

Bureau du contrôle de légalité

Evry-Courcouronnes, le **22 JUL 2021**

Le Préfet de l'Essonne

à

-Mesdames et Messieurs les Maires

-Madame et Messieurs les Présidents des
Établissements Publics de Coopération
Intercommunale à fiscalité propre

-Monsieur le Président du Conseil
Départemental de l'Essonne

-Monsieur le Président du Service
Départemental d'incendie et de secours

*En communication à Messieurs les sous-
préfets de Palaiseau et d'Étampes*

Objet : Principales irrégularités observées au cours de l'année 2020 relatives aux actes reçus au titre du contrôle de légalité

P.J. : Annexe 1 : actes relatifs à la fonction publique territoriale

Annexe 2 : actes relatifs aux pouvoirs de police

Annexe 3 : actes relatifs à la commande publique

En vertu des dispositions de l'article 72 de la Constitution, le représentant de l'État dans le département exerce sur les actes des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, le contrôle administratif et la vérification du respect des lois.

Au vu des principales illégalités constatées par mes services, et dans l'optique de vous permettre d'assurer la sécurité juridique de vos actes, j'ai souhaité, par cette circulaire, vous apporter en annexe, des éléments juridiques, relatifs à la régularité des actes administratifs en matière de fonction publique territoriale (1), de respect des pouvoirs de police (2) et de commande publique (3).

Mes services restent à votre disposition pour toutes demandes d'informations ou de conseils sur vos procédures.

Pour le Préfet,
le secrétaire général


Benoît KAPLAN

ANNEXE 1 : ACTES RELATIFS À LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE :

Les modalités de recrutement des agents contractuels ou titulaires notamment en termes de publicité et de délais

Tout recrutement effectué par une collectivité pour pourvoir un emploi permanent vacant (ou nouvellement créé) suppose qu'il soit procédé à certaines mesures de publicité et notamment à la déclaration de vacance de l'emploi en question (cf. article 34 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984). La procédure de vacance d'emploi est une obligation qui a été rappelée par le Conseil d'État (CE, 14 mars 1997, n° 143800 ; CE, 17 décembre 2003, n° 236036).

De plus, afin de pouvoir procéder au contrôle de légalité des actes transmis, il convient de préciser, sur les contrats et arrêtés pris par vos services, la date et le numéro de la déclaration de vacance d'emploi auprès du Centre Interdépartemental de Gestion de l'Île-de-France.

Par ailleurs, un délai raisonnable entre la date de déclaration de vacance d'emploi et celle de la signature de conclusion du contrat doit être respectée. En effet, la jurisprudence retient que le délai entre ces deux dates ne peut être inférieur à 30 jours (CAA Paris, 13 octobre 2009, n°08PA01647). Toutefois, une durée de 2 mois demeure conseillée (CAA de Nancy, 20 février 2003, commune de Vesoul).

Le non-respect de cette obligation pourra entraîner des observations et éventuellement un déféré devant le tribunal administratif.

La délibération créant l'emploi

L'article 34 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précise que « *les emplois de chaque collectivité ou établissement sont créés par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement. La délibération précise le grade ou, le cas échéant, les grades correspondant à l'emploi créé. Elle indique, le cas échéant, si l'emploi peut également être pourvu par un agent contractuel sur le fondement de l'article 3-3. Dans ce cas, le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé sont précisés. Aucune création d'emploi ne peut intervenir si les crédits disponibles au chapitre budgétaire correspondant ne le permettent.* »

Ces mentions ne sont pas systématiquement apposées sur les actes transmis. Il vous appartient de vous y conformer en indiquant les éléments de référence de la délibération créant l'emploi (date et numéro de délibération) sur les contrats et arrêtés pris par vos services.

En outre, le fait de réserver un emploi permanent à un contractuel constitue une illégalité. Le Conseil d'État considère qu'il appartient à la collectivité d'apporter la preuve qu'elle a engagé une procédure en vue du recrutement d'un fonctionnaire titulaire pour occuper l'emploi en cause (CE, 25 mai 1992, n°86702).

Si l'article 3-2 de la loi du 26 janvier 1984 prévoit expressément que le recours à un contractuel sur un emploi permanent est possible, il est rappelé que cette éventualité l'est à titre dérogatoire. Le recours à un agent titulaire demeure donc la règle tandis que le recrutement d'un contractuel constitue une exception. Aussi, dans l'hypothèse où un poste est susceptible d'être pourvu par un agent contractuel, je vous remercie de bien vouloir le préciser sur la délibération créant l'emploi.

La rétroactivité des actes administratifs

En application du principe général relatif à la non-rétroactivité des actes administratifs et afin de garantir leur sécurité juridique, les décisions administratives ne peuvent légalement disposer que pour l'avenir (CE, 17 mars 2004, n°225426 ; CAA Douai, 13 mars 2012, n° 11DA01200, CAA Lyon 18 avril 2017, n° 15LY04049).

Ainsi, s'agissant des recrutements contractuels, il ne peut être prévu une entrée en fonction à une date antérieure à la date de signature de l'acte de recrutement et la date d'effet de celui-ci doit être postérieure à la date de transmission au titre du contrôle de légalité.

De plus, les dispositions de l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales précisent que « *les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'État dans le département ou à son délégué dans l'arrondissement. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature* ».

La méconnaissance de ces modalités constitue une illégalité sanctionnée par le juge administratif (CAA Paris, 3 mars 1998, département du Val de Marne).

Les emplois fonctionnels

La notion d'emploi fonctionnel est liée à celle des seuils démographiques, lesquels sont fixés par les textes. En dessous de ces seuils, l'emploi correspondant ne peut être pourvu que par un agent dans le cadre des fonctions afférentes à son grade, et dans les mêmes conditions que s'il occupait un autre emploi au sein des services, de sorte qu'il est alors rémunéré sur l'échelle indiciaire de son grade. Au-dessus de ces seuils, le recrutement sur un emploi fonctionnel est encadré par les textes.

Ainsi, le recrutement dans un emploi fonctionnel peut revêtir deux formes :

- - le recrutement d'un fonctionnaire, qui en application de l'article 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée sera placé en position de détachement ;
- - le « recrutement direct » en qualité d'agent contractuel, en application de l'article 47 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée, sur certains emplois limitativement énumérés.

Par ailleurs, le juge administratif a déjà affirmé de façon constante que le recrutement sur un emploi fonctionnel ne peut s'effectuer que sur le fondement de l'un des deux articles précités. De même, le juge considère, dans ce cadre, que le recrutement destiné à pourvoir un emploi fonctionnel sur le fondement de l'article 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 précitée était illégal. (CAA de Bordeaux, 3^{ème} chambre, 22 février 2018, n°17BX02310, 17BX02316).

Par conséquent, seul le recours à l'article 47 peut être envisagé en cas de recrutement d'un contractuel.

Cependant si, l'alinéa 2 de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée prévoit effectivement que peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, les emplois de « directeur général des services, directeur général adjoint des services et directeur général des services techniques des communes de plus de 40 000 habitants », il n'est pas possible de recruter un personnel contractuel pour en assurer les fonctions si le seuil démographique de la collectivité ne respecte pas ces dispositions.

Par conséquent, le recrutement d'un contractuel sur le fondement de l'article 3-3 2° de la loi statutaire n'est pas possible et pourra faire l'objet d'un déferé préfectoral.

Le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP)

- **La consultation du comité technique préalable à l'instauration du régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel**

La mise en œuvre du RIFSEEP au sein d'une collectivité territoriale suppose la définition du cadre général du dispositif : agents concernés et agents exclus, définition de groupes de fonctions par cadre d'emplois au regard de critères professionnels, définition des plafonds pour chacune des deux parts (Indemnité de fonctions de sujétions et d'expertises IFSE et complément indemnitaire annuel CIA), périodicité du versement, et éventuellement modalités de modulation du régime indemnitaire durant les périodes d'absences.

Chacun des éléments précités constitue un critère d'attribution du régime indemnitaire et doit, à ce titre, conformément à l'article 33 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, faire l'objet d'une consultation du comité technique, tant sur leur instauration que sur leur éventuelle modification.

En effet, l'alinéa 4 de l'article précité dispose que : "Les comités techniques sont ainsi consultés sur les questions relatives : [...] aux grandes orientations en matière de politique indemnitaire et de critères de répartition".

Par conséquent, vous devez consulter le comité technique préalablement à l'instauration du RIFSEEP.

La consultation a posteriori du comité technique ne permettant pas de régulariser la situation, le conseil municipal devra délibérer à nouveau si cette formalité n'a pas été respectée.

- **Le déploiement du RIFSEEP**

Le premier alinéa de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (FPT) prévoit le principe de parité entre la fonction publique territoriale (FPT) et la fonction publique de l'État (FPE).

Selon ce principe législatif, «les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs établissements publics fixent les régimes indemnitaires, dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'État». Ainsi, les collectivités territoriales sont

liées par le plafond du régime indemnitaire applicable aux corps homologues de l'État. Les équivalences entre les cadres d'emplois de la FPT et les corps de la FPE sont définies par le décret n°91-875 du 6 septembre 1991 pris pour l'application du premier alinéa de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la FPT.

Conformément au principe de parité, les employeurs territoriaux appliquent le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP) à leurs cadres d'emplois après publication des arrêtés d'adhésion au RIFSEEP des corps et emplois correspondants de la FPE. Or, le décalage de certaines adhésions (corps techniques notamment) est de nature à gêner les employeurs territoriaux souhaitant mener une négociation globale portant sur le régime indemnitaire de leurs agents.

Pour faciliter le déploiement du RIFSEEP par les employeurs territoriaux, le décret du 6 septembre 1991 précité a donc été modifié par le décret n°2020-182 du 27 février 2020 relatif au régime indemnitaire des agents de la fonction publique territoriale.

Concernant l'obligation de la saisine du comité technique, trois cas de figures peuvent se présenter :

- Si vous avez délibéré sur l'ensemble des fonctions présentes dans votre collectivité pour les trois catégories hiérarchiques et vous ne souhaitez pas modifier les conditions d'octroi (plafonds, montants...), il n'est pas nécessaire ni de saisir le comité technique ni de prendre une nouvelle délibération. Cependant, les arrêtés individuels des nouveaux agents concernés par le RIFSEEP doivent être pris.

- Si vous avez délibéré uniquement pour les cadres d'emploi précédemment éligibles au RIFSEEP, le comité technique doit être saisi et une nouvelle délibération complétant la première instaurant le RIFSEEP doit être prise.

- Si vous avez délibéré uniquement pour les cadres d'emploi éligibles au RIFSEEP et vous souhaitez modifier les conditions d'octroi (plafonds, montants, critères) pour l'ensemble des agents, le comité technique doit être saisi et une nouvelle délibération doit être prise.

ANNEXE 2 : ACTES RELATIFS AUX POUVOIRS DE POLICE

Sur l'incompétence du maire, ou du président d'EPCI dans la prise des actes, notamment sur les arrêtés "déchets" et "port du masque"

La maire ne peut intervenir, dans le cadre de ses pouvoirs de police générale, dès lors qu'il a transféré la compétence à un EPCI, ou que le Gouvernement, un ministre ou le Préfet exerce son pouvoir de police spéciale dans la matière concernée. En 2020, les principales observations ont été effectuées dans le domaine des déchets ou encore du port du masque.

- Sur les déchets :

Il ressort de la lecture combinée de l'article L. 2224-16 du CGCT qui dispose : « Le maire peut régler la présentation et les conditions de la remise des déchets en fonction de leurs caractéristiques. Il fixe notamment les modalités de collectes sélectives et impose la séparation de certaines catégories de déchets, notamment du papier, des métaux, des plastiques et du verre, pour autant que cette opération soit réalisable d'un point de vue technique, environnemental et économique » et de l'article L. 5211-9-2 du CGCT qui prévoit que : « par dérogation à l'article L. 2224-16, lorsqu'un groupement de collectivités est compétent en matière de gestion des déchets ménagers, les maires des communes membres de celui-ci ou membres d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre membre du groupement de collectivités transfèrent au président de ce groupement les attributions lui permettant de réglementer cette activité » que lorsqu'il y a transfert des pouvoirs de police spéciale du maire, en matière de collecte des déchets ménagers, au président de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) compétent, le maire n'a plus vocation à réglementer cette activité.

Si la réglementation de la collecte des déchets et assimilés revient à l'autorité organisatrice de la collecte, la répression des dépôts sauvages de déchets relève en revanche des prérogatives que le maire tire de l'article L. 541-3 du code de l'environnement.

- Sur le port du masque :

Si l'article L 2212-2 du CGCT dispose : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment 5° : Le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux (...) les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pouvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure », le maire ne saurait prendre des décisions susceptibles d'aggraver les directives gouvernementales.

Or, pour répondre à la crise sanitaire provoquée par le coronavirus, une police spéciale de l'urgence sanitaire a été confiée au premier ministre, au ministre chargé de la santé et au préfet. Ainsi, sur la base de la loi d'état d'urgence n°2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré sur tout le territoire, le projet de loi de sa prorogation jusqu'au 10 juillet 2020 avait été adoptée par le sénat.

Dans un arrêt du 3 décembre 2019 (CAA de Nancy, Commune d'Audincourt, req. n° 19NC02902), le juge des référés a posé pour principe que : « S'il appartient au maire,

responsable de l'ordre public sur le territoire de sa commune, de prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publique, le maire ne saurait s'immiscer dans l'exercice de cette police spéciale qu'en cas de péril imminent ».

Or, les actes pris par les communes ne faisaient pas état de circonstances locales particulières de nature à justifier d'un péril imminent.

Sur l'"imprécision des motivations" :

Si l'article L. 2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales, précise que « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* », la jurisprudence a établi de longue date que, pour être légale, une mesure de police administrative doit être nécessaire compte tenu des circonstances locales et l'atteinte aux libertés doit être strictement proportionnée à la menace de trouble à l'ordre public (CE 19 mai 1933 Benjamin, n° 17413 17520).

Afin de légitimer la mise en place de cette mesure de police, il convient de la motiver en indiquant de manière explicite les raisons ayant conduit à prendre la décision, en apportant par exemple, la preuve de l'existence d'une menace en terme de sécurité, de salubrité publique ou de trouble à l'ordre public.

Sur les arrêtés permanents :

La jurisprudence administrative a posé en principe qu'une mesure de police n'a pas vocation à s'appliquer de manière permanente sous peine d'être disproportionnée (TA de Versailles, 18 juillet 2019, n° 1706621).

En ne fixant aucune limite temporelle à l'interdiction, l'arrêté confère un caractère permanent à la mesure qu'il édicte, ce qui est illégal.

Sur les arrêtés ayant portés atteinte à la liberté de commerce :

L'article L 2212-1 du CGCT dispose que le maire est compétent pour prendre des mesures de police municipale, l'article L 2212-2 du même code lui confère : « *2° Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, les troubles de voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique* ».

Ainsi le maire peut, en raisons de circonstances locales particulières, prendre les dispositions nécessaires et aggraver les termes de l'arrêté préfectoral de police des débits de boisson (par exemple fixer des heures de fermeture moins tardives, interdire la vente de boissons alcooliques pendant certains créneaux horaires ou réduire les dérogations, interdire la consommation d'alcool à certaines heures ...) mais ne peut, dans le cadre de ses pouvoirs de police, prononcer de fermeture.

En cas de non respect de l'arrêté municipal ou préfectoral interdisant la vente d'alcool, le maire peut également dresser une contravention de 4ème classe (R 3353-5-1 du code de la santé publique).

La décision de fermeture administrative d'un débit de boissons revient à l'autorité préfectorale (article L 3332-15 du code de la santé publique).

Sur la compétence :

*** quant aux compétences de la collectivité**

Un acte pris dans un domaine ne relevant pas de la compétence de la collectivité entraîne l'illégalité de cet acte pour incompétence de son auteur.

*** quant à l'auteur de l'acte :**

De même, un acte pris par une personne n'ayant pas reçu de délégation entraîne l'illégalité de l'acte car l'exécutif ne peut signer un marché qu'en vertu d'une délibération de l'assemblée délibérante, conformément aux articles L. 2122-21-1, L. 3221-11-1, L. 4231-8-1 du CGCT.

*** quant à la commission d'appel d'offres :**

Elle a une compétence d'attribution. Elle n'intervient qu'à l'égard des marchés publics passés selon une procédure formalisée.

Ainsi, pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article L 2124-1 du code de la commande publique, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités locales.

En conséquence, pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils, la CAO n'est pas compétente pour leur attribution, y compris lorsque l'acheteur a décidé de les passer selon une procédure formalisée. Elle est donc facultative.

Par ailleurs, en cas d'urgence impérieuse, le marché public peut être attribué sans réunion préalable de la commission d'appel d'offres.

Il est à noter que les textes ne comportent pas de dispositions spécifiques relatives au fonctionnement de la CAO. Ainsi, chaque collectivité territoriale ou établissement public local doit définir lui-même les règles de fonctionnement de sa ou ses commissions.

Sur le choix de la procédure :

Un marché public ne peut pas être passée en procédure adaptée dès lors que le montant total excède le seuil de la procédure formalisée.

Sur la publicité :

Dans la transmission des marchés pour contrôle de légalité, la copie de chaque publicité parue, avec le nom du support et la date de parution, doit être jointe aux documents de consultation transmis. L'envoi d'une copie écran de l'avis d'appel à la concurrence, ne saurait en aucun cas, se substituer à l'avis de publicité, lequel doit comporter les mentions obligatoires.

Il convient donc de respecter, dans le détail, les obligations relatives aux supports et au contenu de la publicité. Toute carence en la matière est susceptible d'entraîner l'annulation du marché.

Sont particulièrement constatées :

- absence de publicité pour un marché exigeant la publication d'un avis
- absence de publicité au JOUE
- rubriques manquantes (conditions particulières, critères d'attribution...)
- incohérence des informations entre l'avis et le règlement de la consultation.

Seuils de publicité – Montants hors taxe

<u>Type de marchés</u>	<u>Publicité non obligatoire</u>	<u>Publicité libre ou adaptée</u>	<u>Publicité obligatoire au BOAMP ou dans un JAL</u>	<u>Publicité obligatoire au BOAMP et au JOUE</u>
<u>Fournitures et services</u>	<u>En dessous de 40 000 €</u>	<u>De 40 000 € à 90 000 €</u>	<u>De 90 000 € à 214 000 €</u>	<u>À partir de 214 000 €</u>
<u>Travaux</u>	<u>En dessous de 40 000 €</u>	<u>De 40 000 € à 90 000 €</u>	<u>De 90 000 € à 5350 000 €</u>	<u>À partir de 5 350 000 €</u>
<u>Services sociaux et spécifiques</u>	<u>En dessous de 40 000 €</u>	<u>De 40 000 € à 750 000 €</u>	<u>NON</u>	<u>À partir de 750 000 €</u>

Sur le non allotissement :

Conformément aux dispositions des articles L. 2113-10 et L. 2113-11 du code de la commande publique (CCP), tous les marchés publics doivent être passés en lots séparés dès lors que leur objet permet l'identification de prestations distinctes, en dehors des exceptions prévues par l'article L. 2113-11 du CCP.

- sont souvent observées l'absence de justification, ou une justification imprécise et non-chiffrée du non-allotissement ;
- aux termes de l'article précité, l'acheteur peut être exonéré de l'obligation d'allotir le marché dans l'un des deux cas suivants qui doivent être justifiés dans les pièces du marché :

1°) *s'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination,*

2°) *ou lorsque la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations.*

Sur les critères d'attribution :

Les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché passé, or il est observé que certains critères retenus sont sans lien avec l'objet du marché.

