailleurs constatés et plus gravement encore a, plusieurs fois, relevé une même hétérogénéité entre les arrondissements d'un même département.

La complexité de la loi ou l'insuffisance des moyens ici et là n'expliquent pas cette hétérogénéité. Celle-ci est essentiellement le fait de l'absence d'encadrement stratégique national déjà évoquée et des attitudes diverses des membres du corps préfectoral.

Certains considèrent en effet, que sauf intérêt majeur, et donc exceptionnel, l'illégalité doit conduire à déférer ; d'autres, qu'ils doivent tenir largement compte de considérations d'intérêt local ; plusieurs reconnaissent qu'ils prennent en compte des considérations proprement politiques.

Au total, cette situation est malsaine. Elle nuit à la crédibilité du contrôle et à son effet préventif ; ceux des élus dont les actes sont déférés le ressentent comme une injustice, voire une agression, même les fonctionnaires de l'Etat affichent parfois leur incompréhension.

Elle est également dangereuse pour l'Etat dont la responsabilité peut être engagée mais aussi pour les agents ; l'introduction de poursuites pénales avec leurs effets déstabilisants, n'est en effet plus tout à fait exceptionnelle.

Cette hétérogénéité poussée à ce point, pose tout spécialement problème si l'on se réfère aux objectifs du contrôle de légalité : veiller à l'application de la loi commune et contribuer, à son niveau, à l'unité nationale.

3) Le contrôle mobilise une compétence technique parfois insuffisante

Telle est la deuxième réserve formulée par la plupart des élus rencontrés, et les préfets partagent cet avis.

L'observation vaut tant pour le contrôle de légalité que pour le contrôle budgétaire.

Pour le contrôle de légalité, elle concerne surtout les opérations d'aménagement, les marchés et l'urbanisme quand l'instruction n'est pas confiée aux directions départementales de l'équipement (DDE). Le phénomène est d'autant plus marqué que les grandes collectivités se sont souvent dotées de services juridiques étoffés ; ce qui ne les conduit pas à mépriser la fonction de conseil des services de l'Etat mais elles le souhaitent plus élaboré. Grandes et moyennes n'hésitent pas à recourir aux services de spécialistes libéraux quand le sujet est délicat ou important. Les services d'Etat ressentent alors souvent une faiblesse relative.

Cette faiblesse tient à trois causes :

- le service instructeur peut ne pas disposer d'une capacité technique suffisante, même pour les affaires habituelles : c'est plus le cas pour les petites sous-préfectures où l'étroitesse de l'effectif rend nécessaire la polyvalence mais exclut la spécialisation nécessaire au contrôle de légalité ;

- les compétences existent parfois sans être mobilisées quand l'appel aux services déconcentrés, notamment la DDE - c'est rare - ou la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) - c'est plus fréquent, est insuffisant et quand le service du contrôle de légalité de la préfecture se tient à bonne distance des services juridiques ;
- pour les affaires difficiles et rares, la capacité d'appel à une ressource spécialisée est très limitée. Les centres de ressources (fonction publique territoriale à Rennes et marchés à Lyon) de la direction générale de la comptabilité publique (DGCP) fonctionnent bien mais ne sont accessibles qu'à ses services ; le pôle interrégional de la direction générale des collectivités locales (DGCL) à Lyon, expérience récente et intéressante, n'apporte encore qu'un concours limité ; sauf exception, les préfets ne peuvent faire appel à des conseils extérieurs à l'administration faute de crédits particuliers.

Ces faiblesses techniques appauvrissent le conseil, dissuadent parfois de déférer et donnent, notamment pour les contrats, une allure formelle au contrôle. Cela vaut pour le contrôle des marchés. La difficulté à établir que les règles de fond relatives à la réalité de la concurrence ont été biaisées, conduit souvent les services à un contrôle qui porte essentiellement sur les formes juridiques même si parfois c'est la difficulté à établir de manière probante devant le tribunal une violation de la loi au fond - dont ils sont convaincus - qui les conduit à demander, pour des motifs de forme plus faciles à établir, l'annulation du marché.

Le contrôle budgétaire appelle des observations de même ordre. La question la plus difficile est ici la vérification de la sincérité de l'équilibre budgétaire. Celle-ci suppose une compétence technique et la disposition des informations nécessaires.

Or, préfectures et surtout sous-préfectures ne disposent pas toujours de la première et encore plus rarement des secondes. Dans le même temps, l'appel à la trésorerie générale, tête du réseau des comptables locaux, mieux informés et dont les fonctionnaires sont accoutumés à la fonction de contrôle et aux questions comptables et financières, est généralement occasionnel. Les trésoreries générales se sont bien impliquées dans le système d'alerte et la DGCP oriente ses comptables locaux vers le conseil aux ordonnateurs des collectivités, fonction par définition non comptable mais qui prépare au contrôle budgétaire.

Une autre limite qualitative résulte aussi de ce que certains facteurs de risque sont largement négligés. C'est, par exemple, le cas des sociétés d'économie mixte dont les difficultés peuvent lourdement peser sur les finances locales et dont préfecture et trésorerie générale sont très éloignées depuis qu'elles n'exercent plus les fonctions de commissaire du Gouvernement ou de commissaire aux comptes. Cette distance aurait des répercussions plus grandes encore si les règles européennes soumettaient l'attribution des conventions de mandat - ressource importante des SEM - aux règles de la concurrence.

4) Le contrôle est souvent trop tardif

Ceci résulte, accessoirement, de ce que les actes peuvent être adressés aux préfets avec un retard de plusieurs jours, voire plusieurs semaines, alors même, qu'en fait, ils ont commencé à recevoir effet (par exemple, pour les marchés de travaux).

Mais plus généralement, c'est le faible usage des référés qui est ici en cause. Alors que la loi du 30 juin 2000 a conduit à une forte augmentation du nombre des référés introduits par les tiers, les préfets en présentent encore moins que par le passé. La mission s'est particulièrement intéressée aux référés pré-contractuels en matière de marchés, aux référés-libertés qui doivent être présentés dans les 48 heures et aux référés entraînant suspension automatique à présenter dans les 10 jours en matière de marchés ou d'urbanisme. Ces procédures ne sont utilisées que de manière tout à fait exceptionnelle. Ceci s'explique, d'une part, par le fait qu'il est techniquement difficile, dans un délai aussi court et avec une organisation aussi éclatée, de présenter les recours mais aussi, d'autre part, par la préférence naturelle du corps préfectoral pour convaincre les élus de revenir sur l'illégalité, ce qui demande du temps et conduit à écarter une procédure ressentie comme brutale.

Il faut cependant d'autant plus regretter cette utilisation trop parcimonieuse du référé et quasiment nulle des référés spéciaux que les préfets, dans leur appréciation de la décision de déférer ou non, vont largement tenir compte des faits accomplis et des inconvénients financiers ou de service au public qui résulteraient d'une éventuelle annulation. Enfin, l'expérience montre que dans certains domaines, le retour en arrière est psychologiquement et juridiquement, voire matériellement, difficile. En matière d'urbanisme, par exemple, il arrive fréquemment que les travaux soient réalisés quand un permis de construire illégal est annulé par le tribunal, ou même retiré par le maire, et après une annulation, le préfet ne dispose pas, à la différence des tiers, du pouvoir d'engager une action civile pour demander la destruction.

Ces cas où le contrôle est trop tardif, ne font que davantage apprécier les dispositifs adoptés pour améliorer l'anticipation. C'est, par exemple, le cas du système d'alerte en matière budgétaire, même si son caractère insuffisamment prospectif est souligné par les utilisateurs. C'est aussi le cas de la présence des représentants de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DDCCRF) aux commissions d'appel d'offres par leur rôle pédagogique, et par les signalements que constituent leurs observations écrites.

*

* *

Au total, la mission ne peut que partager l'avis des élus qu'elle a rencontrés et qui peut se résumer ainsi : « le contrôle de légalité, c'est bien, faites le mieux ». De manière plus nuancée, même si l'on imagine bien la dispersion des pratiques qui résulteraient de son absence, il apparaît que le contrôle de légalité ne remplit qu'imparfaitement son rôle ; le contrôle budgétaire fonctionne de façon plus satisfaisante, en tout cas soulève moins de critiques, même s'il comporte une réelle marge d'amélioration.

On notera que le propos a été plus cursif s'agissant du pouvoir de substitution. C'est que, même s'il a été plus récemment étendu à d'autres domaines comme, par exemple, le logement social ou les aires de repos pour les gens du voyage, il s'applique en pratique essentiellement en matière de police administrative et parfois dans le domaine de l'urbanisme. Bien qu'il soit très rarement utilisé, il est, dans ces matières, traditionnel et bien rôdé ; dès lors la mise en demeure par le préfet suffit le plus souvent pour que l'autorité locale agisse. Dans ces deux domaines, il appelle des actes simples et brefs et si, par exception, il faut effectivement se substituer, les préfets en ont les moyens. Les problèmes que pose l'extension de la décentralisation sont parfois d'une autre nature et ce n'est pas sur l'observation des pratiques actuelles, globalement positives et paisibles, que l'on peut fonder la réflexion.

II – PROPOSITIONS

Pour le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire, l'analyse d'un fonctionnement généralisé sur l'ensemble du territoire depuis maintenant 20 ans, permet à la mission de présenter des recommandations. Pour une extension du pouvoir de substitution, elle devra, plus modestement, se borner à formuler une problématique et des suggestions.

A) Rapprocher des attentes le fonctionnement du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire

Trois types d'action doivent être combinées :

- traiter la masse ;
- maximiser les compétences ;
- encadrer l'action dans une stratégie.

1) Traiter la masse

Cette masse d'actes peut-elle être réduite ?
Les actes qui restent peuvent-ils être traités de façon plus rationnelle ?

a) La liste des actes transmissibles

Même si le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 25 février 1982, a indiqué que tous les actes devaient être transmis au préfet pour avoir force exécutoire, la mission pense qu'avec précaution, la liste actuelle (liste implique déjà limitation) peut être réduite. En effet, dans la plupart des arrondissements, des actes très nombreux et d'importance très modeste, souvent exécutés avant d'avoir été transmis, ne sont plus contrôlés que très exceptionnellement. Leur transmission systématique ne paraît plus nécessaire. C'est le cas, par exemple, des actes de gestion courante de la fonction publique territoriale, des mesures de police relatives à la circulation et au stationnement ou d'actes secondaires en matière d'urbanisme.

En revanche, la mission n'a pas considéré que le possible recours de tiers intéressés, par exemple pour les permis de construire, trop aléatoire sur la plus grande partie du territoire national, puisse dispenser de la transmission.

S'agissant des contrats et si les seuils des marchés soumis à formalité devaient être fortement relevés, il conviendrait, d'une part, de prévoir un seuil spécifique pour la transmission des actes au contrôle de légalité d'autre part, de fonder le contrôle sur la vérification de l'effectivité de la concurrence pour qu'il garde un sens (Cf. note diffusée le 12 juin 2003 sur la liste des actes).

En tout état de cause, la mesure d'allégement préconisée aurait un effet réel en termes de simplification des procédures tant pour les services de l'Etat que pour les collectivités. Compte tenu de la rareté des contrôles sur les actes en cause, il ne faut toutefois surestimer le gain de productivité qui en résulterait.

Il reste que tout acte est contrôlé au moins en quelques points du territoire et cela, souvent à la satisfaction des élus ainsi rassurés. Même, par exemple, les avancements d'échelon des agents sont utilement contrôlés dans quelques uns des départements ou arrondissements visités.

Ceci conduit la mission à recommander, afin de pouvoir réduire, de façon significative, la liste des actes transmissibles, de prévoir la possibilité pour le préfet de se faire communiquer tout acte ou surtout tout ensemble d'actes utiles à son contrôle. Une telle disposition, dans la logique de l'attribution constitutionnelle de compétence aux préfets, paraît, en outre, de nature à rassurer le juge constitutionnel

b) Un traitement plus moderne des actes

La réduction de la liste, évoquée ci-avant, devrait limiter le nombre d'actes transmis d'environ 50 %. Mais celui-ci augmentera de nouveau rapidement. Il paraît donc indispensable à la mission de développer fermement le projet de télétransmission. Il est non seulement économique en termes de réception des actes – ceci est presque accessoire – mais surtout nécessaire à une gestion moderne, moins coûteuse et plus sûre, de procédures juridiques qui font intervenir plusieurs agents de services différents dans des délais stricts.

Au demeurant, si l'Etat restait passif, la pression des grande collectivités, soucieuses d'améliorer leur gestion, conduirait à des initiatives dispersées. Ce sujet étant abordé dans la loi d'habilitation du 2 juillet 2003 sur la simplification des procédures, l'Etat ne pourrait guère s'y opposer.

2) Maximiser les compétences

L'organisation du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire ne peut être envisagée de façon complètement indépendante des autres actions administratives. Or, les orientations pour la réforme organisationnelle de l'Etat ne sont pas arrêtées. En toute hypothèse, le contrôle devra être exercé dans des conditions de qualité obtenues au moindre coût budgétaire et en ressources humaines.

On trouvera donc, ci-après, des principes d'organisation puis une traduction pour le court terme, qu'il conviendra sans doute de reconsidérer en fonction des décisions d'ensemble qui seront prises pour l'organisation du dispositif administratif de l'Etat au plan local.

a) Autant que faire se peut, il est souhaitable d'améliorer la qualité juridique des actes soumis au contrôle. Ce peut être, en particulier, le fait du concours de structures intercommunales pour les petites entités et pour les plus grandes, de la mise en place d'un contrôle de qualité interne, voire de certification, des procédures.

b) Le contrôle doit avoir une cohérence et donc un pilotage qui ne peut se résumer aux seules décisions préfectorales de déférer ou non. L'animation du dispositif doit être assurée par une cellule de la préfecture. Elle inclut la préparation de la stratégie locale, le dialogue permanent avec les services et les sous-préfectures, le suivi des propositions.

c) Pour la plupart des actes soumis à contrôle, l'Etat dispose dans le département de la compétence technique nécessaire. Elle se trouve actuellement selon les matières concernées, soit à la préfecture, soit dans les services déconcentrés. Il convient de charger de l'instruction les agents compétents. Cela paraît la solution conceptuellement et budgétairement la plus raisonnable. Elle implique que les préfets définissent, après les consultations appropriées, l'articulation des rôles qui en mobilisant les compétences des services et en évitant les doublons, réponde à l'objectif. Ceci suppose aussi délégation de signature, excluant le déféré lui-même et, sans doute le plus souvent, le recours gracieux.

d) Même si les ministères concernés assurent déjà une formation de leurs agents, notamment le ministère de l'intérieur pour le contrôle budgétaire, il serait opportun de l'accentuer et, à la fois pour des raisons budgétaires et d'unité de doctrine, de l'assurer en même temps pour les fonctionnaires œuvrant dans un même champ quel que soit leur service d'affectation.

e) Pour les cas complexes, les services doivent pouvoir mobiliser une expertise extérieure. Au vu des expériences conduites à ce jour, la mission estime que les centres thématiques à vocation nationale constituent la solution la plus adaptée, dès lors qu'avec un mécanisme de filtrage ils sont ouverts à l'ensemble des services de contrôle. En ce sens, il apparaît souhaitable, qu'à l'initiative et sous la responsabilité du ministère le plus directement concerné, d'autres centres de ressources soient créés dans chacun des domaines social, de l'urbanisme et de l'environnement.

f) Les fonctionnaires chargés du contrôle doivent être dotés des outils nécessaires et c'est, par exemple, en ce sens qu'en matière de contrôle budgétaire les systèmes préconisés par la mission le sont au niveau du réseau comptable.

De façon plus prospective, la création d'une « équipe » de contrôle dont les membres seraient fournis par les services disposant de la compétence au fond paraît, à la majorité des membres de la mission, la solution la plus adaptée. Affectés pour quelques années, il y apporteraient, sans la perdre, leur connaissance de chaque matière et de ceux qui la traitent. Cette équipe assurerait l'instruction avant consultation du sous-préfet puis décision du préfet en cas de déféré. Néanmoins, la mission n'est pas unanime sur ce point et la solution envisagée aurait d'importantes répercussions sur l'organisation générale des services ; elle nécessiterait d'être expérimentée au préalable dans quelques départements pour que soit vérifiée sa pertinence.

3) Définir un cadre stratégique

Cette nécessité apparaît aux deux niveaux, national et départemental.

a) Au niveau national

Il appartient au Gouvernement, en tant que tel, de définir les principes qu'il entend voir suivis tant en termes d'organisation que de domaines sensibles, et d'usage par les préfets de leurs pouvoirs de déférer et d'utiliser les mesures d'urgence. Sur ce point, la mission propose une adaptation des textes qui pourrait permettre un recours plus large – comme il lui paraît souhaitable - à ce type de mesure.

Le cadrage stratégique ne peut que tenir compte des moyens humains disponibles, en termes quantitatifs et qualitatifs, mais aussi du prix que l'autorité de gouvernement y attache par rapport à d'autres fonctions des services de l'Etat en relation avec les collectivités locales.

Cette instruction générale qui paraît indispensable au respect du minimum d'homogénéité doit être déclinée par des circulaires interministérielles, au moins dans certains domaines, tels que, par exemple, l'urbanisme ou l'environnement.

Le réseau constitué par les préfets et les services de l'Etat, doit enfin être animé en combinant les capacités des directions concernées du ministère de l'intérieur et en assurant la relation avec les autres ministères concernés. Ainsi, les orientations nationales de la politique de contrôle seraient périodiquement réexaminées, la mise en œuvre suivie et les résultats évalués.

b) Au niveau départemental

La formulation, pour l'instant rare, d'une stratégie de contrôle plus précise apparaît nécessaire pour deux raisons :

- même réduite, la masse des actes reçus exclut qu'ils soient tous contrôlés de manière attentive. L'importance différente des enjeux nationaux selon les lieux et la diversité des pratiques et des situations locales légitiment la définition de champs prioritaires, où le contrôle est généralisé, et de domaines où il peut être effectué par sondage ;

- l'homogénéité du contrôle au sein d'un même département, pour des situations bien entendu comparables, est indispensable.

Les agents qui concourent au contrôle doivent donc disposer d'un cadrage clair (de même qu'ils doivent être informés de la suite réservée à leurs propositions pour s'en inspirer). Les préfets et les responsables des services doivent donc élaborer ce cadre, en le centrant sur les principaux enjeux pour l'Etat dans leur ressort.

B) Une éventuelle extension du pouvoir de substitution

Par définition, le contrôle de légalité s'applique à un acte. Que faire quand le problème vient de ce qu'il n'est pas pris ? Que faire surtout quand l'exercice de la compétence suppose non un acte mais une action complexe ? La pratique actuelle - qui concerne, même si des lois récentes ont élargi les cas possibles d'application, la police administrative et l'urbanisme - ne fournit pas beaucoup d'enseignements.

La question est, en effet, double :

- certaines mesures nouvelles de décentralisation appellent-elles une possibilité de substitution ?
- la décentralisation effectuée, ancienne ou projetée, prive-t-elle au total l'Etat de la capacité d'agir quand une compétence n'est pas exercée alors même que l'opinion publique ne l'exonère pas de responsabilité politique ou que sa responsabilité juridique peut être mise en cause au niveau européen ?

La mission a systématiquement recueilli les points de vue de ses interlocuteurs.

Dans l'ensemble, les élus manifestent une vive réserve vis-à-vis de ce qu'ils considèrent comme un empiétement sur leur domaine. Même si, tels d'entre eux, soulignent fortement la nécessité pour l'Etat, responsable final, de pouvoir intervenir.

Les préfets sont plutôt réservés et, si plusieurs d'entre eux exposent l'intérêt de la mesure, ils en soulignent aussitôt les risques de déresponsabilisation des élus locaux et les difficultés pratiques quand la substitution concerne une action de mise en œuvre complexe.

Enfin, la mission n'a pas été informée de propositions nouvelles des administrations centrales autres que celles incluses dans l'avant-projet de loi de décentralisation.

Après étude, les suggestions de la mission peuvent être résumées ainsi :

- il ne lui paraît ni constitutionnellement possible, ni pratiquement souhaitable, de proposer une clause générale de substitution qui serait nécessairement assortie de restrictions conceptuelles sujettes à interprétation jurisprudentielle incertaine.
- Quand le pouvoir de substitution apparaît nécessaire, il convient de s'assurer de ce que le préfet dispose bien des moyens de le mettre en œuvre. Ceci est plus facile lorsqu'il s'exerce à l'égard de schémas d'organisation - qui permettent de dépasser les désaccords entre collectivités - destinés à organiser l'action ultérieure de réalisation d'équipements que quand il s'applique à la réalisation elle-même.
- En matière médico-sociale et compte tenu de la sensibilité de la population en la matière, la substitution peut se limiter à l'exercice du contrôle technique par les services d'Etat si la collectivité n'y procède pas.
- Le mécanisme d'inscription d'office des dépenses obligatoires constitue une application commode, parce qu'ancienne, du principe de substitution. La mission suggère qu'il puisse s'appliquer à des prestations sociales bénéficiant à des publics défavorisés et minoritaires. Ce serait le cas, par exemple, des revenus minimum d'insertion et d'activité pour le dispositif d'insertion pour lequel un quantum minimum lui paraît devoir être fixé.
- Mais c'est en matière d'environnement que le problème le plus important se pose. Les directives européennes qui prévoient des obligations de résultats, à la charge des États membres, posent problème à notre système où les collectivités n'ont d'autre obligation que de respecter la loi ;surtout quand l'Etat a décentralisé les compétences et, en application du principe d'autonomie locale, ne peut se comporter en partenaire qui négocierait des résultats.

Il est en outre très vraisemblable qu'il ne s'agira pas d'un cas d'école, ces directives européennes fixant des normes très coûteuses, coût devant lequel certaines collectivités risquent fort d'hésiter.

Il semble à la mission :

. qu'un dispositif d'alerte allant jusqu'à la mise en demeure doit être mis en place ;

. que la substitution doit pouvoir s'exercer sur des schémas qui seraient prescriptifs ;

. qu'en revanche, il est, en pratique, très difficile de faire réaliser les équipements et mettre en place l'ensemble du service par l'Etat aux frais de la collectivité ;

. que, en cas de condamnation par la Cour de justice des communautés européennes, l'Etat doit pouvoir, sans action récursoire préalable, répercuter les astreintes généralement très lourdes sur la ou les collectivités responsables.

La mission constate que ces points appellent un approfondissement de la réflexion, tel qu'il est engagé par le groupe de travail du Conseil d'Etat, mandaté par le Premier ministre.

NOTES THEMATIQUES

L'ÉVOLUTION DE LA LISTE DES ACTES DES COLLECTIVITÉS LOCALES SOUMIS À OBLIGATION DE TRANSMISSION AU REPRÉSENTANT DE L'ÉTAT AU TITRE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

La mission interministérielle sur le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire a effectué, à la fin du mois d'avril et au mois de mai, plusieurs déplacements dans des départements français métropolitains et d'outre-mer, et tenu plusieurs réunions et auditions.

A ce stade de réflexion, et compte tenu de la nécessité de formuler de façon urgente des propositions dans le cadre du projet de loi de décentralisation en cours de finalisation, la mission juge prioritaire de faire connaître son analyse sur la question de la liste des actes des collectivités locales soumis à obligation de transmission au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité. Tel est l'objet de la présente note.

La démarche de la mission comprend trois temps : traiter un préalable juridique, dresser un constat opérationnel, proposer des solutions pragmatiques.

I/ Préalable juridique : est-il possible juridiquement de restreindre la liste des actes soumis à obligation de transmission au représentant de l'Etat ?

II/ Constat opérationnel : traite-t-on aujourd'hui (et pourrait-on traiter demain) de façon satisfaisante le flux d'actes enregistrés dans les préfectures, sous-préfectures et services déconcentrés ?

III/ Propositions pragmatiques : quels actes pourrait-on retirer sans dommage de la liste des actes à transmettre, soit, en droit positif, quel périmètre assigner à l'obligation de transmission ?

I - PRÉALABLE JURIDIQUE

Proposer une réduction de la liste des actes des autorités locales soumis à obligation de transmission, comme il est souvent demandé (et clairement envisagé, quoiqu'*a minima* , dans le projet actuel du texte de décentralisation), suppose, dans l'hypothèse où les dispositions correspondantes seraient soumises au Conseil constitutionnel, une anticipation de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

En l'état actuel de cette jurisprudence, résultant de l'unique décision rendue par le Conseil constitutionnel en 1982 sur le sujet[3], la procédure de transmission des actes pris par les collectivités locales n'est conforme à la Constitution que pour autant que le représentant de l'Etat soit en mesure de connaître la teneur des actes au moment où ils sont rendus exécutoires et puisse, s'il y a lieu, saisir sans délai la juridiction administrative. Le Conseil, saisi de la loi

[3] Décision n° 82-137 du 25 février 1982 (Rec CC, page 38).

n° 82-213 du 2 mars 1982, avait, par la décision précitée, censuré les dispositions conférant un caractère exécutoire aux actes des collectivités locales avant même leur transmission au représentant de l'Etat. Ces dispositions portaient atteinte aux prérogatives que ce dernier tient de l'article 72, al. 3 de la Constitution, en le privant de la faculté de former, avant même l'entrée en vigueur de l'acte litigieux, un recours juridictionnel assorti, le cas échéant, d'une demande de sursis à exécution.

Le législateur n'a alors tenu compte qu'en partie des exigences du Conseil : c'est ainsi qu'est née[4] la liste, ou plutôt les listes d'actes dont la transmission préalable au représentant de l'Etat est une condition de leur caractère exécutoire[5]. Or la loi n° 82-623 du 22 juillet 1982, qui a introduit ces dispositions, n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation. Ainsi, le principe même de la fameuse « liste » n'a jamais été consacré en droit constitutionnel. Même, certains auteurs l'estiment contraire à la jurisprudence précitée – à moins d'imaginer une formule autre que la transmission formelle des actes et qui permette cependant au représentant de l'Etat d'en connaître la teneur... Indépendamment des mesures de publicité appropriées, publication ou notification, dont ils doivent faire l'objet, les actes des autorités locales doivent être portés à la connaissance du préfet, d'une manière ou d'une autre, avant d'être exécutoires.

Une restriction législative des listes d'actes des autorités locales soumises à obligation de transmission est, pour cette raison, sous la menace d'une censure du Conseil.

Ceci étant exprimé clairement, l'existence d'un tel risque ne doit pas, selon la mission, condamner le législateur à l'immobilisme. Les chances d'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle, sur laquelle on peut certes seulement spéculer de façon nécessairement aléatoire, ne sont pas négligeables.

En premier lieu, le Conseil n'a jamais eu à répondre expressément à la question de la liste. La question posée en février 1982 concernait le caractère exécutoire, avant toute transmission, de tous les actes : c'est le point qui a été censuré. C'est seulement *a contrario* qu'on peut en déduire qu'une liste d'actes soumis à obligation de transmission serait menacée de censure.

En second lieu, la référence constitutionnelle a elle-même évolué. La loi constitutionnelle n° 2003-276 du 29 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République a renforcé le principe de libre administration des collectivités territoriales en énumérant ses éléments constitutifs. Certes, elle a repris à l'article 72, alinéa 5, les dispositions de l'ancien alinéa 3, fondement de la censure analysée précédemment. On peut toutefois envisager que l'écoulement du temps depuis les lois Defferre et les nécessités pratiques du contrôle de légalité, appuyées par une jurisprudence administrative autorisant le déféré d'actes n'entrant pas dans le champ de l'obligation de transmission, mais dont le préfet a eu connaissance d'une autre façon, créent les conditions, « vingt ans après », d'un assouplissement de la jurisprudence initiale du Conseil constitutionnel.

---

[4] Naissance précédée cependant d'une semblable liste existant dans le régime antérieur à la décentralisation des lois Defferre et qui fixait les délibérations des conseils municipaux soumis à l'approbation du préfet (liste résultant des articles 47 et 48 du code de l'administration communale dans sa rédaction de 1957 complétée par la loi n° 70-1297 du 31 décembre 1970).

[5] Ces listes d'actes soumis à obligation de transmission résultent, pour les communes, de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales, pour les départements, de l'article L. 3131-2, pour les régions, de l'article L. 4141-2. On emploiera parfois, pour simplifier, le propos le terme générique de la « liste » au sujet de ces trois listes d'ailleurs voisines.

Sans doute convient-il, pour préserver les chances d'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle, de prendre certaines précautions : ne pas proposer d'allégement drastique de la liste ; conserver l'architecture actuelle des alinéas ; prévoir enfin une clause générale permettant au préfet de prendre connaissance auprès de la collectivité de tout acte ne se trouvant pas dans le champ de l'obligation de transmission.

La mission est consciente que ces précautions pourraient s'avérer insuffisantes et qu'un texte législatif réduisant les listes actuelles n'est pas, en toute rigueur, à l'abri d'une censure constitutionnelle. Elle estime toutefois que l'enjeu est suffisamment important pour que le risque soit couru, compte tenu, d'une part, des chances d'un revirement jurisprudentiel sur ce point, d'autre part, du constat qu'elle dresse du fonctionnement présent du contrôle de légalité.

II- CONSTAT OPÉRATIONNEL

La plupart des interlocuteurs de la mission ont plaidé en faveur d'une restriction significative du périmètre de l'obligation de transmission.

On ne négligera pas l'opinion inverse, souvent défendue ardemment pour d'excellentes raisons : maintenir, précisément dans le contexte d'une décentralisation accrue, le rôle du représentant de l'Etat, garant de l'application de la loi et de l'égalité entre les citoyens ; ne pas donner à des collectivités aux compétences élargies le signal d'un désengagement de l'Etat dans son activité de contrôle ; protéger, dans un contexte qui ne lui est pas favorable, les prérogatives du préfet.

La mission considère toutefois que les modalités actuelles de la transmission des actes des autorités locales pèsent d'un poids trop lourd sur les services chargés du contrôle. Avec une décentralisation approfondie, le volume de ces actes va s'accroître mécaniquement. La barque du contrôle de légalité risque de s'enfoncer dangereusement, alors même qu'il n'est pas envisageable de la renflouer significativement, dans un contexte de gestion rigoureuse des personnels.

Le « mythe » du contrôle exhaustif, déjà sévèrement écorné actuellement, conduit à une impasse, tant sont déjà nombreux les actes, en nombre absolu et relatif, pour lesquels l'intervention de l'Etat se résume à tamponner, renvoyer, classer puis archiver – activités improductives mais coûteuses en temps et en argent.

La télétransmission des actes offre, théoriquement, de belles perspectives de gains de productivité et d'efficacité administrative. L'expérience lancée en ce domaine, si elle n'est pas en panne totale, tourne au ralenti sur deux sites et ne traite que quelques milliers d'actes par an. Elle n'est pas prête aujourd'hui à faire face à l'enjeu de plusieurs millions d'actes à transmettre chaque année[6]. A supposer qu'elle se développe demain (c'est-à-dire dans les années à venir), elle ne pourra bénéficier que progressivement à tous les acteurs locaux, si l'on perçoit de façon réaliste les disparités des potentiels techniques des collectivités locales et de leurs établissements publics.

[6] La transmission des actes complexes et le format des documents à transmettre, notamment, posent problème.

Par ailleurs, les exemples ne manquent pas de situations où le filtre du contrôle a été insuffisant pour repérer une illégalité, et où les tribunaux, à la demande d'un tiers, ont déclaré illégal un acte que la préfecture avait tamponné, c'est-à-dire, dans le vécu collectif des élus locaux, approuvé.

Dès lors, la question opérationnelle, qui est dans tous les esprits, est la suivante : faut-il maintenir la transmission massive actuelle d'actes dont la très grande majorité (en nombre absolu) relève de la simple gestion quotidienne des collectivités, auquel aucun intérêt de l'Etat n'est attaché ? Faut-il continuer à organiser un simulacre de contrôle, dont personne n'est dupe, et surtout pas les élus et responsables locaux, pour conserver au préfet une veille apparente du respect des lois, purement théorique dans de nombreux cas ?

Pour autant, ce questionnement ne correspond pas nécessairement à un souhait, plus ou moins avoué, d'abandonner le contrôle de légalité. Maintenue par la récente loi constitutionnelle, cette fonction doit au contraire, pour la mission, être rendue plus efficace ; or il se trouve que la voie législative offre peu d'instruments autres que la modulation de la liste des actes soumis à obligation de transmission. La proposition à caractère législatif la plus immédiatement opérationnelle recueillie par la mission au cours de ses déplacements et auditions a trait aux centres de gestion départementaux. L'un d'entre eux estime en effet souhaitable d'étendre leur champ d'action, fixé par l'article 25 de la loi du 26 janvier 1984, à d'autres domaines que la fonction publique territoriale. Compte tenu, cependant, du caractère inégal des prestations fournies par les centres, cette voie devra éventuellement être explorée plus tard.

Les autres leviers d'action possibles, qu'il s'agisse de l'organisation des préfectures de région et de département, du ciblage du contrôle, de l'intervention optimale des services déconcentrés, du rôle des sous-préfectures, de la création de pôles juridiques spécialisés, relèvent du pouvoir réglementaire, voire de la circulaire. Ces questions importantes, peut-être davantage encore que celle de la « liste », doivent faire l'objet d'une note d'étude de la mission, mais de façon moins urgente.

En résumé, il est apparu nécessaire à la mission de formuler rapidement des propositions en vue de restreindre, dans la loi de décentralisation, le périmètre des actes soumis à obligation de transmission[7]. L'analyse du flux des actes conduit, presque naturellement et inévitablement, à cette proposition. Qu'une préfecture, ou une sous-préfecture, reçoive année après année des dizaines de milliers d'actes dont elle ne fait rien d'autre que tamponner, retourner, ranger, stocker, archiver, est un défi à l'entendement. Reste à élaguer avec pertinence cette forêt d'actes qui n'a plus été éclaircie depuis vingt ans.

---

[7] Encore doit-on rester modéré sur les « gains de productivité » à attendre de la modification proposée : les actes les plus nombreux n'étant pas traités au fond, il y a peu de « matière grise » susceptible d'être économisée. L'expérience montre, en outre, que les collectivités continuent à adresser des actes alors qu'elles ne sont pas tenues de le faire. Une vigoureuse prévention de cette attitude devra accompagner la réforme législative.

III - RECOMMANDATIONS PRAGMATIQUES

Avant d'entrer dans le détail des évolutions souhaitables, trois remarques s'imposent.

En premier lieu, la mission souligne **le lien indéfectible entre les propositions de réduction de la « liste » (points 1 à 5 ci-après) et la proposition (point 6) d'insertion d'une clause générale permettant la communication par les collectivités, à la demande du préfet, de tout acte ou ensemble d'acte qu'il estime nécessaire à l'exercice de sa mission générale de contrôle de légalité**. Les préfets pourraient d'ailleurs ultérieurement être invités par circulaire interministérielle à en faire usage, dans les cas notamment où un contrôle de légalité utile était exercé par le passé dans des domaines retirés de la « liste ».

En second lieu, il semble nécessaire de mettre en avant au moins quelques critères d'explication ou de détermination des actes à sortir de la « liste ». Premièrement, l'absence d'intérêt majeur de l'Etat à se pencher sur l'objet de ces actes. Deuxièmement, l'importance quantitative de leur afflux, mesurée par leur volume absolu mais aussi par leur taux de contrôle effectif. Troisièmement, le consensus affiché autour de leur retrait de la liste. Quatrièmement, la possibilité qu'un tiers prenne l'initiative d'une action visant à rétablir l'ordre juridique en cas d'illégalité. A titre d'exemple, les arrêtés municipaux de réglementation temporaire de la circulation se chiffrent par dizaines de milliers, n'offrent aucun intérêt pour l'Etat, ne sont même pas regardés par les services du contrôle de légalité et nul ne souhaite qu'ils continuent à figurer dans la « liste » ; à supposer qu'un intérêt soit gravement lésé, des citoyens pourraient demander au Tribunal administratif annulation de l'acte et éventuellement réparation du préjudice subi.

En troisième lieu, il est utile de mettre en parallèle les constats de la mission et ceux établis par un groupe de travail de l'association du corps préfectoral au cours d'une étude menée sur ce sujet en 2001. Dans les deux cas, les deux domaines cités en priorité concernent la fonction publique territoriale et la police administrative, qui sont majoritairement désignés comme cible privilégiée d'un allégement de l'obligation de transmission. Sur les autres domaines, comme l'urbanisme, le souhait d'un allégement n'est pas majoritaire (à titre d'exemple, un quart seulement des préfectures ayant répondu à l'enquête de l'association font mention de l'urbanisme).

Les propositions ci-après sont donc présentées dans l'ordre de priorité affiché dans cette enquête qui est également, sans surprise, l'ordre de priorité qui ressort des travaux de la mission interministérielle.

1) Fonction publique territoriale

La rédaction actuelle du code général des collectivités territoriales prévoit la transmission obligatoire pour « *les décisions individuelles relatives à la nomination, à l'avancement de grade, à l'avancement d'échelon, aux sanctions soumises à l'avis du conseil de discipline et au licenciement d'agents de la commune* » (article L. 2131-2, 5°), «*... du département* » (art. L. 3131-2, 5°), «*...de la région* » (art. L. 4141-2, 4°).

La suppression de cette liste de l'avancement d'échelon ne rencontre aucune opposition ; mesure purement mécanique, elle se traduit par la réception à la préfecture de milliers ou dizaines de milliers d'actes sur lesquels le contrôle est tout à fait exceptionnel. L'avancement de grade est à peine mieux regardé. Là encore, il s'agit d'une mesure technique, appliquée soit par des centres de gestion départementaux qui ont une mission légale, soit par des collectivités d'une taille leur permettant de disposer de services gestionnaires suffisamment étoffés. Les recours de tiers (syndicats de la fonction publique, tiers lésés par des avancements mal calculés) devraient contribuer à assurer un ordre juridique auquel les préfectures et sous-préfectures, en tout état de cause, consacrent peu d'attention à l'heure actuelle.

Les sanctions autres que la révocation font également partie de ces mesures pour lesquelles l'Etat n'intervient pas et les agents ou leurs syndicats ont toute latitude pour agir en justice. Dans ces conditions, la proposition de la mission est de conserver sur la « liste » seulement les actes relatifs à l'entrée et à la sortie de la fonction publique territoriale, à l'exclusion des contrats de courte durée (1 mois ou deux mois, non reconductibles) qui concernent les emplois saisonniers des collectivités, généralement familiers du personnel territorial, qui travaillent dans les services et animent les centres de loisirs pendant la période estivale.

On retiendrait donc seulement sur la « liste » : la nomination des agents, à l'exception des contractuels saisonniers, la révocation et le licenciement.

Cependant, une partie minoritaire des membres de la mission estiment souhaitable le maintien de la transmission obligatoire des avancements de grade, afin notamment d'être mieux à même de maintenir l'équilibre entre les fonctions publiques et de prévenir certains risques de dégradation des finances locales.

Il est à noter que nombre d'actes ressentis comme sensibles (comme le régime indemnitaire) continueraient à faire partie du champ de la transmission obligatoire au titre du 1° des articles précités (délibérations ou décisions prises par délégation de l'assemblée délibérante).

2) Police administrative

La rédaction actuelle du code inclut tous les actes de police administrative : « *les décisions réglementaires et individuelles prises par le maire dans l'exercice de son pouvoir de police* » (art. L. 2131-2, 2° pour les communes), « *les décisions réglementaires et individuelles prises par le président du conseil général dans l'exercice de son pouvoir de police en application de l'article L. 3211-2* » (article L. 3131-2 pour les départements). La région n'est pas concernée.

Il apparaît que la transmission de ces actes crée, là encore, un flux qui se chiffre en milliers ou dizaines de milliers d'actes dans les préfectures et sous-préfectures, alors que le contrôle exercé est nul ou quasi-nul.

Il paraît cependant peu opportun de retirer de la « liste » une série trop large et trop hétéroclite d'actes dont la mission a relevé le caractère inutile de leur transmission. On peut difficilement placer, à la suite du L. 2131-2, 2° précité, une exception couvrant les arrêtés réglementant la circulation des animaux sur la voie publique et leur accès aux jardins publics, le tir des feux d'artifices, les autorisation de sonorisation sur la voie publique, la vente du muguet au 1er mai, les autorisations de bal ponctuelles au-delà de minuit en semaine, les défilés, les ventes au déballage, l'interdiction de pénétrer dans un stade inondé ou la dératisation, pour ne reprendre qu'une petite partie des arrêtés systématiquement reçus en préfecture et jamais

examinés. Le texte prendrait une tournure cocasse sans porter un remède significatif à l'avalanche d'actes adressés au représentant de l'Etat.

En revanche, il est relativement aisé de retirer de la « liste » les actes relatifs à la réglementation de la circulation et du stationnement. Un simple membre de phrase suffirait à éliminer du flux d'actes la majorité de ceux transmis au titre de la police administrative. Le représentant de l'Etat ne contrôle pas effectivement les mesures de signalisation routière, de stationnement des camions de déménagement pendant une demi-journée, de limite de vitesse ou de restriction temporaire de circulation ou de stationnement, qui se comptent par milliers.

Au cas, toujours possible, où une collectivité prendrait un arrêté restreignant, par exemple, de façon excessive la circulation, le préfet en serait vraisemblablement avisé par les services de police ou de gendarmerie (sans parler des protestations locales) qui le conduiraient à demander, au cas par cas, l'acte en question. Il paraît raisonnable d'un point de vue pratique, comme on l'a indiqué *supra* d'un point de vue juridique, d'inscrire une clause générale permettant au préfet de demander aux collectivités la communication de tout acte ou ensemble d'actes qu'il estime nécessaire (voir point 6).

La proposition de la mission est donc d'inscrire au L. 2131-2, 2° et au L. 3211-2 du code, une exception pour les arrêtés relatifs au stationnement et à la circulation. Si cette suggestion est jugée trop audacieuse, on pourrait la limiter aux arrêtés réglementant de façon temporaire la circulation et le stationnement, il en résulterait un allégement déjà significatif de la transmission d'actes jamais examinés par le représentant de l'Etat.

3) Urbanisme

Le texte actuel, qui ne concerne que les communes, soumet à obligation de transmission « *6° le permis de construire, les autres autorisations d'utilisation du sol, le certificat d'urbanisme et le certificat de conformité délivrés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, lorsqu'il a reçu compétence dans les conditions prévues à l'article L. 421-2-1 du code de l'urbanisme* ».

La problématique est ici quelque peu différente.

En premier lieu, le flux d'actes est d'un ordre de grandeur très sensiblement moindre que celui des deux rubriques précédentes. Une grande partie de ces actes (de l'ordre de la moitié) sont des permis de construire, qu'il est difficile d'imaginer hors de la « liste » compte tenu des enjeux qu'ils comportent au regard des responsabilités de l'Etat en matière d'aménagement.

En second lieu, le critère de l'importance de l'intervention de l'Etat joue ici d'une manière singulière. Si on peut escompter des particuliers qu'ils attaquent les actes d'urbanisme qui les dérangent directement (le permis du voisin...), ou des associations qu'elles suivent les documents d'urbanisme de certaines collectivités, l'Etat paraît tout de même bien seul à même de contrôler l'application du droit, soit pour certaines décisions individuelles où aucun intérêt de tiers n'est lésé (constructions isolées, risque de mitage), soit pour l'application de législations ou réglementations d'intérêt national où l'intervention de tiers n'est pas toujours suffisante : prévention des risques, préservation du littoral, des zones de montagne... L'urbanisme est un domaine dans lequel s'exerce réellement un contrôle de légalité, où sont rédigées des lettres d'observation et donnant lieu parfois à déféré préfectoral devant le tribunal administratif.

Il faut tenir compte aussi de la difficulté à revenir à l'ordre juridique antérieur ; les constructions mal implantées sont rarement démolies, une intervention *a priori* est particulièrement appropriée, même si, du fait des délais de procédure, elle ne permet pas d'éviter la concrétisation d'un certain nombre d'opérations non conformes au droit.

La mission estime cependant possible de **supprimer la transmission obligatoire de certains actes au titre du contrôle de légalité, comme le certificat d'urbanisme,** en totalité ou simplement celui qui délivre une simple information sur le droit applicable à un terrain, et **le certificat de conformité** délivré par la commune aux bénéficiaires. La diminution qui en résulterait serait non négligeable (environ un quart des actes transmis).

La mission a certes conscience de l'utilité du contrôle de légalité du certificat d'urbanisme, particulièrement dans toutes les zones sensibles (prévention des risques, exposition au bruit, zones littoral, montagne, parcs naturels etc.). Le mécanisme de contrôle à la demande du préfet (exposé *infra*, point 6) vient ici compléter de façon opportune et nécessaire celui de la transmission obligatoire.

Il serait également utile de clarifier la situation des **déclarations de travaux**, qui représentent un nombre d'actes très important, voisin de celui concernant le permis de construire. En effet, une circulaire de la direction générale de l'urbanisme du ministère chargé de l'équipement considérant ces déclarations comme non soumises à obligation de transmission s'est trouvée contredite par la Cour administrative d'appel de Nantes (en 2000), alors qu'elle avait été confirmée par la Cour administrative d'appel de Lyon (1998). Le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé.

S'il peut paraître inutile de contrôler, par exemple, les déclarations de constructions d'abris de jardin, dans certaines parties du territoire, la pression foncière et immobilière est telle qu'un modeste abri pourra servir de base à une construction plus ambitieuse. Il serait toutefois réaliste et souhaitable de conforter explicitement par la loi la pratique des services concernés, afin d'éviter d'imposer la transmission d'une grande masse d'actes qui, *de facto*, ne seraient pas contrôlés.

En revanche, la proposition, émise dans certains départements, de retrait de la « liste » des permis de construire instruits par la direction départementale de l'équipement ou des permis relatifs aux constructions inférieures à une certaine surface ne recueille pas l'assentiment de la mission interministérielle, dans la mesure notamment où ces actes font souvent l'objet d'un contrôle véritable de l'Etat, soit dans un autre service de la DDE, réellement séparé du service instructeur, soit en préfecture ou sous-préfecture.

La mission propose enfin d'alléger la liste des actes de simple instruction qui sont transmis dès l'ouverture d'un dossier et dont le nombre élevé entraîne une gestion matérielle lourde. Il s'agit, par exemple, des formulaires de demandes de permis de construire, d'autorisation de clôture, d'abattage d'arbres, de stationnement de caravane etc, dont la transmission a été rendue obligatoire par des textes législatifs spécifiques du code de l'urbanisme[8]. Sauf exception, ces actes ne sont pas examinés et sont simplement classés. Dès lors qu'ils se retrouvent dans le dossier transmis, en fin de procédure, après la prise de décision, la suppression de l'obligation de transmission irait dans le sens d'une simplification administrative utile aussi bien aux communes

[8] Respectivement, pour les exemples cités, les articles L. 421-2-3, L. 441-4, L. 130-1, L. 443-1 du code de l'urbanisme.

qu'aux services de l'Etat. Un inventaire de ces actes de procédure devrait être dressé par le ministère chargé de l'équipement pour permettre le « toilettage » législatif correspondant.

4) Marchés publics

Le texte applicable aux communes (art. L.2131-2, 4°) prévoit la transmission au représentant de l'Etat des « *conventions relatives aux marchés à l'exception des marchés passés sans formalité préalable à raison de leur montant, et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux* » ; les articles applicables aux départements et régions (respectivement L. 3131-2, 4° et L.4141-2, 3°) diffèrent seulement *in fine* par la précision « *services publics locaux à caractère industriel ou commercial* ».

En ce domaine, la mission n'est pas favorable à un allègement de l'obligation de transmission, à réglementation des marchés publics constante. Tout au plus signale-t-on que l'enregistrement de documents volumineux est fastidieux et donne lieu à un contrôle souvent de pure forme. La transmission de l'ensemble des pièces d'un marché semble, tout de même, assez incontournable pour être à même d'exercer un contrôle effectif.

La mission a en outre pris connaissance du projet de relèvement du seuil de passation des marchés, qui passerait, pour les marchés de services, de 90 000 € à 240 000 €, et pour les marchés de travaux, de 300 000 € à 6,2 M€, à très brève échéance, puisque la date d'entrée en vigueur envisagée pour cette mesure relevant du pouvoir réglementaire est l'été 2003.

Ce relèvement très sensible du seuil de passation des marchés, qui est couplé pour l'heure au seuil de transmission au préfet, aurait pour effet mécanique la suppression pure et simple du contrôle de légalité en ce domaine dans de nombreux départements[9]. C'est peu dire que cette mesure soulève une interrogation sur la crédibilité même du contrôle de légalité, qui persisterait à contrôler des actes individuels de fonction publique ou de police administrative mais ne traiterait plus certains conventions de 6 millions d'euros.

C'est pourquoi certains interlocuteurs de la mission émettent la proposition d'un « découplage » des seuils, consistant à introduire une distinction entre seuil de passation et seuil de transmission à la préfecture. D'autres y sont tout à fait hostiles, estimant que ce découplage fait peser sur le préfet une responsabilité qu'il ne serait pas à même d'exercer concrètement.

Ce point précis échappe au champ d'étude de la mission. On doit seulement relever que, dans l'hypothèse du découplage des seuils, il conviendrait d'inscrire, à la fin des actuels alinéas précités, un ajout relatif aux conventions passées par les collectivités lorsque leur montant se situe entre un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat et le seuil de passation des marchés publics déterminé par le code des marchés publics.

Cette proposition, au demeurant, est loin de régler toutes les difficultés.

---

[9] Pour prendre deux exemples issus de départements visités par la mission, il n'y aurait pas eu en 2002, avec un seuil de 6 M€, de marchés publics des collectivités non seulement en Ariège, mais aussi dans le Pas-de-Calais (1,5 million d'habitants).

En terme de calendrier tout d'abord : l'entrée en vigueur imminente du relèvement du seuil de passation des marchés publics contraste avec l'entrée en vigueur beaucoup plus tardive de la loi de décentralisation, que l'on doit plutôt envisager en 2004. Il en résulte que, pendant au moins six mois, et plus probablement un an ou davantage, les préfectures vont cesser de recevoir les marchés publics de collectivités qui leut sont actuellement transmis, à de rares exceptions près dans de rares préfectures incluant de très importantes collectivités. A la supposer introduite par la loi de décentralisation, la transmission de conventions « entre deux seuils » évoquée ci-dessus s'effectuerait auprès de services de l'Etat ayant connu une année de jachère, peu appropriée aux sols où pousse la commande publique.

Pour éviter cet inconvénient, il serait utile d'introduire le « découplage » sans attendre l'entrée en vigueur de la loi de décentralisation, par le vecteur législatif le plus rapide. Ou bien encore de prévoir que la réforme du code des marchés publics entrerait en vigueur de façon différée pour les marchés des collectivités et de leurs établissements.

Si cet inconvénient de calendrier, réel, peut être regardé comme temporaire, il n'en est pas de même de la question du *corpus* juridique devant servir de base au contrôle des conventions qui seraient ainsi transmises, dès lors qu'elles ne seront plus soumises aux règles contraignantes du code des marchés publics. Dans l'esprit de la réforme des marchés sans formalité préalable, les conventions passées par les collectivités devraient toutefois respecter certaines règles : publicité adéquate et ouverture réelle à la concurrence. Il incomberait donc au préfet de contrôler non plus la régularité formelle des marchés conclus, mais la bonne application de ces principes de publicité et de mise en concurrence.

Cette perspective n'est pas sans susciter une certaine inquiétude auprès des services de l'Etat, mais aussi de nombre d'élus locaux interrogés par la mission. La crainte la plus communément exprimée a trait à l'évolution du contrôle de légalité vers une vérification-alibi, portant de façon dérisoire sur quelques justificatifs de circonstance, extraits de publicité légale, demandes de devis, production de critères de choix imprécis. Aucun contrôle réel ne pourrait naître de la simple notification de quelques documents retraçant les négociations menées par les collectivités ; aucune conséquence juridique en terme de légalité, susceptible d'être invoquée, éventuellement, devant la juridiction administrative, ne pourrait en résulter. Les collectivités elles-mêmes, peu rompues aux techniques de négociation commerciale, craignent d'être déboussolées par la suppression de formalités qui leur apportaient une certaine sécurité juridique.

Du côté des services de l'Etat, on peut redouter une démobilisation du contrôle de légalité résultant d'abord du calendrier puis de la faiblesse du *corpus* juridique dont disposerait le représentant de l'Etat pour exercer son contrôle sur les conventions « entre deux seuils ». La mission estime nécessaire qu'à tout le moins soit inscrite dans la loi de décentralisation la transmission des pièces permettant d'établir non seulement qu'un appel à la concurrence a eu lieu, mais encore que le choix a réellement porté sur le mieux-disant.

En outre, le préfet pourrait demander communication de pièces complémentaires si la démonstration ne semble pas concluante, demande non assortie de sanction afin de ne pas porter atteinte à la libre administration des collectivités[10]. Si les pièces demandées ne parviennent pas au préfet, ou ne sont pas concluantes, il peut saisir la juridiction administrative qui estimera, au vu du dossier, si l'appel à la concurrence a été réel.

[10] Cette demande devrait être formulée, pour avoir un intérêt, dans le délai de recours. Il n'y a pas lieu, pour autant, de suspendre le délai de recours en attendant la réponse des autorités locales.

En résumé – si l'on se place, encore une fois, dans l'hypothèse d'un découplage des seuils analysée ci-dessus – la mission propose que les articles L.2131-2, 4°, L. 3131-2, 4° et L.4141-2, 3° du CGCT soient complétés par l'obligation de transmission des conventions passées par les collectivités lorsqu'elles se situent au-delà d'un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat et en deçà du seuil de passation des marchés publics, accompagnées des pièces établissant la réalité de l'appel à la concurrence et du choix du mieux-disant. Pour exercer son contrôle sur ce dernier point, le préfet peut demander à la collectivité, dans le délai de recours contentieux, la communication de pièces complémentaires. Ce dispositif devrait être applicable aux établissements hospitaliers en vue du renforcement du contrôle de leurs marchés.

La mission s'est interrogée sur la nature des documents dont il s'agirait ; une étude complète serait nécessaire sur ce point, mais on peut, à titre de piste de réflexion, mentionner qu'une première base pourrait être fournie par le rapport que l'exécutif local devrait présenter au conseil dans un souci de transparence.

La mission est toutefois consciente du risque de contradiction de demandes complémentaires du préfet avec le principe de libre administration des collectivités locales. Cependant, si le préfet n'a aucun élément pour apprécier la réalité de la mise en concurrence, son intervention se bornera à vérifier qu'une publicité adéquate a été assurée : maigre perspective qui justifie difficilement la transmission obligatoire des conventions en deçà des seuils de passation, et qui explique les réticences de nombre de préfets à assumer, en terme de compétence administrative et de responsabilité personnelle, un contrôle dépourvu de contenu réel.

5) Autres éléments de la « liste »

Il n'est pas proposé par la mission de revenir sur le 1° des articles précités du CGCT qui a trait aux délibérations des collectivités, ou aux décisions prises par délégation des assemblées délibérantes, qui sont moins nombreuses en valeur absolue que les décisions individuelles examinées *supra* et sont davantage de nature à exposer la collectivité à l'examen d'une question de légalité mettant en cause un intérêt majeur. Elles comprennent, de plus, les décisions locales prises - par exemple dans le domaine de l'environnement - pour l'application du droit communautaire, dont l'Etat est seul responsable aux yeux de la Cour de justice des communautés européennes.

Il en est de même pour les actes réglementaires adoptés par les autorités locales dans l'exercice de leurs compétences (articles 2131-2, 3° ; 3131-2, 3° et 4141-2, 2°). Pour ces deux séries d'alinéas, il faudrait procéder par soustraction de catégories de délibérations ou règlements dont nul ne s'est risqué à esquisser une énumération ou un critère de détermination. En ce domaine, le préfet doit pouvoir continuer à exercer le contrôle dans la direction qu'il estime nécessaire.

On doit enfin noter que de nombreux actes sont transmis au représentant de l'Etat pour l'exercice du contrôle de légalité au titre d'autres textes que les articles précités. On doit citer, en matière sanitaire et sociale, les marchés publics des établissements hospitaliers, certains actes en matière de fonction publique hospitalière dans le cas des établissements sociaux et médico-sociaux, qui sont établissements publics locaux dont le personnel suit le régime des collectivités locales de rattachement. Dans ce domaine, les obligations de transmission évolueraient comme proposé *supra*.

Autre exemple, dans le secteur de l'éducation relevant tant de l'éducation nationale que de l'agriculture, le préfet reçoit certains actes des E.P.L.E. au titre de la « triple transmission » des actes qui ne concernent pas l'action éducatrice, à destination (outre le préfet) de l'autorité académique et de la collectivité de rattachement. La mission étudie ce sujet pour lesquels elle proposera une analyse particulière.

6) Clause générale

La mission propose d'insérer, à la suite de la « liste » allégée, un alinéa supplémentaire autorisant le préfet, en tout état de cause, à demander pour l'exercice de sa mission de contrôle, la communication de tout acte ou ensemble d'actes pris par les collectivités locales.

A tout bien considérer, sur chacun des éléments de la « liste » que l'on propose de supprimer, un contrôle de légalité effectif a pu être exercé, au cours des années passées, en tel ou tel point du territoire. Certes, le maintien d'une obligation de transmission pour tout le territoire serait une charge inutile, mais sa suppression s'accommoderait aisément d'une telle communication « à la demande ».

La question de l'utilité d'une telle disposition mérite toutefois d'être posée dans la mesure où en vertu des pouvoirs propres que lui confère l'article 72 – alinéa 5 de la Constitution, le préfet est en charge du contrôle administratif et du respect des lois, et dispose à ce titre d'une compétence étendue.

L'insertion d'une clause expresse présente pourtant des avantages évidents. Au plan juridique, elle permet de donner des garanties légales à une exigence constitutionnelle, de compenser ce que peut avoir de réducteur la liste des actes désormais soumis à l'obligation de transmission, mais aussi d'apporter une consécration légale à une jurisprudence administrative en vertu de laquelle le préfet peut déférer tout acte, alors même qu'il ne lui a pas été communiqué.

Sur le plan pratique, elle offre au préfet la faculté d'obtenir systématiquement, lorsque c'est utile à l'exercice de sa mission, la communication d'un acte ou d'un ensemble d'actes, dont le caractère illégal lui aura été signalé, et de s'en faire préciser la teneur, pour apprécier la situation en toute connaissance de cause.

Elle permettrait aussi d'adapter la politique du contrôle de légalité, aux particularités locales. En fonction des enjeux, le représentant de l'Etat aurait toute latitude pour, par exemple, se faire communiquer toutes les décisions en matière d'urbanisme qui ne seraient plus soumises à l'obligation de transmission. Les certificats d'urbanisme dans les zones sensibles, notamment, feraient par ce biais l'objet d'évocation par le préfet.

Sans doute les préfets n'ont-ils pas attendu pour définir des stratégies locales de contrôle de légalité à titre interne. L'avantage de prévoir une clause facultative d'évocation dans la loi a pour effet d'alléger singulièrement les tâches matérielles des services de la préfecture, tout en laissant intacte la liberté de manœuvre du représentant de l'Etat.

Une telle clause permet aussi de surveiller les communes « à risque » du point de vue juridique, c'est-à-dire qui ont montré par le passé, ou font preuve dans le présent d'une incapacité à appliquer la loi, sur lesquelles les préfets doivent conserver un regard particulier.

Cette disposition doit permettre d'affirmer, dans le cadre d'une décentralisation accrue, le rôle du représentant de l'Etat, garant de l'application de la loi et de l'égalité entre les citoyens. L'alinéa supplémentaire pourrait être rédigé en ces termes : « En outre, **les collectivités** (communes, départements, régions selon l'article du CGCT) **transmettent, à la demande du représentant de l'Etat, tout acte ou ensemble d'actes qu'il estime utile à l'exercice de sa mission générale de contrôle de légalité** ».

En conclusion, la mission souligne que sa démarche de réduction pragmatique de la « liste » permettrait, au prix d'aménagements législatifs mineurs et sans renoncer aux principes qui fondent le contrôle de légalité, de diminuer de plus de la moitié le flux des actes actuellement transmis par les collectivités aux préfectures. Il s'agit donc d'une mesure significative, appropriée à un contexte de décentralisation approfondie qui se traduira mécaniquement par une hausse du nombre d'actes concernés par le contrôle de légalité.

LE POUVOIR D'APPRÉCIATION EN MATIÈRE DE DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL

Le pouvoir d'appréciation dont dispose le préfet pour l'exercice de son pouvoir de déférer les actes des collectivités locales est au cœur de l'analyse du contrôle de légalité. L'interprétation de ce pouvoir d'appréciation commande la méthode et la stratégie du contrôle et constitue le préalable à toute évolution en la matière.

De ce fait, la mission a estimé nécessaire de faire un point sur l'état du droit, le cadre applicable, et de présenter ses conclusions à la lumière des constats faits lors de ses déplacements.

I –LE CARACTÈRE OBLIGATOIRE OU FACULTATIF DU DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL

Les termes de l'article 3 de la loi de 1982 (art. L.2131-6 du code général des collectivités territoriales (CGCT) qui prévoient que "le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L.2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission", ne permettent pas, à première vue, de trancher le point de savoir si le préfet dispose d'une compétence liée ou d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation au regard de la saisine du juge administratif, autrement dit de déterminer s'il a l'obligation de déférer au tribunal un acte qu'il estime illégal, ou au contraire, s'il peut apprécier librement l'opportunité de la suite à donner.

Cette question, après avoir divisé la doctrine, paraît désormais réglée.

Le représentant de l'Etat[1], au titre de la mission de contrôle qui lui est confiée par le législateur aux fins d'assurer le respect des lois, conformément à l'article 72 de la Constitution, exerce, à l'encontre des actes illégaux des collectivités territoriales, les pouvoirs qu'il tient de la loi. Toutefois, les travaux préparatoires de la loi du 2 mars 1982 et la décision du Conseil Constitutionnel du 25 février 1982, font apparaître qu'en confiant au représentant du gouvernement dans le département la charge des intérêts nationaux et du respect des lois, le législateur a entendu lui laisser une marge de manœuvre nécessaire pour apprécier la faculté de décider de l'opportunité de déférer ou non un acte illégal.

Cette interprétation du pouvoir d'appréciation est celle retenue par la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le régime juridique du déféré.

D'une part, le Conseil d'Etat admet la possibilité pour le préfet de se désister purement et simplement de son déféré, d'autre part, il considère, en définitive, que le refus du préfet de mettre en œuvre la procédure du déféré, ne constitue pas une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir[2]. Enfin, il précise que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée en raison de l'abstention du préfet de déférer au tribunal administratif un acte administratif irrégulier émanant

[1] Représentant de chacun des membres du gouvernement « selon les termes de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mai 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.
[2] CE 25 janvier 1991 Brasseur p.23 Concl. B Stirn

d'une collectivité locale, que si cette abstention revêt "le caractère d'une faute lourde[3]". Cette dernière jurisprudence mérite d'autant plus mention qu'elle est intervenue alors que le Conseil d'Etat réduisait de manière considérable le champ d'application de la faute lourde et qu'il avait abandonné la faute lourde au profit de la faute simple quant à la responsabilité de l'Etat en matière de contrôle budgétaire.

C'est la préoccupation de situer le contrôle de légalité dans un contexte d'ensemble où doit être pris en compte l'intérêt général dans toutes ses composantes qui explique le choix du législateur de 1982, confirmé lors de la révision constitutionnelle de 2003, de confier le contrôle de légalité aux préfets. Cette part d'opportunité laissée au préfet apparaît comme l'élément de souplesse indispensable pour que le système de contrôle soit viable. Outre qu'il constitue un contrepoids au principe de libre administration des collectivités territoriales, il laisse au représentant de l'Etat le soin d'arbitrer une situation au regard d'autres enjeux qu'il convient également de préserver. De plus, la complexité de la loi et parfois les contradictions juridiques entre les textes applicables à une même situation, exigent une interprétation quelque peu délicate et demandent un arbitrage, qui peut d'ailleurs faire intervenir plusieurs services de l'Etat. En ce sens, le contrôle de légalité est loin de constituer une science exacte. Il en résulte une nécessaire prudence du représentant de l'Etat, face à des collectivités mises en cause lesquelles sont aussi des partenaires sur de multiples politiques publiques.

II - L'OPPORTUNITÉ DE DÉFÉRER DIVERSEMENT APPRÉCIÉE PAR LES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT

Le pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de déférer est donc consubstantiel à l'exercice par les préfets du contrôle de légalité. Une certaine diversité dans la mise en œuvre de ce contrôle en est la conséquence logique. La mission a recherché comment cette diversité se traduisait dans les pratiques des préfets et de l'ensemble des services qui concourent au contrôle.

La mission a fait le constat d'une grande hétérogénéité, non seulement de la proportion de déférés exercés entre les départements et, à l'intérieur d'un même département entre sous-préfectures, mais surtout des conceptions même du contrôle à exercer.

On observe depuis le début des années 1990 une stabilité d'ensemble du nombre de déférés qui paraît révélatrice d'un équilibre atteint dans la phase de plein exercice de la décentralisation, postérieurement à sa mise en œuvre dans les années 1980.

	1992	1997	1998	1999	2000
Nombre total de déférés	1800	1623	1729	1868	1713

Source : rapport du gouvernement au Parlement

La thèse d'une dégénérescence du contrôle fondée sur la diminution du nombre des déférés n'est donc pas réellement exacte (au demeurant, elle néglige l'effet des très nombreuses lettres d'observations très majoritairement suivies par les autorités locales).

Au delà de cette stabilité globale, les différences de situation sont fortes. Elles s'expliquent parfois d'une année sur l'autre par l'émergence ponctuelle d'un conflit juridique étendu à plusieurs collectivités une année donnée, les statistiques pouvant alors être déformées par des déférés en

[3] CE 6 octobre 2000, ministre de l'intérieur c/commune de Saint-Florent.

série. On ne peut nier en outre que certaines zones géographiques ou certaines collectivités sont plus ou moins attentives sur le plan de la légalité. Il serait donc imprudent de dégager un enseignement trop mécanique des simples statistiques ci-après, tirées du rapport du gouvernement au parlement et qui ne sont présentées qu'à titre d'illustration partielle pour les trois années 1998-1999-2000 :

- 7 à 8 départements, dont la liste varie un peu, n'enregistrent aucun déféré ;
- 28 à 33 départements enregistrent moins de 5 déférés ;
- 23 départements enregistrent plus de 20 déférés annuels, parmi eux, 17 départements se situent à ce niveau sur les trois années consécutives.

Au total, le nombre de déférés varie de 0 à environ 130-140 sur les trois années (si l'on fait exception des 210 déférés enregistrés sur un département en 1999). Même si une analyse fine est trop complexe pour être menée ici, ces écarts sont éloquents.

Ces observations ont pu être complétées par les constats effectués par la mission dans les départements visités. Des témoignages recueillis, tant auprès du corps préfectoral et de ses collaborateurs qu'auprès des membres de la juridiction administrative et des élus, il résulte, au-delà des écarts de chiffres, une grande diversité dans la conception que se font les représentants de l'Etat de leur pouvoir d'appréciation en matière de déféré. De façon encore plus troublante, ces divergences d'interprétation sont parfois à l'origine de pratiques très différentes entre sous-préfectures d'un même département.

Certains membres du corps préfectoral ont pris délibérément le parti de déférer au juge administratif les actes qu'ils estiment illégaux en suivant les recommandations de leurs services. D'autres considèrent que dans leur appréciation entrent nécessairement en ligne de compte les divers enjeux d'ordre national ou local. A titre d'exemple, il a été indiqué à la mission que face à une situation d'urgence et pour permettre la construction d'une école - les élèves se trouvant dans des bâtiments préfabriqués - une entorse à la légalité d'un marché avait été tolérée ; de même, en matière de marché public, pour éviter de créer une gêne insupportable à une collectivité. D'autres enfin n'ont pas caché que dans les cas où ils refusaient de déférer, les motifs invoqués étaient, parfois, de simple opportunité politique ou tactique, en fonction de la personnalité de l'élu concerné ou du poids de la collectivité en cause. De ces conceptions variées du contrôle de légalité dépendent les moyens et la méthode adoptés, dont le nombre de déférés n'est qu'un des éléments révélateurs.

III – LES CONSÉQUENCES DE L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES CONCEPTIONS ET DES PRATIQUES EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

1) Conséquences vis-à-vis des partenaires et acteurs de l'administration

L'utilisation aussi différenciée de ce contrôle contribue, d'une part, à une hétérogénéité contraire au principe d'égalité devant la loi, d'autre part, à un sentiment d'injustice de la part de ceux des élus dont les actes sont déférés, qui comprennent mal les différences de traitements en fonction de la compétence du fonctionnaire en place, de la nature de l'acte transmis, de l'importance de la collectivité et réclament plus d'homogénéité. Les collaborateurs des préfets, qu'ils soient en préfecture, ou dans les services déconcentrés, ne pensent parfois pas autrement. A l'égard des uns et des autres, il semble bien que l'absence totale de déféré ou son nombre trop réduit

contribue à une certaine perte de crédibilité du contrôle. En outre, le caractère trop aléatoire de la sanction du contrôle accroît encore la part d'incertitude qui découle de la loi. La situation est encore plus dommageable lorsqu'elle s'explique seulement par le changement des hommes en fonction. En ce qui concerne les fonctionnaires qui participent au contrôle, la mission a pu constater qu'une approche équilibrée de son pouvoir d'appréciation par le préfet est garant d'une unité d'action et, qu'à l'inverse, certains services tenaient des statistiques de leurs différences de positions avec le corps préfectoral.

2) Conséquences tirées par le juge administratif et le juge pénal

Même si le Conseil d'Etat en a limité la portée, la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour défaut de contrôle de légalité. Dans son arrêt, «Ministre de l'Intérieur c/ la commune de Saint-Florent », le Conseil d'Etat a reconnu, contrairement aux juges du fond de la cour administrative d'appel de Marseille qui avait retenu la seule faute simple, l'existence d'une faute lourde du préfet pour n'avoir pas déféré au tribunal administratif pendant trois années consécutives, neuf délibérations entachées d'incompétence, car prises par le bureau d'un syndicat intercommunal, sans délégation du comité syndical.

L'identification de la faute lourde exigée par la jurisprudence doit résulter d'un contexte d'ensemble, à savoir naturellement l'importance du ou des actes en cause, et des illégalités les affectant, mais aussi tous autres éléments se rapportant à la situation en l'espèce : organisation et moyens du service, contexte socio-politique... Ce faisant, le juge administratif examine de façon très approfondie les conditions et les méthodes du contrôle, pour, le cas échéant, en sanctionner l'absence de traduction contentieuse.

Au-delà de la responsabilité de l'Etat, se pose la question de la responsabilité personnelle du préfet, mais aussi des agents des différents services participant au contrôle de légalité au cas où le contrôle administratif n'a pas été exercé à l'encontre d'une décision irrégulière d'une collectivité territoriale.

Devant la juridiction judiciaire, la responsabilité civile pourra être mise en cause, si l'inaction est regardée comme constitutive d'une « faute personnelle » conformément aux règles du droit administratif en matière de contentieux de la responsabilité des agents publics.

Mais, c'est également au regard de la responsabilité pénale du préfet et des fonctionnaires qui l'assistent, que la question se pose avec acuité, compte tenu de la pénalisation croissante de la vie publique. Dans la pratique, le juge pénal a tendance à considérer qu'à partir du moment où le représentant de l'Etat a connaissance d'un acte illégal, susceptible d'être qualifié d'infraction pénale, il est de son devoir d'agir, et donc, de saisir le juge compétent, selon les principes définis à l'article 72 de la Constitution. Et de fait, on constate, depuis quelques années, que le préfet en s'abstenant de déférer, est susceptible de faire l'objet de poursuites pénales, soit pour homicide et blessures involontaires, comme auteur ou coauteur, soit sur le fondement d'autres infractions – par exemple, le délit de favoritisme – principalement comme complice- ou accessoirement comme coauteur. En ce cas, le juge pénal recherche les conditions concrètes de l'examen de l'acte en cause et, le cas échéant, les avis émis par les divers services ayant participé à l'instruction.

Certes, les poursuites engagées contre des fonctionnaires de l'administration territoriale de l'Etat, à raison de leur activité de contrôle de la légalité, ont été peu nombreuses, et, peut-être à l'exception d'un cas, n'ont jamais donné lieu à condamnation.[4] Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue les conséquences lourdes qu'engendre pour le représentant de l'Etat et ses collaborateurs la seule initialisation d'une telle démarche, tant à titre personnel qu'en terme d'autorité de l'Etat.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, dite loi Fauchon, en encadrant avec force précision les fautes engageant la responsabilité des « auteurs indirects » d'infractions, a rendu plus difficile la mise en jeu de la responsabilité pénale des fonctionnaires de l'administration de l'Etat. S'agissant des personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé la situation qui en est à l'origine ou n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, la loi prévoit que celles-ci ne sont responsables pénalement « que s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute d'une exceptionnelle gravité exposant autrui à un danger qu'elles ne pouvaient ignorer [5] ».

Même s'il ne doit pas être surestimé, ce risque existe. Il implique, de la part des représentants de l'Etat et de leurs collaborateurs, un examen attentif de la légalité des actes des collectivités territoriales, éventuellement susceptibles de tomber sous le coup de cette loi pénale, en particulier dans une matière aussi sensible que la sécurité des personnes et des biens.

IV – RECOMMANDATIONS

Face à cette situation d'hétérogénéité, à l'affaiblissement de crédibilité qu'elle provoque, et à la pénalisation croissante de la vie publique, la mission formule quelques recommandations qui visent, non pas à un bouleversement des pratiques, mais à une meilleure harmonisation des contrôles exercés par les représentants de l'Etat. En outre, la nouvelle étape de la décentralisation en projet suscitera inévitablement des questions inédites , nécessitant de fixer au plus tôt le droit applicable par référence à la jurisprudence.

Une instruction du gouvernement devrait définir le principe d'une stratégie nationale en matière de contrôle de légalité, sur le fondement de laquelle les préfets pourraient s'appuyer pour l'organisation de leurs propres services et l'orientation de leur démarche. Les représentants de l'Etat sont, certes, les mieux à même de décliner, en fonction des données locales, les impératifs qui président à la définition des priorités en terme de contrôle. Ils doivent pouvoir néanmoins s'autoriser d'un ensemble de principes fixant le cadre de leur intervention. C'est à l'intérieur de celui-ci que pourra être trouvé le minimum d'harmonisation recherché. L'expérience montre non seulement qu'il est possible de procéder effectivement au contrôle de légalité, y compris au besoin jusque dans ses traductions contentieuses, mais encore que le contrôle apparaît d'autant plus légitime qu'il est exercé de façon homogène dans l'espace, et régulière dans le temps, à un niveau suffisant pour être crédible.

---

[4] Cette absence de décision ne justifie pas pour autant le point de vue exprimé par le garde des sceaux dans une réponse à une question écrite selon laquelle « aucune conséquence ne paraît pouvoir être tirée, au plan pénal, de la décision du préfet de ne pas déférer un acte à la censure du tribunal administratif » position qui ne saurait emporter la conviction de tous : Réponse ministérielle n° 15739 : JO 21 novembre 1996 P. 3063.

[5] Cette disposition n'empêche pas certaines juridictions d'instruction de considérer que l'absence de réunion des critères définis par les lois précitées pour que la responsabilité pénale d'un fonctionnaire soit engagée pour délit d'imprudence, ne fait pas obstacle à la mise en cause de cette responsabilité pénale, afin que le débat judiciaire ne laisse rien dans l'ombre, quitte à ce que le fonctionnaire bénéficie ultérieurement d'un non-lieu. D'autres juridictions considèrent qu'il appartient à la seule juridiction de jugement de trouver dans les lois précitées des motifs d'exonérer de toute responsabilité pénale le fonctionnaire qu'elles ont mis en examen et renvoyé ensuite devant le tribunal correctionnel.

Il importe de rappeler que, bien que largement reconnu par le juge administratif, le pouvoir d'appréciation comporte ses limites. Il ne peut conduire les préfets, garants du respect des lois de la République, à s'exonérer de l'application de celles-ci, qu'au nom de l'intérêt général entendu strictement.

Ce message gouvernemental aura d'autant plus de portée politique et pratique, qu'il accompagnera des dispositions précises d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, visant à faciliter le contrôle et à lui donner davantage d'efficacité – plusieurs d'entre elles font l'objet de notes techniques également jointes au présent rapport.

L'USAGE DES PROCEDURES D'URGENCE EN MATIERE DE DEFERE PREFECTORAL

La possibilité d'intervenir en urgence est une des conditions du renforcement de l'efficacité du contrôle de légalité. Plus le préfet soulève rapidement ses interrogations sur la légalité d'un acte et plus il y aura de chances que l'exécution de l'acte ne soit pas encore engagée. Le contrôle paraîtra moins remettre gravement en cause la liberté d'administration de la collectivité locale et les intérêts généraux, auxquels le représentant de l'Etat veille en exerçant son pouvoir d'appréciation. Lorsque l'acte est déjà exécuté, les préfets se montrent hésitants à déférer, compte tenu de la gravité des conséquences éventuelles de l'annulation. Alors que le contrôle de légalité est fréquemment critiqué pour son retard ou son manque de portée, l'usage plus ou moins grand des procédures d'urgence paraît donc bien comme un révélateur de ses difficultés et de ses ambiguïtés.

Pour ces raisons et compte tenu, par ailleurs, de l'impact de la loi du 30 juin 2000 sur les procédures d'urgence, il a paru nécessaire à la mission interministérielle sur le contrôle de légalité d'étudier la pratique des référés préfectoraux et les conséquences de la réforme récente, et de déterminer, le cas échéant, les aménagements qui paraissent nécessaires.

I - LE CADRE GÉNÉRAL DU RÉGIME JURIDIQUE DES RÉFÉRÉS PRÉFECTORAUX

Pour agir en urgence au titre du contrôle de légalité, le préfet dispose de plusieurs outils répertoriés au code de justice administrative (CJA), et par référence aux articles L 2131 -6, L3132-1 et L 4142-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) :

- la demande de suspension d'un acte (art L 554-1 du CJA), le cas échéant avec effet automatique en certaines matières, lorsque le référé est introduit dans les 10 jours de la réception de l'acte (art L 554-2 du CJA) ;
- la demande de suspension d'un acte de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle (art L 554-3 du CJA) ;
- le référé pré-contractuel (art L 551-1 et 2 du CJA) pour demander le cas échéant de suspendre ou de différer la signature d'un contrat ;
- la demande de suspension d'un acte d'une collectivité locale de nature à compromettre de manière grave le fonctionnement ou l'intégrité d'un ouvrage intéressant la défense nationale (art. L 554-4 du CJA par référence à l'article L 1111-7 du CGCT).

Le régime des référés pré-contractuels est identique pour le préfet et les autres requérants ayant intérêt pour agir. En revanche, pour les autres cas, le régime des procédures d'urgence prévoit des aménagements dérogatoires au droit commun lorsque la suspension est demandée par un déféré préfectoral. Ainsi, les procédures susceptibles d'être engagées en urgence par un préfet ne se conforment pas aux deux grandes catégories instituées par la loi du 30 juin 2000 qui a créé deux nouveaux cas de référés : « le référé-suspension » et le « référé-libertés fondamentales » se substituant aux sursis à exécution et ouverts à tout requérant.

Le préfet bénéficie, en application des articles L 554-1 à 3 du code de justice administrative et du code général des collectivités territoriales, auquel il est renvoyé, d'un régime aménagé visant à donner à une demande de suspension présentée par le préfet davantage de chances de succès et la possibilité d'un effet immédiat :

- il incombe seulement au préfet de démontrer l'existence d'un doute sérieux sur la légalité ; à l'inverse du référé de droit commun, le préfet n'a pas à satisfaire à la condition de l'urgence ;
- il doit être statué sur le référé préfectoral dans le délai d'un mois, alors qu'aucun délai n'est indiqué pour le droit commun du référé ;
- en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public, l'introduction d'une demande de référé entraîne la suspension immédiate de l'acte, si elle est formée dans les 10 jours de la réception de l'acte.

Le projet de loi organique relatif à l'expérimentation des collectivités territoriales prévoit en outre que les recours contre un acte pris en application d'une autorisation d'expérimentation peuvent être assortis d'une demande de suspension qui prendra effet immédiatement.

Les conditions dérogatoires d'exercice du déféré préfectoral qui valaient précédemment pour le sursis à exécution n'ont pas été sensiblement modifiées par la loi du 30 juin 2000. Cette loi s'est bornée, en ce qui concerne les déférés préfectoraux, à remplacer l'appellation de sursis par celle de référé. La possibilité pour les préfets de recourir, en outre, aux nouvelles dispositions aménagées par la loi du 30 juin 2000 a fait débat et le législateur semble avoir explicitement exclu l'application directe aux déférés du régime du nouveau référé-liberté qui permet désormais à tout requérant de demander au juge qu'il suspende et qu'il ordonne toute mesure de nature à assurer la sauvegarde d'une liberté fondamentale lorsqu'une autorité publique, dans l'exercice de ses pouvoirs y a porté une atteinte grave et manifestement illégale[11].

La loi du 30 juin 2000 a donc peu changé le droit des déférés préfectoraux. Elle a cependant profondément modifié le contexte d'ensemble des procédures d'urgence devant la juridiction administrative. Avant la loi du 30 juin 2000, entrée en vigueur au 1er janvier 2001, le juge administratif des référés[12] avait des pouvoirs limités et la jurisprudence avait beaucoup réduit le champ du sursis à exécution. La réforme des procédures d'urgence a connu un vif succès dès son entrée en vigueur avec un quasi-doublement[13] des demandes de suspension présentées au juge par les requérants de droit commun, par comparaison aux précédentes demandes de sursis à exécution. Le Conseil d'Etat a joué un rôle important pour donner toute son ampleur à la réforme des procédures d'urgence en définissant rapidement le cadre d'intervention des tribunaux administratifs et en élargissant le pouvoir d'injonction[14] du juge administratif. De plus, la procédure a évolué et devient largement orale.

---

[11] Voir le projet de loi initial relatif au référé devant les juridictions administratives qui prévoyait un alinéa précisant que le représentant de l'Etat pouvait recourir au référé-liberté nouvellement institué, alinéa supprimé à la demande de la Commission des lois du Sénat préalablement à la première lecture du projet de loi, aux motifs, d'une part, que cela risquerait de créer "une nouvelle forme de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales, dont le champ d'application serait beaucoup plus large que le contrôle de légalité qui s'applique aux actes (...)", et, d'autre part, que le recours des personnes lésées doit suffire en la matière.

[12] Le référé se définit comme la procédure d'urgence engagée devant les juges pour faire cesser une situation contraire à la loi et permettant d'obtenir, sous certaines conditions, et à titre provisoire, le règlement d'une difficulté, la constitution ou la conservation d'une preuve, la réparation d'un préjudice.

[13] On dénombre en 2001, 7 110 référés-suspension et 741 référés-libertés, par comparaison avec 3 724 demandes de sursis en 2000 ; dans 16 % des cas, les référés accordent la suspension (contre moins de 10 % pour les anciens sursis), auxquels s'ajoutent, dans 3 % des cas, un désistement ou un non-lieu ; dans 3 % des référés libertés fondamentales, il est fait droit à la requête, auxquels s'ajoutent dans 7 % des cas, un désistement ou un non-lieu.

[14] Voir CE Ouatah 20-12-2000 qui a abandonné la jurisprudence antérieure qui interdisait de surseoir à une décision négative et donc de prononcer en ce cas injonction de faire.

II - OBSERVATIONS SUR LA PRATIQUE DES RÉFÉRÉS PAR DÉFÉRÉ PRÉFECTORAL

1) Le recours aux procédures d'urgence par les préfets est en diminution constante

Si l'on se réfère à la période antérieure à la loi du 30 juin 2000, il semble qu'il y ait une baisse continue du recours des préfets aux procédures d'urgence. Alors que le rapport de l'IGA de 1994 estimait que la proportion d'une moitié de déférés assortis de demandes de sursis était déjà faible compte tenu de l'enjeu, le taux est tombé à moins d'un quart à la veille de la loi du 30 juin 2000.

	1992	1997	1998	1999	2000
Nombre de demandes de sursis	900	555	576	372	396
Nombre total de déférés	1800	1623	1729	1868	1713
Proportion de demandes de sursis	50%	34%	33%	20%	23%

Source : rapport annuel du Gouvernement au Parlement 1998-2000

Cette baisse est préoccupante, car si les conditions du sursis à exécution de droit commun ont été durcies par la jurisprudence, le régime des déférés, au contraire, a été renforcé par l'institution du dispositif de sursis automatique en 1995 pour certaines matières.

La réforme de la loi du 30 juin 2000 a fortement bouleversé les procédures de jugement en urgence en leur donnant une efficacité nouvelle. Mais, en droit comme en pratique, elle semble avoir changé peu de choses pour l'action du préfet par rapport au régime précédent du sursis. Alors que le nombre total de référés présentés par les requérants de tous ordres excède très largement le nombre de sursis, les préfets n'ont semble t-il pas modifié leur pratique antérieure et ont peu demandé de référés à l'appui de leurs déférés, eux-mêmes peu nombreux.

A titre d'illustration, le tableau ci-après regroupe les données chiffrées qui ont pu être recueillies sur le nombre de demandes de suspension à l'appui d'un déféré préfectoral :

Tribunaux administratifs	2003 (sur 5 mois)	2002	2001
TA Lyon	7 demandes de suspension sur 12 déférés	5 demandes de suspension sur 25 déférés	11 demandes de suspension sur 45 déférés
TA Grenoble	8 demandes de suspension sur 14 déférés		
TA Dijon	3 demandes de suspension		
TA Clermont	1 demande de suspension sur 2 déférés		
TA Besançon	0 demande de suspension		
TA Nantes	0 demande de suspension	7 demandes de suspension sur environ 21 déférés en moyenne annuelle de 1998 à 2002	10 demandes de suspension sur environ 21 déférés en moyenne annuelle de 1998 à 2002
TA Nice (Alpes-Maritimes)	2 demandes de suspension		
TA Orléans (Loiret)		3 demandes de suspension sur plus de 9 déférés	
TA de Basse-Terre (Guyane)	Depuis 2003, référé systématique à l'appui des déférés en matière de personnel.		

Source : tribunaux interrogés pour la mission interministérielle sur le contrôle de légalité

Les demandes de suspension ainsi recensées portaient sur :

- des actes d'urbanisme, à Lyon, Dijon et Grenoble (90 % des cas de demandes de suspension dans ces tribunaux) ;
- des arrêtés municipaux interdisant l'utilisation de l'insecticide « Gaucho » à Nantes ;
- des arrêtés municipaux interdisant la culture du maïs transgénique, à Grenoble et à Nantes ;
- au moins deux référés en matière de marchés dont un référé précontractuel (Loiret) ;
- au moins un référé-liberté à l'encontre d'un arrêté limitant la libre circulation (Loiret).

Dans aucun de ces tribunaux semble t-il, la demande de référé n'a été formulée de façon à déclencher la suspension automatique. L'utilisation de cette procédure ouverte dans les 10 jours de la réception de l'acte n'a été citée aux membres de la mission que dans les départements du Var et de la Guyane, mais, dans ces deux départements, les cas ont été très rares.

Les référés précontractuels à l'initiative des préfets paraissent aussi très rares, bien qu'ils ne fassent pas l'objet de statistiques permettant de les identifier. Deux cas ont été cités à la mission dans les Alpes-Maritimes et en Guyane.

2 - Diverses raisons d'ordre juridique et administratif expliquent un faible recours aux demandes de suspension

Partant de ce constat, la mission a recherché si des raisons spécifiques au régime des référés expliquaient sa faible pratique et sa quasi-inexistence pour les demandes de suspension automatique.

En premier lieu, il faut souligner que l'introduction d'une demande de référé doit, pour être recevable, accompagner une demande d'annulation au fond. Ce point vaut pour toutes les demandes de suspension présentées par les préfets à l'exception du référé pré-contractuel. De ce fait, les raisons de la faible utilisation du référé sont les mêmes que celles qui expliquent le faible recours aux déférés : les préfets et leurs services privilégient leur fonction de conseil et leur dialogue avec les collectivités et répugnent le plus souvent à radicaliser leurs positions avec des interlocuteurs, partenaires sur de nombreuses politiques publiques. En outre, lorsque le déféré est décidé pour trancher une question de droit non résolue, la demande de suspension peut apparaître trop brutale, a fortiori lorsqu'il s'agit d'un référé pré-contractuel ou d'une demande de suspension automatique.

En deuxième lieu, les préfectures paraissent avoir hésité sur la procédure applicable depuis la réforme du référé, certains référés ayant été introduits sur le fondement erroné du déféré de droit commun.

En troisième lieu, les préfectures, surtout mobilisées pour accroître l'efficacité de la défense de l'administration face à une nouvelle pression contentieuse, semblent avoir peu pris conscience du bénéfice qu'elles pouvaient tirer, le cas échéant, des dispositions de la loi du 30 juin 2000. Bien qu'ils aient été très raccourcis depuis 2001, les délais de jugement sur ces référés continuent d'être perçus, à tort ou à raison, comme excessifs.

Enfin, comme pour le régime du sursis, certaines exigences de procédure rendent malaisé l'emploi par le préfet des demandes de suspension. A moins que l'illégalité d'un acte soit connue par avance et sa réception attendue, le délai de 10 jours pour faire recours afin d'obtenir la suspension automatique s'avère trop bref. Il ne permet pas la détection d'un acte litigieux parmi la masse des documents reçus à la préfecture qui, en matière d'urbanisme par exemple, retransmet quasi-systématiquement au service déconcentré qui procédera à l'instruction. A fortiori, la rédaction et la validation d'un recours dans ce même délai relèvent de la gageure. D'autres questions de procédure rendent délicat l'usage du référé, comme l'absence de sanction du dépassement du délai de jugement d'un mois, alors que l'acte suspendu reprend effet, ou, encore, la limitation des pouvoirs du juge des référés pré-contractuels.

III- PROPOSITIONS POUR UN RENFORCEMENT DE L'USAGE DES RÉFÉRÉS PRÉFECTORAUX

Dans certains cas, le contrôle de légalité n'a de portée que s'il empêche l'exécution de l'acte litigieux, avant que son entrée en vigueur n'emporte des conséquences irréparables ou mettant en jeu un intérêt général susceptible de dissuader le préfet de faire usage de ses prérogatives de contrôle. L'usage des procédures d'urgence permet de donner un effet très rapide à la contestation d'un acte et d'empêcher son exécution. L'absence de condition d'urgence pour un déféré permet d'obtenir, en outre, une indication forte sur la possibilité d'obtenir ou non ultérieurement l'annulation au fond en raison de l'illégalité détectée. Dans un nombre non négligeable de cas, la seule introduction du recours et de la demande en référé conduit à un retrait des délibérations

attaquées avant même l'intervention du juge[15]. D'où parfois, l'introduction par certains préfets d'un déféré sans attendre la réponse à la lettre d'observation ou le fait d'assortir systématiquement leurs déférés de demandes de sursis[16], comme il est pratiqué en Guyane depuis 2003 pour les actes relatifs au personnel.

Partant de cette analyse, la mission a étudié différentes voies susceptibles de renforcer l'efficacité des référés préfectoraux. La seule mise en œuvre des propositions qui suivent ne peut cependant suffire à développer la pratique des référés qui dépend de la stratégie globale du contrôle de légalité.

1 - L'usage par les préfets des procédures de référé de droit commun

Les hésitations des services préfectoraux quant à la base juridique susceptible de fonder les référés préfectoraux et la difficulté de manier les articles des deux codes applicables et de concilier le régime de droit commun et le régime spécial de suspension sur déféré ont conduit la mission à s'interroger sur l'intérêt d'une simplification, sans pour autant réduire les conditions dérogatoires favorables dont bénéficie le préfet.

En ce qui concerne le référé-liberté (article L 521-2 du CJA), la mission regrette que l'extension de ce référé-liberté, prévue par le projet de loi initial sur les référés en 2000, ait été écartée. Elle considère que les craintes évoquées par le Sénat d'un développement trop fort du contrôle de légalité s'avèrent démenties par la pratique prudente des préfets en la matière. Il lui paraît incohérent que le représentant de l'Etat, investi de la mission constitutionnelle du contrôle administratif et du respect des lois, dispose de moins de moyens d'action que le requérant de droit commun. Cependant, comme on l'a vu plus haut, ces différences résultent d'un choix délibéré du législateur à l'occasion d'un texte récent. Il pourrait donc être délicat de revenir sur ce débat et de courir le risque de fragiliser d'autres mesures visant au renfort de l'efficacité du contrôle de légalité.

Pour le reste, en revanche, il convient de trouver le mode d'écriture juridique le plus à même de permettre aux services préfectoraux de réagir dans l'urgence sans que de simples questions de procédure ne nuisent à l'efficacité des demandes de suspension, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte au droit des collectivités en cause.

L'article L 554-1 du code de justice administrative, relatif à la suspension sur déféré préfectoral, pourrait être complété de façon à prévoir que "Les demandes de suspension assortissant les requêtes du représentant de l'Etat dirigées contre les actes des communes sont régies par **les dispositions du code de justice administrative sous réserve des dispositions spécifiques prévues par le 3e alinéa de l'article L 2131-6 du code général des collectivités territoriales.**"

Cette solution permettrait d'éviter tout bouleversement important des textes. Elle poserait clairement que le juge dispose des mêmes pouvoirs à l'égard des référés de droit commun et des référés des préfets, par exemple pour suspendre l'exécution d'une décision de rejet ou pour modifier les mesures prises par référé, au vu d'un élément nouveau produit devant le juge. De même, il serait

[15] Ainsi, pour la majorité des arrêtés municipaux relatifs à l'interdiction de la culture du maïs transgénique ou à l'utilisation de l'insecticide Gaucho, la simple introduction d'un déféré assorti d'une demande de référé a suffit à provoquer le retrait des actes attaqués.

[16] Voir la référence faite par le professeur J.C. Hélin à la pratique consistant à déférer les marchés estimés illégaux en même temps que l'on prévient la collectivité (et donc sans attendre les échanges résultant de la lettre d'observation), la démarche ayant conduit dans les trois quart des cas les collectivités à reconsidérer leurs positions avant même le début d'exécution du marché ; (AJDA 1999, p.767 « Le contrôle de légalité des actes locaux en France : entre mise en cause et remise en ordre »).

ainsi clair que les conditions de déroulement de la procédure (articles L 522-1 du CJA et suivants) sont identiques. Ainsi, les préfets courraient moins de risque de rejet de leur demande, en raison d'une confusion d'interprétation[17].

Le cas échéant, compte tenu de ce qui a été présenté plus haut à propos du référé-liberté, la disposition proposée pourrait être énoncée sous réserve de l'article L 521-2 du code de justice administrative, si l'on souhaitait conserver en matière de libertés les particularités du déféré.

De la même manière, il serait souhaitable qu'en ces cas de référés, les préfets soient soumis aux mêmes procédures d'appel devant le Conseil d'Etat que pour la procédure de référé de droit commun, ce, contrairement à la règle qui veut que les appels formés par un préfet à l'encontre d'un jugement qui est défavorable soient formés par lui devant la Cour administrative d'appel du ressort[18]. Ceci d'une part, éviterait des hésitations sur les procédures d'appel et d'autre part, unifierait le contentieux pour des actes identiques. En outre, cela pourrait accélérer les jugements d'appel : à la différence des appels devant le Conseil d'Etat pour les référés de droit commun, les Cours administratives d'appel examinent les recours des préfets en formation collégiale et sans délai fixé par le législateur[19]. Il conviendrait donc de préciser au dernier alinéa de l'article L2131-6 du code général des collectivités territoriales que : "L'appel des jugements du tribunal administratif ainsi que des décisions relatives aux demandes de suspension prévues aux alinéas précédents, rendus sur recours du représentant de l'Etat, est présenté par celui-ci ; **dans le cas où il s'agit de demande de suspension, l'appel est formé devant le Conseil d'Etat.".**

2 - L'extension du champ des suspensions automatiques

Par une décision du 20 janvier 1993, le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité d'un dispositif de sursis automatique, en énonçant que le législateur peut rendre le contrôle de légalité plus rigoureux pour les collectivités territoriales.

Le mécanisme a cependant été censuré car voté en même temps qu'un rallongement à trois mois du délai de jugement, durée jugée excessive et contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales, dans la mesure où elle comportait le risque de suspendre la décision attaquée pendant une durée aussi longue, sans intervention du juge[20]. La loi d'orientation pour

---

[17] Voir à titre d'exemple l'ordonnance du Tribunal administratif de Lille du 10 juillet 2002 (n° 02-2443), rejetant une demande de suspension au motif que le préfet n'invoque aucune situation d'urgence, ordonnance ensuite annulée par le Conseil d'Etat.

[18] Dans une ordonnance du 6 septembre 2002 ministre de l'intérieur contre commune de Sangatte, le Conseil d'Etat a été saisi en appel sur l'ordonnance du tribunal administratif de Lille du 10 juillet 2002 : devant les incertitudes sur la procédure applicable, le ministère de l'intérieur ainsi que le préfet du Pas-de-Calais avaient, par précaution, formé appel parallèlement devant la Cour administrative d'appel. A l'occasion de cet arrêt, le Conseil d'Etat a confirmé la jurisprudence posée par son arrêt Centre de la gestion de la fonction publique territoriale du Vaucluse du 14-03-2001, suivant lequel, les préfets doivent faire appel devant les Cours des rejets de leurs demandes de référés.

[19] Voir à ce propos, les conclusions du commissaire du gouvernement de la CAA de Lyon à propos de l'arrêt rendu sur demande du préfet du Cantal contre la commune de Céloux, 28-06-2001.

[20] La voie d'un allongement du délai de jugement paraît donc délicate, tant sur le plan constitutionnel, que d'un point de vue pratique.
Voir décision CC 92-316 du 20 janvier 1993 rec. 14, (RFDA 1993 902 et 914) fondée sur le principe de libre administration locale énoncé par l'article 72 de la Constitution. : « Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'ainsi, le fait que les dispositions nouvelles soient pour l'exercice du contrôle administratif des collectivités locales plus rigoureuses que les dispositions présentement en vigueur ne saurait par lui-même être constitutif d'une inconstitutionnalité, dès lors qu'elles n'aboutissent pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; Considérant qu'aux termes de l'article 72 de la Constitution les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi" ; que les dispositions du II ci-dessus analysées ont pour effet de permettre au représentant

l'aménagement du territoire du 4 février 1995 a donc institué l'effet suspensif de la demande en certaines matières, sous réserve d'une demande introduite dans les 10 jours de la transmission de l'acte. Jusqu'alors, la procédure de suspension automatique n'existait, quel que soit le requérant, qu'en matière d'enquête publique en l'absence d'étude d'impact (loi de 1976).

Le projet de loi sur l'expérimentation des collectivités territoriales, actuellement devant les assemblées parlementaires, prévoit en outre d'étendre le champ actuel d'application à tous les actes pris en vertu de l'autorisation d'expérimentation. La mission s'est interrogée sur l'opportunité d'aller plus loin dans le sens de cette extension pour la mise en œuvre de nouvelles compétences pendant un délai de deux ans suivant le transfert, à l'exemple de la disposition déjà envisagée en matière d'expérimentation. Elle pourrait contribuer à une relative homogénéité pour l'application des obligations législatives encadrant les transferts. Elle comporterait cependant le risque de paraître jeter la suspicion sur l'action des collectivités territoriales dans ces nouveaux domaines. Pour cette raison, la mission ne propose pas d'approfondir une telle hypothèse.

En revanche, l'extension du régime de la suspension automatique au domaine des actes de police administrative, en particulier pour la mise en œuvre du référé-liberté paraît moins délicate à instituer et sa logique peu discutable. En effet, le référé en matière de liberté, réservé aux actes de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ne fait l'objet d'aucun dispositif de sursis automatique, mais seulement d'un délai de jugement fixé à 48 heures en première instance, délai dont le dépassement n'est par ailleurs pas sanctionné. On peut s'étonner qu'en cette matière, où l'urgence est reconnue par le législateur, le préfet ne dispose pas de moyens d'action plus efficaces et propres à prévenir toute conséquence irrémédiable. **La mission estime par conséquent qu'il serait utile de compléter le 5e alinéa des articles L 2131-6, L 3132-1 et L 4142-1 du code général des collectivités territoriales pour y préciser que la demande de suspension présentée par le représentant de l'Etat en matière de liberté publique ou individuelle entraîne la suspension automatique de l'acte.**

3 - L'allongement du délai de recours pour obtenir la suspension automatique

Le délai de 10 jours à compter de la réception de l'acte pendant lequel le préfet peut faire une demande de suspension dont l'effet est immédiat est jugé par les services préfectoraux comme trop bref pour permettre l'exercice d'un déféré. Son rallongement de quelques jours pourrait sans doute s'envisager et faciliter l'action des services, mais sans dépasser un délai tel qu'il remettrait en cause la libre administration des collectivités territoriales. Si la constitutionnalité de la suspension automatique a été clairement validée, dans son principe, par le Conseil constitutionnel, elle ne peut néanmoins, comme on l'a vu, avoir pour effet de restaurer une quasi-tutelle sur l'action des collectivités locales. En outre, un rallongement excessif serait susceptible de poser des difficultés pratiques importantes, dans la mesure où l'acte aura plus vraisemblablement commencé à être exécuté.

Pour ces raisons, **la mission préconise d'allonger le délai du recours provoquant une suspension automatique, mais sans excéder 20 jours.**

---

de l'Etat de provoquer à tout moment, jusqu'à ce que le juge administratif ait statué définitivement sur le recours en annulation, la suspension, pendant un délai de trois mois, des actes des collectivités locales dans des domaines importants relevant de leurs compétences en interrompant, le cas échéant, leur mise en oeuvre ; qu'elles privent ainsi de garanties suffisantes l'exercice de la libre administration des collectivités locales prévu par l'article 72 de la Constitution ; que dans la mesure où les dispositions du I ont été introduites par le législateur en vue de l'application du II, il y a lieu de déclarer l'article 83, dans son ensemble, contraire à la Constitution ».

4 - Les référés pré-contractuels

Il apparaîtrait également utile de trouver une solution pour le cas d'un référé pré-contractuel introduit avant la signature du marché, lorsque celle-ci intervient dans le laps de temps, même court, que prend le juge pour statuer, car le juge ne peut que rejeter purement et simplement la demande sans pouvoir prononcer dans le même temps la suspension[21].

Pour y remédier, il pourrait être prévu à la fin du 3e alinéa de l'article L 551-1 du code de justice administrative que : "**Lorsque le contrat en cause est signé avant même que le juge des référés, dûment saisi, ait pu se prononcer, la demande présentée par le représentant de l'Etat est examinée sur la base de l'application de l'article L 554-2.**" . Ce dernier article est celui relatif au mécanisme de la suspension automatique.

***

L'ensemble des propositions de modification législative présentées ci-dessus ne vise qu'à la stricte amélioration des règles de procédures. Elles pourraient contribuer à faciliter l'usage des référés par les préfets, mais en aucun cas constituer le principal vecteur du développement de telles pratiques. S'il était jugé bon de maintenir l'équilibre juridique actuel, de telles dispositions pourraient paraître lourdes à mettre en œuvre au regard de l'objectif. En revanche, si l'approfondissement de la décentralisation et la réorientation du rôle de l'Etat rendaient nécessaires de redéfinir les méthodes du contrôle de légalité, les propositions précitées trouveraient leur complète utilité. La simplification des procédures et le renforcement de leur efficacité viendraient alors en accompagnement d'un message plus large sur la stratégie du contrôle de légalité, dont la portée serait soulignée par la modification de la loi.

Sur un plan non législatif, une action peut en tout état de cause être menée, visant à rappeler aux services les conditions d'usage des procédures d'urgence et leur intérêt pratique à l'appui des déférés préfectoraux.

5 - Le rappel des conditions juridiques et de l'intérêt des référés à l'appui des déférés préfectoraux

La loi du 30 juin 2000 a fait l'objet d'une circulaire du ministre de l'intérieur aux préfets[22] leur exposant les principes de la réforme, mais, à l'exception du passage sur le « référé-injonction », encore dénommé «référé-libertés fondamentales», aucun développement n'y est spécifique au déféré préfectoral et l'ensemble concerne en premier lieu la défense de l'administration au contentieux. Or, comme il a pu être constaté par la mission, les services préfectoraux ont eu des hésitations juridiques, mettant en échec certaines demandes de référé. De la même manière, les services déconcentrés paraissent peu au fait des moyens d'action en urgence qu'offre la procédure ou doutent de leur efficacité.

La mission préconise donc qu'une **circulaire interministérielle**[23] qui couvre l'ensemble du champ des référés préfectoraux, puisse être diffusée aux préfets et à l'ensemble des services déconcentrés pour leur rappeler l'intérêt de la procédure et leur préciser les fondements juridiques reconnus comme seuls valables par la jurisprudence.

---

[21] CE sect. 3-11-1995 CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées.
[22] Circulaire NOR INT D 0000301C du 22-12-2000.
[23] Pour le ministère de l'intérieur la circulaire devrait associer les deux directions DGCL et DLPAJ.

Ce rappel des textes et des objectifs généraux des déférés préfectoraux pourrait prendre sa place dans une circulaire de portée plus générale sur le contrôle de légalité, reprenant notamment les autres points que la mission interministérielle examine par ailleurs.

En ce qui concerne l'intérêt du recours au référé, l'usage du référé fait partie de la stratégie de contrôle, dont la mission rappellera par ailleurs l'importance et la nécessité de l'impulser au niveau national. Il mérite une mention particulière dans la mesure où du plus ou moins grand recours au référé dépend l'efficacité du déféré en ce qu'elle empêche l'exécution de l'acte attaqué.

Les conditions d'utilisation du référé supposent en outre une organisation de la gestion des flux des arrivées d'actes permettant la détection rapide des dossiers les plus urgents à traiter et leur analyse dans des délais compatibles avec les procédures et avec l'intérêt d'une demande de suspension. De même, l'efficacité commande sans doute une meilleure organisation de l'alerte sur les dossiers jugés sensibles et détectés en amont, par exemple à l'occasion de la participation des fonctionnaires de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et des fraudes (DDCCRF) aux commissions d'appel d'offre des marchés publics.

Les fonctionnaires chargés des services du contrôle de légalité rencontrés par la mission connaissaient parfois peu ou mal les possibilités de recours en urgence et les moyens à la disposition des préfets pour éviter la réalisation d'actes litigieux. Cette carence contribue au faible nombre de propositions faites en ce sens aux autorités préfectorales.

En premier lieu, des précisions juridiques doivent être apportées. Il devrait être ainsi clairement rappelé que toute demande de suspension présentée par un préfet doit se fonder, en l'état actuel du droit, sur les articles L554-1 à 3 du code de justice administrative qui eux-mêmes font référence notamment aux articles L 2131-6, L 3132-1 et L 4142-1 du code général des collectivités territoriales et précisent les conditions spécifiques du régime juridique des déférés préfectoraux assortis de demande de suspension.

En second lieu, sur la base de ces rappels généraux et particuliers sur le droit applicable, devraient se tenir des formations. Celles qui se sont en effet déjà tenues paraissent, en la matière, avoir jusqu'à présent surtout concerné les services du contentieux chargés dans les préfectures d'assurer la défense de l'Etat.

LE CONTRÔLE BUDGÉTAIRE

Dans le cadre de la mission interministérielle sur le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire, une analyse spécifique du contrôle budgétaire a été conduite afin d'esquisser des propositions d'amélioration des outils et des pratiques.

La présente note évoque le cadre juridique du contrôle budgétaire, souligne la nécessité de remédier à certaines faiblesses de la pratique du contrôle et trace les perspectives d'une amélioration des outils. Les questions d'organisation sont développées dans une autre note portant sur l'ensemble des questions d'organisation abordées par la mission.

I - LE CADRE JURIDIQUE DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE N'APPELLE PAS DE REFONTE PROFONDE

Contemporaine de la décentralisation, la procédure a atteint une forme de maturité, ce qui plaide pour la stabilité du cadre juridique.

1 - La procédure en vigueur a été pour l'essentiel fondée en 1982

Les actes budgétaires des collectivités locales et de leurs établissements publics locaux (sauf les hôpitaux soumis à des procédures particulières...) sont soumis aux procédures spéciales prévues par les articles 7 à 13 de la loi du 2 mars 1982 codifiées dans le code général des collectivités territoriales (article L.1612-1 à L.1612-20 du C.G.C.T.).

Le contrôle budgétaire s'exerce a posteriori et a pour but le respect des règles applicables pour l'élaboration et l'exécution des budgets. Il implique l'intervention combinée du préfet et de la chambre régionale des comptes (C.R.C.). La C.R.C. assure un rôle de conseil du préfet. Ce dernier arrête les mesures nécessaires, règle le budget et le rend exécutoire.

Le contrôle du respect des règles budgétaires porte sur la date de vote du budget primitif, l'équilibre réel du budget, les déficits constatés après l'exécution du budget et l'inscription des dépenses obligatoires.

Son but est de s'assurer de l'équilibre durable des comptes des collectivités locales et de mettre en œuvre des processus efficaces et rapides de retour à l'équilibre des collectivités locales en difficulté.

2 - La répartition des saisines des C.R.C. au titre du contrôle budgétaire est très variable selon les régions

En 2001, la C.R.C. de Guadeloupe-Guyane-Martinique a reçu 24 % des 1015 saisines, au regard de 9 % en P.AC.A., 8 % en Rhône-Alpes et en Midi-Pyrénées, et 1 % ou moins en Alsace, Bretagne, Limousin et Pays-de-la-Loire.

La moitié des saisines concernent la non-inscription des dépenses obligatoires.

3 - Les atouts du contrôle budgétaire sont nombreux

3-1) Dans le rapport d'activité 2002 des juridictions financières est dressé un bilan de l'intervention des Chambres régionales des comptes en matière de contrôle budgétaire

La Cour y souligne notamment qu'en cas de budget adopté en déséquilibre, « les difficultés financières concernent toutes les catégories de collectivités » ;

qu' « un redressement conséquent est obtenu dès les premières propositions des juridictions financières » ;

et qu'en cas de compte administratif déficitaire, « les retours à l'équilibre sont atteints sans trop augmenter la fiscalité ».

3-2) Les jugements recueillis par la mission sur le contrôle budgétaire des collectivités sont très convergents

- La procédure de saisine de la C.R.C. est rapide.

Le contrôle budgétaire apparaît comme une procédure maintenant dépassionnée, objective, neutre et protectrice.

La procédure permet une bonne -voire dans certains cas très étroite- collaboration entre la C.R.C. et le préfet.

Les différences d'appréciation entre les préfectures et les C.R.C. sont assez rares.

On cite néanmoins certains sujets de principe non tranchés, notamment la notion de ressources propres de la section d'investissement permettant le remboursement du capital des emprunts.

La relation entre le préfet et la collectivité est le plus souvent sereine : le souci des élus est généralement de retrouver rapidement leur entière autonomie.

Les collectivités ne cherchent pas, le plus souvent, à renoncer à leur responsabilité, sauf dans le cas très particulier de présentation en déséquilibre du compte administratif après un changement de majorité. Au total, la plupart des interlocuteurs de la mission ont souligné la maturité atteinte désormais par le dispositif de contrôle budgétaire et notamment l'autorité acquise par les C.R.C.

Ce bilan général ne signifie pas que les mesures de redressement retenues par les préfets soient dans tous les cas faciles ou à effet immédiat. Il atteste cependant de la prise en compte dans les textes (par exemple la loi A.T.R. du 6 février 1992) ou dans les pratiques des leçons tirées des graves difficultés financières rencontrées notamment par certaines collectivités à la fin des années 80.

- Les perspectives d'amélioration concernent surtout la pratique du contrôle, notamment la rapidité de détection, voire la capacité d'anticipation des difficultés financières des collectivités (cf. infra II).

En effet, la masse des documents à contrôler rend indispensable une stratégie du contrôle reposant sur de vraies priorités.

Le temps à consacrer par les services de l'Etat au contrôle budgétaire est mesuré.

Les contrôles sont concentrés dans le temps, notamment en mars-avril, même si

les grandes collectivités tendent à voter leur budget plus tôt ; ce phénomène de concentration est accentué par la pratique croissante de vote concomitant du budget annexe et du compte administratif (25 % des cas dans les Bouches-du-Rhône), pratique permettant une meilleure cohérence du contrôle. Le suivi des décisions modificatives est jugé délicat. Les saisines de la C.R.C. sont rares sur ce type d'acte.

4 - Les élus, comme les fonctionnaires, rencontrés par la mission ont exprimé le souhait d'une stabilité du cadre juridique

La loi du 21 décembre 2001 sur les chambres régionales des comptes a complété, après un large débat, le dispositif législatif, rendant peu pertinentes d'autres modifications du mode d'intervention des C.R.C. à brève échéance.

Sont parfois évoquées, mais souvent sur un mode mineur :

- l'extension de un à deux mois du délai de contrôle des budgets primitifs ; cela constituerait une amélioration utile des conditions concrètes du contrôle ;
- la possibilité de conférer un caractère suspensif à la lettre d'observation ; cette modification, qui n'est pas en cohérence avec l'esprit de la procédure de contrôle budgétaire, n'est pas suggérée par la mission.

Une des lacunes des textes, soulignée par les interlocuteurs de la mission concernait la notion d'équilibre budgétaire réel qu'il importait de préciser. Plus généralement, une utile clarification est en cours entre la D.G.C.L. et la Cour des comptes, portant sur plusieurs concepts.

II - PLUSIEURS FAIBLESSES DE LA PRATIQUE DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE DOIVENT ÊTRE CORRIGÉES

Plusieurs faiblesses peuvent être soulignées concernant l'insuffisance de la détection des situations financières critiques, la réactivité du contrôle, l'approche de la sincérité budgétaire, la faiblesse de la consolidation des comptes et l'appréhension des engagements des collectivités dans les S.E.M.L.

1 - L'insuffisance de la détection des situations financières critiques des collectivités

1-1) Le réseau d'alerte « Intérieur-Finances », récemment rénové, mérite d'être complété

La refonte en 2001 du réseau d'alerte a constitué un progrès indéniable en évitant les fausses alertes.

Il importait d'améliorer le dispositif, mis en place en 1993, qui avait plusieurs limites sérieuses :

- le mode centralisé de traitement des comptes qui allongeait les délais ; désormais est recherché le traitement local le plus précoce possible ;
- le trop grand nombre d'indicateurs et de seuils, au demeurant différents entre la direction générale de la comptabilité publique (D.G.C.P). et la direction générale des collectivités locales (D.G.C.L).

Le réseau d'alerte fait désormais appel à quatre ratios dont trois apparaissent robustes : le coefficient d'autofinancement courant, la rigidité des charges structurelles et le surendettement. Reste un élément de faiblesse : le coefficient de mobilisation du potentiel fiscal. Cet indicateur imparfait est un instrument de mesure contestable de la pression fiscale locale. Il confond l'imposition pesant sur les particuliers et celle pesant sur les entreprises.

Sa signification est limitée car la comparaison des taux suppose que ces taux s'appliquent à des bases représentatives, ce qui est loin d'être le cas et n'est pas adapté aux intercommunalités à taxe professionnelle unique. En outre, il néglige certaines impositions significatives, telle la taxe d'enlèvement des ordures ménagères. S'il est compréhensible que, faute de mieux, cette donnée soit encore utilisée, il importe de construire un nouvel indicateur.

Le réseau d'alerte reste un outil interne aux préfectures et aux trésoreries générales permettant de sensibiliser, de manière confidentielle, les collectivités par des démarches différenciées selon l'ampleur des difficultés. Cette confidentialité est le plus souvent respectée, ce qui est déterminant pour le bon usage de la procédure. Selon la gravité des constatations, une gradation des interventions est pratiquée : intervention du receveur municipal seul, intervention du receveur municipal appuyée par la trésorerie générale, mise en garde solennelle par le préfet et le trésorier-payeur général.

Il importe désormais d'inclure dans le réseau d'alerte les établissements publics de coopération intercommunale (E.P.C.I.). Les collectivités des départements d'Outre-mer (D.O.M) devraient également entrer dans le réseau d'alerte en adaptant éventuellement certains indicateurs.

Il convient aussi de corriger deux faiblesses méthodologiques :

- la non prise en compte des comptes annexes ;
- et le caractère non prospectif des données du réseau d'alerte.

L'amélioration de l'outil passe aussi par le remplacement de l'outil SCORE par certaines fonctions de l'infocentre qui sera développé dans le cadre du programme Hélios.

1-2 - La qualité de l'analyse des difficultés financières des collectivités reste hétérogène

L'analyse financière rétrospective s'affirme progressivement comme un instrument privilégié de l'action de conseil aux collectivités locales du Trésor public.

Dans ce domaine, l'implication des trésoriers (receveurs municipaux) est très variable au sein même d'un département.

Cette hétérogénéité des conditions d'intervention des chefs de poste du Trésor public appelle une action d'animation accrue de la part des trésoriers-payeurs généraux.

Le Trésor public développe résolument, mais non sans difficulté, la réalisation d'analyses financières des collectivités.

Ces analyses sont donc en priorité effectuées sur les collectivités détectées par le réseau d'alerte.

1-3 - Les analyses prospectives sont peu nombreuses

Les comptables du Trésor entament désormais, avec une intensité très variable selon les départements, la démarche d'analyse prospective.

L'étape à venir, indispensable, consiste à doter les Préfectures et les services du Trésor public d'un outil prospectif permettant de prévoir et, si possible, de prévenir les crises financières des collectivités territoriales. Au demeurant, outre une rénovation des outils, cette démarche suppose un véritable changement culturel, car une analyse prospective réussie doit être enrichie par une participation active de la collectivité.

2 - La réactivité du contrôle budgétaire est parfois insuffisante

Dans certains départements, l'alerte vient trop tard ; la perte de temps accentue alors les effets de l'absence d'éléments prospectifs.

Dans certaines situations, notamment les plus tendues, les conséquences ne sont pas tirées assez vite, ni assez vigoureusement d'une situation budgétaire dégradée.

Certaines préfectures (situation relevée notamment en Guyane) ne bloquent pas les recrutements des collectivités dont le budget en déficit est soumis à la C.R.C., faute d'un tableau d'effectifs, alors qu'une bonne administration imposerait de ne plus recruter.

Cette situation tient à la fois à une timidité vis-à-vis de l'ordonnateur local, surtout s'il s'agit d'une collectivité de taille significative, et à l'absence du bon usage des mécanismes d'alerte pour une appréciation précoce de l'ampleur des difficultés.

De ce point de vue, il est souhaitable que le contrôle budgétaire soit davantage éclairé et préparé par le contrôle de légalité de certains actes à conséquence budgétaire significative (délégations de service public, garanties des emprunts contractés notamment par des organismes de logement social) et par les signaux d'alerte envoyés par les comptables.

3 - La difficile approche de la sincérité budgétaire

La plupart des agents rencontrés par la mission dans les préfectures ont exprimé leur difficulté à apprécier la sincérité des budgets qu'ils ont à examiner.

Cette difficulté contribue à expliquer que, dans plusieurs départements, les services privilégient l'analyse des comptes administratifs au détriment de celle des budgets jugés moins fiables. Cette approche est évidemment une source de retard dans l'appréhension concrète des difficultés d'une collectivité.

La pertinence du rattachement des charges et produits à l'exercice est difficile à cerner.

Dans les départements comptant un grand nombre de collectivités en difficulté, un effort particulier est exercé afin de cerner les restes à réaliser.

Cependant, pour les charges restant à payer, l'analyse pâtit particulièrement de l'absence ou de la médiocrité de la comptabilité des engagements, mais aussi de l'insuffisance des rapprochements avec le comptable du Trésor ; celui-ci est en effet à même de donner des indications utiles, notamment sur l'ancienneté des factures.

Il est à noter que, dans des situations complexes, la C.R.C. procède à une circularisation des données auprès des tiers.

Les engagements « hors bilan » des collectivités sont mal recensés dans leur comptabilité et très mal connus des services de l'Etat (Guyane).

4 - La faiblesse de la consolidation des comptes des collectivités locales

Il est rare de pouvoir bénéficier de données consolidées alors même que la multiplication des structures satellites et des comptabilités annexes rend une approche consolidée indispensable afin d'apprécier les risques.

La direction générale de la comptabilité publique a entamé une démarche pour « une approche consolidée des données financières des collectivités locales ».

Le propos est de parvenir à une consolidation des données comptables concernant dans une première étape le budget principal et les budgets annexes de la collectivité, puis dans une étape ultérieure une consolidation comptable plus large allant au-delà du premier cercle. Cette approche a l'ambition d'enrichir l'analyse des risques et l'agrégation des données financières.

Cette démarche, conceptuellement très intéressante devra déboucher sur des outils faciles d'emploi, notamment par le réseau du Trésor public, et mis à la disposition des préfectures.

5 - Les conséquences des engagements des collectivités dans les sociétés d'économie mixte locales (S.E.M.L.) sont très mal appréhendées

Les S.EM.L. font, sauf exception, l'objet de peu de suivi par les services de l'Etat.

Depuis la loi n° 83-597, le préfet n'est plus commissaire du gouvernement des S.E.M.L.

Les services du Trésor public se sont, en particulier, largement désengagés de ce secteur, après que la première décentralisation ait mis fin au rôle de commissaire aux comptes des S.E.M.L. des Inspecteurs principaux du Trésor.

La mise en œuvre de la loi 2002-1 qui a clarifié le régime juridique des S.E.M.L doit être l'occasion pour les services de l'Etat de réinvestir ce terrain.

La possibilité ouverte aux collectivités d'allouer des apports en compte courant d'associé, comme celle, désormais, d'accorder des subventions «destinées à des programmes d'intérêt général » appellent une vigilance renouvelée de la part de l'Etat.

Le préfet dispose d'un certain nombre d'outils en la matière :

- le contrôle de légalité sur les actes des collectivités actionnaires ;
- la possibilité pour les Préfets de demander à la C.R.C. un examen de gestion de la S.E.M.L. ;
- la possibilité de saisine de la C.R.C. si une délibération d'une S.E.M.L. est « de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque

encouru par la ou les collectivités ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société ».

Cette procédure rapide donne l'occasion d'un examen critique de la part de la C.R.C.

Elle mériterait d'être davantage utilisée.

Plus généralement, le suivi des sociétés d'économie mixte locales (S.E.M.L.) doit être l'objet d'une collaboration renforcée entre la préfecture et la trésorerie générale.

Certains interlocuteurs de la mission ont exprimé le souhait de la création d'un véritable réseau d'alerte des S.E..M.L. Un tel réseau devrait distinguer, en opérant une cotation des risques distincte, les S.E.M.L. d'aménagement des S.E.M.L. de gestion, compte tenu des caractéristiques différentes de chacune des ces catégories.

Ce domaine constitue un des principaux sujets de préoccupation relevés par la mission, compte tenu des risques potentiels lourds, parfois proportionnellement très lourds s'agissant de communes petites ou moyennes.

Un chantier interministériel devrait être rapidement ouvert afin de définir des ratios prudentiels tenant compte des caractéristiques des opérations effectuées par les S.E.M.L. pour le compte des collectivités locales et de constituer une base de données nationales. Il s'agit bien de fonder une méthodologie nouvelle adaptée à la forme juridique et à la nature économique des S.E.M.L.

III – IL IMPORTE D'AMÉLIORER LES OUTILS UTILES POUR LE CONTRÔLE BUDGETAIRE ET LA TENUE DES COMPTES DES COLLECTIVITÉS LOCALES

Plusieurs pistes sont envisageables en termes d'outils et de mode de coopération entre les acteurs pour améliorer l'exercice concret du contrôle budgétaire et la qualité de la tenue des comptes par les comptables.

1 - Améliorer l'exercice du contrôle budgétaire

1-1) Automatiser certains contrôles

C'est le sens du module de contrôle budgétaire, développé par la D.G.C.P. en collaboration étroite avec la D.G.C.L., dans le cadre du projet HELIOS, projet de refonte des applications destinées à la tenue des comptabilités des collectivités et établissements publics locaux et à la mise en œuvre d'outils de valorisation comptable et financière.

Ce module sera, à partir de 2005, à la disposition des préfectures pour faciliter les contrôles réalisés à l'occasion du contrôle budgétaire. Il devra permettre, en particulier, une transmission des fichiers en temps utile pour le contrôle. Il s'agit de la création, au-delà des contrôles de cohérence nécessaires à l'exécution budgétaire, prévus initialement dans HELIOS, de modules évolutifs permettant des contrôles spécifiquement budgétaires. A terme, sera ainsi disponible un véritable système expert de contrôle.

Au préalable, il serait utile de recenser dans leur souci de mutualisation, les outils d'analyse développés dans certaines préfectures (par exemple les Yvelines).

1-2) Simplifier l'usage des maquettes budgétaires

Le groupe de travail élus-administration, piloté par la D.G.C.L., doit s'y attacher afin de répondre à des critiques de l'application concrète de la M 14. L'enjeu est de trouver un équilibre raisonnable entre la nécessité de pouvoir disposer d'informations complètes notamment à des fins statistiques et l'impératif de doter les collectivités d'outils simples à manier. Dans ce domaine, il importe après une période de rodage, de privilégier la stabilité des définitions. En revanche, est souhaitée l'élaboration d'un document extrait de la maquette. L'essentiel est de privilégier des solutions pragmatiques sans se perdre dans des débats de spécialistes.

1-3) Afin de s'attacher à l'essentiel, certains aspects du contrôle budgétaire gagneraient à être allégés

- Le contrôle sur les établissements publics locaux d'enseignement (E.P.L.E.) mérite d'être allégé (cf. la note spécifique sur les E.P.L.E.) ; la mission n'a, au demeurant, relevé qu'un cas de saisine de la C.R.C. en matière d'E.P.L.E. (pour inscription d'office d'une dépense obligatoire au budget d'un lycée-collège).

- Le contrôle spécifique, sur les associations syndicales autorisées de propriétaires (A.S.A.) établissements publics administratifs non rattachés à une collectivité territoriale et régis par la loi du 21 juin 1865, qui mobilise en particulier les préfectures des départements littoraux, devrait être fortement allégé, voire plus opportunément supprimé à l'occasion de la refonte de leur régime juridique par ordonnance sur le fondement de l'article 12 de la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit par ordonnance du 2 juillet 2003.

2 - Améliorer la qualité des comptes des collectivités locales

2-1) Approfondir la démarche partenariale avec les collectivités territoriales

Les services du Trésor public cherchent à mener une action de fond dans ce domaine en prenant appui sur l'acquis des nouvelles instructions comptables, notamment la M 14 pour les communes.

C'est notamment le sens des démarches partenariales conduites entre le Trésor public et certaines collectivités (charte de partenariat avec les collectivités).

A l'avenir, d'une manière plus ambitieuse, la convention de service financier et comptable avec les grandes collectivités vise à :

- un rapprochement des services gestionnaires et comptables ;
- une reconfiguration complète des chaînes administratives de la dépense et du recouvrement ;

- la mise en place de mécanismes spécifiques garantissant une meilleure sincérité des comptes : état de l'actif, rattachement des charges et produits à l'exercice, prise en compte plus complète des amortissements, consolidation des comptes et des risques.

Cette démarche, très complexe, est sans doute de nature à permettre de progresser pour certains chantiers difficiles, comme l'amélioration de la comptabilité des engagements.

2-2) Donner un nouveau cadre de référence pour les comptables du Trésor

Cela suppose notamment de redéfinir les contrôles qui incombent au comptable et d'adapter certaines règles comptables pour améliorer la sincérité des comptes.

Les comptables du Trésor doivent développer le contrôle des comptes en cours d'exercice et les diversifier au stade du visa sur chiffres.

Par ailleurs, l'amélioration des conditions d'élaboration et du contrôle de l'état de l'actif est indispensable.

Il est en effet nécessaire d'améliorer la connaissance qu'ont les comptables du patrimoine de la collectivité. Le développement des intercommunalités (les immobilisations dévolues aux établissements publics de coopération intercommunale (E.P.C.I.) sont souvent mal évaluées) renforce cette exigence.

Les contrôles des comptes de passif (notamment la dette) doivent être adaptés pour mieux cerner les engagements des collectivités.

2-3) Mieux adapter les modes de travail du Trésor public au développement des intercommunalités

Il convient à la fois de doter les acteurs d'instruments d'analyses et de prévision adaptés, mais aussi d'adapter le réseau des receveurs municipaux à la carte des nouvelles intercommunalités. La complexité des questions en cause relatives à la constitution des intercommunalités le commande particulièrement.

2-4) Développer le pilotage des comptables du Trésor par la trésorerie générale en matière de finances locales afin d'homogénéiser leurs pratiques

C'est le sens de la démarche, qu'il convient d'accentuer, de création de cellules animation ou de la constitution d'une cellule dite de valorisation des comptes constituée à la Trésorerie générale du Rhône.

2-5) Constituer un pôle d'appui aux comptables du Trésor en matière de contrôle budgétaire d'ingénierie financière (notamment le suivi de la dette)

Ce pôle national d'appui pourrait aussi intervenir au profit d'autres services de l'Etat.

L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Au cours de ses déplacements, entretiens et travaux, la mission interministérielle a abordé de façon systématique la question de l'organisation administrative du contrôle de légalité, question centrale dont dépendent bien des aspects de ce contrôle : capacité à traiter correctement la quantité d'actes à contrôler, qualité et homogénéité de ce traitement, possibilité de recourir à une expertise compétente et rapide pour les dossiers les plus complexes. Du point de vue de la réforme de l'Etat, le contrôle de légalité est un terrain approprié pour améliorer la capacité des institutions déconcentrées à coopérer et à fournir, ainsi, dans des conditions budgétaires plus satisfaisantes, une prestation appréciée par les collectivités locales, dans le respect des lois exigé par la Constitution.

Le principal constat qui résulte de cette étude est celui de l'hétérogénéité fondamentale des types d'organisation administrative retenus pour exercer le contrôle de légalité (I). Elle est, dans une certaine mesure, acceptable si elle correspond à une vraie politique définie localement par le représentant de l'Etat ; elle est plus discutable lorsqu'elle provient d'habitudes administratives non validées et peu codifiées. C'est pourquoi, sans remettre en cause les prérogatives du représentant de l'Etat dans l'organisation d'un contrôle qui lui est directement confié, la mission formule quelques préconisations qui pourraient en faciliter l'exécution et l'acceptation par les collectivités (II).

I - L'HÉTÉROGÉNÉITÉ FONDAMENTALE DES TYPES D'ORGANISATION ADMINISTRATIVE

Sans prétendre à l'exhaustivité, la visite par la mission d'un échantillon d'une douzaine de départements a fourni des indications édifiantes sur la variété des solutions retenues pour exercer le contrôle de légalité.

Parmi les points de stabilité, l'intervention des sous-préfectures dans le traitement des dossiers de contrôle de légalité relevant de l'arrondissement est observée de façon quasi générale. Il en résulte pourtant, compte tenu du degré important d'autonomie dont disposent les sous-préfectures, des déséquilibres qui peuvent affecter des communes voisines ou situées dans des arrondissements voisins. Telle mesure de gestion de fonction publique territoriale ou tel acte d'urbanisme qui « passe » sans problème au contrôle de légalité de cette sous-préfecture fera l'objet d'une lettre d'observation ou d'un recours gracieux, parfois d'un contentieux devant le tribunal administratif, à l'initiative d'une autre sous-préfecture.

Cette critique revient comme un *leitmotiv* au cours des entretiens avec les élus locaux, qui supportent difficilement les différences de traitement et se sentent directement, voire personnellement visés par les recours intentés contre les actes des collectivités qu'ils gèrent - personnalisation qui rend d'autant moins admissibles les disparités du contrôle. Encore faut-il souligner que, de façon tout aussi récurrente, les élus ou associations d'élus affirment apprécier dans la très majorité des cas - et on s'approcherait de l'unanimité dans le cas des petites

collectivités - le service rendu par le même service de contrôle de légalité des sous-préfectures qui conseille, prévient, rassure les collectivités dans un rôle de tutorat et peut même, dans quelques cas, rappeler l'ancienne tutelle.

Le contrôle de légalité sur les actes de la région, exercé le plus souvent par les services du secrétaire général aux affaires régionales (S.G.A.R.) mériterait une étude spécifique que la mission n'a pas pu matériellement conduire sur l'ensemble des préfectures de région. Le sentiment prévaut, sur les six préfectures de région visitées, que le contrôle des actes de la région n'est pas exercé, et que la « culture administrative » des SGAR ne les pousse guère dans cette direction.

Les relations entre préfecture et services déconcentrés de l'Etat offrent l'exemple le plus net des disparités d'organisation administrative. C'est probablement la direction départementale de l'équipement (DDE) qui est la plus généralement mise à contribution pour l'exercice du contrôle de légalité, compte tenu de sa compétence technique, entretenue par sa participation à l'élaboration de certains documents ou actes individuels d'urbanisme.

Apparaît alors toute la palette des situations de coopération : tantôt le contrôle est très largement délégué à la DDE, la préfecture se contentant d'entériner les analyses de ce service et les recours proposés ; tantôt, à l'inverse, la préfecture effectue le même travail que la direction et applique les mêmes critères de priorités, ce qui conduit à d'inévitables divergences d'analyse, éventuellement à des conflits ; entre les deux situations se pratique la répartition des rôles, soit géographique – selon les arrondissements – soit thématique, lorsque la préfecture examine les conditions de forme (la légalité externe) et la DDE le fond du dossier (la légalité interne). Parfois la DDE centralise les dossiers à examiner - c'est le cas général - parfois il peut arriver que les subdivisions reçoivent ceux de leur ressort. Parfois une lettre de mission du préfet formalise la répartition des rôles, parfois non. Parfois (rarement) le service est avisé des suites données aux dossiers, le plus souvent il reste dans l'incertitude, ce qui est source de frustration et le prive d'orientation.

A l'opposé des services de l'équipement, ceux des directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS) offrent l'illustration d'une absence de travail en commun avec ceux de la préfecture. Tout à fait flagrant dans le domaine des marchés publics des établissements de santé, que la mission s'était vue désigner expressément comme domaine d'étude, ce constat se retrouve pour les autres domaines du contrôle.

Entre ces deux situations se retrouve toute la gamme des partenariats possibles, depuis l'autonomie quasi-totale des autorités académiques (éducation nationale et enseignement agricole) qui parfois, reçoivent directement les actes des établissements publics locaux d'enseignement et les « corrigent » comme sous l'ancien régime de tutelle, jusqu'à la coopération à géométrie variable des services de la concurrence ou du trésor public, tantôt collaboration renforcée et confiante, tantôt participation lointaine et à contrecœur.

II – LES PRECONISATIONS DE LA MISSION

Les préconisations de la mission sont de quatre ordres : encourager l'amélioration de la qualité des actes, moderniser le traitement, améliorer l'expertise, enfin restaurer la cohérence du contrôle de légalité.

1) Encourager l'amélioration de la qualité des actes

Le contrôle de légalité porte, par nécessité, sur une partie seulement des actes transmis. En amont, l'amélioration de leur qualité représente donc un objectif essentiel et il convient, dans cette perspective, de veiller à la fiabilité de leur processus d'élaboration.

Lorsque les services déconcentrés de l'Etat participent à cette élaboration, comme c'est le cas des DDE pour de très nombreuses communes en matière d'urbanisme, il est souhaitable d'encourager le développement de démarches de qualité menées en interne pour rendre la prestation de services la plus fiable possible, notamment sur le plan juridique.Un certain nombre de DDE ont, d'ores et déjà, engagé ce type d'action pour l'application du droit des sols, domaine qui appelle un développement de la fonction d'animation nationale.

Au-delà, on pourrait utilement favoriser la mise en place d'un contrôle de qualité mené, dans une logique de certification, par des organismes extérieurs (du type de l'association française d'assurance qualité - AFAQ), à la fois pour les collectivités qui seraient volontaires et, dans le cas particulier de l'urbanisme, pour les services de l'Etat participant à l'élaboration des actes. La mission propose que, dans un premier temps, une expérimentation soit menée dans quelques départements de manière à mesurer les avantages et les contraintes de cette approche.

Les garanties ainsi apportées quant à la fiabilité de la démarche en amont seraient naturellement prises en considération dans la conduite du contrôle de légalité, qu'elles contribueraient à sécuriser et à alléger.

Sur un autre plan, il est souhaitable d'encourager le développement de certaines actions d'information menées par les préfets auprès des maires, à travers, par exemple, des lettres périodiques éclairant les situations présentant des risques juridiques.

2) Moderniser le traitement

Avant même d'être un enjeu juridique et politique, le contrôle de légalité est une question d'organisation administrative complexe en raison de la masse des actes à traiter et de leur diversité (8 millions en 2002). Certes, le nombre d'actes reçus par le préfet pourrait décroître d'une bonne moitié si les préconisations de la mission relatives à la réduction de la liste des actes à transmission obligatoire étaient retenues. Toutefois, une décentralisation accrue fera immanquablement repartir à la hausse le volume des actes transmis et, à ce titre, la réforme présentée par la mission ne serait qu'un moyen d'éviter une asphyxie complète des préfectures. Car, en face de ces volumes considérables d'actes à traiter, les préfectures (et les autres services de l'Etat) en sont encore au stade artisanal, alors qu'il faut impérativement passer à l'ère industrielle – qui n'exclut pas, bien au contraire, le contrôle de qualité.

En particulier, l'informatisation de la « chaîne des tâches » (transmission par la collectivité - réception par la préfecture - affectation à un service pour instruction), reste désespérément

embryonnaire. L'expérience lancée par le ministère de l'intérieur à partir de 2000 sur des sites pilotes (Rhône et Yvelines pour la télétransmission, Alpes-Maritimes pour le suivi des dossiers) n'a porté que sur quelques milliers d'actes ; reposant sur la maîtrise d'œuvre intégrale de ce ministère, elle n'a pas recueilli, peut-être pour cette raison, l'accord des associations d'élus locaux. Elle conserve toutefois un intérêt comme base de départ d'un nouveau système, moins rudimentaire, actuellement décrit comme achevé dans sa définition.

Ce nouveau projet même serait capable de traiter des actes complexes, visant en priorité les collectivités de plus de 10 000 habitants, les plus intéressées, les plus à même de disposer rapidement des infrastructures correspondantes et les plus productives, puisqu'elles représentent les quatre cinquièmes des actes des collectivités territoriales. Il associerait mieux les collectivités et ferait appel au mécanisme de certification par un « tiers de confiance » ; à titre d'exemple, la Caisse des dépôts s'est mise en état d'apporter son expertise sur ce point.

La mission considère que, cette fois-ci, le ministère de l'intérieur n'a guère droit à l'erreur ni même à l'hésitation ; s'il veut mettre en place un système national, sans doute souhaitable, et non pas déplorer vainement la floraison d'initiatives locales inévitable en cas de nouvel échec, la généralisation de l'application actuellement développée doit être recherchée au plus vite en partenariat avec les élus. Elle permettrait de disposer d'un outil performant de gestion des accusés de réception, de répartition des tâches, de respect des délais, de suivi des observations. L'investissement serait rentabilisé en termes d'image de l'Etat, de productivité des services, de meilleur pilotage d'une gestion interministérielle, sans oublier la possibilité (à l'étude) d'incorporer des outils de système-expert pour aider au contrôle.

Il est à noter que, pour l'application des directives européennes, le décret du 30 avril 2002 prévoit que les collectivités devront accepter, à compter du 1er janvier 2005, les propositions qui leur seront télétransmises en matière de marchés publics. De nombreuses collectivités seront, à cette échéance, prêtes pour la télétransmission ; les services de l'Etat peuvent difficilement en rester au tampon, à l'horodateur et au bordereau d'envoi. Dans le même esprit, la récente loi d'habilitation introduit des dispositions destinées à faciliter la télétransmission dans le champ des mesures de simplification administrative à adopter par ordonnance.

3) Améliorer l'expertise

Le contrôle de légalité est souvent accusé d'un défaut d'expertise. Derrière ce constat se rangent des reproches d'élus, déçus par une analyse insuffisante ou erronée - ou tout simplement, comme on l'a vu, différente de celle en cours dans l'arrondissement voisin - mais aussi des frustrations de fonctionnaires d'Etat qui, quel que soit leur rang ou leur service, ont à cœur d'accomplir leur mission et sont désemparés par la complexité de certains dossiers et le relatif isolement de leur travail. Et, de fait, il est difficile de demander à l'ensemble des agents qui participent au contrôle de légalité de connaître l'ensemble des subtilités juridiques qu'il engendre.

Des éléments de réponse sont venus de la multiplication des pôles de compétence, destinés à fournir l'expertise parfois défaillante. Les pôles juridiques se sont développés dans les préfectures, avec des résultats très inégaux quant à leur activité réelle, leur fréquence de réunion et de travail, leur aptitude à intégrer des agents au profil adéquat des services déconcentrés. Ceux-ci ont, au demeurant, développé leur propre structure juridique lorsqu'ils sont fortement impliqués dans le contrôle, comme c'est le cas de la plupart des DDE.

La direction générale des collectivités locales a lancé en 2002 un pôle délocalisé d'appui au contrôle de légalité, situé à Lyon et ayant pour ressort 4 régions recouvrant 20 départements. Ce pôle est destiné à répondre aux questions provenant des préfectures sur tous les thèmes du contrôle de légalité. Cette expérience, encore en phase de lancement, est une initiative intéressante, gérée de façon dynamique, qui permet de répondre à des questions autrefois adressées directement au ministère et qui restaient le plus souvent sans réponse - du moins immédiate.

Les questions actuellement traitées par messagerie dans un délai bref (une quinzaine de jours) concernent pour un quart seulement d'entre elles, le contrôle de légalité *stricto sensu*, c'est-à-dire une interrogation sur la légalité d'un acte pris ; proportion qui ne condamne pas l'expérience mais la fait évoluer vers un pôle d'appui en matière de droit des collectivités locales, dans les trois principaux domaines de l'intercommunalité, de la commande publique et de la fonction publique locale.

Le ministère des finances, pour sa part, dispose de pôles nationaux à caractère thématique, répondant aux questions écrites des comptables, après accord de la hiérarchie des trésoriers généraux ou receveurs des finances. Le premier pôle a été créé en avril 1999 dans le domaine des marchés publics, également à Lyon[24]. Un second a ensuite été installé à Rennes en matière de fonction publique territoriale et un troisième, plus récemment, à Bordeaux dans le domaine de l'intercommunalité et de la fiscalité. Ces pôles thématiques, dont les deux premiers ont été visités par la mission, disposent d'une capacité d'analyse et de traitement rapide des dossiers les plus complexes.

Chaque question posée fait l'objet d'une note écrite accompagnée de textes et de jurisprudence selon une présentation, et un degré de détail, voisins du « dossier du rapporteur » dans une juridiction administrative. La production de ces cellules est abondante (moins de dix agents traitent plus de mille dossiers par an) et le résultat des études les plus intéressantes est disponible en ligne sur l'intranet de la direction générale de la comptabilité publique (DGCP).

La mission a étudié les deux voies possibles, thématique ou régionale : quelques pôles nationaux traitant chacun d'un seul thème ou plusieurs structures interrégionales traitant de tous les grands sujets du contrôle de légalité. La première formule a sa préférence, pour deux raisons.

En premier lieu, une fois la machine lancée et les premiers services rendus, les pôles doivent être contactés spontanément et l'animation locale n'a pas un grand rôle à jouer. La proximité, si importante dans le conseil, n'a guère d'intérêt lorsqu'il s'agit d'expertise, qui appelle au contraire centralisation de la réflexion et, pour les quelques dossiers posant des problèmes de principe, validation par l'administration centrale.

En second lieu, la diversité des questions nécessitant une expertise doit conduire à répartir thématiquement l'effort de mise en place et de fonctionnement des pôles d'expertise. Par exemple, la mission recommande qu'au-delà des domaines classiques des pôles analysés ci-

[24] C'est à Lyon - aussi - qu'a été installé en septembre 2001, au sein de la trésorerie générale, le centre d'information juridique sur les achats publics (CIJAP) destiné à répondre téléphoniquement aux questions des acheteurs publics, pour accompagner notamment la réforme du code des marchés publics intervenue alors. L'expression « pôle de Lyon », source de confusion, doit être évitée, ou précisée, afin de savoir si l'on évoque le pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité de la DGCL, le pôle de soutien au réseau national des comptables de la DGCP ou encore le CIJAP qui relève de cette DG et de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère chargé de l'économie et des finances.

dessus (personnel local, marchés, intercommunalité), puissent être couverts de nouveaux champs où le besoin d'expertise est fort, qu'il s'agisse de l'urbanisme, des affaires sanitaires et sociales ou encore de l'environnement, pour lequel des enjeux considérables existent ou viennent à échéance au cours des prochaines années. Chaque administration centrale serait responsable de l'animation de ces pôles délocalisés sur les sujets qu'elle couvre en tant qu'autorité chargée de l'édiction de la règle.

La possibilité de recourir à une expertise incontestable est en tout état de cause, une nécessité absolue pour la crédibilité du contrôle de légalité. Cette exigence ne cessera de croître avec la décentralisation ; les nouveaux champs de compétence locale donneront lieu à interprétation, dialogue, observation et contentieux, fonctions qui ne pourront être correctement exercées par les services chargés du contrôle, dans les préfectures et les services extérieurs, qu'avec l'appui de structures fortement spécialisées. Au demeurant, ces pôles n'excluent nullement le recours au moins ponctuel à des cabinets libéraux spécialisés.

4) Restaurer la cohérence de l'organisation

La mission s'est interrogée sur les moyens de remédier à l'hétérogénéité actuelle, constatée de façon générale, par une organisation rénovée du contrôle. En dehors même de tout recours, dans des cas exceptionnellement difficiles, à une expertise très spécialisée décrite *supra*, il importe de mobiliser localement l'expertise disponible et d'optimiser le traitement des dossiers. Plusieurs pistes de réflexion ont été explorées.

La première nécessité consiste à rendre l'organisation plus cohérente, par la définition d'un schéma d'organisation clair dans chaque département, incluant la définition d'une stratégie locale de contrôle qui traduise les enjeux de l'Etat. Un tel schéma, actuellement, n'existe pas dans la plupart des départements. Sa définition ne serait pas pour autant rigide et figée de façon définitive, elle évoluerait au fil du temps et des changements de priorités. Le succès de cette démarche implique la pleine adhésion des acteurs du contrôle, comme les sous-préfets et les chefs de service déconcentrés.

La répartition des tâches et des responsabilités doit être sans ambiguïté. Particulièrement dans le contexte d'une décentralisation approfondie, qui va retrancher des blocs de compétence à l'Etat mais aussi entraîner dans son sillage de nouveaux domaines de contrôle. Les services de l'Etat doivent être prêts à assumer, sans tâtonnements excessifs ni conflits de compétences, la fonction de contrôle de légalité qui, mécaniquement, va prendre de l'ampleur.

Il est bien évident que cette mission concerne l'ensemble des services, et que le préfet, responsable en dernier ressort de l'exercice du contrôle, doit pouvoir disposer d'un concours sans faille des services de la préfecture et des services déconcentrés qui sont, pour cette mission, placés sous son autorité.

La répartition des tâches et le degré de participation des services déconcentrés et des sous-préfectures, toutefois, soulèvent des interrogations, auxquelles la mission estime qu'il doit être répondu par un principe d'utilisation optimale des compétences, là où elles se situent, ce qui conduit à bannir les doublons parfois observés qui gaspillent inutilement l'énergie de l'Etat.

Cette utilisation optimale résulterait d'une meilleure adéquation des ressources humaines et de la stratégie de contrôle, à la fois nationale et locale. Il est bien sûr nécessaire d'assigner au contrôle des objectifs en harmonie avec les moyens mobilisables, puis d'effectuer la répartition

des tâches en tenant compte des capacités quantitatives et qualitatives des différentes structures ; cette démarche doit être précédée d'une réflexion sur le poids relatif que le gouvernement entend accorder au contrôle par rapport à d'autres types de relation avec les collectivités locales.

On doit ensuite, à la faveur d'un allégement des tâches qui devrait résulter des diverses propositions de la mission (réduction de la liste des actes obligatoirement transmissibles, suppression des doublons d'instruction, télétransmission, répartition des rôles), réorienter progressivement l'activité de contrôle vers une tâche d'une meilleure « valeur ajoutée » intellectuelle, confiée à des agents plus qualifiés capables de s'abstraire du cadre purement formel dans lequel ils se situent trop souvent actuellement.

Il faut enfin programmer des formations communes, préparées par les administrations connaissant le mieux la règle, mais destinées à tous les agents qui potentiellement auraient à l'appliquer. Ces formations doivent permettre d'augmenter le niveau technique du contrôle et de faciliter la coopération entre services déconcentrés, préfectures et sous-préfectures. Elles sont un complément indispensable à la définition de nouveaux champs de compétences décentralisées qui, inévitablement, soulèveront des questions inédites pour les agents chargés du contrôle.

On peut alors envisager une répartition de « blocs de compétence » pour exercer le contrôle : dans cette hypothèse, le préfet conserve à la préfecture le pilotage d'ensemble du contrôle, mais délègue très largement aux services déconcentrés l'instruction des dossiers. Demeureraient à la préfecture, d'une part, une cellule chargée de préparer la définition et d'animer la mise en œuvre de la stratégie globale de contrôle de légalité, et, d'autre part, le service chargé du contrôle de la fonction publique territoriale, de la police administrative et des marchés publics sous l'angle juridique – ces dernières fonctions étant éventuellement exercées par les sous-préfectures. Seraient en revanche instruits de façon systématique, dans les directions de la concurrence : les marchés publics, sous cet aspect de respect des règles de concurrence, dans les DDE : les dossiers d'urbanisme, dans les DDASS : les marchés hospitaliers et les autres actes en matière sanitaire et sociale soumis au contrôle, à la trésorerie générale : les budgets des collectivités.

Cette formule a le mérite de clarifier nettement les responsabilités de chacun et d'être adaptée à un traitement de masse, qui redoute l'éparpillement dans lequel il perd puissance et technicité. Elle doit toutefois, pour être équitable, s'accompagner d'une redéfinition des formats des services chargés du contrôle ; faute de quoi, elle sera perçue comme un transfert de charges indues vers des services déconcentrés souvent déjà ébranlés dans leurs fonctions et leur organisation par la décentralisation.

De façon plus souple, mais sans demeurer dans le *statu quo*, une implication accrue des services pourrait résulter de « lettres de mission » adressées par le préfet à chaque directeur de service et aux sous-préfets. La répartition des rôles y serait effectuée dans chaque département, selon les thèmes, déterminés par le préfet après avis des destinataires, qu'il apparaîtrait utile de faire instruire par les services déconcentrés, ceux des sous-préfectures, ou ceux de la préfecture elle-même. Cette formule, qui ne permet pas d'éviter tout risque de morcellement excessivement subtil du contrôle, paraît cependant à même de garantir, d'une part, comme dans le schéma précédent, un véritable pilotage de l'ensemble qui actuellement fait défaut, et, d'autre part, un concours de chaque service adapté à la difficulté de la tâche et à la technicité du contrôle.

L'effet de redistribution des tâches serait moindre et chaque responsable déconcentré serait à même de faire valoir ses préoccupations concrètes pour l'organisation du travail, en termes quantitatifs et qualitatifs, auprès du préfet. Les suites données aux dossiers devraient être précisées aux services qui les ont traités, afin de supprimer une source de dysfonctionnement. Cette coopération renforcée permettrait de clarifier les responsabilités et de « remettre dans le jeu » un certain nombre de services qui actuellement n'y sont plus.

En toute hypothèse, le rôle des sous-préfectures devrait être précisé, compte tenu certes de leur rôle traditionnel dans la mission de contrôle et de l'implication personnelle souvent forte du sous-préfet dans les relations avec les élus et dans la prise de décision en matière de recours gracieux et contentieux, mais compte tenu aussi, notamment, de leur capacité réelle de traitement des dossiers et des effectifs spécialisés qu'il est possible d'affecter à cette tâche.

Quelle que soit l'organisation mise en place, il convient, dans le domaine particulier de l'urbanisme, de veiller attentivement à une stricte séparation des fonctions au sein des DDE entre, d'une part, la participation à l'instruction des actes et documents des collectivités et, d'autre part, le contrôle de légalité.

La mission a constaté que les règles fixées en la matière pour les agents (article 13 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat) étaient le plus souvent respectées pour les actes d'application du droit des sols et que ces deux types de tâches relevaient normalement de cellules distinctes ; au demeurant, l'instruction est essentiellement effectuée au sein des subdivisions et le contrôle, d'une manière générale, au siège de la direction. Il semble, en revanche, que des progrès s'imposent en ce qui concerne l'élaboration des documents d'urbanisme et que la pratique du «contrôle continu» associant l'Etat aux différentes étapes du processus d'élaboration comporte certains risques à cet égard.

En matière de contrôle budgétaire, plus spécifiquement, les agents des préfectures qui exercent cette mission sont conscients des limites de la portée du contrôle et de la difficulté de l'approche de la sincérité budgétaire. Il paraît nécessaire, dans le respect du rôle de chacun, d'améliorer la coopération entre les acteurs du contrôle budgétaire, grâce notamment à des outils améliorés.

L'interlocuteur privilégié des services de la préfecture doit être la trésorerie générale, en particulier le service des collectivités locales et établissements publics locaux (C.E.P.L.), à charge pour elle de mobiliser le réseau des trésoriers, receveurs municipaux. Le réseau d'alerte, rénové en 2001, donne lieu déjà à une coopération entre préfecture et trésorerie générale, plus ou moins riche selon les départements.

La perspective du projet d'informatisation des données du secteur local « HELIOS », conduit par la DGCP, fournit une opportunité nouvelle de resserrer la coopération, en améliorant la qualité de l'information et sa rapidité de mise à disposition du préfet. Il importe aussi que les trésoreries générales renforcent l'animation des postes comptables des receveurs municipaux afin d'améliorer leur réactivité pour faire remonter les informations susceptibles d'être utiles à l'exercice du contrôle budgétaire par les services des préfectures. Par ailleurs, une collaboration renforcée entre préfectures et trésoreries générales doit être organisée pour le suivi des sociétés mixtes d'économie locale (S.E.M.L).

Enfin, de façon peut-être plus prospective, la mission a réfléchi aux conséquences de la décentralisation et a tenté d'anticiper l'évolution des services de l'Etat à l'échelle des départements et régions. Les compétences réduites d'un certain nombre de services déconcentrés pourraient conduire à terme au rapprochement des services de l'Etat et à un regroupement « physique » et fonctionnel auprès du préfet. Dans cette hypothèse, qui est à l'étude notamment pour les préfectures de région, le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire seraient exercés par un pôle unique, qui aurait compétence pour gérer l'ensemble des aspects du contrôle (de la réception des actes au projet de saisine de la juridiction administrative ou financière). Toutefois des incertitudes demeurent sur la future organisation des services de l'Etat, particulièrement au niveau départemental. C'est pourquoi la mission n'est pas unanime sur la pertinence de ce schéma ni sur sa vraisemblance à moyen terme.

DÉLÉGATIONS DE SIGNATURE DU PRÉFET DANS L'EXERCICE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

La mission interministérielle a constaté, au cours de ses déplacements et de ses entretiens, une disparité importante entre départements en ce qui concerne la pratique des délégations de signature du préfet dans l'exercice de sa mission de contrôle de légalité.

La présente note a pour objet d'analyser ces délégations de signature, qui ont trait pour l'essentiel à l'exercice d'un recours gracieux préalable auprès des collectivités ou de leurs établissements publics, et de suggérer quelques aménagements aux textes actuels pour clarifier l'exercice du contrôle de légalité.

L'article 72 alinéa 5 confie au représentant de l'Etat dans le département la mission du contrôle administratif et du respect des lois : le contrôle de légalité des actes des collectivités est donc un pouvoir propre du préfet qui, en toute hypothèse, ne peut faire l'objet d'une délégation de pouvoir. La délégation de compétence de base en ce domaine est la délégation de signature, qui est légale à condition qu'elle ait été prévue par un texte.

Un décret du 24 juin 1950, modifié maintes fois, fixe les règles de délégation de pouvoir dans des cas particuliers, que l'on n'approfondira pas ici, comme le service de permanence, l'absence ou l'empêchement du préfet, ou encore le cas où le préfet, autorisé à s'absenter du département, délègue ses fonctions à un des membres du corps préfectoral en fonction dans le département[25].

En ce qui concerne la délégation de signature du préfet, les règles sont fixées par le décret du 10 mai 1982[26]. Le texte rappelle que le préfet a « la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et de l'ordre public » ; il « dirige » sous l'autorité du Premier ministre et de chacun des ministres, les services des administrations civiles de l'Etat (art. 1er). Il « assure le contrôle administratif des communes, des départements et de leurs établissements publics » (art. 2). Il est assisté d'un secrétaire général, des chefs des services déconcentrés de l'Etat, de sous-préfets, ainsi que des services de la préfecture (art. 4)[27].

---

[25] Décret n° 50-722 du 24 juin 1950, modifié en dernier lieu par le décret n° 95-486 du 27 avril 1995, relatif à la délégation des pouvoirs propres aux préfets, sous-préfets et secrétaires généraux de préfecture.

[26] Décret n° 82-389 du 10 mai 1982 modifié relatif aux pouvoirs des préfets et à l'action des services et organismes publics de l'Etat dans les départements. Ce décret a également fait l'objet de plusieurs modifications, dont une refonte importante par un décret n° 99-895 du 20 octobre 1999.

[27] Il dispose également d'un directeur de cabinet et, éventuellement, de chargés de mission ; ces agents sont rarement impliqués dans le contrôle de légalité.

C'est l'article 17 de ce décret du 10 mai 1982 qui est le cœur du dispositif en matière de délégation de signature[28]. Tous les délégataires du préfet ne sont pas placés sur un même plan.

1) Secrétaire général et sous-préfets d'arrondissement

Le secrétaire général (1°) peut recevoir délégation en toutes matières et, de fait, c'est lui qui est le destinataire du plus grand nombre de délégations, y compris dans le domaine du contrôle de légalité.

La situation des sous-préfets d'arrondissement (3°) est également claire, puisqu'ils peuvent recevoir délégation pour toutes les matières intéressant leur arrondissement. Celles-ci incluent sans équivoque le contrôle de légalité, au regard notamment de l'article 4-1 du même décret qui dispose que le sous-préfet d'arrondissement, délégué du préfet dans l'arrondissement, veille sous l'autorité de celui-ci au respect des lois et règlements.

Il en résulte que le secrétaire général et les sous-préfets d'arrondissement peuvent légalement adresser les recours gracieux aux collectivités respectivement pour l'ensemble du département ou pour l'arrondissement dont ils ont la charge. Ils ont pour effet de suspendre le délai de recours contentieux (CE 12 avril 1991, *préfet du Val d'Oise*, Leb p. 137).

Les autres paragraphes de l'article 17 sont d'interprétation moins aisée.

2) Chefs de services déconcentrés

Le 2° permet au préfet de donner délégation de signature aux chefs des administrations civiles de l'Etat dans le département en ce qui concerne les matières relevant de leurs propres attributions. Le contrôle de légalité, pouvoir propre du préfet, ne paraît pas entrer dans le cadre de celles-ci.

Par conséquent, selon le principe d'absence de délégation sans texte la prévoyant expressément, les chefs de service déconcentrés ne peuvent être délégataires de la signature des

[28] « Le préfet peut donner délégation de signature :

1° Au secrétaire général et aux chargés de mission, en toutes matières et notamment pour celles qui intéressent plusieurs chefs des services des administrations civiles de l'Etat dans le département ;

2° Aux chefs des services des administrations civiles de l'Etat dans le département ou à leurs subordonnés en ce qui concerne les matières relevant de leurs propres attributions ; ces chefs de service peuvent subdéléguer leur signature à leurs subordonnés pour les attributions mentionnées à l'article 15 (1er alinéa) ;

3° Aux sous-préfets pour toutes les matières intéressant leur arrondissement ;

4° Au directeur de cabinet ;

5° Aux agents en fonction dans les préfectures pour les matières relevant des attributions du ministre chargé de l'intérieur et de la décentralisation et des matières relevant des départements ministériels qui ne disposent pas de services dans le département ainsi que pour la transformation en états exécutoires des ordres de recettes visés à l'article 85-2° du décret du 29 décembre 1962 susvisé.

6° Pour les matières relevant de leurs propres attributions, aux responsables des délégations interservices créées dans les conditions prévues à l'article 17-6. »

lettres d'observation, du moins celles - les plus fréquentes - qui ont le caractère d'un recours gracieux : la jurisprudence distingue en effet la simple lettre, rédigée lors de l'instruction d'un dossier de contrôle de légalité à la demande du préfet, du recours gracieux proprement dit, caractérisé par une demande de retrait de l'acte (CE 9 octobre 1992, *commune de Saint-Louis*, Leb p. 358). Dans la pratique, toutefois, la frontière s'estompe lorsqu'une lettre d'observation rédigée de façon particulièrement ferme se présente quasiment comme un recours gracieux.

L'hypothèse d'un recours gracieux formulé par une autorité incompétente se traduirait devant le juge administratif, le plus souvent, par une forclusion du déféré préfectoral : en effet, s'il a été jugé que le recours gracieux n'est pas un préalable nécessaire (CE 1er février 1989, *commune de Briançon*), il ne suspend le délai de recours contentieux qu'à condition d'être présenté par une autorité ayant valablement reçu délégation de signature. Faute de quoi, le déféré préfectoral éventuel est tardif - sauf si le préfet l'adresse dans le délai de recours contentieux, c'est-à-dire sans attendre la réponse de la collectivité au recours gracieux formulé par le chef de service déconcentré, ou encore dans l'hypothèse rare où cette réponse parviendrait dans le délai de recours contentieux de droit commun (deux mois à compter de la réception de la décision expresse de l'autorité locale).

Toutefois, la mission n'a pas identifié de jurisprudence statuant sur la légalité des délégations de signature aux chefs de services déconcentrés dans le domaine du contrôle de légalité et sur le caractère suspensif des recours gracieux qu'ils adresseraient sur cette base. Cette situation trouve son origine dans l'absence de délégation du préfet pour signer les lettres d'observation ayant un caractère de recours gracieux[29]. La mission n'a pas davantage relevé de recours gracieux *stricto sensu* signé à tort par un chef de service déconcentré.

3) Agents en fonction dans les préfectures

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger, par un arrêt d'Assemblée, la légalité des délégations de signature du préfet aux agents de la préfecture pour adresser les recours gracieux en matière de contrôle de légalité (CE Ass. 15 octobre 1999, *ministre de l'Intérieur c/ commune de Savigny-le-Temple*). En l'espèce, le Conseil a jugé que le recours gracieux adressé à cette commune par un chef de bureau de la préfecture avait interrompu le délai de recours contentieux, la délégation de signature ayant été légalement donnée par le préfet à ce chef de bureau.

Cet arrêt, contraire aux conclusions du commissaire du gouvernement, annule l'arrêt de la CAA de Paris du 3 mars 1998. Il a donné lieu à une critique doctrinale fondée notamment sur le texte de l'article 17 du décret du 10 mai 1982, qui mentionne les agents des préfectures comme délégataires (5°) « pour les matières relevant des attributions du ministre chargé de l'intérieur et de la décentralisation », parmi lesquelles on ne peut ranger le contrôle de légalité qui est un pouvoir propre du préfet exercé comme « dépositaire de l'autorité de l'Etat dans le département » et « délégué du gouvernement », selon les formules de l'article 1er du même décret.

[29] à titre d'exemple, dans le domaine de l'urbanisme, même si la participation des DDE à l'instruction est fort répandue, la mission n'a pas relevé de délégations pour signer les lettres d'observation. La mission a identifié au cours de ses travaux un cas de délégation du préfet au directeur départemental de l'équipement pour demander des pièces complémentaires.

Le Conseil s'est bien gardé d'affirmer que ce 5° de l'article 17 fondait juridiquement la délégation de signature en cause. Après avoir cité ce texte, il relève seulement que si le préfet dispose d'un pouvoir propre pour déférer les actes au juge et s'il ne peut donc, pour l'exercice de cette compétence, déléguer aux agents de préfecture, « ni ces dispositions ni aucune autre règle ne font obstacle à ce que le préfet donne délégation à ces agents pour signer les recours gracieux adressés aux auteurs des actes soumis à son contrôle ». Rédaction gênée qui, comme l'a noté la doctrine, n'est pas conforme au principe de l'absence de délégation sans texte et qui est nécessitée par solution essentiellement pragmatique : éviter, là encore, le grand embouteillage des membres du corps préfectoral en permettant aux agents (le plus souvent, directeur des affaires décentralisées, chefs de bureau) de signer les lettres d'observation.

4) Autres délégataires

Les autres alinéas de l'article 17 (4° relatif au directeur de cabinet et 6° au responsable d'une délégation interservices) ne concernent pas les délégataires naturels du préfet en matière de contrôle de légalité. La mise en place d'un « pôle de compétence », prévue à l'article 17-5, dans le domaine juridique, ne paraît pas couvrir le contrôle de légalité lui-même, qui va au-delà de la « conduite durable d'actions communes à plusieurs services déconcentrés de l'Etat dans le département» (1er alinéa).

La constitution d'authentiques « pôles » interservices chargés du contrôle de légalité (et non, comme ceux actuellement rencontrés, simples consultants juridiques), supposerait une extension du champ de l'article 17-5 , incluant expressément le contrôle de légalité. Selon l'article 17-6 du même décret du 10 mai 1982, le responsable de cette structure reçoit délégation de signature et autorité fonctionnelle sur les chefs de service concernés. La mission ne se prononce pas, par la présente note technique, sur ce point d'organisation qui fera l'objet d'une étude spécifique.

En conclusion, la mission **préconise à brève échéance de clarifier les règles de délégation de signature en matière de contrôle de légalité,** ce qui ne préjuge d'ailleurs pas de l'organisation administrative à retenir, les délégations pouvant être plus ou moins opportunes selon les domaines et relevant en tout état de cause de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du préfet. Un modeste **complément à l'article 17 du décret du 10 mai 1982 permettrait de lever les hésitations actuelles sur la légalité des délégations aux chefs de services déconcentrés et de mieux fonder juridiquement celles accordées aux agents des préfectures**. Il suffirait d'ajouter « en ce qui concerne les recours gracieux formulés auprès des collectivités au titre du contrôle de légalité » aux 2° et 5° de cet article 17.

LE CONTRÔLE DES ACTES DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX D'ENSEIGNEMENT (E.P.L.E.)

La mission interministérielle sur le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire a établi un premier document sur « une évolution de la liste des actes des collectivités locales soumis à obligation de transmission au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité », qui annonçait (point III 5°) une étude particulière sur les actes des établissements publics locaux d'enseignement (ci-après EPLE). Tel est l'objet de la présente note.

Les avis convergents des autorités préfectorales, des représentants des collectivités territoriales, des autorités ministérielles et académiques ainsi que des chefs d'établissement déplorent une lourdeur excessive de l'actuelle procédure, communément appelée « triple transmission »[30] alors que, de manière très générale, les actes des EPLE conduisent rarement à des observations et encore plus rarement à la mise en œuvre de procédures contentieuses. Ceci peut s'expliquer en grande partie par le fait que les EPLE, s'ils bénéficient de l'autonomie administrative et financière prévue par la loi, ne s'administrent pas « librement » comme le font les collectivités territoriales et sont soumis de manière régulière et soutenue à l'autorité académique. L'avis unanime des responsables rencontrés est que le dispositif doit être très profondément redéfini, modernisé et très sensiblement allégé.

Une deuxième remarque préalable a trait au caractère général des textes actuellement en vigueur et à leur insuffisante précision relativement au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire à proprement parler. On a, en effet, mêlé dans l'actuel dispositif législatif et réglementaire ce qui a trait à la compétence exclusive du Préfet en matière de contrôle de légalité et de contrôle budgétaire, ce qui relève de la tutelle des autorités académiques sur les actes éducatifs et ce qui relève des prérogatives de la collectivité territoriale qui assure le financement des établissements. De la sorte, les EPLE, peinant à juste titre à faire la part des choses, envoient la totalité de leurs actes aux trois destinataires lesquels se sentent médiocrement motivés pour « contrôler » une telle quantité de documents.

Il y aurait donc lieu de profiter de l'actuelle révision des textes pour clarifier et simplifier le dispositif en veillant bien à caractériser ce qui dépend d'une part du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire *stricto sensu*, d'autre part de l'exercice normal des tutelles de l'autorité académique sur les actes éducatifs et de la collectivité territoriale sur les actes financiers et de gestion.

Enfin, l'attention est attirée sur une modification utile de l'état d'esprit dans lequel on approche ces matières. Après 20 années de décentralisation les établissements ont fait la preuve qu'ils étaient capables, dans leur très grande majorité, d'assumer les devoirs que leur confie la loi. Les nouvelles procédures de contrôle doivent manifester la confiance réciproque et le sens des responsabilités attendus des acteurs du système éducatif à tous les niveaux où ils se situent.

[30] Il s'agit de la transmission d'actes des EPLE vers le représentant de l'Etat, la collectivité de rattachement et l'autorité académique, condition, dans certains cas, de leur caractère exécutoire .

Il est donc proposé de préciser clairement les périmètres du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire, de la tutelle académique et de la tutelle financière ; il est aussi préconisé de réduire le champ de l'obligation de transmission préalable, comme on l'a proposé pour les autres actes des collectivités locales et de leurs établissements publics (note du 12 juin précitée). On examinera successivement le contrôle de légalité (I), le contrôle budgétaire (II), l'information financière de la collectivité territoriale de rattachement (III), l'exercice de la tutelle académique (IV), avant de récapituler les modifications législatives nécessaires à la mise en œuvre du dispositif proposé (V).

I - CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

A) OBSERVATIONS

Le champ *actuel* du contrôle de légalité comprend tous les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'action éducative et les actes du chef d'établissement concernant les marchés et les conventions. Dans la pratique, les établissements envoient aux trois destinataires (préfet, autorité académique et collectivité territoriale) la quasi totalité de leurs actes, mais parfois aussi beaucoup moins. Ces différences s'expliqueraient par la complexité des textes et le caractère parfois délicat de leur interprétation. La pratique des contrôles est extrêmement variable d'un département à l'autre.

B) PROPOSITIONS DE PROCEDURE

1) Il est proposé de réduire la transmission des actes à la seule autorité chargée du contrôle de légalité, c'est-à-dire le préfet.

La mission s'est interrogée sur la possibilité qui serait donnée à celui-ci, s'il le souhaite, de déléguer à l'autorité académique l'examen des actes. Si le préfet décidait de déléguer à l'autorité académique le contrôle de légalité, les collectivités territoriales du département et chaque EPLE concerné en seraient avisés individuellement. L'autorité académique (recteur pour les lycées et les établissements régionaux d'enseignement adapté, inspecteur d'académie pour les collèges et les sections d'enseignement général et professionnel adapté) pourrait alors recevoir les actes administratifs des EPLE et leur en accuser réception *au nom du préfet*. L'autorité académique analyserait les actes, *signerait* les éventuelles lettres d'observation ou de recours gracieux et *proposerait* au préfet la mise en œuvre des procédures contentieuses. Cette question d'organisation, qui relève du pouvoir réglementaire, sera toutefois traitée dans une note particulière de la mission sur l'organisation du contrôle de légalité pour l'ensemble des services de l'État qui portera notamment sur les délégations de signature.

2) En toute hypothèse, ces actes administratifs des EPLE ne seraient plus transmis à la collectivité territoriale qui n'est pas habilitée à exercer un contrôle de légalité.

3) Il est proposé de maintenir le dispositif actuel concernant les règles auxquelles sont soumis les actes administratifs en matière de contrôle de légalité : caractère exécutoire différé à quinze jours après l'accusé de réception délivré par le préfet ou l'autorité académique délégataire et contrôle *a posteriori* dans les deux mois. Il est ici proposé que le délai de quinze jours, exorbitant du droit des collectivités territoriales, soit maintenu. Les avis sur cette question ne sont pas unanimes ; deux raisons ont emporté l'adhésion de la mission : les EPLE ne s'administrent pas « librement » et leur autonomie doit demeurer « encadrée ». Ainsi, le délai

proposé permet-il de corriger des erreurs manifestes de droit ou de fait sans que l'autorité académique soit conduite à proposer des procédures contentieuses toujours délicates.

C) LISTE DES ACTES A TRANSMETTRE AU TITRE DU CONTRÔLE DE LEGALITE

1) les actes du conseil d'administration soumis à une transmission obligatoire au représentant de l'État au titre du contrôle de légalité seraient :

a) le règlement intérieur de l'établissement ;
b) la délibération relative à l'emploi de la dotation globale horaire ;
c) la délibération relative au projet d'établissement ;
d) la délibération relative au rapport annuel sur le fonctionnement pédagogique[31] ;
e) les actes relatifs au recrutement de personnels rémunérés ;
f) les tarifs de demi-pension ;
g) le programme annuel des sorties et voyages avec nuitée(s) adopté par le conseil d'administration et les conditions de leur financement ;
h) les marchés et les conventions comportant des incidences financières.

2) Les actes du chef d'établissement pris en application de décisions du conseil d'administration ou dans l'exercice de ses prérogatives propres ne seraient plus transmis de façon obligatoire au préfet pour l'exercice par celui-ci du contrôle de légalité.

Ainsi, toute une série d'actes de gestion courante ne seraient plus transmis (p. ex organisation des emplois du temps, services de vacances...) correspondant à plus de la moitié du flux actuel des actes transmis.

II - CONTRÔLE BUDGÉTAIRE

Sauf exception, précision ou réécriture, la mission propose de conserver l'architecture législative actuelle relative au contrôle budgétaire.

A) PROPOSITIONS DE PROCEDURE

Il est proposé de retenir les mêmes dispositions concernant la transmission au préfet et la délégation de signature de celui-ci pour le contrôle budgétaire. Mais dans le cas du budget, des décisions budgétaires modificatives de niveau 3 et du compte financier, l'EPLE a obligation de transmettre également ces actes et documents à la collectivité territoriale de rattachement au titre de la tutelle financière. Dans l'hypothèse d'une délégation par le préfet, l'autorité académique analyserait les budgets, *signerait* les éventuelles lettres d'observation et *proposerait* au préfet la mise en œuvre des procédures de règlement conjoint ou contentieuses après avis de la collectivité territoriale.

[31] Dans les cas b, c, et d le contrôle de légalité consiste notamment à vérifier que le conseil d'administration s'est exprimé et que ces actes ont bien été pris. En outre, le contenu des actes eux-mêmes fait l'objet d'une analyse ou d'une vérification d'opportunité ou de conformité par l'autorité académique dans son rôle de tutelle hiérarchique.

En cas de désaccord persistant avec celle-ci, le préfet saisirait la chambre régionale des comptes. On conserverait ici la procédure actuelle.

Les budgets transmis demeureraient exécutoires dans un délai de 15 jours, sauf désaccord motivé de l'autorité académique ou de la collectivité territoriale, cas dans lequel le délai est de 30 jours.

B) LISTE DES ACTES A TRANSMETTRE AU TITRE DU CONTRÔLE BUDGETAIRE

Les actes à caractère financier du conseil d'administration soumis au contrôle demeureraient :

- le budget ;
- les décisions budgétaires modificatives de troisième niveau ;
- le compte financier.

III - L'INFORMATION FINANCIERE DE LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE

Outre la transmission des documents budgétaires évoquée ci-dessus (II A), il est proposé de ne pas modifier les dispositions actuelles de l'article L. 421-14 paragraphe III du code de l'éducation qui prévoient que « L'autorité académique et la collectivité de rattachement sont régulièrement informées de la situation financière de l'établissement ainsi que préalablement à la passation de toute convention à incidence financière » et que « La collectivité territoriale de rattachement demande, en tant que de besoin, à l'autorité académique, qu'une enquête soit réalisée par un corps d'inspection de l'État sur le fonctionnement de l'établissement ».

En conséquence de ces dispositions, la collectivité territoriale de rattachement peut demander à l'EPLE de lui fournir les documents de suivi budgétaire et financier qu'elle souhaite obtenir pour exercer ses responsabilités.

IV - L'EXERCICE DE LA TUTELLE DES AUTORITES ACADEMIQUES SUR LES ACTES RELEVANT DE L'ACTION EDUCATRICE

L'exercice de la tutelle académique sur les actes relatifs à l'action éducatrice ne doit pas être confondu avec le contrôle de légalité. Dans ce domaine, les autorités académiques établissent les listes des actes que les établissements doivent leur transmettre. Ces actes sont exécutoires quinze jours après leur transmission à l'autorité académique. Dans ce délai, l'autorité académique peut prononcer l'annulation de ces actes lorsqu'ils sont contraires aux lois et règlements ou de nature à porter atteinte au fonctionnement du service public de l'enseignement. La décision motivée doit être communiquée sans délai au conseil d'administration.

En outre, la mission considère qu'il serait intéressant de profiter du toilettage des textes pour prévoir d'accroître les possibilités de délégation du conseil d'administration au chef d'établissement et de ce dernier à ses adjoints pédagogique (chef d'établissement adjoint) et financier (gestionnaire de l'établissement) pour la prise de certaines décisions et la passation de certains contrats, conventions ou marchés en deçà d'un seuil que le conseil d'administration

définirait. Il serait opportun de réfléchir également à la possibilité donnée au chef d'établissement de déléguer sa signature à son adjoint pédagogique en sa qualité d'ordonnateur.

V - MODIFICATIONS A APPORTER AU CORPUS LEGISLATIF POUR LA MISE EN ŒUVRE DES PRESENTES PROPOSITIONS

Code de l'éducation :

L'article **L. 421-1** fait application aux EPLE des dispositions relatives au contrôle administratif du CGCT. Une nouvelle version en est proposée ci-dessous dans le développement concernant le CGCT.

L'article **L. 421-6** devra être supprimé compte tenu de l'établissement par ailleurs (article L. 421-14) d'une liste limitative d'actes à transmettre au titre du contrôle de légalité.

L'article **L. 421-11** concernant le budget de l'EPLE est conservé dans sa totalité, à l'exception des modifications suivantes :

- le paragraphe « g » est transféré à la fin du paragraphe « a » ;

- le paragraphe « d » 1er alinéa devient : le budget adopté par le conseil d'administration de l'établissement est transmis au représentant de l'État et à la collectivité territoriale de rattachement dans les cinq jours suivant le vote.

L'article **L. 421-12** : à conserver à l'exclusion de la liste des destinataires comme ci-dessus.

L'article **L. 421-14** deviendra l'article définissant quels actes sont transmis, à qui et à quel titre. Sa rédaction actuelle est abandonnée à l'exclusion de son paragraphe III qui demeure en l'état.

Nouveau paragraphe I :

Sont soumis à une transmission obligatoire au représentant de l'État au titre du contrôle de légalité les actes du conseil d'administration relatifs :

a) au règlement intérieur de l'établissement ;
b) à la délibération relative à l'emploi de la dotation globale horaire ;
c) à la délibération relative au projet d'établissement ;
d) à la délibération relative au rapport annuel sur le fonctionnement pédagogique ;
e) aux actes relatifs au recrutement de personnels rémunérés ;
f) aux tarifs de demi-pension ;
g) au programme annuel des sorties et voyages avec nuitée(s) adopté par le conseil d'administration et les conditions de leur financement ;
h) aux marchés et aux conventions comportant des incidences financières.

Ces actes sont exécutoires quinze jours après ces transmissions. Dans ce délai, le représentant de l'État peut demander une seconde délibération.

Nouveau paragraphe II :

Les actes du conseil d'administration, relatifs au contenu ou à l'organisation de l'action éducatrice, sont transmis à l'autorité académique selon les listes que celles-ci a établies. Ces actes sont exécutoires quinze jours après leur transmission à l'autorité académique. Dans ce délai, l'autorité académique peut prononcer l'annulation de ces actes lorsqu'ils sont contraires aux lois et règlements ou de nature à porter atteinte au fonctionnement du service public de l'enseignement. La décision motivée doit être communiquée sans délai au conseil d'administration.

Paragraphe III : sans changement

2°) Références au code général des collectivités territoriales

La mission a relevé que les dispositions actuelles du L. 421-1 sur le contrôle administratif font référence au « titre III du livre premier de la deuxième partie du CGCT ». Or, cette 2° partie a trait aux communes et le titre III du livre Ier aux « actes des autorités communales et actions contentieuses ». Il serait donc préférable de renvoyer au régime des établissements publics des départements et des régions (articles L. 3241-1 et L. 4261-1 du CGCT). De la même façon, l'article L.421-13 du code de l'éducation renvoie aux dispositions du CGCT sur l'adoption et l'exécution des budgets, en précisant que « les prérogatives du maire et du conseil municipal sont exercées respectivement par le chef d'établissement et le conseil d'administration ». Cette référence aux organes de la commune, étrange puisqu'il n'y a pas d'EPLE municipal, devrait être remplacée par les termes « exécutif et assemblée délibérante des collectivités territoriales ».

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES MARCHÉS PUBLICS PASSÉS PAR LES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ

Les marchés passés par les établissements publics de santé sont soumis au contrôle de légalité exercé par le représentant de l'Etat dans le département selon l'article L 6145-6 du Code de santé publique[32]. La mission interministérielle a examiné l'exercice de ce contrôle de légalité et formule des recommandations en vue de son amélioration.

1 - CONSTATS DE LA MISSION

Les visites sur place et les entretiens de la mission ont montré que le contrôle est exercé exclusivement par les services des DDASS (directions départementales des affaires sanitaires et sociales). Dans aucun département visité, le contrôle n'était exercé par un service de la préfecture, et ce contrôle n'était nulle part revendiqué. Dans un département, il a même fallu insister pour que le DDASS, pourtant prévu dans le mémento des visites sur place, soit convié par la préfecture aux travaux de la mission. D'une façon générale, les marchés des établissements publics de santé semblent, dans les esprits, hors du champ classique du contrôle de légalité, alors que le code de la santé publique l'y place expressément.

La mission a relevé que ces documents ne sont jamais adressés à la préfecture et parviennent directement aux DDASS. Chaque département visité reçoit au titre du contrôle un nombre non négligeable de marchés, qu'il s'agisse de marchés de travaux, de fournitures et de services : une centaine pour les plus petits départements, plus de cinq cents pour les plus grands, quelquefois plus d'un millier lorsqu'il existe dans le département un centre hospitalier et universitaire (CHU).

Les DDASS, en règle générale, affectent aux tâches de contrôle un cadre A et un agent de catégorie B. Selon les informations recueillies dans ses visites sur place par la mission interministérielle, les contrôles portent essentiellement sur des questions de procédure, rarement sur des problèmes de fond. Toutefois, il a été noté que dans certains départements, les problèmes d'allotissement ou de découpage excessif des marchés en tranches non fonctionnelles ont fait l'objet d'observations. Des remarques ont été formulées par certains services des DDASS à propos de la nomenclature très complexe qui oblige à faire des appels à concurrence pour des lots d'un montant très faible.

---

[32] Aux termes de cet article L. 6145-6 du code de la santé publique, modifié en dernier lieu par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 : « Les marchés des établissements publics de santé sont exécutoires dès leur réception par le représentant de l'Etat. Celui-ci défère au tribunal administratif, dans les deux mois suivant cette réception, les décisions qu'il estime illégales. Il informe sans délai le président du conseil d'administration et lui communique toute précision sur les illégalités invoquées. Il peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué.

Toutefois, les marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant sont dispensés de l'obligation de transmission au représentant de l'Etat prévue au premier alinéa. Ces marchés sont exécutoires dès leur conclusion ».

Selon les moyens humains disponibles, les contrôles sont rarement systématiques sur l'ensemble des marchés mais sont plus généralement effectués par échantillon. Les lettres d'observation sont fréquentes mais les recours gracieux peu nombreux (quelques unités) et les déférés très exceptionnels, mais pas totalement inexistants (à titre d'exemple, 2 dans le Rhône, 2 dans les Yvelines en 2002). Les lettres d'observations, quantitativement nombreuses, sont signées par les directeurs, sauf lorsqu'il s'agit d'un grand établissement du type des CHU, ou des affaires les plus importantes : le secrétaire général de la préfecture est alors signataire. Les recours gracieux, beaucoup moins nombreux, et les quelques déférés, sont signés par le préfet.

Tandis que le contrôle de légalité des marchés reste confié au préfet, au travers des DDASS, l'agence régionale de l'hospitalisation (ARH) exerce de son côté la tutelle budgétaire sur les établissements hospitaliers. La mission s'est interrogée sur l'opportunité de confier un rôle accru dans le contrôle de légalité des marchés à l'agence, selon la logique de « bloc de responsabilités » : la tâche de contrôle incomberait alors aux DDASS en tant que parties constitutives des agences. Cette question n'a pas été résolue par l'ordonnance de 1996 créant les ARH.

Toutefois, il semble en tout état de cause impossible, d'un point de vue juridique, de confier cette tâche de contrôle de légalité à une autorité qui ne relève pas du préfet. De plus, on courrait le risque de renforcer l'isolement dans lequel se trouvent les services des DDASS pour exercer leur contrôle. La mission préconise au contraire un rapprochement du traitement des marchés des établissements publics de santé de celui des marchés publics des collectivités locales.

II - RECOMMANDATIONS DE LA MISSION

Les problèmes posés par le contrôle de légalité des marchés des hôpitaux sont en tout point analogues à ceux posés par celui des collectivités locales. La mission a pu constater que les services de la préfecture faisaient appel à ceux de la direction de la concurrence et de la répression des fraudes pour obtenir des avis en cas de doute et que des pôles compétents en matière de marchés publics étaient créés dans un certain nombre d'entre elles. Certains pôles de compétence à vocation interrégionale (mis en place par la direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur) ou nationale (pôles créés par la direction générale de la comptabilité publique du ministère des finances) fournissent un appui juridique et technique permettant d'appréhender des situations et réglementations complexes. Or, le traitement des marchés des établissements publics de santé se caractérise par son isolement, à contre-courant de ce mouvement de mise en commun d'expertise.

La mission recommande, en conséquence, que le traitement des marchés publics hospitaliers se rapproche de celui des marchés des collectivités et puisse bénéficier, lui aussi, de ces pôles de compétences, plutôt que d'être réalisé de manière totalement isolée par les DDASS. Cette ouverture aux autres secteurs concernés par l'achat public permettrait sans doute des comparaisons et faciliterait sans aucun doute le diagnostic des faiblesses et des manquements.

Le décloisonnement proposé ne serait pas remis en cause par une extension des délégations de signature aux chefs de services déconcentrés, évoquée par la mission (cf note particulière sur ce sujet) et qui pourrait bénéficier logiquement aux DDASS : il s'agit en effet de clarifier les bases de ces délégations afin de faciliter le travail commun, et non d'encourager l'isolement des services.

S'agissant des projets de réforme du code des marchés publics, la remontée des seuils au niveau européen limiterait grandement le périmètre des marchés publics hospitaliers, notamment de travaux, soumis au contrôle de légalité, en même temps qu'elle restreindrait fortement l'obligation de transmission au représentant de l'Etat, dont sont dispensés les marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant (art. L. 6145-6, dernier al.). C'est pourquoi la mission formule, en cette matière, les mêmes propositions que celles qui ont été présentées pour les marchés des collectivités dans la note relative à l'évolution de la liste des actes des collectivités locales soumis à obligation de transmission au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité (point III-4).

De manière concrète, il pourrait en outre être demandé aux établissements hospitaliers d'établir un guide de bonnes pratiques pour la passation des marchés publics reprenant les points essentiels de la démarche : consistance du marché, appel à la concurrence, choix du mieux-disant.

LE POUVOIR DE SUBSTITUTION DU PRÉFET

La mission interministérielle a été chargée de s'interroger sur l'opportunité d'étendre, dans la perspective d'une nouvelle vague de décentralisation, le pouvoir de substitution du représentant de l'Etat dans le département.

La doctrine définit la substitution comme « le pouvoir reconnu à l'administration d'agir en lieu et place d'une personne ou d'une collectivité publique ou privée défaillante ».

Lorsque le représentant de l'Etat se substitue à une collectivité territoriale défaillante, il est réputé agir au nom et pour le compte de celle-ci avec tous les effets qui en découlent, s'agissant de la charge financière et de la responsabilité y afférente, sous réserve naturellement d'atténuation, dans le cas d'irrégularité ou d'exécution défectueuse dans la mise en œuvre de la substitution.

La présente note, après avoir rappelé les éléments principaux du droit positif, se propose d'évaluer les perspectives ouvertes par l'avant-projet de loi relatif à la décentralisation et de formuler des préconisations en ce domaine.

I – LE RAPPEL DU DROIT POSITIF

Traditionnellement, les deux grands domaines de prédilection du pouvoir de substitution auxquels s'est ajoutée, depuis les lois de décentralisation de 1982, la matière de l'urbanisme, concernent la police administrative et l'inscription d'office des dépenses obligatoires. En outre, des lois récentes répondant à des objectifs spécifiques, ont prévu de véritables dispositifs permettant de faire face à la carence de l'autorité locale.

1) En matière de police administrative

L'article L 2215-1, alinéa 2 du code général des collectivités territoriales complété par l'article L 2215-5 pose le principe du pouvoir général de substitution du préfet au maire en matière de police municipale[33].

Il prévoit le droit, pour le préfet, de prendre, dans les cas où il n'y aurait pas été recouru par l'autorité municipale, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. Ce droit ne peut être exercé par le représentant de l'Etat dans le département à l'égard d'une seule commune qu'après mise en demeure adressée au maire restée sans résultat. L'article L 3221-5 du code général des collectivités territoriales lui confie le même pouvoir vis-à-vis du président du conseil général, également après une mise en demeure infructueuse.

Un certain nombre de polices spéciales ont également prévu le pouvoir de substitution du préfet sur les actes du maire : à titre d'exemple, citons l'article L 2215-3 du code précité, lequel

[33] La loi du 2 mars 1982 n'a pas abrogé les dispositions issues en partie de la loi du 5 avril 1984. Elle fait référence expressément à leur maintien en vigueur, notamment à l'article L 2131-5 du CGCT lequel précise que le fait que les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat, ne fait pas obstacle à l'exercice, par ce dernier, « du pouvoir de substitution » qu'il tient, notamment en matière de police, des articles L 2215-1 et L 2215-5 du même code.

autorise, dans certaines conditions, le représentant de l'Etat dans le département à interdire, par arrêté motivé, l'accès de certaines voies ou de certaines portions de voies ou de certains secteurs de la commune aux véhicules dont la circulation sur ces voies ou secteurs compromettrait soit la tranquillité publique, soit la protection des espèces animales ou végétales ou des espaces naturels...

2) En matière budgétaire

La substitution est largement utilisée en matière budgétaire. Elle organise le règlement du budget rendu exécutoire par le représentant de l'Etat en cas de défaillance de la collectivité (art L 1612-5 du CGCT). La procédure de mandatement d'office d'une dépense obligatoire par le maire, le président du conseil général, ou le président du conseil régional (art. L 1612-16 du CGCT) permet également à l'Etat de pallier la carence d'une collectivité, celle-ci en conservant la charge financière et la responsabilité.

3) En matière d'aménagement urbain et d'habitat

L'attribution aux autorités communales de compétences en matière d'urbanisme s'accompagne aussi de possibilités de substitution. La loi actuelle fait intervenir le préfet pour imposer la compatibilité des plans locaux d'urbanisme (PLU) avec des normes de niveau supérieur (directive territoriale d'aménagement, lois « montagne » et « littoral », projet d'intérêt général)[34]. Elle lui permet aussi de prendre un arrêté interruptif de travaux en cas de carence du maire, pour les constructions en infraction[35] ; dans ce cas les pouvoirs du maire lui sont conférés en qualité d'autorité administrative de l'Etat.

De même les préfets peuvent exercer un pouvoir de substitution en ce qui concerne les plans de déplacements urbains (PDU)[36].

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, a prévu une possibilité de substitution du préfet au maire en cas d'insuffisance du nombre de logements locatifs sociaux[37].

La loi du 2 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage est une illustration encore plus complète de l'organisation de la substitution. Le principe est posé de l'accueil des gens du voyage par les communes. Un schéma départemental doit être adopté dans un certain délai, à défaut, c'est le représentant de l'Etat qui approuve d'office ce schéma.
Pour le cas où la commune n'appliquerait pas celui-ci, l'Etat acquiert les terrains nécessaires, réalise les travaux d'aménagement, gère les aires d'accueil au nom et pour le compte de la commune. Les dépenses d'acquisition, d'aménagement et de fonctionnement de ces aires constituent des dépenses obligatoires pour les communes ou les établissements publics qui, selon le schéma départemental, doivent en assumer les charges.

---

[34] L'article L.123-14 du code de l'urbanisme, résultant de la loi SRU, a transféré aux PLU les dispositions applicables antérieurement aux POS. Il reprend le contenu de l'ancien article L. 123-7-1

[35] Article L.480-2 du code de l'urbanisme.

[36] Article 103-II de la loi SRU intégré dans l'article 28-2 de la loi d'orientation des transports intérieurs n° 82-1153 du 30 décembre 1982.

[37] Article L 302-9-1 du code de la construction et de l'habitation et article L 421-2-1 du code de l'urbanisme.

La mission n'a toutefois pas eu connaissance, dans les départements visités, de cas d'application du pouvoir de substitution allant jusqu'à la réalisation de logements sociaux ou d'aires d'accueil.

II – PERSPECTIVES OUVERTES PAR L'AVANT-PROJET DE LOI SUR LA DECENTRALISATION

1) Mécanismes de substitution d'ores et déjà inscrits dans l'avant-projet de loi sur la décentralisation

Des mécanismes de substitution sont prévus par l'avant-projet de loi de décentralisation.

En matière d'environnement, s'agissant des plans départementaux d'élimination des déchets, une procédure prévoit l'intervention du représentant de l'Etat par l'adoption de ces plans, en cas de carence de la collectivité.

En matière de solidarité et de santé, les schémas d'organisation sociale et médico-sociale non adoptés en concertation avec le président du conseil général dans le délai prévu, sont arrêtés directement par le représentant de l'Etat dans le département.

Dans le domaine de l'intercommunalité, lorsque les communautés urbaines et les communautés d'agglomération n'ont pu procéder dans un délai déterminé à la reconnaissance de l'intérêt communautaire nécessaire à l'exercice d'une compétence transférée, une modification du code général des collectivités territoriales devrait autoriser le préfet à transférer d'office ladite compétence à l'établissement public et à modifier les statuts de celui-ci en conséquence.

2) L'opportunité d'un renforcement du pouvoir de substitution

Des entretiens qu'elle a eus avec les différents préfets au cours de ses déplacements, la mission a pu constater que le pouvoir de substitution n'était que très rarement utilisé, presque exclusivement en matière de police administrative et d'urbanisme[38]. Les membres du corps préfectoral préfèrent une logique de partage clair des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales et des responsabilités correspondantes, à l'exception de quelques secteurs identifiés. Dans le cas où le champ de la substitution serait étendu, leur préférence va à une définition au cas par cas plutôt qu'à l'énoncé d'un principe général. Le dispositif actuel leur paraît adapté pour remédier aux situations les plus graves, notamment en matière de troubles de l'ordre public. De plus, la procédure d'inscription d'office des dépenses obligatoires permet de couvrir la plupart des cas d'abstention lorsque celle-ci est susceptible d'avoir une traduction financière.

2.1. – Les interrogations que suscitent le pouvoir de substitution

Le pouvoir de substitution fait partie des mécanismes qui concourent à l'équilibre entre deux principes contradictoires : d'une part, la libre administration des collectivités locales, d'autre part, la préservation du respect des lois, des engagements internationaux, des prescriptions

[38] Il lui a été signalé des cas de substitution par arrêté préfectoral pour euthanasier un chien, mettre fin à des divagations d'animaux, organiser un site d'exploitation des déchets, pour intégrer, dans les plans d'occupation des sols, des projets d'intérêt général (PIG) relatifs à des zones inondables.

communautaires, des intérêts nationaux et d'un certain nombre de grands principes constitutionnels (protection des libertés publiques, garantie des droits sociaux...).

Son développement suscite un vrai débat politique. Il est au cœur de deux logiques opposées :

➢ la première logique tire toutes les conséquences de la décentralisation et de la pleine responsabilité des collectivités, qui en résulte dans le champ de leurs compétences. A partir du moment où le choix est fait de transférer des compétences, les collectivités territoriales sont libres de s'administrer comme elles l'entendent . La substitution apparaît alors comme un instrument aux mains de l'Etat pouvant porter gravement atteinte à leur autonomie et à leur indépendance. En cas de manquement à leurs obligations, il leur revient d'assurer pleinement leurs responsabilités face aux citoyens et le cas échéant devant le juge ;

➢ la seconde logique est inspirée par un souci de renforcer la cohérence, en contrepartie de l'extension des pouvoirs conférés aux collectivités. En ce sens, le respect de leur autonomie ne doit pas s'exercer au mépris de l'égalité des citoyens devant la loi. Le principe « de confiance » doit être la règle mais n'exclut pas pour autant le principe de « réalité ».

En outre, le pouvoir de substitution peut entraîner des effets contraires à ceux attendus . Son existence même risque de susciter une déresponsabilisation des élus, tentés de se décharger sur l'Etat de la mise en œuvre de politiques délicates ou impopulaires. Lorsqu'une collectivité est défaillante, l'intervention du préfet, certes aux frais de la collectivité, conduit à transférer à l'Etat une part de la responsabilité juridique, y compris pénale, en cas de faute lourde dans l'exécution de la substitution.

Enfin, l'institution même d'un pouvoir de substitution engendre le risque, dans le cas où il ne serait pas exercé, de mise en cause de la responsabilité de l'Etat, sur un terrain politique comme juridique. Les griefs adressés à l'encontre de l'action des collectivités territoriales seraient alors naturellement reprochés à l'Etat.

A supposer ce débat tranché, se pose alors la question du déclenchement de la substitution. La définition du moment à partir duquel l'Etat devrait intervenir conditionne l'efficacité et la légitimité de la substitution. Le constat de carence peut être plus ou moins aisé à établir, soit parce que l'inaction n'est que partielle, soit parce que la situation n'est pas connue. Autant il est facile de déterminer des mécanismes de substitution quand il s'agit d'un acte, notamment si celui-ci devait être adopté avant une date déterminée, autant il est complexe de faire face à une défaillance dans la mise en œuvre d'une politique, dont les échéances ne sont pas fixées.

La difficulté de l'utilisation du pouvoir de substitution réside dans l'ajustement entre le respect de la pleine responsabilité des collectivités territoriales compétentes et celui de l'Etat, garant, en vertu de la Constitution, de l'égalité et du respect des lois. A cet égard, il y a lieu d'établir une ligne de partage entre le simple dysfonctionnement et une carence inadmissible. Seule cette dernière appelle le recours à la substitution.

2.2. – Les moyens de mise en œuvre du pouvoir de substitution

La mise en œuvre du pouvoir de substitution peut s'envisager, soit par l'action directe de l'Etat à la place de la collectivité défaillante, ainsi à titre d'exemple, par l'adoption d'un acte, soit par la réquisition de moyens qui lui font défaut. Dans les deux cas, sauf en situation d'urgence, la

mise en œuvre est conditionnée par une mise en demeure préalable de l'autorité défaillante. Les textes et la jurisprudence encadrent fortement l'usage qui peut être fait du pouvoir de substitution, le cas échéant avec réquisition, quant à l'appréciation de la situation de carence et au caractère d'urgence, au but poursuivi, à la durée de l'intervention et aux moyens mis en œuvre. La réquisition est donc d'un maniement délicat et placé sous le contrôle du juge qui, le cas échéant, sanctionnera un usage inadapté. Il ne peut être recouru à la réquisition qu'à défaut d'autre moyen possible d'intervention[39].

En matière de police administrative, les nouvelles dispositions de la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003 élargissent les pouvoirs du préfet en matière de réquisition et précisent les conditions notamment financières de ce type d'intervention. Quand les conditions sont réunies « *en cas d'urgence, lorsque l'atteinte au bon ordre, à la salubrité, à la tranquillité et à la salubrité publique l'exigent et que les moyens dont il dispose... ne permettent plus de poursuivre les objectifs pour lesquels il détient des pouvoirs de police (...) il peut par arrêté motivé, pour toutes les communes du département ou plusieurs ou une seule d'entre elles, réquisitionner tous les biens ou services, 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*[40] ». Ces modifications visent notamment les cas de catastrophes naturelles, industrielles, voire sanitaires. La loi du 18 mars 2003 prévoit l'exécution d'office des mesures prescrites et donne au préfet la possibilité de saisir le président du tribunal administratif pour obtenir le prononcé d'une astreinte à l'encontre de la personne requise qui s'abstiendrait volontairement de remplir ses obligations. Le refus d'exécution de la réquisition constitue par ailleurs un délit. Dans d'autres domaines, par exemple, en matière d'action sociale, le pouvoir de réquisition serait d'un emploi encore plus délicat.

En dehors des situations d'urgence ou d'extrême gravité, qui sont couvertes par d'autres procédures, l'idée a également été évoquée de confier au juge administratif le soin de trancher si la carence de la collectivité justifie l'obligation d'agir sollicitée par le préfet. Le juge prendrait alors le relais du représentant de l'Etat en enjoignant à la collectivité, de faire, éventuellement sous astreinte, ou l'autoriserait à agir au nom et place de celle-ci. Le mérite d'un tel mécanisme est qu'il fait appel à un tiers indépendant. Il présente en revanche d'autres inconvénients.

On voit difficilement le juge, qui n'a pas forcément la compétence et les moyens nécessaires, s'immiscer utilement dans l'action administrative sans même évoquer les problèmes pratiques de délai, pour un avis préalable.

III – REFLEXIONS DE LA MISSION

1) Les deux voies possibles

Dans beaucoup de cas, l'action locale a une traduction financière, susceptible de donner lieu à une demande d'inscription d'office d'une dépense. La mission estime que cette procédure est généralement adaptée et qu'il n'est pas nécessaire de la modifier ou de la compléter. Les développements qui suivent ne portent pas sur des domaines pour lesquels une procédure de ce type suffit.

---

[39] Voir CAA de Bordeaux 16 juillet 1998 qui a estimé illégale l'action du préfet de l'Ariège à propos d'une réquisition de terrains appartenant à un syndicat et des moyens humains et matériels pour aménager un site d'exploitation des déchets ménagers du département, en raison de l'existence d'une autre procédure concernant un autre site.

[40] Article 3 de la loi du 18 mars 2003, relatif à l'article L 2215-1-4 du code général des collectivités territoriales.

Deux voies de définition du pouvoir de substitution peuvent être évoquées : l'institution d'une clause générale ou la fixation de règles particulières par secteur de compétence.

La mission estime difficile de rédiger une clause générale applicable à l'ensemble des champs d'action des collectivités territoriales, compte tenu de la spécificité du pouvoir de substitution. Une telle clause s'avérerait dépourvue de contenu normatif ou d'application difficile, dans la mesure où elle ne pourrait pas énoncer dans quels cas, selon quelles conditions et en application de quelles modalités ou de quels principes le pouvoir serait exercé quel que soit le domaine. Dès lors, un tel dispositif comporterait le risque d'exposer l'Etat à de multiples revendications auxquelles il serait difficile de faire face. L'efficacité de la mesure ne serait donc pas à la hauteur de l'enjeu.

Il appartient aux administrations qui mettent au point un projet de loi de décentralisation, d'examiner l'opportunité d'introduire une clause de substitution, pour le domaine concerné et d'en préciser la portée.

2) L'examen domaine par domaine

La mission a bénéficié des études particulières qui ont été réalisées par chaque inspection dans son secteur de compétence, afin de préciser, domaine par domaine, les extensions possibles du pouvoir de substitution. Cinq secteurs se sont dégagés de cette analyse.

2-1 Police administrative

En matière de police administrative, la mission estime que les dispositions prévues par l'article L 2215-1 du code général des collectivités territoriales complétées par celles de la loi du 18 mars 2003 énoncées précédemment, suffisent pour garantir les contraintes de sécurité.

2-2 Équipement

Les domaines relevant du ministère de l'équipement pour lesquels la décentralisation est déjà intervenue ne soulèvent pas de difficultés et les nouveaux transferts prévus par l'avant-projet de loi de décentralisation ne paraissent pas appeler de dispositions particulières.

S'agissant des routes, l'Etat dispose des instruments nécessaires pour assurer la cohérence des réseaux. Pour le logement social, outre les dispositions déjà en vigueur, les mesures en projet concernant les aides à la pierre relèvent de la délégation de pouvoir par l'Etat et non de la décentralisation ; pour le fonds de solidarité logement, la réforme s'accompagne de mesures d'encadrement. Enfin, en ce qui concerne les grands équipements (ports, aéroports), les transferts envisagés préservent les moyens d'intervention de l'Etat. Il en est de même en matière de tourisme.

2-3 Éducation

En matière d'éducation, il n'y a pas lieu non plus, semble-t-il, de prévoir de nouvelles dispositions autorisant la substitution, le champ étant déjà couvert par la procédure budgétaire et la procédure d'inscription et de mandatement d'office des dépenses obligatoires.

2-4 Secteur sanitaire et social

En matière hospitalière, les projets de décentralisation ne modifient en rien les lois et règlements en vigueur qui donnent un pouvoir de tutelle aux ARH (agences régionales de l'hospitalisation).

En matière de santé, c'est l'Etat qui assure le pilotage de la lutte contre les maladies transmissibles, le cancer, la tuberculose ainsi que les vaccinations ; c'est seulement par convention qu'il peut en confier la délégation aux collectivités territoriales. Il n'y a donc pas lieu à substitution.

Pour ce qui concerne les droits sociaux, notamment le transfert du revenu minimum d'insertion et la création du revenu minimum d'activité, la mission recommande de prévoir la quantification des interventions financières des collectivités territoriales pour les prestations obligatoires, afin que le pouvoir de substitution du préfet puisse intervenir en cas de non-respect de ces obligations.

Dans le champ social, tout particulièrement, pourrait être envisagée une recommandation afin de mettre en œuvre un pouvoir de substitution, au cas par cas, à l'occasion des différents transferts de compétences, notamment lorsqu'il s'agit du versement de prestations ou d'établissements abritant des populations à protéger (personnes âgées et handicapées notamment).

De manière générale, il importerait que les collectivités territoriales aient un contrôle des établissements accueillant les populations à risque. Au cas où elles seraient défaillantes et après mise en demeure, le préfet devrait pouvoir diligenter de tels contrôles avec les agents des services déconcentrés.

2-5 Environnement

Outre les dispositifs existant en matière de police spéciale, la question de l'exercice éventuel d'un pouvoir de substitution dans le domaine de l'environnement se pose principalement au regard de l'application des directives communautaires. La prééminence du droit communautaire s'affirme particulièrement dans le champ du droit de l'environnement, pour lequel les textes communautaires se caractérisent par la précision des normes juridiques et techniques, et par les délais impératifs, relativement courts, donnés aux Etats pour les transcrire et les mettre en vigueur. Certaines directives organisent en même temps des calendriers contraignants pour la réalisation d'objectifs quantifiés qui s'imposent en termes de résultats, eux-mêmes soumis à évaluation.

Or, dans bien des hypothèses, les collectivités territoriales reçoivent compétence pour exercer les politiques environnementales, à travers la conception de schémas intercommunaux, départementaux ou régionaux, puis la réalisation d'équipements permettant d'atteindre les objectifs assignés à la France, comme à tout État membre de l'Union européenne.

Dans le domaine de l'environnement, l'application d'un grand nombre de directives communautaires relève des collectivités territoriales, le plus souvent soumises à un calendrier contraignant. Tantôt les obligations de résultat qu'elles fixent font déjà partie du droit positif, comme en matière de traitement des eaux et d'élimination des déchets, relevant de directives déjà anciennes[41] ; tantôt les directives ont fixé un calendrier venant à échéance prochainement, par exemple en matière de récupération des emballages[42] ; tantôt encore des directives anciennes, pleinement entrées en vigueur, ont été complétées récemment par un nouveau texte fixant des contraintes plus élevées : ainsi des installations d'incinérations des déchets[43], qui devront être conformes aux nouvelles normes en 2005.

Il est toutefois de jurisprudence constante que l'Etat membre répond seul de l'application du droit communautaire et, à ce titre, est condamné en cas de manquement devant la cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.), condamnation assortie le cas échéant d'une astreinte.

De fait, la CJCE condamne régulièrement un État membre pour manquement à des obligations dont les collectivités sont responsables. A titre d'exemple et pour citer seulement des contentieux concernant les autorités françaises, le manquement a été constaté du fait d'un département ne disposant pas d'un plan d'élimination des déchets ménagers, ainsi que d'une région pour l'élimination des déchets industriels spéciaux (CJCE 2 mai 2002, *Commission c/ République française* - aff. C 292.99). La France est actuellement poursuivie pour n'avoir pas soumis à un traitement plus rigoureux les rejets d'eaux d'une centaine d'agglomérations (aff. C 280.02).

Il apparaît donc indispensable que l'Etat se dote des moyens nécessaires pour s'assurer que les collectivités territoriales respectent effectivement les engagements pris à l'échelon communautaire, et dispose, par conséquent, d'une certaine faculté de contrainte. A cet égard, le contrôle de légalité reste insuffisant, puisqu'il ne permet pas d'obliger les collectivités à prendre un acte ou à réaliser un équipement indispensable à la réalisation des objectifs communautaires.

Il ne permet pas de résoudre la contradiction qui peut naître entre le principe constitutionnel de libre administration des collectivités et l'applicabilité directe du droit communautaire qui, notamment en matière d'environnement, fait peser sur l'Etat membre des obligations de résultat, peu fréquentes dans les attributions plus classiques des collectivités.

Ce constat conduit à admettre qu'éventuellement, en cas de carence, l'Etat puisse intervenir à la place de la collectivité défaillante et faire jouer le pouvoir de substitution du préfet. Cependant, manifestement, ce pouvoir de substitution n'est pas exercé pour compenser la défaillance d'une collectivité en allant jusqu'à réaliser pour son compte des travaux ou des investissements lourds,

---

[41] Directive n° 75/442 du 15 juillet 1975 relative aux déchets, directive n° 76/160 du 8 décembre 1976 relative à la qualité des eaux de baignade, directive n° 91/271 du 21 mai 1991 relative aux eaux urbaines résiduaires.

[42] Directive n° 94/62 du 20 décembre 1994, qui fixe un calendrier sur 10 ans pour la mise en place de la récupération des emballages. Cette directive a été transcrite dans le dispositif général relatif aux déchets ménagers, les emballages font partie des plans départementaux d'élimination.

[43] Directives n° 89/369 du 4 juin 1989 et 89/429 du 6 juin 1989 sur la prévention de la pollution par les installations d'incinération de déchets ; directive n° 2000/76 du 4 décembre 2000 sur l'incinération des déchets.

d'une ampleur telle qu'il aboutirait, de fait, à reporter sur l'Etat la responsabilité d'une politique publique qui, de longue date, a été transférée aux collectivités locales, comme c'est par exemple le cas du traitement des eaux et de l'assainissement collectif.

Dans cette hypothèse, l'exercice du pouvoir de substitution se heurte à de nombreux obstacles : difficultés pratiques, compte-tenu de la complexité des équipements ; déresponsabilisation des élus, qui peuvent laisser l'Etat faire à la place de la collectivité ; interrogations juridiques, quant aux conditions de mise en demeure, de réquisition, de prise en charge des dépenses ; peu d'enthousiasme des préfets eux-mêmes, qui, pour ceux que la mission a interrogés, n'ont aucune envie d'être appelés à la rescousse pour des chantiers qui ne relèvent plus des compétences d'Etat ; sans parler de la contradiction - au moins apparente - avec l'approfondissement de la décentralisation.

C'est pourquoi la mission considère :

- que, d'une part, le pouvoir de substitution pourrait être étendu par la loi, au cas par cas, seulement lorsqu'il s'agit de concevoir des plans d'action au niveau intercommunal, départemental, voire régional, ce qui revient à arbitrer entre plusieurs collectivités lorsque des conflits d'intérêts ou une abstention partagée conduisent à une paralysie de la programmation ; l'avant-projet de loi sur la décentralisation traite du pouvoir de substitution, dans le secteur de l'environnement, au regard de l'élaboration d'un seul document : le plan départemental d'élimination des déchets[44].

- mais que, d'autre part, ce pouvoir de substitution du préfet n'est pas, sauf exception, adapté à la réalisation d'équipements lourds dont la responsabilité incombe clairement à une collectivité ou à un groupe de collectivités déterminé. Une solution plus pragmatique et plus adaptée à la logique de la décentralisation consisterait à prévoir plutôt une pénalisation financière des collectivités dont l'inaction, ou l'action insuffisante, est à la source d'une condamnation de l'Etat assortie d'une astreinte. Il y aurait lieu de prévoir une disposition législative spécifique pour l'inscription en tant que dépense obligatoire de la collectivité de la somme correspondante. Un tel mécanisme est déjà prévu dans l'avant-projet de loi de décentralisation en matière de reversement des aides indues aux entreprises, ainsi que pour les conséquences des corrections financières résultant de la gestion des fonds structurels européens.

Le montant souvent important des astreintes prononcées[45] pourrait être un frein à ce mécanisme, lorsqu'il dépasserait les capacités financières d'une collectivité ; c'est pourquoi l'intervention de la chambre régionale des comptes, de plein droit s'agissant de l'inscription d'office d'une inscription obligatoire, présente un intérêt tout particulier, d'une part, pour adapter le montant de la dépense à la situation de la collectivité, et d'autre part, pour répartir entre plusieurs collectivités défaillantes l'amende ou l'astreinte prononcée de façon globale pour la France.

---

[44] Selon le projet, si, après y avoir été invitée, l'autorité compétente n'a pas adopté un tel plan dans un délai de dix-huit mois, l'Etat élabore à sa place ce document. Ce cas de substitution ne porte que sur l'établissement d'un document d'orientation et de programmation, et non sur la prise de décision de travaux ou d'aménagement qui continue à être de la responsabilité de la collectivité concernée. Pour les départements ayant déjà adopté un plan, le pouvoir de substitution porterait sur les mises à jour futures du document.

[45] A titre d'exemple, l'astreinte prononcée par la C.J.C.E., en application de l'article 228 du Traité, à l'encontre de la Grèce, dans une affaire de pollution de cours d'eau, s'élève à 20 000 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires (C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Commission c/ République hellénique*).

Il importerait également qu'un mécanisme d'alerte préalable puisse être mis en œuvre par le représentant de l'Etat, dès qu'il apparaît qu'une collectivité n'agit pas en temps utile, et ce, avant même l'expiration des délais de réalisation mentionnés par les directives communautaires. Simple rappel des échéances dans un premier temps, l'alerte ne deviendrait mise en demeure d'agir, qu'à la réception de l'avis motivé de la Commission ou, au plus tard, lors de la décision définitive du juge communautaire.

Sur l'ensemble de ces préconisations, une étude juridique complémentaire paraît nécessaire ; elle devrait résulter tout particulièrement de la mission actuellement confiée par le Premier ministre au Conseil d'Etat[46].

En outre, au cours de ses déplacements, la mission a recueilli auprès de ses interlocuteurs, notamment des préfectures, un sentiment unanime, au moins pour reconnaître la pertinence de ces questions ; toutefois, aucun dispositif d'organisation n'a été mis en place pour y répondre. Les agents susceptibles d'être concernés, témoignent d'une connaissance limitée des mécanismes et des logiques d'application des directives européennes. Ne sont évoquées de leur part que les disposition nationales de transcription, alors que l'application de la réglementation communautaire constitue un tout.

Le besoin de développer la formation et l'information des agents concernés, tant dans les préfectures que dans les services déconcentrés, apparaît ici tout à fait évident, quelle que soit l'architecture retenue pour faire prévaloir le droit communautaire. La mission souligne l'urgence de mettre en place, au niveau adéquat, un mécanisme d'information et d'alerte des collectivités locales sur leurs obligations résultant des directives européennes. Ce mécanisme passe au préalable par une politique soutenue de formation des agents de l'Etat et des collectivités locales intéressées.

[46] Lettre de mission du Premier ministre en date du 24 mars 2003 sur la responsabilité de l'Etat du fait de manquements des collectivités territoriales à des obligations communautaires.

ANNEXE
Lettre de mission

(1)

Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées

Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité

Ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer

Ministère de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales

Ministère de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche

Ministère de l'écologie et du développement durable

PARIS, le

Le ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales,
le ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité
le ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche,
le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
le ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer,
la ministre de l'écologie et du développement durable,
le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées,
le ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales,
le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire,
et le ministre délégué aux libertés locales

A

Monsieur le chef du service de l'inspection générale de l'administration,
Madame la chef du service de l'inspection générale des affaires sociales,
Monsieur le chef du service de l'inspection générale
de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche,
Monsieur le chef du service de l'inspection générale des finances,
Monsieur le vice-président du conseil général des ponts et chaussées,
Monsieur le chef du service de l'inspection générale de l'environnement,
et Monsieur le chef du service de l'inspection générale de l'agriculture

OBJET : Lettre de mission relative au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire constituent l'une des missions centrales des préfets. La poursuite de la décentralisation en fait l'une des clés de voûte de l'Etat de droit, comme les récents débats parlementaires liés à la révision constitutionnelle en cours l'ont mis en évidence.

Les rapports annuels au Parlement sur le contrôle de légalité et le contrôle budgétaire font apparaître, depuis 1996, un accroissement très important du nombre d'actes transmis par les collectivités locales, soit 7,7 millions d'actes au titre de l'exercice 2000 contre 5,8 millions en 1996.

Cette évolution peut en partie s'expliquer par le développement de l'intercommunalité, résultant de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et de la loi n° 99-586 du 12 avril 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale. En effet, le nombre d'établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre est passé de 466 en 1993 à 2 175 en 2002 auxquels s'ajoutent environ 18 500 syndicats.

L'accroissement du volume des actes rend de plus en plus difficile l'exercice de la mission de contrôle de légalité et de contrôle budgétaire.

Parallèlement, le nombre de recours contentieux rapporté au nombre d'actes transmis n'a cessé de diminuer pendant la même période passant de 1 961 en 1996 à 1 713 en 2000. De même, le nombre de recours rapporté au nombre d'observations a diminué sensiblement pendant la même période passant de 1961 pour 176 420 observations en 1996 à 1 713 pour 173 875 observations en 2000.

Le rôle du conseil et l'efficacité du dialogue pré-contentieux avec les collectivités n'expliquent que pour partie cette tendance.

Nous vous demandons donc de réaliser, en préalable à la recherche de solutions, un état des lieux le plus exhaustif possible des moyens dont disposent les services de l'Etat et des pratiques du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire dans la totalité du champ d'application de ces contrôles (collectivités, budgets, urbanisme, établissements médico-sociaux et de santé, établissements publics locaux d'enseignement, montage des dossiers éligibles aux fonds européens).

Vous vous attacherez par ailleurs à évaluer l'importance, la qualité et la pertinence de la mission de conseil juridique aux collectivités locales exercée par l'Etat sur leurs projets de décision. Vous veillerez également à intégrer dans cette appréciation les diverses initiatives prises pour le renforcement de la fonction juridique de l'Etat (pôles interrégionaux d'appui au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire – pôles juridiques des préfectures, spécialisés ou non, pôles spécialisés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie…).

Enfin, cet audit devra faire état de votre appréciation sur le pilotage d'ensemble du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire, sur sa dimension interministérielle et esquisser des propositions de définition d'une stratégie pour améliorer leur exercice. Un certain nombre de pistes pourraient être explorées à cet égard, par exemple une réduction du nombre des actes obligatoirement transmissibles aux préfets, notamment en matière de fonction publique territoriale et une amélioration qualitative du contrôle des marchés publics des établissements publics hospitaliers.

Les dispositions de la circulaire interministérielle du 23 février 2000 sur le contrôle de légalité en matière de commande publique et la création de pôles interrégionaux d'appui au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire tendent déjà vers cet objectif.

Vous vous attacherez, et c'est aussi le sens de cette mission commune, à apprécier dans quelles conditions le contrôle administratif peut être renforcé par une meilleure association de l'ensemble des services de l'Etat, sous l'autorité du préfet, à son exercice.

Vous nous ferez à cet égard les propositions qui vous paraîtront opportunes et réalistes en terme de structures.

Enfin, vous pourrez également examiner si le pouvoir de substitution de l'Etat, prévu par le législateur dans certains domaines, a pu utilement compléter l'exercice du contrôle de légalité, et les conditions dans lesquelles cette faculté devrait être mise en œuvre dans le contexte de la décentralisation.

Nous vous demandons d'organiser votre mission à partir d'un groupe de travail pluridisciplinaire associant en tant que de besoin les services concernés. L'inspection générale de l'administration du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales assurera la coordination de vos travaux.

Nous souhaitons recevoir les conclusions d'étape de votre rapport pour la fin du mois d'avril 2003, s'agissant de l'état des lieux, et un rapport définitif pour le mois de juin. L'inspection générale de l'administration assurera à cette fin le pilotage général de la mission.

Le développement de la pratique de l'évaluation, qui donnera lieu à des travaux en parallèle de ceux menés pour la mission, fera l'objet d'une proposition distincte du champ du présent audit. L'évaluation peut cependant entretenir des rapports avec le contrôle de légalité qui pourront être intégrés à votre réflexion.

L'ensemble des services de nos départements sont à votre disposition pour cette mission, en particulier la direction générale des collectivités locales et la direction générale de l'administration pour le ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, ainsi que la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et la direction générale de la comptabilité publique pour le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales

Nicolas SARKOZY

Le Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité

François FILLON

Le Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche

Luc FERRY

Le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie

Francis MER

Le Ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer

Gilles de ROBIEN

Le Ministre de l'écologie et du développement durable

Roselyne BACHELOT-NARQUIN

Le Ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées

Jean-François MATTEI

Le Ministre de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales

Hervé GAYMARD

Le Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

Alain LAMBERT

Alain LAMBERT

Le Ministre délégué aux libertés locales

Patrick DEVEDJIAN