

**SYNTHÈSE DES OBSERVATIONS, QUESTIONS ET POINTS D'ACTUALITÉ
AU TITRE DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ**

Table des matières

I. Généralités.....	3
A) Rappel du champ d'application du contrôle de légalité des actes.....	3
B) Rappel du principe de non-rétroactivité des actes administratifs.....	3
C) Complétude des actes soumis à l'obligation de transmission.....	3
D) Télétransmission des actes au service du contrôle de légalité.....	4
1) Rappels juridiques liés à la télétransmission.....	4
2) Conventionnement à l'outil @CTES.....	4
3) Règles à respecter lors de la télétransmission.....	5
II. Principales observations formulées au titre du contrôle de légalité en 2018.....	8
A) Finances locales.....	8
1) Sincérité des budgets adoptés et exécutés.....	8
a) La transmission des justificatifs d'une reprise anticipée des résultats.....	8
b) La justification des restes à réaliser.....	8
c) Les provisions.....	9
d) L'équilibre réel du budget primitif.....	9
2) Plafond applicable aux dotations budgétaires pour dépenses imprévues.....	9
B) En matière de commande publique.....	10
1) L'absence de motivation.....	10
a) Sur le défaut de motivation en cas de non allotissement.....	10
b) Sur le recours à la procédure avec négociation.....	11
2) La publicité.....	11
3) La commission d'appel d'offres (CAO).....	12
4) L'examen des offres.....	14
5) Les modalités de détermination de la durée d'un contrat de concession.....	15
C) En matière de fonction publique territoriale.....	16
1) Le RIFSEEP.....	16
2) La prime annuelle.....	16
3) Le recrutement d'agents contractuels et leur rémunération.....	17
4) Recrutement d'agents contractuels sur les emplois fonctionnels.....	18
5) Les collaborateurs de cabinet.....	19
a) La rémunération.....	19
b) Les obligations déclaratives introduites par les lois du 20 avril 2016 et du 15 septembre 2017.....	20
6) Les conditions d'attribution des logements de fonction.....	20
D) En matière d'institution et de vie politique.....	21
1) Les délégations.....	21
2) L'expression de l'opposition dans le bulletin d'information municipal.....	22
3) Le principe de représentativité au sein des commissions municipales.....	22
4) Le tableau du conseil municipal.....	22
5) Le règlement intérieur du conseil municipal.....	23
6) Le droit de participer au débat.....	23
7) Le surclassement.....	24
E) En matière de police administrative.....	25
1) Obligations relatives à la pose des compteurs LINKY.....	25
2) Légalité des mesures de police administrative générale.....	26

F) Urbanisme.....	26
1) Définition de la compétence pour délivrer l'acte.....	26
2) Autorisations concernant des établissements recevant du public (ERP).....	26
3) Application du PPR de mouvement de terrain « argiles » (PPRMT).....	27
4) Motivation des refus de projets en application de l'article R.111-27 du code de l'urbanisme (ou de l'article 11 du PLU).....	28
5) Communes carencées en logement social : instruction des demandes pour les projets d'immeubles de logements collectifs.....	28
6) Réseau métier : une ressource pour les services instructeurs.....	28
G) Intercommunalité.....	28
1) La mise à jour des informations concernant les syndicats.....	28
2) Les modifications statutaires : adhésion, retrait, modifications des statuts.....	29
H) Autres matières.....	31
1) La communication des documents administratifs.....	31
2) Le principe de neutralité applicable aux sujets d'ordre politique.....	31
3) Le principe d'égalité dans la fixation des tarifs des services publics locaux.....	32
III. Questions récurrentes au titre du conseil auprès de vos collectivités.....	33
A) Le délit d'octroi d'avantages injustifiés ou délit de favoritisme.....	33
B) La délivrance des titres d'occupation du domaine public.....	34
C) La transparence financière locale.....	34
1) Note explicative de synthèse aux conseillers municipaux et présentation brève et synthétique aux citoyens.....	34
2) Contenu du ROB.....	35
D) Le taux de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.....	35
IV. Sujets d'actualité.....	37
A) Le nouveau code de la commande publique (CCP).....	37
B) Respect des règles relatives au temps de travail.....	37
C) Tenue des conseils d'administration des OPH par visioconférence ou télécommunication.....	38
D) La loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales.....	38
E) Le guide des coopérations.....	39
F) Les arrêtés municipaux anti-pesticides.....	39

I. Généralités

A) Rappel du champ d'application du contrôle de légalité des actes

Les actes pris par les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement.

Dans le cadre de la modernisation de l'exercice du contrôle de légalité, le périmètre des actes soumis à l'obligation de transmission a été considérablement réduit.

Toutefois, je constate que de nombreux actes non soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département continuent à être transmis par certaines collectivités territoriales.

Aussi, je vous rappelle que les actes devant être transmis au préfet, représentant de l'Etat dans le département, pour devenir exécutoires, sont précisés aux articles suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT) :

- article L2131-2 pour les communes et, par renvoi des articles L2131-12, L5211-3, L5711-1, pour les établissements publics communaux et les établissements publics de coopération intercommunale ;
- article L3131-2 pour les départements et, par renvoi des articles L5421-2 et L5721-4 du CGCT, pour les établissements publics interdépartementaux et les syndicats mixtes ouverts ;
- articles L2131-2 8°, L3131-2 7°, L4141-2 6° et article L1524-1 pour les sociétés d'économie mixte locales ;
- article L1524-1 pour les sociétés publiques locales, par renvoi de l'article L1531-1.

En complément de ce qui précède, je vous invite à consulter la circulaire ministérielle NOR : IOCB1030371C du 13 décembre 2010 portant sur le champ des actes non soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'Etat dans le département.

B) Rappel du principe de non-rétroactivité des actes administratifs

Mes services sont encore souvent destinataires d'actes soumis à l'obligation de transmission dont la date d'entrée en vigueur est antérieure à celle de leur transmission.

Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs constitue l'un des principes généraux de droit dégagés par le Conseil d'État (CE, 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », Rec. Lebon p. 289). Ce principe interdit l'application d'un acte n'ayant pas acquis un caractère exécutoire.

Par conséquent, les actes des collectivités territoriales qui prévoient une entrée en vigueur à une date antérieure à celle de leur transmission au représentant de l'État sont illégaux (CE Sect., 30 septembre 1988, *Ville de Nemours*, n° 85099).

Aussi, je vous invite à prêter attention à la transmission de vos actes dans un délai qui permette de respecter les règles précitées.

C) Complétude des actes soumis à l'obligation de transmission

Un certain nombre de nos courriers ont pour objet des demandes de pièces complémentaires obligatoirement transmissibles prorogeant le délai de recours contentieux à l'encontre des actes en cause.

A titre d'exemple, de nombreuses délibérations portant sur un projet de convention me sont transmises

sans que soit joint ledit projet en annexe. Je vous rappelle que la transmission doit comporter le texte intégral de l'acte en cause, lequel doit être accompagné des documents annexes nécessaires (CE, Sect., 13 janv. 1988, Mutuelle générale des personnels des collectivités locales, n° 68166).

Concernant les actes relatifs à la commande publique, je vous rappelle que la liste des pièces obligatoirement transmissibles est prévue aux articles R. 2131-5 à R. 2131-7 du CGCT et vous invite à consulter la fiche pratique jointe (Annexe 1).

D) Télétransmission des actes au service du contrôle de légalité

La télétransmission des actes aux services préfectoraux au titre du contrôle de légalité s'effectue par le biais de l'application @CTES (Aide au Contrôle de légalité dématérialisé).

L'application se décline en deux volets : le contrôle de légalité pour les actes réglementaires et le contrôle de légalité pour les actes budgétaires.

1) Rappels juridiques liés à la télétransmission

a) Obligation de dématérialisation des actes de commande publique au 1^{er} octobre 2018

Depuis le 1^{er} octobre 2018, les acheteurs ont l'obligation de dématérialiser la procédure de passation de leurs marchés publics et de publier les données de ces contrats sur leur profil d'acheteur¹.

Dans la mesure où vous disposez de l'ensemble de ces actes au format numérique, je vous invite à privilégier une transmission au service du contrôle de légalité par voie électronique.

b) Obligation de télétransmission de tous les actes soumis au contrôle de légalité en 2020

Afin de faciliter le fonctionnement des collectivités territoriales, l'article 128 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 rend obligatoire l'envoi électronique des actes soumis au contrôle de légalité à compter du 8 août 2020.

Cette obligation touche les régions, les départements, les communes de plus de 50 000 habitants ainsi que l'ensemble des EPCI à fiscalité propre.

Pour les documents et actes budgétaires, cette obligation concerne les collectivités territoriales de plus de 50 000 habitants et les EPCI à fiscalité propre de plus de 50 000 habitants.(art. 107-III de la loi précitée).

2) Conventionnement à l'outil @CTES

Au 01/01/2019, 153 conventions de télétransmission ont été signées par les collectivités et établissements publics du Val-de-Marne, ce qui représente 96 % des émetteurs raccordés (contre 52 % en moyenne) plaçant le département à la 5^e position au niveau national.

34 617 actes ont été transmis via @CTES en 2018.

Le taux d'actes transmis par voie électronique sur le système d'information @CTES en 2018 est de

1

71,9 % dans le Val-de-Marne (60,5 % au niveau national).

L'envoi dématérialisé via l'outil @CTES offre de nombreux avantages aux collectivités et notamment :

- la réduction des coûts d'impression de reprographie, d'envoi et de transport ;
- la réduction des impressions sur papier ;
- une souplesse d'organisation avec la télétransmission à la préfecture des actes soumis au contrôle de légalité à tout moment de la journée ;
- l'instantanéité et la réversibilité de la transmission des actes avec la possibilité d'annuler un envoi en cas d'erreur ;
- la preuve de la réception des actes par la préfecture (traçabilité des transmissions) ;
- la fiabilité des transmissions (sécurisation des échanges, aucune modification possible des actes envoyés) ;
- la poursuite des échanges avec le représentant de l'État ;
- la prolongation de la chaîne de dématérialisation de l'e-administration.

Je ne peux en conséquence que vous encourager à dématérialiser vos envois et ceci sur l'ensemble des matières.

Vous trouverez en annexe 2 les modalités d'adhésion à l'outil @CTES ainsi que les coordonnées des référents @CTES au sein de la préfecture qui sont à votre disposition pour toute information complémentaire.

3) Règles à respecter lors de la télétransmission

La transmission des actes soumis au contrôle de légalité au représentant de l'État dans le département est effectuée sous la responsabilité du chef de l'exécutif de la collectivité émettrice.

L'article 5 de la convention de télétransmission prévoit que lorsque la télétransmission est effective, la transmission des actes ne peut plus être réalisée au format papier, sauf impossibilité à télétransmettre.

Je vous invite à prendre connaissance de la Charte de la transmission électronique ci-jointe (annexe 3).

a) Respect de la nomenclature

La classification des actes par matière permet à un émetteur de préciser la catégorie d'un acte, en fonction du domaine juridique dans lequel il intervient.

L'application @CTES permet d'établir jusqu'à 5 niveaux de classification. Paramétrés au niveau national, les deux premiers niveaux sont communs à tous les départements. Je vous remercie de bien vouloir veiller au respect de ces deux premiers niveaux de classification lors de vos envois.

Je vous invite par ailleurs à privilégier la logique juridique du contrôle de légalité (qui est une logique matérielle par fonction) à la logique politique.

Ainsi, un marché public portant sur la réfection d'une bibliothèque ne doit pas être catégorisé, dans la nomenclature, dans la matière 8.4 (aménagement du territoire) –ce qui correspondrait à un raisonnement par compétence (voirie, politique de la ville, logement, transport, etc.)–, mais dans la matière 1.1 (marché public), selon une logique fonctionnelle (urbanisme, fonction publique territoriale, etc.).

Une nomenclature est adressée à chaque collectivité et établissement en début de conventionnement. En cas de doute, n'envoyez pas cet acte plusieurs fois dans les différentes matières. Je vous invite à contacter le bureau du contrôle de légalité via la boîte fonctionnelle indiquée à l'annexe 2 (Adhérer à @ctes), lequel vous indiquera la classification appropriée.

Enfin, je vous rappelle que les rubriques 8 et 9 « domaines de compétences par thèmes » et « autres

domaines de compétences » ne sont à utiliser que par défaut, lorsqu'aucune des autres rubriques ne correspond à la matière de l'acte.

b) Intitulé de la rubrique « Objet »

La rubrique « objet de l'acte » est une zone de texte renseignée par l'utilisateur². La saisie de l'objet de l'acte est obligatoire. Elle doit être la plus précise possible afin que les services de l'État puissent utiliser de façon efficace et rapide l'application @CTES.

Afin d'identifier plus rapidement l'objet des actes transmis, je vous invite à veiller au respect des recommandations suivantes :

- La rubrique objet des actes de **commande publique** doit mentionner : l'intitulé du marché, son montant total, le type de procédure suivie, le nombre de lots et la durée du marché (reconductions éventuelles comprises).

Lorsque le marché est alloti, il conviendra d'ajouter aux indications précédentes : le numéro du lot, son intitulé ainsi que son montant.

Je précise que les marchés non allotis font l'objet d'un seul envoi global.

Les marchés allotis doivent être transmis « par lot » puisque chaque lot constitue un marché. Dans ce cas, il convient d'insérer, dans un premier envoi les documents généraux de la consultation (avis de publicité, rapport de présentation, etc.).

Chaque envoi suivant comprendra l'acte d'engagement du lot correspondant, les éléments relatifs à l'offre et les pièces de candidature de l'attributaire.

S'agissant des modifications des contrats en cours (anciens avenants), l'objet doit mentionner l'intitulé du marché, le montant initial du marché et de la modification ainsi que le pourcentage d'augmentation ou de diminution induit par l'acte modificatif.

- La rubrique objet des actes de la **fonction publique territoriale** doit préciser le nom et le prénom de l'agent, son grade, son cadre d'emploi, préciser s'il occupe un emploi fonctionnel, le fondement juridique sur la base duquel l'agent contractuel est recruté.

c) Pièces jointes

Tout envoi dématérialisé doit comporter l'ensemble des pièces jointes concernant l'acte principal.

Le système d'information @CTES est en mesure de recevoir des fichiers électroniques d'une volumétrie inférieure allant jusqu'à 150 Mégaoctets, ce qui est suffisant pour recevoir les actes comprenant de nombreuses pièces tels que les marchés publics.

Depuis le mois d'août 2019, les fichiers télétransmis via @CTES doivent être envoyés dans un typage cohérent avec la nature d'acte sélectionnée. Il est dorénavant nécessaire de choisir un type correspondant au contenu de la pièce jointe à partir de listes proposées. La sélection d'une nature d'acte par vos soins détermine la liste de pièces jointes proposée par l'application.

Par exemple, s'agissant de la télétransmission d'un marché public, il conviendra de sélectionner la nature d'acte « CC Contrats conventions et avenants » afin d'accéder à la liste associée. Vous pourrez ensuite télétransmettre toutes les pièces jointes au marché à partir de la liste qui apparaît (acte d'engagement, bordereau de prix, rapport de présentation, etc....).

Je vous invite à prendre connaissance de la notice « Utilisation de la typologie des pièces jointes dans l'application @CTES » ci-jointe (annexe 4). S'y trouve la liste des types de pièces jointes classées par nature d'acte. Elle est présentée dans l'ordre dans lequel elles apparaîtront dans l'application, à savoir

² Il est fortement déconseillé d'utiliser des caractères spéciaux (!, ?, % etc ainsi que des accents). Cet objet doit également contenir moins de 500 caractères.

par nature et de manière alphabétique.

d) La codification des pièces jointes facilite vos envois

- l'ordre d'affichage des pièces jointes est paramétré dans l'application en fonction du type d'acte. Il vous est donc inutile de suivre un ordre particulier lors de la constitution du dossier à transmettre ;
- le typage des pièces offre une visibilité plus immédiate des pièces effectivement transmises, il ne vous est plus nécessaire d'utiliser un bordereau d'envoi des pièces jointes ;
- le typage des pièces jointes vous permet d'anticiper le caractère nécessaire d'une pièce au contrôle de légalité afin de rationaliser la transmission actes aux services de la préfecture ;
- ce nouveau système permet de limiter le volume des dossiers transmis mais également de réduire le risque que l'acte fasse l'objet d'une demande de pièces complémentaires prorogeant ainsi le délai de recours.

Si votre opérateur de transmission ne vous a toujours pas fourni la liste des pièces jointes, je vous invite à prendre contact avec lui.

Si votre collectivité utilise le logiciel d'un éditeur relié au dispositif de l'opérateur, celui-ci doit être compatible avec la nouvelle codification des pièces jointes.

J'appelle votre attention sur la nécessaire adéquation entre le typage de la pièce jointe et son contenu pour faciliter les opérations de contrôle.

Je vous rappelle également que les différentes pièces doivent être transmises en fichiers distincts.

Enfin s'agissant de la commande publique, je vous invite à consulter en annexe 1 la liste des pièces à transmettre à l'appui des marchés publics en application de l'article R2131-5 du code général des collectivités territoriales.

Pour de plus amples informations relatives à la télétransmission des actes soumis au contrôle de légalité, je vous invite à consulter le site de la préfecture du Val de Marne à l'adresse suivante :

<http://www.val-de-marne.gouv.fr/Politiques-publiques/Collectivites-Territoriales/Controle-de-legalite/Transmission-des-actes-au-controle-de-legalite/Teletransmission>

ainsi que le site de la Direction Générale des Collectivités Territoriales à l'adresse suivante :

<https://www.collectivites-locales.gouv.fr/transmission-electronique-des-actes-soumis-au-controle-legalite-et-au-controle-budgetaire>

II. Principales observations formulées au titre du contrôle de légalité en 2018

A) Finances locales

1) **Sincérité des budgets adoptés et exécutés**

a) La transmission des justificatifs d'une reprise anticipée des résultats

L'article L2311-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit les conditions dans lesquelles une commune peut reprendre de manière anticipée les résultats avant l'arrêté du compte de gestion et l'adoption du compte administratif d'un exercice.

Aux termes de cet article, la reprise anticipée doit faire l'objet d'une délibération spécifique³.

L'article R2311-13 du CGCT, précise que la reprise anticipée des résultats doit être justifiée par la production de plusieurs éléments :

- ◆ la fiche de calcul des résultats prévisionnels établie par l'ordonnateur et visée par le comptable ;
- ◆ le tableau des résultats d'exécution du budget, établi par l'ordonnateur et visé par le comptable,

Ces deux éléments sont accompagnés :

- soit du compte de gestion, s'il est arrêté à cette date,
- soit d'une balance établie après prise en charge du dernier bordereau de titres et de mandats ;

- ◆ le cas échéant, l'état des restes à réaliser arrêté au 31 décembre de l'exercice clos.

Cette année encore, l'absence de communication de ces éléments est fréquemment constatée par mes services.

Aussi, je vous invite à veiller au respect de ces dispositions et je vous rappelle que, lorsque la transmission de l'acte au représentant de l'État dans le département, au titre du contrôle de légalité, ne comporte pas le texte intégral de cet acte ou n'est pas accompagnée des documents annexes permettant d'apprécier la portée et la légalité de l'acte, le représentant de l'État dans le département peut demander à l'autorité communale de compléter cette transmission⁴.

b) La justification des restes à réaliser

La notion de restes à réaliser⁵ est une notion essentielle en ce qu'elle conditionne la sincérité de l'exécution budgétaire à travers le calcul du résultat de l'exercice⁶.

La sincérité des restes à réaliser s'apprécie par comparaison, d'une part, avec les états joints au compte administratif et issus de la « comptabilité des engagements », pour les dépenses ; d'autre part, avec tout document susceptible d'établir la réalité ou le caractère certain de la recette⁷.

³ Alinéa 4.

⁴ CE, Sect., 13 janv. 1988, *Mutuelle générale des personnels des collectivités locales*, n° 68166.

⁵ Art. R2311-11 du CGCT.

⁶ Voir en ce sens : CRC Champagne-Ardenne, Sect., 15 juin 2005, *Cne de Villiers-le-Sec*, n° 2015-16 et CE, 9 juil. 1997, *Cne de Garges-les-Gonnesse*, n° 103273.

⁷ Instruction budgétaire et comptable M14, tome 2, page 156.

Eu égard à cet enjeu, je vous informe que mes services en charge du contrôle budgétaire sont susceptibles de solliciter auprès de vos services ces pièces justificatives.

c) Les provisions

L'absence de provisionnement ou de budgétisation des crédits nécessaires sur chaque exercice constitue une imprudence fréquemment constatée par mes services alors qu'elle peut conduire à une insincérité du budget et du résultat de l'exercice.

Aussi, je vous rappelle qu'une provision doit être constituée par délibération dans les cas suivants :

- dès l'ouverture d'un contentieux en première instance contre la collectivité ;
- dès l'ouverture d'une procédure collective prévue au livre VI du code de commerce, pour les garanties d'emprunts, les prêts et créances, les avances de trésorerie et les participations en capital accordés par la collectivité à l'organisme faisant l'objet de la procédure collective ;
- lorsque le recouvrement des restes à recouvrer sur compte de tiers est compromis malgré les diligences faites par le comptable public ;
- en dehors de ces cas, dès l'apparition d'un risque avéré (principe comptable de prudence – art. R2321-2 du CGCT).

Une provision doit être constituée en fonction du risque financier encouru estimé.

Pour procéder à cette évaluation, je vous engage à vous reporter aux dispositions de l'article R2321-2 du CGCT, également explicitées dans l'instruction budgétaire et comptable M14, tome 2, page 122 et suivantes.

d) L'équilibre réel du budget primitif

Le principe d'équilibre budgétaire oblige les collectivités territoriales à voter en équilibre chacune des deux sections de leur budget. Il signifie aussi que les dépenses et recettes doivent être évaluées de façon sincère, sans omission, majoration, ni minoration⁸.

Le contrôle de mes services consiste donc dans ce cadre à vérifier, notamment, la vraisemblance de l'évolution des postes de recettes et de dépenses et la cohérence des inscriptions budgétaires, afin de détecter la présence éventuelle de recettes surestimées ou fictives (tels des « emprunts d'équilibre ») ou inversement des dépenses minorées voire omises.

Toute évaluation insincère entache d'illégalité l'adoption du budget.

Aussi, je vous informe qu'en cas de variation significative de postes de votre budget par rapport au budget précédent, mes services sont susceptibles de solliciter auprès des vôtres tout élément d'explication de ces variations qu'ils jugeraient utiles.

2) Plafond applicable aux dotations budgétaires pour dépenses imprévues

L'article L2322-1 du CGCT dispose que « Le conseil municipal peut porter au budget tant en section d'investissement qu'en section de fonctionnement un crédit pour dépenses imprévues. Pour chacune des deux sections du budget, ce crédit ne peut être supérieur à 7,5 % des crédits correspondant aux dépenses réelles prévisionnelles de la section ».

Pour le calcul du plafond mentionné à l'article précité, il convient de rapporter le montant des dépenses imprévues au total des dépenses réelles prévisionnelles de la section à l'exclusion des dépenses inscrites en restes à réaliser. En effet, les restes à réaliser correspondent aux dépenses engagées et non mandatées de l'exercice précédent (art. R2311-11 du CGCT). Ils ne donnent pas lieu à une

⁸ Art. L1612-4 du CGCT.

ouverture de crédit au titre de l'exercice en cours et ne constituent donc pas une dépense prévisionnelle. Par conséquent, leur montant ne peut être retenu dans le calcul du total des dépenses réelles prévisionnelles de chaque section. De la même façon, le déficit reporté est également exclu de l'assiette de calcul des dépenses imprévues.

Le non-respect de ce plafond entache le budget d'illégalité. Dans cette hypothèse, une lettre d'observation peut être adressée à votre collectivité, lui demandant d'adopter une délibération modificative. À défaut, il appartient au préfet de déférer la délibération au tribunal administratif. Aussi, je vous invite à veiller au respect de ces dispositions.

B) En matière de commande publique

1) L'absence de motivation

De nombreuses dispositions applicables aux actes de la commande publique obligent le pouvoir adjudicateur à motiver les choix qu'il opère au cours de la procédure de passation.

Dans le cadre de l'exercice du contrôle de légalité, il a pu être constaté que, soit le pouvoir adjudicateur ne motive pas, soit il motive de manière insuffisante ses choix.

En pratique, nombre de pouvoirs adjudicateurs se contentent de citer les hypothèses légales qui leur permettent de déroger à tel principe, ou de recourir à telle procédure plutôt qu'à une autre.

Il convient dans chacun de ces cas d'explicitier précisément les conditions de droit et de fait qui justifient de déroger au principe ou à la procédure.

L'insuffisance de motivation a, par exemple, régulièrement été constatée en cas de non allotissement ou, encore, dans l'hypothèse du recours à la procédure concurrentielle avec négociation.

a) Sur le défaut de motivation en cas de non allotissement

L'article L2113-10 du code de la commande publique dispose que les marchés publics sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Par ailleurs, les acheteurs peuvent décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.

L'article R2113-3 du code de la commande publique spécifie que l'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public, dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, motive ce choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R. 2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ; et parmi les informations qu'il conserve en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice. Enfin, en vertu de l'article R2113-2 du même code, l'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché passé selon une procédure adaptée motive ce choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application des articles R. 2184-12 et R. 2184-13.

J'attire votre attention sur le fait que l'article L2113-11 du code précité précise bien que lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir un marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

Il en résulte que lorsque le pouvoir adjudicateur se borne à invoquer l'une des hypothèses prévues à l'article L2113-11 du code précité pour justifier du non allotissement de son marché (par exemple, il expose que la dévolution en lots risquerait de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations), il méconnaît ses obligations.

« Il appartient ainsi à l'acheteur, préalablement au lancement de la consultation, de justifier les motifs de sa décision en cas de recours à un marché non-alloté. En effet, le juge administratif sanctionnera l'absence d'éléments apportés au soutien des affirmations des acheteurs au-delà de la seule invocation des exceptions visées par les textes en vigueur » (extrait de la fiche technique réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics disponible au lien suivant : <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>).

Je vous invite donc à démontrer systématiquement que vous remplissez dans les faits les conditions pour pouvoir déroger au principe de l'allotissement.

b) Sur le recours à la procédure avec négociation

L'article R2124-3 du code de la commande publique énonce les hypothèses dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure avec négociation pour passer leurs marchés. Ce n'est que si les conditions posées à cet article sont remplies que le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure avec négociation. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui s'interprètent strictement, sont remplies. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office.

Encore trop régulièrement, des pouvoirs adjudicateurs qui ont utilisé cette procédure se bornent à citer les dispositions de cet article. Or, il convient non seulement de fournir la cause (ou le fondement) du choix opéré, mais également de fournir les éléments de fait qui viennent établir que vous vous inscrivez bien dans la situation invoquée.

Dans le même esprit, un accord-cadre conclu pour une durée supérieure à quatre ans au seul motif que l'exécution du marché considéré nécessiterait des investissements amortissables sur une durée supérieure (article L. 2125-1 du code de la commande publique) ne saurait suffire à justifier la durée choisie.

« L'acheteur doit toujours pouvoir justifier de se trouver dans l'une de ces hypothèses lorsqu'il prévoit une durée de validité supérieure à quatre ans.

Pour les accords-cadres faisant l'objet d'un avis d'appel à la concurrence publié au JOUE, cette justification doit être portée dans l'avis d'appel à la concurrence mais n'a pas obligatoirement à être reprise dans les documents de la consultation remis aux candidats. Pour les autres accords-cadres, cette information doit figurer dans les documents du marché public s'il s'agit d'une information utile pour les candidats. Cette justification doit être portée dans le rapport de présentation prévu aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 du code de la commande publique, lorsque l'établissement d'un tel rapport est obligatoire. » (extrait de la fiche technique relative aux accords-cadres réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics disponible au lien suivant : <https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-fiches-techniques>).

2) La publicité

Cette année encore, de nombreuses observations ont porté sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Je vous rappelle que l'article L3 du code de la commande publique dispose que : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

L'obligation de transparence « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture [...] à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria Verlags GmbH).

Aux termes de l'article R2131-16 du code de la commande publique, « Pour les marchés passés selon une des procédures formalisées énumérées aux articles R. 2124-2 : 1° [...], les collectivités territoriales [...] publient un avis de marché dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ».

Le défaut d'accomplissement de cette formalité substantielle est de nature à entacher d'irrégularité la procédure de passation du marché. Plusieurs marchés ont ainsi dû être retirés cette année suite à la constatation du défaut de publication des avis d'appel public à la concurrence.

Par ailleurs, de nombreuses collectivités renseignent de façon incomplète les avis d'appel à la concurrence (AAC). Or, l'AAC constitue la pièce maîtresse des procédures de passation.

À cet égard, le Conseil d'État a rappelé, à plusieurs reprises, les mentions devant obligatoirement figurer dans les avis de publicité relatifs aux marchés d'un montant supérieur aux seuils européens.

Je vous invite donc à renseigner les AAC avec la plus grande attention dans le respect des dispositions relatives à la publicité et à la mise en concurrence des marchés publics.

Enfin, la transmission de la copie d'écran de l'aperçu de la demande de publicité du site du BOAMP alors que l'avis n'est pas encore publié ne suffit pas à démontrer que l'obligation de publicité a été remplie.

Comme l'indique le BOAMP, l'aperçu ne reflète que la saisie du pouvoir adjudicateur qui est chargé de vérifier si l'avis officiel diffusé correspond à la saisie.

Aussi, je vous remercie de me transmettre systématiquement l'avis publié au Journal Officiel de l'Union Européenne et Bulletin Officiel des annonces des marchés publics (BOAMP).

Enfin, pour illustrer mes propos sur l'importance d'une publicité adéquate et effective, il me semble utile d'attirer votre attention sur l'arrêt du Conseil d'État n°418021 du 11 juillet 2018, Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre, par lequel la Haute juridiction a considéré qu'il incombait au juge des référés de vérifier si le délai de consultation, quand bien même il serait supérieur au délai minimal fixé par les textes applicables, n'est néanmoins pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres.

3) La commission d'appel d'offres (CAO)

Le nouveau droit de la commande publique issu de la transposition des directives européennes de 2014 réforme la commission d'appel d'offres (CAO) afin de permettre à chaque acheteur de se doter des règles les mieux à même de répondre aux caractéristiques qui lui sont propres, à son environnement et à ses contraintes. Les collectivités disposent désormais d'une grande liberté dans l'institution de leur CAO.

En effet, la CAO n'a plus de caractère permanent. Il est néanmoins toujours possible de décider de faire de la CAO une instance à caractère permanent, qui sera réunie périodiquement, en fonction des besoins, afin d'éviter d'avoir à désigner une CAO à chaque marché public passé selon une procédure formalisée.

Conformément au principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, une collectivité territoriale peut, par conséquent, instituer des commissions d'appel d'offres ad hoc par type de délégations de service public ou de marché public, voire par type de prestations ou services acheteurs principalement concernés.

Il convient toutefois de rappeler que cette réforme n'avait ni pour objet ni pour effet d'invalider les modalités d'élection et de composition des CAO formées sur le fondement dudit code, dans la mesure où les règles de composition de ces CAO ne sont pas modifiées.

En revanche, les textes ne comportent plus de dispositions spécifiques au fonctionnement de la CAO. Aussi, comme en matière de commission de délégation de service public (CDSP), chaque collectivité territoriale ou établissement public local doit définir lui-même les règles de fonctionnement de sa CAO.

Il n'existe que deux règles auxquelles l'acheteur ne peut déroger :

- le principe de transparence des procédures exige que soit dressé un procès-verbal des séances de la CAO, même dans le silence des textes ;
- le remplacement total de la commission n'est obligatoire que dans le cas où la composition de la CAO ne permet plus de garantir l'expression du pluralisme des élus en son sein, conformément aux prescriptions de l'article L. 2121-22 du CGCT.

Cette hypothèse se rencontre en cas de vacance d'un siège qui ne peut être pourvu en raison de l'épuisement de la liste de titulaires et de suppléants. Il en va de même en cas de changement de gouvernance partielle au sein d'un EPCI comprenant au moins une commune de plus de 3 500 habitants, si, après ce changement de gouvernance, la composition de la CAO ne reflète plus le pluralisme existant au sein de l'assemblée délibérante. En effet, le Conseil d'État a considéré que le conseil municipal a l'obligation de procéder au remplacement des membres d'une commission mentionnée à l'article L. 2121-22 du CGCT lorsque la composition de celle-ci n'assure plus le respect du principe de la représentation proportionnelle des différentes tendances en son sein.

Il convient de rappeler, au vu des nombreuses délibérations procédant aux renouvellements intégraux de commission d'appel d'offres (CAO) injustifiés observés, que la possibilité de renouveler intégralement la CAO est soumise à une condition stricte. En effet, en dehors des hypothèses où la CAO ne peut plus siéger valablement, son renouvellement intégral n'est pas possible.

Le Conseil d'État a énoncé que le libre exercice de leurs mandats par les élus locaux constitue une liberté fondamentale, dont l'exercice « ne peut être limité ou restreint que pour des motifs trouvant leur fondement dans des dispositions ou des principes généraux du droit destinés à assurer le bon fonctionnement des organes délibérants des collectivités territoriales de la République ou de leurs organes exécutifs » (CE, 11 avril 2006, Hirohiti, n° 292029).

Pour le reste, l'acheteur est libre de déterminer les règles applicables au fonctionnement de la CAO.

L'acheteur pourra, par exemple, s'inspirer des règles applicables à son assemblée ou organe délibérant pour ce qui est du délai minimum à respecter entre la date de convocation et la date de réunion. De même, il pourrait prévoir une voix prépondérante du président en cas de partage égal des voix.

En ce qui concerne le quorum, les règles demeurent également inchangées.

J'attire votre attention sur le fait qu'il appartient à chaque acheteur de définir les règles applicables en matière de remplacement des membres, titulaires ou suppléants, membres à voix délibérative (élus) ou à voix consultative (personnalités compétentes telles que les membres des services techniques concernés) de la CAO. Ces règles ne s'étendent pas à l'hypothèse d'un renouvellement intégral qui est strictement conditionné (cf. supra).

Je vous invite à prendre toutes les mesures nécessaires au respect des règles précitées. Mes services se tiennent à votre disposition pour toute question.

4) L'examen des offres

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché public revêt à cet égard une importance cruciale. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend en effet de la bonne définition de son besoin par l'acheteur, du bon choix des critères qui en sont la traduction et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers.

L'offre sélectionnée à l'issue d'une commande publique doit être l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de critères non discriminatoires et en lien avec l'objet du marché.

Si le recours à un critère unique est possible, le recours à une pluralité de critères est recommandé. À cet égard, le prix ou le coût doivent obligatoirement figurer parmi les critères de sélection retenus.

Ces critères peuvent être hiérarchisés ou pondérés.

La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres.

La pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

Pour les marchés à passation formalisée, la pondération est le principe. Cependant, lorsque, pour des raisons objectives, la pondération n'est pas possible, il peut être recouru à la hiérarchisation. L'acheteur doit alors être en mesure de prouver cette impossibilité.

Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, la pondération, bien que non obligatoire, est néanmoins recommandée. Elle est d'un usage plus pratique que la hiérarchisation, car elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit, plus sûrement, le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque entreprise de connaître, avec précision, l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

Les modalités de la pondération, qui peut également être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié, relèvent de la liberté de l'acheteur et dépendent de la nature de son besoin. Le critère du prix peut ne pas être affecté de la pondération la plus élevée dans le cas où la complexité ou la nature des prestations impose que ce critère ait une pondération plus faible que d'autres. La sécurité de l'approvisionnement l'emporte, par exemple, sur le prix, pour une prestation de transport de produits sanguins.

L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constitue.

Ainsi, pour assurer le respect du principe de transparence, les modalités de sélection des offres doivent être portées à la connaissance des candidats. Ceux-ci doivent en effet pouvoir connaître les qualités qui seront appréciées, le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

En procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché publics ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre, c'est-à-dire soit la pondération, soit la hiérarchisation.

Les critères d'attribution doivent être définis avec précision « de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière ».

À cette fin, l'acheteur peut recourir à des sous-critères. S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou

hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection. De tels sous-critères doivent en effet être regardés comme de véritables critères.

Par ailleurs, l'acheteur doit également préciser dans les documents de la consultation, les informations qui devront être fournies en vue de l'évaluation des offres pour chacun des critères.

À cet égard, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché public, il prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent donc pouvoir avoir connaissance :

- des caractéristiques techniques ou économiques attendues, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;
- du poids de ces critères et sous-critères ;
- des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

5) Les modalités de détermination de la durée d'un contrat de concession

Au regard de la durée et des montants de certains des contrats de concession transmis au titre du contrôle de légalité, il me paraît utile de reprendre certains éléments de la fiche technique sur la valeur et la durée des contrats de concession réalisée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances.

L'article L3114-7 du code de la commande publique pose le principe d'une durée limitée, calculée en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire.

La notion d'investissement est définie par l'article R3114-1 du code de manière très large et englobe ainsi « les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés ».

A titre illustratif, sont notamment considérés comme des investissements « les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ». Les textes posent en outre deux règles spécifiques. D'une part, pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, l'article R3114-2 du code précise que la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. D'autre part, comme c'était déjà le cas, l'article L3114-8 du code reprend la limitation à vingt ans de la durée des contrats de concession « dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets » sauf examen préalable par le directeur départemental des finances publiques, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen doivent être communiquées, le cas échéant, aux membres de l'organe délibérant compétent, avant toute délibération de celui-ci. Les modalités de prolongation de la durée du contrat de concession sont régies par les dispositions relatives aux modifications du contrat prévues aux articles L3135-1 et R3135-1 à R3135-9 du code, y compris s'il a été passé avant le 1er avril 2016.

Je vous invite à prêter la plus grande attention à la passation des contrats de concession, qui, de par leur nature et leur durée, lient souvent vos collectivités durant de nombreuses années parfois au détriment de vos intérêts.

C) En matière de fonction publique territoriale

1) Le RIFSEEP

Au cours des années 2017 et 2018, de nombreuses lettres d'observations valant recours gracieux ont été adressées à vos collectivités en raison d'irrégularités constatées dans la mise en œuvre du nouveau régime indemnitaire de référence tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP). Ces irrégularités portaient majoritairement sur des aspects essentiels du RIFSEEP, tels que l'institution du régime indemnitaire en deux parts, l'absence de mention des critères d'attribution de ces deux parts, la mise en place des groupes de fonctions ou encore les possibilités de cumuls avec d'autres primes.

Cet outil indemnitaire a vocation à remplacer la plupart des primes et indemnités existantes dans la fonction publique (cf. décret n° 2014-513 du 20 mai 2014).

Les collectivités territoriales doivent, dans un délai raisonnable, mettre en œuvre le RIFSEEP pour leurs cadres d'emplois, dès lors que l'arrêté relatif au corps équivalent de la FPE est publié.

Je vous invite à consulter les deux annexes ci-jointes constituées d'une fiche pratique relative à la mise en place du RIFSEEP et d'une foire aux questions (FAQ) recensant les principales réponses aux demandes de conseil formulées par les collectivités et établissements publics du Val-de-Marne en 2018 (Annexes 5 et 6).

Je vous rappelle que mes services sont à votre disposition pour toute question relative à la mise en œuvre du RIFSEEP au sein de votre collectivité. Vous pouvez les saisir à tout moment sur la boîte fonctionnelle de la direction de la citoyenneté et de la légalité : pref-collectivite-locales@val-de-marne.gouv.fr

2) La prime annuelle

Au cours de l'année 2018, j'ai eu l'occasion d'échanger avec vos services sur le maintien des avantages collectivement acquis instaurés dans vos collectivités. Dès lors, les éléments qui suivent me paraissent devoir être rappelés.

Par exception à la limite fixée par l'[article 88](#) de la [loi du 26 janvier 1984](#), l'[article 111](#) de la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale permet le maintien des avantages collectivement acquis ayant le caractère de complément de rémunération, lorsqu'ils ont été décidés par la collectivité avant l'entrée en vigueur de la loi précitée. Les modalités de versement doivent respecter celles fixées dans la délibération initiale.

En application de cet article, deux conditions sont nécessaires pour qu'une prime soit reconnue comme un avantage collectivement acquis :

- une mise en place avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 1984 ;
- l'intégration au budget de la commune.

Cette prime peut avoir été versée directement par la collectivité ou indirectement par l'intermédiaire de structures associatives subventionnées. En effet, le Conseil d'État a reconnu la légalité de délibérations par lesquelles l'organe délibérant a décidé du versement direct de primes, reconnues comme avantages collectivement acquis et versées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 1984, par un comité des œuvres sociales (CE, 28 octobre 1988, n°73670).

Dès lors qu'une prime remplit l'ensemble de ces conditions, elle constitue un avantage collectivement acquis au sens de l'article 111 de la loi statutaire du 26 janvier 1984 et peut être maintenue.

A contrario, dans la mesure où elle ne remplit pas ces conditions, ladite prime devra être considérée comme illégale et il convient d'interrompre immédiatement le versement.

Toutefois, sous réserve du respect du montant plafond global prévu pour les fonctionnaires de l'État exerçant des fonctions équivalentes et de ne pas constituer une somme distincte des autres composantes du RIFSEEP, il vous est possible de fondre cette prime dans le RIFSEEP.

Une collectivité peut ainsi décider d'inclure cette indemnité au sein de l'indemnité de fonctions, de sujétions et d'expertise (IFSE) des agents éligibles au RIFSEEP.

Elle pourra décider de moduler la répartition annuelle de l'IFSE et prévoir d'attribuer une part plus importante en fin d'année, ceci pour maintenir l'esprit de la prime initialement instituée.

De la même manière, s'agissant des agents non éligibles au RIFSEEP, la collectivité peut décider d'intégrer le montant de cette prime dans le régime indemnitaire en vigueur des agents concernés sous réserve du respect des plafonds réglementaires et de ne pas constituer une somme distincte des autres composantes du régime indemnitaire en cause.

a) Revalorisation et modification des avantages collectivement acquis

Les avantages collectivement acquis peuvent être revalorisés. Ladite revalorisation doit cependant être fondée sur une disposition constituant elle-même un avantage acquis maintenu, c'est-à-dire qui ait été prévue dans la délibération initiale avant l'entrée en vigueur de la loi statutaire du 26 janvier 1984. (CE, 2 octobre 1992, n°92692).

Ainsi, les modifications des conditions d'attribution d'un avantage acquis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi statutaire précitées sont illégales.

b) Cumul des avantages collectivement acquis avec les régimes indemnitaires

Le RIFSEEP (Cf. point II C.1.) n'est pas exclusif des indemnités propres à la fonction publique territoriale qui trouvent leur fondement dans d'autres dispositions législatives ou réglementaires.

Ainsi, il n'affecte pas les indemnités relevant des avantages collectivement acquis prévus à l'article 111 de la loi statutaire du 26 janvier 1984 qui ont le caractère de complément de rémunération et n'ont aucune exigence de parité avec les corps de l'État. Ces primes viennent s'ajouter au régime indemnitaire versé en application de l'article 88 de la loi statutaire du 26 janvier 1984, donc au RIFSEEP.

3) Le recrutement d'agents contractuels et leur rémunération

a) Recrutement

Des irrégularités récurrentes ont été constatées par mes services dans les actes de recrutement d'agents contractuels.

Les agents contractuels sont recrutés par dérogation au principe selon lequel les emplois publics ont, par priorité et sauf cas particuliers, vocation à être pourvus par des fonctionnaires. Dès lors, les emplois permanents sont en principe occupés par des fonctionnaires, sauf cas dérogatoires prévus par la loi.

Le recrutement d'agent titulaire de la fonction publique constitue ainsi le principe et le recours aux agents contractuels l'exception. Il appartient ainsi à l'employeur public souhaitant recruter un agent contractuel sur un emploi permanent d'apporter des éléments de fait justifiant démontrant que cette dérogation est justifiée.

L'article 3 du décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale prévoit que le contrat mentionne l'article de la loi du 26 janvier 1984 susvisée sur le fondement duquel il est établi. Lorsqu'il est conclu en application des articles 3 et 3-3 de la loi du 26 janvier 1984, il précise l'alinéa en vertu duquel il est établi. L'acte transmis doit donc mentionner l'article sur le fondement duquel le contrat est établi, ainsi que l'alinéa lorsque le contrat est établi en application des articles 3 et 3-3 de la loi du 26 janvier 1984.

Je vous rappelle également que s'agissant de décisions individuelles, ces actes doivent être transmis à mes services dans un délai de 15 jours à compter de leur signature.

Par ailleurs, le contrat doit également indiquer la date d'effet, la durée et, le cas échéant, la date à laquelle il prend fin.

L'acte de recrutement doit, au surplus, préciser le poste occupé ainsi que la catégorie hiérarchique, telle que définie au premier alinéa de l'article 13 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, dont l'emploi relève.

Enfin, ce contrat précise également les conditions d'emploi et de rémunération et les droits et obligations de l'agent.

b) Rémunération

Il m'apparaît utile de rappeler les règles de détermination du niveau de rémunération des agents contractuels. L'article 1-2 du décret n°88-145 susvisé prévoit que le montant de la rémunération des personnels contractuels est fixé par l'autorité territoriale en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience.

Il ressort de la jurisprudence administrative que cette rémunération doit être fixée par référence à celle que percevrait un fonctionnaire qui assurerait les mêmes fonctions à niveaux de qualification et d'expérience professionnelle équivalents. Les agents contractuels ne peuvent donc se voir attribuer une rémunération qui excéderait celle à laquelle peuvent prétendre les agents de l'État. La fixation d'une rémunération manifestement disproportionnée par rapport à celle des agents de l'Etat exerçant des fonctions analogues est sanctionnée par le juge administratif (CE, 29 décembre 2000, Région Nord-Pas-de-Calais, req.171377).

4) Recrutement d'agents contractuels sur les emplois fonctionnels

Il est important de rappeler qu'en principe, les emplois fonctionnels ont vocation à être occupés par des fonctionnaires placés dans la position du détachement. À plusieurs reprises cette année encore, nous avons été confrontés à des recrutements irréguliers.

Seuls les emplois fonctionnels limitativement énumérés à l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale sont ouverts aux agents non titulaires par la voie d'un recrutement direct. Toutefois, les nouvelles dispositions de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique étendent les possibilités de recruter directement des contractuels sur des emplois de direction dans les collectivités de 40 000 habitants.

Il s'agit des emplois de :

- directeur général des services des départements et régions ;
- directeur général adjoint des services des départements et régions ;
- directeur général des services et directeur général des services techniques des communes de 40 000 habitants ;

- directeur général des services et directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants ;
- directeur général adjoint des services des communes de plus de 150 000 habitants ;
- directeur général adjoint des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 150 000 habitants ;
- directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient ; la liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État.

Par ailleurs, il convient de noter que le recrutement direct ne donne pas lieu à obligation de publicité de création ou de la vacance d'emploi (CE 30 septembre 2015, n°375730).

5) Les collaborateurs de cabinet

Les conditions de recrutement et d'emploi des personnels de cabinet sont définies par l'article 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée et par le décret n° 87-1004 du 16 décembre 1987.

Pour former son cabinet, l'article 110 de la loi du 26 janvier 1984 autorise l'autorité exécutive à recruter de manière discrétionnaire un ou plusieurs collaborateurs en vue de l'assister personnellement dans son double rôle de chef de l'administration locale et de responsable politique. Les emplois de cabinet sont des emplois non permanents qui ne sont pas liés au fonctionnement des services de la collectivité et sont ainsi placés en dehors de la hiérarchie fonctionnelle.

Le recrutement d'un collaborateur de cabinet ne peut intervenir que si les crédits disponibles figurent au budget, au chapitre et à l'article correspondant à ce type d'emplois. L'inscription des crédits affectés ne peut provenir que d'une délibération de l'organe délibérant de la collectivité.

Par ailleurs, toutes les collectivités et tous leurs établissements publics peuvent créer au moins un emploi de cabinet, quelle que soit leur importance (déc. Cons. const. n°83-168 du 20 janv. 1984).

L'effectif maximal est cependant limité, en fonction du nombre d'habitants de la collectivité ou, pour un établissement public, en fonction du nombre de fonctionnaires qu'il emploie (art. 10 à 13-1 décret n°87-1004 du 16 déc. 1987).

Cet effectif ne fait pas référence à un nombre d'emplois budgétaires (auquel cas un emploi pourrait être partagé entre plusieurs personnes) mais à un nombre réel de personnes, quelle que soit leur durée de service (quest. écr. AN n°11126 du 9 mars 1998).

a) La rémunération

La décision de recrutement fixe le montant de la rémunération du collaborateur de cabinet. La rémunération comprend un traitement indiciaire, l'indemnité de résidence et le supplément familial de traitement y afférant ainsi que, le cas échéant, des indemnités.

Cette rémunération doit respecter deux types de plafond :

- le traitement indiciaire ne peut en aucun cas être supérieur à 90 % du traitement correspondant soit à l'indice terminal de l'emploi administratif fonctionnel de direction le plus élevé de la collectivité ou de l'établissement occupé par un fonctionnaire, soit à l'indice terminal du grade administratif le plus élevé détenu par un fonctionnaire en activité dans la collectivité ou l'établissement ;
- le montant des indemnités ne peut en aucun cas être supérieur à 90 % du montant maximum du régime indemnitaire institué par l'assemblée délibérante de la collectivité ou de l'établissement et servi au titulaire de l'emploi fonctionnel ou du grade de référence mentionnés pour le plafond du traitement indiciaire.

b) Les obligations déclaratives introduites par les lois du 20 avril 2016 et du 15 septembre 2017

La loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie, aux droits et obligations des fonctionnaires étend aux collaborateurs de cabinet des élus locaux l'obligation de déclarer leur patrimoine et leurs intérêts.

Elle soumet ainsi les principaux collaborateurs de cabinet dans les collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale de plus de 20 000 habitants à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts et d'une déclaration de situation patrimoniale à la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

En 2016, je vous avais adressé une note d'information du ministre de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales et du ministre de l'intérieur, disponible sur le site internet de la préfecture du Val-de-Marne.

Par ailleurs, la loi n°2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique interdit l'emploi par les autorités territoriales, de certaines catégories de membres de leur famille en qualité de collaborateur de cabinet. Elle crée, pour l'emploi d'autres catégories de membres de la famille, une obligation d'information de la HATVP.

La circulaire du 19 octobre 2017 du ministère de l'intérieur (NOR : INTB1725998C) a pour objet de présenter le contenu et les modalités de mise en œuvre des dispositions pour les collectivités territoriales, qui sont entrées en vigueur au lendemain de la publication de la loi, soit le 17 septembre 2017.

À toute fin utile, l'ensemble des informations relatives aux obligations déclaratives des collaborateurs de cabinet et aux interdictions de recrutement prévues par la loi du 15 septembre 2017 vous ont été communiquées dans une circulaire du 3 novembre 2017 accessible sur le site internet de la préfecture (onglet Politiques publiques – collectivités territoriales).

Par ailleurs, mes services doivent régulièrement procéder à la réactualisation de la base de données sur les collaborateurs de cabinet dans le département. Aussi, je vous saurais gré de bien vouloir me transmettre toutes les informations nouvelles ou non déjà transmises au titre du contrôle de légalité relatives à la composition de votre cabinet (effectif total, recrutement de collaborateur, fin des fonctions). Ces informations devront être mises à jour en cas d'évolution.

Je vous saurai gré de bien vouloir me communiquer les arrêtés de fin de détachement des personnes recrutées sur un emploi de collaborateurs de cabinet ou sur un emploi fonctionnel.

6) Les conditions d'attribution des logements de fonction

En application du principe de parité, les collectivités et leurs établissements publics peuvent octroyer des logements de fonction à leurs agents uniquement dans le respect des règles désormais posées par le code général de la propriété des personnes publiques (GC3P) s'agissant des concessions de logement des agents de l'État.

L'organe délibérant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics a compétence pour établir la liste des emplois pour lesquels un logement de fonction peut être attribué, gratuitement ou moyennant redevance, en raison notamment des contraintes liées à leur exercice (article 21 de la loi n°90-1067 du 28 novembre 1990).

Il est donc nécessaire de fixer par délibération, après avis du comité technique, la liste des emplois susceptibles de bénéficier d'un tel dispositif.

Le décret n°2012-752 du 9 mai 2012 est venu préciser les conditions d'attribution des logements de fonction des agents publics et instaure la distinction entre, d'une part, la concession de logement par nécessité absolue de service et, d'autre part, la convention d'occupation précaire avec astreinte.

Une concession de logement est accordée par nécessité absolue de service « lorsque l'agent ne peut

accomplir normalement son service, notamment pour des raisons de sûreté, de sécurité ou de responsabilité, sans être logé sur son lieu de travail ou à proximité immédiate » (article R2124-65 du CGPPP). Désormais, la gratuité des avantages accessoires (eau, gaz, électricité, chauffage...) n'est plus permise, hormis pour les emplois de direction (article 10 du décret 2012-752).

Une convention d'occupation précaire avec astreinte est accordée à l'agent tenu d'accomplir un service d'astreinte et qui ne remplit pas les conditions ouvrant droit à une concession de logement par nécessité absolue de service. La redevance (le loyer) ne peut être inférieure à 50 % de la valeur locative réelle des locaux occupés, par respect du principe de parité avec l'Etat. La redevance est due à compter de la date d'occupation du logement et son paiement fait l'objet d'un précompte mensuel sur la rémunération de l'agent/occupant (article R2124-70 du CGPPP).

Dans les deux cas, les agents supportent l'ensemble des réparations et des charges locatives afférentes aux logements. Les charges accessoires (eau, gaz, électricité et chauffage) sont également à la charge de l'agent. Les agents sont redevables des impôts et taxes liés à l'occupation des locaux et doivent souscrire une assurance (Attestation à transmettre annuellement).

Enfin, les concessions de logement et les conventions d'occupation précaires avec astreintes sont accordées à titre précaire et révocable. Leur durée est limitée à celle pendant laquelle les intéressés occupent les emplois qui les justifient.

D) En matière d'institution et de vie politique

1) Les délégations

Les actes de délégations de signatures et de fonctions méconnaissent régulièrement les dispositions du CGCT.

Le maire peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints (L. 2122-18 du CGCT) et, en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints ou dès lors que ceux-ci sont tous titulaires d'une délégation, à un ou plusieurs conseillers municipaux (NOR/INTB1407194N du 24 mars 2014).

La rédaction des arrêtés de délégation du maire doit permettre de déterminer facilement les actes susceptibles d'en découler (CAA Marseille, 11 févr. 2008, n° 06MA01348, Ville de Marseille ; CAA Nancy, 22 janv. 2004, n° 98NC00641, Cne de Serre-les-Moulières ; CE 18 févr. 1998, n° 152572, Cne de Conflans-Sainte-Honorine). Par conséquent, le périmètre délégué doit être clairement établi.

Afin de sécuriser ces arrêtés, il revient au maire de préciser l'ordre de priorité entre les différents délégataires s'il est donné délégation de fonction à plusieurs élus pour une catégorie d'actes identique (CAA Bordeaux, 28 mai 2002, n°98BX00268, M. Carrière ; CAA Nantes, 26 décembre 2002, Commune de Gouray, N° 01NT02068 ; Rép. min. à Question écrite Sénat n°14630 de M. Masson Jean-Louis – Rép. 09/11/2006). Le second ne pourra agir qu'en cas d'absence ou d'empêchement du premier. Ce principe est également applicable aux délégations de fonction et de signature consenties par le maire à des agents communaux (CE, 10 juillet 1987, n°54324, Société Anonyme Presse-Alliance).

Il est utile de rappeler que la délégation de fonction emporte délégation de signature.

S'agissant des délégations de signature aux fonctionnaires territoriaux, je vous rappelle qu'une délégation de signature ne dessaisit pas l'autorité administrative d'une partie de ses compétences. Elle a pour but de permettre à une personne désignée de signer au nom du délégant.

Cette délégation de signature doit être précise. La loi n'a exclu aucune matière du champ des délégations de signature ; ainsi la signature peut être déléguée en toute matière.

2) L'expression de l'opposition dans le bulletin d'information municipal

Je constate qu'il existe de très nombreuses irrégularités dans l'application des dispositions relatives aux droits d'expression de l'opposition dans les bulletins municipaux.

Aussi, me paraît-il pertinent de vous rappeler les règles que le code général des collectivités territoriales, dans ses articles L2121-27-1 pour les communes de plus de 1000 habitants et L3121-24-1 pour le département, impose aux collectivités territoriales de réserver un espace d'expression aux élus de l'opposition dans les bulletins locaux d'information qu'elles diffusent.

Les modalités de répartition et d'utilisation de cet espace doivent être préalablement fixées dans le règlement intérieur des organes délibérants.

Cet espace doit être suffisant pour garantir le respect de la liberté d'expression de ces élus.

Dans le silence de la loi, la jurisprudence apprécie le caractère suffisant en comparant l'espace réservé à l'opposition au volume de la publication considérée (TA de Versailles, 27 mai 2004, Mme Chandon, M.Varèse).

Dans ce jugement, il a ainsi été jugé qu'un espace qui correspondait à un cinquième de page, soit sept cents signes, ce qui laissait aux élus de l'opposition cinq lignes sur trente-cinq pages de publication, était insuffisant et ne permettait pas de se conformer aux dispositions du CGCT.

Au contraire, un encart de 2500 signes (représentant une demi-page) a été jugé suffisant par le juge au regard des 16 pages d'un bulletin municipal d'information (CAA de Marseille, 16 décembre 2010, commune de Montpellier).

3) Le principe de représentativité au sein des commissions municipales

Au cours de chaque séance, le conseil municipal peut former des commissions chargées d'examiner des questions soumises au conseil soit par l'administration, soit à l'initiative d'un de ses membres. Elles portent sur des affaires d'intérêt local dans les domaines les plus divers.

Dans les communes de plus de 1 000 habitants, la composition des différentes commissions, y compris les commissions d'appel d'offres et les bureaux d'adjudications, doit respecter le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée communale (article L2121-22 du CGCT).

La désignation des membres des commissions doit être effectuée au scrutin secret (CE 29 juin 1994, Agard). L'ensemble des tendances représentées au sein du conseil municipal doit pouvoir disposer d'un représentant au sein des commissions permanentes (CE 26 septembre 2012, Commune de Martigues). En effet, la composition de ces commissions doit permettre d'assurer à chacune des tendances représentées en son sein la possibilité d'avoir au moins un représentant dans chaque commission, sans que les différentes tendances ne bénéficient nécessairement toujours d'un nombre de représentants strictement proportionnel.

Il paraît préférable de déterminer dans le règlement intérieur du conseil municipal l'organisation et le fonctionnement des commissions municipales permanentes, ainsi que les modalités de création de commissions ad hoc.

4) Le tableau du conseil municipal

Au cours de ces derniers mois, j'ai eu l'occasion de rappeler à vos services les règles déterminant le rang des conseillers dans le tableau du conseil municipal. Aussi, il m'est paru opportun de les exposer à nouveau dans cette synthèse.

Conformément aux dispositions de l'article L2121-1 du CGCT, les membres du conseil municipal sont classés dans l'ordre du tableau selon les modalités suivantes :

- Après le maire, prennent rang les adjoints, puis les conseillers municipaux.
- Sous réserve du dernier alinéa de l'article [L. 2122-10](#) et du second alinéa de l'article [L. 2113-8-2 du CGCT](#), les adjoints prennent rang selon l'ordre de leur élection et, entre adjoints élus sur la même liste, selon l'ordre de présentation sur la liste.
- En ce qui concerne les conseillers municipaux, l'ordre du tableau est déterminé, même quand il y a des sections électorales :
 - o Par ancienneté de leur élection, depuis le dernier renouvellement intégral du conseil municipal ;
 - o Entre conseillers élus le même jour, par le plus grand nombre de suffrages obtenus ;
 - o Et, à égalité de voix, par priorité d'âge.

J'attire votre attention sur le fait que les conseillers municipaux qui n'occupent pas les fonctions d'adjoint, appelés à siéger en cours de mandat prennent rang en fin de tableau. Ils ne doivent pas être placés en fonction de leur groupe politique mais en dernière place dans le tableau.

Je vous invite à consulter le modèle de tableau du conseil municipal en annexe 7.

5) Le règlement intérieur du conseil municipal

Les conseils municipaux des communes de 3 500 habitants et plus doivent établir leur règlement intérieur dans les six mois qui suivent leur installation. Il ne doit comporter que des mesures qui, d'une part, concernent le fonctionnement interne du conseil municipal et, d'autre part, ne portent pas atteinte aux dispositions législatives et réglementaires régissant ce fonctionnement.

En outre, certaines dispositions doivent obligatoirement figurer dans le règlement intérieur.

En effet, en application des articles L. 2121-12, L. 2121-19, L. 2121-27-1 et L. 2312-1 du CGCT, les dispositions suivantes doivent obligatoirement figurer dans le règlement intérieur :

- la consultation des projets de contrat de service public ;
- le régime des questions orales ;
- l'expression de la minorité dans le bulletin d'information municipale ;
- le débat sur les orientations budgétaires.

S'y ajoutent dans les communes de 50 000 habitants et plus, aux termes de l'article L2121-22-1, les modalités de mise en place des missions d'information et d'évaluation.

Hormis ces quelques dispositions obligatoires, la conception du règlement intérieur est librement déterminée par le conseil municipal. Dans la perspective des prochaines échéances électorales, je vous invite toutefois à prendre connaissance du modèle de règlement intérieur établi par l'Association des maires de France.

6) Le droit de participer au débat

Mon attention a été appelée à plusieurs reprises au cours de cette année sur la méconnaissance des dispositions prévues à l'article L2121-7 du CGCT relatives au droit des conseillers municipaux à participer au débat lors des séances du conseil municipal.

Tout conseiller municipal a le droit de participer au débat en demandant la parole pour donner son point de vue sur les affaires mises en discussion. Ce « droit d'expression » a été expressément reconnu par le Conseil d'Etat aux conseillers municipaux (CE 22 mai 1987, Tête c/ Commune de Caluire-et-Cuire). Ce droit s'exerce sous le contrôle du maire, qui, en sa qualité de président des séances du conseil

municipal, assure la direction des débats. Ainsi, le refus du maire de convoquer le conseil municipal ne saurait être considéré comme une « atteinte à la liberté d'expression des conseillers municipaux » CE 18 janv. 2001, Commune de Venelles c/ Morbelli).

Plus généralement, ni le maire ni le règlement intérieur ne doivent porter atteinte à ce droit d'expression, le débat devant être possible sur l'ensemble des affaires figurant à l'ordre du jour.

Il est de jurisprudence constante de considérer que le temps de parole reconnu au conseiller qui désire s'exprimer doit être raisonnablement apprécié par le président de séance ou fixé par le règlement intérieur.

Portent notamment atteinte au droit d'expression : l'inégal traitement des conseillers du fait des fonctions qu'ils occupent (CAA Versailles 30 déc. 2004, Commune de Taverny) ; les dispositions prévoyant que le maire peut interrompre un orateur « au-delà d'un certain temps d'intervention » et que « nul ne peut intervenir plus de deux fois sur un même point à l'ordre du jour » (TA Montreuil 19 nov. 2009, Préfet de la Seine-Saint-Denis c. Commune de Saint-Denis) ; de plus, la publicité des interventions ne doit pas non plus être remise en cause.

La méconnaissance de ce droit d'expression justifie l'annulation des délibérations prises à la suite du débat considéré (TA Dijon 12 janv. 1993, Volatier ; TA Montreuil 19 nov. 2009, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Commune de Saint-Denis).

7) Le surclassement

Le surclassement, prévu par l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, est un dispositif permettant de classer une collectivité territoriale dans une strate démographique supérieure.

Le dernier alinéa de l'article 88 dispose que « Toute commune ou tout établissement public de coopération intercommunale compétent comportant au moins un quartier prioritaire de la politique de la ville peut être surclassé dans une catégorie démographique supérieure par référence à la population totale obtenue en multipliant par deux la population des quartiers prioritaires de la politique de la ville ou des parties de quartiers prioritaires de la commune ».

La publication du décret n° 2014-1750 du 30 décembre 2014 fixant la liste des quartiers prioritaires de la politique de la ville dans les départements métropolitains a permis l'entrée en vigueur de la nouvelle géographie prioritaire de la ville au 1^{er} janvier 2015.

Les périmètres des nouveaux quartiers prioritaires de la politique de la ville se sont ainsi légalement substitués aux anciennes « zones urbaines sensibles » à compter de cette date.

Cela a eu pour incidence que :

- les arrêtés préfectoraux de surclassement démographique pris à compter du 1^{er} janvier 2015 doivent l'avoir été en application des nouvelles dispositions relatives « aux quartiers prioritaires », au risque de faire l'objet d'une annulation par le juge de l'excès de pouvoir.
- les arrêtés de surclassement démographique pris antérieurement à la date du 1^{er} janvier 2015, sur la base de l'ancienne version de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 prenant en compte la population des zones urbaines sensibles, sont devenus caducs.

Un arrêté de surclassement emporte plusieurs conséquences, notamment en matière de fonction publique territoriale. En effet, le nombre maximal de collaborateurs de cabinet qu'une commune peut recruter est fonction de son importance démographique (Article 10 du décret n°87-1004).

Sur la base d'un surclassement démographique, une commune peut voir augmenter son nombre maximal de recrutement de collaborateur de cabinet.

Cependant, ce surclassement doit être valable au moment où le recrutement d'un collaborateur intervient.

Aussi, un recrutement intervenu sur le fondement d'un arrêté de surclassement devenu caduc est illégal.

Toutefois, dans une logique de bonne administration, il m'est apparu nécessaire de ne pas remettre en cause le fondement de décisions de recrutements intervenus en cours de mandat. Néanmoins, au lendemain des élections municipales, les arrêtés préfectoraux de surclassement démographique actuellement en vigueur devront être revus en application de ces dispositions.

E) En matière de police administrative

1) Obligations relatives à la pose des compteurs LINKY

Le déploiement des compteurs de type « Linky » a fait l'objet d'arrêtés municipaux tendant à interdire ou suspendre leur installation.

Ces arrêtés revêtent un caractère illégal en ce qu'ils ont pour effet de contrevenir directement à des dispositions législatives nationales et européennes. Par ailleurs, ils se fondent sur des considérations de fait erronées.

C'est pourquoi ces actes sont systématiquement déférés au tribunal administratif.

Le déploiement des compteurs Linky constitue pour Enedis une obligation légale trouvant son fondement dans la directive européenne 2009/70/CE du 13 juillet 2009, transposée en droit français par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

Un maire ne peut dès lors faire obstacle à l'obligation légale qui pèse sur le concessionnaire.

Par un jugement du tribunal administratif de Dijon, il a été rappelé que « le pouvoir général de police conféré au maire ne lui donne pas compétence pour adopter une réglementation locale portant sur l'implantation des compteurs d'électricité (TA Dijon, 3 juillet 2018).

Pour justifier leur opposition à l'installation des compteurs Linky, les autorités communales ont parfois invoqué une atteinte à la santé publique et/ou un risque d'ingérence dans la vie privée des usagers et donc sur une méconnaissance des dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

La question de l'impact sanitaire de ce type d'installation a été tranchée par des experts et, en l'état des connaissances actuelles, aucun élément n'établit un risque circonstancié de nature à justifier l'adoption de mesure de précaution.

S'agissant du risque d'atteinte à la vie privée qui résulterait du système de comptage évolué, je vous informe que, dans une décision du 20 mars 2013, le Conseil d'Etat a jugé que l'arrêté du 4 janvier 2012 déterminant les fonctionnalités des dispositifs de comptage devant être déployés en application du décret du 31 août 2010 ne méconnaissait pas les dispositions de la loi de 1978 (CE 20 mars 2013, Association Robin des toits, préc.) ; et que, plus récemment, le juge administratif a explicitement reconnu que le déploiement des compteurs communicants ne porte pas atteinte à la vie privée des consommateurs (TA Toulouse 8 mars 2017, n°s 1603808 et 1603174).

Je vous rappelle, également, que dans le cadre du déploiement de ces compteurs, Enedis a étroitement collaboré avec l'Agence Nationale de la Sécurité et des Systèmes d'Information (ANSSI) et que l'entreprise respecte le référentiel de sécurité certifié par cette dernière.

Enfin, de nombreuses dispositions, dont les articles R111-26 à R111-30 ou encore R341-4 du Code de l'énergie, visent à encadrer la communication des données personnelles et à assurer leur confidentialité.

2) Légalité des mesures de police administrative générale

Une mesure de police administrative générale n'est légale que si elle est nécessaire au moment de son édicition.

Pour caractériser cette nécessité, il convient de mettre en balance la réalité et l'intensité des menaces de troubles à l'ordre public avec la nature et le degré d'atteinte à la liberté en cause.

Il appartient ensuite à l'autorité de police administrative de déterminer si la mesure de police envisagée constitue la seule mesure envisageable, celle qui assure le meilleur équilibre entre l'atteinte à la liberté et la préservation de l'ordre public (CE, 19 mai 1933, Benjamin).

De cette manière, les interdictions générales sont rarement admises. Seule une menace particulièrement grave serait de nature à justifier une interdiction totale (CE, 22 juin 1951, Daudignac).

De nombreux arrêtés contreviennent au respect de ces dispositions. Aussi, je vous demande de prêter la plus grande attention au respect de la loi dans le cadre de votre pouvoir de police.

F) Urbanisme

1) Définition de la compétence pour délivrer l'acte

La compétence pour la délivrance des autorisations d'urbanisme revient généralement au maire au nom de la commune. Les autorisations délivrées sont alors soumises au contrôle de légalité.

Toutefois, l'État est compétent pour délivrer certaines autorisations, en application de l'article L.422-2 du code de l'urbanisme (CU) :

- les autorisations demandées par l'État ou ses établissements publics ;
- les autorisations concernant la distribution, transport ou production d'énergie (sauf photovoltaïque en toiture : cf. R.422-2-1 du CU) ;
- les autorisations de projets situés en opération d'intérêt national (OIN), dans les communes d'Alfortville, Chevilly-Larue, Choisy-le-Roi, Ivry, Orly, Rungis, Thiais, Villeneuve-Saint-Georges, Villeneuve-le-Roi, Vitry-sur-Seine ;
- les autorisations de projets situés dans les secteurs définis par les arrêtés de carence en logements sociaux ;
- les autorisations de logements et résidences sociales dont l'État est actionnaire à au moins un tiers du capital.

Pour ces autorisations, délivrées par le maire ou le préfet au nom de l'État en application de l'article R.422-1 et R.422-2 du code de l'urbanisme, les services de l'État dans le département (UDEA 94) sont compétents pour l'instruction de la demande, en application de l'article R.423-16 b) du même code, et le dossier doit leur être transmis sans délai.

2) Autorisations concernant des établissements recevant du public (ERP)

Conformément à l'article L.111-8 du code de la construction et de l'habitation (CCH), les travaux qui conduisent à la création d'un ERP ne peuvent être exécutés qu'après autorisation délivrée par l'autorité administrative qui vérifie leur conformité aux règles prévues aux articles L.111-7, L.123-1 et L.123-2 du même code.

Lorsque ces travaux sont soumis à permis de construire, ce dernier vaut autorisation de travaux, « dès lors que la décision a fait l'objet d'un accord de l'autorité administrative compétente qui peut imposer des prescriptions » (article L.425-3 du code de l'urbanisme).

Le maire doit donc avoir délivré dans le délai d'instruction (4 mois, article R.111-19-22 du CCH), une autorisation de travaux basée sur l'avis favorable de la commission compétente (ou des sous-commissions compétentes) en matière de sécurité et d'accessibilité des personnes handicapées, communale(s) ou départementale(s). Le permis de construire ne peut être délivré qu'après que cette autorisation soit intervenue.

À défaut de notification dans le délai de 4 mois d'une décision prise au titre du CCH, la demande est réputée accordée, sauf dans le cas où le préfet a notifié un refus d'une dérogation demandée (articles R.111-19-26 et suivant du CCH).

Lorsque l'aménagement intérieur d'un établissement recevant du public n'est pas connu au moment du dépôt d'une demande d'autorisation d'urbanisme, l'instruction au titre de l'ERP est réalisée jusqu'à son entrée, et l'arrêté de permis de construire doit indiquer qu'une autorisation complémentaire devra être demandée et obtenue, au titre de l'article L.111-8 du CCH, pour l'aménagement intérieur de l'ERP.

Cela signifie que les commissions compétentes seront consultées une première fois pour l'autorisation de la coque vide, et une seconde fois sur l'aménagement intérieur de l'ERP.

3) Application du PPR de mouvement de terrain « argiles » (PPRMT)

Le plan de prévention des risques de mouvements de terrain différentiels consécutifs à la sécheresse et à la réhydratation des sols dans le département du Val-de-Marne (PPRMT) est applicable depuis sa date d'approbation le 21 novembre 2018. Il vaut servitude d'utilité publique, en application de l'article L.562-4 du code de l'environnement (CE).

Les mesures de publicité et d'annexion prévues en outre « en vue d'informer les populations concernées » ne sont pas de nature à retarder son opposabilité.

a) Projets de maisons individuelles (y compris extensions et annexes), d'annexes non accolées ou de bâtiments agricoles

Pour ces projets, l'article 2 du règlement applicable en zone B1 et B2 précise que pour toute construction est prescrite :

- soit la réalisation d'une étude géotechnique préalable de type G1-ES au sens de la norme NFP 94-500 ; dans ce cas, le dossier comprend une attestation de l'architecte ou de l'expert chargé du dossier, certifiant que l'étude géotechnique a bien été réalisée et que la construction la prend en compte (pièce PCMI 14 requise en application de l'article R.431-16 f) du code de l'urbanisme) ;
- soit l'application directe des mesures techniques mentionnées à l'article 2.1 du même chapitre ; dans ce cas, l'arrêté prescrit l'application directe des mesures techniques, qui sont alors annexées. Exemple de rédaction : « En l'absence d'une étude géotechnique préalable de type G1-ES, il sera fait application directe des mesures techniques citées à l'article 2 du chapitre (1 ou 2 selon la zone B1 ou B2) du règlement du PPRMT, annexées au présent arrêté ».

En zone B3, la construction de ces projets est soumise à recommandations.

b) Autres projets

Pour tout autre projet, l'article 1 du chapitre du règlement applicable aux zones B1, B2 et B3 précise que pour toute construction nouvelle, est prescrite la réalisation d'une étude définissant les dispositions constructives nécessaires pour assurer la stabilité des constructions vis-à-vis du risque avéré de tassement ou de soulèvement différentiel, et couvrant la conception, le pré-dimensionnement et l'exécution des fondations, ainsi que l'adaptation de la construction et de son environnement immédiat aux caractéristiques du site.

L'étude doit être réalisée conformément aux missions d'ingénierie géotechnique de type G2 – AVP (étude géotechnique de conception, phase avant-projet), G2 – PRO (étude géotechnique de conception, phase projet) et G3 (étude et suivi géotechniques d'exécution) au sens de la norme NF P 94-500. Toutes les dispositions issues de cette étude doivent être appliquées.

Les dossiers concernés doivent comprendre une attestation de l'architecte ou de l'expert chargé du dossier certifiant que l'étude géotechnique a bien été réalisée et que la construction la prend en compte (pièce PC13 requise en application de l'article R.431-16 f) du code de l'urbanisme).

4) Motivation des refus de projets en application de l'article R.111-27 du code de l'urbanisme (ou de l'article 11 du PLU)

La motivation d'un refus ou de prescriptions sur la base de l'article R.111-27 CU doit être complète et argumentée de manière objective, en faisant référence au caractère des lieux et aux caractéristiques du projet, démontrant en quoi il est en rupture avec son environnement et ainsi y porte atteinte.

La jurisprudence rappelle qu'il appartient à l'autorité compétente d'apprécier dans un premier temps la qualité du site (éléments à protéger), et dans un second temps l'impact que le projet pourrait avoir (atteinte à l'environnement), en lien avec l'ampleur du projet.

Des avis d'experts peuvent conforter l'analyse par le service instructeur de l'atteinte portée à l'environnement : les services locaux de la direction régionale des affaires culturelles (DRAC), les conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement (CAUE), l'architecte ou le paysagiste conseil de la commune...

5) Communes carencées en logement social : instruction des demandes pour les projets d'immeubles de logements collectifs

Dans les communes faisant l'objet d'un arrêté de carence en application de l'article L.302-9-1 du code de la construction et de l'habitation, pour toute opération de construction d'immeubles collectifs de plus de douze logements ou de plus de 800 mètres carrés de surface de plancher, au moins 30 % des logements familiaux sont des logements locatifs sociaux, hors PLS. Cette disposition est transposée à l'article L.111-24 du code de l'urbanisme.

Les dossiers concernés doivent comprendre la pièce spécifique PC 17-2, requise en application de l'article R.431-16-3 du code de l'urbanisme (un tableau indiquant le nombre de logements familiaux et la part de ces logements familiaux correspondant à des logements locatifs sociaux définis à l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation hors logements financés avec un prêt locatif social).

6) Réseau métier : une ressource pour les services instructeurs

L'UDEA 94 anime un réseau métier auquel la plupart des services instructeurs des collectivités participent. Une rencontre trimestrielle permet d'échanger sur la veille juridique, y compris en droit de l'urbanisme, contrôle de légalité et application du droit des sols, et des points métiers spécifiques selon les demandes des collectivités.

Contact : surba.ud94.driea-if@developpement-durable.gouv.fr

G) Intercommunalité

1) La mise à jour des informations concernant les syndicats

Depuis 2016, le bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité a engagé un chantier d'actualisation des données relatives aux syndicats du Val-de-Marne.

Dans le cadre de ce processus, les 44 syndicats recensés ont été contactés par téléphone, puis par courriel afin de préciser cette démarche.

Les informations collectées permettent de procéder à la remontée de données fiables auprès de la Direction générale des collectivités locales (DGCL) et d'alimenter le système d'information renseigné par les préfetures dénommé ASPIC " Accès des services publics aux informations sur les collectivités".

Ce portail d'information sur l'intercommunalité administré par la DGCL rassemble des informations actualisées en continu par les préfetures présentées sous forme de fiches signalétiques, de fichiers ou encore de cartes pour un département donné. Ces données consolidées et actualisées au niveau national sont accessibles à tous via le portail BANATIC, la base de données sur l'intercommunalité : <https://www.banatic.interieur.gouv.fr/V5/accueil/index.php>

Ces données sont essentielles au bon suivi des structures intercommunales du département. Elles portent sur les compétences exercées, la composition du bureau, du comité syndical, ou encore sur les collectivités membres. Cette base de données constitue également une source d'informations très importante dans l'instruction des procédures de modifications statutaires initiées par vos collectivités (adhésion, modifications statutaires, retrait, fusion) mais également dans le cadre des opérations de contrôle de légalité des actes des syndicats.

Aujourd'hui encore et malgré les relances, certains syndicats n'ont pas communiqué les renseignements demandés. Aussi, j'invite les présidents des syndicats concernés à prendre l'attache de mes services via la boîte fonctionnelle de la direction de la citoyenneté et de la légalité.

De manière générale, je vous invite à informer la préfeture de l'ensemble des évolutions concernant vos syndicats.

2) Les modifications statutaires : adhésion, retrait, modifications des statuts

Les modifications statutaires prévues aux articles L5211-18, L5211-19 et L5211-20 du CGCT sont toutes entérinées par la prise d'un arrêté préfectoral préparé par le service du contrôle de légalité et de l'intercommunalité.

À plusieurs reprises au cours de ces dernières années, vous avez donc sollicité mes services dans le cadre des modifications statutaires intervenues dans vos syndicats.

Dans un souci de bonne administration, je vous remercie de prendre l'attache de mes services le plus en amont des procédures envisagées.

Une meilleure coordination de nos services devrait ainsi permettre d'éviter des difficultés liées à la méconnaissance ou aux divergences d'interprétation des textes portant principalement aujourd'hui sur les syndicats mixtes ouverts.

a) Les syndicats mixtes ouverts régis par les dispositions de droit commun applicables aux EPCI

En théorie, les syndicats mixtes ouverts ont toute liberté pour prévoir dans leurs statuts des modalités de fonctionnement différentes de celles prévues par le droit commun des EPCI.

Or, je constate que les statuts de nombreux syndicats mixtes ouverts renvoient aux dispositions applicables aux EPCI.

A titre d'illustration, les dispositions prévues à l'article L. 5211-18 du CGCT relatives à l'adhésion d'un nouveau membre sont applicables aux établissements publics de coopération intercommunale sans fiscalité propre et aux syndicats mixtes fermés.

Nombre de syndicats mixtes ouverts prévoient également dans leurs statuts d'appliquer la procédure prévue à l'article L. 5211-18 pour l'adhésion d'un nouveau membre. Cette procédure nécessite la prise d'un arrêté par le représentant de l'État dans le département pour acter l'adhésion du nouveau membre.

Dans les faits pourtant, de nombreux syndicats mixtes ouverts s'affranchissent de ces règles pour lesquelles ils ont opté en les fixant dans leurs statuts et intègrent des membres par simple délibération du comité syndical ou en ne respectant que partiellement les procédures de droit commun. Mes services sont ainsi régulièrement amenés à inviter les syndicats à reprendre la procédure de modification statutaire sur la base de l'article L5211-18 tel que rédigé dans leurs statuts, pour acter l'adhésion du nouveau membre.

Comme évoqué plus haut, je vous invite ainsi à prendre l'attache de mes services dès lors que vous projetez d'effectuer des modifications statutaires afin que ceux-ci puissent vous accompagner, le cas échéant, si la procédure envisagée est inadaptée.

b) L'obligation d'entériner la procédure de modification statutaire par arrêté préfectoral

Les syndicats mixtes ouverts disposent de règles souples permettant aux membres de définir les règles statutaires du syndicat en s'écartant des « règles classiques » applicables aux syndicats intercommunaux ou aux syndicats mixtes fermés.

Ainsi, l'article L.5721-1 du code général des collectivités territoriales dispose que « Lorsque les statuts n'ont pas prévu une procédure spécifique, les modifications statutaires sont décidées à la majorité des deux tiers des membres qui composent le comité syndical ».

Cette disposition n'impose pas à priori que les modifications statutaires nécessitent un arrêté préfectoral. Aucune disposition du code général des collectivités territoriales applicables aux SMO n'impose d'ailleurs que les modifications statutaires de ces groupements soient entérinées par arrêté préfectoral (à la différence des EPCI ou des syndicats mixtes fermés).

Il a ainsi été affirmé que la prise d'un arrêté préfectoral actant le retrait d'un membre d'un SMO ne présente qu'un caractère facultatif, voire superfétatoire. Toutefois, cela concernait le cas où les statuts n'étaient pas annexés à l'arrêté préfectoral de création.

Lorsque les statuts d'un syndicat mixte ouvert sont annexés à l'arrêté de création du syndicat, la doctrine ministérielle précise qu'il convient, en vertu du principe du parallélisme des formes, que les modifications statutaires ultérieures fassent l'objet d'un arrêté préfectoral. Cet arrêté préfectoral de modification statutaire en constitue la date d'effet. Ainsi les modifications statutaires n'entrent en vigueur qu'à partir de la publication au recueil des actes administratifs.

Force est de constater que la totalité des arrêtés préfectoraux créant les syndicats mixtes ouverts du département du Val-de-Marne comportent en annexe les statuts desdits syndicats bien que cela ne soit pas une obligation.

Il résulte de ce qui précède que la procédure de modification statutaire d'un SMO val-de-marnais ne sera finalisée qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'arrêté préfectoral.

c) La désignation des délégués du comité syndical

Comme indiqué précédemment, bien que le régime juridique des SMO se caractérise par une grande liberté de définition de ses modalités d'organisation dans ses statuts, il demeure régi par le principe de gouvernance par un comité syndical unique posé par l'article L. 5721-2 du CGCT.

Comme le rappelle la fiche n° 122 du guide de l'intercommunalité : « La répartition des sièges au sein du comité syndical entre les collectivités locales et les établissements publics membres du syndicat mixte est fixée par les statuts fixés d'un commun accord par les membres fondateurs. A défaut de dispositions particulières dans les statuts, le nombre de sièges attribués aux établissements publics de coopération intercommunale qui se substituent à tout ou partie de leurs communes membres au sein du syndicat mixte en application des articles L. 5214-21, L.5215-22 et L. 5216-7 est égal au nombre de sièges dont disposaient les communes avant la substitution. L'arrêté préfectoral autorisant la création

du syndicat mixte ouvert en approuve les modalités de fonctionnement. Les membres fondateurs doivent définir les règles de fonctionnement de l'établissement, le CGCT laissant une grande latitude pour ce faire. A défaut de règles propres, éventuellement dérogoires aux dispositions applicables aux EPCI ou aux collectivités territoriales (ex : présidence « tournante »), il est recommandé, pour éviter un vide juridique, de prévoir dans les statuts un renvoi aux dispositions concernant les EPCI ».

De nombreuses collectivités adhèrent à des syndicats mixtes ouverts sans que soit pour autant prévue la désignation d'un représentant au sein du comité syndical. Ces collectivités ou établissements publics ne disposeront d'aucune représentation au sein du comité syndical tant qu'elles n'auront pas délibéré pour procéder à la désignation de leur représentant au sein du comité syndical.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où la représentation dudit membre n'est pas prévue par les statuts, il peut exister un vide juridique compromettant la participation du nouveau membre au syndicat. Pour rectifier cela, il convient dans ce cas d'engager une procédure de modification statutaire pour revoir la composition du comité syndical qui sera actée par arrêté préfectoral.

Enfin, dans le cadre des procédures d'adhésion et de retrait, je vous invite à procéder à la modification des statuts incidentes, le cas échéant, afin d'actualiser les articles susceptibles d'être impactés par l'adhésion ou le retrait du nouveau membre du syndicat.

H) Autres matières

1) La communication des documents administratifs

Depuis plusieurs années, je reçois des saisines de vos administrés en application du principe de la liberté d'accès aux documents administratifs. J'ai dès lors souhaité vous rappeler ces quelques règles.

Toute personne a le droit d'obtenir la communication de documents administratifs en vertu du livre III du code des relations entre le public et l'administration dès lors qu'il s'agit d'un document, de nature administrative, que l'administration a effectivement en sa possession. Ce droit d'accès s'impose à toutes les autorités publiques et aux organismes privés chargés d'une mission de service public pour les documents liés à cette mission.

Toute personne peut donc obtenir son dossier médical ou fiscal, un courrier, une délibération, une enquête publique, des budgets locaux, un dossier de permis de construire, de passation de marché, un rapport d'analyse sur l'environnement.

Cependant, certains documents sont, par nature, susceptibles de contenir des informations protégées (par le secret de la vie privée, de la santé ou encore par le secret des affaires). En application des articles L. 311-5 et L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, ces documents ne peuvent être communiqués qu'aux intéressés ou ne peuvent l'être qu'après avoir occulté les mentions protégées.

Dans le cadre d'une passation de marché public par exemple, ces mentions sont tout élément qui reflète la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret commercial (Conseil d'État du 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, n° 375529).

Une décision de refus, explicite ou implicite (naissant du silence gardé pendant 1 mois suivant la réception de la demande), peut faire l'objet d'une saisine de la Commission d'accès aux documents administratifs (Cada).

2) Le principe de neutralité applicable aux sujets d'ordre politique

La conduite des relations extérieures des collectivités territoriales doit se faire dans le respect des engagements internationaux de la France (article L. 1115-1 du CGCT).

En application du principe de neutralité politique, les collectivités locales ne peuvent prendre parti dans un conflit de nature politique (CE, 23 octobre 1989, Commune de Pierrefitte-sur-Seine, N°93331, 93847, 93885).

Le principe de neutralité politique s'applique à tous les actes de la commune : vœux, délibération, arrêté, etc.

Je vous invite à prendre connaissance de l'instruction du Gouvernement INTB1809792C du 24 mai 2018, signée conjointement par M. Gérard COLLOMB, ministre d'État, ministre de l'intérieur et M. Jean-Yves LE DRIAN, ministre de l'Europe et des affaires étrangères, relative au cadre juridique de l'action extérieure des collectivités territoriales et de son contrôle, disponible sur le site internet de la préfecture.

3) Le principe d'égalité dans la fixation des tarifs des services publics locaux

Le principe constitutionnel d'égalité des usagers devant le service public (Conseil constitutionnel, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC), se traduit notamment par le droit des usagers à des tarifs identiques, dès lors qu'ils se trouvent dans la même situation (Conseil d'État, 25 juin 1948, Société du journal l'Aurore, n° 94511). Cependant, « si le principe d'égalité implique qu'à des situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes » (Conseil d'État, 6 juillet 1994, Association des maires départementalistes de La Réunion, n°151870).

Ainsi, la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service public, est admise dans trois hypothèses : si elle est la conséquence nécessaire d'une loi, si une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service commande cette mesure et s'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables (Conseil d'État, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, n° 88032).

À titre d'exemples, le juge administratif a pu admettre que le tarif d'un service public administratif varie selon le lieu de résidence de l'utilisateur (Conseil d'État, 5 octobre 1984, Préfet de l'Ariège, n° 47875), de la fréquentation du service par l'utilisateur (Conseil d'État, 9 mars 1998, ville de Marignane et société générale de restauration, n°158334) ou des ressources des usagers dès lors que les tarifs les plus élevés demeurent inférieurs au coût du fonctionnement (Conseil d'État, 20 janvier 1989, CCAS de la Rochelle, n° 89691). En revanche, il a pu considérer que la qualité d'agents d'une collectivité ne leur permettait pas de bénéficier d'une réduction tarifaire (TA Marseille, 15 février 1991, Rocca, n°88-2979).

III. Questions récurrentes au titre du conseil auprès de vos collectivités

Au cours de l'année 2018, mes services ont répondu à de nombreuses demandes de conseil portant sur l'ensemble du champ du contrôle de légalité et donnant lieu à des réunions et à une multitude d'échanges plus informels avec vos services.

Je vous invite, lorsqu'un point de droit soulève des interrogations de votre part, à vous rapprocher de mes services afin d'améliorer la sécurité juridique des actes concernés. Le contrôle de légalité est, en effet, indissociable de la mission de conseil des services de l'État au profit des collectivités, à laquelle j'attache la plus grande importance.

Vous pouvez m'adresser vos questions sur la boîte fonctionnelle de la direction de la citoyenneté et de la légalité : pref-collectivite-locales@val-de-marne.gouv.fr

A) Le délit d'octroi d'avantages injustifiés ou délit de favoritisme

Il me semble utile de rappeler que toute violation des règles de la commande publique est susceptible d'être constitutive d'un délit d'octroi d'avantages injustifiés, plus couramment appelé « délit de favoritisme », devant être signalé au procureur de la République (Article 432-14 du Code pénal).

L'article 432-14 du code pénal vise trois catégories de personnes : les agents publics, les personnes chargées d'un mandat électif public et les personnes publiques ou privées, agissant pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'un marché public. Cette liste n'est pas exhaustive et permet d'inclure toute personne qui intervient à n'importe quel moment de la procédure sous n'importe quelle forme que ce soit et qui exerce une influence sur le choix de l'attributaire du marché.

Ainsi, sont notamment concernés par ce délit, la personne responsable du marché ou son représentant, les membres des commissions d'appel d'offres ou des commissions de travaux, les membres des services techniques d'une collectivité, les maîtres d'œuvre. A titre d'exemple, peuvent être condamnés pour délit de favoritisme le coordinateur d'un groupement de commandes (Cour de cassation, 7 avril 2004, n°03-84191) ou « le secrétaire général d'une commune, agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans une procédure d'attribution de marchés, en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres » (Cour de cassation, 20 avril 2005, n°04-83017)

La définition du délit de favoritisme implique la réunion cumulée de trois éléments :

- Un élément légal reposant sur la violation des règles prévues par une disposition législative ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ;
- Un élément matériel constitué par le fait d'avoir procuré ou tenté de procurer un avantage injustifié (Cass Crim 12 novembre 1988, Marcel Graud n°97-85.333) ;
- Un élément intentionnel caractérisé par l'accomplissement « en connaissance de cause » d'un acte contraire au droit de la commande publique (Cass crim, 14 janvier 2004). En ce qui concerne l'élément intentionnel du délit de favoritisme, la Cour de cassation estime que « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire, implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L.121-3 du code pénal (Cour de cassation, 15 septembre 1999, 98-87588 ; 24 octobre 2001, 01-81039 ; 14 janvier 2004, n°03-83396). L'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de constater qu'il a agi en pleine connaissance de cause. Le juge estime qu'il est des fonctions où l'ignorance n'est pas admissible : un maire ne peut se réfugier derrière la méconnaissance de la procédure d'appel d'offre (Cour de cassation, 15 septembre 1999, 98-87588 ; 24 octobre 2001, 01-81089 ; 8 mars 2006, n°05-85276).

Enfin, un même fait peut-être constitutif à la fois d'un délit de favoritisme et d'un autre délit. Au regard de ces éléments, je ne peux que vous inviter à la plus grande prudence dans la passation de vos marchés publics.

B) La délivrance des titres d'occupation du domaine public

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, entrée en application le 1er juillet 2017, a introduit dans le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) les articles L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4. Ces nouvelles dispositions soumettent la délivrance de certains titres d'occupation du domaine public à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, lorsque leur octroi a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine public.

L'ordonnance du 19 avril 2017 assure une mise en cohérence du droit national avec la jurisprudence européenne (CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a. - affaire C-458/14 et C-67/15) qui a énoncé une obligation de transparence dans l'attribution des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine lorsque ces titres ont pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique.

L'ordonnance institue ainsi, à compter du 1er juillet 2017, un principe de sélection préalable des demandeurs de certaines autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Ces mesures de sélection, destinées à assurer le respect d'un principe de transparence, ne relèvent pas des procédures formalisées de la commande publique.

Toutefois, dans le respect de ce principe de transparence, l'ordonnance a prévu des situations dans lesquelles l'autorité compétente n'a pas l'obligation d'organiser une procédure de sélection. Les dispositions relatives à ces situations ont vocation à s'appliquer à de nombreux cas de fêtes foraines et de cirques.

La circulaire interministérielle n° CPAE1727822C du 19 octobre 2017 a ensuite précisé la notion de courte durée qui permet aux collectivités locales concernées de ne pas recourir à la procédure de mise en concurrence pour l'occupation du domaine public à des fins économiques, s'agissant des activités foraines et circassiennes. D'une façon générale, les occupations foraines ou circassiennes du domaine public inférieures à 4 mois ou à caractère saisonnier peuvent être exclues de la procédure de mise en concurrence préalable.

Il convient de noter que l'ordonnance précitée ne change rien à l'obligation pour la collectivité de délivrer un titre d'occupation assorti d'une redevance.

C) La transparence financière locale

Certaines règles doivent être respectées pour assurer la transparence en matière de finances locales.

1) Note explicative de synthèse aux conseillers municipaux et présentation brève et synthétique aux citoyens

L'article L2121-12 prévoit que « dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal ». L'article L2313-1 du CGCT prévoit qu' « une présentation brève et synthétique retraçant les informations financières essentielles est jointe au budget primitif et au compte administratif afin de permettre aux citoyens d'en saisir les enjeux ».

L'existence d'un document unique servant à la fois de présentation à l'attention des citoyens et de note explicative de synthèse adressée aux membres des conseils municipaux est régulièrement constatée par mes services.

J'attire votre attention sur le fait que les dispositions précitées imposent l'élaboration de deux documents distincts et souhaite vous sensibiliser sur le fait que ceux-ci poursuivent des finalités différentes.

En effet, une note, même synthétique, ayant une fonction explicative à l'attention de conseillers municipaux, ne revêt pas forcément les caractères d'accessibilité et d'intelligibilité qui permettront aux citoyens de saisir les enjeux budgétaires.

2) Contenu du ROB

Dans les communes de 3 500 habitants et plus, le maire présente au conseil municipal, dans un délai de deux mois précédant l'examen du budget, un rapport sur les orientations budgétaires (ROB), les engagements pluriannuels envisagés ainsi que sur la structure et la gestion de la dette. Dans les communes de plus de 10 000 habitants, ce rapport comporte, en outre, une présentation de la structure et de l'évolution des dépenses et des effectifs. Ce rapport précise notamment l'évolution prévisionnelle et l'exécution des dépenses de personnel, des rémunérations, des avantages en nature et du temps de travail⁹.

Je souhaite appeler votre attention sur le fait que le II de l'article 13 de la loi n° 2018-32 du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022 est venu compléter ces dispositions et le contenu du ROB. Cet article dispose que :

« À l'occasion du débat sur les orientations budgétaires, chaque collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales présente ses objectifs concernant :

1° L'évolution des dépenses réelles de fonctionnement (DRF), exprimées en valeur, en comptabilité générale de la section de fonctionnement ;

2° L'évolution du besoin de financement annuel calculé comme les emprunts minorés des remboursements de dette. Ces éléments prennent en compte les budgets principaux et l'ensemble des budgets annexes ».

L'absence de ces éléments attendus au sein d'un ROB constitue un défaut d'information des conseillers municipaux susceptible d'entacher d'irrégularité la procédure de vote du budget¹⁰.

D) Le taux de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères

J'appelle votre attention, dans le cadre de la définition du taux de taxe d'enlèvement des ordures ménagères (TEOM) sur la nécessité de veiller à l'adéquation entre le taux adopté par l'organe délibérant, le produit de la taxe et le niveau des dépenses liées à l'exercice de la compétence.

En effet, de nombreuses réclamations en matière de TEOM ont été présentées auprès des services fiscaux par des redevables.

La TEOM est une taxe affectée à un service. L'article 1520 du code général des impôts prévoit qu'elle « est destinée à pourvoir aux dépenses du service de collecte et de traitement des déchets ménagers ».

De jurisprudence constante, le juge administratif considère que « la taxe d'enlèvement des ordures ménagères n'a pas le caractère d'un prélèvement opéré sur les contribuables en vue de pourvoir à l'ensemble des dépenses budgétaires, mais a exclusivement pour objet de couvrir les dépenses exposées par la commune pour assurer l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères et non couvertes par des recettes non fiscales » ; qu' « il en résulte que le produit de cette taxe, et par voie de conséquence son taux, ne doivent pas être manifestement disproportionnés par rapport au montant de [ces] dépenses, tel qu'il peut être estimé à la date du vote de la délibération fixant ce taux »¹¹.

⁹ Art. L2312-1 du CGCT, également applicable aux établissements publics administratifs des communes de 3 500 habitants et plus ; art. L3312-1 du même code pour les départements.

¹⁰ CRC Centre, Limousin, Rapport d'observations définitives Communes d'Ussel Corrèze, 25 févr. 2015, p. 11 ; CRC Bretagne, Rapport d'observations définitives Communes de Fougères (Ille-et-Vilaine), 2014, p. 5.

¹¹ CE, 25 juin 2018, Sté Auchan, n° 414056 ; CE, 31 mars 2014, Sté Auchan, n° 368111.

En cas de disproportion entre le produit de la TEOM et le coût du service de traitement des déchets ménagers, la délibération de la collectivité est donc entachée d'illégalité.

À cet égard, il me semble important d'attirer votre attention sur l'insécurité juridique que peut générer la réversion incomplète de la TEOM et de la redevance spéciale à l'Établissement public territorial (EPT) exerçant la compétence en matière de gestion des déchets.

La TEOM étant une taxe affectée à un service et la redevance spéciale une redevance pour service rendu, leur taux ou tarif ne doit pas être disproportionné par rapport au service rendu. Aussi, un versement incomplet de la commune pourrait conduire le juge administratif à considérer que le montant de la taxe est fixé de manière manifestement disproportionnée par rapport aux dépenses.

IV. Sujets d'actualité

A) Le nouveau code de la commande publique (CCP)

Le code de la commande publique est entré en vigueur au 1er avril 2019. Fruit d'un travail réalisé pendant près de 24 mois, le chantier de codification, porté par le ministère de l'économie et des finances, s'est déroulé de manière collaborative avec l'ensemble des acteurs de la commande publique, aussi bien privés que publics.

Une consultation publique a notamment permis de recueillir près de 800 observations contribuant à faire du code de la commande publique un outil construit avec et pour ses utilisateurs.

Afin de simplifier et moderniser le droit de la commande publique, le code réunit les quelques 30 textes utilisés quotidiennement par les acheteurs et les entreprises.

Organisé selon la chronologie de la vie du contrat, de sa préparation à son exécution, le code constitue une véritable « boîte à outils » pour les acteurs de la commande publique puisqu'il est adapté à l'utilisation quotidienne qu'en feront les praticiens. Il intègre également l'ensemble des dispositifs relatifs aux règlements alternatifs des litiges, afin d'inciter les acteurs à adopter une approche rapide et non contentieuse de résolution de leurs différends.

Outre des gains en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit de la commande publique, le code renforce la sécurité juridique des contrats. Il participe également à garantir l'accès et l'efficacité de la commande publique qui représente près de 8 % du PIB.

Il s'applique à l'ensemble des marchés et des contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication à compter du 1^{er} avril 2019.

Le CCP est composé de trois parties, précédées d'un titre préliminaire qui opère de nombreux rappels, par exemple du libre choix du mode de gestion par les personnes publiques, de la définition du contrat de la commande publique, des principes fondamentaux en la matière et des règles générales applicables aux contrats administratifs.

Le CCP opère une codification à droit constant : il regroupe l'ensemble des textes législatifs et réglementaires jusqu'alors en vigueur au sein d'un même code.

B) Respect des règles relatives au temps de travail

Depuis plusieurs années, la chambre régionale des comptes d'Île-de-France relève des écarts importants portant sur le temps de travail pratiqué dans plusieurs collectivités territoriales du département.

Les règles encadrant le temps de travail dans la fonction publique territoriale sont fixées par la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, et par le décret du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail (RTT) dans la fonction publique de l'État (FPE), rendu applicable aux agents territoriaux par le décret du 12 juin 2004.

Ce dispositif a été rappelé par la circulaire ministérielle du 31 mars 2017 relative au temps de travail dans les trois fonctions publiques.

Jusqu'alors, les collectivités bénéficiaient de la possibilité de maintenir, par délibération expresse prise après avis du comité technique, les régimes de travail mis en place antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 2001, dits régimes dérogatoires.

L'article 47 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique est venu harmoniser la durée du travail dans les trois versants de la fonction publique en supprimant les régimes dérogatoires antérieurs à 2001. Il opère ainsi un alignement de la durée de travail des agents territoriaux sur celle fixée par l'article L. 3121-27 du code du travail.

Les collectivités concernées par un régime dérogatoire disposent, pour définir les nouvelles règles relatives au temps de travail de leurs agents, d'un délai d'un an à compter du renouvellement de chacune des assemblées délibérantes, soit au plus tard en mars 2021 pour le bloc communal et en mars 2022 pour les départements et les régions. Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail des agents des collectivités territoriales et des établissements publics doivent être fixées par la collectivité ou l'établissement, dans les limites applicables aux agents de l'État, en tenant compte de la spécificité des missions exercées par ces collectivités ou établissements.

C) Tenue des conseils d'administration des OPH par visioconférence ou télécommunication

Depuis le 18 mai 2019, date de la publication du décret n° 2019-462 du 16 mai 2019 relatif aux conditions de participation des administrateurs aux conseils d'administrations des offices publics de l'habitat par des moyens de visioconférence ou de télécommunication, il est possible de recourir aux technologies de communication à distance pour la tenue des réunions du conseil d'administration des offices publics de l'habitat (OPH).

Cette possibilité est issue de l'article 88, V de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (Loi ELAN).

Cette nouvelle mesure plébiscitée par la fédération des OPH devrait permettre aux offices de comptabiliser comme réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les membres du conseil d'administration qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication (CCH, art. L. 421-10, al. 2). Ce texte adapte aux OPH une faculté déjà accordée aux autres organismes d'HLM constitués sous forme de sociétés.

D) La loi du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales

Le 14 novembre 2018, le Conseil d'Etat avait mis fin à un débat jurisprudentiel sur la participation des collectivités et de leurs groupements dans les sociétés publiques locales (SPL). Jusqu'alors, plusieurs décisions divergentes avaient retenu l'attention au sujet du lien qui doit être établi entre les missions de la SPL et les compétences de chacun de ses actionnaires.

Il en résultait une incertitude sur le fait de savoir si, en présence d'une SPL à objet multiple, une collectivité (ou un groupement de collectivités) ne pouvait y participer :

- que si elle détenait toutes les compétences correspondant à l'objet social de la société (CAA de Nantes, 19 sept. 2014, Syndicat intercommunal de la Baie et a., no 13NT01683) ;
- ou, de manière moins stricte, que si la partie prépondérante des missions de la société n'excédait pas son domaine de compétence – autrement dit si elle disposait de la ou des compétences correspondant à la partie prépondérante de ces missions (CAA de Lyon, 4 octobre 2016, SEMERAP, n° 14LY02753, objet de ce pourvoi).

Le Conseil d'État avait alors opté pour la position la plus stricte en considérant que pour participer à une SPL, la collectivité (ou le groupement de collectivités) doit détenir l'ensemble des compétences correspondant à l'objet social de la société. En application de cette jurisprudence, les collectivités ne pouvaient pas entrer au capital, ni créer, ni transformer une SPL si elles ne disposaient pas de l'ensemble des compétences prévues à l'objet social de la société.

La loi du 17 mai 2019 vient remettre en cause la jurisprudence du Conseil d'État qui impose que toutes les compétences soient détenues par les actionnaires en assouplissant les conditions de participation des collectivités aux entreprises publiques. Les dispositions prévues par la loi autorisent une collectivité ou leur groupement à participer au capital des entreprises publiques locales dès lors qu'elle ou il détient une compétence correspondant aux missions de la société.

À cet égard, je vous rappelle que l'objet social des sociétés publiques locales doit être suffisamment clair et précis.

En outre, lorsque l'objet social de la société inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires. Une attention particulière sera donc portée à toute modification de l'objet social des entreprises publiques locales afin d'éviter tout détournement de la répartition des compétences entre les collectivités territoriales.

Il est à noter que les dispositions de la loi sont applicables aux sociétés constituées antérieurement à sa publication.

E) Le guide des coopérations

Un guide des coopérations est désormais à disposition des collectivités et de leurs groupements. Il recense les différents dispositifs, essentiellement conventionnels, existants.

Ce guide présente successivement :

- la possibilité de faire assurer par une autre personne publique des compétences ;
- le regroupement des services de plusieurs entités en vue de l'exercice en commun de compétences ;
- la possibilité de mettre à disposition ses services ou ses biens ;
- les autres dispositifs de mutualisation de moyens ;
- les dispositifs conventionnels de mutualisation spécifiques à la Métropole du Grand Paris, ses établissements publics territoriaux (EPT) et leurs communes membres ;
- des fiches relatives à la situation des agents concernés par les mutualisations.

Un tableau de synthèse en début de guide, ainsi qu'un recueil des principaux textes applicables complètent la présentation des dispositifs de mutualisation réalisée au travers de 27 fiches. Chaque fiche consacrée à un dispositif précise sa base légale et ses modalités d'application. Les incidences en termes financiers et de ressources humaines, ainsi que des exemples concrets de mise en œuvre sont également présentés.

Le guide est téléchargeable sur internet à l'adresse suivante : <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/guide-des-cooperations>

F) Les arrêtés municipaux anti-pesticides

L'Etat a engagé depuis plusieurs années des démarches afin de répondre à l'urgence climatique, tout en conciliant les intérêts des agriculteurs, riverains et élus locaux.

Dans cette optique, la loi EGAlim a introduit des dispositions spécifiques pour la protection des riverains, en privilégiant le dialogue local au niveau départemental, via la mise en place de chartes d'engagement concertées entre les agriculteurs, les associations, les élus, à partir du 1er janvier 2020.

Par ailleurs, un nouveau dispositif d'encadrement de l'utilisation des produits phytosanitaires à proximité des habitations a été mis en consultation publique du lundi 9 septembre au 4 octobre 2019. Ce dispositif repose sur le principe du respect des distances minimales entre les zones d'épandage et les zones d'habitation et sur la possibilité d'adapter ces distances minimales dans le cadre de chartes validées au niveau départemental, après échanges entre les agriculteurs, les riverains et les élus.

En l'état actuel du droit et dans l'attente du nouveau dispositif de protection qui devrait entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2020, les collectivités territoriales ne peuvent adopter des mesures plus restrictives portant interdiction des produits phytopharmaceutiques, notamment le glyphosate. Aussi, j'ai saisi le tribunal administratif de Melun pour demander l'annulation de ces arrêtés et délibérations. En effet, la réglementation concernant l'utilisation de produits phytosanitaires relève de la compétence de l'État et non de celle des maires.

L'article L253-7 du code rural et de la pêche maritime dispose que « l'autorité administrative [le ministre chargé de l'agriculture] peut, dans l'intérêt de la santé publique ou de l'environnement, prendre toute mesure d'interdiction, de restriction ou de prescription particulière concernant la mise sur le marché, la délivrance, l'utilisation et la détention (...) » de produits phytosanitaires.

Or, l'article R253-1 de ce même code prévoit que « Le ministre chargé de l'agriculture est, sauf disposition contraire, [...] l'autorité administrative mentionnée au chapitre III du titre V du livre II du présent code (partie législative) ». La partie législative du code rural et de la pêche maritime à laquelle renvoie le présent article est constituée des articles L.253-1 et suivants de ce même code.

En outre, aux termes de l'article 4 de l'arrêté du 12 septembre 2006 relatif à la mise sur le marché et à l'utilisation des produits visés à l'article L253-1 du code rural et de la pêche maritime, « En cas de risque exceptionnel et justifié, l'utilisation des produits peut être restreinte ou interdite par arrêté préfectoral immédiatement applicable. Cet arrêté motivé doit préciser les produits, les zones et les périodes concernés ainsi que les restrictions d'utilisation prescrites. Il doit être soumis, dans la quinzaine, à l'approbation du ministre chargé de l'agriculture. ».

Ainsi, l'utilisation de produits phytosanitaires ou phytopharmaceutiques relève d'une police spéciale de la compétence du ministre de l'agriculture et de la pêche et du préfet.