

AJDA 2022 p.962

**Pouvoir de dérogation des préfets : beaucoup de bruit pour rien ?**

Dorothee Pradines, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

Thomas Janicot, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, responsable du centre de recherches et de diffusion juridiques

*« Car le législateur, ne pouvant envisager tous les cas particuliers, rédige la loi en fonction de ce qui se présente le plus souvent, portant son intention sur l'utilité commune. C'est pourquoi, s'il surgit un cas où l'observation de telle loi soit préjudiciable au salut commun, celle-ci ne doit plus être observée. »*

*Thomas d'Aquin, Somme théologique, Ia IIae, q. 96, art. 6, trad. A.-M. Roguet, Les Editions du Cerf, 1984.*

Le 8 avril 2020, en plein premier confinement national, mais sans lien avec celui-ci, est signé le décret n° 2020-412 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet. Selon sa notice, « le décret pérennise, suite à une expérimentation menée pendant près de deux années, la faculté donnée aux préfets de région et de département, en métropole et outre-mer, de déroger aux normes arrêtées par l'administration de l'Etat pour un motif d'intérêt général. A cet effet, il autorise le représentant de l'Etat dans la région ou le département à prendre des décisions dérogeant à la réglementation dans certains domaines, afin de tenir compte, sous certaines conditions, des circonstances locales ».

Ainsi présenté, le pouvoir de dérogation, qui ne bénéficie plus du parapluie de l'article 37-1 de la Constitution permettant, dans le cadre d'une expérimentation, de déroger au principe d'égalité, fait l'effet d'un coup de tonnerre, susceptible d'ébranler les colonnes du Temple - égalité, indivisibilité de la République, sécurité juridique, clarté et intelligibilité de la norme, séparation des pouvoirs, etc.

Par la décision en en-tête de cette chronique, rendue le 21 mars 2022 et qui sera publiée au Lebon, le Conseil d'Etat a toutefois validé ce décret, en précisant à quelles conditions le principe d'égalité demeurerait préservé. Outre une certaine ambiguïté s'attachant à cette réserve, demeure le sentiment que le dispositif, disruptif plus par le principe qu'il pose que par le nombre ou l'ampleur des dérogations qui seront décidées sur son fondement, s'inscrit dans un mouvement de fond dicté par la prolifération normative et par le besoin d'une plus grande subsidiarité dans la prise de décision.

**« Quel besoin y a-t-il qu'un pont soit plus large que la rivière ? Le nécessaire est toujours la plus juste des concessions. » (scène I) 🏰(1)**

D'emblée par son expérimentation, et *a fortiori* par sa pérennisation, la reconnaissance d'une possibilité pour les préfets de déroger aux règles générales dans des cas particuliers fait l'effet d'un Big Bang dans un univers juridique structuré par la hiérarchie des normes et la soumission de tous à la règle de droit. Le principe proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « la loi est l'expression de la volonté

générale. (...) Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse », est l'un des soubassements les plus forts de notre tradition juridique, aux côtés du principe d'indivisibilité de la République. Mais aujourd'hui, la norme apparaît, paradoxalement, à la fois trop générale face aux situations particulières, et trop complexe pour être indifféremment appliquée à tous.



### Un droit de déroger qui donne le vertige

La possibilité de déroger à une norme n'est pas, par elle-même, une nouveauté. Nous entendons par dérogation, dans son acception stricte, l'« action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier ; (...) en ce sens, la dérogation (dite parfois individuelle) s'oppose à l'exception (...) en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> éd., 2005, PUF). Mentionnons, à titre d'exemple, la possibilité de déroger aux mesures de protection de certaines espèces animales et végétales ouverte par le 4<sup>o</sup> du I de l'article L. 411-2 du code de l'environnement ou celle de déroger à certaines règles du plan local d'urbanisme (PLU) en faveur de projets respectant un objectif de mixité sociale (C. urb., art. L. 152-6<sup>1</sup>). Comme ces cas l'illustrent, les hypothèses de dérogation sont habituellement très circonscrites. Elles fixent les conditions d'octroi d'une dérogation ciblée à une règle précise.



Toutefois, dans une acception plus large de la notion de dérogation, synonyme cette fois d'exception ou d'adaptation, des dispositions réglementaires, législatives, voire constitutionnelles peuvent être différentes pour certaines parties du territoire de la République, eu égard soit aux particularités de leur statut - que l'on pense au pouvoir législatif reconnu à la Nouvelle-Calédonie -, soit aux particularités de la situation économique ou sociale locale. Par exemple, le gouvernement était habilité par les dispositions de la loi n° 2001-503 du 12 juin 2001 à instituer à Mayotte, par voie d'ordonnances, un régime de prestations familiales différentes de celui existant en métropole à la condition que cette différence soit justifiée par la situation particulière de cette collectivité. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'« eu égard, d'une part, aux différences qui existent entre cette collectivité et la métropole, tant du point de vue de la situation économique que de la démographie et du statut civil qui s'applique à la plupart des personnes qui y résident et, d'autre part, à l'objectif de maîtrise de la natalité nécessaire au développement de cette collectivité », le gouvernement avait « pu prévoir l'attribution de prestations familiales dès le premier enfant et limiter à trois le nombre d'enfants ouvrant droit à ces prestations » (CE 30 juin 2003, n° 246590, *Kamardine*, concl. P. Fombeur Lebon<sup>2</sup> ; AJDA 2003. 2055<sup>3</sup>).





Le pouvoir de dérogation reconnu aux préfets, tout en empruntant à ces deux logiques, ne correspond vraiment à aucune : d'une part, il s'exerce dans un ressort territorial déterminé, mais sans permettre au préfet d'adapter le cadre réglementaire selon les éventuelles spécificités du territoire - car cela ne relèverait pas de sa compétence ; d'autre part, il est matériellement très large, les règles ou principes auxquels il peut être dérogé n'étant pas énoncés. Sont seulement identifiés des champs de politiques publiques qui, hormis l'ordre et la sécurité publics, semblent englober la plupart des prérogatives du préfet, voire au-delà : « 1<sup>o</sup> Subventions, concours financiers et dispositifs de soutien en faveur des acteurs économiques, des associations et des collectivités territoriales ; / 2<sup>o</sup> Aménagement du territoire et politique de la ville ; / 3<sup>o</sup> Environnement, agriculture et forêts ; / 4<sup>o</sup> Construction, logement et urbanisme ; / 5<sup>o</sup> Emploi et activité économique ; / 6<sup>o</sup> Protection et mise en valeur du patrimoine culturel ; / 7<sup>o</sup> Activités sportives, socio-éducatives et associatives. » (Art. 1<sup>er</sup> du décret).

Le dispositif peut donc inspirer un certain « vertige », pour reprendre le mot employé par Louis Dutheil de Lamothé dans ses conclusions sur l'affaire concernant le décret relatif à l'expérimentation (CE 17 juin 2019,

n° 421871, *Association Les Amis de la Terre France*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2019. 1253 ). Il avait souligné que l'on « ne sait pas vraiment ce à quoi on va déroger ni comment », ce qui reste valable au stade du décret généralisant le dispositif, rédigé en termes identiques. Seul éclairage : le rapport d'évaluation de l'expérimentation révèle que la majorité des dérogations concerne le 1° (subventions et concours financiers), qu'un nombre significatif concerne le 3° (environnement, agriculture et forêts), et que les autres champs ont été très variablement investis par les préfets expérimentateurs. Mais ce rapport soulignait également que ce droit, « tel qu'il a été conçu », constituait « une vraie innovation dans notre système juridique français », allant « bien au-delà des dérogations et expérimentations passées et présentes ».


Afin que cette reconnaissance d'un pouvoir de dérogation à des normes réglementaires nationales n'emporte pas de délégation du pouvoir réglementaire aux préfets, ce qui aurait été inconstitutionnel, des conditions viennent certes refermer quelque peu cette porte grande ouverte. Outre que le préfet ne peut « déroger à des normes arrêtées par l'administration de l'État » que « pour prendre des décisions non réglementaires relevant de sa compétence », cette dérogation doit, aux termes de l'article 2, « 1° Être justifiée par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales ; / 2° Avoir pour effet d'alléger les démarches administratives, de réduire les délais de procédure ou de favoriser l'accès aux aides publiques ; / 3° Être compatible avec les engagements européens et internationaux de la France ; / 4° Ne pas porter atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens, ni une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé. »

Certaines de ces conditions semblent aller de soi, comme la compatibilité avec les engagements européens et internationaux de la France. Le critère tenant à l'absence d'atteinte « disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé » vient directement de la jurisprudence selon laquelle « une dérogation aux règles prescrites par un règlement d'urbanisme ne peut légalement être autorisée que si les atteintes qu'elle porte à l'intérêt général, que les dispositions du règlement ont pour objet de protéger, ne sont pas excessives eu égard à l'intérêt général que présente la dérogation » (CE, as., 18 juill. 1973, n° 86275 , *Ville de Limoges*, Lebon ).

La condition posée tenant à l'intérêt général et à l'existence de circonstances locales paraît, quant à elle, à la fois vague et nécessaire. Par principe et par définition, la norme est réputée poursuivre un intérêt général ; le décret postule que cet intérêt général peut justifier des dérogations locales, ce qui n'est, là encore, pas foncièrement nouveau. La difficulté tient plutôt à ce que cette notion de circonstances locales a surtout connu sa définition jurisprudentielle dans le contexte des pouvoirs de police du maire (CE, sect., 18 déc. 1959, n° 36385, *Société « Les films Lutetia » et syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, Lebon  693 ou, pour un exemple récent sur le port du masque en période d'épidémie de covid-19, CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *Commune de Sceaux*, Lebon  T. ; AJDA 2020. 1013 , note B. Faure ). Mais cette possibilité de prendre des mesures de police localement plus restrictives qu'au niveau national semble assez éloignée du cadre dans lequel s'inscrit le pouvoir de dérogation des préfets.

### Un nouveau pouvoir symptôme d'impuissance

En effet, la condition la plus intéressante est celle tenant à l'effet attendu de la dérogation : alléger les démarches administratives, réduire les délais de procédure ou favoriser l'accès aux aides publiques. Le titre du rapport d'information réalisé en 2019 par les sénateurs Jean-Marie Bockel et Mathieu Darnaud au nom de la délégation aux collectivités territoriales du Sénat, qui s'est notamment penché sur le dispositif expérimental, souligne cet objectif : *Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes*. En somme, le pouvoir de dérogation au niveau local viendrait répondre à « une forme d'impuissance à juguler », en amont, « la source et la complexité normatives » (J.-M. Bricault, *Dévolution d'un droit de dérogation des préfets*

aux normes réglementaires. De l'expérimentation à la pérennisation, AJDA 2020. 1478 .

Le même auteur souligne que « ce droit de dérogation puise ses racines dans deux circulaires de 2013 (n° 5646/SG) et 2016 (n° 5837/SG) qui tentent de mettre en oeuvre une "interprétation facilitatrice des normes", issue des préconisations du rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative d'Alain Lambert et Jean-Claude Boulard publié le 26 mars 2013. Bien sûr, l'action facilitatrice des préfets n'est pas une nouveauté et elle est même bien ancrée. (...) Avec le droit de dérogation issu du décret du 8 avril 2020, le préfet peut aller plus loin et il dispose désormais d'une base légale claire pour agir. (...) Des dispositions réglementaires parfois trop rigides, voire inadaptées, peuvent se révéler contre-productives et avoir des effets contraires aux objectifs initialement poursuivis ».


Ainsi, faute de pouvoir simplifier le droit, on s'autorise à ne plus l'appliquer. Ce point de départ laisse songeur sur la durabilité d'une telle approche consistant à fragiliser un peu plus un système normatif au motif qu'il serait défaillant. Il s'apparenterait plus à une rustine pour tenter de prolonger un ancien paradigme qu'à une véritable rupture paradigmatique.

### **« On me lâche avec une muselière ! on me fait voler à l'attache ! » (scène III)**

#### **En 2019, le Conseil d'Etat a déjà posé des verrous**

Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre le décret n° 2017-1845 du 17 décembre 2017, relatif à l'expérimentation, a, par sa décision du 17 juin 2019 (préc.), validé le dispositif retenu, non sans le verrouiller un peu plus.

Il a certes commencé par admettre que dans le cadre d'une expérimentation sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, le pouvoir réglementaire pouvait ne pas préciser d'emblée les normes réglementaires susceptibles de faire l'objet d'une dérogation, ni, le cas échéant, les règles ayant vocation à s'y substituer s'il identifiait les matières dans le champ desquelles cette dérogation était possible ainsi que des objectifs auxquels celle-ci devait répondre et les conditions auxquelles elle était soumise.

Toutefois, en premier lieu, il n'a pas suivi son rapporteur public lorsqu'il envisageait qu'un principe consacré par la loi, tel le principe de non-régression (C. env., art. L. 110-1 II), puisse être respecté par la dérogation nonobstant son non-respect (par construction !) du cadre réglementaire le mettant en principe en oeuvre : « l'effet de cette dérogation est bien de modifier pour son bénéficiaire le cadre réglementaire qui s'applique à lui. Dès lors, il nous semble que, dans ce contexte particulier, le principe de non-régression s'impose à la dérogation et à la décision qui l'appliquera ». Le Conseil d'Etat a retenu une option plus rigide, en écartant la méconnaissance du principe de non-régression motif pris que le dispositif ne permettrait pas de déroger à des normes réglementaires ayant pour objet de garantir le respect de principes consacrés par la loi - « à charge, pour les représentants de l'Etat, de distinguer (...) les règles dispensables des règles indérogeables » (C. Malverti et C. Beaufils, Principe de non-régression : on avance, AJDA 2020. 2246 .

En second lieu, le Conseil d'Etat a retenu une interprétation relativement restrictive de l'objet de la dérogation, limitée, « d'une part, aux règles qui régissent l'octroi des aides publiques afin d'en faciliter l'accès, d'autre part, aux seules règles de forme et de procédure applicables dans les matières énumérées afin d'alléger les démarches administratives et d'accélérer les procédures ». Il a ainsi exclu qu'en dehors du champ des règles d'octroi d'aides publiques, il puisse être dérogé à autre chose qu'à des règles de forme et de procédure.

Enfin, sur l'articulation des niveaux de norme, Louis Dutheillet de Lamothe notait que « la question de la possibilité pour le Premier ministre d'autoriser une dérogation à tous types d'arrêtés réglementaires, y compris ceux parfois

prévus par la loi, [n'avait] pas [été] abordée par la requête », ce qui, faute pour le Conseil d'Etat de pouvoir se saisir d'office de ce point, a laissé la réponse en suspens.




Le rapporteur public soulignait qu'à l'expérimentation succéderait « la décision finale, qui [pourrait] être la modification pour tous des normes auxquelles les préfets [auraient] jugé utile de déroger pour quelques-uns, ou l'octroi pérenne de facultés de dérogation au préfet, à condition qu'elles soient suffisamment encadrées ». Il relevait que, dans ses écritures, le ministre indiquait qu'« il pourrait s'avérer plus utile d'assouplir les dispositions existantes que de multiplier les dispositions de dérogations ».

Le droit de dérogation à titre expérimental pouvait en effet être utilisé pour faire émerger les dispositions réglementaires inutilement complexes, inadaptées par rapport aux objectifs poursuivis, afin de les modifier ou de les abroger. C'est la méthode retenue pour l'expérimentation du droit de dérogation accordé à quatre directeurs généraux d'agence régionale de santé (ARS), lancée en même temps que celle concernant les préfets, dans le contexte des débats sur la loi pour un Etat au service d'une société de confiance, dite loi ESSOC (L. n° 2018-727 du 10 août 2018 ; v. son article 68, 2° ; Décr. n° 2017-1862 du 29 déc. 2017). Mais, on l'a vu, pour les préfets, c'est la pérennisation du droit de dérogation qui a été retenue. « Vertige renouvelé », dit Stéphane Hoynck, rapporteur public concluant sur la nouvelle affaire *Association Les Amis de la Terre France*. Alors, en outre, que le décret n'a pas effectué « parmi les matières qui entraient dans le champ du décret expérimental, un travail de sélection, au vu des résultats de l'expérimentation », il admet ne pas voir « au regard de quelle norme contrôler ce passage de l'expérimentation à la généralisation ».

### **Le principe d'égalité est sauf à l'échelon local**

Dans la décision commentée, le Conseil d'Etat apprécie la légalité du dispositif généralisé dans un cadre juridique qui n'est pas le simple prolongement de la décision de 2019, puisque extérieur à l'article 37-1 de la Constitution autorisant, pour les besoins d'une expérimentation, à déroger au principe d'égalité.











Au préalable, le Conseil d'Etat écarte plusieurs moyens de légalité externe.

L'un, tiré de l'absence de procédure de participation du public (C. envir., art. L. 123-19-1 ) , le conduit à juger que les dispositions du décret n'ont pas, « par elles-mêmes », d'incidence directe sur l'environnement. Les conclusions du rapporteur public autorisent à y voir un écho non seulement au précédent *Association France nature environnement Auvergne Rhône-Alpes* (CE 24 juill. 2019, n° 425973, Lebon  T. ; AJDA 2019. 1609 ) mais encore à l'octroi, lors de l'expérimentation, de dérogations ayant probablement outrepassé le verrou tenant à l'objet du dispositif - alléger les démarches administratives, réduire les délais ou favoriser l'accès aux aides publiques. Toutefois, le Conseil d'Etat n'en est pas juge au stade du recours contre le décret.





L'autre moyen de légalité externe délicat tenait à ce que doivent être soumises au Conseil national de l'habitat « les modifications des régimes d'aides directes ou indirectes de l'Etat à l'accession à la propriété » (CCH, art. R. 361-2). Le Conseil d'Etat a dû accepter de considérer - ce qui n'allait pas de soi - que la possibilité d'une dérogation aux régimes d'aides directes ou indirectes ne caractérise pas la modification de ces régimes.

Au titre de la légalité interne, le Conseil d'Etat, dans la décision commentée, empoche les points jugés en 2019 sur le niveau de précision requis pour l'encadrement du droit de dérogation, sur la portée des conditions posées, et sur le principe de non-régression, dès lors que les dispositions étaient rédigées rigoureusement de la même façon. Il s'est, en revanche, attaché à préciser à quelles conditions le principe d'égalité pouvait être respecté.

Récemment, notre collègue Cécile Barrois de Sarigny a souligné que le principe d'égalité implique « deux types d'obligation : l'interdiction des discriminations et l'application uniforme de la règle de droit » (Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, Titre VII, n° 4, Le principe d'égalité, avr. 2020). Sur l'application uniforme de la règle de droit, elle indique que le principe d'égalité est « à la fois relatif et contingent, il s'applique "toutes choses égales d'ailleurs" à des situations identiques sous réserve des aménagements que l'intérêt général commande ». Les pouvoirs publics, à qui « il appartient de caractériser des catégories différentes ou de définir les exigences de l'intérêt général », disposent ainsi d'une certaine marge de manoeuvre.









C'est dans ce cadre que s'inscrit le raisonnement tenu par la formation de jugement. Ayant énuméré les conditions auxquelles le droit de dérogation des préfets est soumis, la décision précise que les dérogations ne peuvent « être accordées que si et dans la mesure où des circonstances locales justifient qu'il soit dérogé aux normes applicables, sans permettre aux préfets, dans le ressort territorial de leur action, de traiter différemment des situations locales analogues ». Des conditions posées ainsi interprétées, le Conseil d'Etat déduit que, « eu égard au champ du décret attaqué et à ses conditions de mise en oeuvre, dont le respect est placé sous le contrôle du juge administratif, la possibilité reconnue aux préfets, à raison de circonstances locales, de déroger à des normes établies par l'administration, laquelle ne devrait pas conduire à des différences de traitement injustifiées, n'est pas contraire au principe d'égalité ». Ainsi, il faudra, en premier lieu, caractériser des circonstances locales propres à justifier la dérogation (sans préjudice des autres conditions à remplir). Ceci fait, le préfet ne pourra pas, ensuite, discrétionnairement, accorder une dérogation à tel acteur et pas à tel autre se trouvant dans la même situation. Il ne sera pas possible, pour le préfet du département, de traiter différemment deux Altoséquanais, ou pour le préfet de région, deux Franciliens. Cette solution s'inscrit dans une veine jurisprudentielle qui admet que le juge contrôle, à l'occasion d'une décision individuelle refusant une dérogation, l'existence éventuelle d'une rupture d'égalité si la dérogation a été, dans des circonstances identiques, accordée à d'autres (s'agissant d'une dérogation à la carte scolaire, CE 10 juill. 1995, n° 147212, *Contremoulin*, Lebon  ; AJDA 1995. 925 , concl. Y. Aguila  ; CE, sect., 30 déc. 2010, n° 308067, *Ministre du logement et de la ville c/ Durozey*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2011. 7  ; AJDA 2011. 150 , chron. D. Botteghi et A. Lallet  ; sur l'obligation de faire bénéficier à tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation analogue d'un avantage non prévu par les textes, CE 18 nov. 2011, n° 344563, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Rousseaux*, Lebon  ; AJDA 2012. 502 , note P. Lagrange ).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a aussi déduit de ce que « le décret attaqué détermine clairement et précisément les matières dans le champ desquelles les préfets sont susceptibles de mettre en oeuvre le pouvoir de dérogation qu'il leur ouvre, ainsi que les objectifs auxquels les dérogations doivent répondre et les conditions auxquelles elles sont soumises », une absence de méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme et du principe de sécurité juridique.

Enfin, le moyen tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel d'indivisibilité du territoire de la République (Cons. const. 30 déc. 1976, n° 76-71 DC )<sup>1</sup>, philosophiquement et historiquement cardinal, avait peu de chances de succès, tant il est juridiquement peu consistant (B. Faure, L'inutile principe constitutionnel d'indivisibilité de la République ?, RFDA 2019. 937 ). De tels moyens sont le plus souvent rejetés par simple affirmation (CE, ass., 28 oct. 1988, n° 102769 )<sup>2</sup>, *Centre national des indépendants et paysans*, Lebon )<sup>3</sup>, comme le Conseil d'Etat l'a fait en l'espèce, après que son rapporteur public a même indiqué ne pas voir ce que ce principe « [venait] faire ici ».

**Mais le caractère discrétionnaire du dispositif s'en trouve affaibli**

S'il est vrai que l'exercice du droit à dérogation doit répondre à des conditions strictement identiques sur l'ensemble du territoire, sa mise en oeuvre peut cependant conduire à des différences de traitement entre départements ou entre régions, selon le préfet compétent, pour des situations qui semblent équivalentes.

La notion de circonstances locales joue assurément un rôle déterminant dans la réserve retenue par le Conseil d'Etat. Il nous semble même que son raisonnement pouvait, en réalité, déjà être tenu en 2019, en dépit de l'applicabilité de l'article 37-1 de la Constitution. Il a en effet été approché via la question de savoir s'il serait possible d'expérimenter un dispositif dont on pouvait dès l'expérimentation questionner la légalité en cas de généralisation - dans le cas notamment où il reposerait, intrinsèquement et non pas pour les seuls besoins de l'expérimentation circonscrite à quelques acteurs ou territoires, sur une méconnaissance du principe d'égalité. Dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat a jugé qu'il y avait place pour un contrôle du dispositif expérimenté au regard du principe d'égalité. Il a ainsi accepté de contrôler la différence de traitement résultant d'une expérimentation de procédure dérogatoire pour le traitement des demandes d'asile déposées en Guyane, qui n'avait pas vocation à être généralisée au-delà de son champ d'expérimentation, jugeant qu'elle était en rapport avec l'objet de l'expérimentation et qu'elle n'était pas manifestement disproportionnée avec la différence de situation du territoire (CE 6 nov. 2019, n° 422207, *Syndicat national CGT OFFRA*, Lebon  T. ; AJDA 2019. 2268  ; Just. & cass. 2020. 159, concl. S. Roussel  ; pour des expérimentations prévues par la loi, Cons. const. 21 janv. 2016, n° 2015-727 DC , *Loi de modernisation de notre système de santé*, AJDA 2016. 126  ; Constitutions 2016. 125, chron. X. Bioy  ; Cons. const. 25 oct. 2018, n° 2018-771 DC , AJDA 2018. 2107 .

Une difficulté tient à ce que l'on voit plus intuitivement les circonstances locales qui distinguent Mayotte ou la Guyane du reste du territoire national que celles distinguant la situation bretonne des situations normande ou occitane, au point de justifier une dérogation locale à la règle générale. En outre, dans l'hypothèse où les circonstances locales seraient analogues entre deux départements, il sera possible au préfet de la Côte-d'Or d'accorder à un Costalorien une dérogation qu'un Nivernais ne parviendra pas à obtenir de son préfet, alors même que sa situation serait identique à celle du Costalorien au regard de la règle à laquelle il s'agirait de déroger.

Une autre conséquence de la réserve posée par le Conseil d'Etat tient à ce que l'obligation pour le préfet de respecter le principe d'égalité lorsqu'il octroie des décisions individuelles dérogatoires, sous le contrôle du juge, semble revenir à réglementer, *de facto*, l'ensemble des situations locales répondant aux mêmes caractéristiques. A cet égard, le décret ne précise pas, contrairement à d'autres dispositifs de dérogation (v., par ex., C. urb., art. R. 431-31-2, pour les dérogations au code de l'urbanisme), que celle-ci doit faire l'objet d'une demande en ce sens de l'intéressé, ce qui autorise à penser que le préfet devrait, d'office, appliquer à l'ensemble des cas analogues la dérogation qu'il a, une première fois, décidé d'accorder. Quand bien même il ne s'agirait que de faire systématiquement droit à des demandes analogues, cette conséquence va à rebours de l'esprit des concepteurs du dispositif tel que relaté par la circulaire diffusée dans le cadre de l'expérimentation. Celle-ci insiste sur le caractère « discrétionnaire » et « au cas par cas » des dérogations : « le pouvoir de dérogation (...) n'a pas pour objectif d'exonérer de manière durable de règles procédurales, ni de généraliser des mesures de simplification de normes ou d'accorder de manière générale et non individualisée des dérogations » (Circ. n° 6007/SG du 9 avr. 2018 relative à l'expérimentation d'un droit de dérogation reconnu au préfet ; aucune circulaire n'a accompagné le décret de 2020). Si resurgit ainsi la question du respect du principe de séparation des pouvoirs - dont le Conseil d'Etat a toutefois jugé qu'il n'était pas méconnu -, cette réserve redonne également de la rigidité à un dispositif qui, bien que très conditionné, se voulait souple et adaptable à chaque situation.

**« Ne vous moquez pas de mes contradictions : car l'homme est un être inconstant. » (scène XVI)**

Faut-il s'en réjouir ou le regretter ? Le dispositif ne devrait, en pratique, pas susciter un débordement de dérogations.



En effet, non seulement l'ensemble des conditions posées, qui plus est telles que « cadrées » et « verrouillées » par le Conseil d'Etat, apparaissent difficiles à réunir, ou même à instruire, mais encore le dispositif recèle intrinsèquement des risques que les préfets, ou les administrés, ne souhaiteront pas toujours courir.

### **Les conditions posées à la dérogation sont sources de complexité**

Si les préfets auditionnés par le Sénat, dans le cadre du rapport d'information déjà mentionné, ont souligné les « réticences » de leurs équipes à consentir des dérogations, ce qui va « à l'encontre de leur nature », du fait de leur « forte culture de l'application de la loi », il semble que, même avec la meilleure volonté du monde, s'engager dans la voie de la dérogation requiert l'examen minutieux de conditions nombreuses, relativement strictes, quand bien même le champ matériel est assez vaste (environnement, emploi, habitat, subventions, patrimoine culturel, etc.). Ainsi que l'affirmait la circulaire aux préfets de 2018, « pour veiller à la légalité de la décision de dérogation que vous prendrez, il vous appartient de procéder au préalable à une analyse juridique approfondie ». En effet, les dérogations ne sont possibles qu'aux normes arrêtées par l'Etat, à l'exclusion, par exemple, de celles arrêtées par les collectivités territoriales dans le cadre du pouvoir réglementaire qui leur est confié (PLU, schéma de cohérence territoriale,... alors que l'urbanisme est dans le champ du décret). Elles ne le sont qu'aux normes réglementaires, et encore à la condition que ces normes ne mettent pas en oeuvre des principes législatifs (ou, *a fortiori*, constitutionnels). Elles ne le sont que pour autant qu'elles sont compatibles avec les engagements européens et internationaux de la France - ce qui, à soi seul, requiert une capacité d'analyse juridique dont peu de préfectures disposent. Enfin, elles ne le sont que dans le champ de compétence du préfet - lequel, s'il conserve un important rôle d'animateur, de facilitateur des relations entre l'Etat et les acteurs de la vie locale, s'est toutefois retrouvé dépouillé, au fil du temps, d'un grand nombre de ses prérogatives historiques, confiées soit aux collectivités territoriales à la faveur de la décentralisation, soit à d'autres composantes de l'Etat (ARS, reconcentrations au niveau du ministre ou de la préfecture de région). Par conséquent, si les règles ont été jugées « claires et intelligibles » dans leur principe, leur mise en oeuvre n'en sera pas moins ardue.

Une fois ces obstacles surmontés, il restera à apprécier si les autres conditions, plus difficiles à caractériser formellement, seront remplies : intérêt général, circonstances locales, proportionnalité de l'atteinte aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé. Assurément, l'effet poursuivi d'alléger les démarches administratives ou de réduire les délais de procédure peut se trouver, *de facto*, compromis par le processus qui vient d'être décrit. Cela est renforcé par l'examen au cas par cas, « individualisé », des demandes, ne serait-ce que pour vérifier si tel pétitionnaire se trouve dans la même situation que tel autre à qui la même dérogation a été accordée ou refusée, et par la possible augmentation du nombre de dossiers concernés à mesure que le dispositif sera plus connu. Le rapport du Sénat relève que la dérogation « oblige les services à s'interroger, voire à procéder à des recherches juridiques là où l'application mécanique de la réglementation irait beaucoup plus vite ». Dès lors, « le résultat pourrait être, selon les cas, soit l'utilisation minimale du dispositif de dérogation, soit des dossiers mal ficelés qui pourraient ensuite être fragilisés en contentieux, soit un allongement des délais d'instruction, déjà perceptible ». Un cadeau empoisonné ?

### **Les risques encourus n'en vaudront pas souvent la peine**

Le risque contentieux n'est en effet pas négligeable. Comme le souligne Jean-Michel Bricault (préc.), « cette nouveauté juridique marque l'avènement d'un droit réglementaire à géométrie variable, source, en dépit des précautions prises, d'incertitude juridique. Conditionner la possibilité d'un projet ou celle de l'accélérer à la dérogation du préfet crée un risque ».



Le risque contentieux est, bien sûr, de voir la dérogation *in fine* annulée si toutes les conditions posées n'étaient pas réunies aux yeux du juge. Si ce risque ne semble pas s'être concrétisé dans la phase d'expérimentation, il nous semble néanmoins réel. Un exemple relaté par Philippe Garro et Marie-Pierre Maître (Droit de dérogation du préfet : portée et mise en oeuvre du décret du 8 avril 2020, BDEI 2020, n° 88) suffit à s'en convaincre. Ils mentionnent une analyse par la direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement de la région Occitanie du contentieux en matière de dérogations à la protection des espèces protégées (v. *supra*) s'agissant de l'interprétation de la notion d'intérêt public majeur en justifiant l'octroi : « ce document permet d'observer que 125 décisions jurisprudentielles ont été rendues en matière de dérogation espèces protégées dont 70 ont annulé ou suspendu un arrêté préfectoral », dans la plupart des cas pour défaut d'intérêt public majeur. Cette proportion laisse songeur, plus encore lorsqu'on la confronte au témoignage du préfet du Haut-Rhin lors de son audition par le Sénat, dans le cadre du rapport de 2019. Considérant que l'intérêt local serait difficile à caractériser, il estimait qu'il fallait « faire preuve d'audace juridique pour ne pas se montrer trop sourcilieux sur les conditions légales » et qu'« afin de favoriser une action, la notion de circonstances locales [était] souvent présumée remplie ».

Il est donc à parier que les notions d'intérêt général et de circonstances locales seront trop souvent vues par le prisme déformant des intérêts locaux et de la volonté de faire aboutir des projets qui, quoique intéressants ou structurants pour un territoire, n'en présenteront pas nécessairement un caractère d'intérêt général tel qu'il permette de regarder comme proportionnée l'atteinte portée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles ils auront dérogé. Ainsi, sauf à fragiliser juridiquement les décisions qu'ils prendront, les préfets auront tout intérêt à soigneusement étayer leur démonstration de l'intérêt général de la dérogation, des circonstances locales auxquelles elle répond et de la proportion de l'atteinte portée aux objectifs des dispositions réglementaires écartées.

Par ailleurs, le risque contentieux n'est pas forcément celui de l'annulation de la décision : il peut résider simplement en l'allongement des procédures par un recours contentieux de requérants opposés à un projet ou par principe méfiants quant au recours à une dérogation, quand bien même le juge reconnaîtrait finalement sa légalité. Cela s'avérerait tout aussi contreproductif.

Enfin, un dernier risque, plus symbolique, nous semble devoir être souligné : celui de diffuser l'idée d'un Etat arbitraire, prenant des décisions de façon discrétionnaire, propre à miner la relation de confiance entre les services de l'Etat et les porteurs de projet et la lisibilité de l'action publique, à rebours des objectifs affichés. Si ce risque est atténué au niveau local par l'interprétation donnée par la décision du Conseil d'Etat, qui entend justement éviter que sur un même territoire des situations analogues soient traitées différemment, ce risque peut se réaliser néanmoins à l'échelle interdépartementale, sans plus de justification apparente.

### **« A des maux étranges on applique d'étranges remèdes. » (scène XI)**

Le remède est-il pire que le mal ? Les conditions fixées par le texte, l'interprétation qu'en a donnée le Conseil d'Etat et un certain principe de réalité constituent tant de garde-fous que le droit de dérogation se trouve réduit à peau de chagrin, ou du moins peu susceptible de servir à grande échelle. S'il doit donc rester d'application limitée, il est en revanche une manifestation d'une tendance à une subsidiarité accrue dans de très nombreux domaines.




En premier lieu, ce pouvoir accordé aux préfets accompagne une invitation à se comporter « comme des entrepreneurs de l'Etat, ce qui induit de substituer à une logique de moyens une logique de projets et d'objectifs », comme l'a indiqué le préfet de Vendée, lors de son audition par le Sénat en 2019. Dans le cadre du pouvoir de dérogation, le préfet doit « prendre son risque » comme un chef d'entreprise. Ainsi, la circulaire de 2018 conseillait, « en cas d'interrogation quant

à la légalité de [la] décision », « d'établir un bilan coût/avantage de la mesure de dérogation, de réaliser une estimation des risques juridiques (risque contentieux, risque financier, etc.) et d'évaluer les conséquences en termes de cohérence de l'action publique locale ». Pour le dire autrement, la circulaire n'excluait pas que des dérogations soient prises de façon illégale, pour autant que le bilan bénéfices-risques soit positif. Le rapport d'évaluation de l'expérimentation enfonçait le clou, soulignant que l'objet du dispositif était de « développer le sens de l'autonomisation et de la responsabilisation des fonctionnaires au contact direct des administrés en leur offrant des ressources d'action en complément du droit ». La norme, y compris quand elle autorise à déroger, n'est vue que comme un outil, dispensable. Ce qui est le plus étonnant reste d'écrire et d'assumer ce qui, d'ordinaire, a le bon goût de la discrétion, par exemple pour une décision prise sur recours gracieux dont la légalité est fragile, ou pour une décision que le préfet sait illégale *ab initio* mais qu'il décide de prendre quand même après analyse des risques encourus - ce qui a toujours existé.

Le penchant à privilégier une approche « terrain », le « local », voire le « concret », couplé à une ambition de simplification, a cependant échoué à se traduire par un droit constitutionnel à la différenciation entre collectivités territoriales. Ce droit aurait concerné à la fois la répartition des compétences entre collectivités d'une même catégorie et les règles régissant l'exercice de ces compétences territoriales. A ce dernier titre, le 2° de l'article 10 du projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique prévoyait que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions ».

Faute pour la réforme constitutionnelle de pouvoir aboutir, cette aspiration des collectivités locales s'est traduite plus modestement dans la loi dite 3DS promulguée le 21 février 2022 (L. n° 2022-217 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale). Toutefois, même si son article 1<sup>er</sup> proclame la possibilité d'une différenciation des règles relatives à l'attribution et à l'exercice des compétences des collectivités territoriales, c'est pour tout de suite souligner, sans surprise et sans nécessité juridique, eu égard au cadre constitutionnel inchangé, que la différenciation ne peut intervenir que dans le respect du principe d'égalité (CGCT, nouv. art. L. 1111-3-1).

Notons que la loi 3DS comporte diverses dérogations à titre expérimental concernant les collectivités mais aussi un chapitre dédié à des expérimentations « liées à l'appel à projets France expérimentation au service de la relance et des activités économiques innovantes ». Tel que présenté sur le site du ministère de la transformation et de la fonction publique, France expérimentation s'adresse aux personnes morales « ayant un projet économique innovant, dont le développement est bloqué par des dispositions législatives ou réglementaires. France expérimentation permet alors de déroger aux obstacles juridiques à titre temporaire et expérimental ». Là encore, la démarche priorise la levée des « freins juridiques », cette fois en mobilisant l'article 37-1 de la Constitution comme un outil de dérogation (v., en ce sens, les termes du « cahier des charges » mis en ligne à l'intention des pétitionnaires dont France expérimentation instruit les demandes), sans que l'on parvienne à savoir si l'approche par « projets » a vocation à permettre, à terme, une modification des dispositions pour l'ensemble des acteurs économiques.

Sur une plus longue période, ce mouvement vers un pouvoir accru de détermination des normes au niveau local nous semble trouver une autre illustration dans l'évolution progressive de l'articulation des normes en droit du travail, avec un principe de faveur moins absolu aujourd'hui, qui laisse plus de marges à l'accord d'entreprise (v., pour une application récente, CE 7 oct. 2021, n° 433053, *Fédération des syndicats CFTC Commerce, services et force de vente*, Lebon avec les concl.  ; AJDA 2021. 2272 , chron. C. Malverti et C. Beaufiles ) , mais qui repose toujours

sur la notion d'ordre public, pierre angulaire, colonne vertébrale ou charpente d'un édifice évolutif.

Enfin, comment ne pas penser au contrôle *in concreto* auquel le Conseil d'Etat a accepté de procéder, certes dans le contexte particulier d'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais après avoir pourtant jugé la loi légale dans son principe (CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848<sup>1</sup>, *M<sup>me</sup> Gonzalez Gomez*, Lebon 208 avec les concl.<sup>1</sup> ; AJDA 2016. 1398<sup>1</sup>, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet<sup>1</sup> ; RFDA 2016. 740, concl. A. Bretonneau<sup>1</sup> ; et 754, note P. Delvolvé<sup>1</sup>) ? Force est de constater, toutefois, que cette jurisprudence n'a, à ce jour, pas vraiment de postérité, les seules décisions dont les analyses au Lebon mentionnent *Gonzalez Gomez* étant des cas où le Conseil d'Etat a refusé de l'étendre. Preuve que le juge a quant à lui bien du mal - et c'est heureux - à s'affranchir de l'empire de la norme.

**Mots clés :**

**ACTE UNILATERAL** \* Règlement \* Compétence pour prendre un règlement \* Dérogation aux normes réglementaires \* Préfet

(1) Les citations des titres sont tirées de *Beaucoup de bruit pour rien*, W. Shakespeare (trad. de V. Hugo, 1868).