

Décret n° 2002- 1209 du 27 septembre 2002 Assistance technique fournie par les services de l'Etat au bénéfice des communes et de leurs groupements.

Selon une très ancienne tradition, l'Etat est prestataire de services des collectivités locales (V. J.-C. Marquis *Le génie de l'Etat*, L'espace juridique, 2 vol. 1988 ; F. Moderne, *Les conventions de prestations de services entre l'Etat et les collectivités locales*, EFE 1996, n° 29 ; J.-C. Thoenig *L'administration des routes et le pouvoir départemental*, Cujas, GRAL, 1980). Cette relation interne à la sphère publique a longtemps échappé à la discipline de la concurrence et, notamment, au code des marchés publics, dans l'idée que celui-ci est fait pour les entreprises. Le confort de cette situation a été perturbé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 mai 1998 Communauté de communes du Piémont de Barr (AJDA 1998.403), qui a rappelé ce que personne n'aurait dû ignorer : la directive 92/50 sur les marchés publics de service, comme le droit communautaire en général, ne fait pas de distinction selon la nature juridique des opérateurs ; les prestataires publics ne peuvent échapper au droit commun à raison de leur statut juridique.

Il a donc fallu, notamment après une action en manquement devant la CJCE (CJCE 8 mars 2001 Commission c/France, aff. C-97/00), en venir à la transposition. Elle a été opérée par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics, selon lequel « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public ». Les contrats à titre onéreux entre l'Etat et les collectivités locales sont donc des marchés publics.

Les conséquences économiques de cette disposition ne sont pas négligeables, car l'activité de prestation de l'Etat est importante.

Jusqu'à 2001, l'intervention de l'Etat au profit des collectivités locales était prévue par l'article 12 de la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 et par l'article 7 de la loi n°92-125 du 6 février 1992. Les rémunérations versées par les collectivités locales à l'Etat s'élevaient en 2000 à 1.560 millions de francs. Ces sommes étaient payées sur la base de conventions de prestations et par application d'un barème.

L'application du code des marchés publics met fin à ce système. La loi MURCEF du 11 décembre 2001 confirme, ce qui était inutile, que les conventions avec les services de l'Etat sont soumises au code des marchés publics¹.

Mais, une autre disposition de la loi MURCEF s'inscrit dans la continuité en maintenant en dehors du code des marchés publics la mission d'aide

¹ Au passage, elle confirme aussi une tendance actuelle selon laquelle, à la faveur de la légitimation de l'intervention des personnes publiques qui résulte de leur soumission au droit de la concurrence, ces personnes étendent leurs activités économiques. En ce sens, la loi MURCEF accroît les possibilités d'intervention publique en modifiant l'article 7 de la loi n°92-125 du 6 février 1992 pour prévoir que des services autres que les services déconcentrés de l'Etat peuvent, dans le respect du code des marchés publics apporter leur concours technique aux collectivités locales.

technique à la gestion communale (ATGC) qui existait déjà. Cette aide technique portait sur la gestion de la voirie, en application du décret n°61-371 du 13 avril 1961 fixant les conditions d'exercice du concours technique du service des ponts et chaussées en matière de voirie des collectivités locales (communes, syndicats de communes, districts).

Un arrêté interministériel (20 avril 2000, J. O. 29/04/2000, modifié le 27 novembre 2001, J. O. 06/12/2001) déterminait les modalités de rémunération et d'intervention des D. D. E. Au cours des dernières années, l'Etat a perçu environ 110 millions de francs par an provenant de 34.000 communes et 1350 groupements.

La loi MURCEF a ajouté un article 7-2 à la loi n°92-125 du 6 février 1992 : « les communes et leurs groupements qui ne disposent pas, du fait de leur taille et de leurs ressources, des moyens humains et financiers nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans les domaines de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat bénéficiant, à leur demande, pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire, d'une assistance technique fournie par les services de l'Etat, dans des conditions définies par une convention passée entre le représentant de l'Etat et, selon le cas, le maire ou le président du groupement.

Un décret en Conseil d'Etat précise les critères auxquels doivent satisfaire les communes et groupements de communes pour pouvoir bénéficier de cette assistance technique, ainsi que le contenu et les modalités de rémunération de l'assistance ».

L'objet de cet article est de maintenir l'ATGC (qui d'aide devient assistance) , mais, en même temps, la mission d'ingénierie est étendue à l'aménagement et à l'habitat, alors qu'auparavant elle ne portait que sur la voirie.

Le décret n° 2002-1209 du 27 septembre 2002 vient conformément à l'alinéa 2 du nouvel article 7-1 préciser les critères d'éligibilité à l'assistance technique ainsi que les modalités d'intervention et de rémunération.

Les critères posés par l'article 1^{er} du décret pour les communes et par l'article 2 pour les groupements doivent permettre d'identifier les communes ne disposant pas des moyens humains et financiers nécessaires à l'existence de leurs compétences dans les domaines concernés, les laissés-pour-compte de la décentralisation. Le décret combine deux données, qui sont la population et le potentiel fiscal.

En aucun cas une commune de plus de 9999 habitants ou un groupement de plus de 15.000 habitants ne peut bénéficier de l'assistance technique. En dessous de ce seuil démographique, intervient un critère financier, modulé pour les communes en fonction de la population. Le critère retenu pour mesurer la richesse locale est le potentiel fiscal².

² défini aux articles art. L. 2334-4 et L. 5211-30 du CGCT, le potentiel fiscal sert à répartir la DGF de façon à aider les communes fiscalement défavorisées (voir M. Bouvier *Les finances locales*, LGDJ, 2001, p. 86).

Ce choix a pour conséquences que les EPCI sans fiscalité propre (syndicats de communes) ne peuvent plus avoir recours à l'ATGC et que environ 3000 communes devraient être exclues comme trop favorisées fiscalement.

La liste des éligibles est dressée chaque année par le préfet et les collectivités concernées peuvent bénéficier de l'assistance technique à condition de conclure avec l'Etat une convention d'une durée d'un an, renouvelable deux fois par tacite reconduction.

En ce qui concerne le contenu de la mission, le décret définit une mission de base, comme il en existe déjà une en matière d'architecture, c'est -à-dire que la collectivité qui choisit de contracter avec l'Etat (ce qui est facultatif) est obligée de lui confier au moins cette mission, que définit l'article 5 et qui porte principalement sur la gestion de la voirie, à quoi s'ajoute le conseil en matière de projets relatifs à l'aménagement et l'habitat.

La mission de base est un peu plus étendue quand le cocontractant est un groupement de communes ; elle peut, dans tous les cas, être complétée par des missions complémentaires, qui concernent toutes la voirie.

Pour la rémunération, il est renvoyé à un arrêté ministériel qui fixera les tarifs (art. 8).

Dans le cadre de ce tarif, la contribution annuelle du bénéficiaire est fixée à un montant forfaitaire par habitant, avec une modulation selon le groupe démographique. Cela signifie que la rémunération ne varie pas en fonction de l'importance réelle du travail fourni. L'Etat est affranchi non seulement de l'obligation de mise en concurrence, mais encore de l'obligation d'aligner des prix sur des coûts, qui pèse normalement sur les personnes publiques candidates à l'attribution d'un marché (cf. C.E. avis, 8 novembre 2000 Soc. Jean Louis Bernard Consultants, RFDA 1998. 609, concl. Savoie). L'assistance technique échappe à la fois au droit des marchés publics et au droit de la concurrence.

Le législateur s'est autorisé cette exonération au motif que l'Etat gère ici un service d'intérêt économique général ayant un objectif de solidarité nationale et d'aménagement du territoire. Ainsi, selon

l'exposé des motifs du projet de loi : «s'agissant de services d'intérêt général, cette mission pourra s'exercer dans des conditions dérogatoires» (doc. AN, 23 avril 2001, n° 2990) et d'après le rapport au nom de la commission des finances à l'Assemblée Nationale la dérogation« est conforme à la lettre de l'article 16 du traité instituant la Communauté européenne qui fait référence à « la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union »».

Ce dernier raccourci est audacieux, car l'article 16 du traité tient plus de la proclamation que de la règle de droit ; la validité de l'exception introduite par la loi MURCEF, et donc du décret pris pour son application, ne peut être appréciée qu'au regard de la directive 92/50 et du traité UE.

Au regard de la directive 92/50 la question de la validité du droit ainsi reconnu ne se pose que si le montant de contrats atteint le seuil de 200 000 euros. A raison d'un montant moyen de 4800 euros par an (110 millions de francs/35350 collectivités) et même en tenant compte d'une durée de trois ans par suite de tacite reconduction, on reste loin du seuil.

Mais, il faut aussi tenir compte du traité UE, qui consacre le principe de non discrimination en raison de la nationalité (art. Article 12) et la libre prestation de services (art.49) et interdit de maintenir des droits exclusifs et spéciaux³ contraires au traité (art. 86 § 1).

Il ne suffit pas que le seuil de 200 000 euros ne soit pas atteint pour que l'activité de prestation de services ne bénéficie pas de la liberté communautaire au motif qu'il s'agirait d'une situation purement interne à un Etat. en effet, s'il est vrai qu'envisagés commune par commune ou groupement par groupement, les contrats en cause sont de trop faible importance pour intéresser le commerce intracommunautaire, l'affectation dudit commerce n'est pas pour autant exclue et cela pour deux raisons : d'une part l'existence de l'assistance technique dissuade les collectivités concernées de se regrouper pour conclure des contrats de plus grande importance, d'autre part l'Etat fournit la prestation sur tout le territoire, ce qui donne au marché une dimension nationale.

Dès lors, on peut s'interroger sur la validité de l'atteinte qui est portée à la non-discrimination en fonction de la nationalité et au principe de transparence, qui est le corollaire de ce principe.

Il ne suffit pas d'invoquer l'intérêt général pour justifier la dérogation ; encore faut-il que celle-ci soit proportionnée au besoin d'intérêt général, ce qui implique que l'assujettissement aux règles de la concurrence ferait échec à l'accomplissement des obligations particulières qui incombent à l'entreprise, qui est ici l'Etat (cf. CJCE 19 mai 1993 Corbeau, aff. C-320/91, recueil p. 2563, *AJDA* 1993. 865 ; CJCE 27 avril 1994 Commune d'Almelo, *CJEG* 1994. 623 CJCE23 octobre 1997 Commission c/France, aff. C-159/94, *CJEG* 1998, n° 540, p. 39 et s.).

La loi repose sur le postulat selon lequel les communes et EPCI qui ne disposent pas des moyens d'exercer leurs compétences, n'ont pas non plus les moyens d'organiser des appels d'offres ni de payer des prestataires, ce qui rend nécessaire la création d'un service leur fournissant ce service hors concurrence. On avoue avoir du mal à suivre le raisonnement, étant donné d'abord que, compte tenu du montant de chaque contrat, il ne serait pas nécessaire d'organiser des appels d'offres, ensuite que pour savoir si la

³ Les services déconcentrés se voient reconnaître le droit de fournir des prestations hors procédure et hors conditions du marché (à des prix non alignés sur les coûts). S'agit-il d'un droit spécial ou d'un droit exclusif ? Les services de l'Etat ne détiennentt un monopole juridique en matière d'assistance technique aux communes, ce qui ferait pencher en faveur de la qualification comme droit spécial, mais, on est bien près du droit exclusif car il est permis à l'Etat d'intervenir dans des conditions qui rendent la concurrence impossible *de facto*.

collectivité publique a les moyens de payer un prestataire privé, il faut connaître les propositions de ce dernier.

Il est possible que les prestations d'assistance technique aux collectivités de petite taille n'intéressent aucun prestataire privé et que le seul moyen de satisfaire le besoin d'intérêt général soit de permettre l'intervention de l'Etat, mais cela aurait dû être démontré et non pris comme une évidence.

Il est sans doute exact qu'il serait souhaitable de reconnaître que certains contrats de prestations entre l'Etat et les collectivités locales doivent échapper à la logique du marché (voir sur ce point E. Fatôme et L. Richer « Procédures de passation des contrats et pouvoir d'organisation du service public » *Actualité de la commande et des contrats publics*, n°12, juin 2002, p. 61), mais cela n'est pas encore fait et, en attendant, la France devrait s'accommoder du droit positif.

Laurent Richer
Professeur à l'université Paris I
Avocat au barreau de Paris