

MINISTERE DE L'INTERIEUR

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES
FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

Direction Générale des Collectivités Locales

Direction Générale de la Comptabilité
Publique Direction Générale de la
Concurrence,
de la Consommation et de la Répression des Fraudes

16 MARS 2000 CD-0734

LE MINISTRE DE L'INTERIEUR

LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

LA SECRETAIRE D'ETAT AU BUDGET

a

MESDAMES ET MESSIEURS LES PREFETS

MESDAMES ET MESSIEURS LES TRESORIER-PAYEURS GENERAUX

MESDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS
DEPARTEMENTAUX DE LA CONCURRENCE, DE LA
CONSOMMATION ET DE LA REPRESSION DES FRAUDES

OBJET: Circulaire NOR/INT/B/00 00037/C du 23 février 2000 relative à l'exercice du contrôle de légalité en matière de marchés publics et de délégations de service public.

Vous voudrez bien trouver ci-jointe la circulaire conjointe du 23 février 2000 relative à l'exercice du contrôle de légalité en matière de marchés publics et de délégations de service public.

Cette circulaire vous rappelle le caractère prioritaire que revêt le contrôle des actes des collectivités locales dans le domaine de la commande publique.

Elle s'inscrit également dans un contexte de forte attente des élus locaux désireux de voir les services de l'Etat leur apporter une plus grande sécurité juridique.

Ainsi, l'importance que le Gouvernement attache au respect de la légalité et à la transparence de l'action administrative rend nécessaire une collaboration renforcée et des échanges constants d'informations entre les différents services de l'Etat.

Nous vous saurions gré de bien vouloir transmettre ce document aux agents placés sous votre autorité afin qu'ils puissent exercer de la manière la plus éclairée possible les missions qui leur sont confiées.

Des initiatives conjointes des préfetures, des trésoreries générales et des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour la présentation de cette circulaire aux agents sous votre autorité paraissent de nature à assurer la meilleure efficacité possible dans la mise en place du dispositif prévu par cette circulaire.

Vous voudrez bien nous rendre compte sous les timbres du bureau de contrôle de légalité et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur (DGCL), du bureau 6C, gestion financière et comptable des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, (DGCP) et du bureau B4, marchés publics et délégations de service public, (DGCCRF) du ministère et l'économie, des finances et de l'industrie, de vos initiatives pour la promotion et la mise en oeuvre de la circulaire.

Pour le ministre de l'intérieur
le directeur général
des collectivités locales

23 FEV. 2000

LE MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE LA
SECRÉTAIRE D'ÉTAT AU BUDGET
A

MESDAMES ET MESSIEURS LES TRÉSORIER-PAYEURS GÉNÉRAUX

MESDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS DÉPARTEMENTAUX
DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA
RÉPRESSION DES FRAUDES

OBJET : Exercice du contrôle de légalité en matière de marchés publics et de déléguations de service public.

La présente circulaire a pour objet de rappeler le caractère prioritaire que revêt le contrôle des actes des collectivités locales dans le domaine de la commande publique. Ce contrôle, afin d'en améliorer l'efficacité, doit faire l'objet d'une stratégie territoriale annuelle mise en oeuvre dans le cadre d'une coopération renforcée entre les services de la préfecture et les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Lors de sa déclaration de politique générale le 19 juin 1997, le Premier ministre a souligné sa volonté d'approfondir le pacte républicain et de moderniser la démocratie. Une République affermie requiert en effet un Etat assumant sans défaillance ses responsabilités, notamment en ce qui concerne le respect du droit qui, dans une démocratie, s'impose à tous. Les responsabilités accrues que les collectivités locales assument depuis la décentralisation impliquent l'exercice d'un contrôle vigilant.

Le contrôle de légalité des actes des autorités locales a une portée particulière dans le domaine de la commande publique en raison de ses enjeux.

L'enjeu financier : l'ensemble des biens et des services achetés par les administrations publiques est évalué à 740 MdF par an, soit environ 8% du PIB. Au sein de cet ensemble, les dépenses relevant du code des marchés publics s'élèvent à 250 MdF par an dont 58% pour les collectivités locales et leurs établissements publics. Or, le bon emploi des deniers publics doit faire l'objet d'une attention vigilante.

L'enjeu économique : le droit de la commande publique repose sur les principes de transparence de la décision publique, de mise en concurrence des fournisseurs, et de liberté et d'égalité d'accès à la commande publique. Il permet donc une allocation optimisée des dépenses publiques en améliorant la qualité de la commande au regard des besoins de la collectivité, notamment grâce à la publicité et à la délibération, et en suscitant la meilleure offre de la part des secteurs professionnels concernés.

L'enjeu politique : l'impact de certaines dérives sur l'état de l'opinion est en effet considérable et pourrait à terme affaiblir la confiance des citoyens en notre démocratie. Nos concitoyens attendent de l'Etat qu'il soit en mesure de prévenir ces dérives. De leur côté, les élus locaux, confrontés au développement de la pénalisation du droit de la commande publique, sont sensibilisés à ce qu'ils perçoivent comme une insécurité juridique croissante. Dans ce contexte, l'exercice par les services de l'Etat des missions d'information, de conseil et de contrôle revêt aujourd'hui dans ce domaine une importance toute particulière.

C'est pourquoi le contrôle de légalité, mission confiée au préfet par la loi conformément aux termes de la Constitution et qui doit désormais acquérir le statut d'une véritable politique publique, doit bénéficier d'une mobilisation de l'ensemble des administrations qui concourent à contrôler la légalité de la commande publique.

Tel est l'objet de la présente circulaire.

1. L'exercice du contrôle de légalité qui incombe au préfet bénéficie de l'appui des services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

1.1. Le contrôle de légalité est une politique publique qui relève de la compétence des préfets

1.1.1. Une mission essentielle des préfets

Le représentant de l'Etat est chargé, en vertu de l'article 72 de la Constitution, du contrôle administratif, qu'il exerce dans le cadre des directives gouvernementales qui lui sont adressées.

Le code général des collectivités territoriales, dans ses articles L 2131-1, L 3131-1 et L 4141-1 et suivants, précise les modalités d'exercice du contrôle de légalité. Le préfet, ou son délégué dans l'arrondissement, doit être destinataire des actes soumis à l'obligation de transmission. En vertu des dispositions des articles L 2131-6, L 3132-1 et L 4142-1, le préfet est compétent pour déférer au tribunal administratif les actes qu'il estime contraires à la légalité. Le décret n° 82-389 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs du préfet et à l'action des services et organismes publics de l'Etat dans les départements rappelle, dans son article 2, que le préfet assure le contrôle administratif des communes, des départements et de leurs établissements publics. Ce décret précise dans son article 4 que le préfet est assisté dans l'exercice de ses fonctions notamment d'un secrétaire général et de sous-préfets. Le décret n° 82-390 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des préfets de région et à l'action des services et organismes publics de l'Etat dans la région rappelle également dans son article 2 que le préfet de région assure le contrôle administratif de la région, de ses établissements publics et des établissements publics interrégionaux qui ont leur siège dans la région. Ce décret précise dans son article 12 que le préfet de région est assisté dans l'exercice de ses missions d'un secrétaire général pour les affaires régionales.

Le secrétaire général de la préfecture assurant l'intérim du préfet en cas d'absence ou d'empêchement de ce dernier a qualité pour procéder au déferé (Conseil d'Etat, 27 février 1995, Préfet de l'Essonne). En outre, en vertu des dispositions de l'article 17 du décret n° 82-389 du 10 mai 1982, le préfet peut donner délégation de signature au secrétaire général en toutes matières, y compris pour l'exercice du contrôle de légalité, comme le confirme l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 1994, Office public départemental d'HLM du Var. De même, l'article 16 du décret n° 82-390 du 10 mai 1982 dispose que le préfet peut donner délégation de signature en toutes matières au secrétaire général pour les affaires régionales.

Par ailleurs, l'article 34-1 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 dispose que le délégué dans l'arrondissement du représentant de l'Etat dans le département exerce, par délégation, tout ou partie des attributions dévolues à ce dernier. L'article 17 du décret n° 82-389 dispose ainsi que le préfet peut donner délégation de signature aux sous-préfets pour toutes les matières intéressant leur arrondissement. L'article 4-1° de ce décret précise que le sous-préfet participe à l'exercice du contrôle administratif et au conseil aux collectivités locales.

1.1.2. Pour exercer cette mission le préfet peut s'appuyer sur différents services

1.1.2.1. Le Préfet s'appuie sur ses services

Le décret n° 82-389 du 10 mai 1982 précise dans son article 4 que le préfet est assisté dans l'exercice de ses fonctions, d'un secrétaire général et de sous-préfets, ainsi que des services de la préfecture.

1.1.2.2. Le Préfet peut s'appuyer sur les autres services de l'Etat

Le décret précité précise également dans le même article 4 que le préfet est assisté dans ses fonctions par les chefs des services déconcentrés de l'Etat.

Le décret n° 82-390 du 10 mai 1982 précise dans son article 12 que le préfet de région est assisté dans l'exercice de ses fonctions par les chefs ou responsables des services de l'Etat dans la région. Parmi ces services, les services déconcentrés de la direction générale de la comptabilité publique et les services déconcentrés de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont associés à l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique.

En vertu des dispositions de l'article 7 du décret n° 82-389 du 10 mai 1982 et de l'article 6 du décret n° 82-390 du 10 mai 1982, le pouvoir de direction du préfet, sous l'autorité de chacun des ministres concernés, sur les services déconcentrés des administrations civiles de l'Etat dans le département et dans la région ne s'applique pas à l'exercice des missions relatives au paiement des dépenses publiques, qu'assurent les services déconcentrés de la direction générale de la comptabilité publique.

Les services déconcentrés de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont soumis au pouvoir de direction du préfet. Cependant, les actes qu'ils effectuent dans l'exercice des pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent des articles 45 et suivants de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'ont pas un caractère administratif mais appartiennent à la procédure juridictionnelle. En conséquence, dans ce cadre, les agents des services déconcentrés de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes agissent en tant qu'auxiliaires de police judiciaire placés sous l'autorité du procureur de la République, comme l'a précisé la Commission d'accès aux documents administratifs dans une décision du 17 décembre 1997.

1.2. La politique du contrôle de légalité est un des volets du projet territorial

Le comité interministériel a adopté, lors de sa réunion du 13 juillet 1999, le principe de la création dans les départements et les régions d'un projet territorial. Le projet territorial est un cadre d'action commun à l'ensemble des services déconcentrés. Il est élaboré collégalement par les chefs de service, à l'initiative et sous la responsabilité du préfet. Le projet territorial expose les priorités et les modalités d'action des services au regard des objectifs généraux des politiques publiques et d'une analyse partagée de la situation locale.

Dans le cadre du projet territorial, les instructions des administrations centrales prennent la forme de documents de référence, les directives nationales d'orientation. Ces directives définissent, à l'usage des préfets et des chefs de service, les orientations et les objectifs de résultats assignés à chacune des politiques publiques qu'ils ont à mettre en oeuvre.

La présente circulaire est une directive nationale d'orientation concernant le contrôle de la légalité de la commande publique.

1.3. Les capacités d'expertise du réseau du Trésor public et des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont associées à l'exercice du contrôle de légalité

Le code général des collectivités territoriales dispose que les conventions relatives aux marchés et les conventions de concession ou d'affermage des services publics locaux doivent être transmises au préfet. Le contrôle de légalité est donc un contrôle sur pièces. Cependant, pour l'exercice de ce contrôle, le préfet peut s'appuyer sur les capacités d'expertise des services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

1.3.1. Les comptables publics des collectivités locales n'ont pas pour mission d'exercer eux-mêmes le contrôle de légalité des actes des collectivités locales mais doivent apporter leur concours aux préfets

Les principes décrits ci-après concernent, bien évidemment, le cadre particulier de cette circulaire, c'est-à-dire les marchés publics et les délégations de service public et s'appliquent, de plus, à l'ensemble des actes.

1.3.1.1. Le contrôle de légalité au sens du code général des collectivités territoriales n'entre pas dans les compétences propres des comptables publics: le comptable vérifie la légalité externe

• *Rappel des textes et de la jurisprudence*

En application des articles 11, 12 et 13 du décret no 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, les comptables publics effectuent un contrôle de la régularité des opérations de recettes et de dépenses des autorités locales pour l'exécution des budgets locaux. Ce contrôle consiste, en matière de dépenses, à vérifier la qualité de l'ordonnateur, la disponibilité des crédits, l'exacte imputation de la dépense, la validité de la créance et le caractère libératoire du règlement.

La jurisprudence a confirmé que le contrôle du comptable public était un contrôle de la régularité qui ne saurait s'étendre au contenu des actes lui-même. Ainsi, la Cour des comptes, dans son arrêt Marillier du 28 mai 1952, a précisé que le comptable est tenu d'effectuer un paiement en vertu d'une décision régulière en la forme, quand bien même elle serait en elle-même illégale.

Le Conseil d'État, dans sa décision Balme du 5 février 1971, a adopté la même analyse et a rappelé que le comptable ne saurait reprocher à l'ordonnateur compétent sa méconnaissance de dispositions réglementaires, dès lors qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'irrégularités énumérées de façon limitative par le décret de 1962.

Le principe classique de séparation des ordonnateurs et des comptables a été réaffirmé lors de la décentralisation. L'article 15 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982, devenu l'article L 1617-2 du code général des collectivités territoriales, précise que le comptable « ne peut subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire. ».

Le Conseil d'État a récemment rappelé le principe selon lequel le comptable n'a pas le pouvoir de se faire juge de la légalité dans l'arrêt du 8 septembre 1997, Ministre de l'économie et des finances (Centre hospitalier de Besançon).

Les implications pratiques

Ainsi, le comptable ne doit pas apprécier la légalité interne des actes qui servent de fondement à la créance, mais seulement l'existence et la régularité des pièces justificatives du paiement.

Dans ces conditions, si le comptable doit refuser le paiement de tout mandat qui n'est pas appuyé des pièces justificatives en forme régulière, il ne peut, en revanche, refuser le paiement d'un mandat au motif que les pièces qui lui sont jointes, bien qu'établies en forme régulière, contreviendraient à un texte législatif ou réglementaire.

Les vérifications que le comptable est tenu d'effectuer préalablement au paiement lui permettent de s'assurer du respect de la légalité formelle (ou externe) des pièces justificatives qu'il reçoit.

Ces contrôles sont effectués en application de l'article 60 de la loi de finances pour 1963 (n° 63-156 du 23 février 1963), de l'article L.1617-2 du code général des collectivités territoriales et du décret précité du 29 décembre 1962.

S'agissant plus précisément de la régularité formelle (légalité externe) des actes, le comptable public doit veiller notamment (article 13 du décret du 29 décembre 1962) à « l'intervention préalable des contrôles réglementaires et à la production des justifications de paiement. ». Dans ce cadre, il doit, en particulier, s'assurer du caractère exécutoire des actes des collectivités, conformément aux dispositions des articles L 2131-1 et L 2131-2, L 3131-1 et L 3131-2, L 4141-1 et L 4141-2 du code général des collectivités territoriales. A défaut de caractère exécutoire, le comptable ne peut ni mettre en paiement la dépense, ni déférer à un éventuel ordre de réquisition qui lui serait notifié par l'ordonnateur (article L 1617-3 du code général des collectivités territoriales).

Cette mission essentielle confiée au comptable public le conduit à refuser d'exécuter les actes des ordonnateurs dont la légalité formelle n'est pas assurée.

1.3.1.2. Au-delà de ces attributions légales, le réseau du Trésor public prêle son concours à l'exercice du contrôle de légalité exercé par le représentant de l'Etat.

-L'information des préfets par les trésoriers payeurs généraux

Les circulaires n° 90 CD 2646 du 18 juin 1990, n° CD 4211 du 12 septembre 1990 et n° CD 2121 du 13 mai 1992 ont organisé une participation des comptables publics au contrôle de légalité. Ainsi, dans le respect des textes et des missions particulières de la direction générale de la comptabilité publique, rappelées ci-dessus, lorsqu'un comptable constate qu'il doit exécuter un acte manifestement illégal, il doit le signaler au trésorier-payeur général afin qu'il soit en mesure d'en informer le préfet.

-La demande d'expertise des préfets auprès des trésoriers-payeurs généraux

Les préfets peuvent consulter les trésoriers-payeurs généraux sur la légalité des actes qui leur sont transmis. La nécessité de contacts réguliers entre le préfet et le trésorier-payeur général en matière de contrôle de légalité a d'ailleurs été réaffirmée par les circulaires NOR INT B 9300170C du 29 juillet 1993 et n° CD 3 943 du 23 novembre 1993.

-Le rôle de conseil du Trésor public au profit des ordonnateurs

Les élus souffrent d'une insécurité juridique croissante. Dans ce contexte, l'information et le conseil des ordonnateurs, par les comptables, en amont de l'action publique revêt une importance toute particulière. Ils sont, en effet, des interlocuteurs proches et réguliers des élus et peuvent les conseiller sur la légalité des mesures qu'ils souhaitent faire adopter.

La mission d'information des trésoriers-payeurs généraux, dans le cadre de la participation du réseau du Trésor public au contrôle de la légalité, n'est en rien contradictoire avec la mission traditionnelle de conseil des élus locaux.

1.3.2. La direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes dont la mission première est de faire respecter le droit de la concurrence, apporte son appui au contrôle de légalité des marchés publics et des délégations

Dans le domaine des marchés publics et des délégations de service public, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a pour mission d'agir en vue d'empêcher, ou de constater et de faire sanctionner, les pratiques altérant le jeu de la concurrence. Ses compétences, fondées sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, l'autorisent à engager des procédures à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles, dont la détection est facilitée par sa présence de droit aux commissions de marchés et de délégations de service public.

Les agents des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peuvent également être sollicités pour expertise par les préfets en charge du contrôle de légalité. Cette possibilité revêt un intérêt particulier dans le cas de dossiers présentant un enjeu économique important en termes de concurrence.

Sur l'ensemble du territoire national, environ 150 agents sont affectés, dans les directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, au contrôle des marchés publics au regard de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (moins de deux agents par département).

Lorsque les agents du Trésor public et les agents des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes décèlent, lors de leur présence dans ces commissions, des irrégularités dans la procédure utilisée par la collectivité publique, ils font des observations au procès-verbal de la réunion, lequel est ensuite transmis au contrôle de légalité avec les autres pièces du marché. En cas d'irrégularité grave, les trésoriers-payeurs généraux et les directeurs départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont pour instruction d'alerter sans délai le préfet afin de permettre le déclenchement de la procédure du référé pré contractuel prévu à l'article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

1.4. Le préfet dispose du pouvoir de saisir pour avis des instances d'expertise

1.4.1. Les chambres régionales des comptes

Les chambres régionales des comptes, chargées en vertu de l'article L 211-8 du code des juridictions financières d'examiner la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ont acquis une connaissance approfondie des pratiques des collectivités locales et des entreprises intervenant dans certains secteurs économiques, notamment ceux concernés par les délégations de service public.

Cet examen de gestion porte sur des actes qui ont été soumis au contrôle de légalité. Il s'avère complémentaire de ce contrôle, la chambre régionale des comptes procédant à un contrôle plus tardif qui lui permet d'apprécier les conditions d'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Des enseignements peuvent en être tirés en vue d'éclairer et d'orienter la pratique quotidienne du contrôle de légalité par les services de la préfecture. Ceci est d'autant plus utile que certains élus locaux font état de leur incompréhension devant les observations de la chambre régionale des comptes lorsque le contrôle de légalité n'avait pas émis d'observations particulières.

En vertu des articles L 234-1 et L 234-2 du code des juridictions financières, le préfet peut saisir pour avis sur les délégations de service public et sur les marchés la chambre régionale des comptes. Elle formule ses observations dans le délai d'un mois, délai compatible avec les délais de recours du contrôle de légalité.

1.4.2. Le tribunal administratif

Le préfet peut, de même, en cas de difficulté juridique, saisir pour avis le tribunal administratif en vertu des dispositions de l'article R 242 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

1.4.3. La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public peut procéder à des enquêtes diligentées à la demande du préfet

Créée par la loi n°91-3 du 3 janvier 1991, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public est chargée de vérifier les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et des sociétés d'économie mixte nationales ou locales.

Lorsqu'elles concernent les collectivités locales, leurs établissements publics et leurs sociétés d'économie mixte, les enquêtes peuvent être diligentées à la demande du préfet (article 2, troisième alinéa).

Les pouvoirs d'investigation et la grande technicité de la Mission présentent un intérêt particulier lorsque l'exercice du contrôle de légalité conduit les préfets à supposer que l'appréciation de la légalité d'un acte pourrait requérir la mise en oeuvre des pouvoirs et des capacités d'expertise de cette Mission.

2. Une stratégie territoriale annuelle élaborée dans le cadre d'une coopération inter services renforcée doit Permettre d'améliorer l'efficacité du contrôle de légalité de la commande Publique

2.1 La politique publique du contrôle de légalité des marchés et des délégations de service public a deux objectifs : un meilleur conseil aux collectivités locales, un contrôle de légalité plus cohérent et plus pertinent.

2.1.1 Mieux répondre à la forte demande de conseil juridique émanant des collectivités locales

L'information et le conseil aux décideurs locaux sont de plus en plus nécessaires dans un contexte caractérisé par la complexité et la pénalisation croissantes du droit de la commande publique, marqué par l'importance du droit d'origine communautaire, et des montages contractuels mis en oeuvre. Les services des préfectures et les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie doivent être en mesure d'apporter une aide accrue aux collectivités locales, notamment dans les plus petites collectivités dont les moyens sont parfois insuffisants pour leur permettre d'évoluer dans une sécurité juridique satisfaisante.

La nécessité de ces actions d'information est d'autant plus établie que vous relevez à l'occasion du contrôle de légalité des marchés publics une méconnaissance persistante de la réglementation, qui se traduit par des irrégularités répétées dans les procédures de passation des marchés publics.

En outre, à l'occasion de la passation de marchés publics ou de délégations de service public, l'inobservation des textes peut aboutir à la constitution d'infractions pénales, telles que la prise illégale d'intérêts ou l'octroi d'avantage injustifié.

2.1.2 Un contrôle plus cohérent et lus pertinent

Le contrôle de légalité de la commande publique doit être plus homogène sur l'ensemble du territoire national, entre arrondissements au sein d'un département, ou entre départements. Il doit également être cohérent, quel que soit le service administratif qui est amené à apprécier la légalité du marché ou de la délégation.

L'efficacité commande, également de hiérarchiser des priorités dans l'exercice du contrôle, selon la nature et les caractéristiques des actes transmis. La détermination de priorités offre en outre aux agents chargés de l'exercice de cette mission une meilleure visibilité sur les enjeux du contrôle de légalité en matière de commande publique et sur le sens de l'exercice de cette mission.

Le droit applicable aux marchés publics et aux délégations de service public doit être mieux maîtrisé. A cette fin, les services déconcentrés doivent être en mesure de mieux mobiliser et de mettre en commun, en tant que de besoin, leurs capacités d'expertise juridique.

2.2. Pour atteindre ces objectifs , il est nécessaire de renforcer l'unité d'action de l'Etat par la généralisation de la coopération renforcée entre les services

2.2.1. Compte tenu de ces objectifs le contrôle de légalité de la commande publique requiert un renforcement de l'unité d'action des services de la préfecture et des services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

Aujourd'hui, l'information et le conseil aux élus locaux sont souvent mis en oeuvre par les services préfectoraux et par les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie sans concertation suffisante. Il en résulte que l'Etat ne dispose pas dans tous les départements d'une vision d'ensemble sur les besoins d'information et de conseil émanant des décideurs locaux, ni sur la manière dont il répond à cette demande. La généralisation dans tous les départements de la mise en commun des informations portant sur cette demande de conseil et sur les actions menées par les services de l'Etat permettrait d'améliorer l'efficacité de son action.

L'homogénéité des pratiques du contrôle de légalité au sein des différents arrondissements requiert des échanges accrus entre la préfecture et les sous-préfectures, ainsi qu'entre les sous-préfectures. L'homogénéité des pratiques suppose également d'éviter et de prévenir tout risque de divergence portant sur l'interprétation du droit applicable entre les services préfectoraux et les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Ceci milite également en faveur d'échanges réguliers entre ces services. Un raisonnement analogue peut être fait pour atteindre l'objectif d'une meilleure maîtrise du droit applicable.

La détermination de priorités pour l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique ne peut qu'obéir à une logique de concertation étroite entre les services préfectoraux et les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Elle requiert en effet une mise en commun des informations détenues par chaque service sur les pratiques et les situations locales. Par ailleurs, la détermination des priorités du contrôle de légalité de la commande publique ne doit pas porter préjudice à l'exercice par les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie de leurs missions spécifiques telles qu'elles ont été présentées dans la première partie de la présente circulaire. Une concertation étroite entre les services est donc indispensable.

2.2.2. La généralisation dans tous les départements d'une coopération renforcée entre les services est donc nécessaire

La coopération renforcée entre les services est déjà une réalité dans un certain nombre de départements. Elle se présente sous des formes et des appellations variées. Des instances de coordination interministérielles ont été orées sous la dénomination de pôles juridiques, pôles de compétence, "clubs de juristes", notamment. Une circulaire du ministre de l'intérieur du 29 juillet 1993 avait déjà appelé l'attention des préfets sur l'intérêt de la formule souple du pôle de compétence.

La coopération renforcée doit désormais être généralisée dans tous les départements. En s'inspirant en tant que de besoin des dispositions des articles 17-5 du décret n° 82-389 du 10 mai 1982 et 16-3 du décret n° 82-390 du 10 mai 1982, les préfets prendront l'initiative, lorsqu'elle n'existe pas déjà, de mettre en place cette coopération renforcée pour le contrôle de la légalité de la commande publique. Elle regroupe les services de la préfecture, des sous-préfectures, la trésorerie générale et la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Le président de la chambre régionale des comptes, ou son représentant compétent pour votre département, peut fournir un apport considérable aux travaux menés dans ce cadre, compte tenu de son rôle d'expertise et de sa connaissance approfondie des pratiques des collectivités et de l'environnement économique. Sa participation, dont nous vous laissons juge, est également possible dans la perspective d'optimiser l'utilisation de votre pouvoir de saisine pour avis de la chambre régionale des comptes sur les conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public.

Le président du tribunal administratif peut être associé aux réflexions menées dans ce cadre sur les orientations de la jurisprudence et sur l'utilisation des procédures d'urgence.

Enfin il est recommandé d'informer le procureur de la République de la mise en oeuvre ou de l'approfondissement de cette dynamique de travail interministérielle, afin d'affermir une meilleure compréhension réciproque des préoccupations respectives.

2.3. La coopération renforcée a pour mission prioritaire d'élaborer une stratégie territoriale annuelle du contrôle de la légalité de la commande publique

Les trois orientations suivantes doivent être privilégiées.

2.3.1. Améliorer l'information et le conseil aux élus locaux

Les préfets doivent procéder en fin d'année au bilan des actions d'information et de conseil aux collectivités locales effectuées dans les départements en matière de légalité des marchés publics et des délégations de service public. Ce bilan est établi en commun avec le trésorier-payeur général et, après avis du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Il doit permettre de recenser l'ensemble des actions entreprises et de présenter les modalités d'exercice du conseil juridique aux collectivités locales.

Sur la base de ce bilan, les préfets déterminent en concertation avec les trésoriers payeurs généraux et après avis des directeurs départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes les orientations et les mesures que pourrait requérir une amélioration de l'information et du conseil aux élus locaux dispensés par les services concernés. Ces orientations et mesures sont arrêtées par les préfets après avis conforme des trésoriers-payeurs généraux en tant qu'elles concernent le réseau du Trésor public.

Les préfets et les sous-préfets prennent toutes dispositions pour que leurs services chargés du contrôle de la légalité de la commande publique accomplissent cette fonction au mieux de leurs moyens, en procédant au besoin à toute mesure de réorganisation qui leur paraîtrait éventuellement nécessaire.

Dans le cadre de cette démarche, l'exercice traditionnel du conseil aux ordonnateurs locaux assuré par les trésoriers-payeurs généraux est préservé et il est tenu compte des moyens, des missions de contrôle et des priorités d'action de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Cette démarche peut aboutir à l'élaboration d'un plan commun d'information et de conseil aux élus locaux fédérant les actions menées par les services concernés. Ce plan peut préciser

- les services en charge de ces actions ;
- les contenus selon les catégories de destinataires ;
- les modalités retenues pour assurer ces actions : réunions d'élus, diffusion de circulaires et de documentations, recueil de questions par courrier ou forum électronique, sont des exemples parmi d'autres.

2.3.2. Un contrôle de légalité de la commande publique plus homogène et un droit mieux maîtrisé

En ce qui concerne les services de la préfecture, la répartition des compétences entre les bureaux, et éventuellement entre directions, fera en tant que de besoin l'objet d'une réflexion préalable en vue de l'amélioration de l'efficacité du contrôle de légalité. La formation des agents chargés du contrôle de légalité doit faire l'objet d'un plan conçu à l'échelle de l'ensemble de la préfecture et des sous-préfectures pour donner aux actions de formation suivies par les agents une cohérence d'ensemble. Il est nécessaire d'associer à cette démarche les sous-préfectures.

Les préfets mettent en place, après avis conforme du trésorier-payeur général en tant qu'elle concerne le réseau du Trésor public, une coopération interservices destinée à favoriser l'harmonisation des doctrines des différents services, à développer la pratique des expertises juridiques en commun, et en tant que de besoin à mettre en oeuvre des actions de formation communes aux agents des différents services concernés.

2.3.3. Déterminer des priorités et concevoir un plan d'action

2.3.3.1. Porter un diagnostic préalable sur l'état du respect de la légalité

Chaque année, les services de la préfecture et les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie établissent en commun, dans le cadre de la coopération renforcée, un diagnostic grâce à la mise en commun de leurs informations irrégularités constatées lors de l'exercice du contrôle de légalité l'année précédente, suites contentieuses, données relatives aux pratiques de gestion et à la situation financière des collectivités locales, traits dominants de l'environnement économique local et sectoriel notamment au regard de la concurrence, évolutions récentes de la législation, de la réglementation et de la jurisprudence, permanences ou modifications du contexte politique local notamment.

La consultation de la chambre régionale des comptes pour la formulation de ce diagnostic revêt un grand intérêt.

2.3.3.2. Assigner aux services préfectoraux une mission claire: le contrôle de tous les marchés et délégations de service public transmis au préfet

Le contrôle de légalité des marchés publics et des délégations de service public porte sur la régularité des formalités de publicité et de mise en concurrence. Il est certes parfois possible que la régularité formelle d'une procédure soit parfaitement respectée sans que soit pourtant garantie la sincérité de la mise en concurrence en raison d'ententes préalables entre certains acteurs.

Cependant un contrôle de légalité exhaustif et exercé avec vigilance permet, à travers la vérification du respect des formalités de publicité et de mise en concurrence, de garantir dans une très grande mesure l'application effective et sincère des principes de liberté et d'égalité d'accès des candidats à la commande publique. C'est pourquoi tous les marchés publics et les délégations de service public qui vous sont transmis doivent faire l'objet d'un examen vigilant par les services de la préfecture au titre du contrôle de légalité.

Cette mission exigeante requiert de la part des préfets une implication personnelle pour que les services préfectoraux, compte tenu de leurs moyens, soient en mesure de remplir cet objectif.

2.3.3.3. Définir des priorités et un ciblage des dossiers devant faire l'objet d'un contrôle approfondi

Dans le cadre de la coopération renforcée, la définition en commun de priorités pour l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique doit prendre en compte

- la catégorie et le montant du marché ;

le secteur économique, compte tenu des conditions concrètes de fonctionnement du marché : structure de l'offre, spécificité du produit ou du service, liens juridiques et fiscaux entre entreprises, habitudes locales de travail, liens privilégiés entre bureaux d'études techniques et certaines entreprises ,

la catégorie de collectivité ;

- la situation particulière de chaque collectivité (historique des marchés, passé d'observations et de saisines, rapports d'activité de la chambre régionale des comptes, jugements rendus par le tribunal administratif).

Sur la base du diagnostic préalable, la définition des priorités doit aboutir à la meilleure cohérence et à la meilleure efficacité possibles. Cette définition prend notamment en compte certaines priorités des services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Les services des directions départementales de la concurrence par exemple définissent déjà, conjointement avec les brigades interrégionales d'enquêtes de la D.G.C.C.R.F., des priorités de contrôle en matière de concurrence, au niveau interrégional,ou, parfois, régional.

Le préfet valide ces priorités qui sont formalisées dans un plan d'action annuel du contrôle de légalité de la commande publique.

2.3.3.4. Le recours par les services préfectoraux aux services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie en vue d'un contrôle approfondi de certains marchés requiert une sélection des dossiers en fonction des compétences respectives de chaque service.

Le plan d'action annuel doit préciser les conditions du recours à l'expertise des services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

S'agissant de la trésorerie générale, ses capacités d'expertise ont plus particulièrement vocation à s'exercer sur les dossiers les plus sensibles en matière financière. Il convient donc de cibler les demandes d'analyse sur ces derniers après une première instruction en préfecture.

S'agissant de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ses capacités d'expertise ont vocation à être utilisées lorsque les dossiers transmis au contrôle de légalité conduisent à suspecter des ententes ou des abus de position dominante contrevenant aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Le droit de la commande publique et le droit de la concurrence sont complémentaires. Conformément aux termes de la circulaire du 7 décembre 1994, le contrôle de légalité doit porter une attention particulière « aux possibilités d'ententes entre les entreprises visant à un partage préalable des marchés publics, car s'il existe un droit de la mise en concurrence que doivent respecter les collectivités publiques, il existe aussi un droit de la concurrence applicable aux entreprises. ». Le droit de la commande publique poursuit en effet un objectif double de moralité du fonctionnement de la démocratie locale et de bon emploi des deniers publics, qui implique l'exercice effectif de la concurrence entre offreurs auquel s'attache le droit de la concurrence.

De façon analogue, le plan d'action précise dans quelles conditions il est recouru à l'expertise de la chambre régionale des comptes ou du tribunal administratif, ou demandé à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public de diligenter une enquête.

3. La coopération inter services renforcée doit faciliter l'exercice quotidien du contrôle

3.1. Les modalités pratiques de fonctionnement de la coopération renforcée doivent privilégier la souplesse, gage d'efficacité

Les modalités pratiques de son fonctionnement (fréquence des réunions à différents niveaux, modalités de transmission des dossiers et des informations, notamment par messagerie électronique) sont définies en commun dans le cadre de la coopération renforcée. La coopération quotidienne sur l'analyse concrète des dossiers peut se faire de manière informelle, grâce notamment à la désignation dans chaque service d'un interlocuteur bien identifié, compétent pour les questions en cause. Les situations soulevant des problèmes ponctuels liés au contexte local, ou résultant de difficultés communes à de nombreux dossiers, peuvent faire l'objet, à la demande de l'un des services, de réunions spécifiques au niveau le plus approprié.

3.2. La circulation de l'information doit être systématisée

L'information réciproque systématique est une dimension forte de la coopération renforcée.

3.2.1. L'information du préfet par les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

S'agissant des commissions de marchés et de délégation de service public, deux dispositifs sont essentiels : l'information des préfets par les trésoriers-payeurs généraux ; la transmission au préfet par les trésoriers-payeurs généraux et les directeurs départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes des observations des comptables publics et des agents des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, émises lors de leur participation aux commissions d'appel d'offres. Ces observations doivent être consignées sur le procès-verbal de la réunion de la commission d'appel d'offres qui est transmis au préfet avec l'ensemble des autres pièces relatives aux marchés. En cas d'irrégularité grave, les trésoriers-payeurs généraux et les directeurs départementaux de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes doivent alerter sans délai le préfet afin de permettre le déclenchement de la procédure du référé précontractuel prévu à l'article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

3.2.2. L'information des services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie par le préfet

Lorsque les services déconcentrés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ont été consultés dans le cadre de l'étude des dossiers, notamment lorsque après avoir détecté des irrégularités dans la passation d'un marché ou d'une délégation de service public, ils ont adressé des observations à la préfecture, il sont tenus systématiquement informés des suites qui ont été données à leurs observations ainsi que des résultats obtenus, selon des modalités définies. En effet, ces services doivent pouvoir connaître le résultat final de leur action, afin d'évaluer l'efficacité de leur contribution à la politique du contrôle de légalité.

Par ailleurs, conformément à la circulaire interministérielle n° CD-0434 du 24 janvier 1997, les préfets veillent à transmettre au trésorier-payeur général toutes les décisions des tribunaux administratifs susceptibles d'avoir des incidences sur le caractère exécutoire des décisions de dépense et de recette des collectivités territoriales, afin de mettre le comptable public en mesure d'exercer les contrôles dont il a la charge.

3.3. L'évaluation de la synergie créée par la coopération renforcée est nécessaire

Il convient, dans le cadre de la coopération renforcée, de déterminer les modalités d'une évaluation annuelle de la synergie ainsi créée. L'évaluation porte sur les modalités de coopération et sur les résultats, quantitatifs et qualitatifs, obtenus.

4. Le contrôle de légalité et les suites envisageables

4.1 Le déféré au juge administratif

La démarche d'information et de prévention constitue une voie privilégiée pour assurer le respect des règles applicables aux marchés publics et le bon fonctionnement de la concurrence, en conduisant par exemple l'acheteur public à reprendre sa procédure. Toutefois, en cas d'échec, cette démarche doit être relayée par les autres moyens dont disposent les institutions de contrôle, faute pour elles de voir engagée la responsabilité de l'État, au moins pour les irrégularités les plus graves.

Le juge administratif considère en effet dans un jugement, qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation, que « l'abstention prolongée du préfet (...) de ne pas déférer au tribunal administratif les décisions importantes et aux illégalités facilement décelables du syndicat intercommunal (...) constitue, en l'espèce une faute de nature à engager la responsabilité de l'État envers les communes de St Florent et autres. » (Cour administrative d'appel de Marseille, 21 janvier 1999, commune de St Florent et autres c/préfet de la Haute Corse).

Parmi les irrégularités graves justifiant une saisine du juge administratif, il convient de mentionner les marchés dont les conditions d'attributions paraissent comporter des irrégularités susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence et par conséquent sur la bonne gestion des deniers publics.

4.2 La détection d'infractions pénales

Si, à l'occasion de la passation de marchés ou de délégations de service public, des faits susceptibles de constituer des infractions pénales (favoritisme, prise illégale d'intérêts, faux en écriture, travail illégal, corruption) parviennent à votre connaissance, il vous appartient, en application de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale, de transmettre les informations dont vous disposez au procureur de la République.

En cas de doute sur l'existence d'un délit d'octroi d'avantage injustifié (favoritisme), le préfet a la faculté de saisir la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public des contrats passés par les collectivités locales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte.

4.3 La saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)

La Cour de discipline budgétaire et financière, qui juge les fonctionnaires en cas de faute ou de négligence graves, peut également être saisie en cas d'infraction aux règles d'exécution de la dépense et notamment lorsque ces fonctionnaires ont procuré ou tenté de procurer, dans l'exercice de leurs fonctions, en méconnaissance de leurs obligations, des avantages injustifiés à autrui.

Ainsi, **toute violation par** les justiciables de cette juridiction des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat et des collectivités, établissements ou organismes, est passible d'amende.

*

* *

Vous voudrez bien nous rendre compte des difficultés que vous pourriez rencontrer dans l'application de la présente circulaire.

La présente circulaire sera publiée au Journal officiel de la République française.