

L'INSTITUTIONNALISATION DU DROIT DE DEROGATION DES PREFETS

Par Jean-Baptiste CHEVALIER :

Droit administratif général

Sans lien avec l'état d'urgence sanitaire lié à l'épidémie de Covid-19, le droit de dérogation accordé aux préfets a été pérennisé et généralisé par le décret n°2020-412 du 8 avril 2020[1]. En vertu de ce droit de dérogation, déjà expérimenté depuis décembre 2017, les préfets sont autorisés à prendre des décisions dérogeant à la réglementation nationale (mais non à la loi), dans certains domaines et sous certaines conditions. Ces dérogations doivent notamment être justifiées par un motif d'intérêt général et l'existence de circonstances locales.

Cette pérennisation du droit de dérogation des préfets fait suite à l'expérimentation qui avait été lancée par le décret n°2017-1845 du 29 décembre 2017[2], dans deux régions (Pays-de-la-Loire et Bourgogne-Franche-Comté), dans 17 départements métropolitains, ainsi qu'à Mayotte, Saint-Barthélemy et Saint-Martin. Selon les statistiques du Ministère de l'Intérieur, depuis décembre 2017, 183 arrêtés dérogatoires ont été pris.

Ce droit de dérogation a soulevé des craintes légitimes, notamment parmi les associations de protection de l'environnement et du patrimoine, mais également dans le secteur agricole. Saisi d'un recours contre le décret d'expérimentation, le Conseil d'État avait considéré, par sa décision du 17 juin 2019[3], que le droit de dérogation expérimental ne portait atteinte ni au principe d'égalité devant la loi, ni au principe de non-régression du code de l'environnement[4].

DANS QUELS DOMAINES LE DROIT DE DEROGATION PEUT ETRE MIS EN ŒUVRE ?

Si le Conseil d'État a admis en juin 2019 qu'un tel droit de dérogation puisse être accordé aux préfets, il a précisé qu'il était néanmoins « *nécessaire que [le décret] identifie précisément les matières dans le champ desquelles cette dérogation est possible* ».

Le nouveau décret énumère donc de manière exhaustive les sept domaines dans lesquels ce droit de dérogation peut être exercé.

Ainsi est-il prévu, à l'article 1^{er} du décret, que :

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

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

Il ressort d'un rapport sénatorial du 11 juin 2019[5] que ces arrêtés dérogatoires ont été pris principalement dans deux domaines : en matière de soutien économique aux acteurs économiques et aux collectivités territoriales et **en matière environnementale, agricole et forestière.**

À titre d'exemples, ce droit de dérogation a pu être mis en œuvre en Vendée, pour dispenser d'étude d'impact et d'enquête publique un projet de parc éolien, ou dans l'Yonne, pour construire une usine de méthanisation en zone bleue d'un PPRI, ou encore en Vendée, pour restructurer une station d'épuration des eaux usées ou pour réaliser une digue de protection contre la mer en site classé sans autorisation ministérielle[6].

En dehors de ces sept domaines, le pouvoir de dérogation ne peut être légalement mis en œuvre. C'est ainsi que le Ministre de la Justice a pu préciser que les créations d'offices de notaires ou d'huissier de justice ne relevaient pas de ces domaines limitativement énumérés[7].

SOUS QUELLES CONDITIONS LE DROIT DE DEROGATION PEUT ETRE MIS EN ŒUVRE ?

Là encore, le Conseil d'État a rappelé qu'il était nécessaire que l'arrêté préfectoral accordant une dérogation à la réglementation « *identifie précisément [...] les objectifs auxquels celle-ci doit répondre et les conditions auxquelles elle est soumise* ».

L'article 2 du décret a ainsi prévu que :

« *La dérogation doit répondre aux conditions suivantes :*

- 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 ».*

En résumé, la dérogation doit être justifiée par un but d'intérêt général et des circonstances locales, avoir pour objet de simplifier les démarches administratives et ne pas porter d'atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les formalités ou procédures auxquelles il est dérogé. Ces conditions sont cumulatives, ce qui signifie qu'une dérogation ne peut être accordée que si ces quatre conditions sont toutes remplies.

Par ailleurs, cette dérogation ne peut viser que des obligations formelles ou procédurales prévues par des dispositions réglementaires, et non des obligations prévues par la loi, le droit de l'Union européenne, les conventions internationales ou la Constitution. Le Conseil d'État a ainsi rappelé, dans sa décision précitée, que « *ces dérogations ne peuvent être accordées que dans le respect des normes supérieures applicables* ».

CES ARRETES DEROGATOIRES PEUVENT-ILS ETRE CONTESTES ?

L'article 3 du décret prévoit que « *la décision de déroger prend la forme d'un arrêté motivé, publié au recueil des actes administratifs de la préfecture* ».

La circulaire ministérielle n°6007/SG du 9 avril 2018 précise à cet égard que cette décision doit être prise « *sous la forme d'un arrêté motivé en droit et par les circonstances particulières du cas d'espèce* », le Premier ministre demandant aux préfets « *d'apporter une attention toute particulière à la motivation de vos décisions de dérogation* ».

Ces arrêtés de dérogation peuvent être contestés, comme tout arrêté préfectoral, devant le tribunal administratif territorialement compétent, dans un délai de deux mois à compter de leur publication.

Si cette période d'expérimentation n'a, pour l'instant, jamais conduit le juge administratif à annuler des arrêtés préfectoraux dérogatoires, de telles annulations ne sont évidemment pas impossibles. Ces arrêtés pourraient être censurés, notamment, s'ils étaient insuffisamment motivés, s'ils accordaient une dérogation dans un autre domaine que ceux limitativement énumérés à l'article 1^{er} du décret ou si l'une des conditions de l'article 2 n'était pas remplie.

LE PRINCIPE D'EGALITE DEVANT LA LOI MIS A MAL ?

Sur le fond, outre les craintes de voir les préfets accorder des « passe-droits » aux promoteurs et aux acteurs locaux, la principale critique a porté sur l'atteinte portée au principe constitutionnel d'égalité devant la loi. Car ce dispositif a bien pour effet de permettre à certains acteurs économiques ou collectivités locales de bénéficier de dérogations leur permettant de passer outre certaines obligations formelles ou procédurales réglementaires (avis divers, enquêtes publiques, études d'impact...). Ils bénéficieraient donc, à condition de justifier de motifs particuliers, d'une forme de traitement de faveur pour mener à bien leurs projets.

Saisi de cette question concernant le premier décret expérimental, le Conseil d'État avait estimé que le principe d'égalité devant la loi n'était pas méconnu, mais en s'appuyant sur les dispositions de l'article 37-1 de la Constitution, selon lequel « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ».

Il avait en effet considéré qu'il résultait de ces dispositions que « *le pouvoir réglementaire peut, dans le respect des normes supérieures, autoriser des expérimentations permettant de déroger à des normes à caractère réglementaire sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi dès lors que ces expérimentations présentent un objet et une durée limités et que leurs conditions de mise en œuvre sont définies de façon suffisamment précise* » et qu'« *à cet égard, s'il peut 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, il est nécessaire qu'il identifie précisément les matières dans le champ desquelles cette dérogation est possible ainsi que les objectifs auxquels celle-ci doit répondre et les conditions auxquelles elle est soumise* ».

Examinant le décret attaqué, il avait alors relevé que « *le décret attaqué autorise les préfets concernés à déroger de façon ponctuelle, pour la prise d'une décision non réglementaire relevant de leur compétence, aux normes réglementaires applicables dans certaines matières limitativement énumérées* », que « *ces dérogations ne peuvent être accordées que dans le respect des normes supérieures applicables* », que « *si... le décret attaqué ne désigne pas précisément les normes réglementaires auxquelles il permet de déroger, il limite ces dérogations, d'une part, aux règles qui régissent l'octroi des aides publiques afin d'en faciliter l'accès, d'autre part, aux seules règles de forme et de procédure applicables dans les matières énumérées afin d'alléger les démarches administratives et d'accélérer les procédures* », et qu'« *enfin, il ne permet une dérogation que sous conditions qu'elle réponde à un motif d'intérêt général, qu'elle soit justifiée par les circonstances locales, qu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts de la défense ou à la sécurité des personnes et des biens et qu'elle ne porte pas une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par les dispositions auxquelles il est dérogé* ».

Le Conseil d'État avait ainsi validé ce premier décret d'expérimentation aux motifs que « *le décret contesté, dont le champ et la durée d'application sont limités, n'autorise, dans le respect des normes supérieures, que des dérogations dont l'objet est limité et dont les conditions de mise en œuvre sont définies de façon précise* ».

Finalement, le Conseil d'État avait davantage examiné le respect du principe d'égalité devant la loi sous l'angle des disparités existant entre les territoires d'expérimentation et les autres. Mais il ne semble pas qu'il se soit prononcé sur l'atteinte au principe d'égalité devant la loi induite par le système des dérogations préfectorales lui-même, qui conduit à faire bénéficier certains acteurs économiques ou collectivités d'un régime réglementaire plus favorable.

Dans cette hypothèse, pour que le principe d'égalité ne soit pas méconnu, il faudra, selon la jurisprudence traditionnelle, que les différences de traitement soient justifiées par des différences de situation objectives et appréciables, en lien avec leur objet. Autrement dit, une dérogation accordée à un porteur de projet ne pourra pas être refusée à un autre s'il se trouve dans une situation similaire, sauf à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi.

Ce système de dérogations qui a pour objet de « *permettre à l'action publique de s'adapter au mieux aux circonstances locales* »^[8], et qui devrait offrir de nouvelles opportunités aux collectivités et aux acteurs économiques, pourrait aussi être la source de situations épineuses.

Jean-Baptiste Chevalier - Avocat à la Cour

^[1] Décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet.

^[2] [Décret n° 2017-1845 du 29 décembre 2017 relatif à l'expérimentation territoriale d'un droit de dérogation reconnu au préfet](#)

^[3] [CE, 17 juin 2019, Ass. Les amis de la Terre France, n°421871, publié au recueil Lebon.](#)

^[4] Consacré à l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

^[5] cf. Rapport d'information n°560 (2018-2019), *Réduire le poids des normes en aval de leur production : interprétation facilitatrice et pouvoir de dérogation aux normes*, Sénat, déposé le 11 juin 2019.

^[6] Source : rapport sénatorial précité.

^[7] QE n°5409, Rép. Min. du 8 mai 2018, JOAN p. 3913.

^[8] Communiqué du Ministre de l'Intérieur, 8 avril 2020.



Jean-Baptiste CHEVALIER

Jean-Baptiste CHEVALIER est avocat au barreau de Rennes. Il intervient principalement en droit public général, en droit public économique, et en droit public rural et agricole.