

## Intercos et communes

# Les outils de mutualisation

Les pouvoirs publics portent un intérêt croissant aux outils de mutualisation, véritables solutions de rationalisation des dépenses, entraînant, de fait, l'évolution de leur cadre législatif et réglementaire.

### L'AUTEURE



LAURE DUFAUD,  
cabinet Seban  
et associés

Le recours, sous le terme « mutualisation », à des mécanismes distincts, comme la mise à disposition de services, les services communs ou les conventions de prestations de service, tend à rendre le sujet opaque. L'article 46 de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité prévoit que le transfert de compétences entraîne un transfert automatique du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre. La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales puis celle de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 ont modifié les contours de la notion de mutualisation sans se départir du principe fondateur d'exclusivité. La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dite « Maptam », complète ces dispositions pour inciter financièrement le recours aux moyens de mutualisation existants (création d'un coefficient de mutualisation qui sera pris en compte dans le calcul de la dotation globale de fonctionnement, art. 55 de la loi). Son article 67, modifiant l'article L.5211-4-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), redessine aussi les conditions et les modalités de création de services communs imaginés par la loi de réforme des collectivités territoriales.

en totalité dans un service transféré à un EPCI auquel les communes ne sauraient se soustraire (1), sauf dérogations expressément prévues. Le juge administratif a ainsi considéré qu'une commune ne pouvait, sans commettre d'erreur de droit, après avoir constaté qu'un agent remplit en totalité ses fonctions dans un service transféré, s'abstenir de faire application des dispositions de l'article L.5211-4-1 qui pré-

### À NOTER

**Une commune peut donc se doter de moyens propres à assurer la coordination entre la communauté et la commune sans empiéter illégalement sur les compétences communautaires.**

voient et organisent le transfert de l'agent ou les modalités d'éventuelles dérogations (2). La jurisprudence est néanmoins assez subtile : il ne faut pas, pour autant, déduire des principes de spécialité et d'exclusivité et du transfert de service qui en résulte une interdiction faite aux communes de se doter de personnels chargés de faciliter la mise en œuvre des actions communautaires sur le territoire communal. Ceux-ci ne seraient pas attachés à la compétence transférée puisqu'il ne s'agit pas, à proprement parler, de la mise en œuvre de cette compétence. Une commune peut donc se doter de moyens propres à assurer la coordination entre la communauté et la commune, au titre des compétences non transférées, sans empiéter illégalement sur les compétences communautaires (3).

Il semble que les communes ne puissent abuser de cette faculté jusqu'au point de disposer d'entiers services dédiés à cette tâche.

Au demeurant, contrairement à ce qui semble être prévu par le dernier alinéa du I de l'article L.5211-4-1, la restitution de compétences d'une communauté à ses membres ne saurait entraîner les mêmes effets que dans le cadre des transferts initiaux. La disposition précitée, qui prévoit « qu'en cas de modification des statuts de la communauté, les personnels de celle-ci sont transférés à des communes », ne saurait être applicable en pratique. La formulation utilisée, qui pose a priori un principe simple (retour des agents en cas de restitution de compétences), soulève néanmoins des interrogations pratiques : à quelles communes, pour quelles fonctions, comment concrètement répartir un agent affecté à une compétence restituée à l'une ou l'autre des communes membres ? Le juge administratif a d'ailleurs considéré que les dispositions de l'article L.5211-4-1 « n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet d'imposer, dans le cas où une commune se retire d'un établissement public de coopé-

## Transfert des agents en cas de transfert de compétences

### Hypothèses du transfert

#### • Transfert des agents affectés en totalité à un service rattaché à une compétence transférée

« Le transfert de compétences d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale [EPCI] entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre » (CGCT, art. L.5211-4-1, al. 1<sup>er</sup>). Les principes de spécialité et d'exclusivité qui interdisent à une commune d'agir dans le cadre des compétences qu'elle a transférées l'obligent ainsi à remettre à l'établissement bénéficiaire du transfert l'ensemble des biens, droits et obligations attenants à cette compétence, et donc à transférer les personnels nécessaires à son fonctionnement. Il en résulte une automaticité du transfert des agents affectés

ration intercommunale auquel elle avait adhéré, le transfert des personnels affectés au fonctionnement d'un équipement que la commune avait mis à disposition de cet établissement pour l'exercice d'une compétence communautaire et dont elle reprend la gestion» (4).

### ● **Transfert des agents n'exerçant que partiellement leurs fonctions au sein des services transférés mais ayant opté pour le transfert**

Pour les agents n'exerçant leurs fonctions que partiellement au sein de services transférés, le transfert n'a pas le caractère automatique de l'hypothèse précédente. Ces agents disposent donc de l'opportunité de choisir, d'une part, entre leur transfert à l'EPCI qui leur serait proposé et, d'autre part, leur maintien dans les effectifs de leur collectivité d'origine.

### **Régime applicable aux agents transférés**

Les agents transférés relèvent de l'EPCI bénéficiaire du transfert de compétences. Ils changent donc d'employeur mais conservent les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs, ainsi que leur régime indemnitaire s'ils y ont intérêt. Pour autant, le montant attribué à ce titre n'est pas nécessairement maintenu puisque celui-ci est susceptible, s'agissant de certaines primes, de varier suivant l'appréciation du chef de service. Par ailleurs, les agents communaux ont droit au maintien des avantages acquis en application du troisième alinéa de l'article 111 de la loi du 26 janvier 1984 (avantages collectivement acquis ayant le caractère de complément de rémunération, mis en place avant l'entrée en vigueur de la loi et pris en compte dans le budget de la commune). Ainsi, certains avantages, s'ils existent au sein de la commune, ne constituent pas obligatoirement pour les agents un avantage acquis et l'EPCI bénéficiaire du transfert n'a pas à maintenir de tels avantages qui n'entreraient pas dans le champ de ceux précédemment définis (comme des dérogations à la durée légale du temps de travail, des primes sans fondement légal, etc.). Les modalités du transfert sont fixées par délibérations de la collectivité d'origine et de l'établissement public d'accueil prises après avis des comités techniques de la commune et de l'établissement. Il peut résulter du maintien des avantages des agents communaux une situation distincte entre ces derniers et les personnels directement recrutés par l'EPCI qui n'ont pas d'avantages acquis (5).

## Alternative au transfert : la mise à disposition des agents

### **Hypothèses de mises à disposition**

#### ● **Agents exerçant partiellement leurs fonctions au sein des services transférés et ayant refusé le transfert**

Lorsque l'agent n'exerçant ses fonctions que pour partie seulement au sein d'un service transféré a refusé son transfert, il est, de plein droit et pour une durée indéterminée,

pour la partie de ses fonctions relevant du service transféré, mis à disposition de l'établissement bénéficiaire du transfert de compétences.

#### ● **En alternative au transfert dans l'intérêt d'une bonne organisation des services**

Dans le cadre des transferts de compétences, une alternative au transfert des services a été insérée par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Reprise par la loi de réforme des collectivités territoriales, la mise en œuvre de cette alternative est conditionnée par la réunion de deux conditions cumulatives : un transfert partiel ; un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services de la commune. S'agissant du caractère partiel du transfert de compétences, celui-ci peut résulter soit d'une compétence pour laquelle les textes prévoient la définition d'un intérêt communautaire (en pareil cas, n'est transféré que ce qui relève de l'intérêt communautaire défini selon les règles propres à chaque type d'établissement), soit pour une compétence supplémentaire pour laquelle un découpage peut être envisagé dès lors que les textes ne prévoient pas un transfert automatique de l'intégralité de la compétence (et à condition que la dite compétence revête un caractère sécable). Dans ce cas, même si

### **À NOTER**

**Les agents transférés relèvent de l'EPCI bénéficiaire du transfert de compétences, mais conservent les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs.**

les agents sont affectés totalement au sein d'un service transféré, par des délibérations concordantes de la commune et de l'EPCI prises après avis des comités techniques compétents, une commune peut conserver tout ou partie du service concerné par le transfert. Alors même que les agents sont maintenus dans les effectifs de la commune, le transfert de compétences emportera leur mise à disposition à l'EPCI bénéficiaire de cette compétence (CGCT, art. L.5211-4-1, al. 1<sup>er</sup> du I et II). Cette possibilité a été de nombreuses fois remise en cause et la question de sa suppression est récurrente. Le troisième projet de loi « Lebranchu » proposait d'ailleurs, à l'origine, la suppression des mutualisations ascendantes.

#### ● **Hors transferts de compétences, la mise à disposition des services communautaires**

On parle aussi de mise à disposition de services, hors transfert de compétences, lorsque cela présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services (CGCT, art. L.5211-4-1, III). Dans cette hypothèse, un EPCI peut mettre ses services à la disposition de ses membres.

### **Régime des agents mis à disposition**

Les agents sont maintenus dans les effectifs de leur collectivité d'origine tout en accomplissant des tâches au profit de l'établissement public bénéficiaire du transfert de compétences ou de la commune bénéficiaire de la mise à disposition. En pratique, l'exécutif bénéficiaire de la mise à disposition adresse toutes instructions nécessaires à l'exécution des tâches qu'il confie au dit service. Il contrôle l'exécution de ces tâches. Les agents sont placés sous son auto- (●●●)

### **RÉFÉRENCES**

Code général des collectivités territoriales, art. L.5211-4-1.

(•••) rité fonctionnelle. Les modalités de la mise à disposition sont fixées dans une convention conclue entre l'EPCI et la commune après avis des comités techniques compétents. Les modalités de remboursement des frais de la mise à disposition sont encadrées par l'article D.5211-16 du CGCT, inséré au CGCT principalement pour répondre aux observations de la Commission européenne et éviter la requalification de ces conventions en prestations de service. Si cet article ne semble concerner que les hypothèses de mise à disposition des services conservés par la commune à raison d'une bonne organisation des services (il n'évoque dans son premier alinéa que les mises à disposition du II de l'article L.5211-4-1), il vise l'établissement ou la commune bénéficiaire de la mise à disposition, ce qui conduit à considérer que ces modalités s'appliquent à l'ensemble des hypothèses de mise à disposition. Le remboursement s'effectue sur la base d'un coût unitaire de fonctionnement du service, multiplié par le nombre d'unités de fonctionnement constatées par l'établissement ou la commune bénéficiaire de la mise à disposition. La détermination du coût unitaire de fonctionnement est fixée dans la convention de mise à disposition et comprend les charges de personnel, les fournitures, le coût de renouvellement des biens et les contrats de services rattachés, et toute autre dépense liée au fonctionnement du service (CGCT, art. D.5211-16).

## Services communs

L'article L.5211-4-1 ne porte pas sur les types de coopération entre les services dits « fonctionnels », c'est-à-dire non directement affectés à une compétence (RH, finances, etc.). Il était admis que la mise en place de services communs pourrait permettre une rationalisation du paysage intercommunal (6). Parfois, il était procédé au transfert d'une partie de ces agents en même temps que des agents affectés à une compétence. C'est dans ce contexte que la loi du 16 décembre 2010 a permis, en insérant l'article L.5211-4-2 au CGCT, de mettre en place un système de coopération sur les services dits « fonctionnels » entre une commune et un EPCI dont elle est membre, hors de tout transfert de compétences. L'article 67 de la loi « Maptam » en précise le contenu.

### Services concernés

L'article L.5211-4-2, dans sa rédaction issue de la loi « Maptam », précise les services concernés par les services communs. Alors qu'il ne concernait que les services dits « supports » dans le projet de loi initial (RH, finances, informatique, etc.), dès la première lecture, le texte de la commission des lois du Sénat a intégré la notion de « missions opérationnelles ». L'amendement présenté en commission insistait sur la possibilité de constituer des services communs pour de telles missions en lien avec l'exercice de compétences, qu'il s'agisse de compétences partagées entre l'EPCI et la commune dans un souci de bonne organisation des services ou de compétences des communes pour permettre la mise en œuvre d'une gestion unifiée des

personnels. Le texte définitif vise ainsi les « missions opérationnelles ou [les] missions fonctionnelles en matière de gestion du personnel [...], de gestion administrative et financière, d'informatique, d'expertise juridique, d'expertise fonctionnelle ainsi que de l'instruction des décisions prises par les maires au nom de la commune ou de l'Etat ». La loi « Maptam » a également étendu les possibilités de recours aux services communs à différentes personnes publiques : ils peuvent être créés entre un EPCI et une ou plusieurs de ses communes membres, entre un EPCI à fiscalité propre et un ou des établissements publics dont il est membre, ou entre un EPCI et le centre intercommunal d'action sociale qui lui est rattaché.

### Fonctionnement des services communs

La loi de réforme des collectivités territoriales du 16 décembre 2010 mettait en place une double mise à disposition, jugée trop complexe. La loi « Maptam » a donc modifié ces dispositions en prévoyant le transfert des agents des services « mis en commun » au service commun après avis des commissions administratives paritaires ou commissions consultatives paritaires compétentes. Ils conservent, s'ils y ont intérêt, leur régime indemnitaire et les avantages individuels acquis. Les services communs sont, en principe, gérés par l'EPCI. Une dérogation est toutefois prévue pour les communautés urbaines et les métropoles au profit d'une commune, choisie par l'organe délibérant communautaire ou métropolitain. Les agents des services communs sont placés, selon la mission qui leur est confiée, sous l'autorité fonctionnelle du maire ou du président de l'établissement. Une convention conclue entre l'établissement et la commune règle les effets de la mise en commun de services après avis des comités techniques compétents. Elle comporte le nombre d'agents transférés ainsi que, en annexe, une fiche d'impact portant sur les effets de l'organisation et les conditions de travail des agents concernés.

(1) Réponse ministérielle à la question n°2245, JO de l'Assemblée nationale du 8 janvier 2008.

(2) CAA de Nantes, 5 février 2010, « Cne de Larmor-Plage », req. n°09NT02087.

(3) CAA de Paris, 13 octobre 2009, « préfet du Val-de-Marne », req. n°08PA01647.

(4) CE, 5 juillet 2013, « Cne de Ligugé », req. n°366552.

(5) CAA de Douai, 27 mars 2012, « CA du Calais », req. n°10DA01514.

(6) Réponse ministérielle à la question n°2245, JO de l'Assemblée nationale du 8 janvier 2008.

## À RETENIR

➤ **Principe fondateur.** Le transfert de compétence entraîne un transfert du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre. Les lois relatives aux libertés et responsabilités locales et de réforme des collectivités territoriales et, plus récemment, la loi « Maptam » ont permis des alternatives aux transferts sans se départir du principe de spécialité, principe fondateur de l'intercommunalité.