



**PRÉFET
DES BOUCHES-
DU-RHÔNE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction de la Citoyenneté, de la Légalité
et de l'Environnement**

Marseille, le **27 SEP. 2021**

Bureau du Conseil aux Collectivités et du
Contrôle de Légalité

**le Préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur,
Préfet des Bouches-du-Rhône**

à

Monsieur le Président du Conseil régional
Madame la Présidente du Conseil départemental
Madame la Présidente de la Métropole Aix-Mar-
seille-Provence
Mesdames et Messieurs les maires du département
Mesdames et Messieurs les présidents des établis-
sements de coopération intercommunale (EPCI)
Monsieur le Président du Centre de gestion des
Bouches-du-Rhône
Monsieur le Président du Service départemental
d'incendie et de secours

En communication à Mesdames et Messieurs les
Sous-Préfets d'arrondissement
En communication à Madame la Secrétaire géné-
rale aux affaires régionales

Objet : Synthèse des principales observations formulées en 2020 au titre du contrôle de
légalité

La présente note a pour objet de vous présenter la synthèse des principales observa-
tions formulées en 2020 à l'occasion de l'examen des actes soumis au contrôle de légalité
en application des articles L. 2131-1 et suivants du Code Général des Collectivités Territo-
riales (CGCT).

Cinq grandes thématiques sont abordées :

- la commande publique ;
- la fonction publique territoriale ;
- le fonctionnement des assemblées délibérantes et le statut des élus locaux ;
- les interventions économiques ;
- la police administrative.

La prise en compte, par vos services, de ces observations, doit favoriser la sécurisation juridique des actes de votre collectivité, afin d'éviter d'éventuels recours contentieux devant le tribunal administratif.

Je vous invite, lorsqu'une procédure ou un point de droit soulève une interrogation de votre part, à vous rapprocher de mes services afin d'améliorer la sécurité juridique de l'acte concerné. Le contrôle de légalité est, en effet, indissociable de la mission de conseil des services de l'État au profit des collectivités.

À cet égard, je vous remercie d'utiliser la boîte fonctionnelle du bureau du conseil aux collectivités et du contrôle de légalité, dont l'adresse est la suivante :

pref-controle-legalite@bouches-du-rhone.gouv.fr

Enfin, je vous rappelle que vous avez la faculté de transmettre les actes soumis au contrôle de légalité via l'application informatique, @CTES, qui favorise d'une part une sécurisation des échanges, via la délivrance quasi immédiate d'un accusé de réception, formaté pour le type d'acte transmis (marché, délibération, arrêté...) et qui constitue, d'autre part, un gain de temps et d'organisation certain, en évitant le déplacement en préfecture et en rendant les actes exécutoires dans un délai très bref.

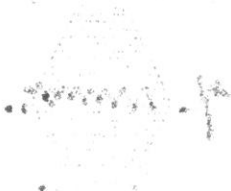
Je reste, avec mes services, à votre disposition pour toute information complémentaire.

Le Préfet



Christophe MIRMANT

State of



CHARLES W. BROWN

SYNTHESE DES OBSERVATIONS

LA COMMANDE PUBLIQUE

- L'insuffisante définition du besoin de l'acheteur

L'article L.2111-1 du code de la commande publique rend obligatoire la définition de la nature et de l'étendue des besoins auquel répond un marché. Des imprécisions ou des lacunes dans la définition du besoin peuvent entraîner une restriction de concurrence ; aussi, elles contreviennent au principe de transparence des procédures.

A cet effet, la communication, dans les appels d'offres, du montant estimé du marché ou à minima d'un devis estimatif participe de la bonne définition du besoin.

- Le défaut d'allotissement non justifié par des éléments matériels

L'allotissement des marchés constitue la règle sauf si leur objet ne permet pas l'identification objective de prestations distinctes. Aussi, lorsqu'un acheteur décide de ne pas allotir le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision.

- Les discordances entre les différentes pièces de la consultation ou du marché

Ce manquement à l'obligation de transparence des procédures résulte notamment de l'insuffisance d'informations portées au dossier de consultation mais également de discordances entre le contenu de l'avis d'appel public à la concurrence et celui du règlement de consultation. Les informations portées dans les mesures de publicité doivent être constantes, afin de permettre aux soumissionnaires de se positionner en toute connaissance de cause.

- Le choix erroné de la procédure de passation utilisée

Il est important que le recours à des procédures dérogatoires soit fondé tant en ce qui concerne les montants que les objets du marché. Pour cela, il est recommandé de motiver suffisamment le choix de la procédure aussi bien dans les documents de la consultation que dans le rapport de présentation.

- La neutralisation excessive d'un des critères de notation

Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats imposent de déterminer tenir compte des différences entre les offres des candidats. Aussi, il est primordial que le pouvoir adjudicateur réalise une analyse approfondie des caractéristiques techniques des offres, laquelle analyse constituera le fondement de notes ajustées qui permettront de départager les candidats (ex : survalorisation du critère technique au détriment du critère prix).

- Les irrégularités relatives au fonctionnement de la commission d'appel d'offre (CAO) ou de concession.

Le non-respect des règles de fonctionnement de la CAO constituent des vices substantiels, susceptibles d'entraîner l'annulation de la totalité de la procédure de passation par le juge administratif. Aussi, le président de droit de la CAO doit veiller au respect du quorum et, le cas échéant, doit désigner son représentant par arrêté.

Outre, l'absence de transmission de certaines pièces obligatoirement transmissibles, les principales observations formulées sont les suivantes :

- L'absence de justification du recrutement d'un agent contractuel par rapport à un agent titulaire

Le principe est qu'un emploi permanent doit être occupé par un agent titulaire. Toutefois, la loi du 26 janvier 1984 est venue prévoir limitativement les possibilités de recours à des agents contractuels. L'acte d'engagement d'un agent contractuel doit ainsi être accompagné des éléments permettant de justifier le recrutement de celui-ci, notamment par l'envoi de la synthèse des candidatures reçues. La collectivité doit démontrer l'impossibilité de répondre aux besoins du service de façon équivalente par le recrutement d'un agent titulaire.

- L'absence de publicité de la vacance d'emploi

L'article 41 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée, dispose que les collectivités et établissements publics qui décident de créer ou de pourvoir un poste doivent procéder à la déclaration de vacance de l'emploi au centre départemental de gestion de la fonction publique territoriale. Cette mesure s'applique également à tout renouvellement de contrat sur un emploi permanent, à la transformation d'un CDD en CDI, aux recrutements directs et aux détachements sur des emplois fonctionnels. La déclaration de vacance d'emploi constitue une formalité substantielle.

- Le non-respect du délai entre la publicité de la vacance d'emploi et le recrutement

Il convient d'anticiper le recrutement, en publiant l'emploi suffisamment en amont de la date prévue de prise de poste. Il convient de respecter un délai raisonnable d'un mois entre la publication de la vacance d'emploi et le recrutement afin que les candidats soient effectivement mis en mesure de se manifester et que le principe de l'égalité d'accès aux emplois publics soient respectés.

- L'absence de mise en œuvre du complément indemnitaire annuel (CIA)

Le RIFSEEP ne peut pas être instauré autrement qu'en deux parts (IFSE et CIA). Le complément indemnitaire annuel est lié à l'engagement professionnel de chaque agent et constitue indéniablement un outil intéressant de gestion et de valorisation des ressources humaines.

- Le maintien irrégulier des primes et indemnités dans certaines situations de congés (RIFSEEP)

Aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit le maintien d'un régime indemnitaire durant les périodes d'absence des agents dans la fonction publique territoriale. Dès lors, en l'absence de texte organisant la modulation d'une prime ou d'une indemnité, le maintien du versement des avantages indemnitaires relève de la compétence de l'assemblée délibérante dans la limite des dispositions prévues pour les agents de l'État, conformément aux principes de libre administration des collectivités et de parité avec la fonction publique d'État.

Le décret n°2010-997 du 26 août 2010 relatif au régime de maintien des primes et indemnités des agents publics de l'État et des magistrats de l'ordre judiciaire dans certaines situations de congés indique, à son article 1^{er}, que pour les agents de l'État en congé maladie ordinaire, congé pour maternité, pour adoption, congé de paternité et d'accueil de l'enfant, congé pour accident de service, congé pour maladie professionnelle, le maintien du régime indemnitaire se fait dans les mêmes proportions que celui du traitement. Toutefois, ce décret ne prévoit pas le maintien des primes liées à l'exercice des fonctions durant un congé de longue maladie ou de longue durée.

LE FONCTIONNEMENT DES ASSEMBLEES DELIBERANTES ET LE STATUT DES ELUS LOCAUX

Marquée par le renouvellement des conseils municipaux et la mise en œuvre des dispositions dérogatoires liées à l'état d'urgence sanitaire, les principales observations formulées au titre de l'année 2020 pour le fonctionnement des institutions locales ont été les suivantes :

- Le non-respect du mode de scrutin à bulletin secret pour l'élection des maires et adjoints

Le conseil municipal élit le maire et les adjoints parmi ses membres, au scrutin secret. Même si la majorité de l'assemblée délibérante est favorable à un vote au scrutin public, l'élection des maires et adjoints ne peut se réaliser qu'avec un mode de scrutin à bulletin secret. Le non-respect de cette obligation est de nature à entraîner l'annulation de l'ensemble de l'opération électorale.

- Le dépassement de l'effectif légal du nombre d'adjoints

Le conseil municipal détermine librement le nombre des adjoints sans que celui-ci ne puisse excéder 30 % de l'effectif légal du conseil. **Lorsque ce nombre n'est pas rond, il est arrondi à l'entier inférieur.** Ainsi le seuil des 30 % n'est pas dépassé.

Dans les communes de 1 000 habitants et plus, les adjoints sont élus au scrutin de liste à la majorité absolue, sans panachage ni vote préférentiel. La liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe. Dans la constitution des listes d'adjoints, **l'obligation de parité s'ajoute désormais à l'obligation d'alternance.**

- Le dépassement l'enveloppe indemnitaire accordée aux membres du conseil municipal

Le montant des indemnités de fonction est fixé en pourcentage du montant correspondant à l'indice brut terminal de l'échelle indiciaire de la fonction publique et varie selon l'importance du mandat et la population de la collectivité. Les indemnités de fonction des élus sont fixées par l'organe délibérant dans les trois mois suivant son installation. Ces indemnités de fonction constituent une dépense obligatoire pour la collectivité.

Toute délibération du conseil municipal concernant les indemnités de fonction d'un ou de plusieurs de ses membres, à l'exception du maire, est accompagnée d'un tableau annexe récapitulant l'ensemble des indemnités allouées aux autres membres du conseil municipal.

L'application des majorations des indemnités des élus ne peut intervenir qu'après qu'un vote distinct ait fixé leur montant initial. Le conseil municipal vote ainsi le montant des indemnités de fonction dans le respect de l'enveloppe indemnitaire globale (constituée du montant total des indemnités maximales susceptibles d'être allouées au maire et aux adjoints en fonction), en répartissant cette enveloppe entre le maire, les adjoints et les conseillers ayant reçu délégation.

- Les dispositions du règlement intérieur contraires à la liberté d'expression des élus d'opposition

Le conseil municipal établit son règlement intérieur dans les six mois qui suivent son installation. **Le règlement intérieur précédemment adopté continue à s'appliquer jusqu'à l'établissement du nouveau règlement.** Le droit d'expression, au sein des bulletins d'information générale diffusés par la commune, des conseillers municipaux n'est pas limité aux seuls conseillers appartenant à un groupe politique.

Il s'agit d'un droit individuel d'expression dans le journal de la collectivité que la loi a entendu consacrer au bénéfice de l'ensemble des conseillers.

- Le manque de précision des délégations de fonctions accordées aux adjoints ou vice-présidents de l'EPCI

Les arrêtés de délégation doivent distinguer clairement et définir de façon précise et expresse les délégations conférées à chacun des adjoints et des conseillers municipaux. Si plusieurs adjoints et/ou conseillers municipaux reçoivent en tout ou en partie la même délégation, **un ordre de priorité doit être fixé entre les titulaires des délégations pour l'utilisation de cette délégation**, de manière à déterminer à un moment donné et pour une catégorie déterminée d'actes, le titulaire de la délégation.

De plus, l'article 30 de la loi n°2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique met fin au droit de priorité des adjoints dans le cadre des délégations de fonction du maire. **Désormais, le maire peut octroyer une délégation de fonctions à un simple conseiller municipal quand bien même tous les adjoints ne bénéficieraient pas d'une telle délégation.**

LES INTERVENTIONS ECONOMIQUES

- Le non-respect des compétences des collectivités en matière d'aide économique

La loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRE) du 7 août 2015 a sensiblement modifié la répartition des compétences des collectivités territoriales en matière d'aides économiques : les interventions économiques de « droit commun » ne sont plus possibles et doivent donc se réaliser dans le respect des missions dévolues à chaque type de collectivité par le législateur. **La Région est seule compétente pour définir et octroyer des aides en faveur de la création ou de l'extension d'activité économique, ou les aides aux entreprises en difficulté.** Il est seulement possible pour les communes et leurs groupements de participer à ces aides **dans le cadre d'une convention avec la Région.**

Au titre de la solidarité territoriale, le Département peut octroyer des aides d'investissement aux communes ou à leurs groupements pour un projet où ils sont maîtres d'ouvrage dès lors qu'ils en font la demande. Pour justifier son intervention, la carence de l'initiative privée doit être constatée, et le projet doit correspondre à un « *service marchand nécessaires aux besoins de la population en milieu rural* ».

Les communes peuvent intervenir dans de six domaines propres : l'aide à l'immobilier d'entreprise, le soutien aux professionnels de santé, l'aide au maintien du dernier commerce, l'aide au cinéma, la garantie d'emprunt et la participation au capital des sociétés publiques sous conditions.

- Le manque de concordance entre l'objet social d'une entreprise publique locale (SEM/SPL) et la compétence de ses collectivités actionnaires

En vertu de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) « *Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées* ». Il résulte de ces dispositions que la légalité de la participation d'une commune au capital d'une SEM ou d'une SPL est ainsi subordonnée à l'existence d'une correspondance entre les compétences dévolues à la commune par le législateur et l'objet social de la société, tel que fixé dans ses statuts.

LA POLICE ADMINISTRATIVE

– Les interdictions générales liées à l'installation des cirques sur le territoire de la commune

En l'état actuel de la réglementation, l'utilisation des animaux dans les spectacles est strictement encadrée par le domaine de la loi. Dès lors, l'interdiction introduite par un maire au titre de ses pouvoirs de police de l'installation d'un cirque sur le territoire de sa commune **ne peut intervenir que si elle est justifiée par un réel trouble à l'ordre public et des circonstances locales particulières**. Des interdictions générales, non limitées dans le temps ou dans l'espace, et qui s'appliquent de manière indifférenciée à tous les cirques et spectacles détenant des animaux sauvages, ne permettent pas d'apprécier au cas par cas, pour chaque cirque, le respect ou non de la réglementation sur le bien être animal. Dès lors, ces mesures de police constituent des atteintes disproportionnées à la liberté de commerce et d'industrie.

– Les transferts des pouvoirs de police au président de l'EPCI

Les transferts des pouvoirs de police spéciale du maire au président de l'EPCI en vertu de l'article L.5911-2 du CGCT (assainissement, de réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage des gens du voyage, de voirie, d'habitat) relèvent de la compétence propre du maire et non du conseil municipal. Aussi, l'acceptation ou l'opposition à ce transfert doit revêtir la forme d'une décision du maire et non d'une délibération du conseil municipal.

LA DOMANIALITE PUBLIQUE

– La cession d'un bien public à un prix inférieur à sa valeur vénale

La cession d'une propriété publique à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé à un prix très inférieur à leur valeur vénale doit comporter des contreparties effectives et suffisantes pour justifier la différence entre le prix de vente et la valeur du bien cédé (CE 1997 Commune de Fougerolles). Un prix de vente manifestement trop faible (30 % d'écart avec la valeur de référence) est constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation, et par conséquent susceptible d'entraîner l'illégalité de la cession d'un bien public

