



Le président

Le 24 novembre 2015

à

**Madame la Présidente de la Communauté
d'agglomération du grand Dax**

20, avenue de la Gare
40100 DAX

Dossier suivi par : Nathalie DOUBLET, Greffière 3^{ème} section

Tél : 05-56-56-47-18

Mél. : ndoublet@aquitaine-pc.ccomptes.fr

Objet : notification du rapport d'observations définitives et
de ses réponses

P.J. : 1 rapport

Lettre recommandée avec accusé de réception

Je vous prie de bien vouloir trouver ci-joint le rapport comportant les observations définitives de la chambre sur la gestion de la Communauté d'agglomération du grand Dax concernant les exercices 2008 et suivants ainsi que les réponses qui y ont été apportées.

Je vous rappelle que ce document revêt un caractère confidentiel qu'il vous appartient de protéger jusqu'à sa communication à votre assemblée délibérante. Il conviendra de l'inscrire à l'ordre du jour de sa plus proche réunion, au cours de laquelle il donnera lieu à débat. Dans cette perspective, le rapport et les réponses seront joints à la convocation adressée à chacun de ses membres.

En application de l'article 241-18, je vous demande d'informer le greffe de la date de la plus proche réunion de votre assemblée délibérante et de lui communiquer copie de son ordre du jour. Ce document deviendra communicable à toute personne en faisant la demande, dans les conditions fixées par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Dès la tenue de cette réunion, et conformément à l'article L 243-7, ce rapport sera communiqué aux maires des communes membres de votre établissement qui devront le présenter à leur conseil municipal respectif.

Enfin, je vous rappelle qu'il vous appartient, dans un délai d'un an à compter de la présentation du rapport d'observations définitives à l'assemblée délibérante, de présenter, devant cette même assemblée, un rapport sur les actions entreprises par la collectivité à la suite des observations de la Chambre régionale des comptes. Ce rapport devra par ailleurs être communiqué à la chambre.

Jean-François Monteils

Chambre régionale
des comptes

Aquitaine,
Poitou-Charentes



RAPPORT D'OBSERVATIONS DEFINITIVES

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION DU GRAND DAX

Années 2008 et suivantes

La chambre régionale des comptes d'Aquitaine, Poitou-Charentes a examiné, le 10 septembre 2015, la gestion de la communauté d'agglomération du Grand Dax (CAGD) à compter de 2008.

Le contrôle a porté sur la tenue et la présentation des comptes, la situation financière, la gestion budgétaire et financière, les dépenses de personnel et la gestion de la pépinière d'entreprises « PULSEO ».

De 2008 à 2013, la masse salariale des personnels titulaires a augmenté de 41 %, celle des non-titulaires de 80 %. L'effectif a progressé de 24 %. Les états relatifs à l'effectif employé et à la composition du personnel, produits par la communauté d'agglomération, ne présentent pas une fiabilité satisfaisante.

Les fonctions d'encadrement ont été renforcées durant la période, ce qui explique l'augmentation de 13 à 24 des agents de catégorie A. Cependant, la chambre observe que près de la moitié de ces emplois étaient occupés par des agents non-titulaires, alors que leur recrutement ne peut avoir lieu que dans le cadre des dérogations prévues par la loi, et dans les conditions prévues par les dispositions légales et réglementaires. Ainsi, plusieurs irrégularités ont été relevées : l'absence de production de la délibération de l'assemblée compétente pour créer l'emploi, un contournement des obligations de déclaration de vacance d'emploi et de publicité des postes, un défaut de motivation et de justification de l'impossibilité de recruter un agent titulaire. Certains de ces recrutements, réalisés dans des conditions juridiques contestables, ont abouti à la conclusion critiquable de contrats à durée indéterminée. La CAGD a indiqué qu'elle avait mis fin à ces modalités de recrutement.

Le régime indemnitaire du personnel de la communauté d'agglomération pose également problème et reste en grande partie à construire. En effet, la délibération du 18 décembre 2008 autorisant l'attribution de primes et indemnités présente de nombreuses lacunes et insuffisances au regard des textes applicables.

Par ailleurs, les personnels de direction de la communauté d'agglomération disposent depuis 2012 d'un véhicule de service avec autorisation de remisage à domicile sans que les justifications réglementaires édictées à l'article L. 5211-13-10 du CGCT ne soient établies, au-delà de leur seule position hiérarchique. En outre, le contrôle de l'utilisation de ces véhicules de service est apparu défaillant.

La communauté d'agglomération a indiqué qu'un nouveau cadre indemnitaire était en cours d'élaboration et qu'elle allait revoir les conditions d'utilisation de ses véhicules.

La chambre régionale des comptes relève l'existence, durant la période examinée, d'une situation de conflits d'intérêts pour un cadre de direction de la collectivité. Cet agent non titulaire de catégorie A, nommé sur l'emploi de directeur administratif et financier, en charge notamment de la commande publique et des ressources humaines, était dans le même temps associé dans une société commerciale en relation d'affaires avec la communauté d'agglomération pour des prestations afférentes à la gestion des ressources humaines. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires interdit à un agent public de prendre dans une entreprise en relation avec son administration un intérêt de nature à compromettre son indépendance. Cette interdiction a été transgressée.

La communauté d'agglomération a réalisé un incubateur et une pépinière d'entreprises dont la gestion a été confiée, par convention, à l'association « PULSEO » créée à son initiative, mais dont la construction juridique présente plusieurs anomalies. La gestion du service a été confiée en dehors des règles et procédures relatives aux délégations de service public. De même, la mise à disposition de personnel communautaire à l'association gestionnaire est intervenue en contradiction avec les textes relatifs à la fonction publique territoriale. Au surplus, les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques applicables à la mise à disposition des biens publics ont été méconnues. La chambre régionale des comptes observe la nécessité d'une redéfinition des modalités juridiques et financières de gestion de cette pépinière. La communauté d'agglomération a indiqué qu'elle avait engagé ce travail de redéfinition du montage initial qui n'a pas vocation à perdurer.

LA PROCEDURE

Le contrôle de la communauté d'agglomération du Grand Dax a été effectué dans le cadre du programme 2014 de la chambre régionale des comptes. L'ouverture du contrôle a été notifiée, par lettre du 29 janvier 2014, à Monsieur Jean-Marie Abadie, ordonnateur en fonctions jusqu'au 14 avril 2014.

L'entretien préalable prévu par le code des juridictions financières a eu lieu le 5 février 2015 avec Madame Elisabeth BONJEAN, ordonnateur actuellement en fonctions, et le même jour avec son prédécesseur, Monsieur Jean-Marie ABADIE.

Lors de sa séance du 5 mars 2015, la chambre régionale des comptes a formulé des observations provisoires qui ont été adressées le 17 avril 2015 à l'ordonnateur et à l'ancien ordonnateur. Un extrait des observations les concernant a été adressé à la même date à Monsieur Laurent REY, à la société TERRITOIRES RH, à la société CAPITAL HIGH TECH et à l'association PULSEO.

Madame BONJEAN, ordonnateur, a adressé une réponse à la chambre le 17 juin 2015. Monsieur ABADIE, ancien ordonnateur, a répondu le 12 juin 2015. Monsieur Laurent REY a adressé une réponse le 10 juin 2015 et la société TERRITOIRES RH le 16 juin 2015. La société CAPITAL HIGH TECH et l'association PULSEO n'ont pas répondu.

A sa demande, Madame BONJEAN a été entendue par la chambre le 10 septembre 2015.

Lors de sa séance tenue le même jour, la chambre a arrêté les observations définitives qui figurent dans le présent rapport.

Paradoxalement, ces agents ont été principalement recrutés sur des emplois relevant de la filière administrative dont les cadres d'emplois offrent pourtant de larges possibilités de recrutement d'agents titulaires. Sept agents sur les onze agents non titulaires de catégorie A employés par la CAGD relevaient de cette filière. Les emplois de direction et d'encadrement administratif de l'EPCI ont été majoritairement occupés sur l'ensemble de la période examinée par des agents non-titulaires.

La CAGD a indiqué que cette situation était désormais en voie de résorption.

4.2. LE RECRUTEMENT DES AGENTS NON-TITULAIRES

L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires pose le principe selon lequel les emplois civils permanents de l'Etat et des collectivités territoriales doivent être occupés par des fonctionnaires. Le recours à des agents non titulaires ne peut intervenir que dans le cadre des dérogations prévues par des dispositions législatives. Ces dérogations sont essentiellement fixées, pour les emplois permanents des collectivités territoriales et de leurs organismes de regroupement, par les articles 3-1 à 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. Le recrutement d'un agent non titulaire sur un emploi permanent doit être justifié par la collectivité au regard de ces dérogations.

La collectivité doit en outre respecter un certain nombre de règles sous peine d'illégalité de la procédure de recrutement. L'article 34 de la loi n° 84-53 précitée dispose que l'emploi doit avoir été préalablement créé par l'organe délibérant, la délibération devant préciser le grade ou le cas échéant, les grades correspondant à l'emploi créé. La délibération doit indiquer si l'emploi peut être pourvu, le cas échéant, par un agent contractuel. Elle doit alors préciser le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération.

Par ailleurs, lorsqu'un emploi permanent est créé ou devient vacant, l'autorité territoriale doit en informer le centre de gestion compétent qui assure la publicité de cette création ou de cette vacance. Les déclarations de vacances d'emploi doivent préciser le motif de la vacance et comporter une description du poste à pourvoir (article 41, loi n° 84-53).

4.2.1. Des problèmes de régularité

Les modalités de recrutement et de renouvellement des contrats des agents non-titulaires sur les emplois permanents de catégorie A de la filière administrative ont été examinées sur la période 2008-2013. La chambre a relevé que des formalités substantielles, de nature à mettre en cause la régularité des recrutements, n'avaient pas été respectées.

4.2.1.1. Des délibérations de création d'emplois non produites ou incomplètes

L'article 34 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 réserve à l'organe délibérant la compétence relative à la création d'emplois.

La CAGD n'a produit aucune délibération du conseil communautaire portant création des emplois de directeur adjoint en charge des ressources (pourvu le 1^{er} novembre 2011), de directeur de la pépinière d'entreprises et du développement économique (pourvu le 1^{er} avril 2011), de chargé de mission pour l'accompagnement des créateurs d'entreprises (pourvu le 19 septembre 2011).

Pour justifier les emplois de directeur administratif et financier (pourvu pour la première fois le 1^{er} janvier 2009), de directeur de la communication (pourvu pour la première fois le 1^{er} janvier 2013) et de responsable de pôle économique (pourvu le 1^{er} janvier 2009), elle a produit une délibération du conseil communautaire du 24 mars 2003 créant un emploi de chef de service financier, une délibération du 21 décembre 2005 créant un

emploi de chargé de communication et une délibération du 4 octobre 2005 créant un emploi de chargé d'études de développement économique. La chambre constate un défaut de concordance dans les intitulés des emplois créés et pourvus. Les grades des emplois pourvus sous de nouvelles dénominations en 2009 et 2013 sont toutefois identiques à ceux fixés par les délibérations produites. La chambre relève enfin qu'aucune délibération n'a précisé la nature des fonctions exercées par leurs détenteurs alors que l'article 34 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 l'impose dans le cas de recours à des agents non-titulaires.

A défaut de délibération de l'assemblée, la CAGD a produit pour les emplois de directeur adjoint en charge des ressources, de directeur de la pépinière d'entreprise et du développement économique, de chargé de mission pour l'accompagnement des créateurs d'entreprises, des décisions du bureau en faisant valoir que ce dernier avait reçu délégation de l'assemblée le 1^{er} septembre 2010 pour l'approbation du tableau des effectifs. La chambre observe que le tableau des effectifs, qui doit être annexé aux budgets et comptes et dont le modèle est fixé par l'instruction M14, a pour seul objet de récapituler l'ensemble des emplois ouverts budgétairement, pourvus et non pourvus, classés par filières, cadres d'emplois et grades.

Par sa délibération du 1^{er} septembre 2010, le conseil communautaire n'avait pas donné délégation au bureau pour créer de nouveaux emplois intercommunaux et décider de les pourvoir, au besoin, par des agents non titulaires. Au surplus, une telle délégation eût été illégale au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui considère que la compétence en matière de création d'emplois est une compétence de nature budgétaire qui ne peut de ce fait être déléguée⁴.

La CAGD a précisé que la délégation précitée au bureau n'était plus en vigueur et que toute création de poste fera dorénavant l'objet d'une délibération du conseil communautaire.

4.2.1.2. Des règles contournées en matière de déclaration de vacance d'emploi

La déclaration de vacance d'emploi auprès du centre de gestion, obligatoire à chaque création ou vacance d'emploi doit nécessairement précéder le recrutement d'un agent non titulaire. Elle a pour objet d'informer sur l'existence de postes à pourvoir. La publicité de la déclaration de vacance doit en outre intervenir pendant un délai suffisant pour permettre l'expression de candidatures.

Plusieurs dossiers examinés ont posé problème au regard des règles applicables. Dans certains cas, la collectivité a fait état, lors de la déclaration de vacance d'emploi, d'une part de son souhait de ne pas procéder à une large publicité de l'offre, et d'autre part de ne pas recevoir de candidatures du centre de gestion, ceci en contradiction avec la réglementation applicable. En outre, à plusieurs reprises, la vacance d'emploi déclarée au centre de gestion a été clôturée le jour même. Cette pratique équivaut à une absence de déclaration de vacance d'emploi. La CAGD a justifié ces pratiques par des décisions de recrutement ou de renouvellement de contrat déjà prises.

La chambre rappelle que, lorsqu'un agent non-titulaire recruté sur un emploi permanent arrive au terme de son contrat, l'obligation de déclaration préalable de la vacance de l'emploi et de recherche d'agents titulaires pour occuper ledit emploi demeure (CAA Bordeaux 10 juin 1996, « Mme FERLAND »). La publicité de la déclaration de vacance doit en outre intervenir pendant un délai suffisant pour permettre aux personnes intéressées de faire acte de candidature (CAA Douai, 4 avril 2007), pour recueillir la candidature de fonctionnaires territoriaux (CAA Marseille, 1^{er} juin 2010, n° 08MA01630, Cne de Montpellier) ou encore pour établir l'impossibilité de recruter un agent titulaire (CE, 16 juin 1997, n° 149088, CCAS Ville du Mans).

⁴ CE, 17/10/1990, n° 67719, préfet Guadeloupe ; CE, 3/04/1998, n° 133422, Département de la Vendée.

4.2.1.3. Un défaut de justification du recours à des agents non-titulaires

Hormis le cas des collaborateurs de cabinet et des remplacements d'agents momentanément indisponibles, une collectivité doit justifier le recours à un agent non-titulaire sur un emploi permanent par référence aux dérogations ouvertes par la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984. Ainsi, pour un emploi de catégorie A, le recours à un agent contractuel peut être justifié par l'absence de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes, ou encore par les besoins du service ou la nature des fonctions, sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté. Il appartient à la collectivité de procéder à la motivation juridique du recrutement et de fournir les justifications.

Lors de leur réalisation, les recrutements d'agents non titulaires sur des emplois permanents de catégorie A de la filière administrative n'ont fait l'objet, de la part de la CAGD, d'aucune justification en référence aux dérogations légales rappelées ci-dessus.

Les justifications, liées notamment aux besoins des services, à la nature des fonctions à exercer et à l'impossibilité de recruter un fonctionnaire, n'ont pas plus été apportées lors du contrôle. La chambre rappelle que ce défaut de justification est sanctionné par les juridictions administratives (CAA Douai 3 juillet 2013, « Commune de Lille »).

La CAGD a indiqué avoir mis fin aux pratiques relevées par la chambre en matière de recrutement.

4.2.2. Des transformations en CDI critiquables

La loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique a fixé les conditions d'accès des agents non titulaires à des contrats à durée indéterminée. Cet accès est réservé aux agents remplissant des conditions de durée de services publics. Trois agents non titulaires de la CAGD ont bénéficié de ces dispositions législatives.

Une circulaire du ministère de l'Intérieur du 12 décembre 2012 rappelait toutefois qu'un contrat à durée indéterminée ne pouvait être valablement proposé à un agent dont le contrat en cours était irrégulier. Cette position a été confirmée par le juge administratif (CAA Bordeaux, 18 novembre 2014, n° 13BX01301).

Les procédures de recrutement de ces agents étaient affectées par les problèmes de régularité précédemment examinés. Des recrutements et renouvellements de contrats réalisés en dehors des règles applicables ont ainsi abouti à l'attribution de contrats à durée indéterminée. Il convient de préciser que le bénéfice de la durée indéterminée pourra être conservé par l'agent en cas de changement ultérieur de collectivité. Le non-respect des dispositions légales relatives à la fonction publique territoriale a abouti à une dérive dans la gestion d'emplois publics sur la période 2008-2014, l'ordonnateur en fonctions ayant indiqué avoir mis fin à cette situation.

Par ailleurs, la chambre régionale des comptes a relevé que la CAGD avait, de façon incohérente, conclu avec un agent un contrat à durée indéterminée pour occuper un emploi de direction alors que son remplacement à ce poste et le recrutement de son successeur avaient été simultanément décidés⁵.

⁵ Par délibération du 6/12/2012, le bureau décidait : « de recruter un nouveau directeur de X, de renouveler le contrat de l'agent actuellement à ce poste en CDI en tant que directrice de X jusqu'à la date de son remplacement dans le poste, de maintenir ensuite l'agent au sein de la direction de X en tant que chargée de mission ».

La chambre rappelle l'obligation de respecter les règles applicables en matière de création d'emplois territoriaux et de recrutement d'agents publics, notamment pour le recrutement dérogatoire d'agents contractuels destinés à occuper des emplois permanents, règles fixées par les lois n° 83-634 du 13 juillet 1983 et n° 84-53 du 26 janvier 1984.

4.3. LES PRIMES ET INDEMNITES VERSEES AUX AGENTS

4.3.1. Le régime indemnitaire des agents de la communauté d'agglomération

L'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 dispose qu'il appartient à l'assemblée délibérante d'instituer le régime indemnitaire de la collectivité. L'article 2 du décret n° 91-875 du 6 septembre 1991 précise que l'assemblée délibérante fixe alors « *la nature, les conditions d'attribution et le taux moyen des indemnités applicables aux fonctionnaires* ».

Le conseil communautaire de la CAGD a pris, le 18 décembre 2008, la délibération suivante : « *Le conseil, à l'unanimité, [...] autorise l'attribution des primes et indemnités règlementairement prévues par grade* », et « *charge le Président de fixer les montants individuels pour chaque agent, en appliquant l'ensemble des possibilités de modulation prévues règlementairement aux taux moyens fixés par les décrets instituant les primes et indemnités* ».

En contradiction avec le décret du 6 septembre 1991, la délibération ne précise pas la nature des primes et indemnités que la collectivité a entendu instituer, ni leurs conditions d'attribution. L'application des textes règlementaires qui déterminent les différentes primes dont peuvent bénéficier les agents de la fonction publique territoriale nécessite que des décisions soient prises par l'assemblée délibérante pour fixer les conditions de leur mise en œuvre : détermination de la liste des emplois ouvrant droit aux indemnités horaires pour travaux supplémentaires, détermination des coefficients de calcul des crédits à allouer pour les indemnités forfaitaires pour travaux supplémentaires, les indemnités d'administration et de technicité, fixation des taux moyens applicables pour d'autres primes. Ces dispositions ont pour vocation de permettre à l'assemblée délibérante de fixer le cadre d'application du régime indemnitaire qui devra être respecté par l'exécutif.

La délibération du 18 décembre 2008 présente de nombreuses lacunes et insuffisances, au plan juridique et comme décision de gestion. Le régime indemnitaire des agents de la CAGD reste encore à construire.

4.3.2. Les versements réalisés

Les primes et indemnités versées en 2012 ont été contrôlées à partir d'un échantillon d'agents titulaires des filières administratives et techniques. L'examen des versements a fait ressortir deux anomalies.

La première concerne la rémunération des astreintes.

En application du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001, l'assemblée délibérante de la CAGD a fixé les régimes d'astreintes applicables au sein de la collectivité. L'article 3 du décret n° 2005-542 du 19 mai 2005 relatif aux modalités de la rémunération ou de la compensation des astreintes et des permanences dans la fonction publique territoriale précise que ces dernières « *ne peuvent être accordées aux agents qui bénéficient d'une concession de logement par nécessité absolue de service, ou d'une nouvelle bonification indiciaire au titre de l'exercice de fonctions de responsabilité supérieure prévue par les décrets du 27 décembre 2001 et du 28 décembre 2001 susvisés* ».

En contradiction avec cette règle, des indemnités d'astreinte ont été versées à un agent qui bénéficiait d'une nouvelle bonification indiciaire au titre de l'exercice de fonctions de responsabilité supérieure.

La seconde concerne le versement d'indemnités horaires pour travaux supplémentaires (IHTS).

L'article 2 du décret n° 91-875 du 6 septembre 1991 dispose que l'assemblée délibérante doit fixer la liste des emplois dont les missions impliquent la réalisation effective d'heures supplémentaires ouvrant droit à ces indemnités. Cette obligation réglementaire n'a pas été remplie par la CAGD. Ces indemnités ont, en l'absence de délibération préalablement prise par l'assemblée, été attribuées dans des conditions irrégulières.

La chambre recommande de fixer par délibération du conseil communautaire les régimes indemnitaires applicables aux agents de la collectivité, conformément aux dispositions de l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et du décret n°91-875 du 6 septembre 1991.

La CAGD a indiqué que la définition d'un nouveau cadre indemnitaire pour le personnel était en cours d'élaboration.

4.4. LA MISE A DISPOSITION DE VEHICULES

4.4.1. Les décisions d'attribution

Par délibération du 1er février 2012, le conseil communautaire a autorisé le remisage à domicile des véhicules de service utilisés par le directeur général adjoint des services, le directeur de cabinet, le directeur de l'action sociale, le directeur du développement économique, le directeur de l'aménagement et du développement territorial, le directeur des services techniques et le directeur de la communication.

Par délibération du 19 décembre 2013, le conseil communautaire a redéfini le périmètre des autorisations de remisage à domicile des véhicules de service. Bénéficient désormais de cet avantage les « agents exerçant des fonctions de directeurs membres du comité de direction ».

L'article L. 5211-13-1 du code général des collectivités territoriales, créé par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, dispose que selon des conditions fixées par une délibération annuelle, l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale peut mettre un véhicule à disposition des agents de l'établissement public lorsque l'exercice de leurs fonctions le justifie.

En application de cette disposition, la mise à disposition d'un véhicule doit être justifiée par les conditions d'exercice des fonctions de l'attributaire. La référence à la position hiérarchique de l'agent, seul critère retenu par la CAGD dans sa délibération du 19 décembre 2013, ne répond pas à cette obligation.

La chambre invite la CAGD à justifier dans ses délibérations la mise à disposition de véhicules par la nature et les contraintes des fonctions exercées par les bénéficiaires conformément à l'article L. 5211-13-1 du CGCT.

4.4.2. La gestion des véhicules avec autorisation de remisage à domicile

En application des délibérations mentionnées précédemment, les bénéficiaires de cet avantage sont amenés à signer une convention de mise à disposition ainsi qu'une charte d'utilisation des véhicules. Ces documents précisent que l'utilisation de ces véhicules est limitée aux trajets professionnels, aux trajets domicile-travail (trajet le plus court), et, à la pause méridienne, aux trajets pour se rendre sur le lieu de restauration ou participer à des déjeuners professionnels.

La charte d'utilisation stipule que les utilisateurs s'engagent à n'utiliser en aucun cas le véhicule pour des déplacements privés d'une part, à remplir le carnet de bord en précisant la date, la nature et la destination de la mission d'autre part.

Les vérifications réalisées ont conduit à constater qu'en contradiction avec les engagements pris, les carnets de bord n'étaient pas renseignés par les bénéficiaires de cet avantage. Il est également apparu que la CAGD ne s'était pas dotée de procédures et de moyens de contrôle de l'utilisation de ces véhicules de service. La chambre rappelle que les sinistres liés à l'utilisation personnelle de véhicules de service exposent les collectivités à des contentieux (CE, 6 mai 2011, Isabelle A. c/Nogent sur Marne).

La chambre recommande à la CAGD de mettre en œuvre un contrôle de l'utilisation des véhicules de service avec autorisation de remisage à domicile lui permettant de s'assurer d'une utilisation conforme aux termes de la convention de mise à disposition et de la charte d'utilisation.

La CAGD a indiqué qu'un nouveau dispositif de gestion des véhicules a été mis en œuvre, avec remise en service des carnets de bord, et qu'elle allait procéder à un réexamen des autorisations de remisage à domicile.

4.4.3. La prise en compte de l'avantage en nature

Les avantages en nature sont considérés comme des éléments de rémunération. Ils doivent dès lors être pris en compte dans les bulletins de paye afin d'être soumis aux cotisations sociales et de donner lieu à déclaration aux services fiscaux.

Les avantages en nature ont bien été pris en compte dans la rémunération des agents. Ils n'apparaissent cependant pas lisiblement sur les bulletins de paie qui ont été examinés. La présentation de ces derniers mériterait sur ce point d'être améliorée.

4.5. UNE SITUATION DE CONFLITS D'INTERETS

Un agent recruté par contrat à compter du 15 janvier 2007 a successivement exercé les responsabilités d'encadrement suivantes au sein de la communauté d'agglomération du Grand Dax :

- responsable juridique du 15 janvier 2007 au 31 décembre 2008 en charge notamment, selon la délibération du 14 décembre 2006 définissant le poste, de l'élaboration et du suivi des procédures d'achat ainsi que de la gestion des marchés ;
- directeur administratif et financier du 1^{er} janvier 2009 au 30 octobre 2011, ce poste de direction comprenant dans son périmètre les services juridiques, financiers, la commande publique et les ressources humaines ;
- directeur adjoint en charge des ressources du 1^{er} novembre 2011 à fin août 2014, date de cessation de ses fonctions au sein de la CAGD, poste constitué par extension des compétences relevant du poste de directeur administratif et financier (DAF).

4.5.1. La détention d'intérêts dans une société commerciale

Cet agent et deux associés ont créé le 25 janvier 2006 une société à responsabilité limitée (SARL) dont l'objet social est le conseil en ressources humaines, en recrutement et en gestion de la mobilité professionnelle ; toutes activités de formation et d'éducation (ingénierie de formation et de projet pédagogique, production de support, organisation et conduite de colloques, séminaires) ; la conception et la mise en œuvre de stratégie, audit, plan d'actions, formation dans le domaine des fonctions supports des organisations publiques et privées: finances, ressources humaines, achats, secrétariat général, services techniques, communication.

L'agent de la CAGD détenait à l'origine 200 des 1400 parts constituant le capital social. Ce nombre de parts a été porté à 267 sur 1400 à la suite du départ d'un associé le 5 octobre 2007.

Le 4 septembre 2009, l'agent de la CAGD et son associé ont créé une deuxième SARL par apport des parts sociales détenues dans la première société, l'agent de la CAGD demeurant détenteur de 267 parts de la nouvelle société sur 1 400, représentant 19 % du capital social. La première société, créée en 2006, est devenue une filiale à 100 % de la nouvelle société.

Au-delà de la simple détention de parts sociales, l'agent de la CAGD a participé à l'élaboration de l'offre de produits et services de la société, a été rémunéré en qualité de formateur et d'intervenant par cette dernière dont il a également perçu des dividendes, honoraires et divers remboursements.

Cet agent public avait ainsi à plusieurs titres, et notamment en sa qualité de coassocié, des intérêts dans ladite société de conseil et de services.

4.5.2. Les prestations réalisées par la société de conseil pour la communauté d'agglomération

La CAGD a eu recours aux services de la société en question pour la réalisation de deux prestations durant les exercices 2010 et 2011.

La première concernait une « Mission d'assistance et de conseil en matière de coaching de dirigeant ». La commande portait sur un montant de 8 500 € HT. Cette mission prévoyait initialement 4 étapes de réalisation. La 1^{ère} étape relative au bilan de compétences et de personnalité a fait l'objet du paiement d'un acompte de 1 495 € TTC payé lors de son démarrage (mandat n° 1176 du 10 juin 2010). Elle n'a jamais été soldée. La 3^{ème} étape qui concernait la formation aux techniques de recherche d'emploi a été payée par mandat n° 2770 du 9 décembre 2010 de 1 196 € TTC. Les étapes n° 2 et 4 n'ont pas été réalisées. L'ancien ordonnateur a indiqué qu'il avait décidé de ne pas donner suite à cette prestation, ce que la chambre n'est pas en mesure d'apprécier.

La seconde prestation a été réalisée en qualité de sous-traitant du marché n° 2010031 « Mise en place pré-opérationnelle de la Technopole Grand Dax Sud » pour une mission d'assistance à la recherche d'un directeur de technopole. Cette prestation a été réglée par les mandats n° 2101 du 23 septembre 2010 (4 784 €) et n° 1300 du 17 juin 2011 (4 784 €).

Le marché n° 2010031 de « Mise en place pré-opérationnelle de la Technopole Grand Dax Sud » a été attribué par la CAGD à une société de conseil en management de l'innovation. L'acte d'engagement du marché, d'un montant de 164 950 € HT, a été signé le 28 juin 2010 par cette société. Le marché a été signé le 12 juillet et notifié le 13 juillet 2010 par la CAGD. Aucun sous-traitant n'avait été déclaré à ce stade et présenté à la CAGD par la société de conseil en management de l'innovation, attributaire du marché.

La désignation en qualité de sous-traitant de la SARL dans laquelle l'agent de la CAGD est associé a fait l'objet d'un acte spécial qui a été signé par la société titulaire du marché le jour où elle a reçu notification de l'attribution du marché, le 15 juillet 2010. L'ancien ordonnateur a indiqué qu'il n'avait jamais eu connaissance de cette sous-traitance. Pour autant, la chambre note que l'acte spécial portant acceptation de ce sous-traitant et agréant ses conditions de paiement est revêtu de sa signature.

Par ailleurs, le marché de « Mise en place pré-opérationnelle de la Technopole Grand Dax Sud » a été passé dans des conditions critiquables.

Compte tenu de son montant (164 950 € HT), ce marché pouvait être passé selon une procédure adaptée en application du code des marchés publics (CMP). Il devait néanmoins faire l'objet d'une publicité par publication d'un avis d'appel public à la concurrence, soit au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal d'annonces légales.

Ce marché a été passé et attribué sans publicité ni mise en concurrence par référence à l'article 35-II-8° du CMP qui réserve cette possibilité aux marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

Les motifs prévus par l'article 35-II-8° revêtent un caractère exhaustif et sont d'interprétation stricte. Le pouvoir adjudicateur doit, pour justifier le recours à cette procédure, non seulement établir l'existence de raisons techniques, artistiques ou tenant à des droits d'exclusivité, mais également prouver que celles-ci rendent absolument nécessaire l'attribution du marché à un prestataire déterminé et que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par cette seule prestation. Le recours à cette procédure n'est donc possible que si l'opérateur économique pressenti est, soit techniquement ou artistiquement le seul à même de réaliser la prestation, soit détenteur d'un droit exclusif (QE AN 32663, M. Fabrice Verdier, 15 octobre 2013).

En l'espèce, les conditions dérogatoires prévues par l'article 35-II-8° du CMP n'étaient pas satisfaites. Le marché attribué à la société de conseil en management de l'innovation était un marché d'études, de prestations de services et d'assistance (mise en place des modes opératoires de la technopole, ingénierie financière, plan de communication, recherche des premiers projets) qui ne présentaient pas les caractéristiques définies à l'article 35-II-8 et n'imposaient pas un recours exclusif à cette société.

Le risque de recours irrégulier à une procédure dérogatoire avait été porté à la connaissance du directeur administratif et financier de la CAGD par ses services sans que ce dernier en tienne compte. Il est cependant établi que le comité du Plan Local de Redynamisation lié aux restructurations de la Défense (PLR), composé de représentants des services de l'Etat et des collectivités territoriales, avait préconisé lors de réunions de mars et avril 2010 l'intervention de ladite société de conseil en management de l'innovation qui avait précédemment accompagné l'élaboration du PLR. La CAGD a toutefois mis en œuvre cette orientation dans des conditions critiquables au regard des règles de la commande publique.

4.5.3. Une interdiction statutaire non-respectée

L'agent contractuel de catégorie A nommé sur l'emploi de directeur administratif et financier de la CAGD, chargé notamment de la commande publique et des ressources humaines, était associé, à l'époque des faits, au sein d'une société commerciale en relation d'affaires avec la CAGD pour des prestations afférentes à la gestion des ressources humaines.

L'article 25.I de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, également applicable aux agents non-titulaires à compter du 1^{er} juillet 2007, précise les activités privées (y compris à but non lucratif) qui leur sont interdites. Figure au nombre de ces interdictions (3°), la prise d'intérêts dans une entreprise en relation avec l'administration à laquelle ils appartiennent, de nature à compromettre leur indépendance.

L'agent concerné a communiqué à la chambre une attestation, signée le 2 janvier 2007 par M. ANTHIAN, alors président de la CAGD, le dessaisissant de « *la préparation, l'analyse et l'exécution des consultations juridiques, qui atraient au recrutement d'agents publics, à la formation professionnelle des agents et des élus, et aux missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage auxquelles la SARL...[dans laquelle l'agent est associé] prend part* ».

La chambre observe qu'en l'absence de production d'actes de même nature pris par les présidences suivantes, la mesure d'organisation prise par le président de la CAGD qui a cessé ses fonctions en juin 2010 n'a pas été renouvelée.

Au surplus, l'application de l'interdiction précitée aux agents non titulaires, instaurée par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 avec une entrée en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2007, rendait caduque à compter de cette date l'attestation signée antérieurement par M. ANTHIAN qui ne pouvait continuer à organiser une situation désormais juridiquement proscrite, les textes ne prévoyant aucune dérogation ou aménagement à l'interdiction posée par l'article 25.I.3°.

L'interdiction statutaire n'a pas été respectée. L'agent contractuel comme la CAGD auraient dû tirer toutes les conséquences de cette situation créatrice de conflits d'intérêt.

La chambre rappelle que l'article 25.V de la loi précitée assortit la violation de cette obligation fondamentale de sanctions financières. Le non-respect de ces règles peut également conduire à l'engagement d'une procédure disciplinaire, notamment de licenciement (CAA Marseille, 24 février 2012, n° 09MA03514).

5. LA GESTION DE LA PEPINIERE D'ENTREPRISES « PULSEO »

La communauté d'agglomération a signé le 28 janvier 2011 un Plan Local de Redynamisation (PLR) avec l'Etat, la région et le département des Landes. Ce PLR définissait des objectifs de développement économique local autour de l'innovation et prévoyait de créer un ensemble immobilier pour l'accueil d'entreprises innovantes. Ce plan a été élaboré, dans des délais resserrés, pour faire face aux conséquences économiques de l'externalisation par l'Etat de la maintenance de la flotte d'hélicoptères de l'Ecole d'Application de l'Aviation Légère de l'Armée de Terre.

Lors de sa séance du 29 juin 2011, le conseil d'agglomération a décidé d'acquérir et de réhabiliter à cette fin l'ancien centre de tri postal situé à proximité du futur pôle multimodal. Lors de la même séance, le conseil, à l'unanimité, a décidé de recourir à la forme associative pour gérer la future pépinière d'entreprises, a autorisé le président à organiser l'assemblée générale constitutive de l'association à créer et à se porter candidat à la présidence de cette structure.

L'assemblée générale constitutive de l'association, dénommée « PULSEO - centre d'innovation technologique du Grand Dax » a eu lieu le 23 janvier 2012 à l'initiative de la CAGD. L'association a statutairement pour objet de « *stimuler la création d'entreprises, d'attirer de nouvelles entreprises, de susciter le développement de projets technologiques ... Elle contribue au développement des entreprises au travers d'outils et de services communs ... et au développement économique local par l'innovation* ».

5.1. LES RELATIONS ENTRE L'ASSOCIATION « PULSEO » ET LA CAGD

Les statuts ont prévu que l'association serait administrée par un conseil d'administration de 10 membres et un bureau composé du président, de 2 vice-présidents, d'un trésorier, d'un secrétaire ainsi que du président et du vice-président du comité scientifique d'agrément de l'association. La durée du mandat est de trois ans.

Les membres du conseil d'administration et du bureau ont été désignés le 23 janvier 2012. Le président de la CAGD a été élu président de l'association.

Une convention triennale d'objectifs et de moyens a précisé les engagements respectifs de l'association PULSEO et de la CAGD sur la période 2012-2014. La convention prévoit les montants de subventions à charge de la CAGD qui s'engage par ailleurs à assurer l'équilibre financier de l'association. La CAGD s'est également engagée à mettre à disposition de l'association un directeur, un chargé de mission pour l'accompagnement des entreprises, une secrétaire de direction et une standardiste dont le coût sera en partie refacturé à l'association. La communauté d'agglomération s'est enfin engagée à mettre à la disposition de l'association l'ancien centre de tri postal rénové et des prestations de communication dans le cadre d'un marché souscrit avec une agence de communication.

5.2. LE RECOURS A LA FORME ASSOCIATIVE POUR LA GESTION DE LA PEPINIÈRE D'ENTREPRISES

La CAGD, statutairement compétente en matière d'actions de développement économique et notamment de création et gestion de pépinières d'entreprises, a confié la gestion de cette activité à l'association PULSEO, personne morale de droit privé qu'elle a créée à cette fin.

Les conventions signées par la communauté d'agglomération et l'association fixent d'une part les conditions de mise à disposition des biens immobiliers, dont la destination et l'usage exclusif qui doivent leur être réservés, et précisent d'autre part les obligations de gestion et de service à la charge de l'association.

Le Conseil d'Etat considère que « *même en l'absence de prérogatives de puissance publique, une personne privée doit être regardée comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » (CE 22 février 2007 « Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés » (APREI), n° 264 541, CE 5 octobre 2007 « Société d'économie mixte Palace Epinal », n° 298773).

L'application de cette jurisprudence conduit à regarder l'activité de gestion de pépinière d'entreprises exercée par l'association « PULSEO » comme une mission de service public. La délégation de la gestion d'un service public à une personne privée doit respecter les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT et faire l'objet d'un contrat de délégation établi à l'issue d'une procédure réglementée de publicité et de mise en concurrence. Ces dispositions n'ont pas été appliquées par la CAGD.

Le conseil d'Etat a toutefois admis une dérogation à ce principe (CE 6 avril 2007 « Commune d'Aix-en-Provence »). Une mission de service public peut être confiée par une administration à un tiers, hors contrat et procédure de délégation de service public, à condition que l'organisme tiers ait été créé à cette fin par la collectivité publique, qu'il ait pour objet exclusif la gestion du service confié et que la collectivité publique exerce sur ce dernier un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services.

Dans ce cas, la collectivité publique peut être regardée comme gérant directement le service public, mais par voie de conséquence, l'organisme tiers doit être considéré comme un organisme transparent avec les conséquences juridiques et financières que cela peut entraîner pour les deux entités.

La chambre constate que la CAGD a confié la gestion du centre d'innovation technologique à l'association « PULSEO » en s'affranchissant des règles relatives aux délégations de services publics.

Elle rappelle que d'autres solutions juridiques que le recours à une association sont ouvertes aux collectivités et à leurs groupements pour gérer ce type de service, notamment la création d'une société d'économie mixte locale qui peut se voir confier la gestion du service public à l'issue d'une procédure de délégation de service public ou encore la création d'une société publique locale (article L. 1531-1 du CGCT).

L'article L. 1411-12 du CGCT précise à ce propos que les dispositions relatives aux modalités de passation des DSP ne s'appliquent pas lorsque le service public est confié à une société publique locale sur laquelle la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de la société.

5.3. DES PROBLEMES DE REGULARITE DANS LA MISE EN ŒUVRE DES CONVENTIONS AVEC L'ASSOCIATION

5.3.1. La mise à disposition de personnel par la CAGD

A compter de 2012, trois agents de la CAGD ont été mis à la disposition de l'association : le directeur de la pépinière d'entreprises, un chargé de mission pour l'accompagnement des créateurs d'entreprises et une secrétaire administrative et comptable. Ces trois personnes sont des agents non titulaires de la communauté d'agglomération. Elles exercent en tout ou partie leurs fonctions au sein de l'association « PULSEO ».

La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (FPT) prévoit que des fonctionnaires territoriaux peuvent, dans certaines conditions, être mis à la disposition d'associations. Aucun des trois agents précités de la CAGD n'avait le statut de fonctionnaire territorial.

Le décret n° 88-145 modifié du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la FPT dispose que seul un agent non titulaire employé pour une durée indéterminée peut être mis à disposition. Cette mise à disposition ne peut toutefois intervenir qu'après d'une collectivité territoriale, d'un établissement public rattaché ou d'un EPCI. Les associations sont exclues de ce dispositif.

Il ressort des textes applicables qu'aucun des trois agents précités ne pouvait faire l'objet d'une mise à disposition auprès de l'association « PULSEO ». La situation de ces personnels est irrégulière.

Les agents irrégulièrement mis à disposition se trouvent en outre placés, dans le cadre des fonctions qu'ils exercent au sein de l'association, dans des situations incompatibles avec leur condition d'agents publics de la communauté d'agglomération. L'agent de la CAGD exerçant les fonctions de directeur dispose d'une délégation pour émettre des chèques et réaliser des virements à partir des comptes de disponibilités de l'association. Les agents bénéficient sur les fonds associatifs d'un régime de remboursement de frais de déplacements exorbitant du régime réglementaire applicable aux agents publics.

Il importe de mettre fin à ces situations.

5.3.2. La mise à disposition des biens immobiliers

A partir du 14 octobre 2013, la CAGD a loué à l'association l'ancien centre de tri postal rénové. Un « bail à usage professionnel » a été conclu pour une durée de 6 ans. Il précise que les locaux sont exclusivement destinés aux activités d'incubateur, de pépinière et d'hôtel d'entreprises. Il exclut toute autre activité commerciale, industrielle ou artisanale. Le loyer est fixé à 18 152 € HT par trimestre. Le contrat prévoit que le loyer annuel sera ajusté à la surface utilisée par le preneur sur la base de 96,57 € le m². Le contrat précise que le Preneur pourra sous-louer certains locaux.

Le bail professionnel, défini à l'article 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 modifiée, est un contrat de location d'une durée minimale de 6 ans d'un local affecté à un usage exclusivement professionnel. L'usage professionnel prévu par la loi exclut les activités commerciales, artisanales ou industrielles qui relèvent des baux commerciaux (Article L. 145-1 du code de commerce). Ce contrat peut être conclu par les professions dont les revenus sont imposés dans la catégorie des bénéfices non commerciaux, notamment les professions libérales.

Le recours au bail professionnel pose problème au regard de la nature du bien loué. Le bâtiment est la propriété de la CAGD. Il est affecté à un service public et a fait l'objet d'aménagements indispensables à l'exécution de ce service public : création de bureaux, d'un espace de travail partagé, de salles de réunion avec audio et visio-conférence, d'une salle blanche équipée en petit outillage, d'une halle technologique.

L'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que les biens qui présentent ces trois caractéristiques appartiennent au domaine public de la collectivité. Ils ne peuvent dès lors faire l'objet de baux de location mais seulement d'autorisations d'occupation temporaire délivrées dans les conditions prévues aux articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du CGCT. Le recours à la formule du bail professionnel est inadapté.

En définitive, l'examen des conditions de gestion de la pépinière d'entreprises par l'association PULSEO a fait ressortir plusieurs anomalies : gestion d'un service public local en dehors des procédures de délégation de service public, mise à disposition de personnel dans des conditions irrégulières, personnel placé dans des situations incompatibles avec leur position d'agent public, mise à disposition des biens immobiliers de la CA au moyen de contrats inappropriés. Certaines de ces irrégularités sont de nature à faire courir des risques juridiques à la collectivité et à ses agents.

La chambre recommande de redéfinir les modalités juridiques et financières de gestion de la pépinière d'entreprise et de régulariser sans délai les conditions d'exécution du service public concerné, la situation administrative et financière des personnels et les conditions de mise à disposition des locaux.

La CAGD a rappelé que le projet PULSEO a dû être élaboré dans des délais contraints. Elle a indiqué que le montage juridique initial, réalisé dans ces conditions particulières, n'a pas vocation à perdurer et qu'une mission a d'ores et déjà été confiée à un conseil juridique afin d'étudier les différentes solutions susceptibles d'être mises en œuvre.