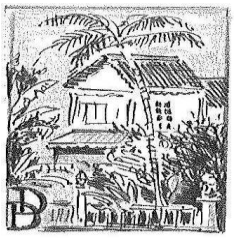


VADEMECUM DES NOUVEAUX ELUS LOCAUX

LES PRECAUTIONS JURIDICO-FINANCIERES DE DEBUT DE MANDAT

Dossier établi par :

Dominique DEPORCQ – Lionel ARMAND

****

Année 2020

INTRODUCTION

Du fait de l'épidémie de Covid-19, les élections municipales 2020 ont eu un caractère inédit à bien des égards. Le processus électoral des municipales, laissé en suspens après le déroulement du premier tour de scrutin de celles-ci le 15 mars en raison d'une crise sanitaire exceptionnelle, ne nous laisse pas sans nous interroger d'une part sur la suite qu'il va lui être réservé, et, d'autre part, sur sa validité eu égard même aux décisions qui pourront être prises.

Nous sommes entrés dans un autre Monde, celui de la crise globale à l'échelle de la Planète, d'autant plus grave que son fait générateur n'a été anticipé par personne à ce niveau et que les dommages qui vont résulter de l'ennemi invisible ne sont pas encore vraiment mesurables.

Les juristes des collectivités locales sont devenus à leur niveau des urgentistes qui interviennent sur des sujets inhabituels liés aux difficultés économiques, aux opérations de de marché publics en urgence ou à la conclusion de contrats en cours, aux tenues des assemblées, à la cybercriminalité, à la protection des données personnelles, etc...

La situation impose de s'interroger sur le monde d'après, l'autre monde.

La menace d'une nouvelle pandémie va rester dans les esprits, le temps du retour à une situation de nouveau stabilisée va durer et, à n'en pas douter, bien des mesures provisoires d'aujourd'hui seront définitivement adoptées demain.

Le télétravail, la visioconférence, la signature des actes à distance, ont déjà bouleversé des habitudes, remis en cause des acquis, et le Droit de demain s'appliquera désormais avec ces outils devenus ceux du quotidien.

Le Droit n'y échappera pas.

Quoi qu'il en soit, les équipes municipales issues (ou qui le seront) de ce scrutin inattendu, qu'elles soient nouvelles ou qu'elles s'inscrivent dans la continuité, sont amenées à prendre des décisions lourdes de sens et d'importance.

La vie démocratique du pays connaît des secousses sans précédent dues aux circonstances exceptionnelles de cette crise sanitaire.

La période post crise ne serait-elle pas l'occasion à saisir pour repenser le mode de fonctionnement et d'organisation des pouvoirs publics, de l'administration, de la vie publique. En tout état de cause, la question que doit se poser tout acteur de la scène politique se résume à la problématique de l'administration de territoires de plus en plus complexes et interconnectés.

Le temps des mondes fermés est désormais révolu. Les divisions territoriales traditionnelles sont définitivement dissolues dans les nouvelles façons de vivre et de parcourir les espaces.

La France a fait le choix de s'administrer au travers d'une organisation particulièrement singulière, qui est à la fois décentralisée et déconcentrée, distribuant le pouvoir local entre les mains d'acteurs nombreux, parfois dispersés (et dispendieux), et conservant par ailleurs une administration de l'État qui, quoi que présente à tous les échelons des territoires, demeure d'essence centralisée.

Ainsi et par nature, l'administration des territoires est le fait de deux séries d'acteurs : les collectivités locales, dont c'est par essence la vocation et l' État, qui ne se contente plus d'édicter des normes générales et d'encadrer l'activité des autorités locales, mais dispose d'un maillage dense de services lui permettant dans le même temps d'assoir ses politiques nationales, de veiller au respect de la règle de droit et d'arbitrer, le cas échéant entre les intérêts divergents des acteurs locaux.

Ainsi, dans cette pratique du droit sont laissés seuls les élus (qui ne sont pas technicien) face à des problématiques parfois lourdes de conséquences tant pour les administrés que pour eux même.

De cet édifiant constat est alors apparu de manière sous-jacente une espèce de « *vade-mecum* » des bonnes pratiques à mettre en œuvre dès le début d'un mandat (renouvelé ou pas) s'appuyant notamment sur la mise en place d'audits financiers et juridiques ayant pour but, non seulement de vérifier l'adéquation des moyens budgétaires existants au volume des engagements pris pendant la campagne électorale, mais aussi de mettre en place une stratégie financière sécurisée, pertinente sur la durée du mandat.

Ces pratiques ne constituent malheureusement pas encore un réflexe systématique. Pour autant, le phénomène de judiciarisation de la vie publique locale devrait inciter les nouveaux élus à prendre toutes les précautions juridiques de nature à éviter l'engagement de leur responsabilité personnelle civile, financière, voire pénale.

Pire, si la commune, issue de la paroisse, demeure comme partout en Europe l'élément de base des institutions locales, elle a conservé en France des attributions importantes qui sont bien souvent déconnectées des moyens dont elle dispose, phénomène qui s'est trouvé accentué par la généralisation de l'intercommunalité.

En dépit de la complexité juridique considérable des problèmes que les exécutifs communaux nouvellement installés doivent nécessairement prendre en charge, tout particulièrement dans ce contexte post- COVID 19, le principe de précaution appliqué au droit de la gestion locale peut être présenté de manière somme toute assez simple.

L'ensemble des règles de précaution peut se résumer en l'énoncé de quatre grands principes essentiels issus de notre tradition républicaine au respect desquels nos juridictions se montrent de plus en plus attentives. Il s'agit du principe de compétence, du principe d'égalité, du principe « d'étanchéité » entre chose publique et chose privée et du principe de transparence démocratique (I). La prise en compte de ces principes essentiels avant d'engager toute action ou toute opération est de nature à apporter la sécurité juridique dont ont besoin les décideurs publics tant en ce qui concerne les actes pris ou à prendre au sein de la collectivité (II) que ceux qu'ils sont susceptibles de prendre en qualité de représentants de cette dernière dès lors qu'ils sont désignés pour exercer des fonctions de direction au sein d'organismes satellites de droit public ou de droit privé (III). Ces précautions et bons usages prennent d'ailleurs plus de sens un fois que les différents risques inhérents à la collectivité sont identifiés.

Par ailleurs, comme précisé en propos liminaire, dans ces temps de prise de conscience, la conjonction d'une volonté de réduire les prélèvements publics et d'une extension des missions dévolues aux collectivités territoriales oblige, en effet, à rechercher les voies d'une meilleure

gestion. L'une des conditions sine qua non pour bien gérer une collectivité locale est de disposer d'un bon système d'information.

Est-il besoin de rappeler que dans une entreprise bien gérée, beaucoup de décisions s'imposent aux dirigeants, dès lors qu'ils ont en main des informations de gestion accompagnés de méthodes de mise en œuvre claires et précises ?

Dans cette recherche de la sécurité juridique, les élus disposent d'un certain nombre d'outils de régularisation des gestions (externalisées ou in house) permettant de contribuer de manière puissante au développement de la collectivité.

Ces armes permettent aux responsables politiques d'y voir plus clair et de manière plus complète sur la situation de leur collectivité, notamment à l'occasion d'une élection et d'un changement d'équipe.

Le présent ouvrage ambitionne ainsi de vous équiper aux mieux afin de faire face aux nouveaux enjeux d'une gestion managériale et stratégique de l'échelon local. Il est à jour de la loi de réforme des collectivités locales Françaises du 3 juillet 2019.

Le cadre général de l'action publique et de l'organisation territoriale transforme l'exercice du mandat de maire comme ceux des autres exécutifs locaux en un exercice jugé par nombre d'entre eux comme passionnant mais plus difficile dans une période de crise et de difficultés budgétaires, de tensions sociales et de redéfinition des pouvoirs locaux.

La loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dite "loi MAPTAM", et celle du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République, dite "loi NOTRe", ont eu une incidence sur les compétences des collectivités territoriales, notamment des communes. Par exemple, la loi MAPTAM modifie le statut des métropoles et organise la décentralisation du stationnement payant ; la loi NOTRe redéfinit les compétences attribuées à chaque collectivité territoriale et renforce les intercommunalités.

Les lois MAPTAM et NOTRe ne sont pas les seules à avoir opéré des transferts de compétences de la commune à l'échelon intercommunal. Par exemple, la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové transfère les compétences de la commune en matière de plan local d'urbanisme (PLU) à l'échelon intercommunal sans toutefois remettre en cause la compétence du maire pour les permis de construire.

I. Les principes fondamentaux régulant l'action publique locale

1.1 Le principe de compétence

1.2 Le principe d'égalité

1.3 Le principe d'étanchéité entre intérêt général et intérêt particulier

1.3.1 En droit administratif

1.3.2 En droit pénal

1.4 Le principe de transparence

CHAPITRE I

RAPPEL DES PRINCIPES FONDAMENTAUX REGULANT L'ACTION PUBLIQUE LOCALE

Le mandat de six ans du maire est l'un des plus longs de la République. Le maire agit à la fois pour le compte de l'État et celui de la commune et bénéficie d'un effet de proximité privilégié avec ses administrés.

La loi "Engagement et proximité" tend à ce propos à renforcer les droits des élus. Outre la multiplicité de ses compétences et de ses responsabilités, le maire est contraint de s'adapter à un environnement législatif et réglementaire évolutif.

Les pouvoirs du maire sont nombreux. La délégation aux collectivités territoriales du Sénat, dans son rapport "**Faciliter l'exercice des mandats locaux**" signale qu': "*En quelques décennies, une technicité de plus en plus pointue s'est imposée dans la gestion des affaires locales. Désormais, les élus doivent disposer de connaissances précises dans leurs très nombreux domaines d'intervention. Les deux formes de la complexité - répartition des rôles et des pouvoirs entre les strates du mille-feuille territorial, maquis normatif à mettre quotidiennement en œuvre - se combinent et font de la gestion locale, tout au moins dans les petites communes dépourvues de services, un exploit d'équilibrisme. Les titulaires de délégations, en particulier, sont appelés à se spécialiser dans des matières précises, mouvantes, souvent très techniques, et en outre politiquement sensibles : questions environnementales, sécurité publique, questions juridiques. La charge de travail reposant sur les épaules des élus locaux s'est donc considérablement accrue.*"

Quoi qu'il en soit, il demeure certains grands principes qui colorent et transfigurent l'action publique locale. Ces derniers doivent constamment transparaitre dans les décisions prises. Ces principes sont au nombre de quatre et doivent insuffler toutes les politiques publiques locales.

1-1-Le principe de compétence

Concernant le principe de compétence, l'élu doit s'interroger avant d'agir sur le point de savoir qui, du maire, des adjoints ou de l'assemblée délibérante, peut agir en fonction des règles de représentation ou de délégation de pouvoir ou de signature. Il en va de même concernant les intercommunalités. Mais, s'agissant d'établissements publics locaux et non de collectivités territoriales, ce sont leurs statuts qui délimitent leurs champs de compétences respectifs.

Si notre Constitution consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales, cette liberté connaît certaines limites :

-La première limite tient au fait que l'administration doit se conformer à la loi. Cette exigence s'énonce au travers du principe de légalité auquel l'administration, fût-elle communale, est constamment soumise, sous le contrôle du juge administratif, voire du juge répressif.

L'art. 111-5 du Code pénal précise en ce sens :

« *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ».

-La seconde limite est d'ordre géographique : la compétence d'une commune s'arrête aux frontières de son territoire ;

-La troisième tient à l'exigence d'un intérêt communal, notion que les textes ne définissent pas, mais que le juge, qu'il soit administratif, financier ou répressif, contrôle avec attention.

Si la notion d'«*affaires communales*» confère une latitude particulièrement importante à l'action des élus, celle-ci doit respecter des **principes intangibles** tels que celui de laïcité issu de la loi de séparation de l'église et de l'État de 1905, tels que celui plus ancien de liberté du commerce et de l'industrie ou encore tels que celui de séparation entre financement de l'action publique et financement de l'action politique dégagé par les lois relatives au financement des partis politiques et des campagnes électorales de 1988, 1990 et 1995. L'élu doit faire face d'ailleurs aux droits dits de troisième génération notamment en matière d'environnement ou de numérique tel que le droit à l'oubli.

Par ailleurs, l'achèvement de la carte intercommunale, l'approfondissement du fait communautaire ou encore le partage des mêmes impositions confrontent tous les jours un peu plus les différents intérêts en présence sur le territoire d'un ensemble intercommunal. Si l'intercommunalité est un outil au service des communes, elle a ses logiques propres, ses intérêts propres qui peuvent être en contradiction avec ceux de la commune. Chargé d'un intérêt intercommunal, puis de plusieurs, l'EPCI a découvert sa propre vocation, son propre intérêt local : l'intérêt communautaire.

Plus largement, communes et EPCI partagent de nombreuses actions, des financements ou se complètent dans l'exercice de leur compétence. La coexistence entre les deux, au-delà des dispositifs réglementaires qui la prévoient, impose l'utilisation d'outils pour communiquer.

Les facettes du principe de compétence :

Travaux de consolidation d'une voie essentielle à la commune bien qu'elle ne soit pas sa propriété :

Chemin privé situé en contrebas d'une voie publique qui dessert la commune, affecté par des désordres menaçant l'assise d'une voie publique dont la fermeture aurait isolé plusieurs quartiers du centre de la ville. Même si la ville n'est pas propriétaire de cette voie publique nécessaire à sa desserte (en l'espèce une route nationale), les travaux pris partiellement en charge par elle présentent un intérêt communal. (Conseil d'État, 21 décembre 1994, commune de Théoule-sur-Mer, req. n° 119135, Rec. Leb. p. 825).

Mesures destinées à favoriser le maintien de l'emploi sur le territoire de la commune :

A la suite de la décision prise par une société de fermer une usine, le conseil municipal a pu légalement proposer à cette société, sans excéder les limites de sa compétence et sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, la cession au bénéfice de la commune des terrains et des bâtiments afin de favoriser l'implantation ultérieure d'entreprises nouvelles.
(CE, 10 mai 1985, société Boussac Saint-Frères, Rec. Leb. p. 145).

NB :

La **loi engagement et proximité du 27 décembre 2019** renforce les pouvoirs de police des maires.

Par exemple, les maires peuvent imposer des astreintes financières en cas de non-respect d'une décision de fermeture d'un établissement recevant du public ou pour la mise en conformité de constructions irrégulières.

Un conseil des maires peut être institué au sein des intercommunalités.

La protection juridique des maires devient un droit pour tous les maires. Un dispositif d'assurance est créé et il est obligatoire.

Pour assurer la sécurité juridique de ses actes, le maire peut demander des conseils de légalité au préfet.

Les indemnités des maires des communes de moins de 3500 habitants peuvent être revalorisées automatiquement selon trois tranches graduées.

1-2 Le principe d'égalité

Concernant le principe d'égalité, les nouveaux responsables locaux, dans la gestion quotidienne de leur collectivité, devront concilier l'égalité des droits de leurs concitoyens avec la nécessité d'aider telle catégorie défavorisée, telle association, tel sympathisant, de soutenir le développement économique de leur cité, de permettre l'expression du pluralisme

et, de façon plus générale, de faire face à la diversité des réalités économiques et sociales qui caractérisent la société moderne.

Ce principe d'égalité trouve notamment application en matière d'accès aux emplois publics, en matière d'accès à la commande publique, en matière d'accès des usagers aux services publics, comme en matière d'accès aux aides publiques.

Le droit interne, tout comme le droit communautaire, a précisé les modalités d'application du principe d'égalité en reconnaissant une certaine marge de manœuvre aux responsables locaux. La prise en compte des différences de situation et de l'intérêt général est en effet en cohérence étroite avec le principe d'égalité. Mais le droit interne et le droit européen ont également distingué les différences de traitement qui doivent être interdites en toutes circonstances et celles qui sont acceptables au regard de l'intérêt général ou de différences de situations concrètes. Le principe d'égalité, parce qu'il est source d'annulation, de responsabilité administrative et de responsabilité pénale, a une portée considérable et ne peut en aucun cas être transgressé par les responsables locaux.

Il est également possible de garantir ce principe d'intégrité et d'égalité en mettant en place des contre-pouvoirs en interne, par exemple en créant des commissions de suivi des marchés publics, de contrôle financier ou encore de surveillance des dépenses de communication et de représentation (certains sont obligatoires en fonction de la taille des collectivités).

Afin de garantir leur indépendance, ces commissions doivent pouvoir associer des élus minoritaires et des citoyens – ces derniers pouvant être tirés au sort comme le propose une partie de la doctrine.

A l'extérieur de l'institution, il est important de favoriser le développement d'une pluralité de médias locaux et d'associations citoyennes.

1-3 Le principe d'«étanchéité» entre intérêt général et intérêt particulier

Le non-respect du principe d'«étanchéité» entre chose publique et chose privée trouve application devant le juge administratif sur le fondement de l'article L. 2131-11 du CGCT, avec la notion de « *conseiller municipal intéressé* », lequel ne peut pas prendre part à une délibération faute de quoi cette dernière serait entachée d'illégalité.

Le juge répressif sanctionne également la pratique du mélange des genres entre intérêt général et intérêt privé, sur le fondement des articles 432-12 et 432-13 du Code pénal visant les délits de prise illégale d'intérêt et de pantouflage, dont les contours jurisprudentiels s'avèrent particulièrement larges.

L'article 432-12 du Code pénal dispose ainsi :

« *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction* ».

Par ailleurs, sur le fondement des articles L. 52-1 alinéa 2 et suivant du Code électoral, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) et le juge électoral sanctionnent le fait, pour un maire sortant candidat, de confondre communication institutionnelle, en direction de ses administrés, et propagande électorale, en direction de ses électeurs.

Ainsi, le *"déport"* de l'élu est obligatoire lorsqu'il a un intérêt particulier dans la politique publique votée en séance (ex : vote du PLU(I), vote de l'octroi de subventions à des associations à la direction desquels participeraient des élus, …).

Pour rappel, sont considérés comme manquements au devoir de probité : les infractions d'abus de biens sociaux, abus de confiance, concussion, corruption passive et trafic d'influence, escroquerie, favoritisme, pantouflage, prise illégale d'intérêts, soustraction ou détournement de biens publics, vol et recel de l'une de ces infractions, blanchiment, fraude fiscale.

D'une manière générale, il s'agit en principe d'infractions qui supposent la recherche par l'auteur des faits d'un intérêt personnel.

Cette « *volonté de responsabiliser la vie locale*[1] » par le juge se caractérise, outre les manquements aux devoirs de probité susmentionnés, par des sanctions aux atteintes à l'honneur[2] (diffamation et dénonciation calomnieuse) et aux atteintes à la dignité[3] (harcèlement moral, injures, discriminations, etc.).

1-4 Le principe de transparence

Le principe de transparence, déjà énoncé par l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, a vu sa mise en œuvre singulièrement renforcée au cours de ces dernière décennie avec la loi relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992 et la loi du 10 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Par ailleurs, les lois ordinaires et organiques pour la confiance dans la vie politique promulguées le 15 septembre 2017 contribuent à la moralisation de la vie publique.

Promesse de campagne d'Emmanuel Macron, il s'agit des deux premières grandes lois du quinquennat. Elles viennent compléter les mesures progressivement adoptées, en particulier depuis 2013, en matière de transparence.

Tous les domaines d'activités de nos collectivités sont concernés : par exemple, pour les marchés publics, il en découle l'obligation de motiver le rejet des candidats ; pour les associations, les textes font désormais obligation d'établir une convention de subventionnement à partir d'un seuil devant être fixé prochainement par décret ; pour les personnels, la transparence érige en droit la communication du dossier en matière disciplinaire

[1] Propos tenus par J.M Auby.
[2] Voir en ce sens, CE, 20 février 2017, requête n° 407906.
[3] Voir en ce sens, CE, 16 décembre 2016, requête n° 392557.

; en matière politique, la transparence impose depuis bientôt trois décennies le dépôt d'un compte de campagne dans les circonscriptions de plus de 9000 habitants ; etc.
Ce principe a justifié la création et l'intervention de contrôles non seulement juridictionnels, mais également administratifs, émanant d'autorités indépendantes telles que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), la Mission interministérielle d'enquêtes sur les marchés et délégations de service public (MIE) ou encore la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CCFP) et le Défenseur des Droits.

Le but de la transparence est d'assurer l'information complète, dans tous les domaines de compétences des collectivités, de l'ensemble des acteurs de la vie locale :

-La préfecture pour qu'elle opère le contrôle de légalité, par le biais de l'obligation de transmission des actes des collectivités ;

-Les organes délibérants, par l'obligation d'informer tout membre de l'assemblée délibérante des affaires qui font l'objet d'une délibération (art. L. 2121-12 du Code général des collectivités territoriales, pour la commune), et par la transmission des documents permettant de délibérer en toute connaissance de cause (documents budgétaires, informations sur les associations subventionnées, etc.) ;

-Les administrés (ex. : depuis la loi du 10 avril 2000 : les budgets et les comptes des autorités administratives qui disposent de la personnalité morale sont communicables aux personnes qui en font la demande ; obligation d'accuser réception de toute demande d'un administré, etc.).

Le législateur est devenu de plus en plus protecteur du respect de ce principe, notamment sous l'impulsion du juge administratif qui en sanctionne rigoureusement toute atteinte par l'annulation de toutes les décisions contestées.

La mise en œuvre du principe de transparence implique nécessairement la communication des documents aux personnes intéressées par le bon fonctionnement des organismes détenteurs des informations (loi du 10 avril 2000) et le respect des formalités de publicité (publication et notification constituent le point de départ des effets de l'acte et du délai pour le contester, avec la possibilité pour les contribuables d'intenter une action contentieuse lorsque la collectivité refuse ou néglige de le faire).

Par exemple, de nombreux élus locaux doivent aujourd'hui effectuer une déclaration d'intérêts et de patrimoine auprès de la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP).

Comme le rappelle Transparency International France, *« certaines infractions peuvent être le fruit d'une simple négligence ou d'une méconnaissance du droit, et pourtant les risques de mise en cause pour un manquement au devoir de probité sont bien réels* ».

La transparence de l'action publique, des processus de décision et des données est au cœur de l'éthique en politique. Dans une logique vertueuse, cela favorise le contrôle citoyen, mais aussi la pédagogie sur les sujets politiques complexes et les initiatives de la société civile.

Une diversité d'informations doit pouvoir être facilement accessible : les documents administratifs (délibérations, règlements, marchés publics, décisions d'attribution,

jugements…), les informations financières concernant la collectivité (budget, subventions…) et le personnel politique (indemnités, mises à disposition, frais de représentation…), ainsi que celles relatives aux divers mandats ou attributions des élus et fonctionnaires.

Bonnes pratiques :

En matière de transparence, les élus locaux peuvent également rendre leur agenda politique ouvert, comme le font déjà quelques parlementaires, et associer les citoyens à la construction des politiques publiques via des démarches participatives.

Il s'agit aussi de mettre en place quelques règles de fonctionnement au départ : refuser toute sorte de cadeau ou d'avantage offert par une entreprise, instaurer la suspension systématique des fonctions de tout élu condamné, éviter d'attribuer au Maire la présidence de la commission des marchés publics etc.

****

Ces quatre principes, dont la mise en œuvre a constamment été renforcée par le législateur, sont certes source de contraintes pour nos élus locaux, ils sont aussi et surtout le gage d'une gestion locale authentiquement démocratique. Ils permettent aussi une communication plus large avec les administrés qui sont alors plus apte de soutenir les différentes actions mises en œuvre.

Au-delà de se former pour se prémunir des risques encourus à titre personnel, le début de mandat est en effet l'occasion d'impulser une culture de l'intégrité au sein de la collectivité locale en prévenant les risques éthiques et de corruption parmi le personnel politique et administratif.

S'il n'est pas toujours possible d'établir des plans de prévention pour les petites communes, des formations et quelques bonnes pratiques peuvent être mises en place.

Le cabinet DEPORCQ propose des formations dans un très grand nombre de domaines de la gestion locale, formations dont le lecteur pourra trouver le contenu en consultant notre site internet : **https//deporcq-avocats.fr**.

II. Les premiers contrôles de précaution à effectuer au sein de la collectivité

1.1. Les questions à se poser en matière de marchés publics et de délégations de service public

2.1.1. Le regard du juge répressif

2.1.2. Le regard du juge financier

1.2. Les questions à se poser concernant le personnel

2.2.1. Les rémunérations ou avantages en nature irréguliers perçus par certains agents

2.2.2. L'octroi de véhicules et de logements de fonction

2.2.3. Les mises à disposition de personnel

CHAPITRE II

LES PREMIERS CONTROLES A EFFECTUER EN DEBUT DE MANDAT

Pour répondre à un climat d'insécurité juridique, une nécessité apparaît comme impérieuse, celle de renforcer l'attention du décideur et en amont d'éveiller un instinct préventif des services territoriaux trop souvent en sommeil.

C'est ainsi que peut se définir le principe de prévention impliquant la mise en œuvre d'action concrète en vue d'anticiper toute éventuelle entrave à l'action locale.

La maîtrise de la contrainte juridique est, comme on le remarque, l'une des préoccupations juridiques majeures des collectivités. Ainsi, même si cette prétention de prévenir le contentieux n'empêche pas les contestations, la prise de décisions équitables, réfléchies, proportionnées et économes, réduit considérablement le nombre de litiges et permet d'éviter les coûts financiers et symboliques conséquents que cela peut engendrer.

« La société a le droit de demander des comptes à tout agent public de son administration »

Les échelons locaux sont de plus en plus sollicités et mobilisés, au quotidien, en vue d'accompagner et dépasser les mutations auxquelles ils doivent faire face.

Nous n'aurons de cesse de le dire, les collectivités territoriales conduisent des politiques de plus en plus complexes dans des secteurs stratégiques et essentiels pour le citoyen (urbanisme, logement, emploi, formation professionnelle, nouvelles technologies de l'information, action sociale, développement durable, aménagement du territoire, transport).

Avec l'émergence et l'ancrage du droit européen, cette gestion publique prend une nouvelle dimension et impose aux élus et responsables territoriaux une polyvalence élargie.

Par ailleurs, dans leur quête de consolidation des (acquis) atouts de leurs territoires au moyen de leurs infrastructures, de la formation et de l'éducation, de la recherche, du soutien au développement économique et l'accueil d'entreprises, de la préservation de l'environnement et du cadre de vie, de l'accompagnement des personnes les plus fragiles, les collectivités

doivent jongler avec les attentes et les exigences des usagers, des contribuables, des citoyens, qui sont de plus en plus nombreuses et de plus en plus affirmées.

Dès lors, les collectivités territoriales sont dès l'origine soumises à une obligation de rendre des comptes.

Concernant la commune elle-même, il peut être immédiatement utile de procéder à un diagnostic des actes juridiques, délibérations et surtout arrêtés, pris par l'équipe précédente au cours des trois derniers mois précédant les élections, le cas échéant en vue de retirer ou d'abroger des engagements qui :

- Soit ne correspondent pas à la volonté politique de la nouvelle équipe ;
- Soit apparaîtraient comme porteurs de risques en termes de responsabilité administrative, financière ou pénale pour les nouveaux exécutifs.

En effet, compte tenu des délais de procédure (deux mois ou quatre mois), il peut être encore aujourd'hui possible de revenir sur certains actes et notamment engagements pris au cours des derniers jours de l'ancienne mandature.

Au-delà de ce type d'actions susceptibles d'être immédiatement engagées, les difficultés de gestion pouvant survenir du fait d'engagements passés concernent de manière générale l'exécution de marchés publics ou de délégations de service public passés sous le mandat antérieur (2.2.) ainsi que les rémunérations et avantages octroyés aux agents communaux (2.3.). La mise en place d'une cartographie des risques apparait alors comme préliminaire indispensable à la mise en œuvre d'une bonne gestion locale. (2.1).

L'enjeu sous-jacent de ces spécificités de l'échelon local trouve à se définir, on le sait désormais, dans la complexité des domaines d'intervention favorisant une multitude de risques.

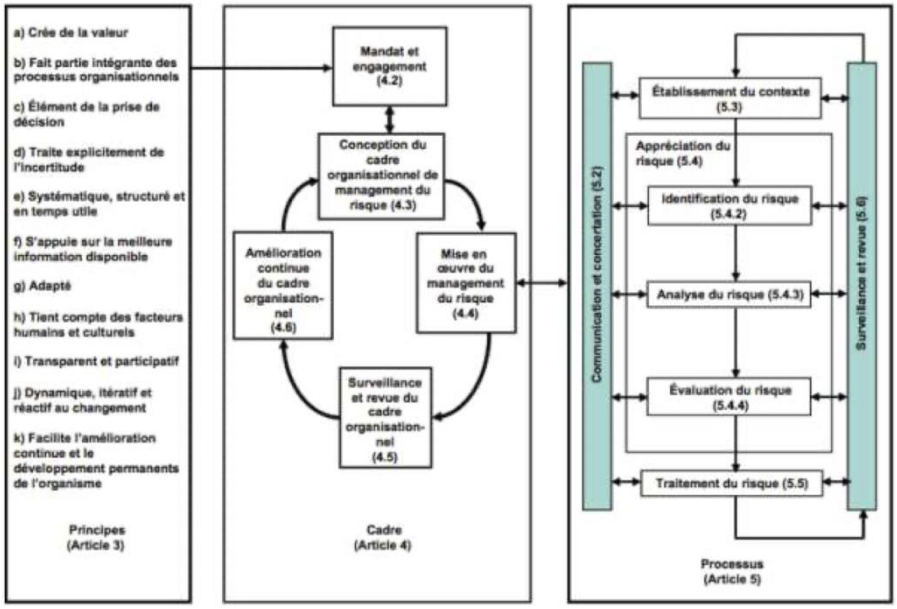
La mise en place d'un contrôle interne a donc pour visée finale d'éviter durablement les dérapages juridiques mais aussi judiciaires, financiers ou encore médiatiques.

Pour ce faire, il est indispensable d'établir une bonne évaluation des risques encourus par le biais de la réalisation de ce l'on pourrait nommer une « **cartographie des risques** », préalable à une bonne maîtrise des risques. En particulier, pour les procédures transversales telles que les procédures de subventionnement ou de commande publique qui nécessitent d'avoir une vision d'ensemble de l'administration.

La mise en place d'une cartographie des risques permet ainsi d'accroître l'agilité des organisations publiques et leurs capacités à faire front aux défis auxquels les collectivités sont confrontées, où demeurent des tensions toujours plus fortes avec notamment une augmentation de la précarité sociale et des fractures territoriales.

La cartographie des risques peut être définie comme une opération délicate qui, prenant en compte l'ensemble des parties prenantes à l'activité administrative d'une organisation, arrive à faire ressortir et à hiérarchiser l'ensemble des risques encourus par la collectivité dans le cadre de ses actions.

Figure 2 : La norme ISO 31000 de management du risque



	Interne	Externe
Stratégique	Échec, retard, surcoût d'un projet de la mandature Dysfonctionnement de la gouvernance Échec de la conduite d'un projet de modernisation / amélioration	Dégradation de l'image ou de la réputation de la collectivité
Exogène		Catastrophes naturelles et sanitaires Trouble sur l'espace public Sûreté des biens meubles ou immeubles
Ressources humaines	Conflits sociaux Absences au travail Préjudices subis par les personnels Allocation des moyens humains Compétences Défaut de procédure Moral des personnels	
Financier	Dérive budgétaire (en prévision et en exécution) Non perception des recettes Politique d'achat et d'emprunt	Défaillance financière d'un partenaire *Hausse des coûts** *Baisse des ressources**
Juridique	Non-conformité	Évolution réglementaire
Systèmes d'information	Défaillance du système d'information Obsolescence ou insuffisance du système d'information	Fuite ou vol de données informatiques
Opérationnel	Défaillance de fonctionnement d'un service Défaillance au détriment d'un tiers Faiblesse organisationnelle Risque sur les bâtiments ou l'espace public parisiens Non-respect de la déontologie et fraude interne	Défaillance opérationnelle d'un prestataire ou partenaire *Fraude d'un tiers**

Si au premier de ceux-ci existe le risque juridique engageant la responsabilité de la collectivité ou d'un de ses agents, une multitude d'autres facteurs à risques ne peuvent être éludés.

Tel est ainsi le cas du risque financier qui englobe par exemple la capacité ou non de la personne publique à honorer un contrat. Il est intimement lié à la délicate gestion des deniers publics faisant appel, en ce encore plus depuis les dernières directives, aux exigences de transparence, d'égalité de traitement et de justification de la dépense publique dans l'Intérêt Général.

La prise en compte de ce risque potentiel concerne non seulement la sécurité des agents et des administrés, mais aussi et surtout la gestion des ressources humaines ainsi que les divers troubles qui peuvent en découler (harcèlement moral, troubles psychologiques etc.).

Le risque opérationnel est celui qui traite de la possible survenance d'un fait dommageable vis-à-vis d'un processus opérationnel occasionnant la remise en question de la continuité du Service Public et de son effectivité.

Quoi qu'il en soit cette succincte énumération des risques n'a pas vocation à être restrictive et limitative d'autant plus que l'action locale est pléthorique.

Conçu pour l'entreprise, ce cadre de référence propose une représentation en trois dimensions transposables aux collectivités publiques. Il s'agit pour l'ensemble des entités d'un processus mis en œuvre par toutes les parties prenantes.

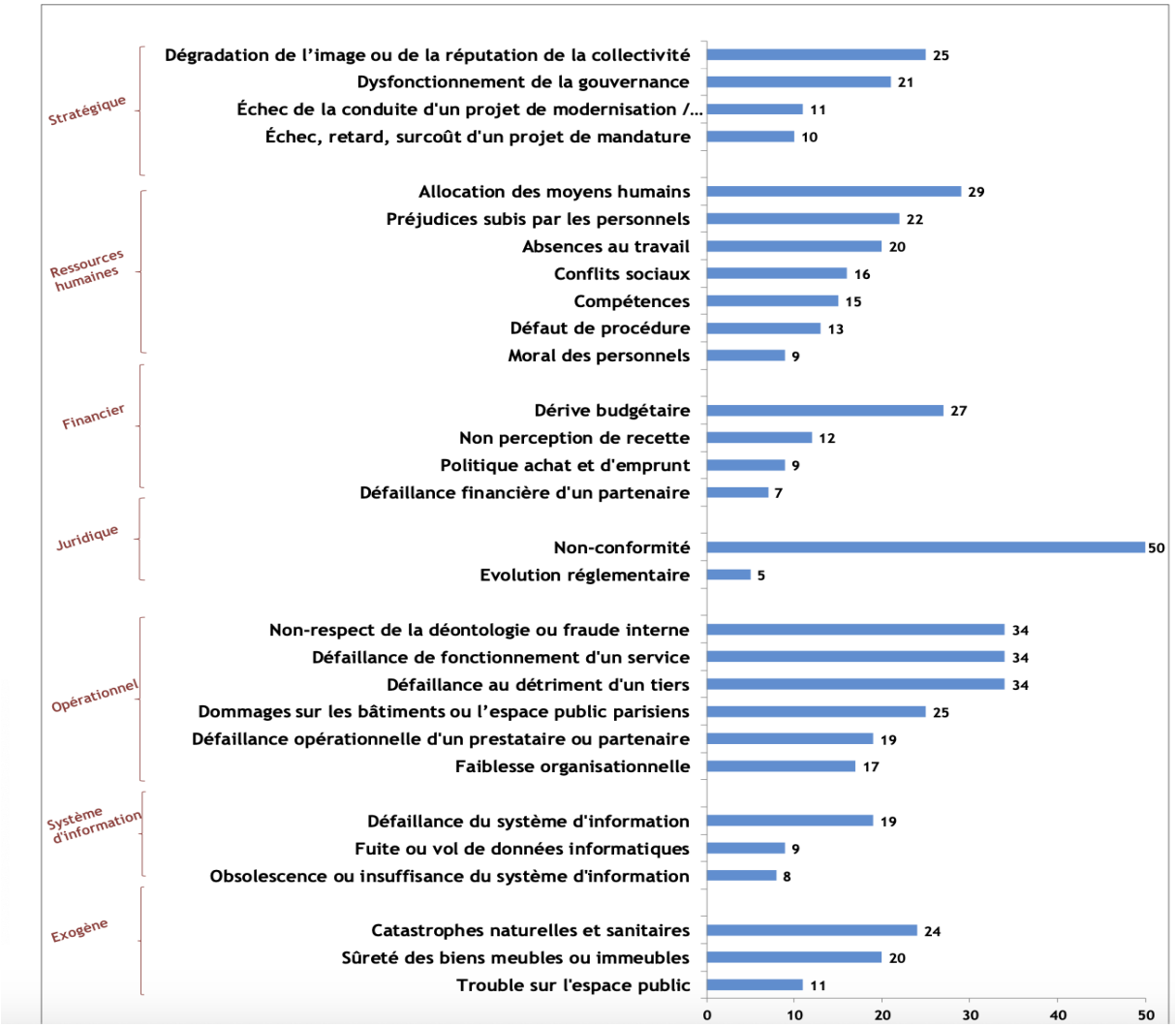
En ce sens, la prise de conscience de l'existence de ces divers risques est un préalable requis en vue de reconnaître le plus rapidement possible les potentiels faits dommageables à l'activité locale et à celle de ses opérateurs en vue de permettre de limiter significativement les évènements qui puissent impacter voire entraver la dynamique locale.

Cette déclinaison revient ainsi à déterminer et à connaître précisément les différents secteurs d'activités de la collectivité.

Il appartiendra alors à la cellule ou à la direction compétente, responsable du système de contrôle interne de prendre toutes les actions de prévention et de protection nécessaires, actions qui seront vérifiées par le contrôle interne mais aussi périodiquement évaluées par des missions d'audit interne.

Cette démarche de « *management des risques* » par la dénomination précise des défis locaux, tend à faire évoluer le système de contrôle interne. C'est une nécessité car en l'état actuel, quand enfin ledit management est mis en place par une collectivité, il est malheureusement, trop souvent construit autour de validation a priori et automatique des actes et actions engageant la personne publique.

Graphique 3 : Répartition des risques de la collectivité par catégorie



L'intérêt mais aussi les exigences d'une politique de maîtrise des risques apparaissent au travers de nombreuses finalités :

- Accroitre la vraisemblance d'atteindre les objectifs.
- Encourager un management proactif.
- Prendre conscience de la nécessité d'identifier et de traiter le risque à travers tout l'organisme.
- Améliorer l'identification des opportunités et des menaces.
- Se conformer aux obligations légales et règlementaires ainsi qu'aux normes internationales.
- Améliorer la rédaction des rapports obligatoires et volontaires.
- Améliorer la gouvernance.
- Accroitre l'assurance et la confiance des parties prenantes.
- Établir une base fiable pour la prise de décision et la planification.
- Améliorer les moyens de maîtrise.
- Allouer et utiliser efficacement les ressources pour le traitement du risque.
- Améliorer l'efficacité et l'efficience opérationnelle.
- Renforcer les performances en matière de santé et de sécurité, ainsi que de protection environnementale.
- Améliorer la prévention des pertes et le mangement des incidents.
- Minimiser les pertes.
- Améliorer l'apprentissage organisationnel.
- Améliorer la résilience organisationnelle.

À la lecture de ces « items », la maîtrise des risques apparait moins comme un des multiples processus managériaux que les organismes développent et parfois juxtaposent que comme le lieu et la condition de la cohérence des activités de l'entité qui la formalise et s'y astreint.

Une telle démarche, même si son déploiement est progressif, est fortement structurante. On pourrait la qualifier de management du management : l'outil de l'anticipation des principales contraintes qui pèsent sur l'action publique, du pilotage des projets, de la mobilisation des équipes, de la conduite des opérations et de l'information de l'ensemble des acteurs concernés, qu'ils soient citoyens, élus, agents publics ou État.

2-1 Les questions spécifiques à se poser en matière de marchés publics et de délégations de service public

La nouvelle équipe en place, si elle n'a pas à rendre compte des actes pris par la municipalité précédente en matière de passation de marchés ou de délégations de service public, peut cependant voir sa responsabilité engagée au titre de l'exécution de tels marchés en cours d'exécution au moment de leur prise de fonction.

2-1-1 Le regard du juge répressif

La pénalisation du droit de la commande publique depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1991 et du droit des délégations de service public depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 1995 doit inciter les nouveaux élus à la plus grande prudence dans ces matières, et ce d'autant plus qu'elles sont à l'origine de plus de la moitié des poursuites pénales intentées à l'encontre de personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public.

Pour l'essentiel, deux délits sont notamment susceptibles d'être commis lors de la passation ou de l'exécution d'un marché ou d'une délégation :

- *Le délit de prise illégale d'intérêt*

Mentionné sous l'article 432-12 du Code pénal, le délit de prise illégale d'intérêt est constitué par la réunion des deux éléments suivants :

- L'élu doit avoir au moment de l'acte l'administration, la liquidation, le paiement ou la surveillance du marché ou de la délégation dans lesquels il a un intérêt ;

- L'élu doit avoir pris, reçu ou conservé un intérêt dans l'opération ou l'entreprise.

L'intérêt pris, reçu ou conservé peut être, bien évidemment, constitué par la perception directe ou indirecte de bénéfices ou d'avantages matériels, mais il peut également être d'une nature morale, affective ou politique.

Il n'est même pas nécessaire que le coupable ait retiré un avantage quelconque car même si l'opération litigieuse n'a pu être réalisée, le délit est consommé par le fait même de la prise d'intérêts et non pas seulement par la réalisation de ses conséquences pratiques (Cass ; Crim. 16/12/75 ; 13/02/69).

L'infraction est réalisée dès lors que l'élu ou le fonctionnaire apparaît à titre personnel dans les affaires dont il a eu la surveillance, du seul fait que l'intéressé accomplit l'acte qui va constituer l'élément matériel du délit, alors même qu'il ignorait que cet acte constitue une prise d'intérêt, et qu'étant de bonne foi, il n'ait pas cherché à bénéficier matériellement ou moralement de l'opération litigieuse.

La prise d'intérêt peut être indirecte en ce sens que l'interposition de personnes ne modifie la réalité de l'infraction, qu'il s'agisse de personnes physiques (membres de la famille de l'élu) ou de personnes morales (société dont l'élu est le vrai dirigeant derrière un gérant de façade).

Art. 432-12, alinéa 1 Code pénal : Le délit d'ingérence ou de prise illégale d'intérêt

L'auteur	- dépositaire de l'autorité publique - chargé d'une mission de service public - investi d'un mandat électif public
Les activités punissables	- Prendre ou recevoir un intérêt (délit instantané prescrit au terme de 3 ans) - Conserver un intérêt (délit continu : la prescription ne joue pas) L'intérêt en cause : personnel, pécuniaire, moral, affectif, politique... - Directement ou non (Interposition de tiers, personnes physiques ou morales, pour faciliter l'opération)
Les entreprises et les opérations concernées	- L'auteur prend un intérêt dans : * une entreprise : du secteur privé (S.E.M.L.) * une opération : acte juridique isolé (ex : vente) - Il doit : * avoir sur cette affaire un pouvoir de surveillance (ou de préparation) * participer à son administration * en réaliser la liquidation ou le paiement - Pouvoir sur l'affaire et prise d'intérêt sont concomitants
Les sanctions	10 ans d'emprisonnement et 1.000.000 € d'amende

Ce type de situation peut se rencontrer en début de mandat, notamment lorsque tel nouvel élu a un intérêt, par exemple en qualité de dirigeant ou d'actionnaire ou simplement en tant que parent d'un dirigeant ou d'un actionnaire d'une entreprise titulaire de contrats passés avant les élections.

De manière plus générale, les élus doivent être particulièrement attentifs, dès leur prise de fonction au respect du principe « d'étanchéité » précité entre l'intérêt général et leurs intérêts particuliers, qu'ils soient patrimoniaux, économiques, moraux, affectifs ou politiques.

En effet, les juridictions administratives sanctionnent le mélange des genres entre intérêt communal et intérêt personnel par la nullité de toute délibération ainsi viciée, les juridictions financières sanctionnent en déclarant une gestion de fait, les élus ayant méconnu le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables et les juridictions répressives peuvent condamner l'élu intéressé au titre de l'article 432-12 du Code pénal à une peine pouvant atteindre 5 ans d'emprisonnement et une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Nb : Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros. En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal. Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Bonne pratique : le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat.

- Le délit de favoritisme

L'article 432-14 du Code pénal réprime le délit de favoritisme, dénomination courante du délit d'octroi d'un avantage injustifié.

Le favoritisme consiste à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et délégations de service public ; précisément « le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles sus- mentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives 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 ».

Ce délit est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 200.000 euros d'amende. Le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

Nb :

Prescription extinctive : Le délit d'octroi d'un avantage injustifié est un délit instantané qui se prescrit par 3 ans à compter du jour où les faits le consommant ont été commis. Toutefois, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer dans deux arrêts du 27 octobre 1999 sur la date de départ du délai de prescription, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, en la reportant au jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

Principe d'absence d'effet des transactions : La transaction permet d'éviter ou de terminer un contentieux indemnitaire mais ne saurait faire obstacle aux poursuites pénales auxquelles s'exposent les personnes ayant méconnu les dispositions du code des marchés publics ou d'autres textes du droit de la commande publique.

L'article 432-14 du code pénal vise de fait toute personne, quel que soit son statut, qui intervient dans le processus d'attribution du marché, peu important à cet égard qu'elle dispose ou non d'un pouvoir de décision (cf. par exemple s'agissant du coordonnateur d'un groupement de commandes : Crim., 7 avril 2004, Bull. crim. 2004, n° 93, pourvoi n° 03-85.698 ; le secrétaire général d'une commune agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marchés en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres : Crim., 20 avril 2005, Bull. crim. 2005, n° 139, pourvoi n° 04-83.017).

Le délit de favoritisme peut être constitué avant le lancement de la procédure, au cours de l'examen des offres, voire après l'attribution du marché, situation qui peut concerner un marché passé sous l'ancienne mandature mais modifié par avenant dans le cadre de la mandature issue des scrutins des 11 et 18 mars 2001.

La caractérisation de l'infraction de l'avantage injustifié au sens du code des juridictions financières (article L.313-6) nécessite de prouver l'existence d'un avantage injustifié au profit d'une société (absence de mise en concurrence et de publicité préalable), mais également l'existence d'un préjudice subi par la personne publique. (CDBF, 2nde section, 4 juillet 2019, n°235-779, "Chambre de commerce et d'industrie de La Rochelle).

Par un arrêt du 17 février 2016, la Cour de Cassation a précisé que le délit d'octroi d'avantage injustifié s'appliquait à l'ensemble des marchés publics, y compris aux marchés relevant de l'ordonnance 2005-649, passés par des personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (Cour de cassation, chambre criminelle, 17 février 2016, n° 15-85363).

Mauvaise définition des besoins. Tel serait le cas de besoins définis sur mesure pour une entreprise, par le biais de spécifications ou de contraintes techniques non justifiées qu'elle est seule à pouvoir exécuter (Crim 30/06/06 n° 03.86287) ; de même pour la fixation d'un montant maximal irréaliste du marché amenant à la déclaration d'infructuosité.

La Cour de Discipline Budgétaire et Financière a pu ériger au même titre que la méconnaissance des règles du Code des marchés l'absence de régularisation. Si les délais impartis ne permettent pas de conclure un marché public, cet état de fait ne dispense pas "d'entreprendre les démarches nécessaires à la régularisation de cette situation". L'urgence est par nature provisoire, il n'est donc pas possible de laisser traîner des factures de prestations hors marché (CDBF, 25 novembre 2010, « Société immobilière d'économie mixte de la ville de Paris - SIEMP »).

Mauvaise utilisation du "in house". L'attribution sans mise en concurrence d'un marché public à une société d'économie mixte locale sur la base de l'article 3 du code est constitutive du délit de favoritisme (Cass. crim. 25 juin 2008, n° n° 07-88.373).

Au-delà, la passation d'un marché ou d'une délégation peut donner ou avoir donné lieu à la commission d'autres infractions telles que **la concussion** (art. 432-10 du Code pénal), **la corruption et le trafic d'influence, le détournement de fonds publics** (art. 432-15), **le recel** (art. 321-1) et surtout **le faux en écriture publique** (art. 441-1 à 4). Cette dernière infraction, lorsque qu'elle est commise par un exécutif territorial, constitue un crime relevant par conséquent de la Cour d'assises.

Article 441-4 du Code pénal

Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission.

Le délit de favoritisme, (atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics)

L'auteur	➔ dépositaire de l'autorité publique ➔ chargée d'une mission de service public ➔ investie d'un mandat électif public ➔ exerçant les fonctions d'administrateur, de représentant d'une collectivité, d'agent de l'État	**Bénéficiaire de l'infraction** Autrui ➔ Les parties à la procédure ➔ Les tiers extérieurs à la procédure
L'incrimination	**Le résultat de l'infraction :** Procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié *Notion d'avantage* : ➔ en nature ➔ en argent *Un avantage injustifié* : ➔ l'avantage qui résulte de la violation des lois ou règlements ➔ l'avantage qui ne correspond pas à l'offre la plus intéressante *Procurer ou tenter de procurer* : ➔ la tentative ne peut aboutir ➔ il doit nécessairement y avoir un commencement d'exécution	**Moyens utilisés** Un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats
Les sanctions	2 ans d'emprisonnement et 200 000 euros d'amende + risque d'inéligibilité	

Moyens utilisés pour détourner les règles de mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats

➢ **Avant le lancement de la procédure :**

Recours injustifié à l'achat sur facture

- utilisation abusive des MAPA

- Fractionnement lié à l'établissement de fausses factures (mentions fausses sur le montant, la date ou la nature des prestations afin de faire ressortir que les seuils ne sont pas atteints).

- Absence ou limitation de la mise en concurrence

- Recours à une association « transparente » ;

- Recours au marché négocié motivé abusivement par la technicité du projet ;

- Absence ou limitation de la publicité ;

- Recours abusif à l'appel d'offres restreint alors même que l'absence de spécificité ou de technicité du projet ne justifiait pas la limitation du nombre des entreprises admises à présenter une offre ;

- Fixation arbitraire d'un montant maximal du marché afin de pouvoir déclarer l'appel d'offres infructueux ;

- Recours non justifié à l'urgence.

Informations diffusées à certains candidats

- En raison de la présence de candidats dans les assemblées délibérantes ou dans les commissions d'appel d'offres ;

- En raison de la participation de candidats à la rédaction du cahier des charges ;

➢ - En raison de la fourniture d'informations par le maître d'œuvre, par exemple un devis chiffré estimatif des travaux établis par la DDE, ou des estimations quantitatives détaillées par lot.

➢ **Au cours de l'examen des offres :**

Modification des offres des candidats

Négociation menée avec certains candidats après l'ouverture des plis, afin qu'ils modifient leur offre en vue de se placer en position de moins-disant, grâce à la communication de nouveaux devis.

Modification de l'objet du marché

Suppression de certaines prestations ou modification des caractéristiques du marché initialement défini, après l'ouverture des plis en violation du cahier des charges, permettant à une entreprise privilégiée de diminuer son offre afin de devenir moins-disante, les autres candidats n'ayant pas été consultés pour ajuster leur proposition.

Mise à l'écart arbitraire de certains candidats

- Mise à l'écart du moins-disant motivé par le seul fait que l'offre paraissait aberrante ;

- Choix d'entreprise ne respectant pas les critères d'attribution ;

- Choix sur le critère du localisme motivé par une « bonne connaissance des lieux grâce à une implantation de proximité ».

- analyse étonnée ou insuffisante des offres

Irrégularités à l'occasion du déroulement de la Commission d'Appel d'Offres

- Ouverture des plis par le conseil municipal dans lequel siégeaient les entrepreneurs en cause et demande à l'un d'entre eux, après l'ouverture des plis, de proposer une offre sur un lot alors qu'il ne s'était pas posé candidat pour ce lot, dans le but d'attribuer le marché à une autre entreprise locale ;

- Constitution d'une sous-commission afin que les membres ayant voix délibérative décident en aparté du choix de l'entreprise présentée, pour ensuite mettre les membres à voix consultative devant le fait accompli ;

- Ne pas tenir le registre de dépôt des plis, et ne pas rédiger le rapport sur le déroulement de la procédure, rendant ainsi impossible l'exercice du contrôle de légalité ;

- Accepter de procéder à l'ouverture de plis d'offres parvenues au-delà du délai limite ;

- Ouverture de la deuxième enveloppe alors que les candidats ne satisfont pas aux critères de sélection contenus dans la première enveloppe, et qu'ils auraient du être écartés à ce stade ;

- Sous-estimation volontaire du montant prévisionnel du marché de façon tellement irréaliste qu'aucune offre ne pouvait y satisfaire et que l'appel d'offres devait nécessairement être déclaré infructueux.

- **Après l'attribution du marché :**

Marchés de régularisation

- Découverte de factures portant une date antérieure au lancement de la consultation et afférente aux travaux définis dans l'appel d'offres fictif ;

- Organisation d'un simulacre de mise en concurrence par la voie du marché négocié afin de permettre le paiement d'une entreprise qui avait déjà réalisé le lot ;

- Recours au marché négocié bien que le montant du marché exige une mise en concurrence, au motif injustifié qu'une seule entreprise était capable de réaliser les prestations requises, et qu'en fait l'exécution du marché par cette entreprise était déjà largement effective.

Les avenants

- Recours aux avenants afin d'attribuer à l'entreprise choisie des travaux supplémentaires en s'affranchissant d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, qui était pourtant requise lorsque l'avenant bouleverse l'économie du marché ;

- Après que l'objet du marché ait été illégalement modifié par la suppression d'une prestation pour favoriser une entreprise, un avenant rétablissant cette prestation a été conclu avec cette entreprise afin de revenir au marché initial.

Art. 432-11 CP : Le délit de corruption passive et de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique

<table>
<tr><td>L'auteur</td><td colspan="2">Une personne
- Dépositaire de l'autorité publique
- Chargée d'une mission de service public
- Investie d'un mandat électif public</td></tr>
<tr><td>L'enrichissement injustifié</td><td colspan="2">- Demander des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques
- Accepter des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques
- Il peut être direct ou indirect</td></tr>
<tr><td>L'incrimination</td><td>LA CORRUPTION PASSIVE</td><td>LE TRAFIC D'INFLUENCE</td></tr>
<tr><td>La contrepartie</td><td>- Accomplir un acte
- S'abstenir d'accomplir un acte
* De la fonction, de la mission du mandat
* Facilité par la fonction, la mission, le mandat
(Assimilation de la para-corruption à la corruption)</td><td>-Abuser de son influence réelle ou supposée auprès d'une autorité ou d'une administration publique
- Afin d'obtenir des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable</td></tr>
<tr><td>Les sanctions</td><td colspan="2">10 ans d'emprisonnement et 1.000.000 € d'amende</td></tr>
</table>

321-1 CP : Le délit de recel

Auteurs	Toute personne
Incrimination	➔Dissimuler, détenir ou transmettre ou faire office d'intermédiaire afin de transmettre ou bénéficier - quelles qu'en soient les modalités (ex : utilisation d'une subvention allouée en contrepartie de prestations *« recel du délit de favoritisme »*, utilisation de fonds associatifs pour prendre en charge des dépenses des élus *« recel d'abus de confiance »*) - le recel est un délit continu, qui perdure tant que la détention ou le bénéfice de la chose est conservé ➔En connaissance de cause - le recel est un délit intentionnel ➔Une chose provenant d'un crime ou d'un délit
Sanctions	Cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende et jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés.

Dans la série des précautions à prendre en début de mandat, il convient donc de s'assurer du respect des délais de procédure et de bannir certaines pratiques encore trop souvent répandues, consistant à antidater des actes, le plus souvent sans aucune intention frauduleuse, mais simplement pour s'affranchir des contraintes du Code des marchés publics, des dispositions du Code général des collectivités territoriales visant les délégations de service public, voire des règles de concurrence posées par le droit communautaire pour faire face aux exigences de délais pratiques du quotidien. Les contrats de la commande publique se divisent en deux catégories : les marchés publics, définis à l'article L.1110-1, et les contrats de concessions, définis à l'article L.1120-1 du code de la commande publique.

	Délégation de Service Public	**Marchés Publics**
Définition	Contrat conclu entre une collectivité publique et un tiers (particulier, société, association, ou personne publique) en vertu duquel le tiers (délégataire) s'engage à faire fonctionner le service public.	Contrat passé dans les conditions définies par le Code des marchés publics, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures, services ou maîtrise d'œuvre.
But	Faire exploiter par une tierce personne le service public. Perte de la direction mais pas du contrôle.	Garder le contrôle de la gestion du service public.
Prestations	Pour le compte direct de l'usager.	Pour le compte direct de l'administration.
Rémunération	A titre principal sur les recettes d'exploitation et plus particulièrement sur la redevance payée par l'usager.	A titre principal par l'administration. La rémunération est indépendante de l'activité même du service public.
Passation	Publicité	Publicité

	Transparence Attribution *"intuitu personae"*	Mise en concurrence Attribution au mieux disant
Textes applicables	Code de la commande publique Code général des collectivités territoriales	Code de la commande publique

« *La loi du 29 janvier 1993 n'a pas eu pour objet et ne saurait être interprétée comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » (CE, Préfet des Bouches-du-Rhône, 15 avril 1996, req. n° 168325).

« *Les rémunérations proportionnelles au service rendu constituent un prix versé par la commune ; que, par suite, la conclusion de ces contrats, quelle que soit la qualification choisie par les parties, était soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales* » (CE, Commune de Guilherand-Granges, 7 avril 1999, req. n° 156008).

En 2020, le seuil en deçà duquel les acheteurs peuvent conclure un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables passe à 40000 € HT[4] pour les marchés publics envoyé à la publication à compter du 01 janvier 2020.

Au 1er janvier 2020, il y a trois seuils permettant d'assouplir les procédures d'attribution des marchés, comme il y a trois autres seuils permettant d'assouplir les marchés passés par les entités adjudicatrices :

- Le seuil de 40.000 € HT précité,
- Le seuil de 90.000 € HT pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires passés par certains acheteurs pour lesquels le seuil de 25.000 € HT avait été porté à 90.000 € HT (article R2122-9 du CCP).
- Le seuil de 100.000 € HT pour les marchés publics portant sur des travaux, fournitures ou services innovants.

NB : Pour rappel, même sous ce seuil des marchés publics, une collectivité doit respecter trois règles :

- Elle doit veiller à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin
- Elle doit respecter le principe de bonne utilisation des deniers publics
- Elle ne peut pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

[4] Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 (décret modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances.

- Les seuils de procédure du Code de la commande publique -	
Marchés inférieurs à 90 000 euros hors taxes	- Règlement effectué sur présentation de mémoires ou factures (marchés passés sans formalité préalable ; mais l'écrit reste obligatoire pour les marchés de maîtrise d'œuvre) (art. 28).
Marchés inférieurs ou égaux à : 130 000 euros H.T. (Etat) 214 000euros H.T. (collectivités locales)	- Procédure de mise en concurrence simplifiée (art. 32) ; - Achats sans formalité préalable pour les achats de denrées alimentaires périssables sur foires ou marchés ou lieux de production (art. 29) ; - Procédure négociée sans publicité préalable et sans mise en concurrence : marchés complémentaires, lorsque le cumul marché initial + marchés complémentaires reste inférieur ou égal à 130 000 euros H.T. ou 200 000 euros H.T. (art. 35-III-a).
Marchés supérieurs à : 130 000 euros H.T. (Etat) 200 000 euros H.T. (collectivités locales)	- Appel d'offres (art. 33).

NB : En raison de la différence de nature parfois **ténue entre marchés publics et subventions, ces dernières peuvent être exposées à un risque de requalification.** Pour pallier cette difficulté, il convient d'être particulièrement attentif, préalablement à l'octroi d'une subvention, au respect des critères de qualification définis par la loi : le bénéficiaire de la subvention doit être à l'initiative du projet, l'avoir défini lui-même et être responsable de sa mise en œuvre, de façon à ce qu'il ne puisse, notamment, être considéré que le projet répond à un besoin préalablement défini par une entité soumise aux règles de la commande publique **(**Voir arrêt rendu le 22 décembre 2017 par la CAA de Nantes[5] qui rappelle la distinction entre subvention et marché public

- **Les contrats entre collectivités publiques**

-Principe de la liberté du commerce et de l'industrie, principe de libre concurrence et possibilité pour les collectivités publiques de soumissionner

Les contrats des collectivités se distinguent par leur grande diversité et leurs régimes juridiques en perpétuelle évolution : quel que soit leur objet, et quand bien même le cadre légal ou réglementaire connaîtrait, pour certains d'entre, eux une relative stabilité, sous l'impulsion du juge, des modifications notables de leur régime juridique appellent une vigilance de tous les instants de la part des acteurs publics. Pour contracter dans de bonnes conditions, les collectivités doivent ainsi maîtriser cet environnement juridique à la fois protéiforme et mouvant.

[5] CAA Nantes, 22 décembre 2017, *Société Public Evénements*, req. n°16NT04161.

Après la jurisprudence Ordre des avocats au barreau de Paris[6], on pouvait se demander si la candidature d'un opérateur public à une commande publique devait continuer de relever d'un principe de totale liberté, ainsi que la formulation de l'avis du 8 novembre 2000, Jean-Louis Bernard Consultants, le laissait entendre, ou si l'on devait appliquer désormais à la candidature publique les conditions posées par l'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris de 2006.

Par un arrêt du 10 juillet 2009, Département de l'Aisne[7], le Conseil d'État a tranché le débat en maintenant un principe de liberté de candidature d'un opérateur public à une commande publique, en décidant que « *dès lors qu'il ne s'agit pas de la prise en charge par le département de l'Aisne d'une activité économique mais uniquement de la candidature d'un de ses services, dans le respect des règles de la concurrence, à un marché public passé par des services de l'État, le juge des référés du Tribunal administratif de Lille a commis une erreur de droit en subordonnant la légalité de cette candidature à l'existence d'un intérêt public* ».

Le Conseil d'État semble établir une distinction entre la simple candidature d'un opérateur public (qui ne serait pas soumise aux principes fixés par l'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris) et l'attribution du marché (dont on suppose qu'elle pourrait être contestée). Mais la candidature est la première démarche de l'opérateur économique et pour pouvoir juridiquement être candidat, il nous semble qu'il faut réunir les conditions de l'intervention publique. Qui plus est, opérer une nouvelle distinction, après l'arrêt de principe Ordre des avocats au barreau de Paris, afin d'en extraire une catégorie d'intervention considérée comme sensible, peut paraître inopportun.

Au-delà du principe même de l'intervention, ce sont ses modalités qui sont désormais mieux encadrées.

Après avoir posé les conditions de la régularité du principe même de l'initiative publique, l'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris (préc.) résume les modalités de cette intervention : « *Qu'à cet égard, pour intervenir sur le marché, elles doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* ».

Des conditions plus précises résultaient déjà de l'avis du 8 novembre 2000 (préc.).

[6] CE, Assemblée, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris req. n° 275531.

[7] Req. n° 324156

Pour résumer, on peut dire que l'opérateur public doit satisfaire au moins quatre conditions particulières :

- Le prix qu'il propose doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;

- Il ne doit pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;

- L'opérateur public doit pouvoir, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ;

- L'opérateur public doit agir dans la limite de ses compétences (matérielles et géographiques), cette dernière condition étant issue de la jurisprudence Ordre des avocats au barreau de Paris.

La condition relative aux compétences ainsi que celle de la composition du prix ont suscité bon nombre de difficultés et continuent d'en soulever.

2.1.2. Le regard du juge financier

Assorti de l'outil d'investigation et du puissant relais d'information que constitue la Chambre régionale des comptes, les mises en œuvre législatives récentes du principe de transparence ont conduit les élus à affronter un nouveau risque de nature politique et médiatique qui doit inviter à la plus grande circonspection dans le domaine des gestions déléguées.

En effet, « Juge » de la régularité et de l'efficacité de la dépense publique, la Chambre régionale des comptes s'attache particulièrement à contrôler les gestions externes ou déléguées qui constituent trop souvent un blanc-seing donné par les collectivités à leurs partenaires publics et privés.

Les observations portent, outre les conditions de choix du délégataire ou de renouvellement de la convention, sur l'équilibre et la durée des conventions passées et les modalités de la tarification du service qui, soit imposent à l'usager le règlement du service rendu, soit substituent au prix acquitté par ce même usager l'effort du contribuable.

Les Chambres régionales des comptes peuvent depuis près de 25 ans vérifier directement les comptes des délégataires de service public.

<u>La gestion de fait dans les marchés et les délégations</u>

Les recettes provenant de l'exploitation d'un équipement ou d'un service public ne peuvent être perçues que par un comptable public (ou un représentant du comptable public) ou un délégataire de service public.

Le délégataire de service public tient de son contrat un titre légal pour recevoir ces recettes qui constituent en outre sa rémunération. Encore faut-il pour ce faire que le contrat donne bien une telle autorisation pour toutes les recettes perçues dans le cadre de l'exploitation du service délégué. Tel n'est pas toujours le cas lorsque la gestion du service délégué permet la réalisation de produits accessoires (recettes publicitaires, fournitures liées au service, etc.) ou

permet des prestations de services au bénéfice d'autres collectivités que la collectivité délégante ou d'autres usagers que les usagers du service délégué.

De même, les contrats bâtis sur le modèle de l'affermage peuvent prévoir que le délégataire percevra sur les usagers certaines sommes pour le compte de l'autorité délégante. Ces sommes ont évidemment le caractère de recettes publiques et le délégataire s'oblige à les reverser au comptable public dans les conditions prévues par son contrat.

La perception sans titre ou la rétention de recettes publiques constitue une gestion de fait.

Quant au prestataire titulaire d'un marché public, il n'est aucunement autorisé à percevoir des produits d'exploitation d'un service public. Tout au plus peut-il, à condition que le marché le prévoit, en assurer la collecte et les reverser au comptable public.

LE CONTROLE DES MARCHES PUBLICS : LES AVENANTS

1. L'objet de l'avenant est-il régulier ?

2. Les modifications concernent-elles uniquement un ou plusieurs des domaines suivants :

Le titulaire du marché, les mentions relatives à l'exécution du marché ; les conditions de paiement du titulaire ; le paiement direct des sous-traitants ; la résiliation du marché.

3. Les conditions de forme ont-elles été respectées ?

Parallélisme des formes ; Avis de la commission d'appel d'offres pour toute augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % (ce montant prenant en compte les avenants précédents) ; Rapport de présentation.

4. Les conditions de fond ont-elles été respectées ?

Les avances éventuellement octroyées avaient-elles été prévues au moment de la mise en concurrence ; le marché a-t-il été conclu à prix ferme ; le seuil de mise en concurrence ou de publicité par rapport à la procédure conduite pour le marché initial a-t-il été dépassé ?

L'objet du contrat a-t-il été modifié ; L'économie du contrat a-t-elle été modifiée ?

LE CONTROLE DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC : LES AVENANTS

1. La passation d'un avenant a-t-elle été justifiée par les nécessités de la bonne exécution du service ?

2. Les conditions de forme ont-elles été respectées ?

Délibération de l'assemblée locale ; avis de la commission des délégations pour toute augmentation du montant global du contrat supérieure à 5 %.

3. L'avenant modifie-t-il l'un des éléments essentiels du contrat ?

Tarifs, durée, nature des prestations.

4. L'avenant a-t-il modifié d'autres éléments de l'économie du contrat ?

5. L'avenant a-t-il modifié l'objet du contrat ?

2.2. Les questions à se poser concernant le personnel

Le poids des traditions, dans une logique d'avantages acquis, a pu conduire telle ou telle collectivité à maintenir au mépris des règles juridiques en vigueur des situations susceptibles de mettre en jeu la responsabilité des élus.

L'analyse des dépenses des communes et de leurs groupements montre que la maîtrise des dépenses de personnel constitue un enjeu majeur, où leur poids dans les dépenses de fonctionnement a progressé de plus de 10 points en vingt ans.

Les secteurs à risques sur lesquels les élus doivent nécessairement s'interroger pour ne pas encourir le reproche d'avoir laissé perdurer des irrégularités concernent tout particulièrement les rémunérations ou avantages en nature irréguliers perçus par certains agents, l'octroi de véhicules et de logements de fonction, les mises à disposition de personnel.

2.2.1. Les rémunérations ou avantages en nature irréguliers perçus par certains agents

Il conviendra d'examiner avec une rigueur juridique toute particulière les problèmes de cumuls de rémunérations ou de rémunérations excédant le cadre du régime indemnitaire, notamment au travers d'organismes tels que les comités des œuvres sociales.

Si la loi du 3 janvier 2001 relative à la résorption de la précarité dans la fonction publique territoriale admet qu'une collectivité puisse octroyer des avantages sociaux par le biais d'un comité des œuvres sociales, pour autant le législateur ne donne pas de définition des avantages sociaux, qu'il convient toujours d'opposer à l'octroi d'un complément de rémunération. Ce texte récent constitue une avancée indéniable mais ne dispense pas la collectivité de procéder au montage juridique approprié organisant les relations juridiques de ce type d'organisme à vocation sociale avec la commune, par exemple à l'aide d'une convention de mandat.

Faute d'un montage juridique approprié, et dans la mesure où seraient maintenus des compléments de rémunération ne rentrant pas dans le cadre du régime indemnitaire de la fonction publique territoriale, les nouveaux élus pourraient voir engager leur responsabilité du seul fait du versement d'une subvention à un organisme de ce type.

Au-delà d'une injonction de reversement des sommes indûment perçues par leurs bénéficiaires, le juge financier pourrait être amené dans certaines hypothèses à engager une procédure de déclaration de gestion de fait, au terme de laquelle les sommes indûment allouées à compter de la date de leur prise de fonction pourraient être réclamées aux élus et dirigeants de l'organisme de manière conjointe et solidaire, sans compter l'amende pécuniaire pouvant atteindre un montant égal à celui des sommes indûment maniées, le risque de poursuites pénales au titre des délits d'usurpation de fonctions publiques, voire de détournement de fonds publics et enfin le risque d'inéligibilité et de démission d'office.

2.2.2. L'octroi de véhicules et de logements de fonction

Rappelons tout d'abord que la mise à disposition de tout véhicule financé par une collectivité au bénéfice d'un de ses élus ou de ses agents ne peut être effectué que sur le fondement d'un ordre de mission et surtout en fonction de l'intérêt de la collectivité et en aucun cas au bénéfice particulier de l'intéressé. Concernant les logements de fonction, la loi du 12 juillet

1999, dite loi Chevènement, a admis que le Directeur général des services pouvait bénéficier d'un logement à titre gratuit. Pour tous les autres agents, la distinction entre utilité de service et nécessité absolue de service est déterminante, le logement par utilité de service impose que l'agent bénéficiaire prenne en charge personnellement une partie du coût de son logement, conformément aux règles établies par le code de la propriété des personnes publiques, ainsi que le coût des fluides.

- Les logements de fonction

Les principaux textes applicables en matière de logement de fonction sont la loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990, la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 et la loi du 3 janvier 2001.

Il ressort de ces textes que les organes délibérants fixent la liste des emplois pour lesquels un emploi peut être attribué gratuitement ou moyennant une redevance, en raison notamment des contraintes liées à l'exercice de ces emplois.

La délibération précise la situation et la consistance des locaux, les conditions financières de la concession et les avantages accessoires liés au logement.

Les décisions individuelles (les arrêts de concession) sont prises en application de la délibération par l'autorité territoriale ayant le pouvoir de nomination.

Le principe de parité entre les agents des différentes fonctions publiques doit être respecté et l'intérêt du service doit être concerné.

La collectivité est tenue de déclarer à l'administration fiscale, au titre des revenus distribués, le montant de ce type d'avantages. Dès lors que ces derniers seraient octroyés en l'absence de base légale, la Chambre régionale des comptes, constatant ce type d'irrégularités à l'occasion d'un contrôle de gestion, pourrait en informer le Parquet, lequel pourrait poursuivre les élus sur le fondement de l'article 432-15 du Code pénal (détournement de biens publics) et les agents bénéficiaires au titre du délit de recel.

2.2.3. Les mises à disposition de personnel

Trop de collectivités connaissent encore, au-delà du cas extrême que peut constituer un emploi fictif, des situations juridiquement problématiques, soit que la collectivité ait mis à disposition d'un organisme tiers certains de ses agents, soit que certains salariés de structures satellites occupent au sein de la commune des fonctions sans avoir la qualité d'agent public, ce que révèle la plupart du temps la lecture de l'organigramme ou de la liste des postes téléphoniques de la commune.

➔La mise à disposition d'agents communaux auprès « *d'organismes à but non lucratif dont l'activité complète ou favorise l'action des services publics locaux relevant de la collectivité (…) ou qui participent à l'exécution de ces services* ».

Selon l'article 61 de la loi du 26 janvier 1984, « *La mise à disposition est la situation dans laquelle le fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emploi, emploi ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante mais effectue son service dans une autre administration que la sienne* ». Aux termes du décret n° 85-1081 du 8 octobre 1985 modifié, la mise à disposition n'est autorisée que pour un

fonctionnaire titulaire et en aucun cas pour un agent contractuel. Elle suppose l'accord de l'intéressé, une délibération approuvant la convention de mise à disposition, un arrêté du Maire après avis de la commission administrative paritaire ; sa durée est limitée à trois ans, elle est renouvelable par période de trois ans étant précisé que l'agent ne peut percevoir aucun complément de traitement de l'organisme d'accueil, établissement public ou association, sauf indemnisation des frais. Dans l'hypothèse que le formalisme ci-dessus rappelé n'a pas été respecté, le Maire tout comme le Président de l'organisme d'accueil pourraient être poursuivis pour avoir « *détourné ou soustrait (…) des fonds publics (…) qui leur ont été remis en raison de leurs fonctions ou de leur mission* » (art. 432-15 du Code pénal).

	Utilité de service	**Nécessité absolue de service**
Situation	Le logement présente un intérêt certain pour la bonne marche du service mais il n'est pas absolument nécessaire à la bonne marche du service.	Le titulaire de l'emploi ne peut pas accomplir normalement son service sans être logé par la collectivité et c'est le seul moyen d'assurer la continuité du service ou de répondre aux besoins d'urgence liés à l'exercice de ses fonctions.
Bénéficiaires	Ex: personnel du service de l'animation et des sports. Il n' y a pas de généralité mais une appréciation selon la nature du service et la structure de la collectivité, dans le respect du principe de parité.	Selon la loi du 12 juillet 1999, il peut être octroyé aux directeurs généraux et adjoints des départements et régions, secrétaires généraux des communes (devenus DGS depuis la loi du 10 avril 2000) et directeurs d'établissements publics ouvrant droit à un emploi fonctionnel. Selon la loi du 3 janvier 2001, il peut être octroyé aux emplois fonctionnels de DGS d'une commune de plus de 5000 habitants ou de DG d'un EPCI de plus de 20000 habitants et le DGAS d'une commune ou d'un EPCI de plus de 80 000 habitants.
Modalités	La perception d'une redevance est obligatoire (le loyer de base est calculé par référence à la valeur locative). La gratuité de l'eau, le gaz, l'électricité et le chauffage sont à la charge de l'agent.	Le loyer peut être totalement supprimé mais une faible redevance peut être demandée à l'agent. La gratuité de l'eau, le gaz, l'électricité et le chauffage est possible.
Conséquences sur la rémunération	Il ne s'agit pas d'un complément indirect de rémunération. Certains éléments indemnitaires ne sont pas cumulables avec le logement concédé : ex: IFTS.	Il ne s'agit pas d'un complément indirect de rémunération. Certains éléments indemnitaires ne sont pas cumulables avec le logement concédé : ex: IFTS.

➔La mise à disposition de salariés par des structures de droit privé auprès d'une collectivité publique.

Cette situation est totalement irrégulière. En aucun cas un salarié d'une association, par exemple culturelle ou sportive, ne peut prétendre à l'exercice d'une fonction publique telle que celle de Directeur du service communal des sports ou de la culture. Une telle hypothèse, qui se rencontre encore aujourd'hui fréquemment, par exemple, en matière d'activités d'animation en faveur de la jeunesse, est constitutive de trois types de risques :

-un risque administratif d'annulation dans la mesure où la mise à disposition de salariés de droit privé au profit d'une administration est constitutive d'un détournement des règles de recrutement de la fonction publique, lesquelles supposent, au nom du principe d'égalité devant l'accès aux emplois publics, un recrutement par voie de concours ;

-un risque de gestion de fait. A plusieurs reprises, les juridictions financières ont considéré qu'une telle situation était constitutive de gestion de fait, dès lors que les sommes versées au titre d'un contrat de financement avaient pour objet la rémunération de personnels ;

-un risque pénal, pour l'exécutif territorial, au titre du détournement de biens publics (art. 432-15 du Code pénal), pour le salarié mis à disposition de la collectivité au titre du recel (art. 321-1 du Code pénal) et de l'usurpation de fonction publique (art. 433-12 du même Code).

Articles du nouveau code pénal	INFRACTIONS
432 - 10	Concussion
432- 11	Trafic d'influence
432 - 12	Prise illégale d'intérêts
432 - 13	Pantouflage
432 - 14	Octroi d'avantage injustifié ou « favoritisme »
432 - 15/16	Soustraction et détournement de biens
433 - 1	Corruption active et trafic d'influence commis par des particuliers
433 -2	Trafic d'influence commis entre des particuliers
433 -3	Actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique

3. Les précautions à prendre concernant les liens de la collectivité avec ses satellites

3.1. Les précautions à prendre au regard des organismes de droit public satellites de la commune

3.1.1. Le principe de compétence

3.1.2. L'émergence du droit de la concurrence dans les relations inter-collectivités

3.2. Les précautions à prendre au regard des organismes de droit privé satellites de la commune

3.2.1. Les sociétés d'économie mixte locales

3.2.2. Les associations subventionnées

CHAPITRE III

LES PRECAUTIONS A PRENDRE CONCERNANT LES LIENS DE LA COLLECTIVITE AVEC SES SATTELITES

3.1-Les précautions à prendre au regard des organismes de droit public satellites de la commune

Pour l'essentiel, deux problématiques affectent les relations entre une commune et les établissements publics dont elle est membre. L'une relevant de la notion de compétence et l'autre relevant du droit de la concurrence.

3.1.1. Le principe de compétence

Le développement de la coopération intercommunale rend plus complexe la question de la compétence pour agir des responsables locaux, toute compétence communale transférée ne pouvant plus être exercée au niveau de la commune et réciproquement.

Le contrôle de légalité, les Chambres régionales des comptes et le juge répressif, peu attentifs à la question du respect du principe de compétence des collectivités territoriales jusqu'au début des années 1990, exercent aujourd'hui un contrôle de plus en plus sévère sur les actes des collectivités au titre de la compétence pour agir.

Ce contrôle peut induire des sanctions de nature administrative, financière ou pénale, en particulier sur le fondement de l'article 432-15 du Code pénal sanctionnant le délit de détournement de biens ou de fonds publics.

En effet, si les collectivités territoriales disposent d'une compétence générale, les organismes satellites, qu'ils soient de droit public ou de droit privé, sont quant à eux soumis au principe de spécialité.

Autrement dit, ils ne peuvent agir que dans les limites de leur objet statutaire.

Les conseillers municipaux désignés pour représenter leur commune au sein d'établissements publics de coopération intercommunale devront donc être particulièrement attentifs au niveau de chaque action engagée au libellé des compétences mentionnées dans les statuts du syndicat ou de la communauté en s'assurant que l'action envisagée a bien fait l'objet d'un transfert de compétence.

La chose est d'autant moins aisée aujourd'hui que la loi autorise pour le même bloc de compétence un partage entre compétences d'intérêt communal et compétences d'intérêt communautaire. C'est dire combien une lecture attentive des statuts des EPCI est aujourd'hui indispensable avant d'envisager toute opération ou action tant au niveau communal qu'intercommunal.

Dès lors que la collectivité agissante a perdu (la commune) ou n'a pas bénéficié du transfert de compétence (l'EPCI), elle s'expose à un triple risque juridique :

-le préfet, tout administré, sont fondés à introduire un recours en annulation devant la juridiction administrative, dans un délai de deux mois ;

-lors d'un contrôle de gestion, la Chambre régionale des comptes pourra relever l'irrégularité liée au défaut de compétence, en faire mention dans une lettre d'observation, ce qui n'emporte pas en soi de conséquences juridiques, mais qui peut présenter des inconvénients en terme médiatique ; éventuellement la Chambre pourra estimer opportun de transmettre le dossier au Parquet ;

-le juge pénal pourra, en fonction des circonstances, estimer que les éléments constitutifs de l'infraction prévue sous l'article 432-15 du Code pénal sont réunis et justifient à ce titre des poursuites. A cette qualification, pourra être ajoutée celle de faux en écritures publiques de l'article 441-1 et suivant du Code pénal.

3.1.2. L'émergence du droit de la concurrence dans les relations inter-collectivités

Parmi les activités confiées par les communes aux structures de coopération intercommunale figurent non seulement des compétences transférées mais aussi des activités assimilables à des prestations de service, relevant à ce titre du droit communautaire de la concurrence.

Il en va ainsi notamment en matière de travaux et de maîtrise d'œuvre comme il peut en aller également en matière de traitement de l'eau ou des ordures ménagères.

Les dispositions de la loi Chevènement ont ouvert un nouveau champ d'investigation tant par les nouvelles modalités d'organisation de la coopération locale qu'elle invite à mettre en œuvre que par la reddition de compte obligatoire des établissements publics de coopération intercommunale à leurs communes membres. Ces dispositions ne manqueront pas de contraindre les communes à une rationalisation de l'intercommunalité et à une exigence accrue en ce qui concerne les performances de leurs établissements publics de coopération intercommunale. Les carences en la matière ne manqueront vraisemblablement pas d'être stigmatisées par la Chambre régionale des comptes.

Cette nouvelle dimension juridique, déjà prise en compte par le juge administratif et le juge financier, pourrait susciter l'intervention du juge répressif au titre du délit de favoritisme (art. 432-14 du Code pénal) et l'intervention de l'administration fiscale pouvant être amenée à constater l'assujettissement de telles activités à l'impôt sur les sociétés et à la TVA.

3.2. Les précautions à prendre au regard des organismes de droit privé satellites de la commune

3.2.1. Les sociétés d'économie mixte locales

Les élus désignés par le conseil municipal pour représenter leur collectivité actionnaire d'une SEML n'encourent pas de poursuites au titre du délit de prise illégale d'intérêt déjà évoqué, dans la mesure où ils sont présents au sein des organes dirigeants de la SEML, non pas en leur nom propre, mais au nom de la commune et qu'ils ne perçoivent aucune rémunération en leur qualité de dirigeants de la SEML.

Ils ne sont pas pour autant à l'abri de poursuites pénales, notamment au titre du délit de favoritisme dont on pourra éventuellement les suspecter, surtout s'ils sont par ailleurs membres de la commission d'appels d'offres ou de la commission des délégations amenées à se prononcer sur l'attribution d'un marché ou d'une délégation de service public par la commune au bénéfice de la SEML.

La première précaution à prendre est donc de conseiller au Maire, Président de droit de la commission d'appels d'offres comme de la commission des délégations de service public, de renoncer à la présidence des sociétés d'économie mixte dont la commune est actionnaire. Par ailleurs, il faut éviter que les cinq membres de la commission d'appels d'offres ainsi que les cinq membres de la commission des délégations de service public ne soient simultanément désignés comme administrateurs et a fortiori en qualité de Président d'une SEML.

Par ailleurs, là encore le principe de spécialité impose que la société ne puisse agir que dans le cadre de son objet social. Toute activité non prévue statutairement pourrait être pénalement qualifiée d'abus de biens sociaux (art. 437-3°, loi du 24 juillet 1966).

Sur un plan civil, la responsabilité personnelle des élus représentant une collectivité locale ne peut être recherchée pour des fautes commises à l'occasion de leur fonction, sauf s'ils commettent une faute personnelle en violation des lois et règlements, par des actes contraires aux statuts ou aux intérêts de la société. Dans une telle hypothèse, la mise en jeu de leur responsabilité peut aboutir à la mise en cause du patrimoine personnel de l'élu dirigeant de SEML (appel en comblement de passif) voire à l'incapacité d'exercer des fonctions publiques électives en cas de faillite personnelle.

Les relations financières entre collectivités locales et société d'économie mixte.

Les observations des Chambres régionales des comptes en la matière tiennent le plus souvent au constat que la collectivité s'est engagée financièrement au profit d'un tiers dans des conditions qui s'avèrent coûteuses.

En ce qui concerne les sociétés d'économie mixte, l'ensemble des flux financiers engageant le crédit public et des contreparties offertes par la société fait l'objet d'une analyse : augmentations de capital, avances en compte courant, libéralités ou remises de créance, relations commerciales...

La Cour relève que « *l'insertion sur les pratiques anticoncurrentielles des collectivités territoriales, quant à elle, comporte notamment le constat que les relations privilégiées des*

collectivités avec leurs SEM ont parfois conduit à écarter l'application du Code des marchés publics ».

Enfin, les Chambres régionales des comptes se montrent préoccupées par les répercussions des appels en garantie consentis au bénéfice de personnes privées.

Il importe donc en toute hypothèse de s'assurer tant de la régularité et de l'équilibre du montage contractuel ou institutionnel initial que de la rigueur de sa mise en œuvre et particulièrement de l'effectivité des procédures de contrôle et des suites éventuellement données à ces procédures.

Les opérations foncières et d'aménagement, où les SEM sont un outil habituel de nos collectivités, constituent également un champ d'investigation privilégié de la Chambre régionale des comptes, en particulier lorsque ces opérations sont menées aux risques et périls de la collectivité. Les conditions de réalisation des ZAC sont examinées, notamment au regard de la maîtrise des coûts liés à l'aménagement d'une zone, de l'insuffisance des études préalables ou de la lenteur de la commercialisation des équipements construits.

3.2.2. Les associations subventionnées

➔ La participation des élus aux instances dirigeantes des associations

Les nouveaux élus sont très souvent issus de milieux associatifs s'investissant fortement dans la vie de la cité. Leur participation aux instances dirigeantes d'une association recevant des subventions communales peut s'inscrire dans une continuité quasi naturelle ; elle peut cependant être source de plusieurs grands types de risques :

- Le risque administratif d'annulation de la délibération octroyant la subvention :

Aux termes de l'article L. 2000-131-11 du CGCT, *« sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire* ».

Le Conseil d'Etat sanctionne la participation d'un conseiller municipal, président ou administrateur d'une association sous deux conditions cumulatives :

-d'une part, le membre du conseil municipal doit avoir un intérêt personnel à l'affaire, c'est-à-dire un intérêt distinct de celui de la généralité des habitants de la commune ;

-d'autre part, la participation du conseiller doit avoir une influence effective sur le résultat du vote.

Mais afin d'éviter toute suspicion, il est souhaitable que l'élu concerné s'abstienne de participer à de telles délibérations. Il faut en déduire que le Maire doit s'abstenir de participer aux instances dirigeantes de toute association subventionnée par la commune et que tout adjoint s'abstienne de présider une association se situant dans le champ de compétences de sa délégation, faute de quoi tout administré pourrait intenter un recours en annulation de toute délibération portant sur les liens entre la commune et l'association subventionnée.

- Le risque d'inéligibilité lié à la qualité d'entrepreneur de services municipaux :

Selon l'article L. 231 du Code électoral, les entrepreneurs de services municipaux ne sont pas éligibles. Il peut en être ainsi de tout élu dirigeant une association participe aux activités d'un service public relevant de la collectivité à laquelle il appartient.

Un soin particulier doit être accordé aux modalités de désignation des représentants des collectivités des associations qui, selon qu'ils seront désignés comme représentants de ladite collectivité ou considérés comme adhérents ou dirigeants à titre personnel de ces associations, risqueront éventuellement de tomber dans le champ d'application des dispositions précitées.

Association et droit de la concurrence

EXTRAIT D'UNE LETTRE D'OBSERVATIONS PORTANT SUR LA GESTION D'UNE AGENCE D'URBANISME : L'évolution du droit de la concurrence et ses répercussions possibles

Cette question mérite d'être examinée d'une part au plan des obligations s'imposant « l'agence d'urbanisme », dans le cadre par exemple de ses rapports avec ses sous-traitants, et, d'autre part, à celui des obligations s'imposant en la matière aux collectivités traitant avec l'agence.

Droit de la concurrence applicable à « *l'agence d'urbanisme* »

L'examen des contrats conclus par « *l'agence d'urbanisme* » avec des tiers, en matière d'achat et de sous-traitance, a montré que jusqu'à une époque très récente (mi-1998) ceux-ci ne donnaient pas systématiquement lieu à mise en concurrence.

I1 y a lieu de noter que le principe de mise en concurrence n'est pas seulement souhaitable, mais qu'il peut dans certains cas revêtir un caractère obligatoire Ainsi, bien qu'en tant qu'association *« l'agence d'urbanisme* » ne soit pas directement concernée par le code des marchés publics, l'agence n'échappe pas, pour ses contrats qui viendraient à atteindre le seuil de 1,3 MF, à l'obligation de publicité et de mise en concurrence imposée par la loi. En application de la directive n° 92/50 de la C.E.E, la loi 97-50 du 22 janvier 1997 a eu pour effet d'étendre aux activités de services relatives à l'urbanisme les obligations créées par la loi 91-3 du 3 janvier 1991.

Il ressort, en effet, des dispositions combinées des articles 9, 10 et 10 bis de cette loi que sont notamment soumis à l'obligation de publicité et de mise en concurrence à l'échelon européen les contrats d'un montant égal ou supérieur à 1,3 MF passés, en matière de services d'urbanisme ou connexes, par les groupements de droit privé formés entre des collectivités publiques, ce qui est le cas de « *l'agence d'urbanisme* ».

Il appartient donc à cette dernière d'en tenir compte, 1e cas échéant.

Le droit de la concurrence opposable aux collectivités traitant avec « *l'agence d'urbanisme* »
S'il n'appartient pas à la Chambre de se substituer au juge administratif, seule habilité à dire le droit en la matière, il lui incombe cependant de mettre en garde les dirigeants de l'agence sur les incidences d'une éventuelle remise en cause de l'exclusivité dont elle a jusqu'à présent bénéficié de la part de ses commanditaires publics. L'évolution du droit tend en effet à

généraliser l'obligation de mise en concurrence s'imposant aux collectivités publiques, quel que soit le statut du prestataire auquel elles s'adressent.

Le problème se pose au moins pour l'activité dite externe. Celle-ci présente en effet les caractéristiques retenues par la doctrine administrative pour qualifier le caractère industriel ou commercial de l'activité, à savoir l'objet du service (susceptible d'être assuré également par le secteur privé), les conditions de fonctionnement de l'organisme (statut privé) et le régime de financement (prestation moyennant un prix convenu). La Chambre tient pour acquis que, de façon générale, les contrats de l'espèce passés par les collectivités à l'agence sont, à l'instar de ceux qu'elles passent aux sociétés d'économie mixte dont elles sont actionnaires, soumis au code des marchés.

*La gestion de fait associative

Les relations entre collectivités locales et associations demeurent le terrain de prédilection des déclarations de gestion de fait. L'étroite collaboration, et parfois la confusion, qui s'instaure entre les acteurs publics et le milieu associatif conduit, en effet, les associations soit à utiliser des subventions pour faire face à des dépenses incombant à la collectivité qui finance, soit à percevoir des recettes devant revenir à la collectivité publique.

Si les situations de transparence des associations ont été peu ou prou corrigées lors des dernières années, il demeure de nombreuses situations dans nos collectivités susceptibles d'entraîner une déclaration de gestion de fait dont la conséquence est à la fois pécuniaire (condamnation du gestionnaire de fait à reverser l'intégralité des sommes maniées et en outre une amende) mais aussi politique (Jusqu'à la loi du 21 décembre 2001, les élus locaux déclarés gestionnaires de fait étaient inéligibles jusqu'à la fin de la procédure. Cette sanction a été remplacée par une suspension de l'élu local de ses fonctions d'ordonnateur pendant la durée de la procédure. Ainsi, l'élu peut rester en place même s'il ne peut plus exercer sa fonction d'ordonnateur de la collectivité, ce qui a eu pour effet de rendre sensiblement moins terrifiante cette procédure).

Les situations de gestion de fait «*côté recettes* » consistant en l'encaissement irrégulier par une association de deniers destinés à la collectivité locale demeurent encore nombreuses. Cette situation est celle de toutes les associations, en particulier dans les domaines culturels, sportifs et de l'animation, qui, en l'absence de toute délégation de service public, encaissent les produits d'exploitation d'immeubles, d'équipements ou de services communaux.

*Le contrôle de gestion des Chambres régionales des comptes

Dans le cadre de son contrôle, le juge des comptes vérifie que le recours à la formule associative n'a pas été retenu pour contourner délibérément les grands principes du droit budgétaire et de la comptabilité publique, ou encore certaines obligations du droit de la fonction publique ou du Code des marchés publics. Le juge des comptes a ainsi l'occasion de rappeler l'interdiction, en vertu du décret-loi du 2 mai 1938, des subventions en cascade.

L'examen de la gestion de la collectivité peut être étendu à l'association et alors donner lieu à une lettre d'observations provisoires, puis définitives, dans laquelle le juge des comptes met en exergue tous les dysfonctionnements de l'association contrôlée.

Au demeurant, le contrôle de l'association peut conduire la Chambre régionale des comptes à déclarer une gestion de fait, dès lors que la juridiction a identifié une immixtion dans le maniement de deniers publics par une personne physique ou morale qui n'avait pas qualité pour le faire.

Les observations les plus récurrentes portent sur les imprécisions affectant les mises à disposition d'équipements publics et l'insuffisance des contrôles exercés sur les associations subventionnées.

Pour procéder à un audit aussi bien juridique que financier des relations d'une collectivité publiques avec une association bénéficiaire de subventions ou de mises à disposition de moyens humains, de locaux ou de matériel, le tableau recensant les pièces à examiner, suivi de la grille d'analyse ci-dessous présentés permettent de détecter rapidement d'éventuelles irrégularités.

*La qualification des relations entre l'association et la Ville

Lorsque l'association peut être regardée comme initiatrice et l'organisatrice des activités qu'elle poursuit, elle intervient au titre d'une activité qui lui est propre. Ainsi, *«(...) l'opération par laquelle une collectivité territoriale accorde une subvention à une personne morale de droit privé dont l'action répond aux objectifs d'intérêt général recherchés par la collectivité et qui ne donne lieu à aucune prestation de services réalisée au profit de ladite collectivité ne saurait être assimilée à un contrat passé en vue de la réalisation de travaux, fournitures ou services au sens de l'article 1er du Code des marchés publics (...)*» (CAA Marseille, 20 juillet 1999, Aff. commune de Toulon, req. n° 98MA01735).

En revanche, lorsque l'association intervient en qualité d'auxiliaire de la personne publique et anime des missions pour le compte ou sous le contrôle de cette administration, elle s'inscrit dans le cadre juridique spécifique et réglementé de la loi Sapin, voire du Code de la commande publique. La jurisprudence considère dans de nombreux cas que la gestion d'espaces culturels, sportifs et de loisirs appartenant à une collectivité publique relèvent de la délégation de service public.

Le risque est grand dès lors de voir, pour les élus et dirigeants, leur responsabilité engagée au titre du délit de favoritisme sanctionnant les atteintes portées au respect des règles de passation des marchés et des délégations de service public.

***

Les deux tableaux ci-après décrivent les différentes situations juridiques dans lesquelles s'inscrivent les relations d'une collectivité territoriale avec des associations.

CADRE JURIDIQUE DES RELATIONS ENTRE LES COLLECTIVITES PUBLIQUES ET LES ASSOCIATIONS - SYNTHESE -			
DON SANS CONTRE-PARTIE	**REDEVANCE**	**PRIX**	**GRATUITE, SAUF CLAUSE CONTRAIRE**
SUBVENTION ↓ **CONVENTION D'OBJECTIFS ET DE MOYENS**	**GESTION D'UN SERVICE PUBLIC** ↓ **DELEGATION SERVICE PUBLIC**	**PRESTATION** ↓ **MARCHE PUBLIC**	**REPRESENTATION** ↓ **MANDAT**
Loi 1901 **Art. L. 1611-4** **du CGCT**	**Art. L. 1411-1 à** **L. 1411-3 du CGCT**	**Code de la commande publique**	**Art. 1984** **du Code civil**

	Subvention	Délégation
Conditions	Activité dont la collectivité n'a pris ni l'initiative, ni la responsabilité, et qui ne constitue pas une acquisition directe de biens ou de services.	Activité organisée sous le contrôle et la responsabilité de la collectivité matérialisée par : - signature d'une convention définissant les conditions de fonctionnement ; - subordination organique ; - mise à disposition de moyens (locaux, matériels) dont il ne peut être fait qu'un usage déterminé.
Modalités de mise en place	**Article 10 de la loi du 12 avril 2000** *«L'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée».*	CRC Pays de la Loire, 23 juin 1997, Association de gestion de la piscine municipale des Roches Rouges - La Baule : *«En l'état actuel du droit en vigueur, trois solutions paraissent possibles pour mettre un terme à une situation de gestion de fait :* - *la municipalisation de la gestion du service et sa réintégration dans le budget communal ;* - *la création d'une régie municipale... ;* - *la délégation du service à un organisme privé indépendant et désignée dans les conditions prévues par l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993».*
Reddition de comptes	**Règlement du 16 février 1999 relatif aux modalités d'établissement des comptes annuels des associations et fondations - Article 1er :** *«Le présent règlement et son annexe s'appliquent aux associations qui entrent dans le champ d'application de l'article 27 de la loi du 1er mars 1984 susvisée, aux associations mentionnées à l'article 29 bis de la même loi, aux associations visées à l'article 8 de la loi du 11 juillet 1985 susvisée, ainsi qu'aux fondations visées par les articles 5-11 et 19-9 de la loi du 23 juillet 1987 susvisée. Il s'applique également à toutes les associations ou fondations qui sont soumises à des obligations législatives ou réglementaires d'établissement de comptes annuels».* **Code général des collectivités territoriales - Article L. 1611-4 :** *«Tous groupements, associations, oeuvres ou entreprises privées qui ont reçu dans l'année en cours une ou plusieurs subventions sont tenus de fournir à l'autorité qui a mandaté la subvention une copie certifiée de leurs budgets et de leurs comptes de l'exercice écoulé, ainsi que tous documents faisant connaître les résultats de leur activité».* **Article 10 Loi du 12 avril 2000 :** *«Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé*	Code général des collectivités territoriales - Article L. 1411-3 : *«Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public».*

	bénéficiaire doit produire un compte-rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. *Les organismes de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives une subvention supérieure à un montant fixé par décret doivent déposer à la préfecture du département où se trouve leur siège social leur budget, leurs comptes, les conventions prévues au présent article et, le cas échéant, les comptes-rendus financiers des subventions».*	

Marché	**Mandat**
«Prestations susceptibles d'être fournies par un autre organisme public ou privé et dont le prix de revient peut être déterminé de façon relativement précise» (Cour des comptes – Rapport public 1982).	Il y a mandat lorsque des personnes chargent une autre d'accomplir pour leur compte un acte juridique, et non des actes matériels (Cour de Cassation, 19 février 1968). Ne saurait être considérée comme bénéficiant d'un titre légal l'autorisant à manier des fonds publics la personne agissant *«non comme mandataire mais comme simple préposé».*
Code des marchés publics - Article 1er : *«Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* *L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse».* Code des marchés publics - Article 3 : *«Les dispositions du présent code ne sont pas applicables :* *1° Aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;* *2° Aux contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées*	Article 1985 du Code civil : *«Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement».* **Code des marchés publics - Article 3 :** *«Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : (…) 7° Aux contrats de mandat ; (…)».*

à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991».	
Décret du 29 décembre 1962 - Article 13 *«En ce qui concerne la validité de la créance, le contrôle porte sur :* *- La justification du service fait et l'exactitude des calculs de liquidation ;* *- l'intervention préalable des contrôles réglementaires et la production des justifications».* Code des marchés publics - Article 95 : *«Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par la personne publique contractante ou vérifié et accepté par elle».*	**Article 1993 du code civil :** *«Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eût point été au mandant».* CRC Haute-Normandie, 26 août 1993 : *«L'association aurait dû remettre au comptable public, lors de chaque paiement et au moins une fois l'an, les pièces que ce dernier est tenu d'exiger en application des dispositions du décret modifié n° 83-16 portant établissement de la liste des pièces justificatives du paiement des dépenses des collectivités et établissements publics locaux ; (...) les écritures d'intégration de ces opérations n'ayant pas été portées dans la comptabilité du receveur municipal, il est établi que les règles édictées par le droit du mandat n'ont pas été respectées».*

IV. Les outils de régularisation

4.1. L'audit des associations

4.1.1. Première phase : Identification des secteurs à risques

4.1.2. Deuxième phase : Collecte des données particulières

4.1.3. Troisième phase : Audit et régularisation

4.2.L'audit de société d'économie mixte locale (grille d'analyse)

4.3.L'audit d'un affermage de l'eau

4.3.1. Analyse juridique du contrat

4.3.2. Conditions économiques et techniques d'exploitation

4.3.3. Analyse financière

4.3.4. Impact du contrat d'affermage sur l'équilibre global du syndicat (reconstitution des budgets M49)

4.3.5. Synthèse et recommandations

CHAPITRE IV

LES OUTILS DE REGULARISATION

4.1. L'audit des associations

4.1.1Première phase : Identification des secteurs à risques

A partir des documents administratifs et budgétaires de la Ville, cette phase a pour objet de déterminer les structures potentiellement porteuses de risques juridiques notamment eu égard :

-à la nature des activités (principalement sports, culturel, social, tourisme et relations internationales) ;
- au volume des concours de la Ville ;
-à la présence de représentants ou d'agents de la Ville ;
-à la gestion d'équipements publics (principalement sportifs et culturels) ;
-à la nature des relations contractuelles établies avec la Ville.

L'examen sommaire conduit à isoler les situations à risques

ASSOCIATIONS

L'association est-elle régulièrement déclarée ?
. Insertion au JO
L'association ou l'opération présente-t-elle un intérêt communal ?
. Statuts
. Rapport d'activités
. Note sur l'opération
L'association a-t-elle des activités religieuses ?
. Statuts
. Rapport d'activités
L'association reverse-t-elle tout ou partie de ces aides à d'autres associations ?
. Documents comptables
L'association a-t-elle des activités lucratives ?
. Documents comptables
L'association est-elle dirigée par des élus ou agents du département ?
. Statuts
. Liste des membres du Conseil d'administration
L'association met-elle à disposition du département des salariés ?
L'association réalise-t-elle des prestations pour le compte de la collectivité ? Ou encore gère-t-elle un service public ou un équipement public ?
. Rapport d'activités
. Documents comptables
. Conventions avec le département
. Statuts
. Note sur l'opération
L'association perçoit-elle des rémunérations de la part des bénéficiaires de ses prestations ?
. Documents comptables
. Rapport d'activités
L'association bénéficie-t-elle d'une trésorerie importante ?
. Documents comptables
Les activités de l'association sont-elles toutes conformes à l'objet statutaire ?
. Statuts
. Rapport d'activités

4.1.2. Deuxième phase : Collecte des données particulières

AUDIT D'ASSOCIATIONS- PIECES A EXAMINER -	
1	Statuts de l'association
2	Liste des membres du Conseil d'administration et du Bureau (préciser s'ils sont élus ou fonctionnaires)
3	Cahier côté et paraphé avec compte-rendu des Conseils d'administration et Assemblées générales
4	Bilan, compte de résultat, budget prévisionnel et, le cas échéant, compte d'emploi de la subvention
5	Certification du bilan par le Président ou le Commissaire aux comptes
6	Liste des agents mis à disposition de l'association (préciser leur statut : fonctionnaires, contractuels, etc.)
7	Descriptif des locaux mis à disposition
8	Convention(s) conclue(s) entre la collectivité et l'Association
9	Inventaire du matériel mis à disposition
10	Toutes informations ou précisions qu'il vous paraîtrait nécessaire de nous communiquer

COMITE DES ŒUVRES SOCIALES (C.O.S.) - PIECES A EXAMINER -	
1	Statuts de l'association
2	Convention Ville / C.O.S., si existante
3	Liste des membres du Conseil d'administration (préciser s'ils sont élus ou fonctionnaires)
4	Cahier côté et paraphé avec compte-rendu des Conseils d'administration et Assemblées générales
5	Bilans, comptes de résultat, budgets prévisionnels (des trois derniers exercices) et, le cas échéant, le compte d'emploi de la subvention
6	Certification du bilan par le Président ou le Commissaire aux comptes (des trois derniers exercices)
7	Liste des agents mis à disposition de l'association (préciser leur origine et statut : fonctionnaires, contractuels, etc.)
8	Descriptif des locaux mis à disposition
9	Inventaire du matériel mis à disposition
10	Liste exhaustive et origine des services (date de mise en place) et prestations offerts par le C.O.S. à ses adhérents (prime, avantage en nature, etc.)
11	Description des autres activités du C.O.S., le cas échéant : centrale d'achats, organisation de voyages, réservation, etc.
12	Qualité des bénéficiaires (agents titulaires ou non titulaires) + date d'entrée dans les services de la collectivité

4.1.3. Troisième phase : Audit et régularisation

Recensement de l'existant

a) Analyse de l'organisation
- détection d'absence ou de non-application des procédures statutaires, réglementaires ou comptables ;
- analyse des systèmes de décision et de contrôle ;
- appréciation du risque de gestion de fait lié à une éventuelle «transparence» de l'association ou à une ingérence dans le recouvrement de recettes publiques ;
- respect des délégations ;
- régime des agents ;
- appréciation de tous autres risques juridiques et financiers.

b) analyse des activités
-conformité des activités par rapport aux objectifs et aux statuts ;
-procédure de passation des marchés ;

c) identification des principaux risques et des éventuelles irrégularités

Assistance et recommandations

a) mise en conformité des procédures (élaboration de l'ensemble des conventions, délibérations, arrêtés, décisions, rapports propres à assurer la sécurité et la régularité des actions mises en œuvre) ;
b) toute autre proposition estimée nécessaire et, notamment, toutes actions et procédures administratives ou contentieuses de nature à préserver les intérêts de la Ville.

4.2. L'audit de société d'économie mixte locale (grille d'analyse)

1. La SEML est-elle régulièrement constituée ?
Délibération sur la participation à la création de la SEML de la commune. Délibérations des collectivités locales désignant leur mandataire. Statuts signés. Extrait du registre du commerce et des sociétés attestant de l'immatriculation de la SEML. Procès-verbaux des délibérations nommant les organes de direction et de contrôle.
2. Le tour de table et la répartition du capital social sont-ils conformes aux dispositions de la loi du 7 juillet 1983 modifiée ?
Statuts et modifications statutaires.
3. Les mandats des personnes représentant les collectivités locales ou les sociétés de droit privé à l'assemblée générale sont-ils valides ?
Statuts et modifications statutaires. Délibérations des collectivités locales désignant leurs mandataires. Vérifier les problèmes de cumuls de mandats et d'incompatibilité pouvant affecter les élus.
4. Les mandats des personnes représentant les collectivités locales ou les sociétés de droit privé au conseil d'administration sont-ils valides ?
Statuts et modifications statutaires. Délibérations des collectivités locales désignant leurs mandataires. Vérifier les problèmes de cumuls de mandats et d'incompatibilité pouvant affecter les élus.

5. La SEML est-elle régulièrement dotée de ses organes de direction et de contrôle ?
Statuts à jour.
6. Les règles de convocation des membres du conseil et des actionnaires sont-elles respectées ?
Statuts à jour.
7. Les relations juridiques de la collectivité et de la SEML dont elle est adhérente s'inscrivent-elles dans le cadre de contrats écrits ?
Fournir les contrats et les avenants éventuels. Les liens juridiques sont-ils conformes au droit en vigueur en matière de marchés publics ? Existe-t-il un guide des procédures de passation ? Quelles sont les modalités de contrôle interne de l'exécution ? Les liens juridiques sont-ils conformes au droit en vigueur en matière de délégation de service public ? Existe-t-il un guide des procédures de passation, de contrôle de l'exécution ? Existe-t-il un organe interne ou externe de contrôle ? La collectivité et son organe délibérant sont-ils régulièrement informés de l'exécution du contrat ? Les liens juridiques sont-ils conformes au droit en vigueur en matière de maîtrise d'ouvrage publique ? Existe-t-il un guide des procédures de passation ? Le maître d'ouvrage peut-il être légalement délégataire des attributions d'un maître d'ouvrage public au sens de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1985 ? Les entreprises actionnaires de la SEML sont-elles cocontractantes, directes ou indirectes, de la SEML ?
8. Les liens juridiques entre la SEML et les collectivités adhérentes sont-ils conformes au droit en vigueur ? (en matière de marchés publics, de délégations de service public, de maîtrise d'ouvrage publique)
Existe-t-il un guide interne des procédures de passation des marchés ou des comptes-rendus de déroulement de la procédure (calendrier, publications légales, analyse des offres reçus). Rapports d'activités semestriels remis au conseil d'administration. Etats comptables périodiques Rapports d'audit (chambre régionale des comptes, prestataires libéraux). Comptes annuels. Rapport du commissaire aux comptes.
9. Les liens juridiques entre la SEML et les collectivités non adhérentes sont-ils conformes au droit en vigueur ? (en matière de marchés publics, de délégations de service public, de maîtrise d'ouvrage publique)
10. Les élus dirigeants de la SEML reçoivent-ils une rémunération ou bénéficient-ils d'avantages personnels en nature ?
Statuts et modifications statutaires Délibérations des collectivités locales désignant leurs mandataires et autorisant la rémunération. Délibérations de l'assemblée générale et des conseils d'administration. Comptes annuels, rapports du commissaire aux comptes.

4.3. L'audit d'un affermage de l'eau

Cet audit a pour objet de s'assurer de la régularité de la délégation et des budgets annexes eau et assainissement, du correct équilibre économique et financier du contrat et de formuler toute proposition.

Il sera réalisé à partir des éléments détenus par la Ville et notamment :

-budgets annexes ;

-fiche signalétique du délégataire (raison sociale, adresse de l'établissement local sur le département, organisation matérielle et humaine mise en place, liste des communes pour lesquelles le prestataire organise la gestion du service audité, etc.) ;

-fiche signalétique de la collectivité et des rapports qu'elle entretient avec le délégataire (organisation mise en place pour vérifier l'activité déléguée, nombre d'agents, population, etc.) ;
-liste et coût des actifs financés ;
-convention et avenants successifs ;
-rapports annuels du délégataire.

4.3.1. Analyse juridique du contrat

Cette étape consiste à vérifier la convention elle-même, à examiner les grands principes applicables en matière de services publics, à s'assurer du respect de la procédure de délégation, à examiner la légalité des avenants ainsi que les différents contrôles, remarques ou recommandations exprimées par les organismes de tutelle et juridictionnels.

Il s'agira, à partir des différents comptes-rendus d'exploitation (activités et financiers), de vérifier point par point le contrat de délégation et notamment les clauses portant sur :

-l'exclusivité du service ;
-l'établissement et révision du périmètre ;
-le personnel d'exploitation ;
-les travaux d'entretien et de réparations ;
-les renforcements et extensions ;
-les aspects financiers et la révision des prix ;
-la cession et les subdélégations ;
-les dispositions financières.

4.3.2. Analyse financière

L'étude comptable et financière de la délégation, se déroulera en trois étapes distinctes :

-analyse des comptes d'exploitation et des comptes spéciaux ; comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public, contenus dans le rapport, régularité des éléments transmis, en matière de transparence et d'informations financières ;

-analyse du rapport annuel du délégataire ; comptes d'exploitation de la société inhérents aux prestations fournies, cohérence de l'évolution des produits et des charges, la variation du chiffre d'affaires et des coûts associés tels qu'achats, traitements, main d'œuvre, etc. ;

-analyse et justification des comptes de patrimoine, éléments relatifs au suivi et à l'évolution du patrimoine utilisé dans le cadre du contrat de nature à garantir la remise à la Ville des biens en bon état de fonctionnement et le renouvellement des biens, contractuellement à la charge du délégataire (plan de renouvellement, amortissements pour caducité, les amortissements et provisions pour renouvellement, les provisions pour grosses réparations, subventions d'équipement, d'investissement, d'équilibre, etc.) ;

-marges bénéficiaires du délégataire, analyse approfondie des différents rapports de gestion produits par le fermier (rapport technique, rapport financier, compte d'exploitation).

4.3.3. Impact du contrat d'affermage sur l'équilibre global du syndicat (reconstitution des budgets M 49)

Le cas échéant, il conviendra de reconstituer des budgets complets et réguliers conformes à l'instruction M49.

Ces reconstitutions se feront à partir :
-des comptes administratifs ;
-des comptes de gestion ;
-de l'inventaire patrimonial ;

Il sera tenu compte, tout particulièrement, des points suivants :
-inventaire exhaustif des investissements ;
-simulation de l'amortissement des investissements ;
-recensement des subventions d'équipement encaissées sur le budget général (agences de l'eau, conseil régional) ;
-simulation de l'amortissement des subventions d'équipement ;
-recensement de la dette sur le budget (tableaux d'amortissement) ;
-précision du régime de T.V.A. applicable et du transfert de droit à déduction.

Après reconstitution de budgets réguliers, il sera nécessaire de simuler les impacts budgétaires correspondants.

4.3.4. Synthèse et recommandations

Régularisation juridique

- mise en conformité des procédures et des contrats (élaboration de l'ensemble des conventions, délibérations, arrêtés, décisions, rapports propres à assurer la sécurité et la régularité des actions mises en œuvre) ;
- toute autre proposition estimée nécessaire et, notamment, toutes actions et procédures administratives ou contentieuses de nature à préserver les intérêts de la Ville.

Programmation pluri-annuelle des investissements

- examen des évolutions souhaitables dans le domaine de la gestion et des investissements.

Prospective du prix de l'eau

Une prospective du prix de l'eau sera réalisée pour les années 2018 à 2020 à partir des éléments de l'analyse interne :

-investissements existants et amortissements ;
-subventions et amortissements ;
-annuité de la dette ;
-évaluation des surtaxes ;

et à partir des éléments de l'analyse externe :
-charges d'exploitation;
-tarifs ;

-travaux d'entretien, etc. ;

-programmation des travaux d'investissement à réaliser.

A ce titre, plusieurs scénarii doivent être simulés sur la base différentes hypothèses.

****

Les auteurs de ce petit fascicule souhaitent doter les nouvelles équipes en place d'outils propres à permettre à chaque équipe municipale nouvellement installées de revisiter les risques juridiques du passé mais aussi et surtout de se projeter dans un futur où les risques juridiques et de gestion seront correctement maitrisés.

Bouillante, le 07 juillet 2020

D. DEPORCQ et L. ARMAND