CHRONIQUE

Élaboration du SDCI : du projet (actuel) au schéma (de demain), il n'y a qu'un pas...

Voici déjà quelques mois que la loi portant Nouvelle organisation territoriale de la République, dite « Notre », a été publiée, mais bon nombre de communes du territoire découvrent désormais que le calendrier intercommunal qui leur est, non pas tant proposé, mais imposé… s'avère plus que resserré.
Avant la mi-octobre, en application des dispositions de l'article 35 de la loi, la quasi-totalité des services préfectoraux ont présenté à la Commission départementale de coopération intercommunale (CDCI) le projet de Schéma départemental de coopération intercommunale (SDCI), lequel va constituer la feuille de route des préfets quant à l'évolution du paysage intercommunal des mois qui viennent.

Un schéma, plusieurs possibilités

Dans la foulée, lesdits projets de SDCI ont été notifiés aux collectivités concernées, donc impactées par les propositions d'évolution de la carte intercommunale. Les communes, EPCI et autres syndicats mixtes disposent donc d'un délai de deux mois pour se prononcer sur ces projets de schéma.
À ce stade-là, il est permis de considérer que les entités appelées à se prononcer, auront la faculté d'approuver purement et simplement le schéma, de refuser le projet sans plus de forme, ou encore d'assortir ce refus d'une (ou plusieurs) éventuelle proposition de modification.
À l'issue de cette consultation, les collectivités n'ayant pas statué dans le délai étant réputées favorables au projet de schéma, l'ensemble des avis exprimés, outre le projet de schéma, sera communiqué à la CDCI, laquelle disposera alors d'un délai de trois mois pour se prononcer.

La conformité des modifications sur les orientations du schéma peut être sujette à débats.

Quand les difficultés commencent

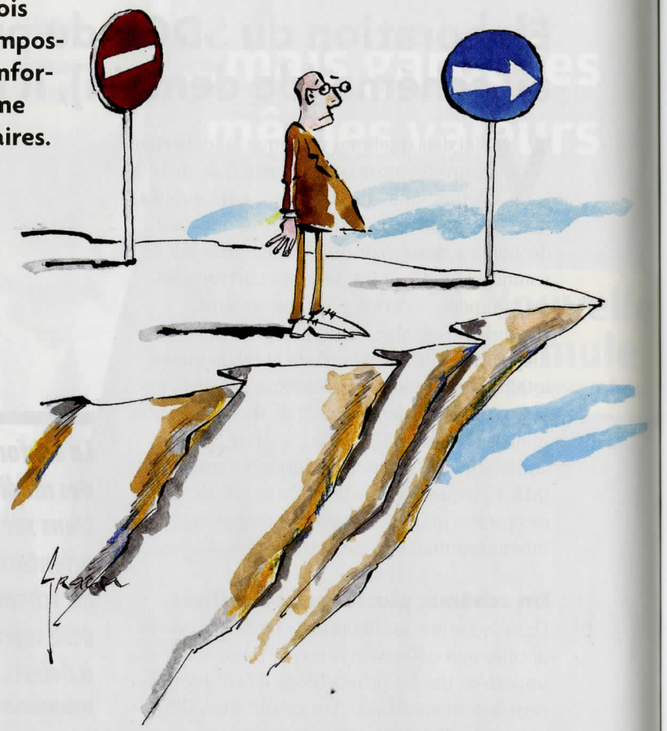
C'est là que d'éventuelles propositions de modification pourront voir le jour, qu'elles aient ou non été formalisées lors de l'étape préalable de la consultation des collectivités concernées sur le projet de schéma. Sous réserve d'une approbation par la majorité des deux tiers des membres de la CDCI (majorité politique difficile à atteindre…) et du respect des orientations fixées par la loi quant à la carte intercommunale (tenant, notamment, à la cohérence spatiale ; à l'accroissement de la solidarité financière et de la solidarité territoriale et à la rationalisation de la carte intercommunale) de telles propositions s'imposeront au préfet. Ce dernier sera alors tenu, en droit, d'intégrer de telles modifications dans le schéma qu'il devra arrêter avant le 31 mars 2016.
Ce n'est donc qu'à cette seule condition que le schéma tel qu'arrêté par le préfet différera du projet tel qu'établi à ce jour, étant précisé qu'autant l'appréciation du vote à la majorité qualifiée susvisée ne fait pas débat (outre le fait d'y parvenir), autant le respect des orientations légales peut être source de difficulté, considérant que la question de la conformité de telle modification auxdites orientations peut être sujette à interprétation… et donc à débats.
Dans ces conditions, il n'est pas interdit d'estimer que les cartes intercommunales, telles qu'elles ont été établies à l'appui des projets de schéma, préfigurent grandement ce que seront les schémas eux-mêmes, tels qu'arrêtés par les préfets dans le cours du premier trimestre 2016 et donc les paysages intercommunaux à venir… les schémas, rappelons-le, étant immédiatement mis en œuvre, pour une effectivité dès le 1er janvier 2017… ◆

Pierre-Stéphane Rey

MARCHÉS PUBLICS

Critères de sélection : l'administration est liée… par ses propres règles

Rien n'oblige une collectivité à fixer des critères d'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public. Une fois qu'elle a publié ces critères, cependant, impossible de revenir en arrière. Elle doit se conformer aux contraintes qu'elle s'est elle-même fixées. Au risque de sérieux ennuis judiciaires.



Les collectivités territoriales gèrent des services publics. Elles sont libres d'en choisir le mode d'exécution : soit elles l'exploitent seules par leurs propres moyens, humains et matériels. Soit elles en confient la gestion à un opérateur économique. Dans le second cas, on dit qu'elles délèguent ledit service, le contrat liant l'administration (dite « autorité délégante ») à l'opérateur (lui-même appelé « délégation de service public »).

Depuis 22 ans, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, impose que la conclusion de ces contrats soit préalablement soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence. Au nom du principe de transparence des procédures qui innerve l'ensemble des contrats de la commande publique, le Conseil d'État juge qu'avant le dépôt de leurs offres, les candidats à l'attribution d'une délégation de service public doivent être informés des critères de sélection de celles-ci.

Les contraintes des critères de sélection

Pour autant, aucune règle ni aucun principe n'imposent aux collectivités territoriales d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres. L'administration n'a donc pas à pondérer, ni même à hiérarchiser les critères de sélection qu'elle énonce. Le plus souvent, pourtant, dans un souci de transparence aisément compréhensible, elle s'y résout. Et, dès lors, au moment de faire son choix, elle ne peut modifier lesdits critères et/ou leur importance sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public.

Le principe de transparence des procédures suppose que la « règle du jeu » annoncée soit immuable.

C'est pour avoir perdu de vue une telle contrainte que le syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes a vu annuler la procédure d'attribution d'un contrat de délégation de service public du réseau de transport urbain qu'il avait lancée récemment. En l'espèce, le syndicat précité avait informé les candidats que neuf critères de sélection des offres seraient « retenus par ordre décroissant pour apprécier les propositions des candidats ». Ce faisant, l'autorité délégante avait instauré une hiérarchisation des critères. Mais, au moment de choisir l'attributaire du contrat, le syndicat avait finalement attribué la même valeur aux neuf critères. Saisi par la société Keolis, candidate malheureuse à l'attribution de ce contrat, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lille lui donna raison en annulant la procédure d'attribution, ce que confirmera le Conseil d'État.

Une fois annoncée, la règle du jeu est immuable

Le raisonnement du juge est logique : le principe de transparence des procédures suppose que la « règle du jeu » annoncée soit immuable. Si la collectivité la modifie au moment d'examiner les offres, la règle devient inutile et, par suite, les candidats sont leurrés sur les critères d'appréciation de leur offre. Une mise en concurrence effective et loyale suppose, en effet, que les candidats disposent d'informations pertinentes pour formuler leurs propositions. Tel n'est pas le cas, bien entendu, quand, de son propre mouvement, et à l'insu de tous, l'administration bouleverse les conditions initiales de la concurrence.

En 2011, le Sénat lui-même avait été sanctionné par le Conseil d'État pour irrespect de ses propres règles.

Cette solution, à la vérité, n'est pas nouvelle. S'agissant des délégations de service public, elle avait déjà été consacrée en raison de critères modifiés en cours de procédure, voire carrément supprimés. Elle s'applique tout autant en matière de marchés publics. Ainsi se souvient-on qu'en 2011, le Sénat lui-même avait été sanctionné par le Conseil d'État pour irrespect de ses propres règles. La Chambre haute avait lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché à procédure adaptée ayant pour objet un bilan de santé pour les sénateurs et le personnel. Mais alors que le critère du prix était défini à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation, en cours de négociation avec les candidats, le Sénat décidait d'abandonner le critère du prix… Au point, semble-t-il, d'en perdre son latin selon lequel Tu patere legem quam ipse fecisti (« Souffre la loi que tu as faite toi-même »)…◆

Étienne Colson

À FAIRE

Informer les candidats

Si la collectivité décide de critères de sélection, elle doit en informer clairement les candidats.

Dans le cadre d'une consultation aux fins d'attribution d'une délégation de service public, les candidats admis à présenter une offre doivent être **informés des critères de sélection** de celles-ci. L'indication de tels critères n'est pas une mention obligatoire de l'avis d'appel public à la concurrence. Elle doit, en revanche, figurer, au plus tard, **dans le document définissant les caractéristiques** quantitatives et qualitatives des prestations que la collectivité délégante adresse aux opérateurs économiques dont la candidature a été retenue. Aucune règle ni aucun principe n'imposent à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres. Il en résulte que la collectivité publique **n'a pas à pondérer ni même à hiérarchiser** les critères de sélection qu'elle énonce.

À ÉVITER

Changer en cours de route

Rien, en revanche, n'autorise la collectivité à modifier ses critères, une fois qu'elle les a rendus publics.

Si, comme c'est éminemment souhaitable, l'autorité délégante a rendu publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, **elle ne peut ensuite les modifier** sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public.

À défaut, **les risques judiciaires** auxquels s'expose l'autorité délégante ne peuvent être négligés. Ils prendront les visages suivants : référé précontractuel, référé contractuel, recours en contestation de validité du marché, doublé, le cas échéant, de conclusions indemnitaires, sans oublier, last but not least, une procédure pénale pour délit de favoritisme…

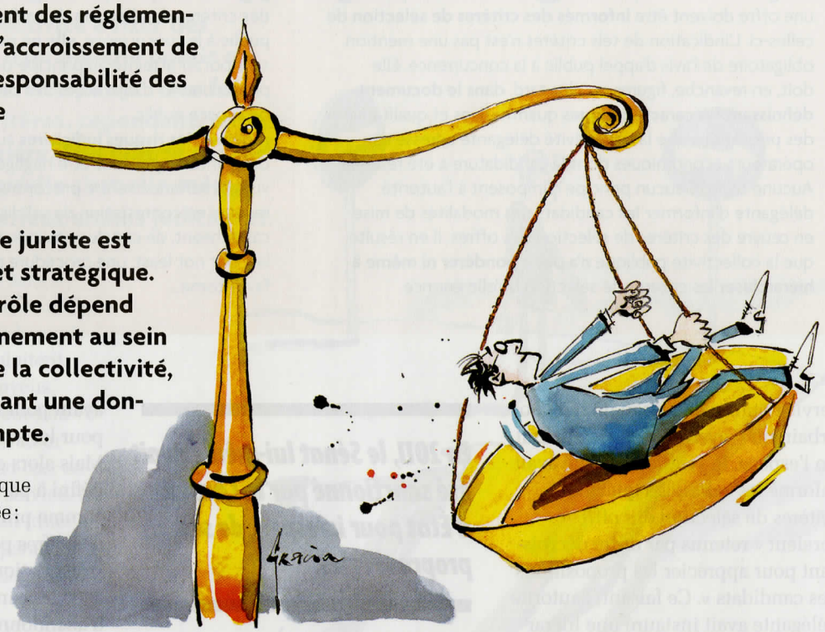
SUR LE WEB

RÉAGISSEZ SUR :
Twitter : @Lettre_du_cadre
Facebook : lalettreducadre
Google+ : http://bit.ly/18KEnJ4

MÉTIERS

Juriste en collectivité : une fonction stratégique

Avec le développement des réglementations multiples et l'accroissement de la mise en jeu de la responsabilité des collectivités, doublée de la mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics, la fonction de juriste est devenue essentielle et stratégique. L'importance de son rôle dépend aussi de son positionnement au sein de l'organigramme de la collectivité, la taille de celle-ci étant une donnée à prendre en compte.



Être responsable juridique est une fonction variée : c'est d'abord piloter un système de veille juridique active et structuré et se tenir au courant de l'évolution de la législation. On peut ainsi citer la réforme des collectivités territoriales, les règles sur la communication des collectivités locales en période électorale, l'évolution de la réglementation européenne en matière de marchés publics et modes de gestion des services publics, mais aussi le fonctionnement des structures de la petite enfance et les risques associés, notamment au regard des accidents intervenus ces dernières années.

Un rôle de veille juridique pratique

Il est aussi essentiel de se tenir informé en temps réel de l'évolution de la jurisprudence : la jurisprudence contient les règles issues de jugements de tribunaux ou d'arrêts de cours qui font autorité en la matière, par exemple, en matière de condamnation pour prise illégale d'intérêt, condamnation de professionnels au pénal pour avoir fait travailler des ouvriers sur un portique sans protection particulière et obligatoire.

Le responsable juridique doit trouver un équilibre entre la sécurité juridique et l'opérationnalité des projets.

L'objectif est de savoir tirer les leçons de l'évolution de cette jurisprudence dans la mise en œuvre des décisions et des pratiques professionnelles de la collectivité.
Il convient également de faire en sorte que les élus s'approprient cette évolution et en soient partie prenante, afin de faciliter la bonne compréhension des enjeux liés à cette veille, à savoir la sécurité juridique, cette notion ayant d'ailleurs été élevée au rang de principe général du droit par le Conseil d'État. À cet égard, il faut faire la distinction entre conseils juridiques et prise de la décision politique. Le responsable politique doit être éclairé sur les conséquences juridiques de ses choix politiques, mais il doit garder la responsabilité de ses décisions.
Toutefois, si le responsable juridique ne doit pas s'immiscer dans le choix politique, il doit être en situation de justifier son analyse par la suite, pour peu qu'on le lui ait demandé… En d'autres termes, le juriste et le responsable juridique doivent trouver un équilibre entre la sécurité juridique et l'assurance de rendre opérationnels les projets de la collectivité. Certains utilisent l'expression de « facilitateur » pour définir le rôle du juriste.

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Le positionnement et le rôle du juriste

1. La répartition des rôles doit se faire au niveau de la direction générale des services après validation des élus.
2. Le juriste doit être à même de prodiguer des conseils immédiats et pratiques pour la gestion et le montage de projets.
3. Une distinction peut s'opérer entre la gestion des projets au quotidien, la veille juridique propre au service concerné et les projets d'ampleur et transversaux.
4. La gestion des contentieux de la collectivité doit être impérativement suivie en liaison avec le service juridique central ou le DGS.
5. En tout état de cause, il convient de positionner clairement le service juridique au sein de l'organigramme de la collectivité. En général, la fonction de responsable juridique, quand la collectivité est importante, se situe sous l'autorité hiérarchique d'une direction générale adjointe (ou délégation générale) chargée des ressources et des moyens.

La taille de la collectivité et la place du juriste

S'agissant du positionnement hiérarchique, il faut bien sûr distinguer plusieurs niveaux de collectivité. Il est clair que plus la collectivité est importante, plus la fonction est structurée.
Lorsque la collectivité est petite (en gros, en dessous de 5 000 habitants), il apparaît que la veille et la connaissance juridique reposent essentiellement sur les cadres dirigeants, car les équipes sont souvent restreintes.
C'est sur eux que les élus s'appuient pour sécuriser leurs actes et délibérations. Un attaché, ou un rédacteur, a nécessairement une culture juridique, notamment en droit public. A fortiori pour un cadre contractuel choisi en fonction de ses compétences juridiques. Il doit mettre cette culture au profit de la collectivité et la « cultiver » en permanence en l'actualisant. Mais à ce niveau-là, il peut apparaître difficile de structurer un service juridique car les effectifs sont faibles.
Il convient de souligner la polyvalence du directeur général des services sur qui reposent de très grandes responsabilités managériales et juridiques. À cet égard, en droit pénal, plus les responsabilités professionnelles sont importantes dans la hiérarchie, plus l'agent à des chances d'être mis en cause dans une procédure car il dispose des compétences, des connaissances, ainsi que du pouvoir et des moyens de son action.
Dans une collectivité « moyenne », 10 000 habitants et au dessus, il devient plus aisé de structurer le service juridique. Mais comme dans le cas précédent, le rôle du DG est très important. Il peut néanmoins partager cette fonction avec les chefs de service, cadres intermédiaires qui assurent la bonne marche de la collectivité. À partir de cette taille, il devient possible d'envisager, si les moyens le permettent, le recrutement d'une personne faisant office de responsable juridique de niveau rédacteur-attaché ayant une forte sensibilité juridique, outre ses connaissances. Cet agent devient alors le référent juridique de la collectivité auquel le DG et les services (moyennant un circuit de validation) peuvent demander des analyses et conseils.
Lorsque la collectivité devient encore plus importante (soit au-delà de 20 000 habitants pour les communes et les intercommunalités, évidemment pour les départements et les régions), la fonction juridique doit faire l'objet d'un choix de gestion organisationnel : soit un service juridique centralisé, soit des référents juridiques dans les services, soit les deux… Des relations étroites doivent exister entre ces différents services.

Le marché de prestations juridiques est un élément indispensable de la sécurité juridique pour traiter de contentieux très sensibles.

Enfin, en cas de « méga-collectivités » telles que les communes très importantes et les EPCI au-delà de 80 000 habitants, les départements et régions, il ne semble pas possible de faire l'économie de la présence de la fonction juridique dans tous les services en lien avec un service juridique centralisé.

La relation avec les avocats

Quelle que soit la taille de la collectivité, l'information et la formation des agents est essentielle : du secrétaire de mairie, attaché, ingénieur, à l'administrateur, en passant par tous les grades intermédiaires, sans oublier les élus qui peuvent avoir la tentation de prendre des décisions sans suivre ou consulter le service ou l'agent en charge de la fonction juridique.
Cela passe donc par une formation sur les modes de consultation des sites juridiques, mais aussi par des formations thématiques sur tel ou tel sujet et ce, quelles que soient les connaissances juridiques que l'on peut avoir : un cadre technique doit ›››

À FAIRE

1. **Ne jamais perdre de vue** les enjeux juridiques du métier exercé
2. **Se poser toujours la question** de savoir si une analyse juridique, même légère, doit intervenir
3. **Savoir où trouver** les compétences rapidement
4. **Identifier les risques** en cas d'incident
5. **Être en capacité de répondre** aux inquiétudes des élus sous réserve d'une réflexion plus approfondie...

À ÉVITER

1. **Ne pas s'intéresser** à la fonction juridique
2. **Positionner le juriste comme le faire-valoir** du cadre opérationnel au mépris du risque juridique
3. **Croire** que le collègue ou l'inférieur hiérarchique portera toujours la responsabilité de ce qui ne va pas
4. **Saisir** le juriste quand il est trop tard
5. **Laisser** les agents dans l'ignorance

›››avoir des notions juridiques pour appréhender correctement le projet qu'il mène. S'il n'en a pas, il doit trouver un appui en interne pour son travail au quotidien et ce, même en l'absence d'un « responsable juridique ».

L'existence d'un service juridique doit être compatible avec la présence d'avocats et de conseils extérieurs.

Les avocats et conseils juridiques sont d'autant plus nécessaires que la collectivité est petite et que l'on peut avoir le sentiment de manquer de ressources en interne.

La collectivité doit déterminer une stratégie pour savoir quand avoir recours à un avocat ou pas. En tout état de cause, le recours à un marché de prestations juridiques doit être envisagé ; il constitue même un élément indispensable de la sécurité juridique pour traiter de contentieux très sensibles, comme dans le droit pénal.

Il faut aussi faire preuve d'anticipation dans l'application des lois, comme la réforme des collectivités territoriales et ses conséquences.

Le juriste doit avoir une relation privilégiée à l'avocat : pour évoquer le questionnement, reformuler les commandes faites en interne, valider les mémoires etc. Le technicien ne peut être laissé seul avec la matière juridique et le juriste externe et l'avocat.

S'agissant du conseil juridique, tout dépend des modalités de saisine du juriste : au début d'un projet, afin que ce dernier accompagne le projet dans son ensemble ou sur un point ponctuel, sans vision d'ensemble, cela peut avoir une importance certaine sur d'éventuels contentieux ultérieurs. Cette association du juriste doit faire l'objet d'une validation par le responsable du service juridique, en lien avec la hiérarchie et le maire si nécessaire. Enfin, le juriste doit être capable de rédiger des mémoires devant le tribunal administratif par exemple.

Une culture juridique partagée

Enfin, le responsable juridique doit mettre en œuvre une culture juridique partagée pour une application concrète au quotidien. La diffusion d'une meilleure culture juridique partagée a pour but de développer la notion de « sécurité juridique » au quotidien. Celle-ci doit concerner tous les aspects de la gestion de la collectivité : la rédaction des courriers, actes, décisions, arrêtés, délibérations. Une meilleure connaissance juridique doit permettre de gérer au mieux la forme et le fond des décisions. Lors des contentieux devant les tribunaux, les moyens de forme sont aussi importants que les moyens de fond. Il est donc conseillé de sensibiliser les directions sur ce point.

Parmi les exemples que l'on peut citer, il est important de souligner le respect de la loi, surtout lorsque celle-ci a donné lieu à une jurisprudence qui se développe et s'affine au fil des années. Ces éléments doivent être portés à la connaissance de tous les acteurs de la collectivité. Il faut aussi faire preuve d'anticipation dans l'application des lois, comme la réforme des collectivités territoriales et ses conséquences.

Enfin, les formations en interne doivent permettre au personnel de se sentir partie prenante à cette mission de sécurité juridique. ◆

Patrick Martin-Genier