JEAN-CLAUDE HÉLIN

Les contrôles sont-ils efficaces ?

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ET LE JUGE ADMINISTRATIF

A l'occasion des débats parlementaires, le nouveau mode de contrôle de légalité des actes locaux avait suscité chez les élus la crainte d'une « tutelle des juges »[1]. Le Ministère de l'Intérieur, une partie de la doctrine et les membres des juridictions administratives soulignaient au contraire l'importance de la mission dont ces dernières étaient investies, en même temps que s'exprimait la crainte d'une explosion du contentieux à laquelle elle n'aurait pu faire face[2].

Dix ans après, les craintes se sont dissipées pour ne plus laisser place qu'à une interrogation plus sereine sur le rôle du juge administratif dans le processus de décentralisation et sur l'efficacité de son contrôle. A défaut d'une réponse imposée par l'évidence il faut partir d'un constat, celui du faible nombre de déférés préfectoraux (I), s'interroger ensuite sur le point de savoir si, à défaut d'être beaucoup saisi, le juge administratif est utilement saisi (II), enfin tenter de cerner quel rôle lui est, ou peut encore lui être dévolu dans le cadre du contrôle de légalité (III)[3].

1. Cf. A. Delcamp, *Le Sénat et la décentralisation*, Ed. Economica, 1991, p. 163 s.

2. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 4e éd., p. 272.

3. Il faut en effet rappeler que le rôle du juge administratif en matière de contrôle de la décentralisation dépasse très largement, parce qu'il concerne d'une façon générale le rapport du juge et des élus, celui qui lui est imparti dans le cadre pourtant très élargi du contrôle de légalité, qui concerne pour l'essentiel, à propos du respect de la légalité, les rapports du préfet avec les élus locaux.

I. UN JUGE PEU SAISI

I.1. *Le constat*

Les rapports annuels du Gouvernement au Parlement sur le contrôle *a posteriori* montrent à la fois l'ampleur et la rapidité avec lesquelles les équilibres se sont opérés entre la dimension administrative du contrôle de légalité et sa dimension juridictionnelle. Dès les premières années d'observation la crainte de voir le juge submergé par la vague des recours s'éloignait : en 1983-1984[1], 1 293 déférés préfectoraux étaient déposés pour plus de 2 900 000 actes transmis (soit 0,44 % de ceux-ci), représentant environ 1,64 % du nombre total des recours enregistrés par les tribunaux administratifs pour la même période. En 1985-1986, pour plus de 3 700 000 actes transmis, 1 753 déférés étaient déposés (soit 0,46 % des actes transmis). Par la suite, et malgré les effets des transferts de compétences qui ont fait passer le volume des actes transmis de 4 000 000 en 1987 à près de 5 000 000 en 1989, le nombre de déférés préfectoraux semble entrer dans une phase de stabilisation en valeur absolue (1 765 en 1988, 1 618 en 1989), et de stabilisation dans la décroissance en valeur relative puisqu'il reste constamment inférieur à 0,40 % des actes transmis (0,27 % en 1987, 0,38 % en 1988, 0,32 % en 1989). Encore faut-il corriger ces chiffres par celui du nombre très élevé des désistements en cours d'instance qui affectent en moyenne 30 % à 40 % du nombre des déférés (312 en 1987, 406 en 1988, 418 en 1989), en sorte que le volume des actions contentieuses définitivement soumises aux tribunaux administratifs (recours moins désistements) est passé de 1 359 en 1988 à 1 200 en 1989, soit une diminution de 11 %.

Comparativement le nombre d'observations sur la légalité émanant des services administratifs de l'Etat est à la fois considérable et en progression rapide à la faveur des transferts de compétences : 88 000 observations en 1984, 91 000 en 1987,

1. Jusqu'en 1986 les statistiques publiées par la Direction générale de Collectivités locales portaient sur une période allant du 1er avril au 31 mars. A partir de 1986 elles seront établies sur la base de l'année civile. Si le nombre des déférés, comme celui des désistements, peut être connu à quelques unités près (il n'y a en effet que de légères discordances entre les chiffres du Ministère de l'Intérieur et ceux du Conseil d'Etat), celui des actes transmis résulte d'une évaluation du ministère de l'intérieur et constitue un ordre de grandeur.

111 000 en 1988, 132 000 en 1989, soit en moyenne 2,5 % à 3 % des actes transmis. Ce n'est sans doute pas beaucoup, mais ces chiffres sont à rapprocher de ceux des déférés. De ce point de vue il y avait 54 fois plus d'observations sur la légalité que de déférés en 1984, 80 fois plus en 1989.

Au-delà de ce constat la plus grande prudence s'impose quant à l'interprétation de ces données.

I.2. *Les vraies-fausses explications*

En eux-mêmes ces chiffres ne disent en effet rien de très pertinent sur le fonctionnement du contrôle de légalité et notamment sur son efficacité. On peut en effet tout aussi bien soutenir que ce contrôle fonctionne bien parce qu'il y a peu de recours ou qu'il fonctionne mal précisément parce qu'il y en a trop peu. Ils ne disent rien non plus de très sérieux sur le respect de la légalité par les autorités locales. Dans sa version très « située » le rapport du Gouvernement au Parlement souligne rituellement que le faible nombre de recours « s'explique notamment par le souci des autorités locales de prendre des décisions conformes à la légalité »[1]. On peut tout aussi bien lui opposer que le faible nombre de déférés confirme que de nombreuses illégalités, bien que détectées par les services, ne font l'objet d'aucun recours de la part des préfets. Il faut en effet beaucoup de naïveté et une grande méconnaissance de la très réelle complexité des règles de droit pour imaginer que, dans les sept départements où, en 1989, il n'y a eu aucun déféré, ou bien aucune irrégularité n'a été décelée, ou toutes celles qui l'ont été ont donné naissance à un retrait ou à une réformation de l'acte en cause. Un tel exploit mériterait à coup sûr que soit délivrée à ces préfets et aux élus, dans leur ensemble, une distinction pour la qualité de leur expertise juridique et pour leur civisme[2]. Le ministère de l'intérieur se garde fort judicieusement d'en tirer cette conclusion.

Il faut également éviter de surestimer l'impact des arguments techniques qui sont invoqués pour expliquer ce que le rapport lui-même appelle « les faiblesses du contrôle de légalité ». Toutes les enquêtes révèlent en effet les difficultés proprement administra-

1. 8e rapport, année 1989, p. 33.
2. Il faudrait y associer les 33 départements où le nombre des déférés est égal ou inférieur à 5.

tives de ce contrôle, notamment au niveau des sous-préfectures[1] : nombre particulièrement élevé d'actes transmis, documentation juridique insuffisante ou incomplète, personnels peu nombreux et dont les efforts en matière de formation ne permettent pas toujours de traiter la complexité des questions juridiques qui leur sont soumises. Cette réalité est incontestable et des améliorations sur ce point sont possibles et évidemment souhaitables. Pour autant elles permettraient sans doute une détection plus complète et plus fine des illégalités mais probablement pas un accroissement du nombre de saisines du juge. Le problème est en effet ailleurs, dans le déplacement quasi irréversible du contrôle de légalité vers son amont, le contrôle administratif du préfet et de ses services, et non vers son aval, le contrôle du juge administratif.

Il ne s'agit pas de l'expression d'un regret, car l'accroissement du nombre de déférés ne peut évidemment être un objectif en soi (pas plus d'ailleurs que sa réduction), mais d'un constat, celui de la place extraordinairement privilégiée de la phase précontentieuse dans le processus de régulation des rapports Etat-collectivités locales généré par la décentralisation, et des questions qu'il pose au regard du contrôle de légalité.

I.3. *Eviter les recours inutiles ou éviter le juge ?*

La question n'est pas totalement incongrue lorsque l'on constate qu'en 1989, dans 7 départements, il n'y a eu aucun déféré préfectoral et dans 50 autres moins de 10 déférés. Cette préférence pour le dialogue et la régulation précontentieuse n'est évidemment pas une anomalie. Elle amène simplement à s'interroger sur les raisons de cette situation, et sur la réalité que recouvre aujourd'hui la référence au contrôle de légalité.

Si la loi du 2 mars n'est pas très explicite sur ce point, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur le souhait du législateur de créer les conditions d'un dialogue préalable, et dans la circulaire adressée aux préfets le 22 juillet 1982 le ministre de l'in-

1. Voir notamment « Décentralisation et régulation juridictionnelle », rapport établi en novembre 1985 par le Centre de Recherches sur les Institutions publiques de Lyon pour le compte du Commissariat général dn Plan, et Ph. Terneyre, « Le contrôle de légalité des marchés publics locaux : essai d'évaluation », rapport pour le même Commissariat, comité « droit, changement social et planification », publié dans *Les Petites Affiches* du 15 février 1991, p. 4. On pourra également se reporter au numéro spécial de la *Revue de Science administrative de la Méditerranée occidentale* consacré au contrôle juridictionnel des collectivités territoriales, n° 16-17, publié en 1987 par l'IRA de Bastia.

térieur insistait sur le fait que l'objet de ce dialogue était d'obtenir la réformation ou le retrait de l'acte en cause, ajoutant « ce n'est que si l'autorité locale intéressée ne prend pas les mesures nécessaires qu'il vous appartient de saisir le juge administratif ». La mise en œuvre de cette recommandation a été sérieusement renforcée par la jurisprudence du Conseil d'Etat dont une des préoccupations a consisté à la fois à allonger la durée de la phase de négociation et à accroître la liberté de manœuvre du préfet. Il a ainsi jugé que le déféré préfectoral était prorogé par les observations adressées aux autorités locales, dès lors qu'elles étaient faites dans les deux mois de la transmission d'un acte, assimilant ainsi ces dernières, quel qu'en soit l'objet, à un recours gracieux[1] ; puis que ce même délai était prorogé par les demandes de transmission de documents annexes nécessaires à l'appréciation de la légalité quand elles étaient effectuées dans le délai de deux mois[2]. Il a enfin jugé que l'obligation législative d'informer les élus de l'existence d'un recours et des illégalités dont l'acte lui paraissait entaché n'était pas prescrite à peine d'irrecevabilité de ce recours[3], et dans une décision récente, la section du Conseil d'Etat n'a pas hésité à revenir sur une jurisprudence antérieure, pour déclarer irrecevable le recours d'un particulier contre le refus du préfet de déférer au tribunal administratif un acte incontestablement illégal[4].

Cette jurisprudence a été évidemment très bien accueillie par les élus. Le rapport Hoeffel souligne que « la reconnaissance par la jurisprudence du Conseil d'Etat d'un dialogue entre le préfet et les autorités locales, et d'une pratique extracontentieuse de concertation et d'échange sur la légalité des actes, explique, dans une large mesure, le jugement globalement positif porté par les élus locaux sur le contrôle de légalité »[5]. Elle ne pouvait que recevoir l'assentiment de l'ensemble du corps préfectoral. On sait que, dans l'ensemble, ce corps est plus préoccupé par l'action que par le contrôle et se montre très soucieux de maintenir des relations de qualité avec les élus. Dans un contexte où la part de son action directe se

1. CE, 18 avril 1986, COREP d'Ille-et-Vilaine, *RFDA*, 1987, p. 206, concl. Roux.
2. CE, sect. 13 janvier 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, *RFDA*, 1988, p. 282, concl. Roux.
3. CE, 24 avril 1985, Ville d'Aix-en-Provence, *RFDA*, 1985, p. 527, concl. Dondoux.
4. CE, sect. 25 janvier 1991, M. Brasseur, *RFDA*, 1991, p. 593, concl. Stirn, note J.-C. Douence.
5. Cf. le rapport d'information du sénateur Hoeffel au nom de la mission d'information chargée d'évaluer le déroulement et la mise en œuvre de la politique de décentralisation ; Doc. Sénat, annexe au PV de la séance du 27 mars 1991, n° 248.

réduisait sensiblement il ne pouvait trouver une compensation dans la saisine du juge administratif qui, en raison du changement des règles du jeu opéré par la décentralisation, pouvait par ailleurs présenter pour lui plus d'inconvénients que d'avantages.

Au regard de l'exercice du contrôle de légalité la situation actuelle appelle deux séries d'observations.

• Il faut définitivement abandonner l'idée qu'à la faveur du mouvement de décentralisation le législateur aurait substitué au contrôle administratif qu'était le contrôle de tutelle un contrôle juridictionnel de la légalité. La situation est à la fois différente et plus complexe. Mais l'ampleur de la régulation administrative par les services de l'Etat et la faiblesse du nombre de déférés correspondent à une tendance lourde observable dès la première année de fonctionnement du contrôle de légalité, et l'on voit mal comment le consensus établi autour de ce mode de régulation pourrait être remis en cause. En ouvrant entre le préfet et les élus la possibilité d'un dialogue le législateur n'avait sans doute pas envisagé que le recours au juge soit ainsi, et sauf exception (cf. *infra*), relégué à la marginalité. Pour les juridictions du premier degré c'est aussi sans doute la fin des quelques — rares — illusions entretenues sur l'idée que le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales serait une « mission » dont ils seraient les « gardiens » ou les « garants ». Les quelques tentatives faites par certains tribunaux administratifs pour limiter la marge de liberté du préfet au nom du respect de la légalité, notamment en ne donnant acte d'un désistement que si ce dernier était réellement provoqué par la correction juridique de la réformation ou par une erreur d'appréciation sur la légalité, ont été très rapidement abandonnées[1].

• Derrière l'unicité de la qualification il n'y a pas un, mais deux contrôles de légalité réellement mis en œuvre, et qui ne se différencient pas seulement, même si les données quantitatives ne sont pas négligeables, par leur fréquence d'utilisation.

— Le premier est un contrôle administratif de la légalité exercé par les services de l'Etat et par les préfets. Si ce contrôle n'est plus un contrôle *a priori* en ce qu'il ne permet plus au représentant de l'Etat de paralyser les effets juridiques d'une décision locale, il n'est plus non plus franchement un contrôle *a posteriori* mais plutôt un contrôle concomitant en raison de sa proximité temporelle avec la décision

1. Ce fut le cas des tribunaux de Lyon et de Poitiers. Le débat noué dans les revues juridiques entre les présidents Chabanol et Lévy (*AJDA*, 1984, p. 570, et *AJDA*, 1985, p. 136) révèle bien l'opposition des conceptions du rôle du juge administratif en matière de contrôle de légalité tel qu'il pouvait s'exprimer à l'époque.

concernée. C'est sans doute en partie à cet aspect qu'il doit à la fois son efficacité et son succès. Le seul véritable contrôle *a posteriori* est celui exercé par le juge administratif à la suite d'un déféré préfectoral. Par ailleurs, et bien qu'il soit fortement articulé sur le plan juridique avec le recours juridictionnel, le contrôle administratif, parce qu'il débouche rarement sur l'exercice d'un déféré, doit de plus en plus être traité comme un contrôle en soi et non s'analyser comme le simple pouvoir de saisir le juge administratif.

— Ce contrôle administratif de la légalité ne saurait s'analyser non plus en un simple « dialogue » entre le préfet et les élus. Il s'agit en effet d'un véritable pouvoir qui est conféré au préfet. Beaucoup plus large dans son champ d'application que l'ancienne tutelle par l'étendue des actes transmissibles, il est moins rigoureux en ce qu'il ne s'accompagne plus du pouvoir de paralyser leurs décisions. Mais sa discrétionnalité, consacrée par le Conseil d'Etat dans la jurisprudence Brasseur, en renforce considérablement le contenu en même temps qu'il en accroît l'ambiguïté au regard de la légalité. Pourquoi en effet le préfet, qui est désormais juridiquement libre, en application de cette jurisprudence, de ne pas déférer un acte illégal à la demande d'un tiers, ne le serait-il pas lorsqu'il agit de sa propre initiative à la suite d'une information de ses services ? Dans quelle mesure désormais la responsabilité de l'Etat pourrait-elle être engagée pour un refus de déférer qui ne peut plus être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir alors que la responsabilité de l'Etat pouvait autrefois être engagée, certes sur la seule base de la faute lourde, pour défaut d'utilisation de ses pouvoirs d'autorité tutrice ?

Pour la première fois sans doute avec les lois de décentralisation, ce pouvoir a la légalité pour seule référence et pour seule légitimité. Mais le respect de la légalité qui justifie de façon exclusive le déclenchement du contrôle n'en détermine pas aussi nettement le résultat. A la différence de ce qui se passe dans le cadre du contrôle juridictionnel le respect de la règle de droit constitue simplement pour le préfet la toile de fond d'une négociation qui intègre bien d'autres éléments, de nature politique, économique ou sociale dont il a également la charge[1]. Tel qu'il se présente aujourd'hui le contrôle administratif de la légalité présumée se caractérise par le pouvoir reconnu au préfet de négocier dans un espace qui est défini par la distance entre l'illégalité identifiée et la légalité, et dont le

1. Cf. J.-C. Hélin, La régulation administrative du contrôle de légalité et le droit, *RFDA*, 1987, p. 765 s.

mouvement a toujours pour objet (et généralement pour effet) de ramener la décision locale vers plus de légalité.

Ce pouvoir inclut donc nécessairement la possibilité de transiger avec la règle de droit. Il s'agit là d'un pouvoir traditionnel du préfet qui n'est pas choquant en soi lorsqu'il s'agit d'adapter des règles générales à des situations personnelles, et ce pouvoir ne lui avait guère été contesté lorsqu'il exerçait ses pouvoirs juridiques d'autorité tutrice. Il devient beaucoup plus ambigu dès lors que sous la même qualification « contrôle de légalité » il conduit à admettre qu'il y a en réalité deux légalités, la légalité du préfet (qui dans le cadre du contrôle administratif peut être à géométrie variable) et la légalité du juge, qui n'ont pas nécessairement le même contenu. Le fait que le juge soit peu saisi ne peut d'ailleurs qu'accroître la perplexité des juristes à l'égard d'un système de contrôle qui, bien qu'ayant la légalité pour objet a plutôt tendance à priver celui qui, en cas de doute, a vocation à en déterminer le contenu, de la possibilité de le faire, au bénéfice d'un autre système de contrôle qui a vocation à privilégier l'arrangement sur le respect du règlement. Cet évitement larvé du recours au juge par le préfet renvoie à la crainte exprimée lors des débats parlementaires que l' « autorité (des juges) ne soit pas plus respectueuse de la liberté locale que l'intervention généralement tolérante des préfets »[1]. Cette ambiguïté serait pour partie levée s'il apparaissait qu'à défaut d'être souvent saisi le juge était utilement saisi. Sur ce point la situation actuelle est également très contrastée.

II. UN JUGE UTILEMENT SAISI ?

Cet aspect plus direct de l'efficacité du recours au juge dans le cadre du contrôle de légalité doit être envisagé à la fois sous l'angle de l'objet des litiges, de leur durée, de l'adaptation des techniques de contrôle, ainsi que de l'exécution de ses décisions.

II.1. *L'objet des recours*

Les statistiques relatives à l'objet des déférés préfectoraux ne donnent que des informations très fragmentaires sur l'efficacité du recours au juge. Elles ne constituent que des indications de tendance permettant de formuler quelques hypothèses. Elles doivent en premier lieu tenir compte du fait qu'en l'absence d'autosaisine,

1. Cité par A. Delcamp, *op. cit.*, p. 162.

le juge administratif n'a aucune maîtrise des situations sur lesquelles il est appelé à se prononcer. Par ailleurs elles révèlent que certains secteurs de compétences décentralisées font effectivement l'objet de recours, d'autres pas, sans que l'on puisse affirmer avec certitude que leur absence correspond à un plus grand respect de la légalité par les autorités locales, et leur multiplication à des domaines où les élus chercheraient plus systématiquement à s'en affranchir.

Quantitativement, et pour l'essentiel, les tribunaux administratifs sont appelés par les préfets à participer à la surveillance de la légalité dans trois secteurs qui représentent à eux seuls, pour l'année 1989, 80 % des déférés préfectoraux, avec de très importants déséquilibres entre ces trois secteurs. Près de 60 % d'entre eux concernent la seule fonction publique territoriale (ce chiffre avait atteint 71 % en 1988), viennent ensuite les déférés relatifs au domaine de l'urbanisme, 17 % (dont 80 % sont relatifs au permis de construire), enfin ceux relatifs aux contrats et marchés, 10,5 %. Le fonctionnement des institutions (2,26 %), les finances publiques (2,22 %), et la police administrative (1,5 %) sont des domaines où, globalement, le juge administratif est très peu saisi par les préfets.

Le contentieux de la fonction publique territoriale offre un très bon exemple des difficultés de l'interprétation de ces chiffres. S'appuyant sur son importanee quantitative, le rapport du Gouvernement au Parlement souligne que « certaines collectivités ressentent comme une contrainte inutile les règles régissant le recrutement et l'avancement du personnel territorial »[1]. L'observation n'est sans doute pas inexacte, mais on peut tout aussi légitimement expliquer l'importance du nombre de déférés par la conjonction de plusieurs autres facteurs qui sont probablement plus décisifs, comme les instructions d'un ministère de l'intérieur légitimement soucieux de veiller aux équilibres généraux entre la fonction publique territoriale et la fonction publique de l'Etat, la vigilance spontanée des services dans la détection des illégalités conjuguée avec la nécessité dans laquelle se trouve le préfet de maintenir un minimum de paix sociale au sein de son propre personnel. L'importance de ce contentieux des situations individuelles et des rémunérations prend alors, et sans que s'attache à cette qualification une connotation dépréciative, une dimension plus « corporatiste ».

A l'inverse on ne peut soutenir que l'absence désormais quasi

1. Rapport précité, p. 40.

totale de déférés dans le domaine de l'intervention des collectivités locales auprès des entreprises s'explique par le souci des élus de respecter la légalité. Il existe en ce domaine tout au contraire un consensus à peu près général pour reconnaître l'obsolescence d'une grande partie du dispositif législatif en sorte que pour éviter la multiplication des illégalités le Gouvernement a pris l'initiative de le modifier. Mal accueilli au Sénat, le projet déposé en octobre 1989 est toujours en attente sur le bureau de l'Assemblée nationale. A l'inadaptation des textes[1] s'ajoute ici le fait qu'à de très rares exceptions près, les préfets ne saisissent pas le juge administratif dans un domaine où, quelle que soit leur légalité (ou leur efficacité), l'intervention des élus s'appuie sur les préoccupations de développement économique et de défense de l'emploi.

II.2. *La durée des litiges est-elle excessive ?*

La lenteur de la justice d'une façon générale, et celle de la justice administrative en particulier, est constamment dénoncée et constitue une des raisons, très largement invoquées lors des débats parlementaires, pour expliquer les réticences à l'égard du recours au juge dans le cadre du contrôle de légalité. Cette lenteur n'est cependant ni une fatalité ni tout à fait une réalité, et ce leitmotiv pourrait s'avérer de moins en moins fondé, malgré la permanence des critiques formulées sur ce point par les préfets et les élus, en raison des efforts spontanés du juge et des évolutions possibles du droit.

De façon assez générale les tribunaux administratifs ont en effet tendance à accélérer le jugement des affaires qui leur sont déférées par les préfets dans le cadre du contrôle de légalité. La première enquête réalisée par les chercheurs du CRIP[2] avait mis en évidence la réalité de ce phénomène et souligné le fait que la plupart des déférés préfectoraux étaient jugés dans un délai inférieur ou égal à un an, ce qui correspond au délai dans lequel les tribunaux administratifs tranchent généralement les affaires dont ils estiment qu'elles doivent recevoir une solution rapide. Cet alignement spontané des déférés sur le régime appliqué aux affaires considérées comme urgentes révèle la

1. Cf. sur ce point les observations de J. Ravanel, *in* Les pouvoirs des collectivités locales en matière d'aide aux entreprises, *EDCE*, 1989, notamment p. 183 s.
2. Décentralisation et régulation juridictionnelle, précité.

priorité généralement accordée à ce genre de recours dans l'établissement des rôles. Mais les garanties offertes par la procédure juridictionnelle, et qui excluent toute justice expéditive, ne permettront sans doute pas d'aller beaucoup plus loin en matière de délai de jugement, du moins pour les jugements au fond.

Conscient de cette difficulté, et dans le souci de rendre plus efficace le recours au juge, le législateur s'était efforcé dès 1982 d'y remédier en introduisant deux régimes particuliers de procédures d'urgence.

La première concerne la possibilité tout à fait exceptionnelle reconnue au juge administratif d'ordonner, dans le délai très bref de 48 heures, le sursis à exécution des décisions des autorités locales « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Le régime de ce sursis est organisé précisément pour que la demande soit très rapidement jugée par un juge unique statuant par voie d'ordonnance. Cette procédure n'est pas seulement « une curiosité pour les juristes »[1], mais elle n'a évidemment pas vocation à faire l'objet d'une application fréquente. Elle est cependant régulièrement demandée, et régulièrement accordée par les tribunaux administratifs : 17 demandes et 17 octrois en 1987, 18 demandes et 4 octrois en 1988 ; 11 demandes et 11 octrois en 1989. Il faut simplement rappeler que ces derniers ont été vigoureusement rappelés à une interprétation stricte de la notion de liberté publique ou individuelle par le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat dont les trois premières ordonnances ont censuré les sursis accordés par les juridictions du premier degré[2]. Mais cette interprétation laisse encore ouverte la voie à une utilisation intéressante de cette procédure exceptionnelle en matière de police administrative. C'est sur la base de cette procédure que le tribunal administratif de Strasbourg, dans une décision du 12 février 1989, a pu suspendre, à la demande du préfet, l'application de l'arrêté du maire d'une commune de la Moselle qui, faute d'avoir pu obtenir d'une entreprise une contribution en vue de la réfection d'une chaussée dégradée empruntée par les camions de

1. Cette vigoureuse appréciation est formulée par F. X. Aubry et C. Lepage-Jessua, Les juges administratifs face à la décentralisation, *AJDA*, 1984, p. 371 s.

2. Il a notamment jugé dans l'affaire commune de Sarcelles du 2 juillet 1983 que l'accès à la fonction publique n'était pas une liberté individuelle, et, dans une décision de la même année, que le blocage par l'Assemblée de Corse des travaux qu'EDF voulait faire exécuter pour réaliser la centrale de Vazzio ne constituait pas une atteinte à la propriété et à la liberté de l'établissement public (25 février 1983, Assemblée de Corse).

cette entreprise en avait interdit la circulation aux véhicules de plus de 10 t, privant celle-ci de la possibilité d'utiliser la seule voie d'accès à cette entreprise[1].

C'est le recours à la procédure de sursis « allégé » (en ce que le préfet, à la différence des particuliers qui le demandent, n'a à démontrer que l'existence d'un moyen sérieux et pas d'un préjudice difficilement réparable) qui soulève actuellement le plus de difficultés. Elle est beaucoup utilisée par les préfets puisqu'elle accompagne 40 à 50 % selon les années des demandes d'annulation. Or son objectif, qui est d'éviter les conséquences difficilement réversibles de l'exécution d'une décision prise par une autorité locale, est rarement atteint. La plupart des demandes de sursis, selon le rapport du Gouvernement, ne sont rendues que plusieurs mois après la demande du préfet (parfois même six mois), et la tendance des tribunaux administratifs est, dans l'ensemble, d'accélérer le jugement au fond de l'affaire plutôt que de se prononcer sur le sursis quand celui-ci est demandé. Or les avantages qui peuvent résulter de l'accélération des décisions au fond ne peuvent compenser les inconvénients de la non-utilisation d'une procédure d'urgence qui devrait permettre, dans un délai très href, de suspendre l'exécution d'une décision dont la légalité est contestée. C'est la raison pour laquelle le projet Joxe prévoit une modification de la loi dont l'objet serait d'obliger le juge administratif à se prononcer sur le sursis dans le délai d'un mois. Cette disposition, qui ne semble pas susciter d'opposition au Parlement, a de fortes chances d'être votée. Elle accroîtrait de façon considérable l'efficacité du recours au juge et serait probablement, en raison même de son efficacité, de nature à encourager les préfets à y recourir, voire à saisir plus fréquemment que par le passé les tribunaux administratifs.

II.3. *Les techniques de contrôle sont-elles adaptées ?*

D'une façon générale les techniques du juge administratif en matière de contrôle de la légalité des décisions des autorités locales sont celles qui ont été largement éprouvées depuis près d'un siècle et donnent tout à fait satisfaction, sauf sur un point, qui constituait pourtant une des innovations importantes des lois de décentralisation, la possibilité reconnue au préfet de déférer au juge de l'excès de pouvoir les marchés et les contrats.

Dans les deux domaines actuellement sensibles que constituent

1. TA Strasbourg, préfet de la Moselle c/ commune d'Uckange, 12 février 1989, n° 89230 ; cité dans le rapport du Gouvernement au Parlement, p. 29.

les contrats de prêts aux collectivités locales et les marchés publics, ce que le juge administratif peut saisir dans le cadre du contrôle de légalité est sans doute important mais n'est pas essentiel.

La circulaire Economie-Intérieur du 22 février 1989 relative aux concours financiers à court termes offerts aux collectivités locales, quelle qu'en soit la forme, rappelle aux préfets que ces derniers doivent faire l'objet d'un contrôle de légalité dont l'objet est de vérifier :

— que la délibération et le contrat mentionnent son affectation en trésorerie ;
— que l'exécutif de la collectivité a effectivement reçu l'autorisation de l'organe délibérant ;
— que les conditions du contrat répondent bien à la délibération qui en autorise le recours.

Le contrôle susceptible d'être exercé en ce domaine, par le préfet comme par le juge, est limité au seul respect des règles de compétence et de procédure alors que les problèmes essentiels sont ailleurs, dans la gestion de trésorerie des collectivités locales et dans l'endettement excessif de certaines d'entre elles.

En matière de marchés publics la situation n'est guère plus satisfaisante. Si, en principe, comme le rappelle Philippe Terneyre[1], le juge administratif exerce son contrôle sur la légalité externe et interne, les préfets saisissent pour l'essentiel le juge adminstratif pour qu'il sanctionne l'insuffisance des règles de publicité (le cas le plus fréquent étant celui d'une publicité assurée dans un quotidien local et au moniteur des travaux publics alors qu'une publicité au *BO des annonces des marchés publics* ou au *JO des communautés* était nécessaire), la régularité de la composition des bureaux d'adjudication et des commissions d'appels d'offres en veillant notamment à la présence des représentants de l'Etat, le respect des seuils et des conditions de recours aux marchés négociés, plus difficilement les conditions de passation des avenants. Il ne s'agit là, même si le respect de ces dispositions est tout à fait essentiel, que des seules règles de procédure. Les déférés préfectoraux n'ont que très rarement pour objet le respect des règles de fond du droit interne ou du droit communautaire, et notamment la sanction des protectionnismes locaux, qui pose il est vrai des problèmes particuliers, est mal assurée. « Aucun jugement ou arrêt n'annule sur déféré préfectoral un marché local pour détournement de pouvoir (comme subvention indirecte à une

1. Rapport pour le compte du Commissariat général du Plan, précité.

entreprise), pour délit d'ingérence (art. 175 du Code pénal), pour entente illicite, pour violation du droit communautaire (libre circulation des marchandises) », alors qu'il s'agit là « des irrégularités les plus graves tant du point de vue pénal que pour les finances locales ».

En ce domaine, le partage qui s'opère dans les faits est celui d'un contrôle de la légalité limité aux seules règles de procédure, relativement simple à opérer, et dont le juge est éventuellement saisi dans ce cadre, et le contrôle des règles de fond qui est opéré par le Conseil de la concurrence et les chambres régionales des comptes. Cette situation, observe très sévèrement Philippe Terneyre, est la conséquence d'une « infirmité congénitale du contrôle de légalité » en matière de contrat qui concerne d'ailleurs non seulement les décisions du juge administratif français, mais également celles du juge communautaire[1]. Si l'on veut bien ajouter à cette situation que la décision juridictionnelle n'intervient généralement qu'après que le contrat a été entièrement exécuté on comprend à la fois pourquoi certaines collectivités locales n'hésitent pas à s'affranchir de quelques règles du droit des marchés publics, et pourquoi les préfets hésitent de plus en plus à déférer les marchés au juge. Ils savent, en l'état actuel du droit, non seulement que le contrôle de légalité ne permet pas de déceler les illégalités les plus importantes, mais qu'il sera à peu près impossible, sauf situation tout à fait exceptionnelle, d'obtenir l'exécution d'une décision juridictionnelle d'annulation.

II.4. *Les décisions juridictionnelles sont-elles exécutées ?*

Il ne suffit pas qu'une décision soit rendue, encore faut-il qu'elle soit exécutée. De ce point de vue la situation est plus complexe, et à bien des égards sans doute plus inquiétante que ne le laisse supposer le bilan annuel de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat. Le rapport de l'année 1990 rappelle, « comme les années précédentes », que les dossiers concernant les collectivités locales et les établissements publics « restent trop nombreux », soulignant que ce sont également les dossiers les plus difficiles à régler notamment lorsqu'il s'agit de la gestion des agents. Il épingle au passage telle commune du Val-de-Marne qui refuse toujours de réintégrer un de ses agents dont le licenciement a été annulé par un jugement de 1986, confirmé par une décision du Conseil d'Etat de 1988. Telle autre qui a mis plus de quatre ans à exécuter un jugement annulant le refus de nomination d'un agent de service à l'école maternelle à la suite d'un

1. Rapport précité, p. 14 et s.

concours qu'elle avait organisé. Il s'agit de situations particulièrement graves et choquantes en ce qu'elles révèlent de mépris affiché à l'égard des décisions juridictionnelles. Mais elles sont globalement peu nombreuses, même si elles sont toujours trop nombreuses, et surtout elles ne sont pas sans solution. Le même rapport insiste sur le fait que l'importance des retards résulte le plus souvent de ce que l'administration n'exécutant pas spontanément les décisions de justice, c'est parfois plusieurs mois, voire plusieurs années après que les intéressés, constatant qu'ils n'ont pas obtenu satisfaction, saisissent la section du rapport et des études. A partir du moment où cette dernière est saisie les affaires se règlent généralement dans un délai de six mois. La même section a par ailleurs multiplié les initiatives : elle a demandé, et obtenu, le concours du corps préfectoral pour parvenir à un règlement sur place des affaires, délégué aux présidents des cours administratives d'appel, en application d'un décret du 15 mai 1990, le soin d'obtenir l'exécution des décisions définitives rendues aussi bien en excès de pouvoir qu'en plein contentieux, dans le ressort du tribunal administratif qui a rendu le jugement. Ce même décret renforce également les dispositions de la loi de 1980 sur les astreintes en permettant au Conseil d'Etat (et à lui seul) de prononcer des astreintes d'office. Enfin, le Gouvernement, à la demande du Conseil d'Etat, a présenté au Parlement un projet de loi dont l'objet est de rendre les élus locaux justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière en cas d'inexécution totale ou tardive d'une décision rendue par une juridiction administrative et permettant au vice-président du Conseil d'Etat de la saisir. La panoplie des moyens destinés à obtenir l'exécution des décisions de justice s'est donc considérablement renforcée. Alors d'où vient le malaise ?

Pour l'essentiel, l'ensemble de ce dispositif, dont l'efficacité n'est pas douteuse, repose sur le postulat selon lequel celui qui a obtenu en sa faveur une décision de justice en exigera, parce qu'il y a intérêt, l'exécution. Or le contrôle de légalité, dans le cadre de la décentralisation, pose en termes relativement nouveaux cette question de l'intérêt à demander l'exécution d'une décision de justice. Imagine-t-on le préfet utiliser cette panoplie, dans laquelle il est lui-même impliqué en qualité d'auteur du déféré, dans un contentieux l'opposant à une collectivité locale ? Par ailleurs aucun de ces mécanismes ne semble régler le problème particulièrement ardu de l'annulation d'une délibération autorisant la passation d'un contrat. Dans ce cas, il faut, pour en obtenir l'annulation, faire un nouveau recours devant le juge du contrat. D'évidence aucune des parties au contrat n'y a intérêt puisqu'elles sont, non pas les victimes, mais les bénéficiaires de l'illé-

galité, et le juge administratif n'a encore jamais eu à connaître « d'un recours du contribuable agissant au nom de la commune en vertu des articles L. 316.5 et suivants du code des communes », comme le suggère, non sans fausse naïveté, le manuel du contrôle de légalité établi par les services du ministère de l'intérieur. Les dispositions du projet de loi Joxe constituent un incontestable progrès des procédures non juridictionnelles (par une politique de formation et une meilleure information des différents acteurs, par un recours plus important aux services des directions de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics créée en janvier 1991). Elles se heurtent en revanche à une forte opposition quant à l'extension, un moment envisagée, des procédures d'urgence ou d'extrême urgence au droit des marchés publics dans les hypothèses où serait par exemple affecté « gravement un engagement international de la France » ainsi que celles où il serait « porté atteinte aux principes essentiels du droit de la mise en concurrence ou d'occasionner des conséquences difficilement réparables ». Ces références ont disparu du projet effectivement soumis au Parlement qui se borne à introduire une disposition générale sur la réduction indicative à un mois du délai accordé au juge pour prononcer le sursis à exécution.

D'une façon générale, mais plus encore dans le domaine du contrôle de la légalité, nous manquons d'études précises sur l'effectivité des décisions juridictionnelles, qu'elles concernent le contentieux contractuel ou les interventions unilatérales des collectivités territoriales. Mais il faudra sans doute pour l'avenir réfléchir aux incidences du particularisme du déféré préfectoral sur l'exécution des décisions de justice en matière de contrôle de légalité, car le préfet ne s'adresse pas au juge administratif pour défendre son propre intérêt, et le mécanisme qui s'est avéré le plus fécond pour les particuliers, la saisine de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat présente d'autant moins d'intérêt que cette dernière saisit désormais ces mêmes préfets pour leur demander de prêter leur concours à l'exécution des décisions juridictionnelles qu'en l'espèce ils auraient provoquées...

III. QUEL RÔLE POUR LE JUGE ADMINISTRATIF ?

Le rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle de légalité souligne à plusieurs reprises qu'un consensus s'est aujourd'hui établi sur le principe même du contrôle de légalité. Il ne fau-

drait pas qu'il s'agisse d'un consensus ambigu, notamment sur la place que le juge peut y occuper. L'idée que le contrôle de légalité allait être une mission nouvelle de tribunaux administratifs reposait sans doute sur une valorisation excessive de son rôle. Il serait dangereux à l'inverse qu'ils soient réduits au rôle de simples prestataires de services contentieux à la demande des préfets. Ni les premiers, ni les seconds n'ont intérêt à cette situation.

Le débat qui se fait actuellement jour sur le renforcement de l'efficacité du contrôle juridictionnel de la légalité, dans le respect des principes de la décentralisation, rend bien compte de la nécessité, au-delà du caractère technique de cette question, d'ouvrir le débat sur la place que peuvent et doivent y occuper les juridictions administratives. De ce point de vue le recours au juge doit renforcer sa fonction dissuasive en même temps qu'à l'occasion des affaires dont il est saisi doit s'affirmer sa fonction pédagogique.

III.1. *Le maintien de la fonction dissuasive*

Conçu comme une arme de dissuasion, le déféré préfectoral a-t-il encore ce caractère ? Faute d'enquêtes approfondies auprès des préfets et des élus il faut se contenter de verser quelques éléments à ce débat.

On a beaucoup évoqué lors des travaux parlementaires la crainte ressentie par les élus d'être « traînés devant les tribunaux ». Il s'agit sans doute d'un fait probablement limité aux seuls élus des communes rurales. Ce n'est sûrement pas une bonne approche de la fonction dissuasive du recours au juge. Celle-ci ne doit pas en effet reposer sur l'ignorance et sur la crainte mais sur la connaissance des mécanismes du contrôle de légalité et sur la réalité de l'efficacité du recours juridictionnel. Et si la crainte peut renforcer le pouvoir de négociation du préfet, elle ne peut contribuer à asseoir l'autorité du juge.

Il y a encore beaucoup de chemin à faire sur ce point et la situation actuelle ne serait pas sans ambiguïté si le faible nombre de recours correspondait à l'idée que les préfets peuvent avoir de son inefficacité. On peut ainsi passer insensiblement de l'incompréhension au discrédit, la configuration la plus dangereuse étant sans doute celle du désintérêt. Le risque n'est pas totalement inexistant. Certains élus ont parfaitement compris comment, dans certains domaines, ils peuvent en toute impunité s'affranchir de la règle de droit, et les préfets, devant l'inefficacité de certains déférés, hésitent incontestablement à saisir le juge.

La réaction qui s'amorce, avec le projet Joxe, dans le sens du

renforcement de l'efficacité du contrôle juridictionnel de la légalité est donc à la fois nécessaire et salutaire. La réduction à un mois du délai imparti au juge pour se prononcer en matière de sursis, même si elle n'a qu'un caractère indicatif, est une véritable chance non seulement pour les préfets, mais aussi pour les élus et pour les juridictions concernées. Elle peut contribuer d'une façon décisive à renforcer le caractère dissuasif du recours au juge en prenant en charge l'idée qu'un bon contrôle est un contrôle qui s'exerce au plus près de la décision contestée. Le contrôle du juge n'échappe pas à cette règle. Mais cet effort devra dans le même temps s'accompagner d'une réflexion complémentaire sur les problèmes relatifs à l'exécution des décisions qui n'auraient pas bénéficié du régime du sursis accéléré, et dont la probabilité est forte qu'elles aient été entièrement exécutées au moment où le juge rend sa décision. C'est à ce prix que la fonction dissuasive du contrôle juridictionnel de la légalité pourra conserver le rôle essentiel qui doit être le sien, mais les solutions ne relèvent que très peu du juge.

III.2. *L'affermissement du rôle pédagogique*

Si le succès de la fonction dissuasive induit que le juge ne soit pas ou peu saisi, son rôle pédagogique implique qu'il le soit effectivement et que le recours juridictionnel ne soit pas considéré, ce qui serait paradoxal dans le cadre du contrôle de légalité, comme un mode anormal de règlement de différends juridiques. La part que le juge peut prendre à l'affermissement de son rôle est ici plus importante.

Elle tient d'abord à l'effort particulier fait en matière de motivation de ces décisions. Cet effort, qui est entrepris par la plupart des tribunaux administratifs, est bien antérieur au mouvement de décentralisation, mais ce dernier en profite. D'une façon générale, les décisions rendues dans le cadre du contrôle de légalité font l'objet d'une solide motivation, parfois même d'une sur-motivation. On ne peut le regretter tant la vertu pédagogique de la rédaction des jugements est essentielle à l'égard des élus et de l'administration de l'Etat, comme elle l'est à l'égard des citoyens. Elle pourrait à terme s'accompagner d'une remise en cause de la règle de l'économie de moyens selon laquelle lorsque le juge repère une irrégularité de forme ou de procédure, il procède à l'annulation sur cette seule base, laissant dans l'incertitude la plus totale l'auteur de la saisine quant à la valeur des arguments avancés au fond et dans l'indétermination l'autorité administrative qui doit tirer les conséquences de la décision juridictionnelle.

Au-delà de ces deux aspects, les tribunaux administratifs sont amenés de façon très inégale à participer à cette fonction pédagogique. Celle de dire le droit, par exemple, relève en effet dans notre système juridique essentiellement sinon exclusivement du Conseil d'Etat. Le juge du premier degré a plutôt aujourd'hui le sentiment de trancher des litiges sur la base de solutions dégagées par ce dernier. Celle de le faire connaître est assurée de façon très satisfaisante pour sa qualité par la Direction générale des collectivités locales (DGCL) du ministère de l'intérieur dans les 570 fiches aujourd'hui publiées du fichier de jurisprudence du contrôle dc légalité qui constituent une remarquable source d'information. Lui échappent également la maîtrise des domaines dans lesquels il est sollicité et celle des objets dont il est saisi. Dans de nombreux cas le juge du premier degré a le sentiment très net que si le droit sert bien de support au déclenchement du déféré, il n'en est pas la cause, et qu'il est sollicité pour régler sur le plan du droit des conflits d'une autre nature. La dégradation des rapports avec les élus, la protection de certaines formes de corporatisme constituent encore trop souvent le ressort de la saisine des juridictions administratives. Par ailleurs, le renforcement du caractère discrétionnaire du pouvoir conféré aux préfets en matière de déféré nourrit et amplifie ce que le rapport Hoeffel appelle pudiquement « l'inégale sévérité, dans le temps et dans l'espace, du contrôle de légalité selon les préfets, les moments et les matières ». Si cette discrétionnalité est sans doute inévitable, son utilisation sans contrôle est à l'origine d'importantes inégalités de traitement auxquelles le juge ne peut être insensible. Dans le ressort d'un tribunal qui compte 5 départements, 3 préfets ont déféré de façon quasi systématique les mesures d'intégration des secrétaires de mairie des communes de moins de 2 000 habitants dans un corps de catégorie A, dans un autre le préfet n'a déposé aucun déféré. Le juge a le sentiment dans ce cas, non seulement d'être appelé à consacrer des inégalités de traitement, mais à accréditer l'idée que ceux auxquels la légalité est appliquée sont des victimes. Sur ce point les changements dépendent essentiellement de l'attitude des préfets et du rôle de la DGCL. Le renforcement de la discrétionnalité du pouvoir des premiers et la discrétion de la seconde ne laissent guère envisager d'évolutions. Cette situation ne serait pas en soi très grave si à défaut des déférés préfectoraux se développaient les recours des tiers ou ceux des représentants des minorités au sein des conseils municipaux. Un des postulats implicites sur lesquels repose la reconnaissance du caractère discrétionnaire du déféré préfectoral est constitué par l'existence du recours des tiers. Or si ce dernier fonctionne de façon à peu près satisfaisante dans

le domaine de l'urbanisme, il est quasi inexistant dans d'autres domaines comme celui de la fonction publique, des marchés et des contrats. Que dire enfin de la responsabilité du législateur et de l'autorité gouvernementale sur les progrès à faire en matière de simplification et de lisibilité du droit ?

Les tribunaux administratifs ont été impliqués dans le processus de la décentralisation plus qu'ils n'ont été au cœur de ce dernier et l'efficacité de leur intervention relève d'éléments dont ils n'ont que très imparfaitement ou pas du tout la maîtrise. La meilleure écriture du droit, le renforcement des modalités de leur intervention, la nature des rapports entre la DGCL et les préfets pèsent évidemment plus lourd dans le rôle qui peut être dévolu au juge administratif que la bonne volonté de celui-ci. Une fois de plus se vérifie le fait que la place du juge dans le processus de décentralisation dépend moins de lui que de la place que l'ensemble de la classe politique et les différents acteurs voudront bien lui confier. Si ces conditions sont réunies, il pourra participer de façon plus active à l'objectif général du respect de la légalité dans le cadre de la décentralisation, objectif qui s'inscrit dans le temps des transformations administratives et non celui de l'immédiateté. Le mouvement de décentralisation a été en France l'occasion d'une affirmation sans précédent de l'importance et de la nécessité de l'Etat de droit. Il faut donc à tout prix éviter qu'en ce domaine s'installe un double discours : celui, public, du rappel quasi incantatoire à la nécessité de le faire respecter, et un discours de l'ombre qui affirmerait au contraire la nécessité permanente de le contourner ou de s'en affranchir. La démocratie n'y gagnerait pas.

RÉSUMÉ. — *Les tribunaux administratifs sont-ils des acteurs de la décentralisation ou seulement impliqués dans cette réforme ? Si cette question mérite d'être posée après dix années de décentralisation c'est que la faiblesse du nombre des recours aux tribunaux administratifs par les préfets n'est pas sans ambiguïté, même si l'un des objectifs poursuivis par le législateur, éviter autant que possible le recours au juge, semble atteint. La question de l'efficacité du contrôle juridictionnel de la légalité est au cœur de ce débat dont bien des éléments ne dépendent pas du juge lui-même. Il ne peut en effet jouer d'autre rôle que celui que la classe politique dans son ensemble et les différents acteurs de la décentralisation entendront lui confier dans la réalisation de l'Etat de droit.*