



LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : UN ENJEU DE MANAGEMENT PUBLIC POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Eléments de diagnostic et enquête au sein du Grand Lyon

Boris Chabanel
Janvier 2008

Résumé

A l'origine, la notion de sécurité juridique a été formulée par le Conseil d'Etat pour questionner les relations du citoyen, et plus largement de la société civile, à l'Etat de droit : la dégradation considérable de la qualité du droit français mettrait en jeu la sécurité juridique de chacun, c'est à dire la certitude d'être ou de ne pas être dans la légalité. Les collectivités territoriales, en tant que leviers d'application de la loi, figurent ainsi parmi les « victimes » de la complexification du cadre juridique. Toutefois, en ce qui les concerne, le risque juridique n'est pas que potentiel. En effet, les collectivités doivent également faire face à un processus plus large de « judiciarisation » des rapports économiques et sociaux, qui se manifeste pour elles par la multiplication des attaques au plan juridique de leurs actes et de leurs personnels par des acteurs de la société civile.

Pour traiter l'accroissement des contentieux juridiques, et réduire les risques de sanction (notamment pénales) découlant d'une possible illégalité de leurs actes, les collectivités territoriales ont progressivement renforcé leurs services et leurs procédures juridiques. Le Grand Lyon n'échappe pas à cette évolution. Il est apparu opportun d'aller au contact des acteurs et utilisateurs de la fonction juridique communautaire pour recueillir et analyser leur perception du contexte et de leur organisation. Distinguant les marchés publics des autres matières juridiques, et articulant direction centrale et cellules déconcentrées dans les autres directions, la fonction juridique du Grand Lyon consiste à sécuriser l'activité communautaire en déterminant jour après jour le meilleur compromis possible entre encadrement juridique et fluidité des processus.

Sommaire

CONTEXTE DU RAPPORT	4
INTRODUCTION.....	5
LES MANIFESTATIONS DE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA CONTESTATION DE LEURS ACTES DEVANT LES TRIBUNAUX	8
LES FACTEURS D'ACCROISSEMENT DU RISQUE JURIDIQUE POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : L'AFFIRMATION DES INTÉRÊTS PARTICULIERS, UN CADRE JURIDIQUE MOINS PROTECTEUR	18
RECREER DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : LA FONCTION JURIDIQUE DU GRAND LYON	34
PERSPECTIVES.....	45
ANNEXE 1 : LEXIQUE.....	59
ANNEXE 2 : LES MISSIONS TYPES D'UN SERVICE DES AFFAIRES JURIDIQUES	60
SOURCES.....	64

Table des matières

CONTEXTE DU RAPPORT	4
INTRODUCTION.....	5
LES MANIFESTATIONS DE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA CONTESTATION DE LEURS ACTES DEVANT LES TRIBUNAUX	8
Les collectivités territoriales face au contentieux administratif.....	8
1. Le contentieux administratif concerne les recours juridiques déposés contre les actes de la puissance publique	8
2. L'accroissement de l'activité des juridictions administratives.....	8
3. L'évolution du contentieux administratif au Grand Lyon	9
Les collectivités territoriales face au contentieux judiciaire	10
1. Le contentieux judiciaire concerne la mise en cause pénale des personnels des collectivités territoriales ainsi que les recours déposés par les collectivités elles-mêmes	10
2. L'évolution contrastée de l'exposition des élus et agents à des poursuites pénales	11
3. L'évolution du contentieux judiciaire au Grand Lyon.....	14
La perception du préjudice induit par la montée du contentieux au Grand Lyon	14
1. Le contentieux des marchés publics apparaît comme le plus préjudiciable pour la collectivité	14
2. Le volume de contentieux auquel doit faire face le Grand Lyon reste cependant faible au regard de l'ensemble de son activité	15
3. Réduire la notion d'insécurité juridique aux seules situations dans lesquelles la collectivité se trouve finalement sanctionnée ?	15
LES FACTEURS D'ACCROISSEMENT DU RISQUE JURIDIQUE POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : L'AFFIRMATION DES INTÉRÊTS PARTICULIERS, UN CADRE JURIDIQUE MOINS PROTECTEUR	18
La judiciarisation de la société accroît le risque de contestation des actes des collectivités devant les tribunaux.....	18
1. Les citoyens sollicitent de plus en plus la justice pour faire valoir leurs droits face à autrui	18
2. Une conséquence : l'accroissement de la responsabilité pénale des acteurs publics locaux.....	20
3. La perception de la judiciarisation de la société au Grand Lyon.....	22
L'inflation, l'imprécision et l'empilement du cadre juridique d'ensemble accroissent le risque de sanction des collectivités lors des situations contentieuses	23
1. L'inflation du nombre des normes	23
2. L'imprécision du contenu des normes.....	26
3. Les conflits entre droit communautaire et droit interne	26
4. La perception de l'évolution du cadre juridique d'ensemble au Grand Lyon.....	27
Le processus de décentralisation accroît les responsabilités et l'activité des collectivités sans les délimiter de façon précise.....	29
1. De nouvelles compétences, des actes administratifs plus nombreux, un risque d'illégalité qui s'accroît mécaniquement	29
2. De nouveaux champs d'intervention juridiquement mal définis	29
3. Une clarification insuffisante des responsabilités entre les collectivités et l'Etat	30
4. Une répartition ambiguë des rôles entre les différents acteurs au sein même des collectivités locales	30
5. Le contrôle de légalité censure peu mais protège mal.....	31
6. La perception de l'évolution du droit de la décentralisation au Grand Lyon.....	32
Une culture juridique moins présente que par le passé au sein des collectivités territoriales ?	33
RECREER DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : LA FONCTION JURIDIQUE DU GRAND LYON	34
L'organisation de la fonction juridique au sein du Grand Lyon	34
1. La mise en place de services juridiques au sein des collectivités territoriales.....	34

2. Les grandes caractéristiques de l'architecture et des missions des services juridiques du Grand Lyon	34
Les missions du service des affaires juridiques	36
1. La prévention du risque juridique par le conseil plutôt que par le contrôle interne	36
2. La défense juridique de la collectivité par la gestion des dossiers contentieux	37
3. Le recueil et le partage de l'information juridique par la veille juridique	38
Les missions du service de la commande publique	38
1. La prévention du risque juridique par le conseil et le contrôle internes lors de l'élaboration des procédures de passation de marchés publics	38
2. La prévention du risque juridique par le suivi de la mise en œuvre des procédures de passation de marchés publics	39
3. La défense juridique de la collectivité par la gestion des dossiers contentieux portant sur les marchés publics	39
4. L'optimisation de la commande publique communautaire par la mise en place d'une cellule « achat performance »	40
5. Le recueil et le partage de l'information juridique par la veille juridique	40
Les missions des cellules juridiques déconcentrées	40
1. Les « cellules affaires juridiques »	40
2. Les « cellules marchés publics »	42
PERSPECTIVES	45
L'insécurité juridique : une menace pour la démocratie locale	45
1. L'effet désastreux des poursuites pour des faits non intentionnels	45
2. Vers une paralysie de l'action publique locale ?	45
3. ... et une crise des vocations politiques ?	45
L'amélioration de la qualité de la production normative pourrait contribuer à la réduction du risque juridique	46
1. La réhabilitation des qualités essentielles de la loi comme piste d'amélioration de la sécurité juridique	46
2. La phase de préparation d'une réforme paraît insuffisamment encadrée	46
3. Vers une loi organique constitutive d'un nouveau « droit des techniques d'élaboration du droit »	48
4. Le principal obstacle à cette évolution de l'élaboration du droit réside dans le fait que le système actuel profite largement à ses protagonistes	48
Les limites de la prévention juridique aujourd'hui au Grand Lyon	50
1. Les dispositifs de sécurisation juridique impliquent nécessairement des contraintes accrues pour l'activité communautaire, même si celles-ci concernent d'abord les marchés publics	50
2. Les juristes face à la contestation de leur intervention au sein de l'institution	51
Les perspectives d'évolution de la fonction juridique du Grand Lyon	54
1. Pour une culture et une philosophie juridiques partagées au sein du Grand Lyon	54
2. Pour une optimisation de l'apport du conseil juridique aux services communautaires	55
3. Pour un accompagnement renforcé des services au moment de la traduction de leurs besoins d'achat en procédures de passation de marchés publics	56
4. Pour une revalorisation du métier de gestionnaire de marchés publics par la définition de nouvelles responsabilités	57
ANNEXE 1 : LEXIQUE	59
ANNEXE 2 : LES MISSIONS TYPES D'UN SERVICE DES AFFAIRES JURIDIQUES	60
SOURCES	64

CONTEXTE DU RAPPORT

Ce rapport répond à la volonté de la Direction Prospective et Stratégie d'Agglomération (DPSA) du Grand Lyon d'aller plus avant dans l'analyse des leviers et des contraintes qui définissent l'action communautaire au quotidien, notamment en termes de management public. Ce champ d'investigation présente un véritable « intérêt sociétal » dans la mesure où il est généralement occulté par la demande sociale transmise au politique.

L'origine de cette étude réside ainsi dans un constat diffus, et en même temps peu explicité, selon lequel le personnel encadrant du Grand Lyon connaît une complexification croissante du volet administratif de ses responsabilités. Sur la base de ce sentiment, la DPSA, par l'intermédiaire de son centre de ressources prospectives *Millenaire3*, a souhaité « mener l'enquête » pour essayer de distinguer ce qui relève du fantasme et ce qui résulte des faits.

En première analyse, ce sentiment de complexification semble pouvoir s'expliquer par l'existence de différents dispositifs de pilotage administratif (gestion par objectifs, autonomisation des budgets...) aux objectifs souvent complémentaires, mais à la superposition parfois problématique pour les différents responsables de service.

Parmi ces dispositifs, ceux concernant la sécurité juridique des actes communautaires sont apparus comme un point de départ pertinent pour lancer une investigation sur les facteurs de complexification des pratiques administratives au sein du Grand Lyon.

Dans ce cadre, ce rapport s'efforce de montrer que les collectivités territoriales vivent aujourd'hui dans une relative insécurité juridique, et que pour se prémunir des risques inhérents à cette dernière, elles sont amenées à développer leur fonction juridique. Cette analyse est éclairée par la situation spécifique du Grand Lyon : comment est perçu l'enjeu de la sécurité juridique ? comment s'organise la fonction juridique communautaire ?

S'il permet de prendre la mesure des contraintes croissantes que fait peser l'enjeu de la sécurité juridique sur les services dédiés au sein du Grand Lyon, ce rapport pointe, sans la traiter, une question importante : quelles sont les conséquences de l'évolution de l'organisation et des procédures juridiques pour l'ensemble de l'activité communautaire ? De même, ce travail appréhende le domaine des marchés publics de façon large, sans poser la question de la diversité des situations d'achat, et notamment des « petits marchés ».

Sur un plan méthodologique, ce rapport mobilise deux types de sources : des éléments d'expertises produits par différents observateurs de la question juridique (Conseil d'Etat, Conseil Economique et Social...) ; des entretiens réalisés auprès de plusieurs agents du Grand Lyon, oeuvrant au sein de la fonction juridique communautaire ou bénéficiant directement de ses services.

INTRODUCTION

La notion de sécurité juridique questionne les relations du citoyen à l'Etat de droit

L'enjeu de la sécurité juridique est apparu en France au début des années 1990 pour décrire la dégradation des relations des citoyens, et par extension des entreprises, à l'Etat de droit. Dans une formule restée célèbre – « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* » – le Conseil d'Etat¹ (2006) fut le premier à poser en France la question de la fragilité de l'Etat de droit. Dans son rapport annuel de 1991, il exprime en effet sa préoccupation face à une complexification croissante du droit, caractérisée par la prolifération désordonnée des textes, l'instabilité croissante des règles et la dégradation manifeste de la qualité de la norme.

Après cette première mise en garde, il faudra cependant attendre quinze ans pour que le principe de sécurité juridique soit solennellement affirmé par une décision de ce même Conseil d'Etat (Arrêt 24 mars 2006, KPMG et autres). Dans son rapport public 2006, le Conseil d'Etat affirme que la sécurité juridique « *constitue l'un des fondements de l'Etat de droit* », celle-ci impliquant que « *les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles* ». Dans ce cadre, le Conseil d'Etat (2006) dégage deux approches garantissant l'existence de la sécurité

juridique : l'une, formelle, exige de la loi des qualités de normativité (la loi doit prescrire, interdire, sanctionner) et d'intelligibilité (la loi doit être lisible, précise, cohérente) ; l'autre, temporelle, rappelle la nécessité de la prévisibilité de la loi (la loi ne peut être rétroactive, doit protéger les droits acquis, assurer la stabilité des situations juridiques).

Dans ce cadre, le rapport public 2006 du Conseil d'Etat relève finalement que, depuis 1991, peu d'avancées sont à noter sur le terrain de la maîtrise du processus de complexification du droit, à l'exception de progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données sur Internet telles que « Légifrance » ou « Service Public ». Et le Conseil d'Etat de rappeler les conséquences néfastes pour la société de la complexité juridique :

- pour le citoyen : accentuation d'une « *fracture juridique* » entre une partie de la population marginalisée par un droit devenu trop complexe, et une autre qui s'accommode de la complexité, voire qui l'exploite à son profit.

- pour les acteurs économiques : accentuation des coûts de prise en compte des normes pour les entreprises² (nécessité de faire appel à un cabinet externe ou de se doter d'une expertise juridique interne) ; découragement des implantations économiques sur le territoire français.

¹ cf. définition du Conseil d'Etat en annexe 1

² Comme souligne le Conseil d'Etat (2006), c'est l'une des raisons pour lesquelles certains dispositifs d'aides à l'emploi ou à l'investissement ne sont jamais ou ne sont que peu utilisés.

- pour les acteurs politiques : mise en doute par le citoyen de l'efficacité de la décision politique.

Les collectivités territoriales font partie des « victimes » de la dégradation de la qualité du cadre juridique français

Sous cet angle des « victimes » de la complexification du droit, le Conseil d'Etat (2006) est également amené à reconnaître que l'administration elle-même est devenue l'une d'elles, au travers de sa mission d'application de la loi. Au premier rang figurent les collectivités territoriales, chargées par l'Etat d'assumer la responsabilité d'un champ de compétences d'action publique toujours plus élargi dans le cadre d'un processus de décentralisation dont les contours juridiques n'ont cessé de se complexifier. Comme pour les citoyens et les entreprises, la complexité juridique croissante conduit à fragiliser les décisions des collectivités : les élus et les agents s'interrogent de plus en plus sur leur certitude d'être dans le respect du cadre juridique fixé par l'Etat.

Mais l'insécurité juridique à laquelle doivent faire face les collectivités territoriales traduit aussi des dérives dans l'utilisation du droit par le citoyen, et plus largement la société civile

En première analyse, on peut supposer que l'augmentation du risque potentiel d'illégalité des actes pris par les collectivités se traduise essentiellement par des contraintes d'accès à l'expertise juridique permettant justement de réduire ce risque. Le problème résiderait alors pour l'essentiel dans la croissance du coût d'expertise de l'évolution du cadre juridique, qui provoquerait un clivage entre collectivités disposant des moyens financiers nécessaires pour assumer cette charge et celles qui n'en disposent pas. Du point de vue des pratiques du management public local, cette

problématique de l'accès à l'expertise juridique est effectivement devenue incontournable.

Or, dans la réalité, cette préoccupation gestionnaire croissante n'est en aucun cas justifiée par l'évolution des résultats du contrôle a posteriori des actes des collectivités assumé par le préfet : depuis les premières lois de décentralisation, le nombre de déférés devant le juge administratif de décisions jugées entachées d'illégalité par le préfet est demeuré extrêmement marginal en comparaison de l'ensemble des décisions prises quotidiennement par les collectivités.

En fait, dans la situation spécifique des collectivités territoriales, si la gestion de la complexité juridique est devenue presque une obsession, c'est que le risque juridique est loin de n'être que potentiel. En effet, les collectivités territoriales ne doivent pas seulement faire face à la complexification du cadre juridique. Elles subissent de plein fouet les assauts d'un processus plus englobant de « judiciarisation » des rapports économiques et sociaux, c'est à dire une multiplication des attaques au plan juridique des actes et des personnels des collectivités (élus et agents) de la part d'acteurs de la société civile (citoyens, associations, entreprises). Autrement dit, dans les faits, l'insécurité juridique s'exprime par une montée du contentieux et de la mise en cause pénale des personnels.

Pour répondre à ce climat d'insécurité juridique, les collectivités territoriales ont progressivement renforcé leurs services juridiques

Dans ce cadre, il est apparu indispensable pour les collectivités de disposer d'une fonction juridique, d'abord pour traiter les mises en causes juridiques elles-mêmes, ensuite pour tenter de maîtriser les risques en amont. Cette dernière volonté de maîtrise de la contrainte juridique constitue bien la préoccupation juridique essentielle des collectivités à l'heure actuelle, tant il paraît souhaitable pour

elles d'éviter les coûts financier et symbolique particulièrement élevés que provoque l'insécurité juridique. Ainsi, la réduction des risques juridiques, semble être devenue un principe de gestion publique à part entière, au même titre que l'efficacité (rapport entre les résultats obtenus et les objectifs fixés) et l'efficience (rapport entre les résultats obtenus et les ressources utilisées pour les atteindre).

Structure du rapport

Ce document se veut un éclairage des manifestations, des facteurs et des conséquences managériales de la montée de la problématique de la sécurité juridique dans le monde des collectivités territoriales. Il est articulé en trois parties : la première revient sur les faits, contentieux et pénalisation, pour tenter dans proposer une mesure objective ; la seconde décrit les différents facteurs qui sont à l'origine de ce climat d'insécurité juridique ; la dernière s'efforce de mettre en évidence les changements organisationnels que la volonté de maîtrise du risque juridique induit au sein des collectivités. L'analyse proposée est largement illustrée par le cas spécifique du Grand Lyon, la troisième partie, en particulier, décryptant la fonction juridique communautaire.

LES MANIFESTATIONS DE L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : LA CONTESTATION DE LEURS ACTES DEVANT LES TRIBUNAUX

Les collectivités territoriales face au contentieux administratif

1. Le contentieux administratif concerne les recours juridiques déposés contre les actes de la puissance publique

L'une des manifestations de l'insécurité juridique qui pèse sur les actes¹ des collectivités territoriales réside dans leur contestation croissante devant les juridictions administratives² par les acteurs de la société civile (citoyens, associations, entreprises) ou par le préfet dans le cadre de sa mission de contrôle de la légalité (même si celui-ci n'intervient que rarement). Les motifs de ces attaques relèvent souvent de la défense d'un intérêt particulier (refus de permis de construire, contestation d'un plan d'occupation des sols ou du tracé d'une autoroute, expropriation, demande de réparation des dommages causés par l'activité des services publics...), dans le but d'annuler la décision concernée et/ou de bénéficier d'une possible indemnisation (D.Miranda, 2003).

Au niveau local, le phénomène contentieux se manifeste particulièrement dans les domaines de l'aménagement et de l'urbanisme, la commande publique, la responsabilité administrative.

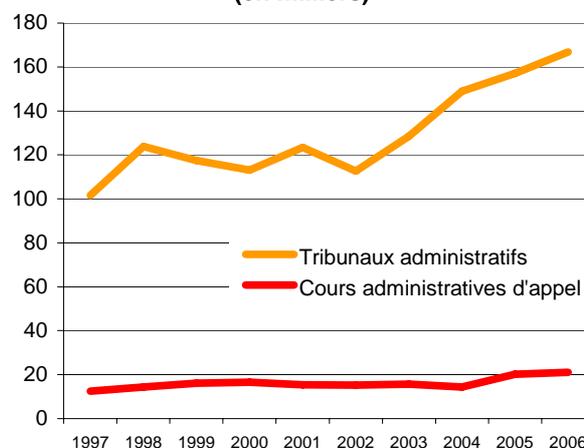
¹ L'acte juridique doit être compris au sens large : actes émanant des assemblées délibérantes (délibérations, convention), mais aussi des autorités exécutives (arrêtés, décisions).

² Cf. définition des juridictions administratives en annexe 1.

2. L'accroissement de l'activité des juridictions administratives

Les statistiques portant sur l'activité des juridictions administratives que propose le Conseil d'Etat ne permettent pas de se focaliser sur les recours concernant spécifiquement les collectivités territoriales. On peut cependant relever l'augmentation continue entre 1997 et 2006 du nombre de recours enregistrés chaque année par les tribunaux administratifs et, dans une moindre mesure, les cours administratives d'appel : +65 000 recours pour les premiers, soit une augmentation de près de 65% ; +8 500 recours pour les seconde, soit une croissance de près de 70%. On remarque une accélération du phénomène à partir de 2002 pour les tribunaux administratifs, et à partir de 2004 pour les cours administratives d'appel.

Recours annuels enregistrés par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel (en milliers)



3. L'évolution du contentieux administratif au Grand Lyon

Le recensement du contentieux administratif du Grand Lyon distingue les affaires concernant les marchés publics de celles portant sur les autres matières juridiques (droit de l'urbanisme, droit de l'environnement, droit de la fonction publique territoriale...). Les premières sont prises en charge par le service de la commande publique, les secondes par celui des affaires juridiques.

⇒ *Le contentieux administratif des marchés publics*

Comme l'explique Catherine Todini, responsable du service de la commande publique (en charge de la passation des marchés publics et de la gestion de leur contentieux) au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, le contentieux applicable aux marchés publics concerne trois grandes situations.

« Il existe tout d'abord des recours relevant du précontentieux, c'est à dire des recours amiables qui ne nécessitent pas, du moins dans un premier temps, la sollicitation du juge. Ces recours, qui constituent la plus grande masse de notre activité sur le registre contentieux, expriment d'une manière générale la volonté des entreprises qui n'ont pas été retenues à la suite de l'appel d'offre d'en connaître les motifs. Ce sont aussi toutes les situations qui précèdent des recours plein contentieux : une entreprise qui s'estime lésée par l'exécution (travaux ou fournitures non payés) d'un marché demande directement au Grand Lyon un dédommagement financier. Soit ça passe, soit l'affaire est portée devant le comité consultatif de règlement amiable qui rend un avis consultatif. Si une transaction n'est toujours pas possible à ce niveau là, alors l'entreprise sollicite le tribunal administratif.

Par ailleurs, il existe différents recours contentieux selon que le conflit résulte de la

passation ou de l'exécution du marché. Le moment de la passation peut aussi donner lieu à des recours précontractuels, c'est-à-dire à la possibilité pour un candidat évincé de réclamer l'annulation et la suspension immédiate de la procédure. Le but est de casser le contrat concerné avec le candidat désigné pour relancer la procédure depuis le départ.

Le plein contentieux désigne les situations dans lesquelles certaines entreprises s'estiment a posteriori lésées par l'exécution du marché : elles déclarent avoir effectué des travaux non rémunérés. Ce cas de figure se présente le plus souvent lorsque l'opération dans laquelle s'inscrit le marché est confiée à un mandataire privé. Il s'agit le plus souvent de grands ouvrages, de grands équipements. »

En matière de contentieux des marchés publics, Catherine Todini estime qu'il est difficile de dire si son volume tend à s'accroître ou non, tant celui-ci « peut nettement fluctuer selon que l'on se trouve dans une période durant laquelle le nombre d'affaires réglées est plus élevé que le nombre de nouvelles affaires. Cela dépend de la périodicité des marchés à risques et de l'activité des tribunaux ». Catherine Todini souligne toutefois que le contentieux lié aux recours précontractuels « est de plus en plus important depuis les versions 2004 et 2006 du code des marchés publics. Il est systématique sur les gros marchés pour lesquels il y a peu de concurrence (eau, déchets...). »

D'une manière générale, le stock de contentieux portant sur les marchés publics reste faible au Grand Lyon. Sur l'année 2006, le nombre de contentieux en instance est de 11. Le nombre de contentieux réglés en 2006 s'élève à 4.

⇒ ***Le contentieux administratif hors marchés publics***

Pour ce qui concerne le contentieux administratif hors marchés publics, Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques (en charge notamment de la gestion du contentieux judiciaire) au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, souligne « *une augmentation sensible du nombre annuel de nouvelles affaires* ». Les bilans d'activités du service des affaires juridiques montrent que le nombre des nouveaux contentieux administratifs pour 2006 (106) est certes en recul par rapport à 2005 (120) mais en nette progression par rapport à 2004 (97) et 2003 (85). Compte tenu de cette évolution et des délais de jugement, on assiste à une augmentation importante du nombre de contentieux en stock depuis le début des années 2000 : 642 affaires en cours à la fin de l'année 2006 contre moins de 200 au début de l'année 2001.

Les recours contentieux touchent plus fortement certaines directions du Grand Lyon (bilan d'activités 2006). Ainsi, la Délégation générale au développement urbain, la direction de la voirie et la direction des ressources humaines se distinguent nettement par la part qu'elles occupent dans la répartition du stock de contentieux administratif hors marchés publics. Le directeur des ressources humaines du Grand Lyon, Dominique Lemesle indique cependant que :

« L'évolution du contentieux lié à la gestion des ressources humaines est à la stabilité. Les nouveaux contentieux sont rares et nous sommes plutôt dans la gestion d'affaires anciennes. De plus, il faut distinguer les situations de simples recours dans lesquelles un agent souhaite avant tout exprimer son désaccord avec telle ou telle décision concernant son avancement, sa notation... des situations, moins nombreuses, où les personnes vont jusqu'au bout et sollicitent l'intervention du juge administratif. Globalement, il faut souligner qu'une

grande partie du contentieux s'arrête à la première étape. La médiation permet en effet régler de nombreux problèmes. (...) Il faut dire que les politiques communautaire concernant la gestion des ressources humaines font l'objet d'un travail d'élaboration et de formalisation poussé ce qui permet de donner un cadre précis et compréhensible pour chacun. »

Par ailleurs, ces tendances de fond se croisent également avec une saisonnalité tout au long de l'année liée à l'activité d'autres directions du Grand Lyon (bilan d'activités 2006). Par exemple, l'adoption du Plan Local d'Urbanisme a entraîné de fait une augmentation sensible du contentieux administratif sur les périodes de fin d'année 2005 et début d'année 2006.

Les collectivités territoriales face au contentieux judiciaire

1. Le contentieux judiciaire concerne la mise en cause pénale des personnels des collectivités territoriales ainsi que les recours déposés par les collectivités elles-mêmes

Le contentieux judiciaire recouvre les affaires d'ordre pénal et celles d'ordre civil¹. Dans ce cadre, les personnels (élus et agents) des collectivités territoriales peuvent être directement mis en cause devant les juridictions pénales, les collectivités seulement à l'occasion, par exemple, de recours d'agents contractuels devant la juridiction civile qu'est le Conseil des prud'hommes. Mais les collectivités sont elles aussi amenées à déposer des recours devant les juridictions pénales et civiles lorsque cette voie est la seule possible pour exercer ses prérogatives. Par exemple, les collectivités peuvent être conduites à déposer des recours pour

¹ Cf. définition des juridictions judiciaires en annexe 1.

demander l'expulsion de squatters occupant une partie de leur domaine.

Comme pour le contentieux administratif, il n'est malheureusement pas possible de disposer d'un éclairage statistique spécifique au contentieux judiciaire concernant les collectivités territoriales, sauf en matière de poursuites pénales.

2. L'évolution contrastée de l'exposition des élus et agents à des poursuites pénales

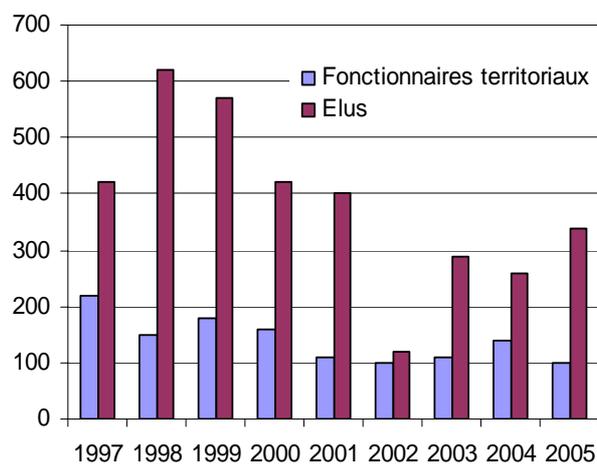
⇒ *Les mises en cause pénales des personnels locaux sont plutôt orientées à la baisse*

Installé en 1998, l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales permet d'analyser l'évolution du risque pénal auquel sont soumis les personnels territoriaux depuis une dizaine d'année¹. Les statistiques de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale sont le fruit de l'analyse : des contentieux déclarés à « SMACL Assurances » par les élus locaux et les fonctionnaires territoriaux assurés auprès de la mutuelle (pour estimer le nombre d'élus et de fonctionnaires mis en cause au niveau national) ; des arrêts de la Cour de cassation (pour analyser la typologie du contentieux pénal des décideurs publics et pour étudier l'issue des procédures engagées à leur rencontre).

¹ L'observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales a été mis en place en novembre 1998 par la Société Mutuelle d'Assurance des Collectivités Locales (SMACL), seule mutuelle d'assurance exclusivement dédiée à la protection de la famille territoriale (collectivités, élus locaux, fonctionnaires territoriaux, associations d'intérêt général). Dans le prolongement des garanties d'assurance proposées par la SMACL, il est en effet apparu nécessaire de suivre l'évolution des risques juridiques encourus par les collectivités territoriales, de leurs élus et de leurs personnels, dans l'exercice de leurs fonctions, pour mieux en prévenir toute dérive par des actions communes tant auprès des acteurs locaux (prévention) que des pouvoirs publics (préconisation).

Les données de l'Observatoire montrent tout d'abord que le taux de mise en cause pénale des élus est en général nettement plus élevé que celui des agents : en moyenne les fonctionnaires territoriaux sont trois fois moins exposés que les élus au risque pénal. Ensuite elles ne font que partiellement état de la montée de la pénalisation du personnel territorial durant les années 1990 puisqu'elles ne sont disponibles qu'à partir de 1997 : le taux de mise en cause pénale des élus augmente fortement entre 1997 et 1998, et reste à un niveau élevé en 1999.

Taux de mise en cause pénale des élus et des fonctionnaires territoriaux (pour 100 000 personnes)



Ce que ces données montrent surtout, ce sont les conséquences de la loi Fauchon du 12 juillet 2000 revoyant les dispositions du Code pénal, les réformes du code des marchés publics et la plus grande prudence des personnels territoriaux. Ces évolutions, qui interviennent après la publication du rapport du Sénat cité plus haut, semblent avoir entraîné un apaisement de la pénalisation du droit public. Il faut souligner le rôle spécifique de la loi Fauchon qui a permis de mieux circonscrire la responsabilité pénale non intentionnelle pour les délits résultants des atteintes involontaires à la vie, à la sécurité et à l'environnement. Ainsi, le taux de pénalisation des acteurs de la vie territoriale a été divisé quasiment de moitié entre les deux mandats.

C'est vrai tant pour les élus (avec un taux passant en moyenne de 0,52% à 0,28%) que pour les fonctionnaires territoriaux (0,18% sur l'ancien mandat contre 0,11% sur le mandat en cours). La reprise du contentieux constatée pour les élus en 2005 (0,34%) pourrait accréditer la thèse du caractère cyclique de la pénalisation des acteurs publics, la pression pénale augmentant à l'approche des échéances électorales.

En ce qui concerne les types d'infractions – manquements au devoir de probité¹, atteintes à la confiance², atteintes à l'honneur³, atteintes à la dignité⁴, atteintes involontaires à la vie et à la sécurité⁵, atteintes à l'environnement⁶ – motivant ces mises en cause pénales, on note tout d'abord la confirmation de la tendance à la baisse qui vient d'être souligné. Entre la mandature précédente (1995-2001) et la mandature actuelle (2001-...), le taux de mise en cause pénale baisse pour la majorité des types d'infraction. On constate notamment que si les manquements à la probité apparaissent toujours comme le premier motif de mise en cause, ils ne prédominent plus comme par le passé.

On observe cependant que deux motifs d'infractions, les mêmes pour les élus et les agents, ne suivent pas cette tendance à la baisse. Les atteintes à l'honneur et les atteintes à la dignité donnent lieu à des mises en cause plus fréquentes. Pour les secondes, la progression des mises en

¹ Corruption passive et trafic d'influence, détournement de biens publics, prise illégale d'intérêts, favoritisme, pantouflage, recel, escroquerie, abus de biens sociaux, abus de confiance, vol...

² Faux en écriture privée, faux en écriture publique, faux documents administratifs, fausses marques de l'autorité, fraudes électorales...

³ Diffamation, dénonciation calomnieuse.

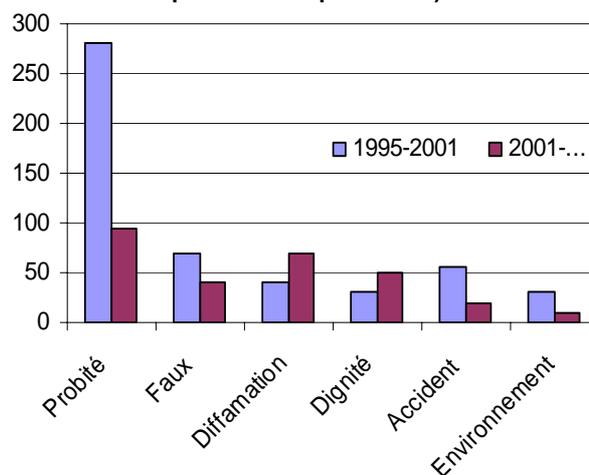
⁴ Harcèlement moral, discrimination, injures...

⁵ Homicide et blessures involontaires, mise en danger délibérée de la vie d'autrui, non assistance à personne en danger, non dénonciation de mauvais traitements...

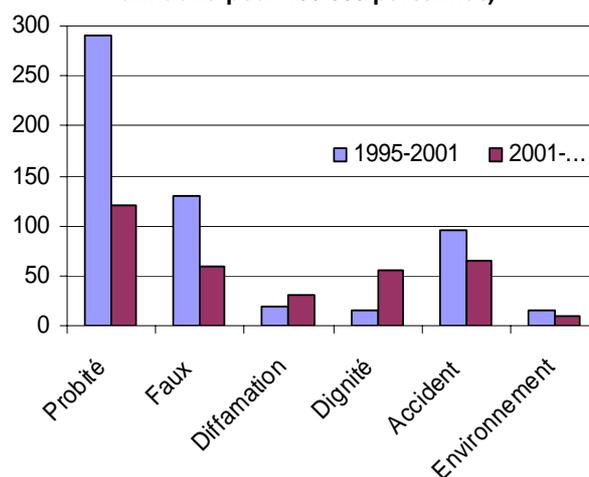
⁶ Pollution, infractions à la législation sur les installations classées, infractions à l'urbanisme...

cause résulte de la création du nouveau délit de harcèlement moral, lequel conduit manifestement à une judiciarisation des rapports sociaux au sein des collectivités (Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales). C'est ainsi qu'en juin 2005, la Cour de cassation a confirmé la première condamnation pour harcèlement moral d'un maire sur plainte de la secrétaire de mairie.

Taux de mise en cause pénale des élus par type d'infraction (moyenne annuelle pour 100 000 personnes)



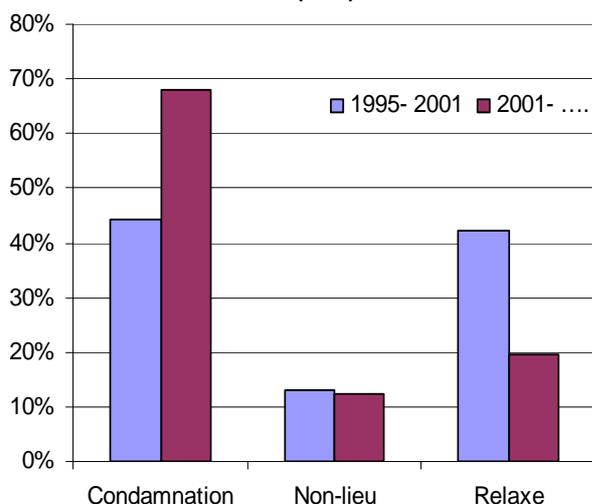
Taux de mise en cause pénale des agents par type d'infraction (moyenne annuelle pour 100 000 personnes)



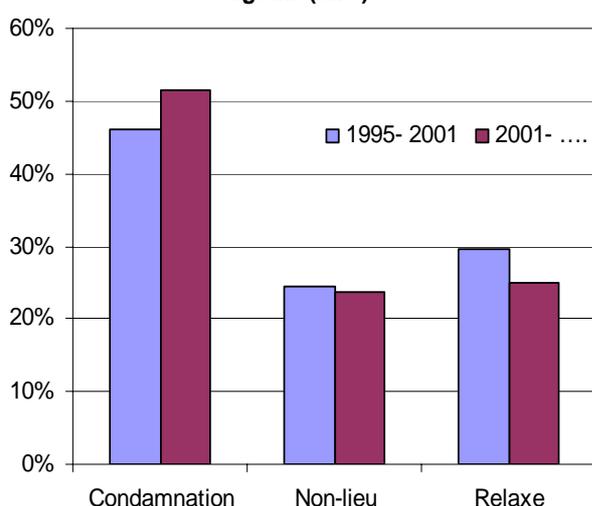
Enfin, concernant l'issue judiciaire de ces mises en cause pénales, on constate que le taux de condamnation des élus (68% pour le mandat en cours) est plus important que celui des fonctionnaires (51,5% pour le mandat en cours).

Moins souvent poursuivis que lors du mandat précédent les élus sont plus souvent condamnés. La tendance est moins marquée pour les agents. Il convient cependant de relativiser ce constat dès lors que 60 % des élus et des agents condamnés dans le mandat en cours l'ont été à la suite de poursuites pénales initiées sous le mandat précédent.

Issue judiciaire des mises en cause des élus (en%)



Issue judiciaire des mises en cause des agents (en%)



⇒ ***Une tendance à la mise en cause pénale des personnels locaux pour des faits inhérents à la gestion locale***

La pénalisation de la vie publique locale s'est manifestée de façon retentissante lorsque l'on a observé les premières dérives gestionnaires occasionnées par la liberté offerte par la décentralisation. Le principe de la libre administration a en effet engendré dans l'esprit de certains élus locaux, marginaux, un sentiment de grande liberté (notamment en matière de dépense publique), qui a pu être interprété par la presse comme une nouvelle « féodalité locale ». Mais, la question de la pénalisation a pris une dimension nouvelle lorsqu'elle a commencé à concerner des faits non intentionnels.

Etabli dès 1995 dans un précédent rapport, le constat d'une mise en cause plus fréquente des élus locaux devant le juge pénal pour des faits d'imprudence ou de négligence est confirmé par le Sénat en 2000, les juges ayant tendance à présumer l'intention lorsqu'il s'agit de personnes « censées connaître » le droit. Quelques exemples récents cités par le Sénat (2000) mettent en lumière que la responsabilité personnelle des décideurs locaux peut désormais être recherchée pour toute sorte d'incidents susceptibles de se produire sur le territoire communal.

- 1^{er} exemple : Un maire est condamné à deux mois de prison avec sursis, après la mort d'un adolescent dans une cascade pendant un stage de formation. Le tribunal a estimé que le maire, qui avait confié le soin de mettre un panneau au centre de formation, aurait dû vérifier qu'il était bien en place.

- 2^{ème} exemple : Un crime se produit dans la rue d'une ville. Le maire est accusé de ne pas avoir pris les mesures suffisantes pour assurer la sécurité des personnes.

- 3^{ème} exemple : Un maire est traduit devant le tribunal correctionnel par une

association de pêcheurs pour avoir utilisé une pelle mécanique afin de protéger la station d'épuration de sa commune lors de fortes crues, sans avoir prévenu au préalable l'administration compétente ; ce faisant, il a compromis la reproduction des poissons.

3. L'évolution du contentieux judiciaire au Grand Lyon

Comme l'indique Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques (en charge notamment de la gestion du contentieux judiciaire) au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, « *le volume de contentieux judiciaires ouverts chaque année est nettement inférieur à celui concernant le contentieux administratif* ». Les bilans d'activités du service des affaires juridiques montrent que le nombre de nouvelles affaires pour 2006 (61) est en recul par rapport à 2005 (71) mais se situe en nette hausse par rapport à 2004 (35). Ainsi, après le palier de 2005, le stock de contentieux encore non tranchés poursuit sa hausse modérée depuis le début des années 2000.

Nathalie David précise que cette évolution du contentieux judiciaire repose principalement sur la progression des recours pour expulsions (demandeurs d'asile, squatters, locataires...) déposés par le Grand Lyon. Les mises en causes pénales à l'encontre des personnels élus et administratifs de l'institution communautaire sont en effet quasiment inexistantes à l'heure actuelle : une seule affaire en cours.

La perception du préjudice induit par la montée du contentieux au Grand Lyon

1. Le contentieux des marchés publics apparaît comme le plus préjudiciable pour la collectivité

Au quotidien, tous les types de contentieux ne se valent pas du point de vue de leur impact sur l'activité de l'institution communautaire. C'est ce que souligne Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon :

« De mon point de vue, le contentieux le plus préjudiciable est celui des marchés publics... Ce contentieux, malheureusement en augmentation, est le plus préjudiciable parce qu'il met en jeu de façon directe l'image de la collectivité et de ses membres, élus comme agents, et parce qu'il constitue une entrave certaine au déroulement de l'activité, des projets des services. La crédibilité de la collectivité comme gestionnaire des deniers publics est fragilisée. L'action publique perd du temps, au point que la continuité du service public peut être compromise. »

Catherine Todini, responsable du service de la commande publique (en charge de la passation des marchés publics et de la gestion de leur contentieux) au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, souligne le caractère pénal du risque de sanction inhérent au contentieux des marchés publics.

« Lorsqu'un délit de favoritisme est constaté, c'est la responsabilité pénale individuelle qui est mise en jeu. En la matière, suivant les situations, les décisions du juge peuvent conduire à la condamnation d'élus comme à celle d'agents, du directeur de service au simple gestionnaire de marché. »

Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques (en charge notamment de la gestion du contentieux judiciaire) au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, décrit quant à elle les préjudices inhérents au contentieux administratif hors marchés publics.

« D'une part, la décision du juge administratif faisant suite au recours peut aboutir à entraver l'action communautaire : par exemple, l'annulation du précédent PLU en 2001 a paralysé les projets d'urbanisme. D'autre part, la décision du juge peut induire le versement de compensations financières importantes de la part du Grand Lyon : par exemple, dans les affaires de qualification des accidents du travail concernant les agents communautaires. »

En ce qui concerne, ce dernier aspect du coût des sanctions financières résultant des recours contentieux, le bilan d'activités du service des affaires juridiques de l'année 2006 fait état d'une très forte progression des frais de contentieux (hors honoraires de conseil) pour les affaires traitées par le services des affaires juridiques. Ceux-ci ont largement dépassé les estimations faites lors du budget primitif de 2006. Avec près de 600 000€ de dépenses réalisées pour 450 000€ de budgétées, c'est un dépassement de près de 30% qui a été constaté en 2006.

Par ailleurs, bien que peu évoqué par les personnes interrogées, à l'exception de Catherine Todini, le coût de la prise en charge du contentieux tend à progresser de façon constante, en raison du recrutement de juristes supplémentaires et du recours à des cabinets de conseils

2. Le volume de contentieux auquel doit faire face le Grand Lyon reste cependant faible au regard de l'ensemble de son activité

Selon Patrick Malfait, l'augmentation du volume global de contentieux que rencontre l'institution communautaire doit être relativisée.

« Lorsque l'on compare le volume du contentieux auquel nous faisons face et le volume d'activité du Grand Lyon, force est de constater que l'insécurité juridique apparaît d'abord comme une représentation, un sentiment d'inquiétude face aux sanctions possibles. Elle ne constitue pas une réalité factuelle massive. »

Catherine Todini confirme ce point de vue en indiquant que, si l'on met de côté les risques qu'ils induisent pour la collectivité, les contentieux des marchés publics restent marginaux en volume (11 affaires en instances pour l'année 2006) par rapport au nombre de marchés, et à leurs montants, que passe chaque année le Grand Lyon : « 1 000 à 2 000 procédures » pour « 350 millions d'euros » d'achat.

Patrick Malfait renchérit en affirmant que :

« Nous n'avons jamais eu d'aussi bons contrats : délégations de services publics, contrats de travail... Le développement de la fonction juridique s'est traduit par une amélioration incontestable de la qualité des contrats passés par le Grand Lyon, des contrats qui défendent de mieux en mieux les intérêts communautaires. Ainsi, l'exécution des contrats est de plus en plus solide, fiable. »

3. Réduire la notion d'insécurité juridique aux seules situations dans lesquelles la collectivité se trouve finalement sanctionnée ?

Si l'on exclut la question du coût de la prise en charge du contentieux, l'insécurité juridique des collectivités peut être mesurée de façon plus restrictive qu'au seul volume des recours. C'est l'approche que défend Patrick Malfait.

« On peut estimer que l'insécurité juridique recouvre seulement les situations où la collectivité est effectivement condamnée à la suite des recours dont elle fait l'objet. En effet, en soi, le contentieux, ce n'est pas grave, c'est normal, cela fait partie de la vie. Parfois, c'est même grâce au contentieux que la collectivité parvient à trouver un terrain d'entente avec un acteur. »

De ce point de vue, l'insécurité juridique pourrait être objectivée par l'évolution du nombre d'affaires donnant lieu à un jugement défavorable pour la collectivité, de façon absolue ou rapportée au nombre total de contentieux.

Le risque pénal lié à la gestion des marchés publics

Les motifs de la mise en cause pénale

La mise en cause pénale est déclenchée lorsque la légalité d'un marché public est menacée par des causes autres que le vice de forme ou de procédure, c'est à dire par des fautes intentionnelles. Trois motifs peuvent entraîner une mise en cause pénale d'élus ou de fonctionnaires. Il faut souligner que la gravité de la faute ne dépend pas du montant du marché public concerné.

■ *Le délit de corruption*

Le délit de corruption est défini par le nouveau code pénal dans son article 432-11 comme le fait, par tout fonctionnaire ou agent public, tout élu (parlementaire, maire, conseiller général ou régional, ...) ou leur représentant (mandataire, salarié, ...), de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit pour abuser de son influence réelle ou supposée, en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

En matière de marchés publics, le délit de corruption existe même si la réglementation a été scrupuleusement respectée. De même, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait effectivement influé sur le cours de la procédure ou sur le choix du titulaire. Le seul fait de solliciter ou d'accepter un don ou une promesse de don ou d'avantage, constitue le délit.

■ *Le délit de prise illégale d'intérêt*

Le délit de prise illégale d'intérêt, prévu à l'article 432-12 du code pénal, est le fait, pour tout fonctionnaire ou agent public, tout élu ou leur représentant de prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a eu, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

En matière de marchés publics, le juge ne cherchera pas à savoir si la réglementation a été respectée ou non et si l'entreprise, dans laquelle le coupable a des intérêts, a été avantagée ou non. Le seul fait qu'il existe un lien constitue le délit.

■ *Le délit de favoritisme*

Le délit de favoritisme, prévu à l'article 432-14 du code pénal, est le fait, pour tout fonctionnaire ou agent public, tout élu ou leur représentant, de procurer ou tenter de procurer à autrui, un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats lors de la passation d'un marché. Ce délit peut être commis par toute personne intervenant dans la procédure de dévolution d'un marché. Il est constitué à partir du moment où l'auteur est une des personnes visées par la loi et que ce dernier a effectué un acte contraire à la réglementation concernant les principes de concurrence et d'égalité des chances (par exemple : un découpage artificiel d'une opération, l'utilisation de critères de choix abusifs, la passation d'avenants bouleversant l'économie du marché, etc.). En outre, cet acte doit être intentionnel. En effet, la simple faute ou négligence n'est pas retenue, sauf si l'auteur ne pouvait pas ignorer les règles qu'il devait appliquer.

Les sanctions maximales encourues

Le délit de corruption est puni d'une peine d'emprisonnement de dix ans et d'une amende de 150 000€.

Le délit de prise illégale d'intérêt est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000€.

Le délit d'octroi d'avantage injustifié ou délit de favoritisme est puni d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000€.

LES FACTEURS D'ACCROISSEMENT DU RISQUE JURIDIQUE POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : L’AFFIRMATION DES INTÉRÊTS PARTICULIERS, UN CADRE JURIDIQUE MOINS PROTECTEUR

La judiciarisation de la société accroît le risque de contestation des actes des collectivités devant les tribunaux

1. Les citoyens sollicitent de plus en plus la justice pour faire valoir leurs droits face à autrui

⇒ *La judiciarisation des rapports sociaux : lorsque les autres modes de régulation fléchissent.*

Il n'y a pas de société lorsque domine la volonté de faire justice soi-même. Dans une démocratie, aux rapports sociaux violents se substitue la règle de droit, discutée et acceptée en commun, à laquelle chacun doit se soumettre au nom de l'ordre public. Dans ce cadre, la liberté n'est pas la possibilité de réaliser tous ses caprices, c'est la possibilité de participer à la définition des contraintes qui s'imposeront ensuite à tous (CES, 2004). Dans une démocratie, une communauté de droit garantissant la sécurité juridique implique également l'existence d'une institution rendant la justice. Enfin, pour être véritablement démocratique, l'accès à la justice doit être simple et peu onéreux.

Pour autant, la justice disposant de moyens nécessairement limités, le recours à la justice de manière abusive ne peut être toléré. Or, la fin du 20^{ème} siècle est marquée par l'intrusion de plus en plus diffuse du judiciaire dans les nombreux actes de la vie courante, c'est à dire la substitution d'un traitement judiciaire à un autre mode de régulation

sociale. La désignation de cet aspect pathologique du droit conduit à forger le néologisme « judiciarisation » (CES, 2004).

D'un point de vue sociologique, le déclin de l'autorégulation sociale qui était une caractéristique de la société traditionnelle (l'église, l'école...) conduit à ce qu'une partie de la régulation sociale se déplace aujourd'hui de l'Etat Providence vers la sphère judiciaire. La judiciarisation peut ainsi être analysée comme étant le symptôme d'une recomposition profonde de nos sociétés, affectant à la fois l'Etat et les structures traditionnelles, sociales et culturelles. On peut alors considérer que ce ne sont pas les juges qui ont pris le pouvoir mais que c'est le pouvoir qui est venu à eux parce que ceux qui l'exerçaient précédemment l'ont en partie abandonné. Et le Conseil économique et social de citer Tocqueville : « Si le pouvoir judiciaire se redresse, c'est que le pouvoir politique s'affaisse ».

La judiciarisation de la société reflète le refus du risque et la recherche de la garantie des libertés (CES, 2004). Pour certains observateurs, la judiciarisation serait aussi une simple conséquence de la profusion et de l'imprécision du cadre juridique général évoquées plus haut : lorsque le droit est « à l'état gazeux », le respect du droit écrit est corrigé par le recours au juge (CES, 2004).

⇒ *Des citoyens qui refusent la fatalité face aux évènements de la vie*

Conséquence de la perception d'une montée des risques de toutes natures, perception alimentée par le système médiatique, se développe dans la

société un fort besoin de sécurité, un véritable rejet de la fatalité. Face à un accident, l'émotion fait vite place à une recherche de responsabilité, d'équité et la plainte paraît la solution quasi inéluctable (CES, 2004). Les victimes – qui se regroupent – recourent de plus en plus au juge pénal, certes pour obtenir une condamnation mais aussi pour faire reconnaître leur état de victime. Dans une nouvelle sociologie de la plainte, les victimes ont pour souci l'identification du coupable, la compréhension de la motivation de l'acte et des circonstances ayant entraîné sa commission (ENM, 1999). Autrement dit, à partir du moment où un événement est ressenti comme une injustice, la saisie de la justice semble incontournable. Même les catastrophes naturelles sont considérées comme des anomalies que tout gouvernement doit corriger, sinon empêcher.

Ce faisant, les solidarités sociales se modifient. De nouveaux acteurs (médias, associations...) agissent avec force pour la reconnaissance des droits. La victime devient une priorité affirmée, un sujet à écouter, à reconnaître et à indemniser (sang contaminé, amiante...). Le Sénat observe ainsi que le procès pénal est de plus en plus mis en mouvement pour obtenir la réparation d'un dommage qui aurait pu être obtenue par d'autres voies. Souvent, la victime recherche dans la sanction pénale de l'auteur présumé de l'infraction une réparation plus complète de son préjudice que celle résultant de l'indemnisation des dommages corporel, matériel et moral qu'elle a pu subir. Cette attitude s'explique aussi par les délais excessifs de jugement des tribunaux administratifs : en l'absence d'un règlement suffisamment rapide de la réparation matérielle du dommage, certaines victimes se tournent vers la procédures pénale.

⇒ *Des citoyens qui contestent la décision publique*

Par ailleurs, la multiplication de droits des individus (droit à la santé, au logement, à l'image, à l'information, des actionnaires etc.) conduit à des conflits d'intérêts avec le principe d'intérêt général s'appliquant à la collectivité¹. Ceci conduit de plus en plus fréquemment un certain nombre de citoyens à contester en justice la décision publique lorsqu'un intérêt particulier est contrarié ou simplement lorsque la qualité du service public n'apparaît pas suffisante. Autrement dit, il y aurait une certaine articulation entre judiciarisation et autonomisation des individus par rapport aux institutions, articulation débouchant finalement sur un renversement des priorités anciennes du droit français, les droits des individus primant désormais sur celui des institutions (M. Kaluszynski, 2006). Organisée collectivement, l'affirmation des droits individuels voit nombre d'associations, d'ONG se constituer dans des domaines divers (consommation, environnement, accidents, actionnariat...). Celles-ci se donnent notamment pour objectif de défendre leurs adhérents en justice et se portent, en cas de besoin, parties civiles. La montée en puissance de ce mouvement de type associatif contribue significativement à nourrir la judiciarisation (CES, 2004).

Par ailleurs, au nom du principe de précaution, tout doit être démontré, même ce qui ne peut immédiatement et irréfutablement l'être (nocivité des OGM, des antennes, des téléphones portables...). Cette attitude conduit parfois à « ne pas faire », car une exigence, celle de santé publique par exemple, est privilégiée sur celle d'efficacité économique.

¹ Le Conseil économique et social cite une observation particulièrement éclairante de François de Sales : « Une grande misère parmi les hommes est qu'ils savent ce qui leur est dû et si peu ce qu'ils doivent aux autres ».

Ainsi, si les critiques envers la justice se multiplient, jamais il n'a été autant recouru à ses services et la France connaît aujourd'hui avec quelques années de décalage ce qu'ont connu avant elle les pays anglo-saxons... Pour certains observateurs (J.Commaille, 2002), cette évolution traduirait une « socialisation » de la production législative dans la mesure où des segments de la société civile contestent le monopole de l'Etat à produire des règles. Cette contestation aboutirait à ce que le moment de formulation de la règle ne soit qu'une séquence dans un processus fait d'appropriations multiples par les acteurs sociaux, processus constitués de rapports de force ou de recherches de compromis. Dans une lecture relevant davantage de la philosophie politique, le Sénat (2000) estime que cette évolution a conduit à multiplier les « porteurs privés de l'intérêt public » et, en l'absence d'une sanction effective des recours abusifs, à provoquer une certaine « atomisation de la République », chacun s'octroyant le droit de perturber, au nom d'un intérêt réputé collectif, le fonctionnement régulier de l'action publique.

2. Une conséquence : l'accroissement de la responsabilité pénale des acteurs publics locaux

Reflétant le climat de soupçon qui s'est installé à la suite des quelques affaires de mauvaise gestion qui ont éclaté durant les premières années de la décentralisation (J.M.Auby, 2003) et le « désir » de responsabilisation devant le juge des acteurs publics, le législateur a prononcé plusieurs réformes tendant à accroître leur responsabilité pénale.

⇒ Une évolution ancienne : la suppression des régimes de « garanties »

Les maires ont pendant longtemps bénéficié du régime dit de « garantie des fonctionnaires ». L'article 13 des lois des 16 et 24 août 1790 interdisait, en effet, de manière très claire au juge

de mettre en cause la responsabilité des administrateurs à raison de leurs fonctions en disposant que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Le système de « garantie des fonctionnaires » fut abrogé par un décret du 19 septembre 1870 qui autorisa, en conséquence, la « liberté des poursuites » contre les agents publics, notamment les maires.

Dans ce nouveau contexte, les tribunaux opérèrent une distinction, pour ce qui est de la responsabilité civile, entre la faute de service et la faute personnelle (Sénat, 2000). En ce qui concerne la responsabilité pénale, l'agent public n'était condamné que pour autant que les faits incriminés pouvaient lui être reprochés en tant qu'homme et non en sa seule qualité d'agent public agissant pour le compte du service : une faute personnelle était donc exigée pour que sa responsabilité pénale fût mise en cause. A cet effet, l'élément intentionnel – qui caractérise l'aspect moral de la faute pénale – revêtait une importance particulière. Cette distinction entre le fait personnel et le fait des services était opérée par les particuliers eux-mêmes qui ne recherchaient la responsabilité pénale de l'agent public que dans le premier cas.

Cette distinction entre la faute personnelle et la faute de service fut remise en cause par une jurisprudence du tribunal des conflits. Par un arrêt du 14 janvier 1935 Thépez, celui-ci a admis que l'infraction pénale commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions n'était pas nécessairement constitutive d'une faute personnelle et pouvait être considérée comme une faute de service engageant la seule responsabilité civile de l'administration. Il s'agissait de faciliter la réparation civile du préjudice subi par la victime dès lors que

cette réparation pouvait être obtenue plus fréquemment auprès de l'administration et non de l'agent à l'origine du dommage : avec la mise en cause pénale directe de l'agent, l'administration est amenée à « accélérer » la prise en charge de la requête de la victime. En conséquence, une faute n'ayant aucun caractère intentionnel traduisant un mauvais fonctionnement du service public qui, au plan civil, engage la responsabilité de la seule collectivité publique, peut entraîner une condamnation pénale de l'agent public.

⇒ ***La consécration de la responsabilité pénale des collectivités territoriales par la réforme du code pénal de 1994***

La consécration de la responsabilité pénale des personnes morales (à l'exclusion de l'Etat) a constitué, à l'évidence, une innovation majeure (Sénat, 2000). Elle est néanmoins soumise à des conditions précises : il doit exister un texte (loi ou règlement) prévoyant une telle responsabilité (homicide involontaire, blessures involontaires, mise en danger d'autrui, destructions ou dégradations...); l'infraction doit avoir été commise par les organes ou représentants de la personne morale (assemblée délibérante et responsables de l'exécutif dans le cas des collectivités territoriales); l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale; dans le cas spécifique des collectivités territoriales, la responsabilité pénale est limitée aux infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public (ce qui exclut les domaines spécifiques comme les élections, les actes d'état civil ou les mesures de police administrative).

⇒ ***La perte de spécificité de la sanction pénale***

Dans sa philosophie même, la sanction pénale a pour objet de réformer des comportements moralement condamnables. Or le Sénat (2000)

remarque que les évolutions récentes ont concouru à priver la sanction pénale de ce qui devrait pourtant demeurer sa spécificité, en particulier l'intentionnalité de la faute que l'on relève pour les infractions suivantes : corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt...

En effet, le législateur a eu tendance à multiplier le nombre des infractions pénales dites « non intentionnelles », considérant cette voie comme le moyen le plus efficace d'assurer le respect des prescriptions qu'il édicte. Le domaine de l'environnement offre une bonne illustration de cette pratique : les lois du 3 janvier 1992 relative à l'élimination des déchets et du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement ont créé de nouvelles infractions susceptibles d'entraîner la condamnation d'élus locaux et d'agents publics pour des faits involontaires. Telle fut la situation des maires de trois communes d'Ille-et-Vilaine condamnés à des peines d'amendes pour les dommages causés par la pollution des eaux, pollution due au mauvais fonctionnement des stations locales d'épuration (Cour d'appel de Rennes, 8 décembre 1994).

Autrement dit, l'infraction à l'origine du dommage est souvent constituée par la seule existence objective d'un manquement à une prescription légale ou réglementaire. A côté de l'ensemble de l'arsenal pénal propre à tout citoyen (vol, escroquerie...), le manquement à l'obligation de respecter des règles de sécurité ou un homicide involontaire dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public peuvent constituer un délit d'imprudence et exposer l'agent ou l'élu concerné à des sanctions pénales non négligeables (emprisonnement, forte amende).

A ce titre, la réglementation relative aux procédures d'urgence telle qu'elle est issue de la loi du 15 juin 2000 et applicable depuis le 1^{er} janvier 2001 est une source importante de risque pénal. Elle renforce en effet les droits de l'administré en rendant possible la

conduite des collectivités devant les juridictions administratives dans un délai relativement court, jusqu'à 24 heures en cas d'atteintes d'une liberté fondamentale par la voie du référé liberté.

3. La perception de la judiciarisation de la société au Grand Lyon

La judiciarisation de la société est clairement perçue comme un facteur d'accroissement du risque juridique au Grand Lyon.

Selon l'analyse de Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, le phénomène de judiciarisation constitue en quelque sorte le premier étage de la fusée du risque juridique, étage correspondant aux facteurs d'augmentation du nombre de recours contentieux auxquels doit faire face le Grand Lyon ; le deuxième étage concernant les facteurs d'accroissement de la probabilité que la collectivité soit finalement condamnée par le juge (cf. point suivant sur l'évolution du cadre juridique d'ensemble). Patrick Malfait constate lui aussi :

« ...une évolution dans l'usage que font de la justice les citoyens, les associations ou encore les entreprises. »

« Aujourd'hui, la compétition juridique se juxtapose à la compétition économique. Le contentieux précontractuel¹ est utilisé comme une arme commerciale par les grandes entreprises. Par son intermédiaire, l'entreprise qui n'a été retenue à l'issue de la procédure de sélection du prestataire a la possibilité d'attaquer le choix de la collectivité pour des motifs de formes. En réussissant à casser la procédure de sélection, l'entreprise peut alors participer à la nouvelle mise en concurrence. Ce faisant, l'entreprise en question affaiblit l'offre de l'entreprise initialement sélectionnée puisqu'elle a accès aux détails de l'offre formulée par cette dernière. Récemment, nous avons rencontré cette

situation avec la délégation de service public pour le chauffage urbain ».

« Outre le développement de l'arme juridique par les entreprises, il existe une tendance selon laquelle le citoyen, seul ou en association, s'engage de plus en plus souvent dans une démarche de remise en cause d'une décision publique, pourtant prise en vertu de l'intérêt général. Par exemple, le Grand Lyon a adopté récemment son nouveau PLU, et bien, nous pouvons être sûr que cette décision va générer 50 à 60 dossiers contentieux. Les particuliers ont compris que la justice est un moyen de faire reconnaître leur intérêt particulier. Ce phénomène ne cesse de se développer, en retard sur les Etats-Unis et l'Angleterre. Il semble traduire un déficit profond de reconnaissance de l'intérêt général. »

« Cette tendance semble d'ailleurs exercer une certaine pression sur les juges, quelque soit leur juridiction : en première instance, j'observe que les élus sont presque systématiquement condamnés, décisions très souvent contredites en appel ; en regard du nombre d'élus que compte la France, les condamnations pénales sont complètement marginale. Hélas, en France, on ne se souvient que de la mise en cause ou du premier jugement, et non des relaxes, des non-lieux. »

Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, opère le même constat pour ce qui concerne les entreprises.

« Nous observons une évolution incontestable dans l'attitude des entreprises. Il y a 20 ans, les entreprises restaient courtoises et respectueuses à l'égard de la puissance publique. Aujourd'hui, parce que le droit protège moins que par le passé les décisions publiques, elles n'hésitent plus à les attaquer. Pour le dire autrement, le droit offre de plus en plus d'espace à la contestation de la décision publique devant les tribunaux. De plus en

¹ Cf. définition du référé précontractuel en annexe 1

plus compétentes sur le plan juridique, les entreprises s'engouffrent dans les failles des textes. Il s'agit effectivement d'un phénomène de société. »

Responsable administratif (marchés publics, budget, GRH...) à la direction de la communication, Romain Hardy relève lui aussi l'appétit des entreprises face aux besoins d'achats croissants des collectivités territoriales :

« Il faut avoir conscience que les collectivités territoriales représentent un intérêt économique croissant pour les entreprises à mesure que s'accroît leur champ d'intervention. (...) De grandes entreprises répondent aux appels d'offres du Grand Lyon. Leur présence nous impose une grande vigilance car nous savons que si nous commettons une erreur technique dans la procédure, elles en profiteront pour contester les choix effectués par la collectivité. »

Confirmant elle aussi cette évolution du rapport à la justice de la société civile, Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, lui donne une explication pratique :

« Cette évolution s'explique notamment par le fait que le dépôt d'un recours devant le juge administratif est extrêmement facile, il ne nécessite pas l'intervention d'un avocat. »

Par ailleurs, Nathalie David remarque que cette tendance à la judiciarisation des relations entre les citoyens et la puissance publique ne renvoie pas seulement à des situations dans lesquelles « des personnes (...) s'estiment directement pénalisées par un acte de la collectivité et (...) demandent réparation ».

« D'autre part, certains acteurs déposent des recours sans en attendre un changement pour leur situation personnelle. Ces acteurs contestent la décision publique au nom de la défense du contribuable. Il s'agit en quelque sorte d'un militantisme reposant sur une certaine suspicion à

l'égard de la qualité de gestion des affaires publiques par le politique et les agents des collectivités. »

Nathalie David illustre son propos par un exemple lyonnais :

« En région lyonnaise, cette démarche est celle de l'association des Contribuables Actifs du Nord-Ouest Lyonnais (Canol), dont le principal fait d'armes est d'avoir dénoncé, en 2001, l'accord RTT des communes de Lyon et Ecully, du Grand Lyon et du Conseil Général du Rhône au motif que le temps de travail du personnel était inférieur aux 1 600 heures exigées par la loi, ce recours a d'ailleurs été rejeté par le Conseil d'État en 2007. Cependant avec les années, force est de reconnaître que cette association dépose des recours de plus en plus solides sur le plan juridique. »

L'inflation, l'imprécision et l'empilement du cadre juridique d'ensemble accroissent le risque de sanction des collectivités lors des situations contentieuses

1. L'inflation du nombre des normes

⇒ *Des chiffres étonnants*

Le constat de l'inflation normative est désormais bien établi. Les chiffres relevés par le Conseil d'Etat dans son rapport d'activité pour l'année 2005 sont éloquents (CE, 2006) :

- 9 000 lois et 120 000 décrets recensés en 2000. Sont venus s'y ajouter depuis, en moyenne, 70 lois, 50 ordonnances et 1 500 décrets par an.

- 59 codes. Par exemple, le Code du travail compte plus de 2 000 pages et le Code général des impôts plus de 2 500 pages et 4 000 articles.

- D'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le Journal officiel comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années.

- Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 1 067 pages en 1983, 1 274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 et 3 721 pages en 2004.

- Le total des amendements parlementaires (Assemblée nationale et Sénat) est passé de 16 039 en 1990 à 37 471 pour la session 2003-2004.

⇒ *La production normative, outil de communication politique par excellence*

Cette inflation normative est révélatrice d'un manque de méthode et de vision d'ensemble de la matière juridique. La production normative opère par « *approximations successives et retours incessants sur le même sujet au gré de nouveaux textes qui se superposent les uns aux autres à un rythme croissant* » (CES, 2004). Plus précisément, ce phénomène reflèterait le fait que certains parlementaires cultivent encore l'illusion que faire des lois est absolument essentiel ainsi qu'en témoigne la remarque d'un parlementaire en 1981 « *s'il n'y a pas de loi, c'est qu'il n'y a pas de droit* » (CES, 2004).

Cette obsession de l'édiction de nouveaux textes serait à relier à l'évolution de la relation de l'homme politique à l'électeur vers un impératif de communication via les médias. Alors que la communication institutionnelle s'était développée à la fin des années 1970 pour mieux informer l'opinion publique sur les projets de réforme du Gouvernement, la logique s'est depuis lors inversée en raison de l'emprise croissante des médias (CE, 2006). Le dialogue direct ainsi instauré avec l'opinion publique devient alors la manifestation tangible du talent et de l'efficacité politiques. Elle en constitue le critère d'évaluation prépondérant

attesté par les sondages d'opinion périodiques. Ainsi convient-il d'annoncer des mesures en faveur de la famille à la veille de la Conférence annuelle de la famille à laquelle le Premier ministre a coutume de se rendre, ou de se préoccuper, dans la précipitation, de l'égalité de traitement des femmes à la veille d'un référendum qui s'annonce incertain quant à son issue. Comme pouvait l'affirmer le Président du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2006 lors des vœux au Président de la République « *la griserie de l'annonce l'emporte bien souvent sur les contraintes de l'arbitrage et de la prévision* »¹. Légiférer apparaît finalement comme la réforme la plus rapide et d'apparence la moins coûteuse. En apparence seulement puisque nombre de projets de loi sont accompagnés de l'annonce d'une dépense publique supplémentaire.

Cette constante pression en faveur de l'élaboration de nouvelles lois est renforcée par la force symbolique que possède en France la loi aux yeux des syndicats et plus largement des citoyens. Le droit moderne tend ainsi à se composer d'une myriade de lois spéciales et catégorielles édictées le plus souvent au gré des groupes de pression et de la sensibilité de l'opinion : ainsi peut-on observer le foisonnement de textes résultant de compromis fragiles entre intérêts antagonistes de groupes sociaux ou économiques qui s'érigent en autant de micro-systèmes autonomes les uns à l'égard des autres sans considération pour la cohérence globale du système (CES, 2004).

Ces dernières années, ce processus de communication politique par la loi a ainsi trouvé à s'exprimer de façon tout à fait nette en matière de sécurité (une dizaine de lois au cours des cinq

¹ Cette évolution générale conduit aussi à une personnalisation excessive de la loi comme en témoignent les appellations communément utilisées de « loi Fillon », « loi Borloo », « loi Perben I » et « loi Perben II », « loi Aubry », ou encore de « dispositif Strauss-Kahn » (CE, 2006).

dernières années), d'emploi ou encore d'interprétation de l'histoire.

⇒ *Les dommages collatéraux de l'inflation normative : la non mise en œuvre de la loi, l'instabilité du cadre juridique*

Il faut souligner les difficultés particulières soulevées par la traduction concrète de la loi en décrets ou autres textes réglementaires (CES, 2004). En effet, une fois la loi votée, encore faut-il savoir de quelle manière l'appliquer. C'est le rôle des décrets d'application qui en précisent les contours et se révèlent indispensables à sa mise en œuvre. Or, ces décrets sont souvent pris très tardivement. Cette question a fait l'objet d'un rapport récent d'un député qui constate que moins de 40% des lois font l'objet d'un décret dans les deux ans, 60% restant en attente. Ce taux s'améliore au bout de trois ans (60% des lois ont alors fait l'objet de décrets d'application) et encore plus après quatre années, terme au bout duquel on constate tout de même que plus de 20% des lois n'ont toujours pas de décret d'application. Se pose alors la question de la légitimité et de l'efficacité de l'applicabilité d'une loi dont les textes d'application ne sont pas préparés au moment de la loi. Au total, selon le Conseil d'Etat (2006), parmi les lois adoptées depuis juin 1981, on dénombre 34 lois non applicables (la plus ancienne remontant à 1997) et 188 partiellement applicables (la plus ancienne remontant à 1984).

Par ailleurs, à cela s'ajoute le fait que les normes sont de plus en plus fréquemment modifiées (CE, 2006). Le taux d'instabilité d'un code, qui équivaut, selon une mesure établie par le Secrétariat général du Gouvernement, au nombre total d'interventions sur un code rapporté au nombre d'articles de ce code, révèle que plus de 10% des articles d'un code changent chaque année. Compte tenu de la constance de certains codes, comme le Code civil, cela se traduit par un taux nettement supérieur pour

d'autres, notamment le Code du travail, le Code de la santé publique, le Code de la sécurité sociale, le Code général des impôts, le Code monétaire et financier ou encore le Code général des collectivités territoriales.

⇒ *Les conséquences de l'inflation normative pour les collectivités territoriales*

Cette inflation normative expose les collectivités locales et leurs responsables comme tous les citoyens à une très grande instabilité des règles, celle-ci contribuant à ce que « nul ne puisse connaître la loi ».

Pour ce qui concerne spécifiquement les collectivités territoriales, on peut constater la croissance rapide du nombre d'articles du code général des collectivités territoriales (CGCT) promulgué en 1996 pour couvrir la commune, le département, la région et les structures de coopération. En 1996, la partie législative comptait 1 750 articles. En mars 2007, elle en compte 3 086. Ce n'est qu'à partir de 2000 que le CGCT comprend également une partie réglementaire ; elle comprend aujourd'hui 2136 articles.

Pour important soit-il, cet effort de codification est loin d'avoir concerné l'ensemble des domaines intéressant la vie des collectivités locales. Code institutionnel et financier et non pas code de compétences, le CGCT se démarque de ses prédécesseurs en ce qu'il laisse de côté toute une partie du droit des collectivités locales qui sera traitée dans de futurs codes (code de l'éducation, notamment). Selon le Sénat (2000), tant que l'ensemble de ce processus de codification ne sera pas achevé, les collectivités locales resteront donc confrontées à l'insécurité juridique résultant de l'éparpillement des normes qu'elles sont chargées de mettre en œuvre.

2. L'imprécision du contenu des normes

Au-delà du volume des règles juridiques applicables, l'insécurité juridique peut aussi résulter du contenu même des règles, soit que trop générales ou trop techniques, elles ne permettent pas aux élus locaux d'identifier clairement l'étendue de leurs obligations, soit qu'en décalage avec les conditions dans lesquelles l'action publique locale s'exerce, elles n'assurent plus à celle-ci la sécurité juridique nécessaire (Sénat, 2000).

La généralité de certaines règles juridiques constitue une première difficulté à laquelle les élus locaux peuvent être confrontés. Le Sénat prend l'exemple selon lequel, tel qu'il est formulé par les articles L. 2212-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, le pouvoir de police municipale peut rendre compte de la mission générale qui est confiée au maire pour assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publiques. Mais, alors que la réalité de ce pouvoir dépend des moyens d'action dont disposent effectivement les élus locaux, il tend à servir de point d'appui à la recherche d'une responsabilité individuelle. Dans les affaires ayant donné lieu à la mise en cause de maires pour des infractions non intentionnelles, l'abstention dans la mise en oeuvre de ce pouvoir de police constitue un motif fréquemment invoqué. Autrement dit, le caractère évasif de la rédaction de certains textes conduit les collectivités à des interprétations plus ou moins subjectives, donc susceptibles d'être considérées comme illégales (D.Miranda, 2003).

A l'inverse, la difficulté d'application de certaines règles de droit par les collectivités locales peut provenir de leur technicité excessive. Le Sénat souligne ainsi que l'Etat produit des normes juridiques dont l'application ne lui appartient pas, particulièrement dans le domaine de la sécurité, ce qui entraîne la désresponsabilisation des producteurs de normes. Le domaine des marchés publics et délégations de service public, pourtant

essentiel pour la gestion locale, apparaît ainsi comme particulièrement exposé à ce risque de « flou » synonyme d'insécurité juridique. Viendraient ensuite l'environnement et l'urbanisme.

Le décalage entre le « corpus » normatif en vigueur et les conditions réelles d'exercice de l'action publique locale constitue une autre source d'insécurité juridique. L'efficacité de l'action publique locale repose sur la capacité d'initiative et d'innovation des responsables territoriaux. Elle exige bien souvent une capacité d'adaptation à des réalités mouvantes. Cette exigence suppose que le cadre juridique auquel l'action publique locale est soumise ménage une certaine souplesse. Or, trop souvent ce cadre juridique apparaît au contraire comme un « carcan » dans lequel des projets locaux se trouvent entravés (Sénat, 2000). Ce décalage concerne notamment les structures permettant aux collectivités locales de conduire certaines actions. Cette situation est à l'origine d'un certain nombre de « démembrements » administratifs, à travers notamment la multiplication d'associations para-administratives. Or si ces formules restituent à l'action publique locale la souplesse nécessaire, elles exposent aussi les élus au risque d'être sanctionnés pour gestion de fait, ceci pouvant conduire à leur inéligibilité.

3. Les conflits entre droit communautaire et droit interne

La Constitution (article 55 dans le Titre VI) confère une autorité supérieure aux traités et accords internationaux par rapport aux lois nationales. Dans la hiérarchie des normes, le droit communautaire, né du Traité de Rome, bénéficie naturellement de cette primauté. Dans ce cadre, les collectivités territoriales se sont longtemps désintéressées du droit communautaire, considérant que l'application de décisions supranationales relevait exclusivement et obligatoirement de l'intermédiaire que constitue l'Etat. En effet, conformément aux normes

européennes, c'est aux Etats-membres qu'il revient de transposer les directives émanant de l'Union Européenne dans le droit national (D.Miranda, 2003).

Or, plusieurs évènements juridiques ont fait prendre conscience aux collectivités territoriales que le droit communautaire devenait une source directe d'insécurité juridique. L'un d'eux concerne explicitement la région lyonnaise. En effet, l'issue donnée en février 1998 à l'affaire de la réalisation du périphérique Nord de Lyon a vu la reconnaissance par la jurisprudence de la possibilité pour les administrés de pouvoir contester les actes des collectivités directement auprès de la cour européenne de justice. Cet événement a révélé clairement que le filtre national ne fonctionnait plus très bien, que celui-ci n'assurait plus, en pratique, une protection complète des collectivités.

Cette défaillance s'exprime de trois manières différentes : des retards de transpositions des directives européennes en droit national, des erreurs de transpositions, une absence de correction du droit national lorsque celui-ci entre en contraction avec le droit communautaire.

4. La perception de l'évolution du cadre juridique d'ensemble au Grand Lyon

Cet autre facteur d'accroissement du risque juridique également n'a pas échappé aux juristes du Grand Lyon. Il constitue dans les faits la principale contrainte dans l'exécution de leurs missions au quotidien.

Pour Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, les défauts du cadre juridique de l'action publique locale constituent le deuxième étage de la fusée du risque juridique, étage correspondant aux facteurs d'accroissement de la probabilité d'être dans l'erreur sur le plan juridique et donc d'être

finalement sanctionné lors des situations contentieuses.

« Malgré les engagements successifs des gouvernements, la production législative produit toujours un droit de plus en plus complexe et abondant. »

Selon Patrick Malfait, la question du cadre normatif recouvre concrètement deux problématiques spécifiques.

« Tout d'abord, et c'est un phénomène émergeant, le droit français tend à avoir les mêmes caractéristiques que le droit anglo-saxon, c'est-à-dire un droit jurisprudentiel plutôt que codifié. En effet, la production jurisprudentielle est devenue telle qu'elle prend le pas sur le code. Or, la jurisprudence est un droit bien plus mouvant, donc plus difficile à suivre. De plus, on observe que la jurisprudence peut parfois se situer en contradiction avec le droit codifié. Ainsi, alors que le nouveau code des marchés publics de 2004 allait plutôt dans le bon sens en donnant une certaine liberté d'action, la jurisprudence est venue re-cadenasser les procédures.

Par ailleurs, la complexification du droit résulte également du processus de transposition du droit européen. Alors que le droit issu de l'union européenne pourrait se suffire à lui-même, le législateur français éprouve le besoin de le réécrire. Là où certains Etats européens opèrent un simple « copié-collé », la France semble vouloir préserver une certaine identité juridique, qui se traduit finalement par de la complexification, un droit hybride et mal conçu qui joue mal son rôle. »

Une nouvelle fois, Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, renforce cette première analyse.

« Le constat est simple. Le droit des marchés publics n'a jamais été aussi complexe et volumineux. Son caractère contraignant s'est

fortement accru avec la loi Sapin de 1993 de prévention de la corruption. Mais depuis le début des années 2000 et les trois révisions de code successives (2001, 2004, 2006), nous devons faire face à une accélération du phénomène avec la nécessité pour l'Etat de se conformer au droit européen. Rien que depuis le code 2004, nous devons prendre en compte 39 textes nouveaux et 20 jurisprudences majeures. »

Catherine Todini pointe elle aussi la question de la transposition en droit français des directives européennes.

« ...La traduction en droit français est souvent imparfaite, voire contradictoire. Ceci est la conséquence du fait que les personnes qui écrivent le droit ne sont pas celles qui le pratiquent. Concrètement, le droit est mal adapté aux pratiques professionnelles. »

Catherine Todini indique que le Grand Lyon ne reste pas immobile face aux lacunes de l'Etat :

« Nous effectuons un travail de lobbying permanent auprès de l'Etat pour qu'il révisé certains points du code. Nous avons formulé 200 demandes de modification dont 160 ont été acceptées. »

Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, insiste quant à elle sur la dimension qualitative de la complexification du cadre juridique :

« ...Plus encore que l'accélération de la production normative, c'est la complexification des textes qui nous pose le plus de problèmes. Avant, on pouvait s'appuyer sur un socle stable de textes. Aujourd'hui, la loi prescrit beaucoup moins que par le passé. Les lois sont fourre-tout dans le sens où elles traitent de plusieurs thèmes à la fois. Auparavant, les lois avaient une cohérence d'ensemble et s'inscrivaient dans l'ordre juridique existant. Ce n'est plus le cas aujourd'hui... »

Eclairant également un autre aspect de l'essor de la jurisprudence, Nathalie David souligne la faible

qualité de la décision prise par les tribunaux administratifs à l'endroit de la communauté urbaine :

« ...il faut évoquer le contenu des décisions des tribunaux administratifs elles-mêmes. Avec leur encombrement croissant et la complexification du droit, la qualité de la décision produite s'en ressent. Les décisions sont à la fois moins approfondies et plus difficiles à comprendre que par le passé. Il faut parfois déposer un recours pour interprétation pour savoir que faire de certaines décisions »

Souscrivant à ce constat de complexité croissante du cadre juridique, Emeline François, juriste à la direction de l'eau du Grand Lyon, pointe quant à elle les implications concrètes de ce phénomène sur l'activité quotidienne de la direction de l'eau.

« L'une des manifestations de la difficulté d'application des textes réside dans les durées d'attente qu'ils impliquent au quotidien. Il ne s'agit pas seulement de la question de l'attente de la publication des décrets d'application, comme par exemple pour la loi sur l'eau et les milieux aquatiques adoptée fin 2006, et pour laquelle des textes d'application sortiront jusque courant 2008. Les textes prévoient aussi souvent des procédures administratives lourdes. Il arrive qu'une demande d'autorisation au titre de la loi sur l'eau, adressée à la préfecture, prenne plusieurs années pour être traitée.

Plus grave, il peut arriver que l'on demande l'autorisation d'intervenir dans des situations d'urgence et que la décision mette plusieurs années à intervenir ; nous avons rencontré cette situation lors la révision de périmètres de captage d'eau, alors même qu'il s'agit de protéger la ressource en eau de la pression foncière ou autres. »

Enfin, évoquant une matière juridique spécifique, le droit de la fonction publique territoriale, Dominique Lemesle, directeur des ressources humaines du Grand Lyon, parle de modifications trop fréquentes plus que de complexification :

« Plutôt que de complexification, il faut parler de renouvellement permanent à propos de l'évolution du droit encadrant la gestion de la fonction publique territoriale. Ces dernières années, les textes connaissent des modifications très fréquentes. (...) Ce type d'évolution nous conduit à réorganiser régulièrement nos politiques d'avancements, de rémunération... ce qui n'est pas sans poser des contraintes, même limitées, de temps, de coûts... »

Le processus de décentralisation accroît les responsabilités et l'activité des collectivités sans les délimiter de façon précise

1. De nouvelles compétences, des actes administratifs plus nombreux, un risque d'illégalité qui s'accroît mécaniquement

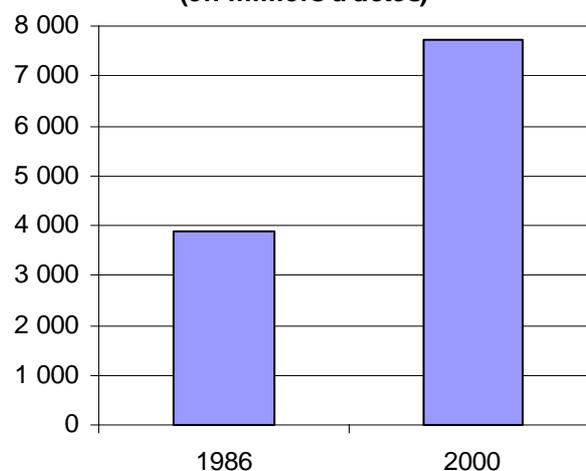
En supprimant les tutelles administratives, techniques et financières, les lois de décentralisation ont érigé les collectivités locales en acteurs pleinement responsables de la vie publique. Rapprochant le pouvoir de décision des citoyens, elles ont transféré aux collectivités locales d'importantes compétences qui leur confèrent une place essentielle dans notre organisation institutionnelle.

Ainsi, le premier effet de la décentralisation sur le niveau de risque d'insécurité auquel sont exposées les collectivités territoriales renvoie au fait que celles-ci sont amenées à prendre de plus en plus de décisions : entre 1986 et 2000 le nombre d'actes soumis au contrôle de légalité¹ (Sénat, 2000 ; La

¹ Le contrôle de légalité n'est pas général. Il s'exerce seulement sur certains types d'actes administratifs énumérés dans le CGCT. Les actes concernés sont par exemple : les décisions prises par le maire dans l'exercice de son pouvoir de police (sauf circulation et stationnement) ; les conventions de marché public ; les décisions relatives à la carrière des fonctionnaires

Documentation Française, 2006) a été multiplié par deux. Dès lors, le risque d'illégalité s'accroît mécaniquement. Compte tenu des résultats du contrôle de légalité a posteriori, il faut souligner que ce risque d'illégalité se manifeste avant tout à l'occasion de la mise en cause de la responsabilité des collectivités par des acteurs de la société civile (citoyens, associations, entreprises).

Nombre d'actes transmis au contrôle de légalité en 1986 et 2000 (en milliers d'actes)



Pour certains détracteurs de la décentralisation, les transferts de compétences ont surtout eu pour effet de « rapprocher le tentateur du décideur », d'autant plus que 80% de l'investissement public est désormais assumé par les collectivités territoriales. Autrement dit, les risques de confusion entre intérêts publics et intérêts privés s'accroissent dans un contexte de crise économique où les entreprises éprouvent de plus en plus de difficultés à obtenir des marchés.

2. De nouveaux champs d'intervention juridiquement mal définis

Pour pallier aux lacunes du cadre juridique en vigueur régissant leurs nouveaux champs

territoriaux ; les permis de construire et certificats d'urbanisme, dans les collectivités où le maire ou le président de l'EPCI dispose de cette compétence.

d'intervention, les collectivités locales ont été conduites à développer des pratiques nouvelles, en dehors des textes. Dès lors, des risques juridiques inédits peuvent surgir quant aux modalités et aux limites de leur intervention, même si certains principes généraux tels que la liberté du commerce et de l'industrie ou la libre concurrence peuvent permettre d'encadrer les initiatives locales (Sénat, 2000).

3. Une clarification insuffisante des responsabilités entre les collectivités et l'Etat

En ménageant une faculté d'intervention de l'Etat, le transfert des compétences aux collectivités locales a abouti à une superposition d'intervenants, laquelle constitue au final un obstacle à la nécessaire clarification (Sénat, 2000).

La politique de prévention des risques naturels est un bon exemple de la confusion qu'entraîne la superposition des interventions. Lors des épisodes d'inondations, sans équivalent historique connu depuis plusieurs siècles, qui ont touché à l'automne 1999 les départements de l'Aude, des Pyrénées orientales et du Tarn, le Sénat (2000) souligne que les médias ont hâtivement incriminé les collectivités locales, qui n'auraient pas mis en oeuvre de politique de prévention appropriée. Or, les textes conduisent très clairement à mettre en cause la compétence de l'Etat. Aux termes de la loi : « L'Etat élabore et met en application des plans de prévention des risques naturels prévisibles tels que les inondations, les mouvements de terrain, les avalanches, les incendies de forêt, les séismes, les éruptions volcaniques, les tempêtes ou les cyclones ». Les plans de prévention sont pris par arrêté préfectoral, après consultation des communes et enquête publique.

De façon plus générale, la fonction des services déconcentrés est marquée par une très grande ambiguïté. Bien que la décentralisation ait fait évoluer leurs missions vers le contrôle et la

régulation, ces services continuent à mener des actions dans un grand nombre de domaines et exercent une fonction de conseil souvent demandée par les collectivités de petite taille. Or, les règles applicables en matière de responsabilité administrative dans le cas du concours d'un service de l'Etat à une collectivité locale sont clairement établies : la collaboration entre collectivités publiques ne conduisant pas à une substitution de responsabilité, la commune reste responsable des dommages causés à des tiers.

Enfin, ce « brouillage » des responsabilités est renforcé par le foisonnement des procédures contractuelles (Sénat, 2000). La promotion des formules contractuelles pour rechercher une complémentarité des interventions des différents niveaux d'administration expose l'action des collectivités locales à une plus grande fragilité juridique que l'action unilatérale. Si un dommage survient, la responsabilité de l'élu pourra être engagée quand bien même l'action de la collectivité n'aura constitué qu'un élément d'un écheveau complexe associant une pluralité d'acteurs.

4. Une répartition ambiguë des rôles entre les différents acteurs au sein même des collectivités locales

En théorie, la répartition des compétences entre le maire et le conseil municipal ressort assez clairement des dispositions du CGCT. En application de l'article L. 2121-29 « Le Conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». Cette compétence de droit commun permet au conseil municipal de prendre des décisions dans les domaines les plus divers. Le conseil municipal peut, en outre, charger le maire de prendre par délégation des décisions relevant de certaines matières (article L. 2122-22). Le maire est, pour sa part, chargé d'exécuter les décisions du conseil municipal (article L. 2122-21) sous le contrôle de ce dernier et sous le contrôle

administratif du représentant de l'Etat dans le département. Il détient, par ailleurs, en matière de police, des pouvoirs propres qu'il exerce, au nom de la commune, à titre exclusif.

A ce schéma théorique correspond une pratique moins cloisonnée (Sénat, 2000). Certaines décisions soulignent l'imbrication étroite des pouvoirs de police du maire et des compétences du conseil municipal. Ainsi s'il revient au maire, en application de l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales de prévenir les pollutions de toute nature en vertu de son pouvoir de police, l'accomplissement de cette mission sera bien souvent subordonnée à la réalisation de certains travaux, lesquels supposeront l'intervention préalable du conseil municipal. Sur un plan politico-administratif, une telle imbrication du rôle de l'exécutif et de celui de l'assemblée délibérante apparaît assez naturelle et ne soulève pas de difficultés particulières. Il n'en va pas de même sur le plan pénal où le rôle de chacun des acteurs est examiné, sa responsabilité pouvant être engagée dès lors que par son action ou son omission il a pu, d'une manière ou d'une autre, concourir à la réalisation du dommage. Telle décision de justice reprochera à un maire de ne pas avoir exercé son pouvoir de police pour prévenir une pollution, sans prendre en considération que cet objectif impliquait des travaux importants dont la réalisation était subordonnée à des investissements lourds associant plusieurs collectivités et l'Etat. Telle autre reprochera au maire de ne pas avoir soumis au conseil municipal une délibération pour réaliser les travaux nécessaires, sans considération pour le coût que de tels travaux pourraient revêtir pour le budget communal.

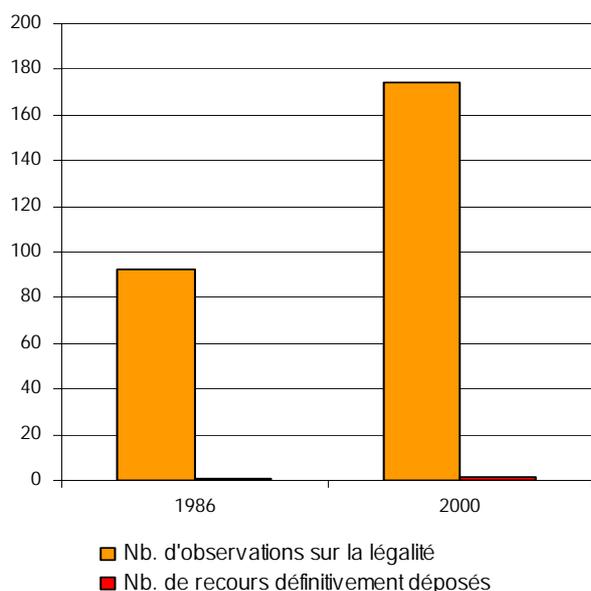
5. Le contrôle de légalité censure peu mais protège mal

Dans le cadre des premières lois de décentralisation de 1982, la tutelle de l'Etat sur

l'activité des collectivités territoriales – contrôle a priori exercé par l'autorité préfectorale et pouvant s'appuyer le cas échéant sur des motifs d'opportunité – a été supprimée et remplacée par un contrôle a posteriori fondé exclusivement sur le respect de la légalité. De fait, cette évolution a transféré au seul juge administratif le pouvoir de censurer des actes méconnaissant le droit en vigueur. Ainsi, l'article L. 2131-6 du CGCT confie au représentant de l'Etat la responsabilité de déférer au tribunal administratif les actes qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission.

Contrepartie naturelle des importantes responsabilités exercées par les collectivités territoriales, le contrôle de légalité ne constitue pas en lui-même une source directe d'insécurité juridique pour les collectivités. Il repose en effet sur un principe de concertation préalable entre le représentant de l'Etat et l'autorité territoriale qui permet, dans bien des cas, de remédier aux illégalités décelées. Dans les faits, la pratique locale a voulu que le déféré demeure considéré comme une procédure exceptionnelle, manœuvrée avec une grande prudence par les préfets, les acteurs locaux souhaitant prévenir les risques d'une « tutelle des juges ». Enclins à entretenir des relations de qualité avec leurs partenaires décentralisés, les préfets n'ont que peu sollicité l'intervention du juge afin de préserver la place qui était la leur dans l'action publique territoriale. Par un arrêt du 25 janvier 1991 Brasseur, le Conseil d'Etat a d'ailleurs admis que la décision du préfet de ne pas déférer au tribunal administratif un acte litigieux avait un caractère discrétionnaire. De cette façon, la Haute juridiction a retiré au contrôle de légalité tout caractère automatique. L'analyse des éléments chiffrés relatifs au contrôle de légalité témoigne clairement de l'importance qu'accordent les acteurs à la concertation.

Etat du contentieux du contrôle de légalité en 1986 et 2000 (en milliers d'actes)



En 2000, 7 736 756 actes ont été transmis aux autorités chargées du contrôle de légalité. Celles-ci ont adressé 173 875 observations aux auteurs des actes. Celles-ci n'ont donné lieu qu'à 1 713 déférés devant le tribunal administratif, chiffre réduit à 1 293 après les désistements préfectoraux faisant suite à la réformation ou au retrait de l'acte entaché d'illégalité. Depuis 1986, alors que le nombre d'actes transmis a augmenté de 100%, le nombre d'observations a progressé de 88% et le nombre de recours définitivement déposés de 25% seulement. La défaillance du contrôle de légalité vient du fait que, si la concertation préalable entre le représentant de l'Etat et l'autorité territoriale permet, dans bien des cas, de remédier aux illégalités décelées, ce processus n'apporte pas aux actes des collectivités locales la sécurité juridique nécessaire. 55 % des élus locaux interrogés par le Sénat (2000) adressent ce reproche au contrôle de légalité. En effet, les élus locaux peuvent à bon droit considérer que dès lors qu'un acte n'a pas suscité d'observations de la part du contrôle de légalité, sa valeur juridique ne pourrait être mise en cause ultérieurement. Tel n'est pas le cas.

De plus, le Sénat (2000) souligne les contradictions pouvant exister entre les appréciations portées sur un même acte par les différents niveaux de contrôle. La confusion dans la définition et la mise en oeuvre du champ des contrôles juridictionnels exercés respectivement par le juge administratif, le juge répressif et le juge financier conduit à des situations dans lesquelles l'élu local peut se voir reprocher l'illégalité d'un acte, sans pouvoir opposer l'appréciation contraire faite pour le même acte par une autre instance.

6. La perception de l'évolution du droit de la décentralisation au Grand Lyon

L'impact du processus de décentralisation sur l'évolution du risque juridique semble moins ressenti que les deux facteurs précédents au Grand Lyon.

Cet aspect est non évoqué par Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, tandis que Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, estime que « *la décentralisation n'est pas un facteur important d'insécurité juridique.* ».

Emeline François, juriste à la direction de l'eau du Grand Lyon, souligne en revanche que l'attitude des personnes chargées de suivre la mise en oeuvre de la décentralisation alimente le risque juridique.

« *Même si son attitude évolue sur quelques dossiers ponctuels, la préfecture reste dans une approche très sectorisée du contrôle de légalité : elle liste les différents paramètres de légalité sans pouvoir développer une analyse d'ensemble de l'acte concerné.* »

Enfin, Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, est la seule personne interrogée à développer une analyse de l'impact de la décentralisation sur le risque juridique.

« Force est de constater que la décentralisation constitue un facteur de risque juridique accru. De fait, les collectivités assument de plus en plus de compétences et donc prennent de plus en plus de décisions susceptibles d'être contestées. Au delà, la décentralisation se traduit concrètement par une très grande difficulté à cerner les compétences respectives de chaque collectivité. Aujourd'hui, chaque collectivité fait un peu de tout, il y a superposition. Par exemple, le développement économique est assuré par le Grand Lyon, la Ville de Lyon, le Conseil régional... Ainsi, de façon croissante, le Grand Lyon est conduit à exercer une veille sur les actes des collectivités voisines qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'exercice de son action.

Par ailleurs, la pression financière croissante qui s'exerce sur les collectivités nous conduit à favoriser les procédures contractuelles avec les partenaires privés. Or, par nature, le contrat est source de risque. Ainsi, plutôt que de faire une ZAC dont l'équilibre financier ou de gros investissements publics incomberaient complètement à la collectivité, on préfère recourir au contrat pour assurer la mise en œuvre des grands projets, comme au Carré de Soie par exemple. Parce que le contrat conduit à des négociations d'égal à égal, il implique un montage dont la subtilité peut échapper à l'acteur public qui n'est pas rodé à cet exercice. Sur le plan juridique, la collectivité est appelée à maîtriser davantage le droit privé. Surtout, ce type de démarche implique que la collectivité n'est plus en situation d'imposer sa vision de l'intérêt général qu'elle aurait défini préalablement, elle doit en négocier le contenu. »

Nathalie David confirme également le caractère non protecteur du contrôle de légalité exercé par la préfecture.

« Le contrôle de légalité exercé par le préfet ne constitue pas une garantie sur le plan juridique. Il ne

rassure en aucune manière dans la mesure où il ne s'applique concrètement qu'à une partie des actes transmis. Il n'offre pas de valeur ajoutée dans le sens où l'on se rend bien compte que les questions que se posent les juristes préfectoraux ne permettent pas de déceler les erreurs possibles. »

Une culture juridique moins présente que par le passé au sein des collectivités territoriales ?

L'échange avec Nathalie David, responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, a permis de mettre en évidence une quatrième catégorie de facteur d'accroissement du risque juridique. Il s'agit cette fois-ci d'un facteur endogène puisqu'il concerne la culture juridique présente au sein des collectivités territoriales elles-mêmes. Cette culture tendrait à reculer chez les agents territoriaux et à n'être plus assumée que par le personnel dédié aux questions juridiques. Cette évolution apparaît comme un facteur de dégradation de la qualité juridique des actes des collectivités territoriales.

Nathalie David observe ainsi :

« ... un certain recul dans la culture administrative des agents qui conduit à une dégradation de la qualité juridique des actes rédigés. D'une part, les administratifs qui ont pour mission d'élaborer des actes paraissent moins rigoureux que par le passé, il y a une perte des réflexes. D'autre part, de plus en plus de personnes sont amenées à rédiger des actes administratifs alors même qu'ils ne sont pas formés pour cela (chargés de mission...). »

RECREER DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : LA FONCTION JURIDIQUE DU GRAND LYON

L'organisation de la fonction juridique au sein du Grand Lyon

1. La mise en place de services juridiques au sein des collectivités territoriales

Ce n'est qu'au début des années 1990 que les collectivités locales ont pris conscience de la nécessité de se doter d'une fonction juridique, pour répondre à la complexification du cadre juridique ainsi qu'au contexte d'affrontement surmédiatisé entre le politique et le judiciaire qui s'installait alors (D.Miranda, 2003). Il s'agissait de combler un vide pas seulement par rapport au secteur privé, qui a fait du droit une véritable ressource stratégique au service de la défense de ses intérêts, mais également par rapport à l'Etat. En effet, le Gouvernement dispose de longue date de la faculté de saisir le Conseil d'État de toute question de droit et les différents ministères sont dotés de corps d'inspection interne ou peuvent faire appel à l'une des inspections générales (finances, administration, affaires sociales).

Le service juridique d'une collectivité est ainsi devenu un partenaire incontournable de la prise de décision. Très souvent rattaché directement à la direction générale de la collectivité, celui-ci peut aussi être placé au sein de la direction des ressources transversales, qui regroupe les services des ressources humaines, des finances, des systèmes d'information, des achats... Cette deuxième option est d'ailleurs celle qu'a retenue le Grand Lyon. Ce rattachement au sommet des

instances décisionnelles de la collectivité ou au sein de la direction des fonctions transversales se justifie par la nature même des activités du juridique territorial : pouvoir intervenir à tous les niveaux de la collectivité quel que soit le domaine concerné.

2. Les grandes caractéristiques de l'architecture et des missions des services juridiques du Grand Lyon

Comme l'indique Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, l'organisation actuelle de la fonction juridique au Grand Lyon est stabilisée depuis début 2006.

Tout d'abord, elle articule un service « central », la direction des affaires juridiques et de la commande publique, placé au sein de la délégation générale aux ressources, et un ensemble de « mini-services » déconcentrés dans les autres directions du Grand Lyon, à l'exception de certaines directions dites « orphelines ».

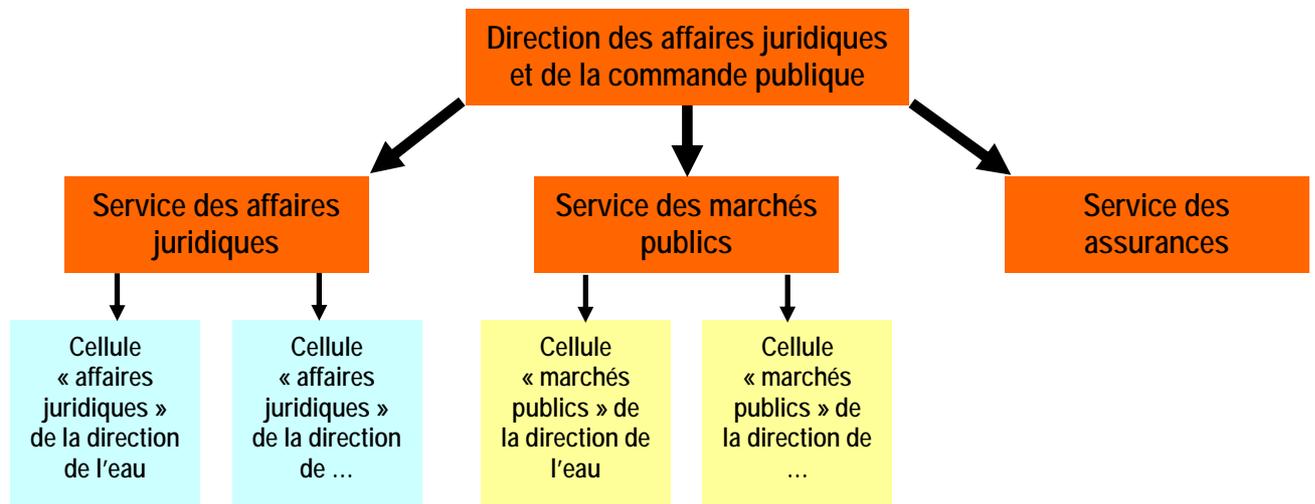
Ensuite, la direction des affaires juridiques et de la commande publique, se compose de trois services :

- le service des affaires juridiques, en charge de la veille juridique, du conseil auprès des autres services du Grand Lyon, du suivi du contentieux pour l'ensemble des matières juridiques hors marchés publics ;
- le service de la commande publique, en charge de la veille juridique, du conseil auprès des autres services du Grand Lyon, du suivi du contentieux pour l'ensemble des marchés publics ;

- le service des assurances, en charge de la gestion des contrats d'assurance souscrits par le Grand Lyon. Ce dernier service ne rentre pas dans le cadre de la présente investigation dans la mesure où son rôle réside plutôt dans l'anticipation de risques d'ordre financier.

Enfin, on retrouve la même distinction entre les marchés publics et les autres matières juridiques au sein des services juridiques déconcentrés : il y a d'un côté les juristes chargés des marchés publics et d'un autre ceux qui traitent des questions portant sur le droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme...

En terme de missions, dans leur matière respective, le service des affaires juridiques comme celui de la commande publique partagent trois grandes vocations : la prévention du risque juridique, d'abord par le conseil interne ; la défense de la collectivité sur le plan juridique avec la gestion des dossiers contentieux ; le recueil et la diffusion de l'information juridique grâce à un travail de veille. Les services déconcentrés quant à eux sont davantage spécialisés sur la mission de prévention par le conseil, bien qu'ils puissent apporter un appui à la gestion des dossiers contentieux.



Les missions du service des affaires juridiques

1. La prévention du risque juridique par le conseil plutôt que par le contrôle interne

Comme l'indique Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, pour toutes les matières juridiques hors marchés publics, le Grand Lyon affiche une philosophie de la prévention juridique spécifique puisque donnant la priorité au conseil a priori sur le contrôle a posteriori.

« Notre philosophie est quelque peu différente de celle de certaines collectivités. (...) Si certaines collectivités font le choix du contrôle de légalité interne, nous ne nous sommes pas engagés dans cette voie. D'expérience, je sais que le contrôle systématique en aval n'est pas pertinent : vous vérifiez des actes dont une très grande partie se révélera de bonne qualité, tandis que les actes posant problèmes conduisent à des modifications arbitraires, d'ailleurs refusées dans certains cas par les services concernés, lesquels préfèrent courir le risque mis en évidence. (...) Dès lors, notre priorité c'est la prévention par le conseil, le plus en amont possible. »

Responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, Nathalie David confirme cette posture tout en lui donnant une interprétation complémentaire.

« (...) nous ne sommes pas engagés dans une démarche de contrôle final systématique. Selon moi, ce type de démarche accélérerait encore la perte de culture juridique. Le risque c'est d'aller vers une déresponsabilisation complète des agents quant à la question juridique, en faisant tout reposer sur le service juridique. Notre démarche c'est au contraire d'essayer de poser la question du

juridique dès le départ. (...) Notre démarche se définit par un certain état d'esprit d'ouverture. Nous ne souhaitons pas être des censeurs qui interviennent après coup. Nous souhaitons que la préoccupation juridique soit portée par tous. ».

Dans ce cadre, Patrick Malfait explique que l'offre de conseil proposée aux services communautaires se veut évaluative et non prescriptive.

« Les conseils que l'on peut offrir aux services visent à évaluer le risque encouru et à proposer des solutions, mais ils ne donnent en aucun cas lieu à un droit de véto. Il s'agit de s'adapter en permanence à l'évolution des risques en posant constamment la question « quels risques peut-on accepter de courir ? ». Mais dans la mesure où le risque acceptable demeure une notion subjective, il paraît contreproductif que notre fonction de conseil conduise à elle seule à bloquer l'avancement des projets communautaires. Il faut cependant préciser que, lorsque nous estimons que le risque encouru est manifestement trop élevé, nous en référons aux directions concernées qui peuvent solliciter, si besoin, l'arbitrage de la direction générale. Il faut donc alerter mais pas cadenasser. ».

Nathalie David apporte une analyse similaire de la fonction du conseil juridique au Grand Lyon, en insistant sur la dimension partenariale devant présider aux relations entre les juristes et les agents les sollicitant :

« Les conseils sont issus de sollicitations directes des services. Nous essayons pour chaque cas de mettre en évidence le niveau de risque encouru ainsi que les modifications à apporter à l'acte. Notre volonté est d'être dans l'adaptation au cas par cas. (...) notre volonté est qu'une prise en compte mutuelle des problèmes entre nous et les services s'opère : que la question juridique soit discutée avec les agents et que leurs contraintes soient prises en compte dans notre action. Car la légalité n'est pas seulement une question de forme, il faut comprendre le fondement de l'acte projeté

pour mesurer véritablement sa solidité juridique. Et pour comprendre ce fondement, il faut que nous soyons au plus près du travail des services. (...) En retour, le conseil formulé ne se traduit en aucun cas par des obligations pour le service demandeur. »

Cependant, comme l'explique Nathalie David, les grands projets communautaires (réaménagement des berges du Rhône, Confluence, adhésion Givors-Grigny...) donnent lieu à une participation plus en amont et en profondeur de la fonction de conseil juridique.

« Tout d'abord, dans les grands projets, une erreur juridique peut prendre une dimension fortement médiatique. Ensuite, et c'est la raison principale, les grands projets impliquent souvent la mise en œuvre de processus contractuels, lorsque la collectivité sollicite la participation d'acteurs privés. Il s'agit alors de bâtir un contrat qui satisfasse les intérêts des différents partenaires. Notre mission consiste alors à défendre et traduire dans des termes juridiques les intérêts du Grand Lyon, à s'assurer que la procédure est solide, à protéger les élus signataires. Cette activité implique également le recours ponctuel à des cabinets d'avocats. »

Par ailleurs, il convient de noter que la délégation générale au développement urbain et la direction de la voirie apparaissent nettement comme les deux services communautaires sollicitant le plus les conseils de la direction des affaires juridiques.

Autre outil traditionnel de la prévention juridique, l'audit juridique interne permet de détecter les zones de faiblesse de la collectivité. Au Grand Lyon, comme l'indique Nathalie David, l'utilisation de cet outil semble seulement à l'état de projet.

« L'idée d'opérer un audit juridique au sein du Grand Lyon est dans l'air, mais rien n'est formalisé pour l'instant. A l'heure actuelle, nous fonctionnons de manière assez intuitive à partir de la demande d'avis juridique et des affaires contentieuses qui permettent de voir quels services rencontrent le

plus de problèmes et quels problèmes sont récurrents. Notre objectif est de trouver des outils adaptés à chaque situation. »

2. La défense juridique de la collectivité par la gestion des dossiers contentieux

Le suivi des procédures contentieuses pour tous les domaines hors marchés publics constitue une autre mission essentielle du service des affaires juridiques ; même si, comme l'indique Patrick Malfait, la gestion des dossiers contentieux doit rester une préoccupation secondaire par rapport à l'activité de conseil.

« ...Nous estimons qu'il ne faut pas investir la majeure partie de notre énergie, de nos moyens, sur la gestion du contentieux. Le contentieux est un épiphénomène qui ne doit pas perturber, qui ne doit pas s'immiscer dans l'activité des services. Ainsi, nous externalisons la plus grande partie de la gestion du contentieux. »

Nathalie David affirme elle aussi la volonté du Grand Lyon d'externaliser la plus grande partie de la gestion des affaires contentieuses. Elle justifie ce choix par la qualité de l'expertise offerte par les cabinets de conseil.

« Notre activité de gestion des dossiers contentieux s'appuie fortement sur plusieurs cabinets d'avocats. Aujourd'hui, nous travaillons avec 13 cabinets différents suivant les types de contentieux. Leur aide est déterminante pour la gestion de la procédure qui est particulièrement difficile. Nous faisons appel à de nombreux cabinets pour créer une émulation sur le plan des coûts et de la qualité de l'accompagnement, mais également pour bénéficier d'expertises spécialisées (1 cabinet par thème). Ceci n'empêche pas que se mettent en place des relations de travail suivies avec eux. La qualité de cette relation est très importante pour nous parce qu'elle est source d'enrichissement et de cohérence pour défendre du mieux possible les intérêts de la collectivité. »

Le Grand Lyon joue cependant un rôle incontournable dans l'élaboration de sa propre défense. Nathalie David indique que :

« ... Si les cabinets ont une grande responsabilité dans la gestion sur la forme de la procédure, nous avons un rôle essentiel à jouer sur le fond dans la rédaction du mémoire qui constituera la ligne de défense. Pour chaque contentieux, nous sommes amenés à enquêter en interne auprès des services concernés pour dégager les éléments en notre faveur. Ce travail est une autre occasion d'associer fortement les agents des services concernés à notre activité. Leur intervention est nécessaire pour comprendre tous les aspects techniques des dossiers. »

3. Le recueil et le partage de l'information juridique par la veille juridique

L'actualisation permanente de la documentation juridique de la collectivité et le partage de l'information juridique constituent la troisième mission du service des affaires juridiques.

Nathalie David explique l'organisation de la veille juridique effectuée par son service. Son propos met en évidence le rôle croissant joué par les technologies de l'information et de la communication dans ce domaine.

« La veille juridique fait l'objet de séances collectives à raison d'une demi-journée tous les 15 jours au minimum. Les bases de données disponibles sur Internet nous permettent d'avoir accès facilement à l'information de base. Toutefois, nous utilisons beaucoup moins le système d'alertes automatiques signalant les nouveautés juridiques, ces dernières étant trop nombreuses.

Cette veille juridique alimente d'abord notre travail quotidien de conseil et de suivi contentieux. Elle fait cependant l'objet d'une diffusion au sein des services via l'intranet. Nous rédigeons un article de vulgarisation tous les 15 jours environ. Cette publication vise à favoriser la culture juridique des

services communautaires. Elle se veut généraliste, elle n'est pas élaborée en fonction des questions juridiques que rencontre tel ou tel service.

Pour renforcer la culture juridique au sein du Grand Lyon, nous commençons également à organiser des sessions de formation à l'intention des agents qui sont amenés à rédiger des délibérations, des actes administratifs. »

Les missions du service de la commande publique

1. La prévention du risque juridique par le conseil et le contrôle internes lors de l'élaboration des procédures de passation de marchés publics

L'enjeu de la prévention du risque juridique fait l'objet d'une prise en charge quelque peu différente pour ce qui concerne les marchés publics.

Tout d'abord, Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, indique que la gestion des marchés publics fait l'objet d'une forte déconcentration au sein du Grand Lyon pour la dimension « conseil aux services ».

« Les unités déconcentrées sont en première ligne. Le service des marchés publics assure le conseil pour les marchés les plus complexes. Nous nous occupons également directement des marchés émis par les services qui ne disposent pas d'unités déconcentrées. »

Ensuite, Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, explique que la prévention des risques juridiques en matière de marchés publics ne peut reposer seulement sur le conseil, mais doit obéir à des règles plus contraignantes.

« ...Les marchés publics apparaissent effectivement comme un domaine à part : la législation des marchés publics est plus complexe, elle met en jeu des sanctions plus préjudiciables. Il apparaît indispensable de mettre en place des procédures permettant d'aller au-delà des exigences du code des marchés publics, pour prendre en compte l'évolution de la jurisprudence. »

Catherine Todini précise que ces procédures de passation normalisées, les « fiches d'initialisation¹ », « s'appliquent à l'ensemble des marchés passés par les services ». Elle justifie cependant leur existence en des termes quelques peu différents. Selon elle, les fiches d'initialisation ont pour vocation « la mise en œuvre des objectifs fixés par les élus en matière de marchés publics ». Ces objectifs, explique-t-elle, exprimeraient la volonté des élus de s'assurer du respect de certains principes du code des marchés publics qui leur paraissent essentiels.

« Trois grands objectifs guident la politique d'achat du Grand Lyon : la promotion de l'accès des PME à la commande publique ; la recherche du meilleur rapport qualité/prix ; l'intégration des marchés publics au développement durable par l'imposition de clauses sociales (insertion), environnementales (déchets). (...) ces objectifs font tous partie intégrante du code des marchés publics. Simplement, face à la multitude des principes contenus par le code, les élus ont souhaité affirmer une exigence forte pour certains d'entre eux. »

Le témoignage de Dominique Lemesle, directeur des ressources humaines du Grand Lyon, permet de comprendre comment fonctionnent les relations de travail entre un service communautaire dépourvu

de cellule « gestion des marchés publics » et le service de la commande publique :

« Nous exprimons de la manière la plus adéquate possible notre besoin d'achat à la cellule du service central des marchés publics qui s'occupent des services communautaires dépourvus de gestionnaires dédiés. Cette dernière nous apporte alors son aide dans la définition de la procédure de marché public la plus pertinente. Au total, le service des marchés publics joue le rôle principal dans la passation des marchés répondant à nos besoins. »

2. La prévention du risque juridique par le suivi de la mise en œuvre des procédures de passation de marchés publics

Outre le suivi de l'élaboration des procédures de passation des marchés publics, le service de la commande publique assume un rôle central dans la mise en œuvre ultérieure des procédures dans la mesure où, comme l'indique Catherine Todini :

« Le service des marchés publics est chargé du secrétariat de la commission d'appel d'offre qui, à la différence d'autres collectivités, est permanente au Grand Lyon. Les élus sont convoqués une fois par semaine pour des séances de 4 à 8 heures. »

3. La défense juridique de la collectivité par la gestion des dossiers contentieux portant sur les marchés publics

Catherine Todini confirme que le service de la commande publique se charge de la gestion des contentieux résultant de la passation de marchés publics. Le volume de dossiers contentieux demeurant faible, ce sujet n'a pas été développé durant l'échange.

¹ Les « fiches d'initialisation » sont utilisées pour lancer la passation de chaque marché public du Grand Lyon. Concrètement, elles se présentent sous la forme d'un fichier informatisé comprenant différentes rubriques à remplir, l'ensemble permettant de s'assurer de façon systématique du respect des certaines règles du code des marchés publics.

4. L'optimisation de la commande publique communautaire par la mise en place d'une cellule « achat performance »

De façon émergente, la vocation du service de la commande publique tend à s'élargir à la gestion des marchés publics sous l'angle économique. Catherine Todini souligne que :

« De façon connexe à cette question du pilotage des achats, nous sommes en train de développer une fonction « achat performance » afin d'optimiser l'efficacité de nos marchés. Trois personnes ont la charge de cet aspect. Elles sont engagées dans une démarche de cartographie des achats au sein du Grand Lyon afin de promouvoir la mutualisation. »

Plus largement, comme l'indique Catherine Todini :

« ...la qualité du pilotage de la gestion des achats au sein du Grand Lyon fait l'objet d'une démarche de certification ISO 9001 : l'ensemble de la procédure d'achat de chaque service fait l'objet d'une certification ; cette démarche est progressive puisqu'elle ne concerne pas encore tous les services (eau, logistique, propreté, service commande publique à l'heure actuelle). Cette démarche est suivie par notre responsable qualité. »

5. Le recueil et le partage de l'information juridique par la veille juridique

A l'instar du service des affaires juridiques, le service de la commande juridique est engagé dans une démarche de veille juridique en matière de marchés publics. Comme le souligne Catherine Todini :

« La veille est incontournable même si elle ne constitue pas une mission en tant que telle. C'est une activité de base dont l'apport est diffusé par l'intermédiaire du comité achat et de l'intranet. Nous portons une attention particulière au droit européen pour pallier les absences ou erreurs de retranscription en droit national. »

Les missions des cellules juridiques déconcentrées

1. Les « cellules affaires juridiques »

⇒ *La prévention du risque juridique par le conseil aux services comme mission principale*

Emeline François, juriste à la direction de l'eau du Grand Lyon, confirme que sa principale mission en tant que « cellule juridique déconcentrée » est bien le conseil juridique, avec une philosophie s'inscrivant assez nettement dans la lignée de celle défendue par Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon.

« Ma principale mission consiste bien sûr à apporter des conseils juridiques aux services dans le cadre de leurs projets. Globalement, la vocation du conseil est de mesurer le niveau de risque encouru et de rappeler les principes des textes juridiques concernés, afin d'éclairer les choix des techniciens. Notre responsabilité consiste à dire : « les risques que vous prenez ici sont faibles, mais là ils sont importants. (...) La proximité de l'opérationnel montre que l'application stricte de la loi est impossible et contre-productive. L'enjeu consiste à atténuer les rigidités du droit en évacuant certaines contraintes lorsque cela est possible. »

Emeline François précise ensuite que cette mission ne se déroule pas de façon homogène, la spécificité des projets concernés et des personnes qui les portent appelant des réponses adaptées.

« Le niveau et la durée de mon implication sont liés aux caractéristiques des projets. En général, mon intervention est ponctuelle, au début du montage du dossier ou une fois que celui-ci est bien avancé. Cette contribution peut consister à donner

un conseil sur un point précis, à fournir une aide à la rédaction. D'une manière générale, les sollicitations pour un conseil dépendent de la sensibilité plus ou moins prononcée des agents pour la problématique juridique. »

Emeline François explique également que son intervention dans le montage des projets peut être plus étroite et plus approfondie.

« Les sollicitations en amont des dossiers représentent environ la moitié des demandes de conseil. Cette proportion est relativement stable. Cependant, il faut souligner que, sur les gros projets sensibles, l'expertise juridique demeure systématiquement présente durant l'ensemble du processus. »

Il paraît en revanche quelque peu difficile pour Emeline François de décrire l'impact effectif des conseils fournis sur la teneur juridique des projets finalisés.

« ...nous ne disposons pas à proprement parler de procédures de suivi des conseils que nous formulons. Ne pas avoir de retour sur la majorité des conseils donnés est d'ailleurs assez frustrant. Globalement, j'ai l'impression que les conseils sont plutôt pris en compte. Il faut préciser que la plupart des conseils portent sur des dossiers présentant des risques peu élevés, et que les dossiers importants, donc plus risqués, font l'objet d'un suivi exhaustif jusqu'au bout (j'ai copie de tous les courriers qui partent, on me transmet ou je glane les informations relatives au dossier ...). »

En ce qui concerne la direction des ressources humaines du Grand Lyon, son responsable, Dominique Lemesle, explique que l'activité de conseil réalisée par la cellule « affaires juridiques » dont ils dispose s'adresse non seulement aux membres de la direction mais également aux responsables GRH déconcentrés dans les services communautaires. Il indique également que :

« Ce travail de conseil fait désormais l'objet d'une capitalisation par l'intermédiaire de l'intranet

Globe : les conseils délivrés jusqu'ici sont compilés de façon thématique, synthétisés et mis à jour ; ils sont accessibles uniquement aux responsables GRH via une entrée spécifique sur Globe. »

⇒ **Une contribution à la gestion des dossiers contentieux**

Emeline François, indique que sa deuxième activité essentielle consiste à appuyer le service central des affaires juridiques dans sa mission de gestion des recours contentieux.

« Lors de la rédaction du mémoire de défense, des réunions de travail sont organisées entre la direction des affaires juridiques, d'une part, et les juristes et les techniciens des services concernés, d'autre part. Dans ce cadre, je suis en quelque sorte l'intermédiaire entre les techniciens et leur langage technique et la direction des affaires juridiques et ses demandes juridiques. »

⇒ **Une participation à l'activité de veille juridique**

Emeline François explique par ailleurs que sa mission de conseil implique :

« ...une veille juridique qui reste bien insuffisante compte tenu des évolutions, en raison d'un manque de temps. L'ensemble de la veille technique concernant le droit de l'eau va être soustraite à un bureau d'études, l'APAVE, chargé de recenser tous les textes qui sont applicables à l'activité de la direction de l'eau, du plus général au plus technique. Afin de valoriser au maximum ce travail, nous allons mettre en place un réseau de référents et organiser comment cette veille sera valorisée dans un plan d'action. »

En complément de cette activité de veille, Emeline François :

« ...effectue chaque année des sessions d'information/formation dans différentes subdivisions de la direction afin de tenir informés les agents sur les grandes évolutions du cadre

législatif, par exemple la nouvelle loi sur l'eau, ou sur des points précis à la suite de demandes récurrentes formulées par les agents. »

Pour ce qui concerne la cellule « affaires juridiques » de la direction des ressources humaines, Dominique Lemesle souligne que :

« Ce travail de veille est valorisé par l'intermédiaire d'un dispositif de mailing à l'attention de tous les responsables GRH communautaires, qu'ils appartiennent à la DRH ou qu'ils soient déconcentrés dans les directions. »

⇒ ***Les relations de travail avec la direction des affaires juridiques et avec les juristes des autres services***

Comme le souligne Emeline François, ses liens avec la direction des affaires juridiques correspondent à ses missions :

« ...La participation à la gestion du contentieux, la demande d'éclairage précis pour résoudre certaines demandes de conseils, l'échange d'expériences, de questions dans le cadre du réseau des juristes du Grand Lyon. »

Emeline François évoque également la mise en place récente du réseau des juristes.

« Il se réunit de façon informelle. C'est incontestablement un point positif. Il permet de partager les problématiques des dossiers suivis par les uns et les autres, de partager des modes de fonctionnement. »

A la direction des ressources humaines, Dominique Lemesle indique que *« la cellule affaires juridique est l'interlocuteur unique entre la DRH et la Direction des affaires juridiques et de la commande publique »*. Autrement dit, c'est elle qui fait lien en matière de marchés publics.

2 Les « cellules marchés publics »

⇒ ***Focalisé sur la gestion des achats communautaires, le rôle des « cellules marchés publics » implique des relations de travail approfondies avec les services***

Comme le souligne Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, les « cellules marchés publics » déconcentrés dans les différents services communautaires apparaissent bien comme les compléments de la direction juridique centrale.

« A coté de notre service des marchés publics rattaché à la direction des affaires juridiques et de la commande publique, la plupart des services du Grand Lyon possèdent leur propre unité « marchés publics ». L'activité de ces unités se concentre cependant sur une mission spécifique : le conseil aux services pour le montage des dossiers et le suivi de la consultation. »

S'inscrivant dans un dispositif de suivi rigoureux des procédures d'achats communautaires, les « cellules marchés publics » déconcentrées apparaissent comme plus intégrées que les « cellules affaires juridiques » dans le fonctionnement et l'activité des activités des services concernés. C'est en tous les cas ce que laisse à penser l'expérience de Romain Hardy, responsable administratif (marchés publics, budget, GRH...) à la direction de la communication. Tout d'abord, il fait partie intégrante de l'équipe de la direction de la communication :

« Je suis étroitement associé à l'activité de la direction. (...) je participe à la réunion de direction qui a lieu chaque semaine ou tous les quinze jours. Je suis donc au fait des projets de la direction. »

Ensuite, Romain Hardy a la responsabilité de la gestion des procédures d'achat de la direction. D'un commun accord avec les agents et le responsable de la direction, il est apparu pertinent, pour optimiser sa valeur ajoutée, de l'identifier en tant

que gestionnaire de la traduction des besoins d'achat de la direction en procédures de marchés publics :

« ... nous sommes en train de mettre en oeuvre un dispositif qui me place en première ligne pour la prise en charge des besoins d'achat de la direction. Nous avons décidé qu'il relevait de ma responsabilité de remplir l'ensemble des fiches d'initialisation correspondant aux différents achats de la direction de la communication. Nous fonctionnons cependant en binôme avec les chargés de communication : le gestionnaire de marchés publics et le chargé de mission conçoivent conjointement la procédure juridique pertinente pour réaliser tel ou tel projet d'achat. Précédemment, plusieurs chargés de mission remplissaient eux-mêmes leur fiche d'initialisation, si bien que je n'avais pas connaissance de l'ensemble des procédures d'achat de la direction. Désormais, il y a un point de passage obligé avec le gestionnaire des marchés. J'interviens donc dès le départ en récoltant pour chaque besoin d'achat l'ensemble des informations qui vont permettre de trouver la traduction juridique adéquate. Bien sur, cette évolution est progressive, des chargés de mission continuent de remplir leur fiche d'initialisation eux-mêmes. »

De fait, l'action de Romain Hardy dépasse généralement le simple conseil dans la mesure où elle se veut coproductrice de la formulation de l'acte d'achat :

« Par définition, mes conseils sont suivis d'effets puisque j'interviens dès le départ. Mon rôle est bien de traduire en procédures administratives et juridiques adéquates les besoins d'achat formulés par les collègues de la direction. La dimension conseil apparaît plus concrètement lorsque je fais part à mes collègues de la vision globale que je peux avoir des achats de la direction : comment gagner en souplesse ? Comment faire des économies ?... »

⇒ *Les relations de travail avec le service central des marchés publics et avec les gestionnaires marchés publics des autres services*

Outre l'implication forte des gestionnaires de marchés publics, la fonction achat du Grand Lyon comprend également un travail constant de suivi de la part du service des marchés publics. Comme l'explique Romain Hardy, les interactions entre les cellules déconcentrées et le service central sont importantes et portent principalement sur la mise en oeuvre des « fiches d'initialisation » :

« D'une manière générale, mes relations de travail avec le service des marchés publics portent sur les fiches d'initialisation que je leur transmets. Chaque fiche indique ce que l'on souhaite faire sur le plan juridique pour réaliser tel ou tel achat pour le compte de la direction de la communication. Chaque proposition de procédure est ensuite validée ou amendée par le service des marchés. La plupart du temps, les modifications souhaitées sont effectivement apportées aux procédures concernées. Lorsque ce n'est pas le cas, il faut que je justifie mon choix. »

Romain Hardy souligne à ce titre que le dialogue avec le service des marchés juridiques ne porte pas seulement sur des questions de sécurité juridique mais concerne également la performance de l'achat communautaire :

« Les remarques du service des marchés peuvent concerner des aspects juridiques mais également des questions de stratégies d'achat puisque les besoins de la direction de la communication peuvent converger avec ceux d'autres directions. Des économies d'échelles peuvent être réalisées et nous sommes sollicités pour pendre contact avec les directions concernées. Cette coordination des procédures de passation des marchés publics communautaires s'appuie notamment sur le recensement annuel des besoins d'achat effectué par le service des marchés publics.

De plus, il arrive que les services communautaires cherchent spontanément à coordonner certains de leurs achats. »

Comme l'explique Catherine Todini, le lien entre les « cellules marchés publics » et le service de la commande publique s'effectue également par le biais du « comité achat » qui se réunit deux fois par mois environ.

« Le pilotage du processus achat repose également sur le « comité achat » qui rassemble l'ensemble des responsables des unités déconcentrées, soit une vingtaine de personnes au total. Ce comité est censé apporter les réponses aux problèmes rencontrés au quotidien dans la gestion des marchés publics. »

Romain Hardy apporte une description plus précise du rôle de cette instance.

« Le comité achat a vocation à être un lieu de diffusion de l'information juridique (les nouveaux textes et jurisprudences), de résolution des problèmes rencontrés par telle ou telle cellule marchés publics déconcentrée, d'optimisation de la qualité de l'achat communautaire (mise en commun des besoins des services). Le comité achat est aussi l'instance qui permet de proposer des modifications des règles interne. Chacun peut exposer ses remarques, c'est un lieu d'échange. »

L'insécurité juridique : une menace pour la démocratie locale

D'une manière générale, l'insécurité juridique tend à introduire une « fracture juridique » entre une partie de la population qui se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, et une autre qui s'accommode de la complexité, voire l'exploite à son profit.

C'est bien cette exploitation des faiblesses du cadre juridique que subissent aujourd'hui à leurs dépens les collectivités territoriales. Un phénomène qui n'est pas sans danger pour le fonctionnement à long terme de la démocratie locale.

1. L'effet désastreux des poursuites pour des faits non intentionnels

Le Sénat (2000) souligne tout d'abord que, sur le plan personnel et humain, le fait de pouvoir être poursuivi devant le tribunal correctionnel pour des faits non intentionnels liés à une démarche d'action publique est légitimement perçu comme infamant par des élus qui consacrent une grande partie de leur temps bénévolement au service de la collectivité. Ensuite, la médiatisation croissante de la société donne à ces affaires une portée tout à fait disproportionnée ; la procédure pénale française est en effet polarisée sur les phases d'enquête et d'instruction, plus que sur celles du jugement (ENM, 1999). Dès sa mise en examen, l'élu est désigné comme coupable aux yeux de l'opinion publique avant même qu'il ait pu présenter le moindre argument pour sa défense. Ainsi, la mise en cause

– même suivie d'un non-lieu ou d'une relaxe – constitue une atteinte irréversible à la confiance placée dans leurs élus par les électeurs, comme dans leurs administrateurs publics par les administrés (ENM, 1999).

2. Vers une paralysie de l'action publique locale ?...

Selon le Sénat, ces mises en cause conduisent à créer un climat tout à fait néfaste pour le fonctionnement de la démocratie locale. La montée en puissance du risque pénal pourrait, en effet, inciter les élus locaux à privilégier une gestion fondée sur le « risque pénal zéro » plutôt que sur la prise d'initiative qui fait pourtant la richesse de notre démocratie locale. Ainsi, tel élu préférera fermer une aire de jeu pour prévenir tout risque pénal, la mise aux normes représentant un investissement dépassant largement les moyens financiers de la commune. Tel autre préférera supprimer une fête pourtant traditionnelle afin d'éviter que des incidents éventuels ne l'exposent pénalement. A l'inverse, le souci de se couvrir pourra conduire l'élu à privilégier des mesures de sécurité pourtant superflues dans le seul but de prévenir le risque pénal. Paradoxalement, l'excès de judiciarisation aboutit à une forme de déresponsabilisation.

3. ... et une crise des vocations politiques ?

Alors même que les évolutions économiques et sociales placent en permanence les élus locaux en situation de prendre des initiatives dans les domaines les plus divers pour répondre aux attentes légitimes des citoyens, une telle paralysie de la gestion locale par le risque pénal serait lourde

de conséquences. Elle ne pourrait en outre qu'aboutir à un tarissement des vocations. Comment en effet inciter les citoyens, notamment les plus jeunes, à s'engager dans l'exercice de responsabilités locales s'ils n'ont pas la garantie que leur vocation au service public ne les conduira pas au prétoire pour le moindre incident survenu dans leur commune. Autrement dit, une telle évolution expose la démocratie locale au risque d'une professionnalisation des mandats, remettant en cause le principe de gratuité constamment affirmé depuis la grande loi municipale du 5 avril 1884. Les exigences croissantes pesant sur les élus locaux conduiraient à réserver l'exercice du mandat à des techniciens. C'est alors le principe même de la démocratie locale qui veut que tout citoyen puisse briguer un mandat local qui serait remis en cause.

L'amélioration de la qualité de la production normative pourrait contribuer à la réduction du risque juridique

1. La réhabilitation des qualités essentielles de la loi comme piste d'amélioration de la sécurité juridique

Pour Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, des deux principaux facteurs d'accroissement du risque juridique, seul celui concernant les caractéristiques du cadre juridique de l'action publique locale semble pouvoir être maîtrisé à l'avenir.

« L'évolution vers une judiciarisation croissante des relations entre les citoyens et les entreprises, d'une part, et la puissance publique, d'autre part, apparaît comme une tendance lourde, donc comme une donnée de base pour l'avenir.

En revanche, la qualité du droit français apparaît comme un paramètre que l'on peut faire

évoluer. Jusque là, la France a en quelque sorte refusé que le droit français se moule dans le droit communautaire qui, pourtant, constitue aujourd'hui la véritable source du droit. A l'avenir on parviendra sans doute à reconnaître que ceci n'est rien d'autre que du temps de perdu, qu'un combat d'arrière garde. »

Cette question de l'évolution de la production normative française a été récemment analysée par le Conseil d'Etat (2006) dans un rapport consacré à la question de la sécurité juridique. Celui-ci réaffirme la place du principe de sécurité juridique comme fondement de l'Etat de droit, principe qui n'est respecté que lorsque la loi est conforme aux deux exigences suivantes : l'une, formelle, exige de la loi des qualités de normativité (la loi doit prescrire, interdire, sanctionner) et d'intelligibilité (la loi doit être lisible, précise, cohérente) ; l'autre, temporelle, rappelle la nécessité de la prévisibilité de la loi (la loi ne peut être rétroactive, doit protéger les droits acquis, assurer la stabilité des situations juridiques).

Pour garantir à l'avenir le respect de ces exigences, le Conseil d'Etat formule, entre autres, la préconisation suivante : encadrer la préparation de toute réforme par une loi organique.

2. La phase de préparation d'une réforme paraît insuffisamment encadrée

Selon le Conseil d'Etat (2006), une réforme se justifie d'abord et avant tout par sa pertinence. Pour s'assurer de celle-ci, il estime qu'une réflexion doit être menée :

- d'abord sur la nécessité d'une nouvelle législation ou réglementation, au regard de l'objectif recherché et des autres actions publiques, normatives ou non, envisageables¹.

¹ Libre jeu des acteurs assorti de simples recommandations ; certifications privées par des entreprises ou des organismes professionnels ; code de bonne conduite négocié avec un secteur professionnel ;

- ensuite sur l'impact potentiel de la législation ou de la réglementation envisagée par : une analyse interministérielle et, pour les réformes les plus importantes, une contre-expertise ; une écoute des milieux directement destinataires, restituée sous la forme d'une étude ou d'une synthèse publique.

Pour le Conseil d'Etat, l'insuffisance de cette réflexion, politique par essence, figure parmi les principales causes de l'excès et de l'instabilité des normes. Cette insuffisance paraît résulter du fait qu'aucun texte, notamment la constitution, ne rend obligatoire cette réflexion.

Si les termes de la constitution de 1958 font de la préparation d'une réforme une responsabilité du gouvernement¹, ils n'évoquent en aucune façon de quelconques principes méthodologiques. D'autant plus que si l'esprit de la Constitution du 4 octobre 1958 veut qu'une réforme soit délibérée par le Gouvernement au sein du Conseil des ministres, dans des comités interministériels présidés par le Premier ministre, ou par un ou deux ministres auquel le Premier ministre aurait donné délégation, le Conseil d'Etat constate que, à de rares exceptions près, le débat autour d'une réforme s'est, aujourd'hui, déplacé du Conseil des ministres vers des réunions entre des conseillers de cabinets ministériels, s'exprimant au nom du ministre. Il a ainsi changé de nature pour se concentrer principalement sur des projets de texte, et non sur

les axes essentiels d'une réforme et sur les modalités les plus adéquates de sa mise en oeuvre, parmi lesquelles la législation ou la réglementation ne constitue qu'une des options possibles.

Toutefois, pour palier les lacunes de la constitution, des recommandations plus ou moins contraignantes ont été formulées. A la suite du rapport Picq sur la réforme de l'Etat, rédigé en 1994, et suggérant le premier la réalisation d'études d'impact préalables à l'élaboration de nouvelles législations ou réglementations, deux circulaires, en provenance du 1^{er} ministre ont affirmé, en 1995 et 1998, la nécessité de procéder à ces études. La pratique montrera que les études d'impact sont peu utilisées dans la mesure où elles sont perçues comme une contrainte procédurale supplémentaire par les administrations, en général réalisées in fine après l'élaboration des textes, et avec peu de moyens (Conseil d'Etat, 2006). Outre les circulaires, la question de la préparation des réformes a fait l'objet d'un guide présentant l'ensemble des règles, principes et méthodes qui doivent être observés dans la préparation des textes normatifs : lois, ordonnances, décrets, arrêtés. Paru en juin 2005 et élaboré conjointement par des membres du Conseil d'Etat et des fonctionnaires du secrétariat général du Gouvernement, ce guide est censé faciliter la tâche des rédacteurs aux différentes étapes de leur travail par des rappels théoriques, des conseils pratiques et des exemples ou contre-exemples. Malgré l'existence de ces recommandations, la très grande majorité des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat continue d'être précédée d'un simple exposé de motifs qui est en réalité une justification plus ou moins argumentée du texte par le service qui l'a rédigé (Conseil d'Etat, 2006).

incitations financières et négociation de conventions entre les partenaires ; régulation par une autorité administrative indépendante ou autorégulation ; information ou communication.

¹ Aux termes de l'article 20, « le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation [...] ». L'article 21 dispose que « le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ». Par ailleurs, l'article 39 de la Constitution confie concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement l'initiative des lois, et dispose que les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres.

3. Vers une loi organique constitutive d'un nouveau « droit des techniques d'élaboration du droit »

Parce qu'il estime qu'il n'est pas exclu que les déconvenues rencontrées en France aient pour origine le caractère insuffisamment contraignant des règles actuelles d'élaboration du droit, le Conseil d'Etat (2006) fait la proposition de l'adoption d'une loi organique formulant les principes suivants :

- subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme : étude d'options¹ pour les textes les plus simples ; étude d'impact² pour les textes dont les enjeux sont lourds au regard de critères matériels (coût, nombre de destinataires directs...) , impact sur un secteur ou une profession.

- organisation d'une procédure simplifiée d'adoption des textes pour les projets de loi de transposition et les projets de loi portant codification ;

- règles plus strictes sur les amendements, d'une part, dispositions visant à renforcer le contrôle du Parlement sur l'application des lois, d'autre part.

¹ Réalisée par le ministère à l'origine du projet, l'étude d'options devrait présenter les diverses possibilités d'action, parmi lesquelles au moins une proposition non réglementaire. L'exploration des différentes voies susceptibles de s'offrir au décideur, normatives ou non normatives, viendrait alors éclairer le choix de l'autorité politique.

² L'étude d'impact devrait notamment faire apparaître : les raisons du choix d'une stratégie normative plutôt que d'une autre stratégie ; les effets attendus du projet de texte en termes de modification de la situation du secteur concerné ; les conditions d'insertion de ce projet dans le corpus normatif pré-existant ; les consultations utiles avec les milieux intéressés ; une contre-expertise par un pôle de compétence rattaché au Premier ministre qui pourrait être le Centre d'analyse stratégique, lorsque la complexité des enjeux de la réforme entreprise le justifie.

Dans ce cadre, l'évaluation préalable formalisée deviendrait donc, à l'instar de bon nombre de pays de l'OCDE, un élément de la régularité de la procédure.

Pour N. Molfessis (2006), à côté de l'amélioration de la préparation des réformes législatives doit figurer une approche quantitative consistant à lutter contre la masse des textes. Il propose ainsi l'adoption d'une loi organisant l'abrogation des textes jugés inutiles à la suite d'un inventaire des règles obsolètes et redondantes.

4. Le principal obstacle à cette évolution de l'élaboration du droit réside dans le fait que le système actuel profite largement à ses protagonistes

Le personnel politique est loin de ne pas avoir conscience de la piètre qualité de l'élaboration du droit aujourd'hui en France. Comme le souligne J.Bichot (2007), le rapport public 1991 du Conseil d'Etat ne rappelait-il pas les circulaires pleines de bonnes intentions de trois Premiers ministres successifs :

- L'une stigmatisait, en 1983, « *la longueur excessives des textes que ne justifie pas toujours le contenu des dispositions à prendre* » et appelait à ne pas légiférer sans « *une véritable nécessité juridique* » ;

- La deuxième, en 1987, déplorait l'accroissement continu du « *volume global des textes composant l'ordonnement juridique français* » et appelait à combattre « *l'excès de réglementation* » ;

- La troisième, en 1988, reconnaissait que « *la société civile peut être justement irritée par le nombre et la complexité des règles que l'Etat lui impose* ». Le Premier ministre y affirmait : « *je combattrai dans son principe même l'excès de législation ou de réglementation* ».

Alors, pourquoi n'observe-t-on aucunes inflexions dans les pratiques du législateur ? Pour J.Bichot

(2007), la réponse réside dans le fait que le Gouvernement, le Parlement comme les citoyens trouvent finalement leur intérêt dans la situation actuelle.

⇒ *L'intérêt pour le Gouvernement du mode actuel d'élaboration du droit*

Tout d'abord, il reste plus payant électoralement d'annoncer des mesures supplémentaires que de promettre de supprimer des dispositions inefficaces. Ainsi, nous aboutissons à des situations absurdes : on constate par exemple qu'un nombre toujours plus important de mesures sont utilisées pour redistribuer une partie déclinante du produit intérieur brut (PIB).

Ensuite, la simplification du cadre législatif existant présente un coût potentiel important dans la mesure où elle impliquerait de supprimer ou de revoir des mesures aujourd'hui favorables à certaines catégories de la population. L'acceptation du changement supposerait ainsi un certain nombre de compensation dont le coût pourrait être très élevé.

Enfin, et c'est la raison qui apparaît comme la plus forte car s'inscrivant dans une analyse anthropologique de l'action publique, la production législative est un outil au service des intérêts des responsables politiques et administratifs. Comme le précise J.Bichot (2007), ces intérêts peuvent être altruistes ou non.

- La volonté de faire le bien est une source puissante d'explication du mode actuel d'élaboration du droit. Selon J.Bichot, beaucoup de nos responsables politiques et administratifs *« pensent sincèrement que les administrés sont majoritairement de grands enfants ignorants ce qui est bon pour eux, et ayant besoin d'être protégés contre leurs mauvais penchants et leur imprévoyance »*. Dès lors que l'on dispose de l'appareil d'Etat et du pouvoir de légiférer, c'est à dire du monopole de la contrainte légale, il paraît

naturel d'estimer que se rendre utile consiste à multiplier les textes réglementant ou influençant la conduite des citoyens.

- La volonté de laisser une trace alors que les mandats ministériels sont toujours plus courts¹ fait de la loi le mode d'intervention privilégié du personnel gouvernemental. Dès lors qu'il n'a plus le temps d'exercer un véritable pouvoir en tant que chef d'une administration, c'est à dire d'infléchir celle-ci dans la direction qu'il souhaite, le ministre se fait législateur. Selon J.Bichot, *« il est à peine exagéré de dire que les ministres pondent des textes normatifs faute de mieux »*. Cet investissement des ministres et de leurs collaborateurs dans le travail législatif est facilité par la Constitution de la 5^{ème} République qui donne au gouvernement la maîtrise de l'ordre du jour des assemblées : les projets de lois d'origine gouvernementale évincent ainsi les propositions d'origine parlementaire.

⇒ *L'intérêt pour le Parlement*

Les parlementaires semblent s'accommoder de la production législative actuelle parce qu'elle conduit à des lois qui tendent à s'occuper de questions minuscules et d'intérêts catégoriels. Cette situation donne aux parlementaires l'occasion et la possibilité de beaucoup intervenir. Quand un texte est composé de règles ne répondant pas à une logique d'ensemble, il est facile de proposer un amendement posant une règle un peu différente.

⇒ *L'intérêt pour les citoyens*

Si l'accumulation des textes constitue dans la réalité un facteur de dégradation de la qualité de vie des citoyens, elle offre en revanche la possibilité de constituer des lobbies pour promouvoir des intérêts

¹ Depuis 1978, la France a connu 26 gouvernements, contre 9 en Allemagne, 8 en Espagne et 7 en Grande-Bretagne.

catégoriels. Comme l'explique J.Bichot (2007), « les plus politiquement actifs d'entre eux, au lieu de chercher à combattre l'inflation normative, s'investissent dans la formation et la direction de groupes de pression destinés à obtenir du gouvernement des avantages au profit de leurs mandants ».

Les limites de la prévention juridique aujourd'hui au Grand Lyon

1. Les dispositifs de sécurisation juridique impliquent nécessairement des contraintes accrues pour l'activité communautaire, même si celles-ci concernent d'abord les marchés publics

Patrick Malfait, directeur des affaires juridiques et de la commande publique au Grand Lyon, le reconnaît sans détour :

« Bien évidemment, la prévention du risque juridique induit un alourdissement des modes d'actions. »

Et cette tendance à l'accroissement des contraintes que fait peser la prévention du risque juridique sur l'activité quotidienne de l'institution communautaire ne semble pas devoir s'inverser à l'avenir tant la sécurité juridique apparaît comme un idéal inaccessible. Emeline François, juriste à la direction de l'eau du Grand Lyon, souligne ainsi que :

« En ce qui concerne la direction de l'eau, je ne vois pas de domaines où le Grand Lyon prendrait des précautions excessives. La situation inverse apparaît évidemment plus fréquente. Les situations de risques dans lesquelles le Grand Lyon est le plus fragile concernent les activités réalisées alors que la communauté n'a pas la compétence : par exemple, l'entretien et la réhabilitation de galeries de canalisation sous des propriétés privées, la consolidation de berges de ruisseaux alors que

ceux-ci relèvent par définition du domaine privé. Cette prise d'initiative du Grand Lyon, en marge du cadre juridique, est souvent motivée par l'idée que dans les situations présentant des risques directs pour des personnes, la collectivité se doit de passer outre les limites juridiques pour intervenir en prévention. »

En même temps, la perception de contraintes juridiques croissantes ne semble pas être unanimement partagée au sein du Grand Lyon. Emeline François estime en effet que :

« D'une manière générale, à la direction de l'eau et hors marchés publics, je ne constate pas d'alourdissement des procédures. Les procédures étaient déjà lourdes, elles ne le sont pas davantage. »

Patrick Malfait explique que l'accroissement des contraintes concerne surtout le droit des marchés publics.

« (...) encore une fois, répétons le, ceci vaut d'abord et avant tout pour les marchés publics. C'est un impératif indépassable à partir du moment où la mise en concurrence est obligatoire au delà de 4000€ d'achat. Dans les autres secteurs d'activités du Grand Lyon, la prévention du risque juridique se traduit par des contraintes supplémentaires essentiellement pour ce qui concerne l'urbanisme et l'environnement, deux domaines où la législation s'est durcie. »

Matière juridique particulièrement complexe et génératrice de risques de sanction pénale, le droit des marchés publics suscite au Grand Lyon une grande vigilance dans son application. Cette vigilance s'exprime principalement au travers des « fiches d'initialisation », dispositif permettant d'encadrer la formulation et le lancement de chaque procédures d'achat communautaire. Parce qu'il suppose le strict respect d'un certain nombre de règles de fond et de forme, ce dispositif peut rencontrer des réactions parfois hostiles de la part des agents communautaires.

Pourtant, en première analyse, ce dispositif reflète une approche nuancée de la sécurité juridique. Catherine Todini, responsable du service de la commande publique au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, admet laconiquement :

« ...nous sommes conscients depuis longtemps que l'on ne peut garantir de façon absolue le respect du code des marchés. ».

De plus, selon Romain Hardy, responsable administratif (marchés publics, budget, GRH...) à la direction de la communication, l'utilité de ce dispositif ne souffre d'aucune faiblesse puisqu'il permet de répondre efficacement à la responsabilité assumée par la direction des affaires juridiques et de la commande publique quant à la sécurité juridique et la performance économique des achats communautaires :

« La procédure de fiche d'initialisation répond à la volonté de la direction des affaires juridiques et de la commande publique de donner un cadre cohérent à la fonction achat du Grand Lyon, cohérent par rapport au cadre juridique imposé par le code des marchés publics, cohérent par rapport à l'objectif d'optimisation des performances de la commande publique. La fiche d'initialisation permet d'assurer le contrôle de la pertinence économique et de la qualité juridique des procédures de passation de marché public. »

« Cette préoccupation conduit effectivement la DAJCP à adopter une lecture stricte du code des marchés, au vu de la jurisprudence, lorsque des passages nécessitent une interprétation pour être appliqués. L'option choisie n'est pas celle d'une lecture laxiste. Par exemple, pour tous les marchés d'un montant supérieur à 4000€, le Grand Lyon formule des appels d'offres qui mettent systématiquement en concurrence à l'échelle nationale, alors que le code n'impose pas cette exigence. Ce choix prend son sens du point de vue des entreprises et à l'aune de la jurisprudence :

certaines prestations, même pour un montant peu élevées, peuvent être rendues de n'importe où en France ; la jurisprudence considère ainsi que les prestations intellectuelles peuvent faire l'objet d'une concurrence élargie ».

« Si l'on veut optimiser les achats, il est logique que la fiche d'initialisation concerne tous les marchés, même les plus petits. Ce n'est pas seulement un outil juridique, c'est aussi un outil de rationalisation de l'achat puisqu'il permet de mettre en évidence les besoins partagés des directions. C'est grâce à cet outil qu'il est possible d'accroître la taille des marchés et donc d'opérer des économies et d'accéder à une offre de meilleure qualité. ».

Par ailleurs, Romain Hardy indique que ce dispositif de « fiche d'initialisation » n'est pas uniforme face à la diversité des marchés publics communautaires :

« Il faut noter que les marchés de moins de 4000€ disposent d'une fiche d'initialisation adaptée qui comprend quatre pages au lieu de huit habituellement. Bien sur, on peut imaginer un système informatique qui faciliterait le remplissage des fiches d'initialisation concernant les petits marchés. ».

2. Les juristes face à la contestation de leur intervention au sein de l'institution

⇒ La situation des juristes hors marchés publics tend à se normaliser

Se plaçant sur le plan culturel, Nathalie David responsable du service des affaires juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique du Grand Lyon, insiste sur les effets de la banalisation de la question juridique sur l'impact réel des conseils formulés par les juristes :

« La question juridique s'est banalisée, à la fois parce qu'elle ne repose plus sur une culture aussi forte qu'avant et parce que le risque contentieux fait moins peur que par le passé. (...) dans ce cadre,

nous sommes à la merci du fait que la préoccupation pour la question juridique dépend de la sensibilité de chaque agent. (...) notre activité de conseil montre que la fonction juridique n'est guère écoutée lorsque qu'il ne s'agit pas de grands projets où nous sommes étroitement associés. Ainsi, nous rencontrons fréquemment des situations où, suite à un premier avis négatif, un service soumet à nouveau l'acte qu'il souhaite prendre sans que celui-ci soit rectifié. Autrement dit, les services cherchent parfois simplement à obtenir le « label » du service juridique tout en refusant de modifier leur acte. »

Au plus près des services, cette question de la perception de l'intervention des juristes par leurs collègues apparaît plus nuancée. Emeline François indique en effet que :

« ...la problématique juridique est relativement bien acceptée, comprise, par les agents de la direction de l'eau. Je dois dire qu'ils manifestent globalement une sensibilité certaine à cette dimension de l'action communautaire. Bien sûr, cela varie suivant les personnes, mais dans l'ensemble ils n'hésitent pas à solliciter mes conseils. Ils sont encouragés en cela par l'ensemble des responsables de services de la direction qui sont incontestablement attentifs à l'enjeu juridique, même s'ils estiment que ce dernier ne doit pas prendre le pas sur les enjeux techniques/stratégiques. Globalement, à la direction de l'eau, les juristes sont perçus comme des soutiens, des aides à la décision de plus en plus associés aux projets. Le juriste apparaît légitime dans son rôle et son apport. »

De même, au niveau des directeurs de services, la question de la sécurité juridique apparaît également comme une réelle préoccupation. C'est ce qu'indique Dominique Lemesle, directeur des ressources humaines :

« ...la sécurité juridique c'est l'un des fondamentaux de la gestion publique. La gestion

des ressources humaines doit respecter un certain cadre juridique, de la même manière qu'elle doit respecter un certain cadre financier. Notre cadre juridique, ce sont les textes définissant le statut de la fonction publique territoriale. »

De son point de vue de directeur, Patrick Malfait observe ainsi une certaine normalisation de la place du juriste au sein de l'activité communautaire :

« ...le juriste est de moins en moins perçu comme un père fouettard, avec toujours un bémol pour le secteur des marchés publics. Il me semble que l'intervention des juristes est de plus en plus perçue comme un paramètre technique du projet, comme une ingénierie juridique, au même titre que l'ingénierie financière par exemple. Le juriste tend à devenir un collaborateur des équipes projet comme les autres. ».

⇒ Une contestation plus manifeste à l'encontre des gestionnaires de marchés publics

Les difficultés concernent plus particulièrement le domaine des marchés publics. C'est ce qu'indique en substance Patrick Malfait :

« ...La difficulté, c'est de faire prendre conscience aux agents que la législation des marchés publics ne se limite définitivement plus au code, que la jurisprudence exige une prudence supplémentaire. »

Sur le registre relationnel, l'analyse de Catherine Todini est sans équivoque :

« Nous ressentons une difficulté à porter au quotidien la préoccupation de la qualité de la procédure. Nous faisons face en permanence à la réprobation des collègues qui ne nous perçoivent souvent que comme des « empêcheurs de tourner en rond ». Les impératifs que nous formulons apparaissent souvent comme excessifs, alors même que les enjeux en termes de responsabilité sont considérables... »

Il faut une grande conscience professionnelle pour accepter de « protéger » des collègues contre leur gré des risques inhérents aux marchés publics. Seuls les élus mesurent la portée de notre travail de prévention qu'ils valorisent clairement. D'ailleurs, lors des commissions d'appel d'offres, il arrive que ce soit les élus eux-mêmes qui fassent remarquer aux agents les erreurs qu'ils commettent dans l'élaboration de leurs dossiers de marchés publics. »

Le témoignage de Romain Hardy confirme ce manque de reconnaissance professionnelle à l'endroit des gestionnaires de marchés publics. Selon lui, cette attitude met en question la déontologie du service public :

« ...il me semble qu'il existe un certain défaut de reconnaissance des services fonctionnels, ce qui peut se traduire par une relative perte du sens du service public, comme si les fonctions qui garantissent que l'action publique se déroule dans le respect des principes de légalité ou de « bonne gestion » des deniers publics n'étaient plus légitimes. On n'accepte plus de devoir rendre des comptes pour montrer que l'on s'inscrit dans cette logique de bonne gestion. »

Dominique Lemesle abonde également dans ce sens :

« ... les gestionnaires de marchés publics connaissent une remise en cause permanente de leur intervention, de leur compétence, de leur apport. D'une part, parce que leur compétence apparaît justement peu lisible : la gestion des marchés est une mission qui fait appel à des compétences diverses. D'autre part, parce que les gestionnaires de marchés apparaissent d'abord comme une incarnation au quotidien des contraintes administratives. Les responsables financiers peuvent aussi apparaître comme un frein à l'activité des services par les limites budgétaires qu'ils fixent ; mais à la différence de la gestion des marchés publics, cette perception de contrainte, de

frein ne se manifeste qu'une fois dans l'année, au moment de l'élaboration du budget. »

D'autres facteurs négatifs viennent s'ajouter à ce défaut de reconnaissance. Il y a bien sur la réalité du risque pénal qui pèse sur tous gestionnaires de deniers publics. S'il est parfaitement conscient de ce risque, Romain Hardy met cependant en avant la nécessité de s'en accommoder :

« Le risque pénal lié à la gestion des marchés publics est quelque chose que l'on a constamment à l'esprit. Le risque fait partie de notre métier. Mais il faut prendre du recul, sinon notre action peut s'en ressentir. La réalité du risque ne doit pas ralentir notre activité. »

Dominique Lemesle exprime un point de vue similaire :

« Les risques pénaux inhérents à la gestion des marchés apparaissent également comme une dimension négative du métier, mais je pense que cette raison est secondaire par rapport aux précédentes. »

Autre difficulté du métier de gestionnaire de marchés publics, la lassitude professionnelle. Romain Hardy évoque les limites de cette fonction, qu'il compense en prenant en charge d'autres responsabilités :

« ...au quotidien, le métier de gestionnaire des marchés publics peut apparaître relativement ennuyeux tant il donne lieu à des tâches répétitives. Il paraît naturel de souhaiter changer de mission au bout de quelques années. Je compense cette réalité par la diversification de mes missions. »

« En complément, j'interviens en matière de suivi du budget, des ressources humaines et des indicateurs d'évaluation de la direction. »

Les difficultés d'exercice du métier de gestionnaire de marchés publics ne sont pas sans conséquences sur son attractivité. Dominique Lemesle l'affirme clairement :

« Le métier de gestionnaire de marchés publics fait effectivement partie des métiers pour lesquels

nous rencontrons le plus de difficultés de recrutement. ».

Dominique Lemesle précise que, outre le déficit d'attractivité du métier de gestionnaire de marchés publics, les difficultés de recrutement s'expliquent également par une absence d'offre de formation dédiée :

« Les formations supérieures spécialisées sur la gestion des marchés publics sont rares, il est donc difficile de cerner une population de diplômés en gestion de marchés publics. De fait, les personnes recrutées pour assurer la gestion des marchés sont formées en interne. On privilégie les profils de juristes même s'ils ne conviennent pas à chaque fois. »

Les perspectives d'évolution de la fonction juridique du Grand Lyon

Les juristes rencontrés ont chacun formulé un certain nombre de propositions pour améliorer la fonction juridique communautaire.

Une proposition transversale peut être d'emblée soulignée. Nathalie David estime en effet que, d'une manière générale, la fonction juridique du Grand Lyon peut progresser en s'intéressant davantage à ses homologues oeuvrant au sein du monde territorial.

« ... il serait intéressant d'aller voir davantage ce que font les autres collectivités en matière de gestion des affaires juridiques. Pour l'instant le service juridique du Grand Lyon est peu impliqué dans des réseaux professionnels. Par sa dimension, la communauté urbaine de Lyon a pourtant vocation à promouvoir une certaine réflexion collective en la matière. »

Au delà, quatre grandes pistes d'évolution semblent émerger : promouvoir une culture et une philosophie juridiques communes au sein du Grand

Lyon ; optimiser la fonction de conseil auprès des services opérationnels ; mieux accompagner les contraintes inhérentes aux procédures de passation des marchés publics ; revaloriser le métier de gestionnaire de marchés publics.

1. Pour une culture et une philosophie juridiques partagées au sein du Grand Lyon

S'il se montre le plus satisfait de la situation actuelle, Patrick Malfait formule cependant deux propositions pour renforcer l'efficacité de la fonction juridique du Grand Lyon. La première concerne la diffusion d'un certain état d'esprit juridique au sein des services communautaires.

« Globalement, nous sommes aujourd'hui parvenus à une organisation satisfaisante, fruit de nombreux tâtonnements pour trouver un bon équilibre entre la direction fonctionnelle et les unités déconcentrées. D'ailleurs, ce point d'équilibre n'est que temporaire et devra sans doute être revu dans quelques années. »

« Le véritable enjeu pour l'avenir réside dans l'optimisation de la mise en réseau des personnes constituant la fonction juridique au sein du Grand Lyon. C'est à la direction des affaires juridiques d'impulser le mouvement. L'objectif c'est d'arriver à une homogénéisation par le haut de la qualité de la fonction juridique ; il existe encore de fortes disparités entre certains services. Grâce au réseau, nous pouvons envisager une mutualisation des expériences et surtout une diffusion plus forte de la philosophie juridique évoquée précédemment : la prévention plutôt que le contrôle. Au Grand Lyon, on rencontre des « personnalités juridiques » encore très diverses. On a deux extrêmes : pour certains, l'action prime toujours sur le risque, ce qui reste c'est le résultat et non la prévention du risque ; à l'inverse, d'autres personnes vivent dans la crainte de la sanction juridique et recherchent le maximum de protection. Parvenir à une philosophie

juridique partagée, volla l'enjeu majeur pour les années à venir. »

Nathalie David s'inscrit dans cette approche en soulignant la nécessité d'accroître l'effort en matière de formation des agents communautaires aux questions juridiques, en insistant notamment sur la place du risque juridique dans la conscience professionnelle de chacun.

« En matière de culture juridique interne aux services, il faudrait aller plus loin dans la formation des agents. Il faut susciter la sensibilité au risque juridique. Pour cela, il serait intéressant de pouvoir mesurer le coût de la fragilité juridique : la somme des procédures contentieuses génèrent des coûts importants pour la collectivité. »

De même, Emeline François propose de consolider les moments de formation et d'échanges avec les personnels non juristes des services.

« L'autre voie d'évolution concerne la nécessité d'aller au devant des techniciens avec l'organisation des séances d'information/formation. On constate en effet que cette démarche, en leur permettant d'exprimer de façon privilégiée des questions, des difficultés, est une excellente incitation à ce qu'ils viennent solliciter par la suite nos conseils. La sensibilité juridique, le réflexe juridique doivent être en permanence réalimentés. Il serait donc intéressant de formaliser, de planifier davantage ces moments d'échanges qui ont vocation à devenir plus fréquents. »

Enfin, Dominique Lemesle, directeur des ressources humaines du Grand Lyon, se prononce lui aussi en faveur d'une formation accrue des agents de son service amenés à collaborer avec le service de la commande publique :

« On peut souhaiter que l'ajustement entre logique juridique et logique opérationnelle s'améliore à l'avenir. De ce point de vue, il me semble que nos relations avec le service des marchés publics pourraient être optimisées par le renforcement de la culture juridique des agents de

la DRH. Grâce à une formation aux marchés publics, ces derniers seraient à même de solliciter dans les meilleures conditions les juristes du service des marchés publics : ils cerneraient mieux les principes et l'intérêt de la procédure de passation. ».

2. Pour une optimisation de l'apport du conseil juridique aux services communautaires

La deuxième piste d'action mise en avant par Patrick Malfait concerne le suivi de l'impact des conseils délivrés par les juristes communautaires :

« A court terme, nous allons mettre en place des outils de suivi des conseils que nous offrons aux services pour être en capacité d'analyser dans quelle mesure les préconisations que nous formulons sont respectées dans les faits. Ceci devrait nous permettre de voir s'il y a des services qui tiennent compte moins que d'autres de nos conseils. »

Nathalie David estime quant à elle que la fonction juridique communautaire gagnerait à une formalisation accrue de la méthodologie de conseil afin de tenir compte des fragilités récurrentes de certains services.

« La culture professionnelle du juriste veut que sa fonction soit de traiter les cas les uns après les autres. Ce n'est pas dans la culture du juriste de tirer des conclusions d'ensemble pour faire en sorte que les affaires qui lui sont soumises ne se reproduisent. Ce qui nous manque, c'est cette capacité à traduire en procédures amont les différents problèmes récurrents que génère l'activité de tel ou tel service. Dans le secteur privé, les entreprises complètent le travail des juristes par celui de non-juristes chargés de formaliser des procédures juridiques à partir des problèmes rencontrés. Nous avons donc besoin d'une aide dans la mise en place de processus ciblés d'ingénierie juridique. Cette démarche pourrait s'appuyer sur les réunions de réseaux qui

s'organisent depuis peu entre les juristes du service des affaires juridiques et ceux intégrés progressivement depuis une dizaine d'années aux différents services. »

Selon Emeline François, l'optimisation peut provenir d'une meilleure articulation des impératifs de veille juridique et d'adaptation aux réalités opérationnelles des services :

« De mon point de vue, le schéma idéal est celui du conseil reposant sur un équilibre entre, d'une part, une connaissance fiable et la plus exhaustive possible du cadre juridique, et d'autre part, une capacité d'adaptation aux réalités opérationnelles des services. »

Dans ce cadre, les propositions qu'elle formule concernent fortement l'enjeu de la veille juridique, enjeu apparaissant difficile à assumer au quotidien par les juristes « déconcentrés »

« ...l'évolution la plus urgente à apporter à l'organisation de la fonction juridique concerne la veille juridique. Pour nous, juristes de direction, c'est notre principal souci. Nous sommes dans l'opérationnel, dans l'analyse et l'estimation constante des risques juridiques pris par les services dans leurs projets quotidiens. Pour mener à bien cette mission de conseil, nous nous sentons démunis face à l'évolution accélérée du cadre juridique. Nous rencontrons de grandes difficultés à dégager du temps pour effectuer ce travail de veille : suivre les textes qui sortent, qui vont suivre, être réactifs face à l'actualité juridique. (...) il me semble que la bonne formule consiste à créer des postes consacrés à plein temps à la veille juridique, notamment la décortication quotidienne du Journal Officiel (en moyenne 2 heures par jour). En la matière, la ville de Grenoble a une démarche tout à fait intéressante : le service documentation et veille fonctionnant dans une logique de prestation individualisée selon les services. Pour que la veille soit efficace et valorisée au maximum, il paraît en effet essentiel que celle-ci se fasse en lien constant

avec les services. Ce lien permet de répondre précisément à leurs besoins. Ainsi, nous souhaitons que la direction des affaires juridiques joue pleinement ce rôle de veille et de diffusion de l'information juridique en se dotant de personnes dédiées à cette tâche. »

3. Pour un accompagnement renforcé des services au moment de la traduction de leurs besoins d'achat en procédures de passation de marchés publics

Selon Romain Hardy, la perception de contrainte inhérente au cadre juridique de l'achat communautaire dépend d'abord de la qualité de l'accompagnement des besoins des services par les « cellules marchés publics ».

« De mon point de vue, la contrainte induite par le cadre juridique de l'achat communautaire résulte d'abord et avant tout d'un problème de prise en charge de la gestion des fiches d'initialisation. Il apparaît clairement que les chargés de mission n'ont pas la même efficacité qu'un gestionnaire de marchés publics pour remplir les fiches d'initialisation, parce que ce n'est pas leur tâche principale, et parce que cette tâche apparaît largement rébarbative par rapport à leurs autres activités. Aussi, il me semble pertinent de défendre l'idée que les procédures de passation des marchés publics soient gérées par des personnes dédiées. »

Romain Hardy précise que cette configuration ne peut advenir que si le gestionnaire de marchés publics est clairement identifié dans sa fonction, ce qui conduit à poser la question de la revalorisation de ce métier :

« Mais pour que cela fonctionne, il me paraît indispensable que le gestionnaire des marchés publics soit pleinement reconnu dans sa fonction, c'est à dire qu'il soit légitimé par sa hiérarchie comme faisant partie intégrante de l'équipe, donc comme devant être systématiquement associé aux projets du service. Ceci implique sans doute de

communiquer davantage sur l'utilité de la fonction du gestionnaire de marchés publics, même s'il peut paraître brutal d'insister sur les risques pénaux ou le souci de bonne gestion financière. »

Toutefois, pour Dominique Lemesle, l'absence de cellule « gestion des marchés publics » au sein de la direction des ressources humaines ne constitue pas une difficulté, en tout les cas plus aujourd'hui :

« Ce qui compte, c'est d'avoir une réponse à notre besoin. Que cette réponse soit interne à la DRH ou externe, là n'est pas l'essentiel. D'ailleurs, nous considérons que confier la gestion de nos marchés à une personne unique au sein de la DRH, puisqu'une personne suffirait, peut constituer une fragilité pour le fonctionnement d'ensemble de la direction. Si vous vous appuyez sur une seule personne pour effectuer la passation de vos marchés, vous vous exposez au risque d'être bloqué le jour où cette personne est indisponible. D'une manière générale, cette collaboration avec le service des marchés publics pour la passation de nos procédures d'achat fonctionne plutôt bien. (...) Il y a eu une période durant laquelle la procédure communautaire de passation des marchés publics a constitué pour notre activité une contrainte importante : nous avons ressenti une certaine lourdeur dans la mesure où les procédures de passation étaient en décalage avec les caractéristiques de nos besoins d'achat. Après quelques ajustements, nous avons trouvé de la souplesse et il me semble que les critiques que l'on pouvait entendre à propos de la passation des marchés se sont estompées. »

4. Pour une revalorisation du métier de gestionnaire de marchés publics par la définition de nouvelles responsabilités

Parce que la conséquence la plus concrète des difficultés du métier de gestionnaire de marchés publics est une difficulté de recrutement, il paraît naturel de chercher à répondre en priorité à cette

dernière. Parmi les solutions envisageables, le levier de la promotion interne apparaît incontournable. Catherine Todini estime en effet que :

« A l'avenir, le développement des formations internes en matière de marchés publics paraît incontournable, à la fois pour mettre à jour les compétences des responsables d'unités décentralisées et pour pouvoir compter sur de nouvelles personnes compétentes. »

Ce levier est également évoqué par Dominique Lemesle :

« ...le recrutement interne sur le grade de rédacteur est facilité pour la gestion des marchés ; la voie interne présente l'avantage de promouvoir des personnes qui connaissent la procédure interne de passation (fiche d'initialisation). »

Pour autant, sur le long terme, l'enjeu principal semble bien être celui de la revalorisation du métier de gestionnaire des marchés publics, gage de qualité des procédures d'achat et d'épanouissement professionnel.

A ce titre, le témoignage de Romain Hardy est particulièrement instructif. Il montre que la satisfaction professionnelle du gestionnaire marchés publics se joue au niveau de la qualité de la relation qu'il noue avec les autres agents du service concerné. Romain Hardy souligne ainsi l'effet positif de la pleine responsabilisation (quant à la gestion des procédures d'achats) dont il bénéficie au sein de la direction de la communication :

« Globalement, j'observe que cette évolution constitue une réelle satisfaction pour les chargés de mission. (...) Incontestablement, je dois dire que mes collègues ont aujourd'hui bien intégré la question juridique à leur activité quotidienne. Ils me sollicitent systématiquement si un problème appelant une réponse juridique se pose à eux. Le fait qu'il y ait une personne dédiée aux questions juridiques au sein de la direction est essentiel pour stimuler cette préoccupation collective. »

Toutefois, comme le souligne Romain Hardy, la diversification souhaitable du métier de gestionnaire de marchés publics pourrait entrer en contradiction avec l'implication que nécessite le contrôle de l'application des règles prescrites par le code des marchés publics.

« ...il me semble qu'il existe une sorte de contradiction entre les évolutions souhaitables à donner aux missions qu'il recouvre et les objectifs auxquels il répond. D'une part, la gestion des marchés publics apparaît clairement comme une tâche dont l'intérêt disparaît rapidement même si les meilleures conditions sont réunies. Ceci inciterait à promouvoir une diversification des missions des gestionnaires de marchés publics afin de maintenir leur motivation. D'autre part, l'importance des enjeux et des risques sous-jacents à l'achat public conduit à privilégier une spécialisation des gestionnaires de marchés publics. »

Pour Dominique Lemesle, il paraît nécessaire d'engager une réflexion plus large sur les contours à donner aujourd'hui au métier de gestionnaire des marchés publics en termes de responsabilités et donc de compétences :

« Deux cas de figure sont envisageables. Soit on reste dans le schéma actuel selon lequel la passation est le fruit d'un travail en binôme entre le gestionnaire de marché et l'agent opérationnel, l'un s'assurant de la rigueur juridique et l'autre de la qualité de la négociation. Soit on élargit la palette du gestionnaire de marchés publics et on lui confie la responsabilité de la négociation. L'évolution de la politique de gestion des marchés publics vers une logique d'achats plaide pour cette deuxième voie où c'est la performance globale de l'achat qui est envisagée. Le choix de cette définition du métier conduirait à une redéfinition des profils professionnels recherchés. Je suis favorable à cette

évolution d'autant plus que l'ajout de cette responsabilité en termes de négociation me paraît à même de redonner un intérêt fort au métier de gestionnaires de marchés public. ».

ANNEXE 1 : LEXIQUE

Le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat est conseiller du gouvernement. Il examine les projets de loi et d'ordonnance, avant que ceux-ci ne soient soumis au Conseil des ministres, ainsi que les projets de décret en Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat émet un avis sur la régularité juridique des textes, sur leur forme et sur leur opportunité administrative. Il peut par ailleurs être consulté par le gouvernement sur toute question ou difficulté d'ordre juridique ou administratif. Il indique au gouvernement quels sont, parmi les projets de textes communautaires, ceux qui touchent à des questions législatives et doivent en conséquence être transmis au parlement. Par ailleurs, le Conseil d'Etat adresse chaque année au Président de la République un rapport public, qui énonce notamment les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qu'il propose au gouvernement. Enfin, le Conseil d'Etat est l'échelon suprême de la juridiction administrative, qui juge les litiges entre les particuliers et l'administration

Les juridictions administratives

Distinctes des juridictions judiciaires, indépendantes de l'administration, les juridictions de l'ordre administratif sont organisées en 3 échelons hiérarchisés. Les tribunaux administratifs sont les juges de droit commun du contentieux administratif, c'est à dire de tous les litiges entre les usagers et les pouvoirs publics (Etat, collectivités territoriales, établissements publics). Les cours administratives d'appel examinent les recours en appel dirigés contre les jugements administratifs. Le Conseil d'Etat statue directement sur certaines affaires

concernant les décisions les plus importantes des autorités de l'Etat, examine les recours contre certains jugements des tribunaux administratifs ainsi que ceux dirigés contre les décisions des cours administratives d'appel.

Les juridictions judiciaires

Elles recouvrent deux domaines distincts. Les affaires concernant des personnes soupçonnées d'une infraction (conduite sans permis, vol, meurtre...) relèvent des juridictions pénales (Tribunal de police, Tribunal correctionnel...). Les affaires concernant un conflit entre personnes (loyer, divorce, consommation, héritage...) relèvent des juridictions civiles (Tribunal d'instance, conseil des prud'hommes...), qui n'infligent pas de peines mais tranchent le conflit en question.

Le référé précontractuel

Il permet à un entrepreneur ou un fournisseur, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, d'obtenir des mesures immédiates. Cette action ne peut être entreprise qu'avant la signature du contrat.

Saisi d'un référé précontractuel, le président du tribunal administratif doit se prononcer dans les vingt jours. Il peut immédiatement enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure. Il peut ordonner au responsable de l'exécutif de la collectivité de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte.

ANNEXE 2 : LES MISSIONS TYPES D'UN SERVICE DES AFFAIRES JURIDIQUES

Une mission de base : recueil et partage de l'information juridique

L'actualisation permanente de la documentation juridique de la collectivité

L'actualisation doit permettre une connaissance immédiate et la mise en œuvre concrète de nouvelles règles dès leur entrée en vigueur. Cette actualisation s'effectue dans deux directions (D.Miranda, 2003) :

- Le renouvellement fréquent du fonds documentaire « classique » (encyclopédies juridiques, codes et revues professionnels) ;

- La constitution de dossiers thématiques approfondissant les domaines de compétences de la collectivité : tri de l'information à partir du fond documentaire et du bulletin quotidien du Journal Officiel pour capitaliser en temps réel les évolutions réglementaires, jurisprudentielles et doctrinales.

Depuis 2002, ce travail d'actualisation est facilité par la mise en place du site Internet « Légifrance » qui permet l'accès à l'ensemble des codes aujourd'hui applicables, au Journal Officiel, ainsi qu'à l'ensemble des décisions des juridictions suprêmes (conseil constitutionnel, conseil d'Etat, cour de cassation).

Une attention spécifique semble devoir être portée à l'évolution du droit communautaire via le J.O. des communautés européennes. Face aux défaillances de l'Etat, les services juridiques des collectivités sont appelés à devenir de véritables « contrôleurs de transposition », scrutant les lacunes et les erreurs potentielles (D.Miranda, 2003).

Le partage de l'information juridique

Les questions juridiques peuvent faire partie intégrante du programme de formation continue des agents mis en place par la direction des ressources humaines. Le service juridique de la collectivité peut ainsi être sollicité pour participer à l'information juridique des agents territoriaux, notamment à l'occasion de nouveautés législatives majeures (D.Miranda, 2003).

Cette information peut s'effectuer par le biais des messageries internes : tous les services peuvent bénéficier de conseils et d'avertissements adaptés à leurs secteurs d'activités lorsqu'une évolution législative se produit. Les services juridiques doivent ainsi assurer une fonction de retranscription pédagogique des textes applicables.

L'information juridique peut faire l'objet de sessions de formation spécifique auprès des cadres de la collectivité. Chargé de l'animation de ces séances, le service juridique est appelé à réaliser des documents supports expliquant les références doctrinales ou jurisprudentielles soumises à l'analyse.

Cette intervention se déroule bien souvent après la phase d'audit interne qui a pu révéler des pratiques administratives fragiles sur le plan de la légalité.

**Une mission de prévention du risque :
audit juridique, contrôle de légalité,
conseil juridique internes**

**L'audit juridique interne : détecter les zones de
faiblesse de la collectivité**

⇒ *Les objectifs de l'audit juridique*

Pour une collectivité territoriale, l'audit juridique interne vise généralement à faire l'inventaire des risques juridiques ou contentieux existants tant pour l'action administrative en tant que telle que pour les agents chargés de la mettre en œuvre (D.Miranda, 2003).

Le principal objectif de l'audit juridique interne réside ainsi dans la vérification du respect des normes applicables par la collectivité, qu'elles soient externes (normes communautaires, lois, décrets...) ou internes (délibérations, arrêtés, notes de service...).

⇒ *Déroulement de la mission d'audit juridique*

La mission d'audit est en général réalisée par des organismes extérieurs à la collectivité concernée. La technique de l'audit juridique est née de l'étude de la création de l'acte qui a conduit à un contentieux. Trois étapes doivent être distinguées dans le déroulement de l'audit juridique (D.Miranda, 2003) :

- L'inventaire des dossiers contentieux en cours : faire état dans chacun de ces dossiers de la cause ayant contribué à la saisie de la juridiction administrative ou judiciaire (irrégularité de procédure, faute de service, contestation de simple opportunité...);
- L'inventaire et la vérification des montages juridiques mis en place par la collectivité pour les besoins de son action :

modalités de gestion d'un service public, modalités de gestion du personnel... ;

- L'inventaire et l'étude du système d'information interne.

Les éléments collectés peuvent alors faire état soit d'une parfaite adéquation avec les exigences réglementaires, soit de la nécessité de réaliser quelques adaptations plus ou moins importantes, soit, dans les cas les plus extrêmes, de l'urgence de répondre à un risque important pour l'entité auditée et les agents affectés à ce service. Les préconisations pouvant être mentionnées par le comité d'audit concernent principalement la reformulation juridique de la procédure permettant l'édition de l'acte, pour éliminer les pratiques juridiques jugées dangereuses sur le plan juridique.

**Le contrôle de légalité interne : écarter les
risques juridiques les plus courants**

⇒ *Le contrôle de l'acte avant son entrée en
vigueur*

La fonction juridique de la collectivité doit jouer un rôle de filtre pour écarter les risques majeurs. Elle doit assurer la relecture de tous les actes de la collectivité avant toute signature (D.Miranda, 2003). Il s'agit tout d'abord d'assurer un contrôle de la forme de l'acte :

- Vérifier que la décision envisagée correspond bien au type de document délivré par l'administration. Par exemple, vérifier qu'une matière intéressant les pouvoirs de police administrative de l'exécutif local (maire, président de Conseil Général...) soit prise sous la forme d'arrêté et non pas soumise au vote de l'assemblée délibérante ;
- S'assurer que l'auteur de la décision, c'est à dire celui qui apposera sa signature à l'acte, a bien compétence pour le faire. Pour ce faire, il paraît opportun de disposer d'un recueil

mentionnant toutes les délégations existantes dans la collectivité ;

- Vérifier que les textes juridiques auxquels fait référence la décision correspondent bien au cas d'espèce.

- S'assurer que, dans les visas de la décision, il soit fait mention des autorités ou organismes dont l'intervention ou l'avis sont obligatoires pour la validité de l'acte.

Il s'agit d'autre part d'effectuer un contrôle « au fond » de l'acte :

- vérifier que les règles de fond imposées par la loi ou les règlements sont respectées, par exemple les règles relatives à la motivation des actes administratifs issues de la loi du 11 juillet 1979 ;

- S'assurer que la collectivité est compétente pour prendre l'acte en question.

⇒ ***Le suivi de la décision : publicité, exécution, retrait***

Après avoir été signé, l'acte doit faire l'objet de mesures de publicité. Le service juridique est appelé à s'assurer de l'insertion de l'acte pris par la collectivité dans un recueil spécial mis à disposition du public, voire de la notification individuelle dans le cas où l'acte concerne une personne en particulier.

Le suivi consiste également à vérifier l'exécution des prescriptions juridiques édicté par l'acte administratif : par exemple, mise en demeure, saisine des juridictions compétentes...

Enfin, le service juridique peut mettre en œuvre le droit de repentance administrative de la collectivité si le besoin apparaît. Il s'agit du droit pour l'administration de retirer certains types d'actes qu'elle juge in fine illégal, sans attendre une possible annulation prononcée par le juge administratif.

Le conseil juridique interne : lorsque le droit devient un ressource de l'élaboration de l'acte administratif

⇒ ***La dimension stratégique du droit***

Le conseil juridique se différencie de la simple communication documentaire des textes applicables ou de l'animation de formation dédiée aux questions juridiques en ce qu'il répond à une sollicitation préalable des autres services de la collectivité. Le conseil juridique se définit comme une prestation intellectuelle personnalisée consistant à rendre un avis écrit ou verbal permettant au bénéficiaire de prendre une décision dans le cadre d'une situation concrète.

La vocation de base de l'activité de conseil réside donc dans la formulation d'avis techniques sur une question et la validation juridique d'un projet d'acte que peuvent formuler les services de la collectivité. Au delà, le conseil juridique peut se traduire par la proposition d'une alternative à la solution adoptée en révélant les possibilités offertes par la réglementation ou, justement, les zones d'incertitudes juridiques. En permettant de développer plus avant un projet, le service juridique devient alors une véritable ressource stratégique pour les autres services de la collectivité (D.Miranda, 2003).

⇒ ***Le conseil lors du montage d'opérations***

La sollicitation du conseil juridique peut constituer un préalable dans les situations de procédures négociées, celles-ci jouant un rôle de plus en plus important dans l'action administrative locale. Dès lors, lorsque la collectivité est amenée à signer des contrats (contrat avec l'Etat, convention de délégation de service public...), le service juridique peut jouer un rôle central en détectant les attentes et les besoins de la collectivité, en les mettant en forme juridiquement. Il peut procéder à une étude comparative de différents scénarios. Il doit s'assurer

que la complexité de l'acte ne soit pas source d'erreurs.

Une mission de défense de la collectivité : la gestion des dossiers contentieux

Le suivi de la procédure administrative contentieuse

La gestion d'un dossier contentieux par le service juridique consiste tout d'abord à jouer un rôle d'intermédiaire entre la collectivité et le cabinet d'avocat en charge de la défense des intérêts de celle-ci. Au delà, le service juridique peut devenir un véritable acteur de la préparation de cette défense en assumant la recherche en interne des éléments favorables à la collectivité (D.Miranda, 2003).

La mobilisation d'un mode alternatif de règlement des conflits : la transaction administrative

Il est possible de mettre fin à une difficulté juridique dès le début de la procédure en rendant les recours sans objet : abandon du recours en contrepartie du dédommagement du préjudice subi. Cette transaction doit faire l'objet d'un contrat écrit (D.Miranda, 2003).

Elle permet d'éviter la mise en œuvre de procédures judiciaires pouvant s'étaler dans le temps, de régler l'affaire « hors de toute publicité », d'éviter de rentrer dans la complexité du droit, de réaliser des économies financières.

SOURCES

Sites Internet

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/index.shtml>

<http://www.observatoire-collectivites.org/#>

Bibliographie

Bichot Jacques – France : L'inflation législative et réglementaire – in « Futuribles » n°330, mai 2007

Commaille Jacques – La judiciarisation. Une nouvelle économie de la légalité face au social et au politique ? – Paris : Association française de science politique, congrès de Lille 2002, Note de bilan d'étape

Conseil économique et social – La judiciarisation de l'économie – Paris, 2004

Conseil d'Etat – Rapport public 2007. L'administration française et l'Union Européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ? – Paris, 2007

Conseil d'Etat – Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit – Paris, 2006

Conseil d'Etat – Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation du risque – Paris, 2005

Conseil d'Etat – Rapport public 2004. Un siècle de laïcité – Paris, 2004

Conseil d'Etat – Rapport public 2003. Perspectives pour la fonction publique – Paris, 2003

Conseil d'Etat – Rapport public 2002. Collectivités publiques et concurrence – Paris, 2002

Conseil d'Etat – Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes – Paris, 2001

Conseil d'Etat – Rapport public 2000. Les associations et la loi de 1901, cent ans après – Paris, 2000

Ecole Nationale de la Magistrature – Evolution de la responsabilité pénale – Paris, 1999

Kaluszinski Martine – La judiciarisation de la société et du politique – Paris : Association Internationale de l'Assurance de Protection Juridique, Colloque RIAD, 2006

Miranda Davy – Guide du juriste territorial – Voiron : Territorial Editions, 2003

Molfessis Nicolas – Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même, in « Conseil d'Etat – Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit » – Paris, 2006

Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'Etat – Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires – Paris : La Documentation française, 2005

Sénat – La sécurité juridique des actes des collectivités locales et les conditions d'exercice des mandats locaux – Paris : 2000

Agents du Grand Lyon interviewés

Nathalie David – Responsable du service des services juridiques au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique

Emeline François – Juriste à la direction de l'eau

Romain Hardy – Responsable administratif à la direction de la communication

Dominique Lemesle – Directeur des ressources humaines

Patrick Malfait – Directeur des affaires juridiques et de la commande publique

Catherine Todini – Responsable du service des marchés publics au sein de la direction des affaires juridiques et de la commande publique