

Préfecture de la Dordogne
Direction de la citoyenneté
et de la légalité
Bureau du contrôle de légalité

Périgueux, le **6 MARS 2023**

Courriel : pref-collectivites-locales@dordogne.gouv.fr

Le préfet de la Dordogne

à

Monsieur le président du conseil départemental de la
Dordogne
Messieurs les présidents des communautés
d'agglomération
Mesdames et Messieurs les maires
Mesdames et Messieurs les présidents des communautés
de communes
Mesdames et Messieurs les présidents des syndicats
intercommunaux
Monsieur le président de l'UDM
Monsieur le président du centre de gestion de la
fonction publique territoriale de la Dordogne
Monsieur le président de l'Agence Technique
Départementale
Monsieur le président du conseil d'administration du
SDIS de la Dordogne
Monsieur le président de l'OPH Dordogne Habitat

Pour information à Madame et Messieurs les sous-préfets

OBJET : Bilan du contrôle de légalité pour l'année 2022.

Le représentant de l'État dans le département 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 les établissements publics locaux. Ce contrôle est la contrepartie de la libre administration et des responsabilités renforcées exercées par les collectivités et les établissements publics locaux.

Dans le cadre du bilan du contrôle de légalité pour l'année 2022, il m'a semblé utile de dresser un bilan des principales illégalités ou irrégularités constatées afin de vous aider à renforcer la sécurité juridique des actes de vos collectivités. La présente circulaire détaille, par domaine de compétences, les principales règles à respecter. Elles concernent les différents domaines de la commande publique, de la fonction publique territoriale, de l'urbanisme et de la domanialité.



I-PRINCIPE GENERAL - NON-RETROACTIVITE DES ACTES

L'interdiction faite à l'administration de donner à ses actes une date d'effet antérieure à la date de leur entrée en vigueur constitue un principe général du droit. Le principe de non-rétroactivité des actes administratifs fait l'objet d'une jurisprudence constante, le juge administratif rappelant que les décisions administratives ne peuvent légalement disposer que pour l'avenir (Conseil d'État du 25 juin 1948, journal «L'Aurore»).

La date d'entrée en vigueur d'un acte est déterminée par sa publication, sa notification ou sa transmission au titre du contrôle de légalité.

Or ces actes sont parfois transmis au contrôle de légalité avec beaucoup de retard, alors même qu'elles produisaient des effets depuis plusieurs semaines. Il s'agit d'une illégalité majeure en droit administratif.

II-DELAIS DE TRANSMISSION AU PREFET

J'attire votre attention sur le fait que certaines décisions doivent m'être transmises dans un délai de 15 jours à compter de leur signature:

1- Le délai de transmission des décisions individuelles au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours.

En application des dispositions des articles L 2131-2 II et L 3131-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) la transmission des décisions individuelles intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature.

Sont concernées notamment, **en matière de fonction publique territoriale**:

- les décisions individuelles relatives à la nomination, au recrutement, y compris le contrat d'engagement,
- le licenciement des agents non titulaires.

Ne sont pas concernées les décisions prises pour faire face à un besoin lié à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité, en application de l'article L 332-23 du code général de la fonction publique - CGFP (anciennement les 1° et 2° de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale) qui ne sont pas transmissibles.

L'obligation de transmission dans un délai de quinze jours à compter de leur signature concerne **en matière d'urbanisme** les permis de construire et les autres autorisations d'utilisation du sol et les certificats d'urbanisme délivrés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, lorsqu'il a reçu compétence dans les conditions prévues aux articles L 422-1 et L 422-3 du code de l'urbanisme.

2- Le délai de transmission au contrôle de légalité dans un délai de 15 jours en matière de commande publique

Pour être exécutoires et avant d'être notifiés, tous les marchés et accord-cadres de travaux, de fournitures et de services atteignant le seuil de transmission (215 000 € HT depuis le 1^{er} janvier 2022) doivent être adressés au préfet dans un délai de quinze jours à compter de leur signature (article L 2131-13 du CGCT). Il en est de même pour les délégations de service public quel que soit leur montant (articles L 1411-9 du CGCT).



III-COMMANDE PUBLIQUE

Conformément à l'article R 2131-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT), la transmission au préfet ou au sous-préfet des marchés publics des communes et de leurs établissements publics autres que les établissements publics de santé comporte les pièces suivantes:

- 1° la copie des pièces constitutives du marché public, à l'exception des plans;
- 2° la délibération autorisant le représentant légal de la commune ou de l'établissement à passer le marché public;
- 3° la copie de l'avis d'appel à la concurrence et de l'invitation des candidats sélectionnés;
- 4° le règlement de la consultation, si celui-ci figure parmi les documents de consultation;
- 5° les procès-verbaux et rapports de la commission d'appel d'offres et les avis du jury de concours, avec les noms et qualités des personnes qui y ont siégé, ainsi que le rapport de présentation de l'acheteur prévu par les articles R 2184-1 à R 2184-6 du code de la commande publique (CCP) ou les informations prévues par les articles R 2184-7 à R 2184-11 de ce même code;
- 6° les renseignements, attestations et déclarations fournis en vertu des articles R 2143-6 à R 2143-12 et R 2143-16 du CCP.

Les principales irrégularités constatées à l'occasion du contrôle de légalité portent sur :

- L'avis de publicité effectué

Les dossiers transmis ne comportent parfois qu'une copie d'écran de l'avis d'appel à la concurrence ou une attestation de publication. 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.

L'article R 2131-5 du CGCT dressant la liste des pièces qui doivent être transmises obligatoirement au titre du contrôle de légalité, cite notamment la copie de l'avis d'appel à la concurrence.

- La non complétude de certaines rubriques obligatoires de l'avis de marché effectué au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au journal officiel de l'Union Européenne (JOUE)

Il est nécessaire de respecter, dans le détail, les obligations relatives au contenu de la publicité et il arrive fréquemment que certaines rubriques obligatoires ne soient pas complétées dans les avis de publicité (notamment la rubrique III «conditions de participation» et VI 4.3 «introduction des recours»).

Il est conseillé à vos services de consulter la fiche technique de la DAJ du ministère de l'économie, des finances, de l'action et des comptes publics "*Comment utiliser les formulaires européens*".

- Les motifs du non-allotissement

De nombreux marchés ou accords-cadres ne sont pas allotés comme l'impose l'article L 2113-10 du CCP.

L'article L 2113-11 du même code permet dans certains cas de déroger à ce principe mais *il convient* cependant de motiver ce choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de cette décision.

Il revient à la collectivité de porter ces justifications dans les pièces du marché transmises au contrôle de légalité conformément à l'article R 2113-3 du CCP (documents de consultation ou rapport de présentation lorsque la valeur du marché ou de l'accord-cadre est égale ou supérieure aux seuils européens).



- Election des membres de la commission d'appel d'offres (CAO) et de délégation de service public

La composition, l'élection et le fonctionnement de la CAO et de délégation de service public sont ceux prévus à l'article L 1411-5 II du CGCT. Les membres titulaires et suppléants doivent être élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Or, il est observé que bien souvent, les collectivités ne procèdent pas à l'organisation d'une élection mais à une désignation.

De même, la loi fixant le principe d'une élection exclut une élection partielle en cours de mandat en cas de démission ou décès d'un des membres titulaires ou suppléants.

- Intervention de la commission d'appel d'offres (CAO)

Les pouvoirs de la CAO sont définis par l'article L 1414-2 du CGCT. Ce texte limite donc la compétence décisionnelle de la CAO au seul choix du titulaire des marchés passés en procédure formalisée et d'un montant égal ou supérieur au seuil européen.

Elle ne peut donc ni attribuer les marchés ou accord-cadre dont le montant est inférieur aux seuils (elle peut simplement donner son avis), ni décider de la suite à donner après une procédure infructueuse.

- Le contenu des lettres de rejet aux soumissionnaires évincés pour les marchés et accord-cadres passés selon une procédure formalisée

Les courriers de rejet aux soumissionnaires évincés doivent mentionner le nom de l'attributaire retenu, les motifs qui ont conduit au choix de l'offre et la date à partir de laquelle le marché est susceptible d'être signé (article R 2181-3 du CCP).

Ces informations font souvent défaut dans les courriers de rejet.

- L'absence du fondement des modifications des délégations de service public (DSP)

Les règles encadrant la modification des contrats de concession (dont les DSP) sont codifiées aux articles L 3135-1 et R 3135-1 et suivants du CCP.

En dehors de ces possibilités, toute modification d'un contrat pourrait être considérée comme irrégulière.

Or, les modifications reçues ne comportent bien souvent aucune justification, ni aucun pourcentage d'augmentation engendré par cette modification et la préfecture (Direction de la Citoyenneté et de la Légalité - bureau du contrôle de légalité) est contrainte de demander régulièrement, par courrier, ces indications nécessaires au contrôle.

- L'estimation de la valeur de la concession et la méthode permettant son calcul

L'estimation de la valeur de la concession est une obligation. Or, cette estimation qui sert, en particulier, à déterminer le niveau de publicité et la procédure à mettre en œuvre pour passer le contrat de concession (article L 3122-1 du CCP) n'est souvent pas indiquée.

De plus, cette valeur doit être calculée selon une méthode objective qui doit être précisée dans les documents de la consultation (articles R 3121-1 et suivants du CCP). Dans les faits cette méthode n'est que très rarement précisée dans les documents de la consultation.



IV-FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

- Recrutements d'agents sur des emplois permanents

Les emplois permanents des collectivités sont occupés par des fonctionnaires. Le recours à des agents contractuels est dérogatoire.

Pour les emplois permanents d'agents titulaires ainsi que d'agents contractuels recrutés au titre l'article L 332-8 du CGFP, anciennement article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée, je vous rappelle les différentes étapes chronologiques de la procédure de recrutement:

- procéder à la création de l'emploi par délibération de l'assemblée délibérante;
- publier l'avis de création ou de vacance de l'emploi permanent sur le portail du centre de gestion;
- accuser réception de chaque candidature et vérifier leur recevabilité;
- présélectionner les candidats;
- convoquer les candidats présélectionnés à un ou plusieurs entretiens;
- rédiger un document précisant les appréciations portées sur chaque candidat présélectionné au regard de ses compétences, aptitudes, qualifications et expérience professionnelles, potentiel et capacité à exercer les missions dévolues à l'emploi permanent à pourvoir;
- informer les candidats non retenus de la décision de rejet de leur candidature;
- prendre l'acte d'engagement.

- Création de postes

Les emplois sont créés par délibération de l'organe délibérant conformément à l'article L 313-1 du CGFP (anciennement article 34 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée).

Cette délibération s'avère souvent trop succincte et donc incomplète. Je vous rappelle que conformément à l'article L 313-1 du CGFP précité *«Les emplois de chaque collectivité ou établissement mentionné à l'article L 4 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. Lorsqu'il s'agit d'un emploi mentionné à l'article L 412-5, elle précise en outre la nature de celui-ci et la durée des fonctions. Elle indique, le cas échéant, si l'emploi peut également être pourvu par un agent contractuel territorial. Dans ce dernier cas, elle indique le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé...»*.

De même des recrutements ont été effectués sans qu'aucune délibération n'ait été prise ou que celle-ci était rétroactive par rapport à l'acte qu'elle autorise. Je vous précise que la simple mise à jour du tableau des effectifs n'a en aucun cas vocation à se substituer à la délibération portant création (ou suppression) d'un poste. A ce propos il convient de noter que la notion de «transformation» de poste n'existe pas, seules sont prises en compte les suppressions et créations de postes.

Enfin, je vous rappelle les questions relatives aux orientations stratégiques sur les politiques de ressources humaines sont portées à la connaissance du comité social territorial (CST – ex comité technique) compétent qui doit donc être consulté avant toute création ou suppression de poste.

- Déclaration de vacances d'emploi

L'article L 313-4 du CGFP (anciennement article 41 de la loi statutaire du 26 janvier 1984) prévoit que *«L'autorité territoriale informe le centre de gestion de la fonction publique territoriale compétent de la création ou de la vacance de tout emploi permanent.*

Selon le cas, le centre de gestion ou le centre national de la fonction publique territoriale assure la publicité de cette création ou de cette vacance dans l'espace numérique commun mentionné à l'article L 311-2, à l'exception de celles concernant les emplois susceptibles d'être pourvus exclusivement par voie d'avancement de grade. Les vacances d'emploi précisent le motif de la vacance et comportent une description du poste à pourvoir.»



Un délai raisonnable doit être respecté entre la publicité de la vacance d'emploi et le recrutement d'un agent. Il s'agit de s'assurer que le public potentiellement intéressé a bien pu avoir connaissance des postes à pourvoir et a eu un délai suffisant pour postuler.

L'article 4 du décret n° 2018-1351 du 28 décembre 2018 relatif à l'obligation de publicité des emplois vacants sur un espace numérique commun aux trois fonctions publiques précise que la durée minimale de publication sur le site «Place de l'emploi public» est fixée, sauf urgence, à un mois.

- Détermination de la rémunération d'un agent contractuel

La rémunération des agents contractuels, en application notamment de l'article 1 bis du décret du 15 février 1988 relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale modifié doit être fixée au regard des fonctions exercées et de la qualification requise pour leur exercice, de l'expérience et des qualifications de l'agent ainsi que de la rémunération des agents de l'État de qualification et d'ancienneté équivalentes et exerçant des fonctions similaires.

Ainsi, en tenant compte de ces dispositions, la rémunération des agents contractuels ne doit pas apparaître disproportionnée par référence à un indice de la fonction publique de la grille de rémunération des fonctionnaires qui assure des fonctions analogues.

- Régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP) - absence de consultation du comité social territorial (CST)

Les CST sont consultés notamment sur les questions relatives aux orientations stratégiques en matière de politique indemnitaire.

L'absence de consultation du CST sur la mise en œuvre du régime indemnitaire des agents constitue un vice de procédure, affectant la légalité de la délibération instaurant le RIFSEEP.

En effet, le 6° de l'article L 253-5 du CGFP prévoit que les CST connaissent des questions relatives «aux orientations stratégiques en matière de politique indemnitaire...».

Il convient donc de procéder à la consultation du CST sur tous les critères relatifs à la définition du cadre général du dispositif: agents concernés et agents exclus, définition de groupes de fonctions par cadre d'emplois au regard des critères professionnels, définition des plafonds pour chacune des deux parts, 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 faire l'objet d'une consultation du CST, tant sur leur instauration que sur leur éventuelle modification.

Attention : les agents de droit privé ne sont pas concernés par le RIFSEEP. Les primes dont ils bénéficient doivent être prévues dans leurs contrats. Ils ne peuvent bénéficier de gratifications qui sont réservées aux stagiaires non fonctionnaires.

- L'absence de complément indemnitaire annuel (CIA)

L'article L 714-5 du CGFP (anciennement article 88 de la loi statutaire du 26 janvier 1984 modifié) prévoit que: «Les régimes indemnitaires peuvent tenir compte des conditions d'exercice des fonctions, de l'engagement professionnel et, le cas échéant, des résultats collectifs du service.

Lorsque les services de l'Etat servant de référence bénéficient d'une indemnité servie en deux parts, l'organe délibérant détermine les plafonds applicables à chacune de ces parts et en fixe les critères, sans que la somme des deux parts dépasse le plafond global des primes octroyées aux agents de l'Etat».



Il ressort de ces dispositions que, lorsque les services de l'État servant de référence aux cadres d'emplois de la fonction publique territoriale bénéficient d'une telle indemnité, l'organe délibérant doit déterminer les plafonds applicables à chacune de ces deux parts et en fixer les critères d'attribution.

En se fondant sur le principe de parité entre la fonction publique de l'État (FPE) et la fonction publique territoriale, le Conseil Constitutionnel confirme par une décision n°2018-727 QCP du 13 juillet 2018 le principe selon lequel les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont bel et bien tenus de mettre en place une part CIA lorsque cette même part a été instituée pour les agents des corps homologues de la FPE.

Ainsi, la collectivité a l'obligation de déterminer deux plafonds applicables à chacune de ces parts et d'en fixer les critères d'attribution. Il n'est donc pas possible d'instaurer le RIFSEEP autrement qu'en deux parts: l'indemnité de fonctions, de sujétions et d'expertise (IFSE) et le CIA. L'absence de fixation du CIA dans la délibération ne peut pas être considérée comme un CIA évalué à 0% (TA Rennes 19 décembre 2019 n°1702476). Le versement de ce complément indemnitaire à titre individuel reste cependant facultatif.

- Modulations du RIFSEEP en cas d'arrêt maladie

J'ai pu observer que des délibérations portant sur la mise en place ou la modification du RIFSEEP prévoyaient des conditions de modulation du RIFSEEP en cas d'arrêt maladie sans indiquer les modalités de versement de l'IFSE et complément indemnitaire annuel (CIA) en cas de congé de longue maladie, de grave maladie et de longue durée.

Je vous rappelle que les conditions de maintien ou de modulation du RIFSEEP en cas de congés maladie doivent être examinées au regard du principe de parité et des conditions prévues pour les agents relevant de la FPE.

Le décret n°2010-997 du 26 août 2010 relatif au régime de maintien des primes et indemnités des agents publics de l'Etat et des magistrats de l'ordre judiciaire dans certaines situations de congés par combinaison avec l'article L313-1 du CGFP (anciennement article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984), indique que les agents de l'État en congé de maladie ordinaire, congé pour maternité, pour adoption, congé de paternité et d'accueil de l'enfant conservent l'intégralité de leurs primes et indemnités pendant trois mois, puis 50% pendant neuf mois, le maintien du régime indemnitaire se faisant dans les mêmes proportions que celui du traitement.

En revanche, aucune disposition ne prévoit le maintien du régime indemnitaire durant les périodes de congés de longue maladie, de grave maladie ou de longue durée.

- Lignes directrices de gestion

Conformément à l'article L 413-3 du CGFP (en remplacement de l'article 33-5 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée par l'article 20 de la loi n°2019-828 du 6 août 2019) , les lignes directrices de gestion sont arrêtées par l'autorité compétente après avis du comité social compétent.

L'article L 413-1 de ce même code précise que *«les lignes directrices de gestion déterminent la stratégie pluriannuelle de pilotage de ressources humaines, notamment en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Elles fixent les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours des agents publics, sans préjudice du pouvoir général d'appréciation de l'autorité compétente en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général. »*.

En conséquence, à défaut de lignes directrices de gestion, une autorité territoriale ne peut prononcer de nomination par la voie de la promotion interne.



Par ailleurs, le décret n°2019-1265 du 29 novembre 2019 relatif aux lignes directrices de gestion et à l'évolution des attributions des commissions administratives paritaires détermine, dans ses articles 13 à 20, les dispositions applicables à la fonction publique territoriale.

Ainsi, les lignes directrices de gestion qui sont établies par l'autorité territoriale et soumises pour avis au comité social territorial, déterminent la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines dans chaque collectivité et établissement public, et fixent les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours professionnels (avancements de grades et promotions internes).

V-DOMANIALITE – ALIENATION DE CHEMINS RURAUX

- Rappel sur la procédure d'aliénation

La procédure d'aliénation est régie par les dispositions de l'article L 161-10 du Code Rural de la Pêche Maritime (CRPM). Elle implique trois étapes obligatoires à suivre chronologiquement, à savoir:

- 1) la désaffectation du chemin rural qui n'est plus utilisé par le public;
- 2) une vente décidée après enquête publique;
- 3) l'acquisition du terrain supportant le chemin actuellement emprunté par les passants.

- L'aliénation d'un chemin rural implique l'avis de la communauté de communes compétente

Lorsqu'une commune envisage de vendre un chemin rural et qu'elle est membre d'un EPCI qui dispose de la compétence « voirie communale », elle doit, préalablement à cette aliénation, demander l'avis du groupement sur l'affectation de cette voie.(CAA Bordeaux, 5 mars 2009, n° 07BX02405).

- Dépenses liées à l'enquête publique

Conformément aux articles L 123-18 du code de l'environnement et R 134-18 du code des relations publiques entre les particuliers et l'administration, les dépenses qui découlent de l'enquête publique organisée en vue d'une aliénation d'un chemin rural constituent des dépenses obligatoires des communes et sont à la charge du maître d'ouvrage. Elles ne peuvent en aucun cas être mises à la charge de l'acquéreur.

Pour toutes précisions complémentaires sur ces différentes questions, mes services se tiennent à votre disposition. Vous pouvez interroger la Direction de la Citoyenneté et de la Légalité à l'adresse suivante : pref-collectivites-locales@dordogne.gouv.fr.

Le préfet



Jean-Sébastien LAMONTAGNE

