

La demande de prise de position formelle (rescrit)

Textes applicables :

- [article L. 1116-1](#) du code général des collectivités territoriales (CGCT), introduit par l'article 74 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique ;
- [articles R. 1116-1 à R. 1116-5](#) du CGCT, créés par le [décret n°2020-634 du 25 mai 2020](#) portant application de l'article L. 1116-1 précité.

1. Qu'est-ce que la demande de prise de position formelle ?

Inspiré du droit fiscal, la demande de prise de position formelle, aussi appelée « rescrit », est un moyen par lequel les collectivités territoriales, leurs groupements ainsi que leurs établissements publics peuvent solliciter du représentant de l'Etat une prise de position formelle sur une question de droit portant sur un projet d'acte, avant qu'il ne soit adopté.

Cet instrument juridique est l'un des outils de conseil et d'appui des préfectures au profit des collectivités territoriales, de leurs groupements ainsi que de leurs établissements publics.

Il ne s'applique pas aux demandes simples et habituelles de consultation juridique mais aux cas de prise de décisions techniquement complexes sur le plan du droit, qui justifient, pour la collectivité territoriale, le groupement ou l'établissement public concerné d'obtenir une position circonstanciée sur l'interprétation d'une norme législative ou réglementaire, y compris nouvelle.

2. Pourquoi ce dispositif a-t-il été créé ?

L'objectif poursuivi est de fluidifier et de moderniser les relations entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics et l'Etat. Il s'agit également de faciliter les projets et initiatives locales complexes à mettre en œuvre, en garantissant préalablement aux acteurs locaux que leurs interventions s'inscrivent dans le respect du cadre juridique applicable.

L'intérêt de la demande de prise de position formelle est de :

- prémunir la collectivité territoriale, le groupement ou l'établissement public d'un recours sur le point de droit soulevé (sauf changement de circonstances) ;
- permettre un contrôle plus rapide de l'acte au titre du contrôle de légalité grâce à l'analyse à laquelle les services de l'État auront procédé dans le cadre de la demande de position formelle ;

- accompagner les collectivités territoriales, leurs groupements ainsi que leurs établissements publics qui ne disposent pas de services juridiques et sont confrontées à des difficultés pour interpréter des dispositions législatives et réglementaires parfois complexes.

Toutefois, ce mécanisme ne saurait :

- restreindre les prérogatives du préfet prévues par l'article 72 de la Constitution, qui conserve la faculté de saisir le juge d'un déféré préfectoral ;
- porter atteinte au droit au recours par les tiers.

3. Quel est le cadre fixé par la loi ?

Les actes entrant dans le champ d'application de la prise de position formelle sont ceux susceptibles d'être déferés par le représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité, qu'ils soient ou non soumis à l'obligation de transmission.

La demande prend la forme d'une ou plusieurs questions précises portant sur la mise en œuvre d'une disposition législative ou réglementaire régissant l'exercice des compétences des collectivités territoriales, de leurs groupements ou de leurs établissements publics, ou les prérogatives dévolues à leur exécutif.

Le silence gardé par le représentant de l'Etat pendant trois mois vaut absence de prise de position formelle.

Si l'acte est conforme à la prise de position formelle, le représentant de l'Etat ne peut pas, au titre de la question de droit soulevée et sauf changement de circonstances, le déférer au tribunal administratif.

4. Quel doit être le contenu de la demande adressée à la préfecture ?

L'article R. 1116-2 du CGCT précise les formalités à respecter par les collectivités territoriales, leurs groupements ainsi que leurs établissements publics lorsqu'ils adressent une demande au représentant de l'Etat.

Cette demande doit être :

- écrite ;
- signée par le représentant compétent de la personne publique auteur de la demande ;
- complète : elle comprend :
 - o le projet d'acte ;
 - o l'exposé des circonstances de fait et de droit fondant le projet d'acte. Les circonstances de droit détaillent la mention de l'article législatif ou réglementaire sur lequel porte la demande ;
 - o toute information ou pièce utile. A défaut, la préfecture pourra demander des pièces complémentaires ;
 - o une ou plusieurs questions juridiques à trancher ;
- précise :

- elle comporte une ou plusieurs questions de droit en lien direct avec le projet d'acte ;
- elle ne saurait consister à demander si un acte est légal ou non, car une telle demande ne serait pas considérée comme précise.

5. Comment la préfecture doit-elle être saisie ?

La demande est déposée exclusivement auprès du préfet de région ou du préfet de département, pour les actes dont ils assurent respectivement le contrôle de légalité. A défaut de pouvoir être saisi, le sous-préfet pourra être informé des demandes de prise de position formelle adressées au préfet.

Le cadre législatif et réglementaire n'impose pas de modalités de saisine particulière. En revanche, en application de l'article R. 1116-1 du CGCT, la transmission doit être assurée de manière à pouvoir apporter la preuve que la demande a bien été réceptionnée par les services de la préfecture. Plusieurs alternatives sont possibles :

- par saisine par voie électronique (SVE). Ce n'est toutefois pas une obligation, dès lors qu'il s'agit ici de relations entre deux administrations, qui ne sont donc pas soumises aux dispositions de l'article L. 112-8 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) ;
- en recommandé avec accusé de réception.

En revanche, la télétransmission de la demande de prise de position formelle par @CTES est exclue car cette application est dédiée au contrôle de légalité des actes.

6. Comment procéder à une éventuelle demande de compléments ?

Si la demande est incomplète, le représentant de l'Etat invite son auteur à fournir les éléments complémentaires nécessaires. Aucun délai n'est prévu pour la transmission des pièces demandées.

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article R. 1116-3 du CGCT, tant que les éléments complémentaires n'ont pas été communiqués, le délai de trois mois au terme duquel le silence gardé par le représentant de l'Etat vaut absence de position formelle ne commence pas à courir. L'absence de transmission de pièces complémentaires par la collectivité territoriale, le groupement ou l'établissement public retarde donc nécessairement l'instruction de sa demande.

7. Quelles sont les modalités de réponse à l'auteur de la demande ?

L'article R. 1116-3 du CGCT précise le point de départ du délai de trois mois au terme duquel le silence gardé par le représentant de l'Etat vaut absence de position formelle. Il est fixé à la date de réception de la demande ou de celle des éléments complémentaires demandés.

Lorsqu'une réponse est formulée, l'article R. 1116-4 du même code définit les modalités de transmission de la réponse de manière générique sans imposer de formalités

particulières. Cette transmission doit, en revanche, être assurée de manière à pouvoir apporter la preuve que la réponse a bien été réceptionnée par l'entité à l'origine de la demande. Une position formelle doit être assortie d'éléments de réponse pour chacun des points soulevés.

8. Comment s'effectue la transmission de l'acte concerné au contrôle de légalité ?

L'article R. 1116-5 du CGCT prévoit que la collectivité territoriale, le groupement ou l'établissement public joint la prise de position formelle lors de la transmission de l'acte concerné au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité. Cette formalité leur permet de se prévaloir d'un avis du préfet et, le cas échéant, de se prémunir d'un recours éventuel sur le point de droit déjà examiné.

9. La prise de position formelle en outre-mer ?

Le dispositif de demande de prise de position formelle est applicable en outre-mer à l'exception de :

- Wallis-et-Futuna où il n'y a pas ni communes ni intercommunalités ;
- Saint-Martin et Saint-Barthélemy où les dispositions qui régissent les relations avec l'Etat sont de niveau organique.

Il convient de préciser que le dispositif a été rendu expressément applicable en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française par [l'ordonnance n° 2020-1256 du 14 octobre 2020](#) étendant et adaptant en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie les dispositions de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

Le [décret n° 2021-912 du 8 juillet 2021](#) portant application des articles L. 1824-1, L. 2573-5 et L. 5842-4 du CGCT et de l'article L. 121-39-5 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie a eu pour objet la création de dispositions réglementaires pour l'application des articles [2](#), [4](#), [10](#) et [32](#) de l'ordonnance n° 2020-1256 du 14 octobre 2020 étendant et adaptant en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie les dispositions de la [loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019](#) relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique.

10. Quelques exemples de demande de prise de position formelle

- Indemnisation des titulaires d'un accord-cadre à bons de commande sans minimum pour des prestations de transport d'élèves handicapés non effectuées pendant la crise sanitaire ;
- Neutralisation de la clause d'actualisation des prix d'un marché public de restauration municipale ;
- Modification d'une délégation de service public : possibilité de passer un nouveau contrat sans publicité ni mise en concurrence suite à une résiliation ;
- Légalité d'une « convention cadre immobilier » ayant pour objet des prestations de courtage aux enchères en ligne ;

- Location par le département à des personnes publiques et privées d'espaces de stockage dans son centre de données numériques ;
- Coopération conventionnelle entre une métropole et une chambre de commerce et d'industrie ;
- Modalités de recrutement d'un conservateur territorial du patrimoine comme directeur d'un établissement public administratif ;
- Maintien à titre personnel de son indice majoré par un fonctionnaire recruté comme DGA d'une communauté d'agglomération ;
- Légalité du versement d'une prime de fin d'année aux agents d'une commune.