



**PRÉFET
DE LA HAUTE-
CORSE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

**Direction des Collectivités territoriales
et des politiques publiques**

Bureau des contrôles de légalité et budgétaire et de
l'organisation territoriale

Bastia, le 02 mai 2023

Référence à rappeler : DCTPP/BCLBOT/CG
Affaire suivie par : CG
Tél : 04 95 34 50 88
pref-collectivites-locales@haute-corse.gouv.fr

Le Préfet de la Haute-Corse

à

Circulaire DCTPP/ BCLBOT n° 2023-06

Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les président(e)s
d'établissements publics de coopération inter-
communale (EPCI)
Monsieur le Président du Conseil d'adminis-
tration du Service d'incendie et de secours

*En communication à MM les Sous-Préfets des
arrondissements de Corte et Calvi*

Objet : PRINCIPALES OBSERVATIONS DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ AU TITRE DE L'ANNÉE 2022

Le représentant de l'État est chargé, en vertu des dispositions de l'article 72 de la constitution, d'exercer un contrôle administratif sur les actes des collectivités territoriales et des établissements publics locaux. Ce contrôle constitue la contrepartie du principe de leur libre administration garanti par le même cadre constitutionnel.

Il m'a semblé utile de vous dresser un bilan des principales illégalités ou irrecevabilités constatées par mes services afin que vous puissiez utilement être en mesure de renforcer la sécurité juridique de vos actes.

Par ailleurs, la prévention des contentieux passe par l'activité de conseil que proposent mes services.

I. Le contrôle de légalité

A) La transmission des actes

La transmission des actes en préfecture ne concerne que les actes soumis à cette obligation conformément aux articles L.2131-1 et L.2131-2 du Code général des collectivités territoriales.

Les actes non transmissibles sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication, à leur affichage ou à leur notification aux intéressés.

Je constate toutefois qu'**un nombre important d'actes non soumis à l'obligation de transmission est encore reçu au titre du contrôle de légalité**. J'appelle votre attention sur les coûts financiers et humains liés à l'impression, à l'envoi, au tri et à l'archivage de ces documents tant pour les services des collectivités que pour ceux de l'État.

Aussi, je vous remercie de bien vouloir veiller à l'envoi des seuls actes obligatoirement transmissibles. Dans l'hypothèse où vous auriez des doutes sur la légalité d'un acte non transmissible, je vous invite à vous rapprocher des services de l'État pour que ceux-ci vous apportent aide et conseil.

De même **les actes sous format papier doivent être transmis en deux exemplaires** : un exemplaire pour les services de l'État et un second pour retour à la collectivité avec le cachet attestant de sa réception en préfecture.

J'ajoute que **certains actes doivent être adressés au représentant de l'État dans un délai de 15 jours après leur signature ou adoption**; il s'agit en particulier des contrats de concession, des marchés publics et des décisions individuelles créatrices de droit en matière de fonction publique territoriale.

B) L'utilisation de l'application @ctes

Je constate que de nombreuses collectivités ne respectent pas la nomenclature définissant la matière de l'acte lors de la télétransmission. La rubrique « autre domaine de compétence » doit ainsi être utilisée à titre tout à fait exceptionnel.

J'attire votre attention sur la nécessité de veiller au correct référencement des actes qui favorise une prise en charge optimale de ceux-ci par les services de l'État. À défaut, les demandes de compléments entraînent une suspension des délais de recours et une fragilisation de ces actes, qui pourraient être annulés plusieurs mois après leur transmission.

C) La commande publique

Les observations les plus fréquentes concernent :

1/ Des mesures de publicité incorrectes :

Les dossiers communiqués ne comportent souvent qu'une copie d'écran ou bien une facture. Or, une copie de chaque publicité parue faisant apparaître le nom du support et la date de parution doit être jointe aux marchés ou contrats de concession.

2/ Des mesures de publicités et de mise en concurrence insuffisantes :

En application de l'Article R.2131-12 du Code de la Commande publique, **lorsque la valeur estimée du besoin est comprise entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée, l'avis de marché doit obligatoirement faire l'objet d'une publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) ou sur un journal d'annonces légales (JAL).**

Le caractère incomplet des informations portées à la connaissance des candidats dans l'avis de marché est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et d'être sanctionné par le juge administratif (CE, 29 juillet 1998, Agglomération Clermontoise, n°194412194418).

D'une manière générale, je vous rappelle que, lors de la publication d'un avis de marché au JOUE, l'ensemble des rubriques obligatoires du formulaire européen doivent être renseignées. Il s'agit de toutes les rubriques pour lesquelles il n'est pas indiqué « le cas échéant ».

Afin que le service en charge du contrôle de légalité puisse s'assurer que le marché est conforme aux informations portées à la connaissance des candidats éventuels, **il importe que le dossier transmis comporte un avis de publicité identique à celui effectivement publié.**

3/ Le manque d'allotissement des marchés :

L'allotissement constitue une obligation et non une faculté. Celle-ci s'applique également aux accords-cadres, que ceux-ci donnent lieu à des actes subséquents ou des bons de commande.

Je rappelle que si l'article L 2113-11 du Code de la commande publique, donne la possibilité de ne pas allotir un marché dans des cas non-exhaustifs listés, **il impose de motiver ce choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision.**

À ce titre, il revient à la collectivité de porter ces justifications dans les pièces du marché transmises au contrôle de légalité, sachant que la jurisprudence sanctionne l'absence d'éléments apportés au soutien des affirmations des acheteurs, au-delà de l'invocation des motifs visés par les textes.

4/ Irrégularités sur les délégations de signatures des marchés :

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. 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.

5/ Irrégularités affectant la CAO, la CDSP, la CCSPL ou le jury :

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

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 CCP, le titulaire est choisi par la CAO, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 du CGCT.

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.

6/ Irrégularités des délibérations et des décisions relatives à la Commande publique :

L'article L. 2122-21-1 du CGCT dispose que **toute délibération ou décision autorisant la passation d'un marché doit en définir l'objet et indiquer son montant estimatif.**

Aux termes de l'article L. 2122-21, toute délibération ou décision relative à la conclusion d'un contrat tel qu'il sera signé, **doit préciser comme éléments essentiels, non seulement sont objet et l'identité de l'attributaire, mais également le montant du marché HT (lot par lot le cas échéant).**

7/ La motivation des actes modificatifs :

La modification d'un contrat en cours d'exécution doit être motivée en fait et en droit. Cette motivation fait souvent défaut, il convient donc d'indiquer dans l'acte modificatif, la référence réglementaire correspondant à l'hypothèse à laquelle il a recours, ainsi que l'incidence financière (en valeur et en pourcentage) engendrée par la modification :

Les articles L.2194-1, L.2194-2 et R. 2194-1 à R. 2194-9 ou les articles L.3135-1, L3135-2 et R. 3135-1 à R. 3135-9 du Code de la commande publique.

En dehors de ces possibilités, toute modification d'un contrat peut être considérée comme irrégulière empêchant sa poursuite et entraînant sa résiliation.

8/ Les modifications des contrats/convention d'indemnisation liées à la hausse des prix :

L'année 2022 a été marquée par les conséquences de la très forte reprise mondiale avec des phénomènes de pénuries, de retard et de flambée des coûts d'approvisionnement de certaines matières premières et de composants. Depuis le début de l'année, ces difficultés d'approvisionnement ont entraîné un renchérissement important des coûts et un allongement des délais d'exécution de certains marchés publics. Cette situation a engendré des difficultés d'exécution des contrats de la commande publique, au regard notamment de leurs clauses financières.

Dans ce contexte économique, le contrôle de légalité a relevé des irrégularités relatives au champ d'application du CCP. En effet, certaines collectivités ont pris des avenants en confondant modifications du contrat et mobilisation de la théorie de l'imprévision.

À ce titre, je vous invite à suivre **les recommandations de la circulaire préfectorale en date du 12 octobre 2022** relative à l'exécution et la modification des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de la hausse des prix.

9/ L'illégalité des clauses instaurant une tarification différenciée du prix de l'eau entre résidences principales et résidences secondaires.

Le Bureau du contrôle des légalités a constaté une forte augmentation, dans les délégations de services publics « Eau », de clauses instaurant une tarification différenciée du prix de l'eau entre résidences principales et résidences secondaires.

Pour rappel, en vertu des dispositions de l'article L. 2224-12-4 du code général des collectivités territoriales « ***la facturation de la fourniture d'eau potable est calculée en fonction du volume d'eau réellement consommé et peut comprendre un montant calculé en fonction des charges fixes du service et des caractéristiques du branchement*** ».

Je vous informe également, que par un nouvel arrêt en date du 3 avril 2023 (indiquant une jurisprudence constante), la Cour administrative d'appel de Marseille a, de nouveau, déclaré illégale une telle clause.

Enfin, je souhaite appeler votre attention **sur les obligations de transmission des actes en matière de commande publique**. En effet, hors procédure adaptée ou formalisée, je relève que peu de décisions relatives à la commande publique ont été transmises aux services de l'État.

Le défaut de transmission entraîne une suspicion sur la régularité de l'acte et peut donner lieu à une saisine du procureur de la République.

Pour rappel, tous les marchés d'un montant supérieur à 215 000 € HT (nouveau seuil à compter du 1er janvier 2022), ainsi que leurs avenants sont soumis à l'obligation de transmission au contrôle de légalité, dans un délai de 15 jours à compter de la signature de l'acte d'engagement.

Pour les marchés inférieurs à ce seuil, les décisions et les délibérations y afférent doivent faire l'objet d'une transmission au contrôle de légalité quel que soit leur montant au titre des articles L 2131-1 et L 2131-2 du Code général des collectivités territoriales.

D) L'intercommunalité :

1/ Définition de l'intérêt communautaire :

Le développement des intercommunalités entraîne de plus en plus fréquemment des remarques sur les compétences.

Il est donc essentiel que **la rédaction des statuts des intercommunalités ne puisse pas prêter à interprétations divergentes.**

Lorsqu'une définition de l'intérêt communautaire est nécessaire, celle-ci **détermine précisément la ligne de partage entre intérêt communal et intérêt communautaire.**

2/ Modifications statutaires :

Par ailleurs, au regard des actes reçus, il me semble nécessaire de rappeler la règle en matière de modifications statutaires, à savoir :

Suivi de la procédure :

- Le conseil communautaire décide par **une délibération claire et précise de modifier ses statuts** (adjonction ou retrait de compétence notamment) ;
- L'EPCI notifie ensuite sa décision à l'ensemble des maires de ses communes membres, les invitant à faire délibérer leur conseil municipal dans un délai de 3 mois (délai obligatoire de la consultation). Dès cette étape, je vous remercie de bien vouloir veiller à **me communiquer une copie de la lettre de notification de cette décision auprès des maires des communes membres. Cette date fait courir le délai de consultation de 3 mois.**
- L'avis d'une commune est considéré comme favorable si sa délibération est concordante avec celle du conseil communautaire. Je rappelle enfin que les conditions de majorité requises sont celles exigées lors de la création de l'établissement public de coopération intercommunale c'est-à-dire :
 - soit les deux tiers au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant plus de la moitié de la population totale de celles-ci
 - soit la moitié au moins des conseils municipaux des communes intéressées représentant les deux tiers de la population.

ATTENTION :

- **En matière de modification statutaire relative à une restitution de compétence, l'absence de délibération d'une commune vaut " avis défavorable "**
- pour les syndicats et les communautés de communes, une autre condition s'ajoute : celle de l'accord des ou de la commune membre dont la population est supérieure au quart de la population totale de l'établissement (article L.5211-5 II 1° du CGCT)
- pour la communauté d'agglomération, c'est l'article L.5211-5 II 2° qui s'applique (population supérieure à la moitié de la population totale de l'établissement concerné).

L'absence d'avis durant le délai de 3 mois vaut avis favorable (sauf cas de restitution de compétence) et sera visé dans l'arrêté. Cela signifie que cet avis comptera dans le calcul de la majorité à atteindre pour autoriser la modification statutaire.

Au terme du délai de consultation (3 mois), deux cas de figures sont envisageables :

- soit les conditions de majorité sont réunies : l'arrêté peut donc être pris par mes soins;
- soit les conditions de majorité ne sont pas réunies. La procédure ne me permet pas de prendre un arrêté. Toutefois, je prends acte de l'échec de la procédure et le notifie à l'ensemble des communes et établissement concernés.

Diffusion de l'arrêté

Il fait l'objet d'une parution au recueil des actes administratifs de la préfecture.

L'arrêté est notifié pour exécution au président de l'EPCI concerné, à l'ensemble de ses membres, à toute structure intercommunale intéressée ainsi qu'aux services de l'État concernés (trésorerie géné-

rale, direction départementale des territoires, direction départementale de l'emploi, du travail, des solidarités...).

En conséquence, jusqu'à l'intervention et la publication de cet arrêté, l'EPCI n'est pas compétent et ne peut donc commencer à mettre en œuvre les modifications statutaires.

E) Administration générale :

1/ L'insuffisance des motivations des arrêtés de police :

Le contrôle de ces actes relève très souvent des motivations insuffisantes ainsi que des mesures d'interdictions générales et absolues.

Il est impératif que les arrêtés de police générale du maire soient limités dans le temps et dans l'espace afin de garantir le respect du principe de proportionnalité.

Chaque mesure de police doit respecter un certain nombre de principes fondamentaux :

- les **principes de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité de la mesure de police au risque de trouble à l'ordre public** : toute interdiction générale et absolue est prohibée (sauf exceptions dûment justifiées) dès lors qu'une interdiction partielle et temporaire suffirait. Ainsi, toute mesure de police doit être strictement limitée dans le temps et dans l'espace, ainsi que proportionnée et adaptée au risque de trouble à l'ordre public identifié ;
- **le respect des libertés fondamentales** : la mesure de police doit être conciliée avec la préservation des libertés individuelles et publiques (liberté d'aller et venir, liberté de culte, liberté de réunion, ou encore liberté du commerce et de l'industrie) et ne doit limiter ces libertés que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire au maintien de l'ordre public.
- **Toute mesure de police doit préciser tous les motifs de fait et de droit sur lesquels elle se fonde.**

2/ Le subventionnement des associations hors compétences :

L'attribution d'une subvention doit correspondre à un «**intérêt public local** », c'est-à-dire que l'action associative doit répondre directement aux besoins de la population locale.

De plus, **la commune ou l'EPCI doit agir dans le cadre de ses compétences.**

En application du principe d'exclusivité, la commune ne peut pas octroyer de subventions à des associations dont l'objet social s'inscrit dans le champ d'une compétence qu'elle a transférée.

Certaines subventions sont prohibées parmi lesquelles les aides à des associations culturelles et à des partis politiques.

3/ Irrégularité des procédures de « bien sans maître » :

Le Bureau du contrôle des légalités constate une utilisation très fréquente, des procédures de biens sans maître en dehors des conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

Pour rappel, l'article L. 1123-1 du Code de général de la propriété des personnes publiques pose la définition des biens sans maître. Sont ainsi considérés comme n'ayant pas de maître les biens immobiliers **n'ayant pas de propriétaire connu (aucun titre de propriété publié au fichier immobilier, aucune indication au cadastre), ou dont le propriétaire est connu mais décédé depuis plus de 30 ans sans qu'aucun héritier ne se manifeste** (ou héritiers ayant refusé la succession).

De par leur nature, ces biens immobiliers ne font l'objet d'aucune appropriation juridique et peuvent être acquis par les communes.

II/ L'activité de conseil

Le bureau du contrôle de légalité et de l'intercommunalité vous propose régulièrement des circulaires diffusées sur vos boîtes mails ainsi que sur le site de la préfecture à la rubrique « politiques publiques » puis « collectivités territoriales » puis « marchés publics », je vous invite à consulter régulièrement ces informations.

L'activité de conseil peut également s'effectuer par messagerie à l'adresse suivante :

pref-collectivites-locales@haute-corse.gouv.fr

Je vous remercie par avance pour l'attention que vous porterez à ces recommandations dont l'objet prioritaire, je vous le rappelle, est de garantir la sécurité juridique des actes et des procédures de votre collectivité.

Le Préfet,
Pour le Préfet et par délégation,
Le Secrétaire Général,

Original signé par :
Yves DAREAU