

LE PERSONNEL

Le transfert de compétence d'une commune au profit d'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) implique nécessairement un transfert de moyens, non seulement matériels et financiers, mais également humains.

Alors que la dévolution des biens, équipements et contrats nécessaires à l'exercice des compétences d'un EPCI fait l'objet, dans la loi n°99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, de dispositions expresses, la problématique du transfert des personnels est caractérisée, en revanche, par l'absence de toute règle spécifique.

Jusqu'à l'adoption de la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, il n'existait pas de dispositif de transfert obligatoire des personnels lors de la création EPCI. La loi du 12 juillet 1999 n'apportait aucune précision sur le régime juridique des personnels communaux concernés par les transferts de compétences en cas de création d'un EPCI ou d'élargissement de son périmètre ou de son champ de compétences. Le transfert des personnels des communes n'était ni obligatoire ni automatique et les agents pouvaient s'y opposer. A l'exception des communautés urbaines, la situation des personnels transférés d'une commune vers un EPCI n'était donc prévue par aucun texte.

Lors de la création ex nihilo d'un EPCI, les questions relatives au transfert de personnels étaient réglées par le statut général de la fonction publique territoriale et par le code général des collectivités territoriales (CGCT). L'article L5211-5 prévoyait que ces questions devaient être soumises à la délibération préalable des communes concernées. Les agents concernés devaient demander leur nomination dans les emplois créés par le nouvel EPCI en choisissant l'une ou l'autre des possibilités offertes par le statut, c'est-à-dire la mutation, le détachement, la mise à disposition ou l'inscription sur une liste d'aptitude établie après le concours, dès lors que leur emploi d'origine pouvait être supprimé.

En application de l'article 97 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale., l'agent dont l'emploi avait été supprimé et qui refusait une affectation dans le nouvel EPCI, était maintenu en surnombre pendant un an dans la collectivité ou l'établissement d'origine suivi d'une prise en charge par le Centre national de la fonction publique territoriale ou le centre de gestion.

Cette situation pouvait conduire à un accroissement du nombre de personnels communaux. En effet, certaines communes transféraient des compétences en conservant leur personnel, et inversement, les EPCI recrutait à l'extérieur des communes membres, les agents nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Par ailleurs, le système a entraîné une importante disparité dans le statut des agents des EPCI, leurs conditions d'exercice et leurs rémunérations.

L'article 46 de la loi du 27 février 2002 (article L5211-4-1 du CGCT) règle une partie des difficultés, en prévoyant que le transfert de compétence entraîne un transfert automatique du service ou de la partie de service chargée de sa mise en œuvre.

1 - Le Transfert des agents de la commune à l'EPCI

1.1 Les agents concernés par le transfert

Aux termes de l'article 46 de la loi du 27 février 2002 (L5211-4-1 du CGCT), dès lors qu'une compétence est transférée à titre exclusif à EPCI, les personnels et les services correspondant à l'exercice de cette compétence sont automatiquement transférés à l'EPCI et ces agents conservent leurs conditions d'emploi et leur régime indemnitaire.

Le transfert de compétence entraîne le transfert du service et des fonctionnaires qui remplissent en totalité leurs fonctions dans le service concerné.

Les modalités de transfert font l'objet d'une décision conjointe de la commune et de l'EPCI, prise après avis du comité technique paritaire de la commune et, s'il existe, du comité technique paritaire compétent pour l'EPCI. La loi n'a pas prévu que la commune puisse s'opposer au transfert.

Il est précisé que les questions relatives à la situation des fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires exerçant pour partie seulement leur activité dans le service transféré à l'EPCI sont réglées par convention entre les communes et l'EPCI, après avis des commissions administratives paritaires concernées, dans le respect des conditions de statut et d'emploi fixées par la loi du 26 janvier 1984.

2 hypothèses :

1- les fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux non titulaires, remplissent en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service transféré :

Dans ce cas, les agents sont transférés dans l'EPCI avec le statut et l'emploi qui sont les leurs (article 5211-4-1 du CGCT).

Quelle que soit la nature de la compétence transférée (obligatoire, optionnelle ou facultative), le transfert des agents est automatique et obligatoire. Ce transfert s'analyse comme une mutation, prononcée par l'autorité territoriale d'accueil (article 51 de la loi du 26 janvier 1984).

Fonctionnaires territoriaux :

La situation de ces agents est réglée par une convention entre la commune concernée et l'EPCI, après avis des CAP concernées, et dans le respect du statut général de la fonction publique territoriale (loi du 26 janvier 1984).

La convention définira la liste des agents concernés et précisera ce qui leur sera proposé (mutation, mise à disposition à temps partiel...).

En conséquence, le transfert ne pourra pas être imposé aux agents qui pourront faire valoir que certaines de leurs attributions sont restées dans le champ de compétences communales.

- **Agents non titulaires** : la loi ne prévoit rien pour eux.

Les dispositions des articles L5211-5, III ou L5211-17 dernier alinéa du CGCT peuvent toutefois s'appliquer à ceux recrutés par contrat.

Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les communes n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. La commune qui transfère la compétence informe les cocontractants de cette substitution.

Ces règles ne s'appliquent pas en cas de substitution de plein droit d'un EPCI à un autre. En effet, la transformation de l'EPCI n'emporte pas création d'une nouvelle personne morale de droit public et l'ensemble des personnes de l'établissement transformé est réputé relever du nouvel établissement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les siennes.

Toutefois, à l'inverse, lorsqu'un EPCI cesse d'exercer certaines compétences qu'il transfère à nouveau aux communes membres, le personnel bénéficie des mêmes règles de transfert automatique que précédemment.

1.2. Les conséquences du transfert

- **La rémunération** :

L'article 64 de la loi du 12 juillet 1999, autorisait l'organe délibérant d'un EPCI, à maintenir, à titre individuel, les avantages acquis que versait le précédent employeur au profit des agents affectés à cet établissement au titre de l'emploi qu'ils occupaient antérieurement dans une commune membre de l'EPCI. Cette disposition peut toujours être appliquée lorsqu'un agent est affecté – hors transfert – dans un EPCI. Les indemnités qui sont maintenues - si la collectivité le décide – sont les avantages acquis relevant de l'article 111 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

L'article 46 de la loi du 27 février 2002 (L5211-4-1 du CGCT), précise que les agents transférés, « *conservent, s'ils y ont intérêt, le bénéfice du régime indemnitaire qui leur était applicable.* » Cette disposition est appliquée dans le cas d'un transfert de compétence qui implique un transfert des personnels.

Le régime indemnitaire est constitué par l'ensemble des primes et des indemnités visées par l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984, ainsi que des avantages acquis visés par l'article 111 de la même loi, ce qui exclut la NBI, en tant qu'elle est un droit pour l'agent remplissant les conditions d'octroi de celle-ci.

Par ailleurs, les avantages collectivement acquis sont maintenus à titre individuel ; aussi, n'est-il pas possible de généraliser ce régime aux nouvelles embauches de l'EPCI.

Enfin, les horaires de travail ne peuvent être considérés comme un avantage acquis transférable.

Toutes ces règles s'appliquent à l'inverse, lorsque le transfert est réalisé dans le sens EPCI vers les communes.

- **L'attitude des agents concernés :**

- pour les fonctionnaires territoriaux et agents non titulaires qui exercent en totalité leurs fonctions dans le service transféré :

Le refus n'est pas admis.

- pour les fonctionnaires territoriaux et agents non titulaires qui exercent pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré :

La mutation ne pourra pas être imposée. Mais, dans la mesure où l'emploi, qui ne correspondra plus à un besoin de la commune, sera supprimé, la solution dépendra du statut de l'agent.

1. *Pour les fonctionnaires :*

- proposition de mutation, ou
- placement en surnombre durant 12 mois, puis
- prise en charge par le CNFPT

2. *Pour les non titulaires :*

- La commune offre un autre emploi,
- ou la commune procède au licenciement, les agents pourront alors prétendre à une indemnité de licenciement.

1.3. Difficulté de mise en œuvre du principe d'automatisation du transfert

La difficulté de mise en œuvre de ce principe d'automatisation, réside dans le fait que, souvent, l'EPCI n'est pas encore en état d'exercer les compétences qui lui sont transférées lors de ce transfert (ex : aucun projet à mettre en œuvre à la création de l'EPCI dans le cadre de la compétence « programme local d'habitat »).

Or, dans la mesure où le transfert de compétences entraîne automatiquement transfert du personnel, la structure intercommunale va supporter la charge d'un personnel qui ne correspondra pas à ses besoins immédiats.

Cas particulier des communautés urbaines :

Cette difficulté disparaît dans le cas des communautés urbaines.

L'article L.432-1 du code des communes dispose que « les personnels qui accomplissent leurs fonctions dans les services transférés à la communauté urbaine sont mis à la disposition de la communauté à compter de la date à laquelle l'exige la nécessité de service, et demeurent soumis aux dispositions de leur statut à cette date ».

Ceci se traduit dans un premier temps, par une mise à disposition des agents par la commune à l'EPCI, puis par un transfert définitif du personnel.

1.4. Le recours au régime de mise en commun d'un service

En vue de faciliter le fonctionnement des EPCI et de leurs communes membres, et en vue de réaliser des économies d'échelles du fait de la mutualisation de leurs moyens, la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales complète la possibilité de mise à disposition de services entre les EPCI et les communes les composant, d'ores et déjà reconnue depuis la loi du 27 février 2002 (article L5211-4-1 du CGCT).

Les services d'un EPCI peuvent être en tout ou partie mis à disposition d'une ou plusieurs de ses communes membres, pour l'exercice de leurs compétences, lorsque cette mise à disposition présente un intérêt dans le cadre d'une bonne organisation des services. Dans les mêmes conditions,

les services d'une commune membre peuvent être, par dérogation à la règle habituelle de transfert des services communaux nécessaires à l'exercice d'une compétence à la collectivité, en tout ou partie mis à disposition d'un EPCI pour l'exercice de ses compétences.

De même, les services d'un syndicat mixte associant exclusivement des collectivités territoriales ou des EPCI peuvent être mis à disposition de ses communes membres pour l'exercice de leur compétence. Réciproquement, les services d'une collectivité territoriale ou d'un EPCI peuvent être en tout ou partie mis à disposition du syndicat mixte pour l'exercice de ses compétences (article L5721-9 du CGCT).

Une convention conclue entre l'établissement et les communes intéressées fixe les modalités de cette mise à disposition.

Le maire ou le président de l'établissement public adresse directement au chef de service mis à disposition toutes instructions nécessaires à l'exécution des tâches qu'il confie audit service. Il contrôle l'exécution de ces tâches.

Un EPCI à fiscalité propre peut également, dans le cadre d'une gestion unifiée du personnel de l'établissement public et de celles des communes membres qui en ont exprimé le souhait, et dans les conditions fixées par le conseil de communauté, mettre son personnel et ses services à la disposition des communes qui en font la demande.

1.5. La reprise des contrats de droit privé

Un EPCI peut être amené à reprendre en régie directe, des activités jusqu'alors assumées par des associations ou des entreprises privées.

Les contrats de travail des personnes employées dans ces organismes relèvent des dispositions de droit privé et nombre de ces contrats sont à durée indéterminée

Dans ce cas, la reprise du personnel est obligatoire en vertu de l'article L122-12 du code du travail qui précise "*s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise*".

Si l'EPCI qui reprend l'activité prend la nature d'un SPIC, une jurisprudence constante considère que les salariés restent soumis au droit privé (sauf directeur et comptable) (arrêts de Robert Lafreygère CE 26/01/23 et Jalenques de Labeau CE 8/03/57). Les contrats sont reconduits en l'état.

Si l'EPCI prend la nature d'un SPA, la loi n°2005-843 du 26/07/2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (directive n°2001-23/CE), dans son article 20, oblige la personne

publique à proposer aux salariés repris, un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition législative ou réglementaire ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, le nouveau contrat proposé doit reprendre les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.

En cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat.

2. Le recrutement du personnel (hors transfert)

2.1. Le respect des principes posés par la loi du 26 janvier 1984

Les EPCI sont libres de créer les emplois, dans les filières qui correspondent à leurs compétences, afin de recruter les agents dont ils ont besoin.

Le principe posé par la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, suivant lequel les emplois permanents des collectivités territoriales sont occupés par des fonctionnaires, s'applique également aux EPCI.

Les recrutements doivent être effectués selon les mécanismes prévus par la loi du 26 janvier 1984 et ses décrets d'application.

Ainsi, les agents peuvent être recrutés par voie de :

- concours, sur titres, promotion interne
- mutation
- mise à disposition,
- détachement.

Les agents employés à temps complet, peuvent occuper leur emploi à temps plein ou à temps partiel.

L'EPCI. peut également créer des emplois à temps non complet suivant les règles définies par le décret n°91-298 du 20 mars 1991.

L'EPCI peut également recruter des agents non titulaires dans les cas définis par la loi du 26 janvier 1984 :

- pour remplacer des agents titulaires momentanément indisponibles, ou pour faire face à la vacance d'un emploi qui ne peut être pourvu immédiatement (article 3 alinéa 1 de la loi du 26 janvier 1984),
- pour exercer un emploi occasionnel ou saisonnier (article 3 alinéa 2 de la loi du 26 janvier 1984),
- pour exercer des fonctions pour lesquelles il n'existe pas de cadre d'emplois (article 3 alinéa 4 de la loi du 26 janvier 1984)
- pour les emplois de catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient (article 3 alinéa 5 de la loi du 26 janvier 1984)

- pour occuper un emploi à temps non complet dans un EPCI de moins de 1000 habitants pour une durée inférieure ou égale au mi-temps.(article 3 alinéa 4 de la loi du 26 janvier 1984)
- pour pourvoir un emploi fonctionnel de directeur de l'EPCI (article 47 de la loi du 26 janvier 1984, dans le respect des conditions de seuils démographiques définis par cet article),
- pour pourvoir un ou plusieurs emplois de cabinet du président de l'EPCI (article 110 de la loi du 26 janvier 84).

Par ailleurs, un certain nombre de recrutements d'agents sont soumis à des seuils démographiques.

Aussi, un décret (n°2000-954 du 22 septembre 2000), a-t-il défini des règles d'assimilation des établissements publics locaux aux collectivités territoriales, pour la création de certains grades de fonctionnaires territoriaux.

2.2. Les règles d'assimilation des EPCI aux collectivités territoriales

- ***Les syndicats :***

L'assimilation est effectuée en tenant compte des 3 critères suivants :

- compétences de l'organisme,
- l'importance de son budget,
- du nombre et de la qualification des agents à encadrer.

- ***Les Communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération ou d'agglomération nouvelle, les syndicats d'agglomération nouvelle :***

Sont assimilés à des communes dont la population serait égale à la somme des populations des communes regroupées.

Le texte précise en outre, dans son article 6, que « la situation statutaire et réglementaire des fonctionnaires n'est pas affectée par le changement de catégorie d'un établissement, lorsque ce dernier passe, en application des dispositions du présent décret, d'une catégorie à une catégorie inférieure. »

2.3. Avantages en nature

En vertu de l'article 79 de la loi du 12 juillet 1999, modifiant l'article 21 de la loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990, un directeur d'EPCI peut se voir attribuer un logement de fonction et/ ou un véhicule de fonction, à la condition que cet avantage soit justifié par une nécessité absolue de service. De même, des frais de représentation peuvent lui être alloués.

2.4. Cumul d'emploi communal / emploi d'EPCI

- ***pour les agents à temps complet :***

Le décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions, s'applique également aux EPCI.

L'article 7 alinéa 1er du décret-loi affirme que *"nul ne peut exercer simultanément plusieurs emplois rémunérés sur les budgets des collectivités visées par l'article 1er"*.

Le deuxième alinéa du même article précise que doit être considéré comme *"emploi pour l'application des règles posées au présent titre, toute fonction qui, en raison de son importance, suffirait à occuper normalement à elle seule l'activité d'un agent et dont la rémunération quelle que soit sa dénomination, constituerait, à raison de sa quotité, un traitement normal pour ledit agent"*.

Aussi, dès lors que l'activité secondaire exercée par l'agent peut être qualifiée "d'activité accessoire", c'est à dire, ne répondant pas à la définition du deuxième alinéa de l'article 7 du décret-loi, l'interdiction de principe formulée à l'article 7 alinéa 1er n'est pas applicable.

En conséquence, un agent employé à temps complet dans une collectivité, ne peut exercer une activité dans un EPCI, que si celle-ci est considérée comme accessoire.

Cette activité peut prendre la forme d'un emploi à temps non complet, sous réserve du respect de l'article 9 du décret n°91-298 du 20 mars 1991, qui prévoit qu'un fonctionnaire territorial percevant une rémunération à temps complet, ne peut être nommé dans un emploi à temps non complet de la même collectivité, d'un établissement relevant de la même collectivité ou du même établissement.

- ***pour les agents à temps non complet :***

Le décret n°91-298 du 20 mars 1991 permet à un fonctionnaire à temps non complet, d'occuper plusieurs emplois permanents à temps non complet, si la durée totale de service qui en résulte, n'excède pas de plus de 15 % celle afférente à un emploi à temps complet.