

PREFECTURE DE L'OISE

Beauvais, le 25 avril 2008

Direction des Relations
Avec les Collectivités Locales
Bureau du contrôle de légalité
Affaire suivie par : M. Jean-Henri Letailleur
Tél. : 03.44.06.12.60
Fax : 03.44.06.12.56
Jean-Henri. Letailleur@oise.pref.gouv.fr

Le Préfet de l'Oise

à

Mesdames et Messieurs les Maires du département de
l'Oise

Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements
publics de coopération intercommunale

Monsieur le Président du conseil général de l'Oise
- pour information à Messieurs les sous-préfets
d'arrondissement

Objet : synthèse des observations formulées en 2007
au titre du contrôle de légalité.

En se conformant aux exigences du référentiel QUALIPREF, procédure de labellisation contrôlée par un organisme indépendant, la préfecture de l'Oise s'est engagée résolument dans une démarche de qualité qui vise à améliorer le service rendu tant aux usagers qu'aux élus locaux, qu'ils soient maires ou présidents d'établissements publics de coopération intercommunale.

Dans ce cadre, vous sera adressée chaque année, comme ce fut le cas l'an passé (cf. ma lettre-circulaire du 30 mai 2007 à laquelle je vous invite à vous reporter), une synthèse des principales observations formulées au cours de l'exercice précédent au titre du contrôle de légalité.

Il s'agit avant tout, en appelant votre attention sur les points de droit qui, soit ont été la source d'illégalités, soit ont suscité les interrogations de certains d'entre-vous comme le constat a pu en être fait lors d'échanges téléphoniques avec mes services, de contribuer à la sécurisation des actes que vous êtes amenés à prendre en vous apportant l'éclairage nécessaire.

Ainsi qu'il m'a déjà été donné de le souligner, le contrôle de légalité exercé par le préfet ne doit pas être perçu comme une contrainte supplémentaire qui s'imposerait aux collectivités, et moins encore comme un obstacle à leur action, mais comme la garantie, dans l'intérêt de tous, citoyens et acteurs économiques, d'une bonne application de la règle. C'est la raison pour laquelle j'entends privilégier, chaque fois que possible, l'explication et la pédagogie qui à mes yeux sont des composantes essentielles du contrôle.

La présente circulaire procède de cet esprit.

En fonction des enseignements retirés de l'année 2007, il m'apparaît utile de mettre plus particulièrement en exergue les points suivants :

1) Les conventions susceptibles d'être conclues avec les associations

Certains d'entre-vous, séduits par la souplesse de fonctionnement que peut ponctuellement offrir cette solution, font parfois appel aux services d'associations dans le cadre de conventions passées en dehors de tout formalisme juridique et qui, à l'examen, se révèlent entachées d'illégalité.

Pour éviter cet écueil et la mise en cause éventuelle des élus et dirigeants d'associations, notamment pour gestion de fait, je crois nécessaire de rappeler succinctement quels sont les types de conventions, et les règles qui s'y attachent, qu'une collectivité, en fonction des relations qu'elle souhaite établir, peut conclure avec une association :

a) la convention d'objectifs

Il est souhaitable, dès lors qu'une collectivité intervient financièrement, pour un montant non négligeable, en faveur d'une association dont le projet ou l'action présente un intérêt local certain, de prévoir une convention qui clarifiera les relations entre les parties en précisant les droits et obligations de chacune d'elles. Cette convention devra notamment faire apparaître, sans que cette liste soit exhaustive:

- l'objet de la subvention (il conviendra de s'assurer que cet objet est en conformité avec les statuts de l'association) ;
- le montant des subventions accordées ;
- les aides éventuellement apportées par ailleurs (mise à disposition de locaux ou de personnel par exemple) ;
- les modalités de contrôle de l'association ;
- L'engagement pris par l'association d'utiliser les fonds reçus pour la réalisation de l'objectif défini.

Une telle convention s'impose en particulier quand la subvention accordée dépasse 23.000€

L'article L.2313-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit en outre que les documents budgétaires des communes de plus de 3500 habitants doivent comporter en annexe la liste des concours attribués aux associations sous forme de prestations en nature ou de subventions. Un bilan certifié des comptes des associations ayant bénéficié d'une aide représentant plus de 50% de leur budget ou supérieure à 75.000€ doit également y figurer.

Enfin, l'article L.1611-4 du CGCT dispose que « Toute association, œuvre ou entreprise ayant reçu une subvention peut être soumise au contrôle des délégués de la collectivité qui l'a accordée. Tous groupements, associations, œuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité ».

Les comptes certifiés sont transmis par la commune aux élus municipaux ainsi qu'aux personnes intéressées qui en font la demande.

Les collectivités détiennent, en conséquence, à l'égard des associations qu'elles subventionnent, des pouvoirs de contrôle importants qu'elles se doivent d'exercer dans un souci de transparence de l'utilisation des fonds publics.

b) les conventions constituant des marchés publics

Si au lieu d'apporter un soutien financier à la réalisation d'un projet spécifique conçu et porté par une association, la collectivité se tourne vers une association pour qu'elle lui fournisse des prestations répondant à un besoin propre en contrepartie du paiement d'un prix, elle devra impérativement conclure un marché public dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics.

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics différencie la subvention du marché public en la définissant comme une « contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers ».

Lorsque l'initiative du projet est le fait de la collectivité et que l'association reçoit en contrepartie de son exécution selon des directives précises une somme correspondant à son coût, il s'agit d'un marché public qui peut-être requalifié comme tel par le juge administratif en cas de contentieux.

L'initiative, l'existence d'une contrepartie, le contenu des exigences respectives des parties, sont des critères déterminants aux yeux du juge.

Je souligne que la requalification en marché public d'une simple convention d'aide financière ou d'objectifs entraîne l'annulation de la décision de subvention et l'obligation pour l'association de restituer les fonds. Elle peut aussi conduire, sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal à l'engagement de poursuites pénales pour délit de favoritisme.

Il convient donc, en ce domaine, d'être vigilant.

c) la convention de délégation de service public

Une convention qui confie l'exécution d'une mission de service public à une association qui tirera l'essentiel de sa rémunération des recettes perçues sur l'usager est une convention de délégation de service public. Sa conclusion est soumise à la mise en œuvre préalable de la procédure organisée aux articles L.1411-1 et suivants du CGCT qui vise à susciter des offres concurrentes dans le respect des principes de transparence et d'égalité d'accès à la commande publique.

Outre le mode de rémunération, l'existence de clauses précisant l'organisation et le fonctionnement de l'activité et l'existence pour l'association cocontractante d'un risque d'exploitation d'ordre financier, sont des indices qui peuvent conduire le juge, là aussi, à requalifier une convention en délégation de service public avec toutes les conséquences susceptibles d'en résulter.

d) un risque particulier : la gestion de fait

Enfin, d'une manière générale, le recours aux associations, instruments certes efficaces de l'action locale, doit s'inscrire dans un cadre juridique rigoureux en veillant tout particulièrement à ce que les conditions d'utilisation des deniers publics ne soient pas constitutives d'une gestion de fait.

Je rappelle qu'est qualifiée de gestionnaire de fait toute personne qui sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous le contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public (par ex. une commune ou un EPCI) doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste.

La question de la gestion de fait peut notamment se poser lorsqu'une association, dans le cadre de l'activité qui lui a été confiée, est amenée, en dehors de toute délégation de service public, à percevoir directement auprès des usagers ou en provenance de divers organismes, des fonds qui, destinés au financement d'un service offert par la collectivité, ont le caractère de deniers publics que seul le comptable public (ou son représentant, un régisseur de recettes qu'il convient alors de désigner) peut manipuler.

Le juge financier retient également cette qualification lorsque l'association, qui est dite alors « transparente », ne bénéficie pas d'une réelle autonomie vis à vis de la collectivité qui la subventionne et en constitue en réalité le prolongement (représentation prépondérante des élus et fonctionnaires municipaux au sein de son conseil d'administration, ressources propres provenant essentiellement des subventions attribuées par la collectivité...).

2) Intercommunalité

a) le respect des compétences respectives de l'EPCI et des communes membres

Les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) sont régis par les principes de spécialité et d'exclusivité:

- -en application du principe de spécialité, ils ne peuvent agir qu'à l'intérieur de leur périmètre (spécialité territoriale) et uniquement dans les domaines de compétence qui leur ont été transférés (spécialité fonctionnelle) ;
- en application du principe d'exclusivité, les EPCI sont les seuls à pouvoir exercer les compétences qui leur ont été transférées. Les communes sont dessaisies des compétences ainsi transférées et ne peuvent plus intervenir dans ces domaines (CE, commune de Saint-Vallier, 1970).

Je vous demande de respecter ces deux principes essentiels de l'intercommunalité qui, en fonction de considérations locales, peuvent parfois être perdus de vue.

Le non respect de la ligne de partage des compétences entre l'EPCI et l'une de ses communes membres constitue une illégalité substantielle susceptible de se répercuter sur tous les actes pris en aval, notamment sur d'éventuels marchés publics puisque passés, dans cette hypothèse, par une autorité incompétente.

La chambre régionale des comptes ne manque pas, par ailleurs, de relever ce type d'irrégularité à l'occasion des contrôles de gestion qu'elle opère régulièrement.

b) le cadre juridique des prestations de services entre EPCI et communes membres

La directive communautaire 92/50 « services », reconnaît la possibilité pour une personne publique d'être prestataire de services.

Plusieurs dispositions du CGCT font par ailleurs référence explicitement aux prestations de services susceptibles d'être effectuées par les établissements publics de coopération intercommunale:

- L'article L.5216-7-1 du CGCT autorise les communautés d'agglomérations, de plein droit, à accomplir de telles prestations pour le compte de leurs communes membres ou d'autres personnes morales ;
- L'article L.5214-16-1 du CGCT permet également aux communautés de communes d'intervenir à ce titre, mais uniquement pour le compte de leurs communes membres.

Les conditions ci-après doivent être respectées :

- conformément au principe de spécialité, un EPCI ne peut réaliser des prestations de services que s'il y est habilité. Cette condition est toujours remplie dans le cas des communautés d'agglomération et des communautés de communes qui bénéficient de par la loi d'une habilitation générale (limitée à ses membres pour une communauté de communes, ce qui implique de prévoir une disposition statutaire l'y autorisant dans l'hypothèse où la possibilité d'intervenir également en faveur d'autres collectivités serait souhaitée). Les syndicats doivent, quant à eux, dans tous les cas, mentionner explicitement cette faculté dans leurs statuts ;
- L'activité de prestations de service doit se situer dans le prolongement des compétences détenues par l'EPCI et présenter un caractère d'intérêt général ;

- enfin, les conventions de prestations de services constituant des marchés publics en application du principe édicté à l'article 1^{er} du code des marchés publics suivant lequel les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par des personnes morales de droit public, leur passation est soumise aux règles dudit code, en particulier aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

J'insiste tout spécialement sur ce dernier point compte tenu des pratiques qui ont pu parfois être observées.

Toute convention de cette nature qui serait conclue en méconnaissance du code des marchés publics ne pourra qu'être déferée au juge administratif.

3) Marchés publics

En la matière, je souhaite appeler votre attention sur quelques points particuliers ayant donné lieu à des remarques en 2007 et dont le non respect peut s'avérer lourd de conséquences en termes de légalité.

a) les avenants

L'article 20 du code des marchés publics précise que, sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du contrat. Ces sujétions doivent être extérieures aux parties, imprévisibles et exceptionnelles.

Le caractère extérieur de ces sujétions signifie qu'elles ne doivent être le fait, ni de la volonté, ni de la négligence des parties. L'augmentation ne peut être induite par la solution technique proposée par l'entreprise, de même qu'elle ne peut être la conséquence de modifications délibérées du projet par le maître d'ouvrage (CE Société Campenon-Bernard, 31 janvier 1997 n° 119430).

L'imprévisibilité s'analyse en tenant compte des éléments de fait ; elle ne peut être retenue lorsque l'entrepreneur, compte tenu de sa connaissance du terrain dans la région était à même de prévoir les solutions les mieux adaptées, ainsi que le conseil d'Etat l'a affirmé à plusieurs reprises (société Havraise de constructions, 23 mai 1962 ; Rapetto, 5 décembre 1990 n° 63063).

Enfin, le caractère exceptionnel s'apprécie au regard du surcoût qu'engendrent les dispositions prises pour remédier aux contraintes pour les parties. Ainsi, une dépense modérée doit être supportée par l'entreprise lorsque le marché a été conclu à un prix forfaitaire, quand bien même les deux critères ci-dessus, caractère extérieur des sujétions et imprévisibilité, seraient réunis.

b) respect des critères de sélection énoncés lors de la mise en concurrence

Il découle des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics, que l'attribution du marché doit résulter de l'application de critères pondérés. Ces critères et la pondération qui leur est appliquée sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence.

La commission d'appel d'offres, lors de l'analyse des propositions des opérateurs économiques, est tenue de respecter scrupuleusement les modalités de sélection des offres précisées lors de la phase de publicité. A défaut, le marché conclu est illégal (CAA Nancy, SARL Chauzy Pardoux, 31 janvier 2002, n° 9602996).

c) la présidence de la commission d'appel d'offres

L'article 22 du code des marchés publics dispose que la commission d'appel d'offres est présidée, de plein droit, par le maire ou son représentant ou, dans le cas des EPCI, par le président ou son représentant.

Le maire (ou le président) peut en conséquence se faire représenter par un membre de l'assemblée délibérante qu'il aura désigné au préalable par arrêté.

Toutefois, comme l'a rappelé le juge (CAA de Douai, Préfet du Nord, 31 janvier 2006), ce représentant ne peut en aucun cas être choisi parmi ceux des membres de l'assemblée qui ont été élus au sein de la commission d'appel d'offres.

4) Fonction publique territoriale

L'assemblée délibérante a compétence pour fixer la nature, les conditions d'attribution et le taux moyen des indemnités susceptibles d'être allouées aux agents en poste dans la collectivité.

J'ai observé que certaines délibérations instituant un régime indemnitaire prévoyaient une entrée en vigueur rétroactive de cette mesure, la date retenue étant parfois antérieure de plusieurs mois à l'intervention de la délibération.

Ce dispositif est contraire au principe général de non rétroactivité des actes administratifs posé par le conseil d'Etat dans un arrêt du 25 juin 1948, Société du journal « l'Aurore ».

De surcroît, comme vous le savez, les actes des collectivités locales, sauf exceptions énumérées par la loi, n'acquièrent un caractère exécutoire, sous réserve par ailleurs du bon accomplissement des formalités de publicité et/ou de notification qui leur sont applicables, qu'à compter de leur transmission au représentant de l'Etat. Il en résulte que l'entrée en vigueur d'un régime indemnitaire nouvellement instauré ne peut être non plus antérieure à la date de la réception par le représentant de l'Etat de la délibération institutive.

Les délibérations qui ne respectent pas ces principes sont entachées d'illégalité et sont susceptibles, à ce titre, d'être annulées par le juge administratif. Je souligne que leur annulation contentieuse emporterait l'obligation pour les agents concernés de rembourser les sommes perçues.

Tels sont les différents points sur lesquels je souhaitais appeler votre attention, étant entendu que mes services, direction des relations avec les collectivités locales et sous-préfectures, se tiennent à votre disposition pour, chaque fois que vous le jugerez utile, vous apporter les éclaircissements qui vous paraîtront nécessaires.

Signé : Philippe GREGOIRE