

## COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

### RUBRIQUE sous la direction de :

Jean-François AUBY, Ancien élève de l'École nationale d'administration  
Jean-Claude DOUENCE, Professeur émérité à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour  
Bertrand FAURE, Professeur à l'Université de La Rochelle  
Franck MODERNE, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)  
Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

### ÉTUDE

## Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale

par **Nathalie LAVAL MADER**

Maître de Conférences habilité à diriger des recherches à l'Université de Toulouse I-Capitole,  
Membre de l'Institut Maurice Hauriou

En supprimant les tutelles administratives, techniques et financières, en dotant les collectivités locales de compétences stratégiques et de proximité, les lois de décentralisation ont mis les acteurs locaux face à leurs responsabilités, compte tenu des enjeux essentiels que sont la cohésion sociale, le développement économique au-delà de la gestion quotidienne de leur territoire. Trente ans après les « lois Defferre », près de deux ans après la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales qui a pu laisser un arrière-goût d'inachevé, la recomposition territoriale semble aujourd'hui au milieu du gué, en attendant le projet de loi *Responsabilité et confiance* du gouvernement de Jean-Marc Ayrault d'ici la fin de l'année. Mais quels que soient les scénarii d'un acte III, quels que soient les enjeux et problématiques de gouvernances locales (territoires pertinents, clarification et renforcement des compétences, pouvoir normatif local<sup>1</sup>, démocratie participative, garanties d'une autonomie fiscale et financière), la sécurité juridique de l'action publique locale doit rester pour les pouvoirs publics nationaux une préoccupation majeure et permanente, bien au-delà de la logique comptable dans laquelle pourrait aujourd'hui être enfermée la décentralisation.

Les collectivités territoriales, juridiquement « émancipées »<sup>2</sup>, sont désormais en première ligne pour la contestation de leur action<sup>3</sup>. La multiplication des recours contentieux devant les

tribunaux administratifs<sup>4</sup> montre la fragilité juridique des décideurs locaux et témoigne de la judiciarisation des relations sociales. Cette exposition contentieuse se manifeste en particulier vis-à-vis du Code pénal, ce qui suscite un vif sentiment d'insécurité judiciaire de la part des fonctionnaires territoriaux, *a fortiori* des élus qui ne sont pas des professionnels de la chose publique locale. La protection pénale de l'intérêt public local<sup>5</sup> manifeste, entraîne depuis deux décennies une regrettable mutation du contentieux local. Il n'y a qu'à ouvrir les journaux pour se convaincre de la banalisation perceptible du régime de la responsabilité pénale des décideurs publics : fréquemment un élu local ou national, toutes étiquettes politiques confondues, ou un fonctionnaire, est mis en cause pour des faits constitutifs d'une infraction pénale. Les qualifications pénales sont des plus diverses. Certaines par exemple désignent un manquement à un devoir de probité (corruption passive, prise illégale d'intérêts, favoritisme, détournement de fonds, concussion...) <sup>6</sup>, d'autres un manquement au devoir de prudence et de sécurité qu'impose la mise en œuvre du pouvoir de police ou de gestion du service public. Quelles que soient les infractions, la réponse pénale vient punir radicalement une atteinte à une valeur sociale, en rupture

(1) V. G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débat*, coll. Systèmes, LGDJ 2011.

(2) V. J.-B. Auby, *La décentralisation et le droit*, coll. Systèmes, LGDJ 2006, p. 35.

(3) V. « Les collectivités territoriales face au risque contentieux », colloque organisé à l'Université Paris I, 26 mai 2011, AJCT 2012. 171 et s.

(4) V. le Rapport d'information du sénateur J. Mézard, *Les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, n° 300, 15 janv. 2012, fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation ; v. note 25.

(5) V. le numéro spécial *Les collectivités face au droit pénal : entre protection et répression*, de *Complément territorial*, Le Moniteur déc. 2011 ; égal. notre ouvrage, *Le juge pénal et l'élu local*, coll. Systèmes, LGDJ, 2002.

(6) V. R. Salomon, « La rigueur de droit pénal de la probité publique », *Droit Pénal*, janv. 2012, p. 11 et s.

avec l'engagement de servir l'intérêt général, qu'il soit national ou local. Les décideurs publics sentent que le Code pénal ne punit pas exclusivement les crapules, ceux qui « piquent dans la caisse » ou qui « touchent » des pots-de-vin. Ils savent que le Code pénal peut mettre dans le « même sac » les agents malveillants et les agents honnêtes mais seulement maladroits. Ils savent qu'ils seront face au juge pénal sans le paravent de la faute de service, et personnellement condamnés au paiement de lourdes amendes voire à des peines d'emprisonnement, serait-ce avec sursis. La répression pénale a des conséquences dans certains cas inappropriées, mais toujours professionnellement brutales et humainement traumatisantes voire infâmantes, surtout lorsqu'elle est accompagnée de remous médiatiques <sup>7</sup>, alors même qu'une décision de non lieu ou relaxe quelques années plus tard n'obtiendra qu'un entrefilet dans la presse locale. En attendant, le doute sera instillé en dépit de la présomption d'innocence.

La perception du risque pénal est certes subjective, voire dans certains cas irrationnelle, et apparaît de manière cyclique. Elle s'appuie toutefois sur des éléments tangibles, des facteurs de risque, et se manifeste par ce que l'on appelle la pénalisation de la vie publique locale. Les réformes successives du Code pénal n'auront assurément pas endigué la crainte tenace d'insécurité judiciaire. Au contraire, l'émoi suscité par la médiatisation de nombreuses affaires dans lesquelles le devoir de prudence ou de probité a été pris en défaut, par exemple la condamnation des élus de Bagneux pour avoir accordé des subventions à des associations municipales qu'ils présidaient <sup>8</sup>, les interrogations des acheteurs publics après les différentes vagues de réformes du Code des marchés publics à propos de la portée du délit de favoritisme, « bête noire » des élus, les mises en causes pénales des maires du littoral après la tempête *Xynthia* de 2010, la « gifle pédagogique » du maire de Cousolre <sup>9</sup>, témoignent de l'actualité et de la vivacité du sentiment d'être abandonné dans les méandres de la justice répressive.

Les futurs cadres territoriaux, que l'on retrouve dans nos filières de *master* de droit public ou science politique, sont-ils préparés à cette sensible mutation du contentieux local en un contentieux réprobateur? On peut en douter, surtout en formation initiale. Compte tenu du découpage académique des savoirs juridiques, le droit pénal et la procédure pénale, matières en principe envisagées en licence de droit, restent en-dehors du champ des études universitaires approfondies de droit public. Or le face-à-face agent public/droit pénal contribue à faire émerger une nouvelle branche du droit qu'il serait utile d'intégrer dans les programmes: « le droit pénal de la gestion publique », caractérisé, d'une part, par un « bloc pénal sur mesure », c'est-à-dire un ensemble d'infractions applicables spécifiquement aux décideurs publics, et d'autre part, par l'interaction de deux régimes juridiques, de droit administratif et de droit pénal, avec un interprète unique: le juge répressif. Assis sur le principe de sa plénitude de

juridiction, le juge pénal est devenu, au gré des actions introduites par les victimes, un juge « normal » de l'administration en matière de responsabilité, contribuant à donner sa propre lecture au contenu des définitions de droit administratif aussi inébranlables que celles de faute de service, police administrative, délégations de fonctions ou de service public. En outre, les probabilités de face-à-face agent public local/juge pénal, plaçant les décideurs locaux dans l'incertitude judiciaire, introduisent un nouveau paradigme dans l'action publique locale, celui du risque. Cela conduit à se demander s'il est devenu un frein et une menace pour la démocratie locale <sup>10</sup> ou un levier pour l'impulsion, la définition et la mise en œuvre des politiques publiques locales <sup>11</sup>.

Y a-t-il un lien entre sentiment d'insécurité et réalité judiciaire? Quelle est l'étendue de ce risque, après le « pic d'angoisse » de la fin des années 90, caractérisé par une hausse des mises en cause pénales d'élus et fonctionnaires territoriaux? Face à ces inquiétudes, les élus et fonctionnaires territoriaux sont-ils préparés au risque d'ingérence de plus en plus systématique du juge pénal dans la gestion publique locale? Nous allons nous rendre compte que le risque pénal est indéterminé, polymorphe, et surtout mouvant au regard des évolutions des zones de fragilités judiciaires dans les mandats locaux. Nous verrons ensuite quelles sont les réponses, aussi bien juridiques que managériales et organisationnelles, apportées afin de sécuriser les situations, prévenir les risques juridiques dans le processus décisionnel et plus largement dans la vie quotidienne des collectivités.

## Un risque pénal indéterminé et polymorphe

Soyons clairs, les élus locaux et fonctionnaires territoriaux ne sont pas devenus incompetents ou malhonnêtes. Ce qui les rend davantage vulnérables, c'est l'exposition au risque pénal permanent mais mouvant, résultant d'un bouleversement depuis quelques années du contexte d'exercice des missions publiques, lequel alimente le sentiment d'une profonde insécurité et solitude juridique en général, pénale en particulier.

### Le contexte de pénalisation des rapports sociaux

La transformation de l'environnement juridique et social des mandats locaux favorise en effet ce qui devient banal de nommer « la pénalisation de la vie publique », que les pouvoirs publics ont tenté d'endiguer par différentes réformes législatives.

(7) A. Garapon et P. Truche, « La pénalisation nuit-elle à la démocratie? », LPA 27 janv. 1997, p. 9; J. Herman, « Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration », D. 1998. 195 et s.; V. Turcey, « Lettre aux gens honnêtes qui se sentent un peu seuls en ce moment », 1999, Plon. Plus récemment, V. le Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », présidé par M. Sauvé, remis au président de la République le 26 janv. 2011.

(8) V. note 59.

(9) Dans cette très médiatique affaire, le tribunal d'Avesnes-sur-Helpe a condamné le 17 févr. 2012 le maire de Cousolre, petite commune du Nord, à une amende de 1.000 euros, alors que le procureur avait requis une amende de 600 euros.

(10) V. le Rapport d'information du Sénat n° 166 du 18 janv. 2000, *La sécurité juridique des actes des collectivités territoriales et les conditions d'exercice des mandats locaux*.

(11) Ces questionnements sont d'actualité, si l'on en juge la multiplication de dossiers, colloques ou journées d'études relatives à ces problématiques: pour ne citer que ces manifestations scientifiques les plus récentes: *Le risque en question: fenêtre d'opportunité ou renouvellement de l'action publique*, Colloque Science-Po Toulouse, 3 et 4 févr. 2011; *Le management dans l'errance et l'incertitude, ou comment accepter de décider sans savoir?*, Université d'été, management public Territorial, Toulouse, 26 et 27 août 2011; *Le management des risques dans les entreprises et les collectivités territoriales: regards croisés*, journée d'études, 29 mars 2012 à Bobigny, organisée par l'Association nationale des directeurs généraux et directeurs généraux adjoints des régions et départements.

### Inflation et instabilité normatives

Selon l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales s'administrent « librement par des conseils élus » « dans les conditions fixées par loi ». Cette règle essentielle dans un État de droit devrait constituer pour les collectivités non pas seulement une contrainte, de par leur soumission au bloc de légalité, mais surtout une garantie, permettant de déployer en toute sécurité leur liberté d'action dans les champs de compétences prédéfinies par le droit. Dans la réalité quotidienne des collectivités, l'inflation et l'enchevêtrement normatifs, l'instabilité et l'inaccessibilité du droit rendent illusoire cette présentation théorique. Dénoncer la surenchère normative dans tous ses aspects est malheureusement un exercice devenu rituel et convenu<sup>12</sup>. Les collectivités territoriales, parce qu'elles interviennent dans des champs aussi diversifiés que l'urbanisme, la voirie, la construction et l'entretien des bâtiments, la gestion des déchets, les établissements recevant du public, l'action sociale ou le développement économique sont en première ligne de cette asphyxie normative, en particulier les élus des petites communes abandonnés dans le « maquis » de plus en plus dense de la procédure. Selon le Rapport du 16 juin 2011 de la Mission parlementaire présidée par le sénateur Éric Doligé, intitulé *La simplification des normes applicables aux collectivités territoriales*, « Avec la décentralisation, les collectivités locales sont aujourd'hui le principal échelon d'application des politiques publiques. Parce qu'il leur incombe de mettre en œuvre les prescriptions réglementaires nationales, elles se situent au cœur de l'activité normative de l'État et sont dès lors les premières victimes de la dégradation qualitative de la norme »<sup>13</sup>. Aujourd'hui, la vie sociale d'un décideur local – qu'il soit représentant d'une petite commune rurale de 200 habitants avec de faibles moyens humains et financiers ou d'une grande métropole à l'ingénierie juridique et technique puissante – est quadrillée par des milliers de textes répartis dans une vingtaine de codes<sup>14</sup>. À ce titre, des domaines aussi exposés que les marchés publics, la gestion déléguée, l'urbanisme, l'environnement ou la sécurité de la construction, constituent « la poudrière de la décentralisation » car ils sont autant de foyers contentieux redoutables pour les agents publics, tant par la technicité et la complexité des procédures que par la fatale convoitise que ces secteurs suscitent de la part des acteurs économiques privés.

À cette couche normative spécifiquement applicable aux collectivités locales, s'ajoutent ensuite des textes à portée générale, étoffant par ricochet le droit de la gestion locale. La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale ainsi que la multiplication de décrets assortis de sanctions pénales placent en particulier les acteurs locaux sous le couperet permanent du Code pénal.

Lorsque s'ajoute à cette production juridique exubérante, un principe aussi tentaculaire et fourre-tout que le principe de précaution (sécurité, santé, environnement, ...), certains élus ne sont pas loin de penser que l'immobilisme est la meilleure des politiques. La moindre sortie scolaire, le moindre spectacle en plein

air sont en effet autant sources de tracasseries administratives, compte tenu des exigences exponentielles en matière de sécurité, que de dangers potentiels d'accidents. La condamnation récente de la petite commune pyrénéenne de Font Romeu par la cour d'appel de Montpellier<sup>15</sup> pour l'accident de ski entraînant la tétaplégie de la victime a pu, par exemple, jeter l'effroi chez les gestionnaires de stations de ski confrontés à une réglementation draconienne et un principe de précaution des plus vivaces. À ce titre, c'est particulièrement la culpabilité non intentionnelle qui suscite le plus d'inquiétude chez les élus locaux, condamnés à un don d'ubiquité durant l'exercice de leurs fonctions, tant le risque pénal est accru par la loi et polymorphe au regard des champs de compétences locales qu'il couvre<sup>16</sup>.

Ce foisonnement et cette instabilité normatifs sont également caractéristiques dans le droit des contrats de la commande publique, tant les couches normatives, qu'elles soient d'origine nationale ou communautaire, s'entassent pour constituer un amas législatif et réglementaire indigeste, à la lisibilité, la cohérence et l'efficacité très relatives. N'insistons pas sur les différents épisodes réglementaires, notamment dans le Code des marchés publics, ce tango « réglementaire » (un pas en avant, deux pas en arrière) qu'a joué la France, sous le regard sourcilieux de la Commission européenne, avec en particulier la question du seuil de 4 000 euros, (puis 20 000, puis 4 000, et enfin 15 000,17 euros) en deçà desquels aucun formalisme n'est requis<sup>17</sup>.

Ce cadre juridique mouvant peut constituer également un « étai » dans lequel des projets locaux se trouvent entravés dans leur capacité d'initiative, d'innovation, et leur efficacité. Cette situation a pu conduire les collectivités à « démembrer » leur organisation administrative au travers notamment d'associations para-administratives, ou peut notamment expliquer le succès des sociétés publiques locales (SPL)<sup>18</sup>. Or si ces formules permettent à l'action publique locale de recouvrer une certaine souplesse et inventivité nécessaires à la gestion des territoires, elles exposent aussi les décideurs locaux à un risque juridique au travers de la sanction de la gestion de fait pour les premières, et peut entraîner des annulations de procédures pour les secondes. Les SPL aujourd'hui restent confrontées aux incertitudes dans l'appréciation par

(12) V. le Rapport *La simplification des normes applicables aux collectivités territoriales* de la Mission parlementaire présidée par le sénateur É. Doligé, 16 juin 2011; V. égal. le Rapport d'information *La maladie de la norme* de M. C. Belot fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales, n° 317 du 16 févr. 2011.

(13) Rapport Doligé, préc. p. 12.

(14) Selon le site Légifrance, au 1<sup>er</sup> juill. 2007, 26 619 lois étaient en vigueur, représentant 22 334 articles; 23 883 décrets étaient recensés au 1<sup>er</sup> juill. 2008, soit un total de 137 219 articles.

(15) CAA Montpellier, 1<sup>re</sup> ch. B, 21 déc. 2011, *Beaufils*, n° 11-2934. La commune, gestionnaire en régie d'un service public industriel et commercial, a été condamnée à une provision de 800 000 euros.

(16) Le Code pénal, après avoir en effet rappelé dans l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 121-3 qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre », a consacré en 1994 l'existence de délits non intentionnels, dans les cas où il est porté atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne sans qu'il y ait eu intention malveillante de causer le préjudice.

(17) La proposition de loi de simplification et d'amélioration du droit déposée le 7 août 2009 est un long feuilleton législatif après son rejet par le Sénat en seconde lecture le 9 févr. 2012. Son art. 88 prévoyait le relèvement à 15 000 euros du seuil au-delà duquel les procédures de publicité et de mise en concurrence sont obligatoires dans les marchés publics. Ce relèvement de seuil législatif avait pour objectif d'éviter une nouvelle censure du Conseil d'État. Mais le gouvernement n'a finalement pas suivi les recommandations de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie: le décret n° 2011-1853 du 9 déc. 2011, relevant le seuil de 4 000 à 15 000 euros, a cours-circuité la proposition de loi Warsmann qui poursuivait son parcours législatif. Quelle que soit l'issue de la procédure législative, cette loi n'aura pas de conséquences pour les acheteurs. Mais le seuil, de nature réglementaire, des 15 000 euros, demeure suspendu à une éventuelle décision du Conseil d'État.

(18) V. toutefois les précautions procédurales dans le décret du 9 déc. 2011.

(19) Et à l'époque celui des sociétés d'économie mixte locales, avant que le droit communautaire rappelle à l'ordre les collectivités et impose leur mise en concurrence. V. « Les sociétés publiques locales », colloque organisé par l'IMH, Toulouse I - Capitole, 20-21 sept. 2012.

les juges du « *in house* », élément fondamental pour contourner la mise en concurrence de ces structures. C'est notamment le cas pour les pharaoniques « agences de mutualisation de moyens », constituées entre les communes d'un département et la Conseil général, exposées dangeureusement à ce risque juridique d'un « contrôle analogue » défaillant. Il reste vrai qu'externaliser un service, déléguer en particulier la gestion d'une activité à une structure autonome, contribue à transférer la responsabilité dans la gestion et donc déléguer une part du risque juridique. Or, justement, les inquiétudes dans les services se situent également en amont de la délégation dans le processus décisionnel d'externalisation, et placent les acteurs locaux dans une grande fragilité juridique et vulnérabilité contentieuse, dans un contexte où les opérateurs économiques, après avoir perdu la bataille économique, prennent régulièrement leur revanche sur le terrain contentieux. En particulier, l'environnement contractuel déjà instable de nos services publics à la française a été perturbé par l'évolution de l'encadrement des financements publics<sup>20</sup> et des procédures de mises en concurrence des Services d'intérêt économique général (SIEG). Aujourd'hui, les départements, communes ou intercommunalités s'interrogent cas par cas, pour chaque activité sociale confiée à une association, voire gérée par un centre d'action sociale (en vertu de la neutralité du statut des opérateurs), si l'activité est soumise ou non aux règles des aides publiques (SIG ou SIEG)<sup>21</sup>. Les collectivités ne prennent pas le risque à la légère, compte tenu des conséquences dommageables des annulations contentieuses de procédures par le juge administratif, sans évoquer le risque de tomber sous le coup des préventions du délit de favoritisme de l'article 432-14 du Code pénal, lequel a des conséquences désastreuses pour les collectivités. La Commission européenne, via le paquet « *Almunia-Barnier* »<sup>22</sup> vient justement de reconnaître le 20 décembre 2011 dans la catégorie des SIEG la spécificité des services sociaux d'intérêt économique général (SSIEG), et a produit plusieurs projets de directives<sup>23</sup> afin de sortir ces services du cadre de la directive « services ».

Cette inflation législative et réglementaire s'accompagne d'une demande sociale caractérisée par une quête de transparence et de moralisation de la vie publique, laquelle, lorsqu'elle devient une fin en soi, peut installer un sentiment de défiance de

l'opinion publique vis-à-vis des élus: « L'exigence de transparence, lorsqu'elle se généralise à l'excès, n'est plus la quintessence de la démocratie mais plutôt son antipode », pour citer Guy Carcassonne<sup>24</sup>. Pour aller à l'essentiel, les administrés saisissent de plus en plus le juge administratif<sup>25</sup>, mais également pénal. Le déplacement de la demande des citoyens vers la justice répressive est particulièrement flagrante en matière de responsabilité. Cette criminalisation des rapports sociaux est décelable par la multiplication des plaintes au pénal, la plupart diligentées pour peu: contre un professeur d'éducation physique ayant énergiquement séparé deux élèves qui se disputaient, contre le maire pour une jambe cassée dans un jardin public, ou une « gifle pédagogique » donnée à un adolescent menaçant<sup>26</sup>. En saisissant le juge pénal par l'intermédiaire de leur conseil, les victimes bénéficient d'un recours à double détente: l'instruction répond au besoin de comprendre la condamnation; par la personnalisation des peines induite par le droit pénal, la condamnation répond à celui de punir les responsables, stigmatiser les coupables. Le système de réparation devant le juge administratif peut donner aux victimes le sentiment de masquer les vrais responsabilités, l'agent public étant couvert par la faute de service. La quête de transparence va de pair avec une meilleure accessibilité au droit pour les administrés, une démocratisation de la connaissance juridique, au moyen du développement d'internet. Les citoyens, seuls ou regroupés en association, maîtrisent de plus en plus le droit et les procédures juridictionnelles; le droit est un outil de débat local, au travers notamment des techniques de démocratie participative (les enquêtes publiques par ex.), et surtout, instrument de contestation contentieuse. La montée en puissance du phénomène associatif participe ainsi à la juridictionnalisation, voire la criminalisation de la sphère locale.

Comme le résume Jean-Bernard Auby, « les rapports sociaux, économiques, politiques, administratifs qui se nouent autour des institutions locales se sont grandement "juridicisés". Le débat juridique, voire la confrontation contentieuse, s'introduit là où autrefois régnaient, le plus souvent, le rappel à l'ordre de la tutelle, l'arrangement notabiliaire, les multiples "donnant, donnant" de la société locale »<sup>27</sup>. Ces éléments peuvent alimenter un sentiment d'abandon des élus dans l'environnement juridique complexe et mouvant auxquels ils sont confrontés, renforcés par les effets paradoxaux de la Révision générale des politiques publiques (RGPP).

### Solitude technique et juridique des élus locaux renforcée par la Révision générale des politiques publiques

Deux aspects peuvent venir illustrer le recul de l'État en qualité de conseil public: le recentrage du contrôle de légalité en préfecture et la fin de l'ingénierie publique concurrentielle depuis le

(20) V. les conditions posées par l'arrêt de la CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00, AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues; *ibid.* 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; D. 2003. 2814, note J.-L. Clergerie; RTD eur. 2004. 33, étude S. Bracq, afin que les compensations de service public ne soient pas considérées comme des aides d'État. V. G. Kafflèche et J.-G. Sorbara, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté, Revue Europe, juin 2012, n° 6, pp. 26-31.

(21) Ainsi, un centre communal d'action sociale qui exerce une activité de portage de repas à domicile est sur un marché concurrentiel, exerce donc une activité économique au sens du droit communautaire (SIEG), tandis qu'il aura une activité de pure protection sociale s'il distribue des allocations publiques et ne sera pas soumis pour cette partie seulement aux règles de concurrence et aides publiques (SIG).

(22) V. *Le guide pratique de l'Assemblée des départements de France (ADF), Départements et SIEG*, cahier détaché de la Gaz. des com, n° 2-5/2111, 30 janv. 2012; *Guide pratique des élus locaux et leur services juridiques: les SSIG, le paquet « Almunia-Banier »*, 20 déc. 2012, Le Courrier des maires, fév. 2012.

(23) Proposition de résolution en application de l'art. 73 quater du Règlement, sur les propositions de directive « marchés publics » et « concessions de services » (E6987, E 6988 et E 6989); textes européens: E6987 (déposé le 9 janv. 2012), E6988 (déposé le 9 janv. 2012), E6989 (déposé le 9 janv. 2012). V. F. Linditch, « Nouvelles directives sur la passation des marchés », Contrats et Marchés publics, fév. 2012, alerte 8.

(24) G. Carcassonne, « *Le trouble de la transparence* », Pouvoirs n° 97, 2001, p. 23.

(25) V. le Rapport d'information sur les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales, n° 300, 15 janv. 2012, fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation présidée par le sénateur J. Mézard. Selon le Rapport, le nombre total des affaires relatives à certaines matières (hors référés) telles que les questions institutionnelles, les questions domaniales relatives aux collectivités, la fonction publique territoriale, les marchés et contrats locaux, ou encore l'urbanisme et l'aménagement a augmenté de 25 % en dix ans, passant de 16386 en 2001 à 20529 en 2010.

(26) V. note 9.

(27) J.-B. Auby, *op. cit.*, in Préface de l'ouvrage de D. Miranda, *Guide pratique du juriste territorial*, Dossier Experts, Territorial éd. 2006, p. 7.

1<sup>er</sup> janvier 2012. Deux rapports récents viennent établir un bilan tout à fait instructif de ces évolutions : le Rapport d'information de Jacques Mézard sur *les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales* du 15 janvier 2012<sup>28</sup> et le Rapport de Dominique De Legge du 22 juin 2011 fait au nom de la Mission commune d'information RGPP<sup>29</sup>. L'expertise publique est une garantie pour les collectivités dans l'administration de leur territoire. Or cette expertise publique semble fragilisée aujourd'hui si l'on en juge par le résultat des rapports.

Contrairement à la vision abstraite ou du moins strictement juridique du contrôle étatique, le contrôle de légalité est une mission de l'État appréciée par les élus. Quand bien même le préfet ou le sous-préfet ne délivre pas un label de légalité, les élus seraient attachés et rassurés par ce dialogue juridique noué avec le représentant de l'État qui accompagne leurs actions, considéré comme un « filtre rassurant »<sup>30</sup>, facteur de sécurisation juridique. Selon Dominique De Legge, « Pour les petites collectivités, le contrôle de légalité apparaît plus comme la validation de leurs actes que comme une atteinte aux libertés locales, dans un cadre juridique sans cesse plus complexe et face à la judiciarisation croissante de la vie publique »<sup>31</sup>. Le besoin d'accompagnement est assurément plus marqué pour les petites communes, dans lesquelles il existe un fossé entre les nombreuses responsabilités obligatoires et la faiblesse des moyens financiers, techniques, humains pour y répondre. Aussi, selon la Directive nationale d'orientation (DNO) des préfetures pour 2010-2015, « les fonctions de conseil et de contrôle exercées par le préfet sont indissociables et se nourrissent mutuellement : dans un souci croissant de sécurité juridique, les élus continuent de solliciter les conseils de l'État et, de ce fait, un conseil pertinent donné avant la production d'un acte limitera les lettres d'observation et les contentieux éventuels. La conciliation de ces deux aspects permet, en outre, aux services de l'État de dépasser leur seule fonction de "censeur" au profit d'une participation plus active au développement local »<sup>32</sup>.

Dans le cadre de la RGPP, l'objectif affiché de la réforme du contrôle de légalité était de renforcer l'expertise publique, par une « priorisation » des domaines de contrôles et par un recentrage des moyens humains en préfecture afin d'améliorer l'efficacité des contrôles. Or le bilan de la réforme dressé par le Rapport Mézard est implacable<sup>33</sup> : « le constat qui ressort du travail que vous avez bien voulu me confier est désolant : le contrôle de légalité est devenu une véritable passoire et ne constitue plus, pour bon nombre d'élus, qu'une "fiction". Les différentes réformes dont il a fait l'objet ne sauraient masquer la réduction drastique des moyens qui lui sont consacrés, opérée dans le cadre de la RGPP. Des interrogations similaires commencent à voir le jour au sujet du contrôle budgétaire ». Cette logique d'économies (20 % de réductions des effectifs en trois ans selon le Rapport) a ainsi affecté la capacité d'expertise de l'État face à celle des

collectivités territoriales, du moins pour les plus puissantes qui, comme on le verra, ont étoffé leurs services juridiques et financiers pour se parer contre la complexité croissante du droit encadrant leur action. Selon le Rapport Mézard, si l'on mesure la capacité d'expertise en particulier au regard de la répartition des effectifs entre les différentes catégories de la fonction publique, on note un décalage croissant entre, d'une part, les agents des préfetures chargés du contrôle de légalité, pour la plupart de catégorie B et C (47 % de catégories B, 34 % de catégories C, et à peine 19 % de catégories A) et, d'autre part, les services juridiques des collectivités territoriales les plus importantes, dotées de fonctionnaires de catégorie A ou A+.

Ce repli de l'État dans le contrôle n'a pu être compensé, selon le Rapport, par le développement de la mission de conseil, affectée également par la réduction des effectifs de l'État, et ce en dépit de l'invitation faite par la directive nationale d'orientation des préfetures pour 2010-2015<sup>34</sup> de renforcer et professionnaliser la mission de conseil notamment en sous-préfetures. La réorganisation de l'État territorial intervient surtout au moment même où l'État prestataire de services se retire des territoires, avec la fin de l'ingénierie publique dans le secteur concurrentiel<sup>35</sup>, effective depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. L'ingénierie publique est une vieille tradition française. « Les fonctionnaires des services de l'équipement et des services de l'agriculture concourent ainsi depuis longtemps à l'accomplissement des missions des collectivités territoriales. Ils aident les élus dans le cadre d'opérations très diversifiées telles que : la conception des travaux, la gestion de services, les études, la maîtrise d'ouvrage, le conseil et l'assistance, la maîtrise d'ouvrage déléguée, l'organisation administrative des marchés publics en conformité avec la loi, l'aide à la sélection des entreprises, le montage des dossiers de subventions, la maîtrise d'œuvre, la conduite d'opérations d'investissement ou encore le contrôle des factures et du règlement des subventions »<sup>36</sup>. Depuis lors, les services de l'État, au travers des anciennes et devenues mythiques DDA et DDE, n'exercent plus aucune mission de ce type, en dehors du conseil et de l'assistance apportés aux communes éligibles (selon différents critères démographiques et de potentiel fiscal) à l'assistance technique fournie par l'État pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT). Les temps heureux pour une petite commune où l'ingénieur en chef de la subdivision de la DDE était reçu comme un notable à la mairie sont révolus, appelant les collectivités aujourd'hui à expérimenter de nouvelles formes d'ingénierie publique territoriale (*via* les départements, intercommunalités...), comme nous le verrons.

### Les mutations de la pénalisation de la vie publique locale

Quel est l'état de la pénalisation de la vie publique ? Y a-t-il eu une évolution dans le nombre des mises en cause pénales des élus et fonctionnaires territoriaux, dans la typologie des infractions et l'issue des procédures ? De manière générale, quelles sont les évolutions de la cartographie du risque pénal, des zones de

(28) Rapport n° 300 de J. Mézard sur *les contrôles de l'État sur les collectivités territoriales*, 15 janv. 2012 fait au nom de la Délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation.

(29) Rapport n° 666 de D. De Legge fait au nom de la Mission commune d'information RGPP, 22 juin 2011.

(30) Rapport Mézard, *op. cit.* p. 17.

(31) Rapport De Legge, *op. cit.* p. 114.

(32) Directive nationale d'orientation (DNO), p. 15.

(33) *Op. cit.* p. 86

(34) DNO, p. 15.

(35) V. le Rapport d'information n° 557 du Sénateur Y. Daubigny du 15 juin 2010, *Les collectivités territoriales : moteurs de l'ingénierie publique* (Sénat 2009-2010).

(36) Rapport préc., *op. cit.* p. 2.

## RUBRIQUES Collectivités territoriales

fragilités judiciaires dans les mandats locaux? Il est très difficile d'appréhender de manière statistique ce phénomène<sup>37</sup>. Les chroniques pénales se sont certes multipliées dans les revues juridiques, que ce soient dans des revues de droit pénal<sup>38</sup>, et plus récemment dans des revues de droit administratif<sup>39</sup>, témoignant de l'intérêt de développer la recherche sur ces mutations sensibles du contentieux local. Mais l'absence de panorama statistique officiel nous renvoie à une vision parcellaire de la réalité du risque pénal. Devant ces difficultés, les indicateurs du « Criminoscope territorial » de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale, dans leur Rapport annuel, fournissent alors de précieux renseignements. Même si les données chiffrées récoltées ne sont pas exhaustives, elles ont le mérite d'établir une photographie annuelle à peu près nette des évolutions de la répression pénale dans le secteur public local.

## Données statistiques

Ainsi, à l'idée répandue selon laquelle la pénalisation de la vie locale serait en augmentation croissante et fragiliserait l'exercice même de notre démocratie territoriale, le verdict des chiffres apporte une nuance bienvenue. Est notable une certaine stabilité, voire une légère baisse du nombre de mises en cause pénales sur plusieurs périodes de références (mandature 1995-2001, mandature 2001-2008 et mandature 2008-2014). L'Observatoire a ainsi recensé 613 élus mis en cause durant le mandat 2001-2008 contre 501 pour le mandat 1995-2001, soit aux alentours de 80 à 90 élus mis en cause. Cette baisse semble se poursuivre pour la mandature 2008-2014 puisque, selon le baromètre 2011, 171 élus auraient été poursuivis pendant cette période. Ce chiffre est également en baisse pour les agents territoriaux, la moyenne annuelle passant d'environ 70 agents durant le mandat 1995-2001 à 63 pour le mandat 2001-2008<sup>40</sup>. Notons, à propos de l'issue judiciaire des procédures ouvertes, qu'environ 60 % des mises en cause pénales, aboutissent à une condamnation de l'élu ou du fonctionnaire<sup>41</sup>. Il est intéressant également de constater, à la lecture du Rapport 2011 de l'Observatoire des risques de la vie territoriale, que l'exposition au risque pénal, au regard du nombre de poursuites engagées depuis les trois mandatures contre les élus

ou agents, touche à 80 % les agents des communes, et cela en dépit de l'évolution de la dynamique intercommunale<sup>42</sup>. En revanche, même si elle demeure encore marginale, la répression des collectivités territoriales, de leurs établissements publics locaux et de leurs groupements semble entrer dans les « mœurs judiciaires », puisque les chiffres de mises en cause pénales des personnes morales de droit public ont substantiellement augmenté. En moyenne annuelle, le nombre de collectivités territoriales ou d'établissements publics locaux dont la responsabilité pénale est recherchée, est ainsi passé de 3 à 8 par an<sup>43</sup>, et le rythme des mises en cause ne semble pas ralentir durant le mandat 2008-2014, puisque 22 personnes morales ont été poursuivies. On pourrait *a priori* se réjouir de cette hausse, qui contraste avec la stabilité relative des chiffres concernant les mises en cause pénales des élus et fonctionnaires territoriaux. Mais, malgré la multiplication par deux des condamnations pénales des collectivités locales, les chiffres restent modestes par rapport aux poursuites engagées contre les personnes physiques. Rappelons que la mise en jeu de la responsabilité pénale de la collectivité locale qui ne peut être engagée, selon l'article 121-2 du Code pénal, que pour les infractions « commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public », n'exclut pas celle des personnes physiques.

90 mises en cause d'élus par an sur un total de 500 000 élus (soit 0,02 % environ), 60 agents mis en cause par an sur un total de 1 800 000 d'agents publics (soit, 0,003 %), on est donc loin d'un *tsunami* judiciaire! Et pourtant, le risque pénal ne disparaît pas pour autant; il est au contraire mouvant et polymorphe, tant les « nids à contentieux » ont pu évoluer.

## Évolutions des zones de fragilités judiciaires

Lorsque l'on étudie la typologie des motifs de condamnations des élus et des fonctionnaires territoriaux, il apparaît très clairement dans les statistiques de l'Observatoire des risques de la vie territoriale que les manquements aux devoirs de probité arrivent largement en tête devant les autres condamnations, bien devant les homicides et blessures involontaires et autres catégories de délits. Plus précisément, les pourcentages des condamnations pour manquements aux devoirs de probité sont stabilisées aux alentours de 55 % pour les élus et fonctionnaires, très loin devant les homicides et blessures involontaires dont le pourcentage semble être à la baisse<sup>44</sup>, sous l'effet assurément de la *loi Fauchon* du 10 juillet 2000, comme nous allons le voir.

Si de nombreux délits, depuis le début du millénaire, sont en légère ou significative baisse, d'autres, en revanche, connaissent

(37) Fin des années 90, le souci de dédramatisation de la Chancellerie par les statistiques s'était également accompagné d'une volonté de réforme dans différents domaines touchant de près ou de loin à la question de la responsabilité pénale des élus locaux. V. le Rapport remis au garde des Sceaux du « Groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics », présidé par M. J. Massot, 16 déc. 1999.

(38) Par ex., v. la chron. de J. Moreau et J.-H. Robert, *Droit pénal administratif*, depuis mars 2003 dans *Droit pénal*.

(39) Face au mouvement de pénalisation de la vie publique en particulier locale, le professeur G. Marcou, qui dirigeait la revue du GRALE (*Annuaire des collectivités locales*, CNRS Éditions, devenue *Droit et gestion des collectivités territoriales*, éd. Le Moniteur) nous avait contacté, après la parution de notre ouvrage (*Le juge pénal et l'élu local*, préc.), afin de dresser un état des lieux de l'évolution législative et jurisprudentielle du contentieux pénal des collectivités territoriales. C'était la première fois que l'on retrouvait une chronique pénale annuelle dans la « littérature » administrative. Depuis les chroniques se sont multipliées. Pour ne citer qu'elles, la chronique annuelle de F. Linditch « Un an de droit pénal des marchés publics », *Contrats et Marchés publics*; dernièrement la chronique de Y. Mayaud, créée en mars 2012 dans la revue *Lamy des Collectivités territoriales*.

(40) L'Observatoire a recensé 473 agents au sens large (fonctionnaires territoriaux, agents contractuels, collaborateurs de cabinets, agents d'établissements publics locaux...) mis en cause sur le mandat 2001-2008 contre 422 sur le mandat 1995-2001 et 193 depuis 2008 (baromètre 2011 de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale).

(41) Contre 25 % de relaxes, et 15 % de non lieu.

(42) En particulier à 44 % des communes qui ont moins de 3500 habitants, selon le Rapport 2011, contre 33 % pour les communes de 3500 à 20000 habitants, et 27 % pour celles de plus de 20000 habitants. Mais lorsque l'on sait que les communes de moins de 3500 habitants représentent plus de 90 % des communes françaises, le pourcentage de poursuites contre elles est finalement proportionnellement faible.

(43) L'Observatoire a recensé 50 collectivités territoriales ou établissements publics locaux mis en cause pénalement sur le mandat 2001-2008 contre 19 sur le mandat 1995-2001. V. notre article « La responsabilité pénale des collectivités territoriales protège-elle celle de l'élu local? », numéro spécial *Les collectivités face au droit pénal: entre protection et répression*, de *Complément territorial*, Le Moniteur, déc. 2011.

(44) Typologie des motifs de condamnations en 2011: 1. Manquements au devoir de probité (élus: 55,2 %; fonctionnaires 53,1 %). 2. Atteintes à la confiance (E: 15,9 %; F: 26,3 %). 3. Atteintes à l'honneur (E: 11,6 %; F: 3,1 %) 4. Atteintes involontaires à la vie (E: 6,9 %; F: 13,5 %). 5. Atteintes à la dignité (E: 6,4 %; F: 3,1 %). 6. Atteintes à l'environnement (E: 4,5 %; F: 1,9 %). 7. Autres (E: 7,1 %; F: 12,3 %).

une nette augmentation dans la sphère locale. Il s'agit en particulier des délits que l'on peut regrouper sous la rubrique « atteintes à l'honneur » (diffamation, injure, dénonciation calomnieuse) révélant par là-même la judiciarisation des rapports sociaux en particulier politiques, avec en toile de fond une problématique épineuse : dans le combat politique, dans la confrontation des idées, la frontière entre l'expression d'une opinion critique sur l'action politique dans un souci légitime de sensibiliser l'opinion publique, et ce qui relève du propos diffamatoire, attentatoire à l'honneur et à la considération de la personne, peut être tenue.

Mais, de manière peut-être un peu moins anecdotique, ce qui en particulier cristallise l'inquiétude des élus et fonctionnaires territoriaux, confrontés à l'élasticité des critères d'imputation et au caractère quasi matériel et continu des infractions, ce sont les délits sanctionnant les atteintes à la probité publique : en particulier le délit de favoritisme (art. 432-14 CP) et le délit de prise illégale d'intérêts (art. 432-12 CP), selon l'Observatoire des risques de la vie territoriale, représentent à eux seuls environ 30 % du contentieux pénal, toutes infractions confondues. Le risque est donc loin d'être théorique...

Après le syndrome du « panneau de basket », est-ce au tour du syndrome du « sac de ciment » de frapper les décideurs locaux ? Toutes les collectivités ayant à passer des marchés publics pour leurs petites fournitures ou leurs grands projets sont en effet régulièrement confrontées à la contestation contentieuse, puisque, après avoir perdu la bataille économique, beaucoup d'entreprises évincées se livrent à une bataille judiciaire. L'augmentation du contentieux de la commande publique devant les tribunaux administratifs (43 % en 10 ans) l'atteste<sup>45</sup>. Le volet pénal du contentieux des contrats n'est pas en reste avec le délit d'octroi d'avantage injustifié ou délit de favoritisme (35 % environ des mises en cause pour atteintes au devoir de probité selon l'Observatoire). Ce délit vient sanctionner la méconnaissance des règles de publicité et mise en concurrence en particulier celle du principe de l'offre la mieux-disante, créant ainsi une rupture d'égalité des entreprises dans l'accès à la commande publique. Ce délit est redouté par les élus et fonctionnaires pour plusieurs raisons. La première est que la jurisprudence en a fait une infraction quasi matérielle, considérant qu'il est nullement besoin que l'auteur des faits ait agi dans le but de favoriser un candidat ; seule la conscience d'avoir enfreint la loi suffit. Or, considérant que « nul n'est censé ignorer la loi », le juge présume cette intention coupable de la seule qualité de l'auteur (élu ou fonctionnaire). En d'autres termes, dès lors que l'auteur est un élu ou agent, il est présumé avoir eu connaissance des textes. D'où la transformation insidieuse de ce délit intentionnel en délit quasi matériel, en méconnaissance des réalités dans les collectivités territoriales (problèmes de moyens juridiques et humains pour se prémunir contre le risque). En outre, le formalisme, les procédures souvent décriées, peuvent paradoxalement rassurer les élus. Or, justement, il existe une continuité des objectifs poursuivis dans les vagues de réformes du Code des marchés publics : dans une perspective d'efficacité de la commande publique, la volonté des pouvoirs publics est d'assouplir les procédures du Code des marchés publics afin de libérer les énergies des acheteurs publics en les responsabilisant. Il n'en demeure pas moins que cette fièvre réformatrice dans le droit

des marchés publics depuis le début du second millénaire pour répondre en particulier aux injonctions communautaires (2001, 2004, 2006, 2008, 2009, 2011), a pu créer une vraie lassitude pour les acheteurs publics face à cette instabilité juridique.

Simplification des procédures, relèvement du seuil des « petits » marchés de 4000 à 15000 euros, suppression du seuil de 206000 euros pour les marchés publics de travaux, reconnaissance officielle de la négociation dans le cadre des procédures adaptées, raccourcissement des délais de paiement... ont contraint les collectivités à réorganiser leurs procédures de commande publique. Les petites communes en particulier ne signent pas souvent, pour ne pas dire jamais, des marchés de travaux de plus de 5000000 euros, seuil communautaire au-delà duquel la procédure formalisée est obligatoire : pour ces dernières, c'est ainsi quasiment la fin du formalisme lié aux appels d'offres, notamment la disparition des commissions d'appel d'offres qui peuvent avoir, dans une certaine mesure, le mérite de reconforter les élus. Ces réformes ne sauraient toutefois conduire à être moins exigeants sur la transparence des procédures, en particulier la mise en concurrence des candidats. Car ces nombreux assouplissements dans l'achat public doivent s'inscrire dans le respect des « fondamentaux » de la commande publique, dégagés dans l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics<sup>46</sup>. L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 février 2007<sup>47</sup> l'a utilement rappelé à propos des marchés à procédure adaptée (MAPA). Alors *quid* des « petits » marchés ? Ceux de moins de 15000 euros, qui restent selon l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics. Les acteurs locaux courent-ils un risque juridique en choisissant sans concurrence le même opérateur ? Les précautions utilisées dans le décret du 9 décembre 2011<sup>48</sup> lequel a relevé le seuil des petits marchés de 4000 à 15000 euros sont-elles suffisantes ? L'exposition au risque pénal dans la commande publique est plus vivace avec l'assouplissement du cadre. Il est clair que le desserrement de la procédure, la marge de manœuvre plus souple des élus, sont susceptibles de créer des doutes, réels ou supposés, dans la sincérité de la procédure, et de renforcer le sentiment d'insécurité des acteurs

(46) « Les marchés publics (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures » (CMP art. 1<sup>er</sup>).

(47) Crim., 14 févr. 2007, n° 06-81.924, comm. F. Linditch, JCP Adm. et Coll. Terr. n° 23, 4 juin 2007, 2139 ; AJDA 2007. 853, note J.-D. Dreyfus ; AJ pénal 2007. 183 ; v. notre commentaire in *Annuaire 2008 des collectivités locales*, CNRS éd. p. 464 et s. La question était alors de savoir si le fait d'attribuer un marché non formalisé à une entreprise n'ayant pas présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, constituait un manquement aux principes de l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics, susceptible d'entrer dans les prévisions du délit de favoritisme de l'article 432-14 du Code pénal. La Cour de cassation y répondit très clairement : les dispositions figurant à l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics qui édictent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme. Le délit de favoritisme s'applique également aux marchés des entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 : v. sur cette question l'article de A. Ruellan « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ? », AJDA 2008. 1139 et s.

(48) Décret n° 2011-1853 du 9 déc. 2011 modifiant certains seuils du Code des marchés publics, art. 203-1 « III. La personne soumise à la présente partie peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15000 euros HT. Lorsqu'elle fait usage de cette faculté, elle veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin ».

(45) Selon le Rapport Mézard, les affaires enregistrées hors référés, seraient passées de 1511 en 2001 à 2157 en 2010, tandis que les déférés préfectoraux seraient en baisse significative (447 en 2000 contre 108 en 2010).

locaux. Aussi, dans de nombreuses collectivités, si le formalisme est parti par « la grande porte » avec la réforme du code de 2006, est-il aussitôt revenu par la « fenêtre » dans la pratique quotidienne de la commande publique : de nombreuses communes, en particulier les plus petites, ont créé, sur les cendres des commissions d'appel d'offres, des commissions de l'achat public ou autres appellations, afin d'encadrer la procédure et surtout rassurer les élus très sourcilieux sur les pernicieux et surtout stigmatisants délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts, aux critères d'imputation souplement interprétés.

Le délit de prise illégale d'intérêts est une infraction sournoise également redoutée par les élus<sup>49</sup>. Selon l'article 432-12 du Code pénal, il est constitué par le fait pour toute personne dépositaire de l'autorité publique « de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en toute ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ». Doit donc être puni l'agent public qui a pris une décision qui privilégie ses propres intérêts ou ceux de ses proches. Les affaires d'interférences entre intérêts privés et intérêts publics constitutives d'une ingérence représentent environ 15 % du contentieux pénal tout confondu. Il faut dire qu'il existe de nombreux foyers contentieux au cours desquels, au regard de l'élasticité des critères d'imputation du délit, le « contrôleur » peut se retrouver en situation de « contrôlé » : par exemple, l'urbanisme (modification du plan local d'urbanisme)<sup>50</sup>, achat de parcelle de lotissement municipal), vote de subventions, embauche de personnel (ayant un lien familial avec un élu), contrats de fournitures, travaux ou services, sans compter les cadeaux professionnels, invitations, parrainage ou « *sponsoring* » qui viennent « souder » les relations professionnelles<sup>51</sup> mais qui peuvent porter atteinte à l'impartialité dans la manière de décider ou de servir.

Le climat d'insécurité judiciaire doit être, comme nous le verrons, relativisé au regard des réalités statistiques. Il existe manifestement un décalage entre le sentiment d'injustice et la réalité criminologique contenue dans les chiffres de la délinquance des élus locaux et fonctionnaires territoriaux. On se rend bien compte que la dérive vers ce que certains appellent une « américanisation de la justice » n'est pas réelle. Est-ce à dire que les élus et agents sont atteints de paranoïa aigüe ? Non, il existe un risque pénal vif que les acteurs publics tentent de contenir par différents dispositifs de protection et de prévention.

## Les « parefeux » contre la pénalisation de la gestion publique locale

Le risque juridique en général, pénal en particulier, peut avoir différents impacts, qu'ils soient personnels (privation des libertés de l'élu ou du fonctionnaire), politiques (fragilisation du capital politique) et financiers, aussi bien pour la collectivité (amendes et indemnisation supportées par le budget local) que pour les agents. Les pouvoirs publics ont ainsi répondu à ce mouvement d'inquiétude des décideurs publics par différentes réformes législatives, contribuant autant à rétablir la confiance des élus qu'à remettre le droit pénal à sa véritable place. Mais au-delà, les collectivités des « parefeux » organisent pour la prévention et la gestion du risque.

### « Parefeux » législatifs

Face au sentiment de dérive judiciaire caractérisée surtout à la fin des années 90 par une hausse des mises en cause pénales d'élus et fonctionnaires territoriaux, le législateur a cherché à circonscrire le risque pénal en introduisant dans notre ordre juridique des dispositifs de protection permettant soit de transférer la responsabilité pénale des agents publics soit de l'atténuer.

#### Transfert de responsabilité pénale à la collectivité territoriale

Déjà, la reconnaissance de la délinquance des personnes morales a constitué une véritable révolution juridique avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le 1<sup>er</sup> mars 1994. Deux raisons essentielles avaient motivé le législateur pour en finir avec cette impunité pénale, d'autant plus choquante que la réalité criminologique de celles-ci était connue de tous : d'une part, un souci de durcir la répression des personnes morales à l'origine d'atteintes graves à la santé publique ou à l'environnement, et d'autre part, une exigence d'équité permettant de transférer la responsabilité personnelle de leurs dirigeants, souvent condamnés pour des faits dont ils ignoraient l'existence, vers celle de la collectivité. Mais ce dispositif de transfert de responsabilité à la personne morale n'a pas contribué pleinement à endiguer le risque pénal pour les personnes physiques<sup>52</sup>.

#### Redéfinition des infractions non intentionnelles

Le législateur est surtout intervenu à deux reprises, face au « pic d'angoisse » de la fin des années 90, dans le champ de la culpabilité non intentionnelle, afin de redessiner les contours des délits involontaires. Une première loi du 13 mai 1996<sup>53</sup>, sur proposition du sénateur Fauchon, réformant l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal, a posé la règle selon laquelle la faute d'imprudence ne peut être constituée que s'il est démontré *in concreto* que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences

(49) V. notre article « La prise illégale d'intérêts : état du droit », *Droit Administratif*, 2003, chron. n° 10.

(50) Crim. 23 févr. 2011, n° 10-82880, à propos de la condamnation d'un maire d'une petite commune de 800 habitants qui a pris un intérêt lors de la transformation du POS en PLU ayant eu pour conséquence de rendre son terrain constructible, alors même qu'il avait pris les précautions afin de ne pas participer au vote.

(51) V. L. Denès « Conflit d'intérêts : le cadeau professionnel, un cadeau empoisonné », *Gaz. des com.*, 19 déc. 2011, p. 56 ; « Chaque chocolat est une bombe potentielle ! », nous prévient D. Miranda, président de l'Association des juristes des collectivités territoriales. V. surtout le Rapport Sauvé, préc., sur ces questions.

(52) V. notre article « La responsabilité pénale de la collectivité publique protège-t-elle celle de l'élu local ? » in numéro spécial *Les collectivités face au droit pénal : entre protection et répression*, de *Complément territorial*, Le Moniteur déc. 2011, p. 4 et s.

(53) Loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence et de négligence, JO, 14 mai, p. 7211 ; F. Le Guhenec, « Premier aspect de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence et de négligence », *JCP G*, n° 24.

normales compte tenu des moyens qu'il avait à sa disposition. Sur-tout, quatre ans plus tard, la loi dite *Fauchon* du 10 juillet 2000<sup>54</sup> a, de manière plus radicale, réformé la délinquance non intentionnelle en dépénalisant les fautes légères d'imprudence, tout en respectant le droit des victimes à la réparation de leur préjudice<sup>55</sup>, notamment par le dispositif de déconnexion de la faute civile par rapport à la faute pénale: par son alinéa 4, l'article 121-3 exige désormais une faute qualifiée, « délibérée » ou « caractérisée », pour condamner pénalement les auteurs indirects, c'est-à-dire ceux qui ont contribué à créer la situation permettant la réalisation du dommage, ou ceux qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter. Néanmoins, en cas de faute simple non détachable du service, la collectivité, personne morale, pourra toujours être reconnue civilement responsable devant le juge administratif. Le législateur, en consolidant les situations juridiques des décideurs publics, a tenté de répondre à la formule de Georgina Dufoix, rendue célèbre par l'incompréhension qu'elle avait suscitée à l'époque de l'affaire du sang contaminé: « responsable mais pas coupable ». La loi *Fauchon* a-t-elle eu l'effet dépénalisateur escompté? Le bilan peut paraître contrasté<sup>56</sup>. Les statistiques sont assurément encourageantes au regard de la diminution des condamnations sur le chef de prévention d'homicide et blessures involontaires<sup>57</sup>. En revanche, le bilan statistique n'aura pas dissipé les craintes des élus dans ce contentieux à forte charge symbolique. Le « syndrome du panneau de basket » a la vie dure...

### Le conflit d'intérêts en débat

C'est également dans la perspective de réduction du risque pénal encouru par les agents publics face à l'imprécision des critères d'imputation du délit de l'article 432-12 du Code pénal qu'a été adoptée en 2010 par le Sénat la proposition de loi *Saugey* « visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux »<sup>58</sup>. Dans un contexte de répression sévère, l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 octobre 2008 ayant marqué les esprits<sup>59</sup>, cette

proposition visait à écarter du champ des poursuites les situations dans lesquelles les élus siégeant en qualité de représentant de leur collectivité au sein d'organismes extérieurs, tels qu'un établissement public ou une association, n'y prennent pas un intérêt personnel distinct de l'intérêt général. Dans cette perspective, a été votée par le Sénat la proposition de remplacer au sein de l'article 432-12 les mots « un intérêt quelconque » par « un intérêt personnel distinct de l'intérêt général ». On a pu se demander si la proposition *Saugey*, tendant à définir plus strictement le champ du délit de prise illégale d'intérêts pour les acteurs publics, ne s'est pas inscrite à contre-courant des propositions faites par le Rapport de la Commission Sauvé *Pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, remis au président de la République le 26 janvier 2011<sup>60</sup>. On pouvait *a priori* le penser, en parcourant le constat fait par la Commission sur la question des interférences entre missions de service public et intérêts privés: une définition lacunaire du conflit d'intérêts, des règles de déontologie insuffisantes, des mécanismes de prévention des conflits rares<sup>61</sup> justifieraient donc la réflexion et assurément un futur projet de loi. Le Rapport Sauvé a-t-il alors de fait enterré la proposition *Saugey*? C'est justement là où est le paradoxe, car le Rapport nous apprend, et nous venons de le rappeler avec l'arrêt *Ville de Bagnaux*, que la France a un régime très répressif sur le fondement de l'article 432-12 du Code pénal<sup>62</sup>, infraction qui n'a pas « d'équivalent dans les pays de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques) »<sup>63</sup>. Le droit des « conflits d'intérêts » semble en effet dominé en France par la seule réponse pénale<sup>64</sup>. Ainsi, loin d'être une entreprise corporatiste d'« immunisation scandaleuse » des élus locaux, cette proposition contribuerait à rapprocher la jurisprudence de la Chambre criminelle de celle, plus réaliste, du Conseil d'État sur la notion de conseiller intéressé. Mais, à l'heure actuelle, la proposition de loi n'a pas été inscrite à l'ordre du jour à l'Assemblée nationale. Un amendement dans le but de restreindre le champ de l'incrimination a également été introduit au Sénat dans la proposition de loi *de simplification du droit* (adoptée le 17 mai 2011) mais il avait été rejeté par le rapporteur<sup>65</sup>.

En réponse aux préconisations de la Commission Sauvé en matière de prévention des conflits, et face aux dispositions

(54) Loi n° 2000-647 du 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, JO, 11 juill., p. 10484; J. Pradel, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », D. 2000, n° 29; F. Le Guhenec, « Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », JCP G, 2000, p. 1587 et s.

(55) Ce qui n'a pas été l'avis de nombreuses associations de victimes qui avaient dénoncé « l'amnistie anticipée » des décideurs, lors de l'adoption du projet de loi.

(56) « La responsabilité pénale pour imprudence à l'épreuve des grandes catastrophes: La loi Fauchon, 10 ans après », Actes du colloque 9 oct. 2010, Palais du Luxembourg. *Loi Fauchon, quel bilan*, Dossier spécial, AJ pénal, avr. 2006.

(57) La causalité indirecte, déclenchant l'exigence d'une faute « caractérisée » ou « délibérée » pour entrer en condamnation semble protéger toutefois davantage les décideurs publics élus que les fonctionnaires, davantage considéré comme des auteurs directs, et donc susceptibles d'être condamnés sur la base d'une faute simple d'imprudence: V. les statistiques 2011 de l'Observatoire des risques de la vie territoriale.

(58) Proposition de loi n° 2682 du sénateur B. Saugey « visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêts des élus locaux », adopté par le Sénat le 24 juin 2010, déposé le même jour à l'Assemblée nationale, et renvoyée à la Commission des lois.

(59) La condamnation des élus pour prise illégale d'intérêts par la Chambre criminelle de la Cour de cassation par l'arrêt rendu le 22 oct. 2008 (Crim., 22 oct. 2008, *Ville de Bagnaux*, n° 08-82.068, AJDA 2008. 2144; D. 2008. 3013; AJ pénal 2009. 34, obs. G. Royer) avait jeté l'effroi chez les décideurs locaux. Dans le quotidien des collectivités, il arrive très fréquemment que des élus locaux exercent ès-qualités des fonctions de président dans les associations municipales qui quadrillent le paysage économique, social, culturel ou sportif de leur collectivité: les quatre prévenus, maire, maires adjoints et conseiller

municipal, avaient ainsi participé aux délibérations attribuant des subventions aux associations municipales ou intercommunales qu'ils présidaient, notamment d'insertion de jeunes, pour lesquelles ils ne tiraient aucune rémunération. Pour les déclarer coupables de prise illégale d'intérêts, la Cour avait considéré qu'en qualité d'élus municipaux, chacun d'eux avaient l'obligation impérieuse de veiller à la parfaite neutralité des décisions d'allocation de subventions.

(60) V. J.-B. Auby, « Le chantier des conflits d'intérêts », DA mars 2011, Repère, p. 2.

(61) Sur cette question, M. Hirsch « *Pour en finir avec les conflits d'intérêts* », Stock, 2010.

(62) En voici quelques extraits: p. 31, « Ce délit se caractérise en effet par son champ d'application potentiellement très large, auquel la jurisprudence judiciaire mais aussi le juge administratif ont donné une portée extensive »; p. 35, « La France se caractérise donc par la sévérité du cadre juridique des conflits d'intérêts, laquelle n'a été atténuée qu'au bénéfice des élus des communes de 3500 habitants ou moins dans des conditions précises. Cette sévérité concerne aussi bien le champ de l'infraction pénale, très large, que le niveau élevé des sanctions ».

(63) *Ibid*, p. 33.

(64) J.-M. Brigant, « Affaires, conflits d'intérêts, prohibé... cachez cette prise illégale d'intérêts que je ne saurais voir », *Droit pénal*, janv. 2012, étude 3.

(65) Rapport n° 3112, de M. É. Blanc sur la proposition de loi *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, du 26 janv. 2011.

## RUBRIQUES Collectivités territoriales

lacunaires (notamment en matière d'incompatibilités) qui renforcent la crise de confiance envers les décideurs publics, une proposition de loi organique (n° 3838) et une proposition de loi (n° 3866) relatives à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts, ont été déposées le 18 octobre 2011. L'article 12 de la proposition avait pour objectif de préciser les critères de l'infraction. La Commission des lois a rejeté toutefois l'article 12, tandis que l'Assemblée nationale le 7 décembre 2011 rejetait en première lecture les deux propositions. Quant au projet de loi n° 3704 du 27 juillet 2011 *relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, il envisage uniquement la réponse préventive, déontologique et éthique, du conflits d'intérêts.

#### Protection fonctionnelle des agents publics

Au titre de dispositifs législatifs de protection, n'oublions pas, pour terminer, la protection fonctionnelle que la collectivité doit accorder à ses agents publics, élus, nommés, titulaires et non titulaires, que l'on retrouve dans le statut général de la fonction publique <sup>66</sup>. Érigé par le Conseil d'État en principe général du droit dans un arrêt de section du 8 juin 2011 <sup>67</sup>, ce principe oblige la commune, par exemple, à apporter sa protection au maire lorsqu'il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de tous les faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de l'exercice de ses fonctions, qu'ils soient constitutifs de délits intentionnels ou non intentionnels (L. 2123-34 du CGCT).

### *Parefeux « paradigmatiques » et organisationnels : le développement de la culture du risque juridique dans les collectivités territoriales*

Différentes évolutions constituent autant de données déterminantes dans la judiciarisation des relations sociales : sous l'emprise permanente des médias, dans notre société émotive et réactive (un fait divers se transforme en projet de loi), bousculée par le culte de la vitesse, la tyrannie de l'urgence et du court terme, la quête radicale de transparence et de moralisation de la vie publique se conjugue avec les exigences croissantes de sécurité et de prévisibilité. La « société du risque » constitue une des notions les plus emblématiques de l'évolution de notre société depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle <sup>68</sup>. Dans notre époque de sociabilisation du risque, de garantie et de solidarité face aux accidents ou aux crises, les pouvoirs politiques assument cet état de fait : répondre à la demande sociale de prévenir et d'assumer les risques.

Il n'existe évidemment pas de risque zéro. Toutefois, le risque juridique ne saurait être une fatalité. L'aléa juridique dans la gestion locale, créateur de vulnérabilité contentieuse, a ainsi été approprié par les élus et affecte fatalement les manières de décider. Les collectivités ont en effet développé une « culture du risque », nouveau paradigme dans la gestion locale, les obligeant

à repenser les organisations et leur management au service de la décision, en déployant tout un ensemble de réponses dans la prévention et la gestion de cette incertitude judiciaire. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, les stratégies sont endogènes, au cœur des collectivités, mais d'autres voies sont explorées afin de réguler le risque.

#### Les réponses managériales par l'expertise des fonctionnaires et des élus

La prise de conscience du risque, amplifiée par les vertus pédagogiques de quelques arrêts retentissants du juge répressif, peut se manifester dans les petites collectivités au travers des organigrammes qui se renforcent en cadres. Les petites communes en particulier, faute de pouvoir se reposer sur l'expertise de l'État, s'arment elles-mêmes, les élus n'hésitant plus à s'entourer d'un secrétaire général ou directeur général des services, cadre A, diplômé de l'enseignement supérieur, auquel il est demandé d'avoir de solides connaissances juridiques. De leur côté, les collectivités plus importantes ont pu intégrer la réflexion juridique en amont du processus décisionnel en structurant des services juridiques. « L'intelligence juridique » est devenue une notion essentielle dans le management public territorial : la fonction juridique, le rôle du juriste territorial, a ainsi pu évoluer dans l'organisation des collectivités locales, comme en témoigne, ou en appelle de ses vœux, Davy Miranda <sup>69</sup>. Perçu traditionnellement comme « l'empêcheur de tourner en rond » en amont, ou « le pompier de service » en aval, le juriste est selon lui devenu « opérationnel » dans de nombreuses collectivités : force de proposition afin de rendre les décisions plus efficaces (par exemple, dans le « maquis » complexe de l'ingénierie contractuelle), il est également en soutien des élus dans la prévention du risque, la sécurisation des situations juridiques. Opérationnel, le juriste par les qualités requises de rigueur, de réflexe et d'imagination juridique, est aujourd'hui associé à toutes les étapes dans la prise de décision juridique, du diagnostic à la rédaction des actes administratifs, en passant par la mission de conseil interne afin de trouver les décisions les mieux adaptées. Cet ensemble de missions révèle la dimension stratégique du droit que nos étudiants peuvent avoir des difficultés à appréhender...

Parallèlement à l'expertise des fonctionnaires, de nombreuses études de sociologie politique ont pu également mettre en évidence la « montée en compétences » et la sélection sociale des élus locaux <sup>70</sup>, en particulier avec le développement de l'intercommunalité. À côté ou au détriment de la traditionnelle légitimité électorale, ces territoires élargis sollicitent une légitimité technique, reposant sur un « savoir-faire professionnel ». Selon l'instructive étude de Sébastien Vignon <sup>71</sup>, « Cette emprise croissante de l'intercommunalité de projet a eu pour effet de bouleverser la hiérarchie des qualités et des compétences légitimes nécessaires à l'exercice d'une fonction de "bonne gouvernance locale". La "notabilité" locale ("l'ancienneté" et la "reconnaissance" dans l'espace politique local ou/et l'ancrage territorial) est une qualité qui ne (se) suffit plus pour

(66) Art. 11 de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, modifiée par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

(67) CE, sect., 8 juin 2011, Georges A., note D. Jean-Pierre, JCP Adm. et Coll. Territ. , n° 43, 24 oct. 2011, 2337.

(68) Pour un ouvrage inaugural dans la recherche en sciences humaines et sociales, U. Beck, *La société du risque*, Flammarion, 1986.

(69) D. Miranda, *Guide du juriste territorial, Dossiers d'experts*, Territorial éd. 2006.

(70) F. Desage et D. Guéranger, *La politique confisquée : sociologie des réformes et des institutions intercommunales*, coll. *Savoir Agir*, éd. Du croquant, 2011, p. 200.

(71) S. Vignon, « Du dévouement villageois au professionnalisme communautaire », *Pouvoirs locaux*, n° 84 1/2010, p. 43 et s.

exister politiquement, y compris dans les structures les plus excentrées des grandes agglomérations. Peu importe finalement que les élus soient "du coin" ou non, pourvu qu'ils détiennent les compétences requises pour assurer le fonctionnement et le rayonnement des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). La logique qui structure désormais le processus de désignation des exécutifs intercommunaux repose effectivement davantage sur la détention des ressources rares nécessaires à la maîtrise du jeu intercommunal »<sup>72</sup>.

Au soutien de cette exigence exponentielle et légitimante de compétences, de cette « démocratie d'expertise », pour reprendre l'expression de S. Vignon, plusieurs actions peuvent être mises en œuvre au niveau local : le développement de dispositifs de formation des élus, par exemple au travers des Agences techniques départementales, établissements publics rattachés aux départements, le renforcement de l'information et du conseil à leur égard, sont autant d'aide à la décision et de dispositifs de protection des élus. Les informations contenues dans les revues et encyclopédies juridiques, les revues professionnelles<sup>73</sup>, les sites juridiques ainsi que les *newsletters* venant alimenter les veilles juridiques, sont également des gages de réactivité dans la communication juridique – sans oublier le rôle, au-delà du « portage de convictions » auprès des pouvoirs publics (lobbying), des réseaux d'élus (par ex. l'AMF, Association des Maires de France) ou de celui des réseaux professionnels des cadres territoriaux<sup>74</sup>, très importants dans la « territoriale », qui contribuent, par le partage des expériences, à identifier les zones à risque et élaborer les bonnes pratiques permettant de les circonscrire.

#### La maîtrise du risque par le contrôle interne et la pratique déontologique

Pour la prévision et la maîtrise du risque, les collectivités peuvent mettre en place des dispositifs de contrôle interne, qui portent sur les domaines clefs générateurs d'aléas (financiers, comptables, juridiques, tels les marchés publics), mais aussi permettent une évaluation des politiques et une amélioration des procédures dans la gestion des services publics. Ces contrôles internes permettent, *via* des « *risk managers* » placés auprès des directeurs généraux de service, des services juridiques, « service qualité » ou « aide au pilotage », de faire des audits internes, juridiques ou financiers, de cartographier les zones de fragilités et hiérarchiser les risques afin de quantifier les probabilités de leur réalisation. Ces mécanismes contribuent à clarifier les responsabilités, tout en permettant d'établir des principes de fonctionnement plus rigoureux, transparents et efficaces. Par exemple, dans le cadre des marchés publics, les services peuvent mettre en place des procédures de traçabilité, en particulier pour les « petits marchés », gage de transparence et de prévention du contentieux. Ces dispositifs de sensibilisation au risque dans des secteurs-clé de l'action locale viennent alimenter la pratique déontologique devant guider les agents, appuyée dans certains services sur des « chartes de déontologie ».

(72) *Op. cit.* p. 46.

(73) Telles la *Gazette des communes*, le *Cadre territorial*, ou le *Moniteur de travaux publics*.

(74) Citons par ex., le SNDG (Syndicat national des directeurs généraux et directeurs adjoints des collectivités territoriales), l'AJCT (Association des juristes des collectivités territoriales), l'AAFTF (Association des administrateurs territoriaux de France).

#### La réponse organisationnelle : entre mutualisation et externalisation de la prévention et gestion du risque

Plusieurs voies peuvent être explorées pour sécuriser les situations juridiques des collectivités peu dotées en expertises juridiques ou techniques. Aujourd'hui, l'une des solutions est quasiment érigée en formule « miracle » au sein du bloc territorial communes/EPCI. Il s'agit de la mutualisation des moyens, dont l'objectif est de rationaliser l'action locale et compenser le recul de l'État en matière de conseil. Portée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, encouragée par la Délégation aux collectivités territoriales du Sénat<sup>75</sup>, mais surtout enrichie et sécurisée par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, la mutualisation des services supports (commande publique, gestion du droit des sols, services juridiques, sécurité des établissements recevant du public (ERP), informatique, finances, ressources humaines...) ou opérationnels, (développement économique, voirie, eau...) ouvrent des véritables perspectives pour les petites communes.

La loi du 16 décembre 2010 a en effet amélioré le cadre de la mutualisation au sein du bloc communal. Elle a notamment renforcé la sécurité juridique des conventions d'organisation des services (art. L. 5211-1 al. 3 CGCT) et des conventions de prestations de services non économiques d'intérêt général (art. L. 5211-1 al. 2 CGCT) vis-à-vis des contraintes communautaires de mise en concurrence. Elle a élargi la gamme des dispositifs de mise en commun des ressources dans la « boîte à outils » juridique de la mutualisation : services communs, partage de matériel, gestion unifiée des services, mise à disposition de services « ascendante » ou « descendante », groupement de commandes, maîtrise d'ouvrage unifiée, sont autant de formules de coopération locale qui contribuent à renforcer une administration en réseau des territoires.

Les collectivités peuvent tout aussi bien imaginer une formule partenariale de soutien aux communes au travers d'une société publique locale de moyens, créée entre communes ou avec un département ou avec une intercommunalité, afin de venir en soutien aux communes en matière d'urbanisme opérationnel ou réglementaire, informatique, conseil juridique ou autres activités d'intérêt général. Les régions<sup>76</sup>, mais surtout de plus en plus les départements<sup>77</sup>, peuvent en effet, être à l'initiative de la création d'une société publique locale pour l'ingénierie publique afin de pallier la fin des directions départementales de l'équipement. Les départements jouent d'ailleurs peut-être leur positionnement futur dans la reconfiguration territoriale en transition. Il faut rappeler aussi les formules d'externalisation du conseil juridique ou d'appui à projet, que les ressources extérieures soient publiques (les agences techniques départementales), para-publiques (associations d'élus, la Fédération des EPL) et bien sûr privées (cabinets d'avocats).

Les collectivités locales sont depuis quelques années confrontées à des défis immenses de cohésion sociale, de développement économique, et ce, dans un contexte de déficits

(75) Rapport d'information n° 495 de MM. A. Lambert, Y. Détraigne, B. Sido et J. Mézard, « *Un nouvel atout pour les collectivités territoriales : la mutualisation des moyens* », 25 mai 2010.

(76) Par ex., en Midi-Pyrénées, la SPL M.P.C.

(77) Par ex., la SPL « Ingénierie départementale 83 », créée en avril dernier. V. C. Gall, « Recul de l'État : les départements à l'aide des petites communes », la *Gazette des communes*, 14 mai 2012, p. 32 et s.

**RUBRIQUES** Collectivités territoriales

publics, de réductions des recettes, de désengagement de l'État, de fractures territoriales et d'urgences sociales. Dans ce difficile climat, « la crise économique a pu amplifier, au travers des services publics, le rôle d'« amortisseur social » et d'investisseur

des collectivités territoriales »<sup>78</sup>. La sécurité juridique de l'action publique locale doit alors rester au cœur des préoccupations du jurislature, car elle est « un des fondements de l'État de droit »<sup>79</sup>.

(78) P. Pottière-Sperry, « Amortisseur social », La Gazette des communes, 26 mars 2012, p. 3.

(79) Rapport du Conseil d'État *Sécurité juridique et complexité du droit*, éd. Doc. fr., 2006, p. 228.