



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DE L'OISE

Beauvais, le 22 août 2011

Préfecture

Secrétariat Général

Direction des relations  
avec les collectivités Locales

Bureau du contrôle de la légalité

Affaire suivie par : M. JH.Letailleur

Tél. : 03 44 06 12 60

Fax : 03 44 06 12 56

Courriel : [jean-henri.letailleur@oise.gouv.fr](mailto:jean-henri.letailleur@oise.gouv.fr)

Le Préfet de l'Oise

à

Mesdames et Messieurs les Maires  
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics  
de coopération intercommunale  
Monsieur le Président du Conseil général

En communication à Madame et Messieurs les Sous-Préfets d'arrondissement

Objet : synthèse des observations formulées en 2010 au titre du contrôle de légalité

Pièces jointes : 1 annexe

Dans le cadre des obligations qu'impose la certification QUALIPREF dont bénéficie la Préfecture de l'Oise, je vous adresse chaque année, depuis 2007, une circulaire faisant le point des principales observations que j'ai pu être amené à formuler au cours de l'exercice antérieur à l'occasion de l'examen de la légalité des actes soumis à mon contrôle en application des dispositions des articles L.2131-1 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Au total, ce ne sont pas moins de 26 thèmes qui ont ainsi été traités, dont la liste est reprise en annexe avec l'indication de la circulaire correspondante. L'application de certains de ces points de droit suscitant, manifestement, des difficultés récurrentes, je ne saurais trop vous inciter à vous y reporter en cas de doute.

D'une manière générale, lorsqu'une procédure ou un point de droit soulève des interrogations de votre part, je vous recommande, avant toute prise de décision, de vous rapprocher de mes services (postes 03.44.06.12.75 et 12.59) pour obtenir les éclaircissements souhaités et, ainsi, améliorer la sécurité juridique de l'acte concerné.

Le contrôle de légalité est en effet indissociable de la mission de conseil des services de l'Etat au profit des collectivités à laquelle j'attache la plus grande importance. Avant toute chose, il s'agit en effet pour l'Etat, non pas de censurer ou de faire preuve d'un pointillisme juridique excessif, mais de faire en sorte que la règle de droit soit comprise et bien appliquée, dans l'intérêt même des collectivités et de leurs administrés.

Au regard des observations émises en 2010, je souhaite plus particulièrement appeler votre attention sur les points suivants :

## 1) Commande publique

### a) composition de la commission d'appel d'offres

En application de l'article 22 du code des marchés publics, la commission d'appel d'offres (CAO) des établissements publics de coopération intercommunale est composée :

- pour les EPCI comportant une ou plusieurs communes de 3500 habitants ou plus, du président de l'EPCI ou de son représentant et de cinq membres titulaires élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste parmi les membres de l'organe délibérant. Cinq membres suppléants doivent en outre être désignés dans les mêmes conditions ;
- pour les EPCI ne comportant que des communes de moins de 3500 habitants, du président de l'EPCI ou de son représentant et de trois membres titulaires élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste parmi les membres de l'organe délibérant. Trois membres suppléants sont également désignés.

Dans les petites structures intercommunales, composées d'un nombre limité de communes, l'effectif de l'organe délibérant est le plus souvent très réduit ce qui peut conduire à deux situations particulières assez fréquemment rencontrées :

- l'absence de constitution de listes concurrentes, ce qui empêche de procéder à une élection à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- l'impossibilité physique de procéder à la désignation de suppléants, voire même parfois du nombre de titulaires requis.

En pareil cas, en vertu de la théorie de la formalité impossible, la procédure de désignation de ses membres et la composition de la CAO n'en seront pas pour autant irrégulières.

Toutefois, l'article 22 précité le prévoyant expressément, la CAO devra au minimum être composée d'un président et de deux membres titulaires.

Je rappelle, par ailleurs, :

- que l'exécutif de la collectivité (maire, président) préside de plein droit la CAO et n'a donc pas à être désigné par l'organe délibérant ;
- que le président de la CAO, en cas d'empêchement, peut, par arrêté, charger un membre de l'organe délibérant de le représenter. Ce représentant doit être choisi parmi ceux qui n'ont pas la qualité de membre titulaire ou suppléant de la CAO ;
- enfin, qu'un suppléant peut indifféremment remplacer chaque membre titulaire.

### b) délai de convocation de la CAO et quorum

Dans tous les cas de figure, le délai de convocation de la CAO est de 5 jours francs avant la date de la réunion. Le quorum est atteint quand plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si ce quorum n'est pas atteint après une première réunion, la CAO, à nouveau convoquée, peut délibérer sans condition de quorum.

## 2) Fonction publique territoriale

### a) Cumul d'activités

Le décret n° 2011-82 du 20 janvier 2011 a abrogé l'article 17 du décret n° 2007-658 du 2 mai 2007 relatif au cumul d'activités des fonctionnaires, des agents non titulaires de droit public et des ouvriers des établissements industriels de l'Etat qui, antérieurement, pour ce qui concerne les agents territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps incomplet, limitait le cumul d'activités à 115% de la durée légale hebdomadaire de service.

Il s'avère que des conclusions erronées ont parfois été tirées de cette modification du texte initial.

Ainsi, quelques uns d'entre vous ont souhaité procéder au recrutement sur des emplois permanents relevant de la fonction publique territoriale, pour des quotités de temps de travail variables, d'agents de tous grades occupant déjà, dans d'autres collectivités, un emploi permanent à temps complet.

Or, les possibilités de cumul ouvertes par le décret précité du 2 mai 2007 ne concernent que les activités publiques ou privées, susceptibles d'être exercées à titre accessoire, qui sont énumérées aux articles 2 et 3 du décret précité du 2 mai 2007 modifié et, en aucun cas, les emplois permanents vacants de la fonction publique territoriale, qu'ils soient ou non à temps complet et qu'il s'agisse ou non d'emplois fonctionnels.

La circulaire d'application du n° 2157 du 11 mars 2008 du ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer et des Collectivités locales précise, à propos de la notion d'activité accessoire au sens du décret du 2 mai 2007 modifié, que « s'agissant de l'activité assurée auprès d'une personne publique, en particulier, il ne peut s'agir de pourvoir un emploi vacant, y compris lorsqu'il s'agit d'un emploi à temps incomplet et ce, quelle que soit la quotité de travail de celui-ci ».

Par conséquent, le cadre juridique antérieur demeure inchangé : un agent territorial, en application de l'article 8 du décret n° 91-298 du 20 mars 1991 et de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 6 février 1996, commune de Gesvres-le-Chapitre, ne peut cumuler plusieurs emplois permanents de la fonction publique que dans la limite de 115% de la durée légale hebdomadaire de service, soit 40 heures et demie.

#### b) maintien en activité des fonctionnaires non titulaires au-delà de l'âge légal

Il résulte des dispositions de l'article L.422-7 du code des communes, expressément maintenues en vigueur et étendues aux autres collectivités territoriales par l'article 119 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, qu'un agent non titulaire ne peut demeurer en activité au delà de 65 ans.

Cette disposition a pour effet d'interdire le recrutement d'agents non titulaires ayant dépassé cet âge.

Tout contrat de recrutement d'un agent de plus de 65 ans où dont la durée expirerait après que l'agent concerné ait atteint cet âge serait en conséquence illégal.

### 3) Les offres de concours

Certaines associations sont parfois désireuses de participer financièrement à la réalisation par les collectivités locales de travaux immobiliers, de construction ou de restauration, rejoignant l'objet en vue duquel elles se sont constituées.

Ce peut être le cas, notamment, lorsqu'une association s'est fixée pour but de contribuer à la sauvegarde d'un édifice ou d'un bâtiment public présentant localement un intérêt historique ou architectural.

La question se pose alors de savoir suivant quelles modalités l'association peut apporter sa contribution financière à la collectivité.

Sous réserve de respecter les conditions posées par le code général des collectivités territoriales et le code civil, l'association peut faire un don à la commune. Ce don devra nécessairement donner lieu, sous peine de nullité, à un acte notarié.

S'agissant d'assurer le financement de travaux, la formule de l'offre de concours, plus souple et dont les modalités peuvent être réglées par une simple convention, apparaît cependant comme la plus appropriée.

Les offres de concours se définissent, selon la jurisprudence, comme des contributions volontaires, quelles que soient leur nature, apportées par une personne physique ou morale à une opération de travaux publics.

Par ce moyen, un tiers, public ou privé peut proposer à une collectivité publique une contribution, en nature ou en argent, à la réalisation de travaux publics auxquels il porte un intérêt. Le contrat qui naît de l'acceptation de l'offre par la personne publique est un contrat administratif en ce qu'il est lié à la réalisation de travaux publics.

Ne peuvent être concernés que des travaux immobiliers.

Pour être légale, l'offre doit répondre à deux conditions :

- être volontaire et gratuite, c'est dire non compensée par une prestation du bénéficiaire de l'offre ;
- présenter un intérêt matériel ou moral pour l'offrant (caractère intéressé de l'offre).

Ces conditions sont toujours remplies lorsqu'une association, à titre d'exemple, souhaite contribuer financièrement aux travaux de restauration d'un élément du patrimoine communal à la sauvegarde et à la mise en valeur duquel elle entend, statutairement, œuvrer.

Mes services se tiennent à votre disposition pour vous apporter tous les éclaircissements que vous jugeriez utiles qu'il s'agisse des sujets traités ci-dessus ou de tout autre point de droit.

Pour le Préfet  
et par délégation,  
le Secrétaire général,

  
Patricia WILLAERT

**Annexe à la circulaire préfectorale du 22 août 2011 relative à la synthèse des observations émises au titre du contrôle de légalité 2010**

-----

Liste des thèmes traités

Circulaire du 10 juin 2007

- la transmission d'actes incomplets
- les autorisations d'urbanisme : avis du maire dans les communes soumises au RNU
- la délibération autorisant l'exécutif à signer un marché : son caractère exécutoire doit être antérieur à la signature de l'acte d'engagement
- contenu de l'avis d'appel public à la concurrence dans le cadre d'une procédure européenne
- règles de suppléance au sein de la commission d'appel d'offres
- fonction publique territoriale : rémunération des contractuels et respect du principe de parité avec les agents de l'Etat
- adoption du compte administratif : obligation pour le maire de se retirer au moment du vote

Circulaire du 25 avril 2008

- les conventions susceptibles d'être conclues avec les associations
  - la convention d'objectifs
  - les conventions constituant des marchés publics
  - la convention de délégation de service public
  - un risque particulier : la gestion de fait
- intercommunalité
  - respect des compétences respectives de l'EPCI et des communes membres
  - cadre juridique des prestations de services entre EPCI et communes membres
- les avenants aux marchés publics
- la présidence de la commission d'appel d'offres
- respect des critères de sélection énoncés lors de la mise en concurrence
- caractère rétroactif d'une délibération fixant le régime indemnitaire des agents : illégalité

Circulaire du 18 août 2009

- -marchés publics
  - participation à la commission d'appel d'offres
  - règles de computation des délais de publicité
  - appel d'offres ouvert : délai de réception des offres
  - choix d'une procédure formalisée en lieu et place d'une procédure adaptée
- rémunération des agents non titulaires de la fonction publique territoriale
- répartition des frais de scolarité

Circulaire du 27 septembre 2010

- les avenants de prolongation des contrats de délégation de service public
- marchés publics : application des critères de sélection des offres
- la publication obligatoire des AAPC sur le « profil d'acheteur »

-----