

SPL et transferts de personnels, une mise en œuvre délicate ?

- Il existe différents outils juridiques tels que la mise à disposition, le détachement ou la disponibilité, permettant de transférer des agents titulaires des collectivités territoriales vers une SPL.
- Cependant, pour les agents contractuels, les possibilités sont plus limitées. Enfin, et bien qu'un doute subsiste quant à son caractère obligatoire, il est préférable de saisir la commission de déontologie en cas de transfert d'agents publics vers une SPL.

Auteurs

Lorène Carrère et Simon Ayrault,
Cabinet Seban & Associés

Mots-clés

Agent contractuel • Déontologie •
Détachement • Disponibilité • Mise à
disposition •

La lecture de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales ne renseigne pas sur le personnel de ces sociétés, pas plus que la lecture des différents rapports parlementaires préalables à l'adoption de cette loi. En effet, et à première vue, le personnel des sociétés publiques locales ne comporte pas de spécificités particulières à côté des autres entreprises publiques locales que sont les sociétés d'économie mixte (SEM) et les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). S'agissant de sociétés anonymes de droit commercial, le personnel de ces trois types de société est soumis au droit privé et donc au code du travail. C'est ainsi que la décision du Tribunal des conflits du 2 mai 1988⁽¹⁾ selon laquelle le contentieux des contrats conclus entre la société assurant une mission de service public mais disposant d'une personnalité morale de droit privé, et son personnel, relève de la compétence de l'ordre judiciaire, trouve également à s'appliquer à la SPL.

Mais, dans ces trois types de sociétés, la gestion des ressources humaines s'avère souvent plus complexe dès lors qu'elles ont à intégrer des personnels ayant la qualité d'agent public, issus des collectivités territoriales actionnaires et de leurs groupements. Pour ces agents s'appliquent alors la législation et la réglementation relatives à la mise à disposition, au détachement ou la disponibilité. Ces règles sont déjà bien connues pour les SEM. Toutefois, à la différence de ces dernières, les SPL sont caractérisées par la constitution exclusivement publique de leur capital et par leur intervention pour leurs actionnaires hors du champ concurrentiel.

Partant, et satisfaisant aux conditions du « in house », la SPL comporte-t-elle malgré tout des particularités quant au régime de transfert des personnels des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein des effectifs de la société ? Pour envisager le transfert d'agents titulaires d'une collectivité actionnaire vers la SPL, il convient de se reporter aux dispositions de

(1) T. confl. 2 mai 1988, M. Pierre Bon, req. n° 2520.

l'article 55 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. En effet, seules les positions statutaires qui y sont énumérées sont à envisager dès lors que l'hypothèse de l'exercice d'une activité accessoire par un agent de droit public auprès de la SPL, laquelle, bien qu'exerçant une activité d'intérêt général, reste une société à un but lucratif, est interdite⁽²⁾. S'ajouterait également le risque pénal avec la commission du délit de prise illégale d'intérêts⁽³⁾.

Il ressort donc que ces agents peuvent être transférés vers la SPL par le biais d'une mise à disposition (I), d'un détachement (II) ou à la suite d'une disponibilité (III). Les hypothèses de transfert des agents non-titulaires sont, quant à elles, plus limitées (IV). Dans tous les cas, il convient de s'interroger sur le respect des règles de déontologie lorsqu'un agent issu d'une collectivité actionnaire intègre la SPL (V).

I. La mise à disposition des agents

A) Principe de la mise à disposition

La mise à disposition des fonctionnaires territoriaux est prévue aux articles 61 et 61-1 de la loi du 26 janvier 1984. Le fonctionnaire peut ainsi être mis à disposition auprès d'un ou de plusieurs organismes pour y effectuer tout ou partie de son service. Plus précisément, la mise à disposition des fonctionnaires auprès de la SPL est possible dès lors qu'elle est prévue auprès notamment :

« Des organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes. »⁽⁴⁾

Toutefois, si la contribution de la SPL à une politique d'une collectivité territoriale ne fait guère de doute, la condition liée à l'exercice d'une mission de service public confiée à la SPL est débattue par certains observateurs⁽⁵⁾. Cette condition tendrait-elle à réduire les hypothèses de mise à disposition d'un agent auprès d'une SPL ? La SPL peut être compétente pour :

« Réaliser des opérations d'aménagement au sein de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou toute autre activité d'intérêt général. »⁽⁶⁾

Si on peut raisonnablement admettre que la condition liée à l'exercice d'une mission de service public est vérifiée lorsque la SPL réalise une opération d'aménagement, une opération de construction ou l'exploitation de services publics industriels et commerciaux, la simple participation à une activité d'intérêt général devrait être regardée comme insuffisante pour permettre la mise à disposition de l'agent. Dernière difficulté, l'agent doit être affecté à l'exercice des « seules » missions de service public, ce qui laisse planer un doute sur les agents participants à des fonctions administratives ou techniques supports et transversales.

(2) Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, art. 25 et décret n° 2007-658 du 2 mai 2007, art. 1^{er}.

(3) Code pénal, art. 432-12

(4) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 61-1 I.

(5) J.-F. Bizet, *Entreprises publiques locales, Lamy Axe Droit*, 2^e éd., p. 77.

(6) CGCT, art. L.1531-1.

B) Procédure

La mise à disposition ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du fonctionnaire. La commission administrative paritaire doit aussi être consultée préalablement, et l'organe délibérant informé⁽⁷⁾. Par ailleurs, une convention doit être conclue entre la collectivité d'origine et l'organisme d'accueil⁽⁸⁾ et indiquer la nature des fonctions prévues, les conditions d'emploi, les modalités de contrôle et de l'évaluation de ses activités, les modalités de remboursement de la rémunération ainsi que les missions de service public confiées à l'agent. L'arrêté et la convention sont transmis au contrôle de légalité.

C) Situation du fonctionnaire mis à disposition⁽⁹⁾

Le fonctionnaire perçoit la rémunération correspondant à son grade ou à son emploi d'origine et il conserve notamment le droit au versement des primes et indemnités auxquelles ouvre droit son emploi d'origine⁽¹⁰⁾. Toutefois, la SPL, doit rembourser à l'établissement d'origine, la rémunération de l'agent mis à disposition, ainsi que les cotisations et contributions afférentes. Il convient ensuite de préciser que les décisions relatives aux différents congés et de protection sociale sont prises par l'organisme d'accueil, qui applique le droit de la fonction publique territoriale, en informant la collectivité d'origine. Naturellement, les conditions de travail du fonctionnaire territorial mis à disposition sont fixées par la SPL. Enfin, la durée de la mise à disposition ne peut excéder trois ans, période renouvelable sans limitation de durée.

II. Le détachement des fonctionnaires vers la SPL

A) Le principe du détachement

Détaché, le fonctionnaire est placé hors de son cadre d'emplois, emploi ou corps tout en continuant à y bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite⁽¹¹⁾. Deux fondements semblent pouvoir permettre d'envisager le recours au détachement dans une SPL. Il s'agit des fondements du 5° et 6° de l'article 2 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions administratives, soit les cas de :

« 5° Détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un traité de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels [et de] 6° Détachement auprès d'un organisme privé ou d'une association dont les activités favorisent ou complètent l'action d'une collectivité publique, sous réserve de l'approbation préalable, par la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent, du projet de contrat et de ses avenants éventuels. »

(7) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 30 et 61.

(8) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 61 et du décret 2008-580 du 18 juin 2008, art. 2-L relatif au régime de la mise à disposition applicable aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs locaux

(9) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 61 et 61-1 et décret n° 2008-580 du 18 juin 2008 relatif au régime de la mise à disposition applicable aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs locaux.

(10) CE 18 décembre 2008, *Ministre de l'outre-mer*, req. n° 296122.

(11) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 55 et 64.

Les hypothèses de détachement sont donc conçues plus largement que dans la mise à disposition, le détachement étant possible pour l'exercice de missions d'intérêt général, critère insuffisant pour la mise à disposition. Cette différence trouve son explication dans le fait que l'agent est placé hors de son emploi, ce qui n'est pas dans le cas dans la mise à disposition où le lien avec l'employeur d'origine reste plus fort, d'où l'exigence d'un lien avec une mission de service public.

B) Procédure

Le détachement est dans tous les cas prononcé sur demande écrite du fonctionnaire territorial, adressée à l'autorité territoriale d'origine. La demande du fonctionnaire doit préciser la nature et la durée du détachement, l'organisme d'accueil, les fonctions envisagées, la rémunération prévue, toutes informations devant être confirmées par l'autorité d'accueil, afin que l'autorité d'origine puisse apprécier la possibilité du détachement demandé. Le projet de contrat doit être transmis et approuvé par la collectivité d'origine⁽¹²⁾. Par ailleurs, la commission administrative paritaire doit nécessairement être saisie préalablement à la décision de détachement⁽¹³⁾. Précision importante pour les SPL : le détachement auprès d'une entreprise privée a une durée de cinq années et peut être renouvelé par période n'excédant pas cinq ans.

C) Situation du fonctionnaire détaché

Le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce durant le détachement, à l'exception des dispositions des articles L. 1234-9, L. 1243-1 à L. 1243-4 et L. 1243-6 du code du travail ou de toute disposition prévoyant une indemnité de licenciement ou de fin de carrière⁽¹⁴⁾. La chambre sociale de la Cour de cassation vient d'ailleurs récemment de rappeler que la fin de détachement, à son terme, ne constitue pas un licenciement⁽¹⁵⁾. L'agent relève du droit du travail et disposera donc d'un contrat de travail de droit privé avec la SPL, lequel régira sa rémunération, le temps de travail, les congés. En revanche, si le fonctionnaire relève du régime général de la sécurité sociale pour la maladie, les retenues et contributions pour la retraite sont calculées sur la base du traitement afférent à l'emploi d'origine et versées à la Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales par la collectivité d'origine, qui est remboursée par la collectivité d'accueil⁽¹⁶⁾.

III. La disponibilité des fonctionnaires

La disponibilité est la position du fonctionnaire placé hors de son cadre d'emploi et qui cesse de bénéficier de tout droit à avancement et à retraite⁽¹⁷⁾. Dans cette hypothèse, la consultation de la commission administrative paritaire est obligatoire en principe, préalablement à la décision de l'autorité territoriale. Seule l'hypothèse de la mise en disponibilité « pour

convenances personnelles » peut être envisagée dans le cas de la SPL. Elle ne peut être accordée que pour une durée maximale de trois années renouvelable, dans la limite d'un total de dix années sur l'ensemble de la carrière. Le fonctionnaire en disponibilité peut ainsi travailler auprès de la SPL sans être tenu par les restrictions du détachement, notamment la prohibition du versement de toute indemnité de licenciement. En revanche, dans cette hypothèse, il ne cotise pas auprès de la CNRACL mais au régime général.

IV. Le cas des agents contractuels

L'agent non titulaire de la fonction publique territoriale peut faire partie des effectifs de la SPL. Toutefois, il ressort du I de l'article 35-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 que la mise à disposition est réservée aux agents non titulaires de droit public bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée. Les agents en CDD n'y ont donc pas accès. Dès lors, si un agent en CDD doit être intégré aux effectifs de la SPL, la seule solution réside dans la démission de l'agent afin de conclure un contrat de droit privé, la démission devant être prononcée dans le respect des dispositions de l'article 39 du décret précité du 15 février 1988.

V. Respect des règles de déontologie

En application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques⁽¹⁸⁾, la saisine de la commission de déontologie serait obligatoire dans tous les cas de transferts vers la SPL précédemment énumérés. En effet, la SPL étant une société anonyme, le personnel ayant la qualité d'agent public est assujéti aux règles de déontologie en matière d'exercice d'activités lucratives. À ce titre, il est interdit à un agent⁽¹⁹⁾, pendant une durée de trois ans à compter de la cessation définitive ou temporaire de ses fonctions, de travailler, de prendre ou de recevoir une participation par conseil ou capitaux dans une entreprise privée, lorsqu'il a été chargé au cours des trois dernières années précédant le début de cette activité, dans le cadre des fonctions qu'il a effectivement exercées : d'assurer la surveillance ou le contrôle de cette entreprise, de conclure des contrats de toute nature avec cette entreprise ou de formuler un avis sur de tels contrats, de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par cette entreprise ou de formuler un avis sur de telles décisions. Ainsi, en principe, cette interdiction ne peut être écartée que si la commission de déontologie a été saisie préalablement, dans les conditions posées par le décret n° 2007-611 du 26 avril 2007, et qu'elle a rendu un avis de compatibilité, l'autorité territoriale étant liée par un avis d'incompatibilité⁽²⁰⁾, auquel elle ne peut donc se soustraire.

Toutefois, il existe aujourd'hui un doute sur cette obligation dans le cas de la SPL, bien qu'il s'agisse d'une société anonyme ayant une activité lucrative. En effet, il a tout d'abord été considéré par la Commission de déontologie, en 2010, qu'elle était incompétente « pour connaître des activités envisagées par des agents dans toute autre structure, y compris associative, ne

(12) Décret n° 86-68 du 13 janvier 1986, art. 2 5° et 6°.

(13) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 64 et décret n° 86-68 du 13 janvier 1986, art. 27.

(14) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 66.

(15) Cass. soc. 13 novembre 2012, *Asso. pour les adultes et les jeunes handicapés de l'Aude*, req. n° 11-22.940.

(16) Décret n° 2007-173 du 7 février 2007, art. 6 II.

(17) Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, art. 72.

(18) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 87.I.

(19) Décret n° 2007-611 du 26 avril 2007, art. 1^{er}.

(20) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 87-VI.

regroupant que des personnes publiques ou ayant une activité qui ne peut être regardée comme s'exerçant dans le secteur concurrentiel»⁽²¹⁾. À lire la Commission, la SPL ne serait pas concernée dès lors qu'il s'agit d'une entité ne regroupant que des personnes publiques et qui de surcroît exerce son activité hors du champ concurrentiel. Cette exception semble avoir été confirmée par un avis⁽²²⁾ de la Commission en 2011 dans lequel elle s'est déclarée incompétente pour la demande d'un agent contractuel exerçant les fonctions de directeur général adjoint d'une communauté d'agglomération, en charge du développement et des coopérations territoriales, et qui souhaitait exercer une activité de direction au sein d'une société publique locale chargée de la gestion et de l'exploitation du palais des congrès mis en affermage. Ce serait donc là une différence notable avec la SEM qui, de son côté, n'est pas constituée qu'entre des personnes publiques et agit dans le champ concurrentiel.

Ces décisions doivent cependant être considérées avec prudence alors que la loi du 29 janvier 1993 et le décret du 26 avril 2007 relatifs à cette Commission de déontologie, visent les entreprises ou organismes privés sans différencier la composition de leur capital d'une intervention dans les conditions du «in house». L'exception créée par la Commission n'a donc pas été prévue par le législateur, pas plus que par le pouvoir réglementaire.

Enfin, on soulignera que cette dernière s'est également déclarée incompétente en 2011 pour la demande de détachement dans

une société d'économie mixte après avoir relevé que son financement est assuré par des fonds publics, que ses actionnaires sont majoritairement des collectivités territoriales et que son activité se situe dans le prolongement de celle de la collectivité d'origine. La Commission s'est donc déclarée incompétente, alors même que les conditions qu'elle avait posées en 2010 et relatives à une composition totalement publique du capital et un cadre d'intervention non concurrentiel ne sont pas remplis. Des éclaircissements s'imposent donc sur ce point.

Conclusion

Les possibilités de transfert d'un personnel issu d'une collectivité actionnaire vers la SPL sont strictement encadrées par la législation. Il revient *in fine* à la collectivité de déterminer le véhicule juridique le plus adapté à sa situation, sachant que, si le détachement semble la solution permettant d'exercer toutes les missions du champ d'intervention de la SPL, la mise à disposition recueille le plus souvent la préférence des agents, lesquels demeurent ainsi des fonctionnaires bénéficiant de la protection de leur statut, et notamment d'une garantie de «retour» au sein de la collectivité qu'ils n'ont, en réalité, juridiquement jamais quittée. Enfin, on recommandera aux différentes parties de continuer à saisir la Commission de déontologie des cas problématiques de transfert tant que les éclaircissements nécessaires n'auront pas été donnés. Une nouvelle circulaire plus précise que celle du 31 octobre 2007 ou même une nouvelle rédaction du décret du 26 avril 2007 serait évidemment souhaitable au regard du développement des entreprises publiques locales. ■

(21) Rapport d'activité 2010, p. 22.

(22) Commission de déontologie, avis n° T 2011-823 du 13 juillet 2011.