

N° 215

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 septembre 2002.

PROPOSITION DE LOI

*relative à la **publicité** et à la mise en concurrence pour la passation de **conventions de prestations de services** entre l'État et les **collectivités territoriales**.*

(Renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

PRESENTEE

PAR M. JEAN MICHEL,

Député.

Collectivités territoriales.

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

Les prestations de maîtrise d'œuvre, dénommées autrefois prestations d'ingénierie et d'architecture, constituent une part très importante des relations contractuelles d'ordre technique entre l'Etat et les collectivités locales. Elles représentent, d'autre part, quelque 31 milliards de francs en 1998 dont 50 % vont à l'ingénierie publique pour seulement 30 % à l'ingénierie privée (chiffres cités dans l'article «L'ingénierie publique au défi de se moderniser», MTPB, 4/02/2000, p. 54). Cette situation résulte à la fois, comme le souligne M. Moderne, de «l'émiettement traditionnel des communes [qui] ne leur a pas permis, sauf exception, de se doter de services techniques compétents pour assurer en régie leurs activités de maîtrise d'œuvre» et de la «tradition de compétence et d'efficacité bien antérieure à la Révolution française» (in ouvrage : *Les conventions de prestations de services entre l'Etat et les collectivités locales*, EFE, 1996, p. 7). Le quasi-monopole des ingénieurs de l'Etat pour l'assistance technique auprès des collectivités locales a été longtemps justifié par le souci d'apporter un complément de rémunération à des traitements jugés insuffisants. Cette raison n'est plus fondée à l'heure actuelle, compte tenu de la revalorisation de la grille indiciaire de la fonction publique. Cela explique que le législateur ait, par l'article 49 de la loi de finances pour l'année 2000, abrogé les lois n° 48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des Ponts et Chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes, et n° 55-985 du 26 juillet 1955 réglementant l'intervention des fonctionnaires du génie rural dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes. L'intervention législative n'a toutefois pas supprimé le système de l'assistance technique des fonctionnaires des services déconcentrés de l'Etat aux collectivités locales, qui est maintenu sur une base conventionnelle.

Il faut alors noter que les conventions de maîtrise d'œuvre passées entre l'Etat et les collectivités locales sont fréquemment conclues en marge de la légalité (I), et ce d'autant plus que les textes régissant ces relations contractuelles ne prévoient aucune obligation en la matière. Il n'est cependant pas certain que l'instauration de règles de publicité soit de nature à assurer une concurrence libre et loyale, compte tenu de la position privilégiée, voire dominante, qu'occupe l'Etat par rapport aux intervenants privés sur ce marché (II).

I. – L'illégalité de la procédure régissant la passation des conventions de maîtrise d'œuvre

L'illégalité de la procédure résulte à la fois de l'absence de mise en concurrence dans les textes prévoyant le recours aux conventions de maîtrise d'œuvre (A), ainsi que de l'absence d'impartialité du représentant de l'Etat dans leur processus de passation (B).

A. – L'absence de mise en concurrence

Les dispositions législatives relatives à la décentralisation, à savoir l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, ainsi que de l'article 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République prévoient le concours des services déconcentrés de l'Etat pour la réalisation de «projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération qui en font la demande». Si ces dispositions prévoient bien que l'appui technique est fourni dans le cadre d'une convention passée entre le représentant de l'Etat et l'autorité exécutive de la collectivité ou de l'établissement public demandeur, elles ne prévoient ni publicité préalable, ni mise en concurrence.

Ce silence des textes législatifs constitue non seulement un manquement aux règles du droit interne qui prévoient en l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 l'application du droit de la concurrence à «toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques», mais également aux règles du droit communautaire telles qu'issues de la directive «Services» 92/50 du 18 juin 1992. La jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat est parfaitement claire : bien que non soumis au code des marchés publics, les contrats entre collectivités publiques peuvent être soumis au droit communautaire dès lors que l'une se procure auprès d'une autre des fournitures ou des services ou fait réaliser des travaux en échange d'un prix. Il n'en va autrement que si la collectivité publique cocontractante bénéficie d'un droit exclusif attribué en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité.

Or, comme le relèvent Mme Maugüe et M. Terneyre, cette dérogation au droit communautaire ne concerne l'intervention ni des Directions départementales de l'équipement (DDE) ni des Directions départementales de l'agriculture (DDA). Ces auteurs notent en ce sens que «la faculté qu'ont, en vertu des lois précitées, les services techniques de l'Etat (...) d'offrir des «services» aux collectivités locales ne les fait pas contracter au titre d'un droit exclusif puisque, justement, les collectivités publiques concernées ne sont pas obligées d'avoir recours à ces services mais peuvent toujours faire appel à des prestataires de droit privé. En conséquence, il est inexact de soutenir – comme l'a fait le ministre de l'Equipement dans sa réponse à une question écrite – que, par principe, l'attribution d'une convention de maîtrise d'œuvre à la DDE au-delà des seuils communautaires n'a pas besoin d'être précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence préalables» (*in* article «Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics : commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998», RFDA, 1998, p. 603). Ce défaut de publicité ou de mise en concurrence sera d'autant plus dommageable que le préfet ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité requise dans un Etat de droit.

B. – L'absence d'impartialité du représentant de l'Etat

Il faut souligner ici le rôle à la fois de juge et de partie du préfet lors de la passation de ces conventions de prestations pour les collectivités locales. Il est en effet en même temps le représentant de l'Etat lors de la conclusion de la convention de maîtrise d'œuvre et le contrôleur de la légalité. Or, les différentes délibérations qui émaillent cette procédure contractuelle peuvent en principe faire l'objet d'un déféré préfectoral. Il est cependant douteux que «le préfet quitte sa casquette de représentant de l'Etat pour lui substituer celle de gardien de la légalité» (Dreyfus J.-D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, p. 285). Rien ne garantit que le préfet enclenche effectivement la procédure de déféré, sa décision n'étant susceptible d'aucun recours contentieux (CE, Sect., 25/01/1991, Brasseur, RL, p. 23). Même si la personne lésée dispose d'une voie d'action par le biais d'un recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable que constitue la décision de la collectivité locale de signer le contrat, la procédure juridictionnelle ainsi ouverte peut s'avérer longue, complexe et inefficace quant au résultat attendu, à savoir éviter la conclusion de la convention litigieuse. Il y a là une atteinte certaine aux exigences posées par l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, sur le droit à un procès équitable.

Le doute sur l'impartialité du préfet est d'autant plus fondé que les services préfectoraux chargés d'effectuer le contrôle de légalité sont placés directement sous son autorité. Il est donc *a priori* difficile de concevoir une réelle compatibilité entre l'indépendance que requiert l'examen de la légalité et la dépendance hiérarchique. Mais le problème crucial des interventions proposées par les services de l'Etat aux collectivités territoriales réside dans la position dominante de l'Etat sur le marché des prestations d'ingénierie.

II. – La position dominante de l'Etat dans le cadre des interventions proposées aux collectivités locales

Cette position dominante de l'Etat aboutit à une atteinte, d'une part, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie (A) et, de l'autre, au principe de la libre concurrence par un abus de position dominante (B).

A. – L'atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie

Les juridictions administratives de première instance ont récemment analysé la légalité des conventions de prestations souscrites entre personnes morales de droit public au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, principe réservé jusque-là aux interventions économiques des collectivités locales (créations de services publics ou aides publiques économiques). C'est ainsi que le tribunal administratif de Strasbourg (29/12/1995, Syndicat des horticulteurs c/Ville de Woippy, Les Petites Affiches, 23/08/1996, p. 6), reprenant le raisonnement tenu dans un cas similaire dix ans plus tôt (TA Clermont-

Ferrand, 10/01/1985, préfet du Puy-de-Dôme c/SIVOM de Randan, req. n° 84-1035), a annulé la délibération par laquelle une commune avait effectué des travaux pour le compte d'autres communes, au motif que les travaux en cause ne relevaient pas d'une spécificité rare et que leur réalisation constituait une concurrence directe pour les entreprises du secteur privé. Plus significatif est la seconde affaire jugée par le TA de Besançon (22/07/1999, M. Monnot c/Commune de Boussières, req. n° 970232), puisqu'il concerne un contrat de maîtrise d'œuvre passé entre une commune et un service extérieur de l'Etat. Le juge a ici considéré que l'intervention de ce service avait nui «à l'activité normale et légitime des techniciens privés», et qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de carence de l'initiative privée, étant donné que plusieurs architectes privés avaient répondu à la consultation de la commune. La décision de cette dernière a donc porté atteinte «au libre exercice de la profession d'architecte» et par là même au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Le juge administratif n'estime légal les conventions de maîtrise d'œuvre souscrites entre des collectivités territoriales et les services extérieurs de l'Etat que s'il existe une carence de l'initiative privée. Le sens de cette jurisprudence amène par conséquent les collectivités locales et leur établissements publics de coopération à vérifier qu'aucune entreprise intervenant dans le secteur professionnel considéré n'est à même de prendre en charge de telles prestations dans les mêmes conditions, notamment de qualité. Encore faut-il que l'autorité adjudicatrice soit à même de comparer ce qui est comparable. Or, cet exercice semble plus que compromis par la position plus que privilégiée qu'occupe l'Etat sur le marché des prestations d'architecture ou d'ingénierie, qui abuse de sa position dominante pour fausser le libre jeu de la concurrence.

B. – L'atteinte au principe de la libre concurrence : l'abus de position dominante

La jurisprudence du Conseil d'Etat est désormais favorable à l'application pleine et entière des règles de la concurrence issues sur le plan interne de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Autrement dit, le juge administratif n'hésite plus à établir le lien direct entre un acte administratif, y compris de nature contractuelle, et une situation d'abus de position dominante (CE, Sect., 3/11/1997, Société Million et Marais, RL, p. 406). Or, les conditions de passation des conventions de maîtrise d'œuvre ne respectent pas les principes d'une concurrence loyale. Dans une affaire relative à un marché de maîtrise d'œuvre souscrit entre une commune et un service extérieur de l'Etat (TA Besançon, 22/07/1999, M. Monnot c/Commune de Boussières), le juge a ainsi considéré que les propositions de prix de la Direction départementale de l'agriculture et de la forêt faisaient subir aux opérateurs privés «une concurrence déloyale contraire au principe de la libre concurrence consacré aussi bien par les principes généraux de notre droit que par ceux du droit communautaire». Cette solution, qui a abouti à l'annulation de la délibération du conseil municipal confiant à la Direction départementale de l'agriculture et de la forêt une mission de maîtrise d'œuvre, se justifie parfaitement en raison du fait que les services de l'Etat ne supportent pas les charges sociales, fiscales et d'amortissement que connaissent les opérateurs privés. Antérieurement à ce jugement, le Conseil de la concurrence, dans un avis rendu le 21 septembre 1988 (n° 88-A-15, BOCC, n° 22, 29/10/1988), avait déjà reconnu, à propos de contrats de prestations entre personnes publiques, que les services de l'Etat bénéficiaient dans un tel cas d'une position privilégiée vis-à-vis des collectivités locales, en raison de leur rémunération. En effet, les écarts entre les rémunérations des prestataires de statut public et celles des prestataires de statut privé se situaient en 1988, sous l'empire des textes existants, entre 25 et 30 %.

La position privilégiée des services déconcentrés de l'Etat est constituée également, comme le souligne le Conseil de la concurrence, par leur implantation locale et leur rôle de relais entre les services locaux et l'administration d'Etat. Il en résulte que les services déconcentrés sont à la fois ceux qui instruisent les dossiers et ceux qui délivrent les autorisations nécessaires à la réalisation des différents travaux et équipements des collectivités territoriales. D'autre part, le préfet, sous la direction de laquelle sont placés les chefs des services déconcentrés, dispose d'un formidable moyen de pression auprès des collectivités locales que sont les subventions et les dotations globales. Le renforcement des pouvoirs préfectoraux en matière de déconcentration des décisions relatives aux investissements publics (décrets n° 99-895 et n° 99-896 du 20/10/1999) est de nature à accroître encore un peu plus cette pression sur les collectivités territoriales afin qu'elles fassent appel aux services déconcentrés de l'Etat pour réaliser des prestations de maîtrise d'œuvre.

C'est pour l'ensemble de ces motifs qu'il apparaît nécessaire pour le législateur d'intervenir afin d'imposer un respect absolu des règles de la concurrence. Pour cela, il faut, d'une part, généraliser l'obligation de publicité pour les demandes de concours sollicitées par les collectivités territoriales. Si au terme de cette formalité se font connaître à la fois les services extérieurs de l'Etat, des prestataires privés ainsi que d'autres prestataires publics (collectivités territoriales), les premiers doivent alors être écartés de la procédure contractuelle pour permettre aux seconds de répondre dans des conditions de concurrence libre et loyale à l'offre de concours de la collectivité demanderesse.

L'article 1er propose une nouvelle rédaction de l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 qui fait apparaître une obligation de publicité à la charge des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération pour la passation de conventions de maîtrise d'œuvre.

Il prévoit également une mise à l'écart de la procédure de passation des services déconcentrés de l'Etat, si des collectivités territoriales et des candidats privés sont à même de répondre aux conditions fixées par l'offre de la collectivité ou de son établissement. Les collectivités territoriales n'ont pas à être écartées de la procédure de passation, dans la mesure où elles ne sont pas placées dans des conditions aussi privilégiées que les services de l'Etat.

Il précise enfin que les offres présentées par des personnes de droit privé sont soumises aux règles issues du code des marchés publics au besoin dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat, tandis que celles présentées par des collectivités territoriales seront subordonnées aux règles de concurrence définies par un décret en Conseil d'Etat.

L'article 2 propose une nouvelle rédaction de l'article 7 de la loi n° 92-108 du 6 février 1992, qui fait apparaître une obligation de publicité à la charge des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération pour la passation de conventions de maîtrise d'œuvre.

Il prévoit également une mise à l'écart de la procédure de passation des services déconcentrés de l'Etat, si des candidats privés et des collectivités territoriales sont à même de répondre aux conditions fixées par l'offre de la collectivité ou de son établissement. Les collectivités territoriales n'ont pas à être écartées de la procédure de passation, dans la mesure où elles ne sont pas placées dans des conditions aussi privilégiées que les services de l'Etat.

Il précise enfin que les offres présentées par des personnes de droit privé sont soumises aux règles issues du code des marchés publics au besoin dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat, tandis que celles présentées par des collectivités territoriales seront subordonnées aux règles de concurrence définies par un décret en Conseil d'Etat.

PROPOSITION DE LOI

Article 1er

L'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1988 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat est ainsi rédigé :

«Les collectivités territoriales et leurs établissements publics de coopération qui sollicitent un appui technique pour l'exercice de leurs compétences doivent procéder à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.

«La collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières.

«Les services déconcentrés de l'Etat ne sont admis par la collectivité territoriale ou par l'établissement public de coopération à présenter une offre qu'en l'absence de candidatures émanant de personnes privées et de collectivités territoriales.

«Les offres présentées par les régions, les départements et les communes sont soumises aux règles de concurrence prévues par un décret en Conseil d'Etat.

«Les offres présentées par les personnes de droit privé sont soumises aux règles prévues par le livre III du code des marchés publics dans les conditions précisées par un décret en Conseil d'Etat.»

Article 2

L'article 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République est ainsi rédigé :

«Les collectivités territoriales et leurs établissements publics de coopération qui sollicitent un appui technique pour leurs projets de développement économique, social et culturel doivent procéder à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.

«La collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières.

«Les services déconcentrés de l'Etat ne sont admis par la collectivité territoriale ou par l'établissement public de coopération à présenter une offre qu'en l'absence de candidatures émanant de personnes privées et de collectivités territoriales.

«Les offres présentées par les régions, les départements et les communes sont soumises aux règles de concurrence prévues par un décret en Conseil d'Etat.

«Les offres présentées par les personnes de droit privé sont soumises aux règles prévues par le livre III du code des marchés publics dans les conditions précisées par un décret en Conseil d'Etat.»

Proposition de loi n° 0215 de M. Jean MICHEL sur les conventions de prestations de services entre Etat et collectivités territoriales