HAL
open science

De quelques réflexions en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales

Romain Routier

To cite this version:

Romain Routier. De quelques réflexions en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Bulletin juridique des collectivités locales, 2021, 2, pp.87-94. hal-03653239

HAL Id: hal-03653239

https://univ-pau.hal.science/hal-03653239

Submitted on 27 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chronique

De quelques réflexions en matière de contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales

Introduction

« On ne peut juger des choses que l'on ne connaît pas. »
PLATON, « Les lois », IVe siècle avant Jésus-Christ.

L'idée selon laquelle coexisteraient à côté de l'État des collectivités infra-étatiques dotées de la personnalité juridique a pendant longtemps relevé de l'utopie la plus inatteignable, la France étant présentée comme l'archétype même de l'État centralisé. Les choses ont bien évolué depuis. Sous la Monarchie de Juillet, une lente évolution favorable à un développement des collectivités infra-étatiques a débuté. Pour autant, les préfets veillaient au grain de la centralisation grâce à une arme particulièrement redoutable : la tutelle. Qualifiée d'*« arme donnée au pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées »* [1], la tutelle administrative qu'exerçait le préfet sur les actes adoptés par les collectivités territoriales était sans doute la meilleure illustration de cette puissante centralisation qui caractérisait la France à cette époque [2].

La tutelle a longtemps consisté en un examen portant à la fois sur la légalité de l'acte mais aussi sur son opportunité. Ainsi, un acte adopté par une collectivité, bien qu'étant respectueux des normes qui lui sont supérieures, pouvait être considéré comme inopportun par le représentant de l'État. De surcroît, l'examen qu'impliquait la tutelle de l'État sur les collectivités locales devait s'effectuer *a priori*, c'est-à-dire avant même l'entrée en vigueur de l'acte. Tous les actes émanant d'une collectivité devaient être approuvés par le représentant de l'État avant de s'insérer dans l'ordonnancement juridique. L'État possédait ainsi une véritable mainmise sur l'action publique locale. La centralisation triomphait encore et toujours.

Décriée de par son régime jugé *« vexatoire, complexe et inutile »* [3], la tutelle administrative a finalement fait l'objet d'un adoucissement important (en ce sens qu'elle n'a pas été totalement supprimée [4]). La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 est en effet venue profondément atténuer le régime de la tutelle exercée *a priori* par le préfet sur les actes des collectivités territoriales pour la circonscrire à un *« contrôle juridictionnel a posteriori limité à la légalité des actes »* [5]. En ce sens, ce contrôle *« offre une illustration exemplaire de la persistance du caractère unitaire de la République française, en dépit du choix d'en décentraliser son organisation administrative »* [6]. Par ailleurs, le préfet ne dispose désormais plus que du pouvoir de déclenchement de ce contrôle. *« Il n'intervient plus que comme requérant devant le juge »* [7]. Ainsi, si le représentant de l'État estime qu'un acte qui lui est transmis est illégal, il ne peut que saisir le juge administratif par le biais du *« déféré préfectoral »* [8].

Aujourd'hui, le contrôle de légalité est en souffrance. *« Certains y voient un échec »* [9]. De nombreux actes passent à travers les mailles d'un filet devenu *« une vraie passoire à géométrie variable »* [10]. Malgré les allégements successifs de la liste des actes obligatoirement soumis à contrôle, le compte n'y est pas. Une tentative de modernisation du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales a été engagée par deux circulaires [11], lesquelles ont été accompagnées de quelques modifications législatives pour aboutir à un contrôle de légalité 2.0. L'intelligence artificielle devrait même faire son apparition au sein du contrôle de légalité [12]. Tout cela laisse quelque peu perplexe. Il est l'heure de faire le bilan.

Notre contribution se veut être – sur la base d'une photographie actuelle du contrôle de légalité – une invitation à une réflexion plus profonde sur l'avenir d'un tel contrôle.

D'une part, il semble essentiel d'opérer un constat : celui de la pratique du contrôle de légalité en 2020. Ainsi, malgré le développement de la phase précontentieuse, le contrôle de légalité semble brasser du vent. Légitimement, s'ensuit la question de savoir s'il est nécessaire de réformer en profondeur le contrôle de légalité ou si, en réalité, la situation n'est pas aussi désespérée qu'il n'y paraît. Le constat que nous aurons dressé nous incitera alors – dans un second temps – à proposer des pistes de réflexion.

---

1 R. Maspétiol, P. Laroque, *La tutelle administrative. Le contrôle des administrations départementales, communales, coloniales et des établissements publics*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.

2 V. sur la notion de tutelle : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, 5e édition, Dalloz, p. 703.

3 G. Melleray, « La suppression des tutelles », *in* F. Moderne (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Sirey, 1983, p. 213.

4 V. par exemple, J.-M. Pontier, *L'État et les collectivités locales. La répartition des compétences*, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit public, tome 127, 1978, p. 23.

5 B. Faure, *op. cit.*, p. 704.

6 B. Plessix, *Droit administratif général*, 3e édition, 2020, LexisNexis, p. 289.

7 B. Faure, *loc. cit.*

8 V. sur le déféré préfectoral : P. Combeau, *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales aujourd'hui*, L'Harmattan, 2007.

9 B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 293.

10 B. Poujade, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui », *BJCL* 2013, p. 722.

11 Circ. NOR : MCT/B/06/00004/C du 17 janvier 2006 ; Circ. NOR : IOACA0917418C du 23 juillet 2009.

12 V. l'article dédié sur le site Actuia, « 15 nouveaux projets d'intelligence artificielle vont être expérimentés dans les administrations françaises », 22 juillet 2019.

I. Le constat

« Être en conflit avec ses interlocuteurs,
c'est se condamner à l'inefficacité :
la tutelle s'use si l'on s'en sert. »
J. Rondin, *Le sacre des notables*, Fayard, 1985, p. 78.

Comment s'imagine-t-on la pratique du contrôle de légalité aujourd'hui ? D'aucuns pensent certainement qu'il s'agit là d'un outil redoutable et surtout redouté par les collectivités territoriales. Un outil entièrement dévoué à la préservation de la légalité face aux montages parfois douteux des élus locaux. Finalement un outil au service de l'État de droit. Ceux-là n'auraient pas tort dans le sens où c'est effectivement cet esprit qui a présidé à la mise en œuvre du contrôle de légalité. Pour autant, la réalité est tout autre. Et puisque *« être contesté c'est être constaté »* [13], nous ne pouvions proposer de traitement sans examen préalable.

A. La place prépondérante occupée par le dialogue

Aujourd'hui, le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales ne doit en aucun cas être perçu comme un pouvoir utilisé de manière unilatérale et autoritaire. La réalité se trouve aux antipodes de cette idée reçue. En effet, *« [v]ingt ans après 1982, il n'y a plus le même besoin d'encadrement de la part de l'État »* [14]. Ainsi, le dialogue occupe une place prépondérante dans la pratique du contrôle de légalité. Le conseil et la discussion en constituent les deux formes principales.

1. L'administration préfectorale : un organe de conseil pour les collectivités territoriales

Parce que mieux vaut prévenir que guérir, le meilleur moyen d'éviter tout conflit est d'agir en amont de toute opération de contrôle. Les collectivités ne disposent pas toutes de moyens juridiques suffisants pour faire face aux difficultés qu'elles sont susceptibles de rencontrer au quotidien. Certaines ne possèdent pas de pôle juridique et éprouvent le plus grand mal à appréhender l'univers juridique complexe dans lequel elles essaient d'évoluer. Alors que dans les années qui ont suivi les débuts de la décentralisation les préfectures ont eu tendance à prendre leurs distances vis-à-vis des collectivités, désormais, *« elles ont repris toute leur place dans le conseil »* [15]. La directive nationale d'orientation des préfectures 2016-2018 appelle d'ailleurs à un développement de cette fonction de conseil.
Bien qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que la fonction de conseil représente une part de plus en plus importante de l'activité des services en charge du contrôle de légalité, il est bien difficile d'avancer des estimations chiffrées. L'on estime toutefois que, s'agissant de l'intercommunalité, la fonction de conseil représenterait jusqu'à 80 % de l'activité des services concernés. En ce qui concerne la commande publique, les chiffres fluctuent, allant de 10 % à 60 %. Pour le reste, bien que des indicateurs aient été mis en œuvre pour tenter d'évaluer avec plus de précision la place exacte qu'occupe la fonction de contrôle, les résultats se sont avérés illisibles et peu révélateurs.

2. Le souci constant d'éviter le déféré : le rôle fondamental de la discussion

Le dialogue ne se manifeste pas uniquement au travers des conseils juridiques prodigués aux collectivités. La discussion constitue aussi une modalité du dialogue. À la différence de la fonction de conseil, la discussion interviendra au moment de l'opération de contrôle, et plus précisément lorsque le préfet aura relevé une irrégularité entachant un acte transmis.
Cette étape préalable – et voire même substitutive – au déféré constitue ce que l'on appelle la phase précontentieuse du contrôle de légalité. Qualifiée d'étape *« inquisitoriale du contrôle administratif de légalité »* par certains [16], elle s'est aujourd'hui largement développée. Le déféré constitue un échec pour les autorités préfectorales. Cela signifie qu'elles n'ont pas réussi à établir un dialogue constructif avec la collectivité. La discussion joue alors un rôle fondamental dans le contrôle de légalité.
L'existence de cette phase précontentieuse n'était pas prévue par la loi du 2 mars 1982. C'est dans l'exercice du contrôle de légalité qu'une phase préalable de dialogue est apparue indispensable afin d'éviter tout engorgement du prétoire du juge administratif. La discussion présente en outre des avantages louables. De nombreuses circulaires ont été rédigées depuis 1982 pour inciter les préfets à son développement.
Cet état de fait a attiré l'attention du Conseil d'État qui est intervenu afin de consacrer une telle pratique. C'est ainsi que par une fameuse décision de 1986, le Conseil d'État a estimé qu'une lettre adressée par le commissaire de la République à un maire lui demandant de soumettre à nouveau sa délibération au conseil municipal pour éviter toute illégalité *« doit être regardée comme constituant un recours gracieux qui, ayant été formé dans le délai du recours contentieux, a interrompu ce délai »* [17]. Le Conseil d'État a, par cette décision, implicitement admis l'existence d'une phase précontentieuse et surtout, il a étendu de façon considérable la durée que peuvent prendre les opérations de discussion, puisque l'exercice du recours gracieux interrompt le délai de recours contentieux. Deux ans plus tard, le Conseil d'État viendra accorder un délai supplémentaire au représentant de l'État pour obtenir les documents qu'il estime nécessaires au bon exercice du contrôle [18]. La Haute juridiction a également consacré la marge de manœuvre dont bénéficie le représentant de l'État dans l'exercice du déféré [19]. Enfin, la juridiction suprême de l'ordre administratif est venue préciser le contenu que doit présenter la demande du préfet adressée à la collectivité territoriale pour pouvoir être identifiée par le juge comme étant un recours

[13] V. Hugo, *« Tas de pierres »*, Éditions Milieu du monde, 1901.

[14] B. Landrieu, « L'avenir du contrôle de légalité », *JCP* A 2003, p. 760.

[15] *Rapport sur l'organisation du contrôle de légalité : mission d'audit de modernisation*, IGA, février 2007, p. 12.

[16] E. Aubin, « Contrôle administratif de légalité – Objet et effets », *JCl.* Coll. terr., fasc. 912, § 105.

[17] CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, n° 62470 : Rec., p. 423.

[18] CE S. 13 janvier 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, n° 68166 : Rec., p. 6 ; *RFDA* 1988, p. 282, *AJDA* 1988, p. 142, *RDP* 1988, p. 852.

[19] CE S. 25 janvier 1991, *Brasseur*, n° 80969 : Rec., p. 23 ; *RFDA* 1991, p. 587 ; *AJDA* 1991, p. 351 ; *JCP* G. 1991, 21654.

gracieux. Il doit ainsi être clairement demandé au destinataire qu'il retire ou abroge l'acte litigieux [20]. Au travers de ces jurisprudences, l'on voit se dessiner une volonté claire du juge d'aligner le régime du déféré sur celui du recours pour excès de pouvoir.

B. Une mission à géométrie variable

Le contrôle administratif de légalité des actes des collectivités territoriales tel qu'il est pratiqué aujourd'hui s'est éloigné de ce qu'il était en 1982. Son caractère modulable ressort particulièrement compte tenu de la subjectivisation des critères de contrôle (1), tout comme son aspect largement politique, qui n'a cessé de se renforcer (2).

1. Un contrôle subjectivisé

Depuis 1982 et jusqu'à une date récente, l'immense majorité des actes émis par les collectivités ou leurs établissements publics et soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État devait être contrôlée. Cela représentait un nombre effarant d'actes et la théorie s'est rapidement heurtée à la réalité du terrain. La réalité était que nombre d'entre eux n'étaient pas contrôlés, faute de temps et de moyens humains et matériels [21].

Face à cette situation d'hypocrisie par laquelle l'on demandait aux collectivités de transmettre des actes qui n'étaient que rarement contrôlés, une première solution a été de réduire la liste des actes soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État afin de rendre le contrôle de légalité plus effectif. Ainsi, plusieurs lois se sont succédé pour retirer de nombreuses catégories d'actes de la liste de ceux faisant l'objet d'une transmission obligatoire au préfet. Dans le même sens, plusieurs circulaires définissant des politiques de contrôle ciblées sur les actes identifiés comme « sensibles » ont été rédigées à partir de 2006. Ainsi, par une circulaire du 17 janvier 2006, le ministère de l'Intérieur a demandé à chaque préfet de mettre en place une véritable stratégie locale de contrôle. *« Cette stratégie prendra la forme d'un programme annuel de contrôle, établissant des critères de priorité et déterminant les catégories d'actes les plus sensibles faisant l'objet d'un contrôle plus approfondi »* [22]. Cette stratégie devra être axée autour de priorités nationales que sont la commande publique, la fonction publique, l'intercommunalité et l'urbanisme.

Une seconde circulaire du 25 janvier 2012 a mis en place deux autres niveaux de contrôle. Autrement dit, parmi les actes soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État, *« il conviendra désormais de distinguer trois niveaux de contrôle : les priorités nationales, les priorités locales et les contrôles aléatoires »* [23]. Ainsi, si les premières permettent une harmonisation du contrôle de légalité en ce qu'elles sont les mêmes sur tout le territoire national, les secondes varieront selon les départements. Les priorités locales visent à intégrer dans l'exercice du contrôle administratif de légalité les particularités territoriales, qui varient selon le département donné. L'objectif est ainsi d'aboutir à un contrôle « sur mesure ». La circulaire de 2012 précitée propose de fixer ces priorités locales en fonction des caractéristiques et de la géographie du département ou bien en fonction des irrégularités relevées dans le cadre du contrôle des actes relevant des priorités nationales.

2. Un contrôle politisé

Le caractère politique qui pèse sur le contrôle de légalité découle de la consécration du pouvoir discrétionnaire du préfet en la matière. En 1991, le tribunal administratif de Pau a estimé que la décision du préfet de ne pas déférer un acte n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Cette position a été confirmée par le Conseil d'État [24]. Ainsi, le juge administratif refuse de connaître du refus du représentant de l'État de déférer un acte. La Haute juridiction revient de cette manière sur sa jurisprudence *Marcy* de 1987 par laquelle il a pu estimer que le refus du représentant de l'État de déférer un acte était susceptible de recours [25].

Dès lors, ce dernier disposerait d'un véritable pouvoir discrétionnaire en la matière. S'il incombe au préfet l'obligation d'exercer le contrôle de légalité [26], rien ne l'oblige à déférer un acte, même illégal. Ce pouvoir discrétionnaire s'étend même au-delà de la simple question du recours au déféré puisque le Conseil d'État a reconnu le droit pour le représentant de l'État de se désister en cours d'instance [27]. Toutefois, l'inaction du représentant de l'État est de nature à engager la responsabilité de l'État mais uniquement en cas de faute lourde [28]. Le juge administratif exige donc que l'illégalité entachant l'acte soit manifeste, c'est-à-dire qu'elle ressorte avec évidence des pièces du dossier, de telle manière qu'il soit inconcevable que les services préfectoraux ne l'aient pas décelée. En l'espèce, le préfet de Haute-Corse s'était abstenu de déférer au tribunal administratif les délibérations d'un syndicat de communes *« dont l'illégalité ressortait avec évidence des pièces qui lui étaient transmises, et dont les conséquences financières étaient graves pour les communes concernées »*, et ce, pendant trois années consécutives. C'est d'ailleurs la même position que celle adoptée par le Conseil constitutionnel en 1982. Dès lors, ce sont des considérations d'ordre politique qui vont prendre la place offerte par cette marge de manœuvre. L'acte de déférer est avant toute chose une décision politique. Saisir le juge administratif d'un acte pris par une collectivité, c'est quitter la phase de dialogue pour entrer dans celle de la confrontation avec à la clé une montée une puissance du sentiment de méfiance vis-à-vis des autorités étatiques. Dès lors, il est de plus en plus fréquent que les préfets renoncent à déférer des actes pourtant illégaux, afin d'éviter une telle situation de conflit. Ceci est d'autant plus vrai que la victoire n'est jamais acquise.

---

[20] CE S. 6 décembre 1995, *Préfet des Deux-Sèvres c/ Commune de Neuvy-Bouin*, n° 127841 : Rec., p. 425 ; *RFDA* 1996, p. 328 ; *LPA*, 14 février 1996.

[21] Seuls 21 % des actes reçus ont été contrôlés en 2017.

[22] V. note n° 2.

[23] Circulaire NOR:IOCB1202426C du 25 janvier 2012.

[24] CE S. 25 janvier 1991, *Brasseur*, *op. cit.*

[25] CE 18 novembre 1987, n° 75312 : Rec., p. 371 ; *RFDA* 1988, p. 919.

[26] Cons. const. 25 février 1982, n° 82-137 DC : *AJDA* 1982, p. 303 ; *RDP* 1982, p. 1259.

[27] CE 16 juin 1989, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Belcodène*, n° 103661 : Rec., p. 855 ; *RFDA* 1989, p. 941.

[28] CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, n° 205959 : Rec., p. 395 ; *AJDA* 2001, p. 201 ; *DA* 2000, comm. 243 ; *JCP* G. 2001, 10516.

II. Les pistes de réflexion

« Le droit ne peut toujours être simple
et ne doit jamais être simpliste »
P. Delvolvé, « L'été des ordonnances », *RFDA* 2005, p. 909.

À la lecture de ce constat, la tentation serait grande d'en tirer des conclusions alarmistes. On pourrait être tentés de proposer des solutions radicales pour mettre fin à une certaine « instrumentalisation » d'un contrôle de légalité qui semble se comporter comme un filtre dont les mailles flexibles s'adaptent à la chose politique. On souhaiterait apporter des solutions législatives rapides et fortes à des problématiques dont on sous-estime la complexité. Or, pour reprendre une fameuse formule de Guy Carcassonne, *« [p]lus on légifère, plus on légifère vite ; et plus on légifère vite, plus on légifère mal »* [29].
Il est important de souligner que si la situation actuelle peut sembler insatisfaisante, des efforts notables ont tout de même déjà été engagés. Pour autant, nous l'avons dit, de nombreux actes illégaux passent à travers les mailles du filet. Certains réussissent même à se faufiler alors que leur irrégularité est manifeste. Les déférés sont rares, le représentant de l'État étant particulièrement prudent sur l'engagement d'une telle procédure contentieuse. Identifions les principales causes de ce qui semble être un échec (A) avant de proposer quelques pistes de réflexion (B).

A. L'identification nécessaire des causes

Le contrôle de légalité ne fonctionne pas correctement, c'est un fait. Mais il est inimaginable de penser que cette situation soit la résultante d'une seule et même en cause. En réalité, il apparaît que le bilan que nous venons de dresser est le produit de plusieurs facteurs différents. D'une part, le contrôle de légalité est dispersé (1), d'autre part, il est privé d'une partie de ses outils de travail (2).

1. Un contrôle de légalité dispersé

Le contrôle administratif de légalité des actes des collectivités territoriales présente un aspect largement hétérogène [30]. Cela tient aux méthodes de contrôle – sujettes à variations selon les préfectures – mais aussi aux priorités locales qui sont fixées en fonction des particularités de chaque département. Surtout, le comportement adopté face à une irrégularité est assez imprévisible de par l'influence de la chose politique.
Si le caractère modulable du contrôle peut constituer un avantage en ce qu'il permet d'entretenir les meilleures relations possible avec les collectivités, il n'est pas sans poser de difficultés. Le rapport du sénateur Michel Mercier rendu le 28 juin 2000 pointait déjà du doigt cette inégalité dans l'application du contrôle de légalité [31]. Le risque est donc celui d'une réaction différente selon le territoire ou le corps préfectoral en place. Une illégalité qui conduit à la rédaction d'une simple lettre pédagogique dans une préfecture « A » pourrait conduire à l'exercice d'un recours gracieux, voire d'un déféré, dans une préfecture « B ».
Cette logique reposant sur le principe du *« deux poids, deux mesures »* nous paraît insupportable en ce qu'elle porte une atteinte manifeste au principe d'égalité des citoyens devant la loi. Alors que tout est fait pour assurer le maintien de bonnes relations entre l'État et les collectivités territoriales, une telle différence de traitement pourrait froisser certains élus qui percevraient le déféré préfectoral comme une injustice. *« Ils comprennent mal les différences de traitement et se sentent directement visés par les recours intentés contre les actes des collectivités qu'ils administrent. »* [32]. Le caractère hétérogène du contrôle de légalité est donc source de tensions entre l'État et les collectivités, là où au contraire nous aurions besoin de stabilité et d'apaisement.

2. Un contrôle de légalité privé de ses outils de travail

Le contrôle de légalité est une mission constitutionnelle. Malgré la sacralisation de la tâche, entre 2009 et 2016, ce sont près de 25 % des effectifs en charge du contrôle de légalité qui ont été supprimés. Face à cette première difficulté (a), il a été décidé de renforcer l'expertise juridique des services en charge du contrôle de légalité afin de compenser le manque d'effectifs (b).

a. Un manque inquiétant de moyens humains

Le contrôle de légalité n'aurait aucun sens sans ses agents, dont la mission quotidienne – souvent rébarbative – permet de déceler les irrégularités entachant les actes transmis par les collectivités. Nous avons eu l'occasion d'échanger longuement avec plusieurs d'entre eux. Outre le sentiment de démotivation globalement ressenti du fait de l'inaction fréquente du corps préfectoral face aux irrégularités relevées par les services en charge du contrôle, les agents contrôleurs croulent sous une montagne d'actes dont ils n'atteindront probablement jamais le sommet.
Cette situation n'est pas nouvelle. En effet, le rapport *Mauroy* publié en 2000 dénonçait déjà le manque d'effectifs. La loi du 13 août 2004 a certes réduit le nombre d'actes devant être transmis au préfet par les collectivités, mais elle n'a pas pour autant résolu le fond du problème, à savoir le manque d'agents contrôleurs [33]. Pour ne rien arranger, depuis 2007, dans le cadre de la Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP), a été engagée une réforme de l'administration territoriale de l'État (RéATE) qui s'est notamment traduite par un resserrement des effectifs préfectoraux. Les chiffres parlent d'eux-mêmes : en 2009 ont été recensés 1173 agents en équivalent temps plein affectés au contrôle de légalité. En 2016, ils n'étaient plus que 885 [34], soit une diminution de près de 25 %. Enfonçant le clou, le budget prévisionnel dédié au contrôle de légalité pour l'année 2020 est en forte baisse (-21 % par rapport à 2019). Afin de compenser cette insuffisance de moyens humains, la solution

[29] D. Baranger : *C.*-M. Pimentel : A. Le Divellec, « Entretien avec Guy Carcassonne », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

[30] V. Colloque « Contrôle de légalité : état des lieux », *RLCT*, n° 48, juillet 2009. 1411.

[31] M. Mercier, Rapport d'information n° 447, « Dresser le bilan de la décentralisation et proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales », Sénat, juin 2000, p. 88.

[32] C. Branquart, *op. cit.*

[33] B. Fischer, « La réforme du contrôle de légalité et l'acte II de la décentralisation », *AJDA* 2007, p. 1793.

[34] P.-Y. Collombat, Rapport législatif, Sénat, « Projet de loi de finances pour 2018 : Administration générale et territoriale de l'État », Sénat, novembre 2017, p. 21.

qui semble avoir été adoptée est celle d'une tentative de renforcement de l'expertise juridique des agents en charge du contrôle de légalité.

b. Une volonté de compensation par l'accroissement du niveau d'expertise juridique

Si l'insuffisance des moyens humains est facilement constatable, les carences relatives à l'expertise juridique des services en charge du contrôle de légalité sont plus difficilement identifiables. Elles sont pourtant étroitement liées au déficit de personnel puisque les faibles effectifs obligent à la polyvalence des agents, et donc s'opposent à leur spécialisation. Face au développement exponentiel des services juridiques dans les grandes communes et intercommunalités, les préfectures pouvaient paraître défavorisées. Or, une telle insuffisance d'expertise juridique compromet largement le bon exercice du contrôle de légalité.

Cependant, des efforts louables ont été accomplis. Le rapport *Mauroy* relevait déjà la *« meilleure mobilisation »* des services de l'État, ainsi que *« leur organisation en pôles de compétences interministériels au niveau local »* qui allaient améliorer la qualité et l'efficience de leur mission de conseil auprès des collectivités. Quelques années plus tard, la circulaire du 17 janvier 2006 a permis *« d'inciter les préfets à organiser leurs services dans une logique d'interministérialité et de mutualisation des compétences, tout en insistant en parallèle sur leur tâche d'identification des besoins en formation manifestés par les agents de l'État. »*. La circulaire rappelle à ce titre la faculté dont disposent les services de l'État de solliciter l'avis du tribunal administratif [35]. Plus récemment, en 2017, dans le cadre du Plan préfectures nouvelle génération (PPNG), ont été créés six *Pôles d'appui juridique* (PAJ) permettant une expertise juridique spécialisée au profit des structures préfectorales, l'objectif étant de colmater les quelque 3,6 milliards d'euros de dépenses publiques liées aux contentieux [36], et pourquoi pas, d'aboutir à un *Abogacía General del Estado* à la française [37].

B. Les propositions de solutions apportées

Nous l'avons dit, il n'est pas question ici de tirer à boulets rouges sur le contrôle de légalité. Si la situation n'est pas parfaite, *« l'idéal n'est pas de ce monde »* [38]. Pour autant, il apparaît que certaines améliorations gagneraient à voir le jour (2). Avant toute chose, il convient d'exprimer les raisons qui, selon nous, s'opposent à la suppression du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Cette dernière thèse ressurgit régulièrement dans le débat public (1).

1. Contre la suppression du contrôle de légalité

Une partie de la doctrine soutient la thèse selon laquelle le contrôle de légalité doit être supprimé. Il semble même que cette idée se soit télescopée parmi le personnel politique. Si les arguments soulevés au profit d'une telle suppression du contrôle méritent que l'on y prête attention (a), ils n'emportent cependant pas notre adhésion (b).

a. La diversité des arguments invoqués par les tenants de la thèse visant à la suppression du contrôle de légalité

Si la majorité de la doctrine défend le maintien du contrôle de légalité, certains auteurs ont exprimé des points de vue pour le moins radicaux. C'est ainsi que Nelly Ferreira soutient que la suppression du contrôle de légalité aurait une portée symbolique et constituerait un acte de confiance envers les collectivités [39]. Bernard Poujade résume cette position comme reposant sur *« la croyance en la « vertu juridique » consubstantielle des élus dans leur gestion quotidienne »* [40]. Pourtant, la thèse visant à la suppression du contrôle de légalité semble s'être télescopée dans les plus hautes sphères de l'État.

En effet, récemment, Alain Lambert, ancien ministre du Budget et *« père fondateur »* de la *Loi organique relative aux lois de finances* de 2001, a affirmé vouloir en finir avec le contrôle de légalité [41]. Le contrôle de légalité y est décrit comme faisait partie intégrante des *« vieilles lunes qui entravent toute chance de progrès »*. Pour l'ancien ministre, le contrôle s'est bien trop dégradé pour être viable aujourd'hui. Il *« prend aujourd'hui la forme soit d'une passoire pour les matières non identifiées comme prioritaires, soit d'une louche pour les autres »*. Pour compenser la suppression du contrôle de légalité, l'ancien ministre propose aux collectivités de se saisir davantage du rescrit, jusqu'ici utilisé principalement en matière fiscale.

Dans un discours prononcé le 21 novembre 2007 en guise de clôture du 90e Congrès des maires et présidents des communautés de France, Nicolas Sarkozy – alors Président de la République – déclara son souhait de voir le contrôle de légalité orienté vers la pratique du conseil. Selon lui, l'exercice du contrôle de légalité tend à considérer les élus locaux comme des suspects dont on doute qu'ils puissent élaborer des actes légaux sans être étroitement surveillés. Même son de cloche chez le sénateur Alain Anziani, qui se prononça *« à titre personnel pour la suppression totale du contrôle de légalité »* sur le fondement d'arguments similaires [42]. Pour autant qu'ils soient séduisants, nous ne les partageons pas.

b. La nécessaire préservation du contrôle de légalité

Nous n'identifions à ce jour qu'un seul exemple de suppression du contrôle administratif de légalité en Europe. Il est italien [43] et semble dissuasif car cette mesure semble avoir eu des conséquences financières importantes. De surcroît, *« la suppression du contrôle de légalité a également conduit à une plus grande politisation de la vie locale en raison de la nature même des décisions qui y sont prises depuis cette*

[35] Article R. 212-1 du code de justice administrative.

[36] P. Januel, *Le contentieux de l'État : un problème à 3 milliards*, Dalloz act., 17 octobre 2018.

[37] *ibid.*

[38] D. de Béchillon, « Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel) », *Revue du droit d'Assas*, février 2012, p. 117.

[39] P. Chrétien, N. Ferreira, L. Janicot, *L'État dans ses relations avec les collectivités territoriales*, Université de Cergy-Pontoise, LEJEP, mars 2011, p. 142.

[40] « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui », *BJCL* 2013, p. 722.

[41] A. Lambert, « Supprimez le contrôle de légalité ! », *Gaz. cnes*, Actualité juridique, 21 mars 2016.

[42] Avis n° 106 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi de finances pour 2010, novembre 2009, Sénat, p. 12.

[43] V. R. Allemand, « Les modalités du contrôle administratif des actes locaux dans six États de l'Union européenne », *RFDA* 2008, p. 287.

suppression.» [44]. À notre sens, le contrôle de légalité doit être maintenu, et cela pour plusieurs raisons.

D'une part, parce que le contrôle de légalité des actes des collectivités constitue une mission d'ordre constitutionnel. Il s'agit d'une *«impérieuse nécessité»* en ce que *«la conformité des politiques publiques locales au droit […] est un élément de la qualité de l'action publique»* [45]. Dès lors, pour que le contrôle de légalité soit supprimé, une modification de la Constitution est inévitable. Or, les conditions de révision de cette dernière sont particulièrement strictes, de sorte que – et c'est tant mieux – la Constitution ne peut faire que difficilement l'objet d'une révision. Nous imaginons mal à vrai dire comment le Sénat pourrait soutenir un texte portant suppression du contrôle de légalité des actes des collectivités compte tenu de l'ensemble des rapports d'information qui ont été rédigés sur la question et qui tendent pour la très grande majorité d'entre eux à son maintien. Les Sages de la Rue de Montpensier encadrent d'ailleurs strictement les lois qui portent atteinte au contrôle de légalité : s'il est loisible au législateur d'aménager ce dernier, il ne doit en aucun cas le priver d'effet. Si une loi venait à priver *«l'État, fût-ce temporairement, du moyen d'exercer les prérogatives qui lui sont réservées par l'article 72 (alinéa 3) de la Constitution»*, le Conseil constitutionnel la censurerait, comme il l'a déjà fait [46].

D'autre part, parce que les défenseurs de la thèse de la suppression du contrôle de légalité risquent de trouver sur leur chemin des opposants insoupçonnés : les collectivités elles-mêmes. Celles-ci demanderaient à ce que le contrôle de légalité gagne en efficacité [47]. Alors même que l'absence de déféré engagé par le représentant de l'État ne vaut pas certification de légalité, les collectivités trouvent dans l'exercice du contrôle une certaine sécurité juridique qu'elle ne souhaite pas laisser filer. Le contrôle de légalité constitue de cette façon un outil précieux au service du respect du principe d'égalité entre les citoyens en ce qu'il participe à l'unification du droit sur l'ensemble du territoire national, quelque peu malmenée par le caractère hétérogène du contrôle.

2. Pour de simples ajustements dans la pratique du déféré

L'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités ne doit pas être analysé isolément. Il doit être appréhendé dans une vue d'ensemble, intégrant d'autres données que la seule préoccupation du respect de la légalité. Le contrôle administratif évolue dans un monde où l'exigence de légalité ne peut pas constituer – et ne doit pas constituer – l'unique préoccupation des acteurs locaux. La nécessité d'assurer la continuité du service public et, de manière plus large, l'intérêt général, sont aussi des considérations à prendre en compte. C'est ce que d'aucuns appellent le *«principe de réalité»*. Pour autant, celui-ci ne doit pas justifier des atteintes substantielles à la légalité. Ainsi, un encadrement de l'exercice du déféré peut paraître nécessaire dans certaines hypothèses.

a. La prise en compte essentielle de l'intérêt général dans la pratique du déféré

Le représentant de l'État bénéficie d'un véritable pouvoir discrétionnaire s'agissant du contrôle de légalité des actes des collectivités. S'il est dans l'obligation d'exercer ce contrôle, il n'est jamais obligé de déférer un acte, à moins que celui-ci soit gravement illégal. Ainsi, le préfet bénéficie d'une marge de manœuvre importante. Or, il semble que celle-ci lui a été accordée par le législateur dans un but bien précis : lui assurer un pouvoir d'arbitrage lorsqu'un acte soumis au contrôle met en jeu plusieurs intérêts simultanément. Cet exercice – particulièrement complexe – justifie à notre sens le maintien de l'exigence d'une faute grave pour pouvoir engager la responsabilité de l'État.

L'absence d'obligation de déférer systématiquement les actes illégaux représente pour l'intérêt général une véritable chance. Celui-ci doit tout autant peser dans la balance [48]. La poursuite du respect de la légalité ne doit pas conduire à porter une atteinte disproportionnée à l'intérêt général. Il doit y avoir une certaine cohérence entre la gravité du vice entachant l'acte et les conséquences de l'annulation de celui-ci pour l'intérêt général. C'est exactement la même logique qui a animé le juge administratif en matière de contentieux contractuel. «Cette part d'opportunité [ ] apparaît comme l'élément de souplesse indispensable pour que le système de contrôle soit viable» [49]. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le préfet dans la pratique du déféré lui laisse un pouvoir d'arbitrage des plus précieux qu'il convient de préserver.

Cependant, le préfet n'est pas le seul à prendre en compte l'intérêt général. Le juge administratif a aussi pris acte des conséquences – parfois désastreuses – que peuvent engendrer les annulations qu'il prononce. La logique issue de la jurisprudence *Danthony* a permis un certain rééquilibre [50]. Cette solution – génialement emprunte de subjectivité – opère un équilibre plutôt subtil entre l'impératif de légalité et celui de sécurité juridique. L'intérêt général est également pris en compte en matière de contentieux contractuel, «le juge administratif [ ] n'hésitant plus à mettre en balance l'intérêt des requérants avec l'intérêt général qui s'attache à la poursuite de l'exécution des contrats administratifs en cours» [51].

Dès lors, pourquoi chercher à maintenir un outil similaire au profit du préfet alors que le juge administratif dispose de solutions alternatives faisant de l'annulation une sanction subsidiaire ? D'une part, la réponse est à trouver dans la fonction particulière assurée par le représentant de l'État. Le préfet – de par la nature particulière de sa mission – est le plus à même d'apprécier la balance des intérêts en jeu en ce qu'il est un personnage de terrain et qu'il connaît les dif-

[44] G. Chavrier, «Les répercussions négatives de la suppression ou de la réduction du contrôle administratif de légalité des actes des collectivités territoriales», *Gaz. cnes*, supplément, 7 juillet 2008, p. 251.

[45] C. Ribot, «Le contrôle de légalité exercé par le préfet : entre perfectionnement contentieux et recherche administrative de performance», *RLCT*, n° 78, avril 2012, 2175.

[46] Cons. const. 25 février 1982, n° 82-137 DC.

[47] J. Mézard, Rapport d'information n° 300, *«Prendre acte de la décentralisation : pour une rénovation indispensable des contrôles de l'État sur les collectivités territoriales»*, Sénat, janvier 2012, p. 13.

[48] J.-F. Brisson, «Faut-il réviser le contrôle de légalité ? », *Gaz. cnes*, supplément, 5 mai 2003, p. 246.

[49] Ph. Melchior, *Rapport sur l'audit du contrôle de légalité, du contrôle budgétaire et du pouvoir de substitution*, IGA, juillet 2003, p. 30.

[50] CE Ass. 23 décembre 2011, n° 335033 : Rec., p. 649 ; *AJDA* 2012, p. 195 ; *RFDA* 2012, p. 284 ; *DA* 2012, comm. 22 ; *JCP* A. 2012, 2089.

[51] B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1557.

ficultés traversées par les collectivités locales. D'autre part, le juge administratif ne pourrait absorber le contentieux de masse qui serait généré si le préfet venait à déférer tous les actes présentant la moindre irrégularité. C'est ainsi que le maintien de l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité de l'État en matière de contrôle de légalité est à nos yeux justifié, l'arbitrage réalisé par le préfet entre les différents intérêts en jeu ne constituant pas une science exacte [52]. L'exigence d'une faute lourde afin d'engager la responsabilité de l'État pour carence dans l'exercice du contrôle de légalité nous semble donc constituer un choix raisonnable.

En effet, abandonner l'exigence de la faute lourde en matière de contrôle de légalité reviendrait à abandonner le pouvoir d'arbitrage dont bénéficie le préfet. Si la responsabilité de l'État était susceptible d'être engagée pour faute simple, cela reviendrait à obliger le préfet à déférer tout acte illégal. Le représentant de l'État se muerait alors en un simple serviteur du respect de la légalité. Or, comme nous l'avons démontré, l'intérêt du pouvoir discrétionnaire dont bénéficie le préfet tient dans ce qu'il peut prendre en compte l'intérêt suscité par l'acte soumis au contrôle ainsi que les difficultés que subissent les collectivités territoriales.

Pour autant, le juge n'identifie que rarement une faute lourde commise par l'État dans l'exercice du contrôle de légalité. Dans une affaire évocatrice, le Conseil d'État a cassé l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a considéré que l'abstention du préfet de déférer au juge administratif une délibération d'un syndicat mixte était constitutive d'une faute lourde. En effet, pour les juges du Palais du Luxembourg, cette carence n'était constitutive que d'une faute simple. Précisons que la délibération litigieuse était gravement illégale car adoptée alors que le syndicat était incompétent. La position du Conseil d'État paraît d'autant plus stricte puisqu'à la lecture des conclusions du rapporteur public devant la cour administrative d'appel il apparaît que c'est l'État lui-même qui a incité le syndicat à intervenir [53]. Une réponse à une question écrite d'un député semble bien confirmer cette approche très restrictive [54]. Bien que l'on assiste à un recul de la place occupée par la faute lourde en matière de responsabilité civile administrative, il est peu probable que la jurisprudence fléchisse en matière de contrôle de légalité. Et c'est tant mieux.

Cependant, la responsabilité de l'État pour carence dans l'exercice du contrôle de légalité est si rarement engagée qu'elle ne fait plus peur à grand monde, pas même au représentant de l'État, qui bénéficie ainsi d'une (trop) grande liberté dans l'exercice de son pouvoir d'arbitrage entre les intérêts en jeu. Pour pallier les éventuels abus, il conviendrait de prévoir quelques encadrements de la pratique du déféré.

b. Vers un encadrement de la pratique du déféré ?

Dans son rapport publié en 2003, Philippe Melchior prévenait que le pouvoir d'appréciation dont bénéficie le préfet ne devait avoir pour fondement que le seul intérêt général. Une fois encore, le parallèle avec le contentieux contractuel est intéressant. Dans une décision du 15 mars 2019, le Conseil d'État a annulé un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille par lequel cette dernière a estimé qu'en « *dépit de la gravité des irrégularités affectant la validité de la convention de concession d'aménagement litigieuse, aucune résiliation ou annulation ne pourrait être envisagée du fait de l'atteinte à l'intérêt général que de telles mesures représenteraient.* » [55]. Pour la juridiction suprême, les irrégularités entachant la procédure de passation de la convention – révélant la volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat – constituent un vice d'une particulière gravité. Le Conseil d'État rajoute que « *par leur particulière gravité et en l'absence de régularisation possible, ils impliquent que soit prononcée l'annulation de la concession d'aménagement litigieuse, dès lors que, contrairement à ce qui est soutenu en défense, une telle mesure ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général* » [56]. Cette décision illustre que l'annulation d'un acte entaché d'un vice – même substantiel – ne porte pas systématiquement une atteinte disproportionnée à l'intérêt général. Le préfet ne peut donc pas brandir à tout va l'étendard de la préservation de l'intérêt général pour justifier son refus de déférer un acte illégal.

Ainsi, nous pensons qu'il serait intéressant de prévoir un encadrement de la pratique du déféré. Cette proposition commence à faire son chemin au sein de la doctrine. Certains souhaitent que l'on contraigne le préfet à déférer tout acte illégal en cas d'échec de la phase précontentieuse. Nous ne partageons pas cet avis pour les raisons susmentionnées. D'autres proposent des solutions plus équilibrées à notre sens, comme Christelle Branquart qui suggère de « *définir les hypothèses dans lesquelles la mise en œuvre du déféré préfectoral apparaît indispensable* » [57]. La logique sous-tendue par cette proposition nous paraît plus raisonnable. Elle préserverait ainsi le pouvoir d'arbitrage du préfet tout en jugulant le risque d'abus. La question se pose cependant de savoir sur quels critères fonder cet encadrement de la pratique du déféré. Autrement dit, à partir de quel stade faut-il exiger du préfet qu'il défère l'acte au juge administratif ?

La réponse à nos interrogations pourrait se trouver en partie dans la circulaire du 17 janvier 2006. Celle-ci incite en effet les préfets à « *privilégier l'examen des règles de fond plutôt que des règles de forme en veillant à proportionner le contrôle aux enjeux du dossier.* ». En d'autres termes, la circulaire encourage le représentant de l'État à se concentrer sur le *negotium* de l'acte, c'est-à-dire sur sa légalité interne, plutôt que sur l'*instrumentum* de l'acte, c'est-à-dire sa légalité externe. Ceci n'est pas sans rappeler la jurisprudence *Danthony* que nous évoquions plus haut, et – de manière plus globale – l'actuelle tendance à l'euphémisation des conséquences des vices de légalité externe [58], voire à leur

[52] L. Touvet, concl. sous CE 21 juin 2000, *Ministre de l'Équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, n° 202058 : *RDP* 2000, p. 1257 ; *RFDA* 2000, p. 1096.

[53] E. Paix, concl. sous CAA Marseille 15 avril 2009, n° 07MA03382.

[54] Rép. à la QE n° 19595, *JO* AN, 26 février 2013, p. 2094.

[55] L. Sourzat, « Appréciation d'une mesure d'annulation d'une concession d'aménagement et de ses effets à l'égard de l'intérêt général », *AJDA* 2019, p. 1459.

[56] CE 15 mars 2019, *SAGEM*, n° 413584 : *AJDA* 2019, p. 1459.

[57] C. Branquart, *op. cit.*

[58] V. O. Mamoudy, « Sécurité juridique et hiérarchisation des illégalités dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA* 2019, p. 1108.

extermination pure et simple [59]. Ne serait-il pas intéressant, dès lors, de transposer la logique de la jurisprudence *Danthony* à l'exercice du déféré préfectoral ? Ainsi, si le vice de procédure entachant l'acte soumis au contrôle venait à priver en l'espèce les destinataires d'une garantie ou s'il a été susceptible d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise par la collectivité, il pourrait être imposé au préfet de déférer l'acte.

S'agissant des vices de légalité interne, la notion de *vices d'une particulière gravité*, développée en matière contractuelle, pourrait constituer un fondement intéressant. Le juge du contrat, en application de la jurisprudence *Béziers I* [60], bénéficie d'une large palette de pouvoirs. Pour autant, seules deux catégories d'irrégularités sont susceptibles de justifier l'annulation de la convention, qui constitue la mesure la plus sévère que puisse retenir le juge. La première catégorie renvoie au *« caractère illicite du contenu du contrat »* alors que la seconde est constituée des *« vices d'une particulière gravité relatifs notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »*. On retrouve également cette notion de *vice d'une particulière gravité* s'agissant du contentieux des tiers [61].

La transposition d'une telle notion en matière d'exercice du déféré préfectoral aurait pour avantage d'encadrer le pouvoir d'arbitrage du préfet sans pour autant l'annihiler. Il pourrait être imposé au représentant de l'État de déférer sans discuter les actes dont il estime qu'ils sont entachés d'un vice d'une particulière gravité et lui laisser le soin de jauger de l'intérêt de déférer ceux qui comportent des irrégularités moins graves.

Le constat peut en dérouter plus d'un : l'exercice du contrôle de légalité est fluctuant, le préfet refuse très souvent de saisir le juge administratif en cas d'illégalités, de moins en moins d'actes sont contrôlés et les moyens dont disposent les services en charge du contrôle se réduisent comme peau de chagrin. Finalement, seul le développement de la phase précontentieuse semble éclairer ce sombre tableau. Cependant, et bien qu'il soit tentant de céder face à l'évidence, il nous semble dangereux de vouloir renverser totalement le système actuel. En réalité, le contrôle de légalité est bâti sur un équilibre subtil entre défense de la légalité et préservation de l'intérêt général qu'il convient de protéger. ■

Romain ROUTIER
Doctorant en droit public
Chargé d'enseignement vacataire

[59] CE 18 mai 2018, *CFDT Finances*, n° 414583 : Rec., p. 187 ; *AJDA* 2018, p. 1206 ; *RFDA* 2018, p. 649.

[60] CE 28 décembre 2009, n° 304802 : Rec., p. 509 ; *AJDA* 2010, p. 142 ; *RFDA* 2010, p. 506 ; *JCP* A. 2010, 2072 ; *RDP* 2010, p. 553 ; *RJEP* 2010, comm. 30 ; *CMP* 2010, comm. 123.

[61] CE 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304802 : Rec., p. 117 ; *AJDA* 2011, p. 670 ; *RFDA* 2011, p. 507 ; *JCP* A. 2011, 2171 ; *CMP* 2011, comm. 150 ; *RJEP* 2011, comm. 44.