

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

Ainsi, l'article L. 5211-4-1 du CGCT prévoit que le transfert de compétence entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre.

6.1.1 LE TRANSFERT DES AGENTS DE LA COMMUNE A L'EPCI

6.1.1.1. Les agents concernés par le transfert

Deux hypothèses se présentent :

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

Dans ce cas, les agents sont transférés à l'EPCI en conservant les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs. Ainsi, le fonctionnaire est affecté sur un emploi correspondant à son grade et aux missions définies par le statut particulier de son cadre d'emplois. L'agent contractuel conserve le bénéfice des dispositions prévues par les clauses substantielles du contrat dont il est titulaire, en particulier celles qui concernent la rémunération (voir *infra*). Lorsque cet agent est transféré dans un service chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial, l'EPCI lui propose un contrat régi par le code du travail.

Le transfert des agents est de plein droit (ceux-ci ne peuvent s'y opposer).

Dans un arrêt du 5 février 2010 n°09NT02087, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que les autorités municipales ne peuvent, par délibération, estimer qu'un agent remplit en totalité ses fonctions dans un service transféré tout en s'abstenant, dans le même temps, de faire application des dispositions de l'article L. 5211-4-1 du CGCT (le poste de l'agent ayant en l'espèce été supprimé et l'agent, non transféré, placé en surnombre dans la commune).

Ce transfert s'analyse comme une mutation, prononcée par l'autorité territoriale d'accueil (article L. 512-24 du code général de la fonction publique – CGFP).

Les modalités du transfert font l'objet d'une décision conjointe de la commune et de l'EPCI. Cette décision est prise après établissement d'une fiche d'impact décrivant

notamment les effets du transfert sur l'organisation et les conditions de travail, ainsi que sur la rémunération et les droits acquis des fonctionnaires et des agents territoriaux contractuels faisant l'objet d'un transfert. La fiche d'impact est annexée à la décision. Les accords conclus préalablement à la décision sont annexés à la décision. La décision et ses annexes sont soumises à l'avis du ou des comités sociaux territoriaux compétents.

Ces dispositions sont applicables à un agent en congé maladie affecté dans un service ou une partie de service transféré (CE, 10 octobre 2014, n°369533), mais pas à un agent placé en disponibilité au moment du transfert du service (CAA de Marseille, 11 octobre 2011, n°09MA02601).

Compte tenu de la compétence du conseil municipal en matière de création et de suppression d'emplois (article L. 313-1 du CGFP) ainsi que pour créer ou supprimer des services publics, en fixer les règles générales d'organisation et, de façon générale, prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services de la commune (CE, 6 janvier 1995, n°93428), la décision de transfert de service appartient à l'organe délibérant.

En revanche, le maire reste compétent en sa qualité de chef des services municipaux pour prendre les mesures relatives à l'organisation interne des services de la commune et à la gestion de leurs agents (CE, 6 janvier 1995, n°93428 ; CE, 7 février 1936, n°43321).

2- Les fonctionnaires territoriaux et agents contractuels exercent pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré :

Le transfert peut être proposé aux fonctionnaires territoriaux et agents territoriaux contractuels exerçant pour partie seulement dans un service ou une partie de service transféré.

Si ces agents ont refusé leur transfert, ils sont de plein droit (c'est-à-dire sans leur accord) et sans limitation de durée mis à disposition, à titre individuel et pour la partie de leurs fonctions relevant du service ou de la partie de service transféré, du président de l'organe délibérant de l'EPCI. Ils sont placés, pour l'exercice de cette partie de leurs fonctions, sous son autorité fonctionnelle. Les modalités de cette mise à disposition sont réglées par une convention conclue entre la commune et l'EPCI.

3- Lorsqu'un EPCI restitue une compétence aux communes membres :

Le IV bis de l'article L. 5211-4-1 du CGCT prévoit qu'il est mis fin de plein droit à la mise à disposition des agents concernés. Le fonctionnaire territorial, qui ne peut être affecté dans son administration d'origine aux fonctions qu'il exerçait précédemment, reçoit une affectation sur un emploi que son grade lui donne vocation à occuper.

L'agent territorial contractuel, qui ne peut être affecté dans son administration d'origine aux fonctions qu'il exerçait précédemment, reçoit une affectation sur un poste de même niveau de responsabilités.

La répartition des agents transférés ou recrutés par l'EPCI et qui sont chargés, pour la totalité de leurs fonctions, de la mise en œuvre de la compétence restituée est décidée d'un commun accord par convention conclue entre l'établissement public et ses communes membres, après avis des comités sociaux territoriaux placés auprès de l'EPCI et auprès des communes.

A défaut d'accord sur les conditions de répartition des personnels dans un délai de trois mois à compter de la restitution des compétences, le représentant de l'État dans le département fixe cette répartition par arrêté.

Pour la mise en œuvre de la répartition, il appartient au préfet de veiller, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, à garantir un partage équilibré qui tienne compte des besoins effectifs de chaque commune au regard des conditions d'exercice de la compétence restituée et des ressources dont elle dispose, y compris celles résultant de la répartition des biens et de la redéfinition des relations financières avec l'EPCI en conséquence de la même restitution de compétence (CE, 11 décembre 2020, n°444762).

Les agents concernés sont transférés aux communes en application de la convention ou de l'arrêté de répartition dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs.

Les agents de l'EPCI qui sont chargés, pour une partie de leurs fonctions, de la mise en œuvre de la compétence restituée reçoivent une affectation au sein de l'établissement public correspondant à leur grade ou niveau de responsabilité.

Les dispositions de l'article L. 5211-4-1 du CGCT sont applicables aux syndicats mixtes constitués exclusivement de communes et d'EPCI et ceux composés uniquement d'EPCI (syndicats mixtes dits « fermés »), par renvoi de l'article L. 5711-1 du CGCT aux dispositions de droit commun, mais pas aux syndicats mixtes associant des collectivités territoriales, des groupements de collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public (syndicats mixtes dits « ouverts » : SMO) relevant des articles L. 5721-1 à L. 5722-11 du CGCT.

En ce qui concerne ces syndicats, des dispositions spécifiques déterminent l'impact des transferts de compétences sur les services (articles L. 5721-6-1 et L. 5721-9 du CGCT).

Dans les cas particuliers mentionnés à l'article L. 5211-39-2 du CGCT, l'auteur de la demande ou de l'initiative élabore un document présentant une estimation des incidences de l'opération notamment sur le personnel des communes et EPCI concernés. Le contenu de ce document est précisé par l'article D. 5211-18-3 du CGCT.

6.1.1.2. Les conséquences du transfert

- La rémunération :

En application de l'article L. 714-9 du CGFP, dans tous les cas où des agents territoriaux changent d'employeur en application d'une réorganisation prévue à la cinquième partie du CGCT, notamment celle mentionnée à l'article L. 5211-4-1 du même code, ils conservent, s'ils y ont intérêt, le bénéfice du régime indemnitaire qui leur était applicable.

Le régime indemnitaire est constitué de l'ensemble des primes et indemnités visées par l'article L. 714-4 du CGFP. Il n'inclut par conséquent pas la nouvelle bonification indiciaire (NBI) qui constitue un droit pour le fonctionnaire remplissant les conditions d'octroi de celle-ci.

Dans ce cadre, il appartient aux collectivités ou aux établissements d'accueil de compenser, pour chaque agent concerné, une éventuelle perte de rémunération.

Ces agents conservent également, à titre individuel, les avantages collectivement acquis ayant le caractère de complément de rémunération mentionnés à l'article L. 714-11 du CGFP. En application de cet article, les collectivités ou établissements d'accueil ne peuvent pas délibérer afin d'étendre le bénéfice de ces avantages collectivement acquis aux agents nouvellement recrutés.

Dans le cadre d'une réorganisation prévue à la cinquième partie du CGCT, la collectivité ou l'établissement d'accueil peut par ailleurs verser, sur délibération, une indemnité de mobilité aux agents concernés dès lors qu'ils changent de lieu de travail ou du fait de leur transfert et que ce changement entraîne soit un allongement important de leur trajet domicile-travail, soit un changement de résidence familiale. Les modalités de mise en œuvre de cette indemnité de mobilité sont prévues par les décrets n° 2015-933 et n° 2015-934 du 30 juillet 2015.

- La protection sociale complémentaire et l'action sociale :

Les dispositions des articles L. 5111-7 et L. 5111-8 du CGCT, relatifs respectivement à la protection sociale complémentaire, l'action sociale et aux obligations de formation, demeurent applicables aux agents territoriaux qui changent d'employeur en application d'une réorganisation prévue à la cinquième partie du CGCT.

- Les conditions et le temps de travail :

Les conditions de statut et d'emploi (quotité de temps de travail, temps complet ou non complet par exemple) des agents territoriaux, qui changent d'employeur en application d'une réorganisation prévue à la cinquième partie du CGCT, sont maintenues.

Les règles relatives au temps de travail (horaires, autorisations spéciales d'absence, modalités de gestion des congés annuels par exemple) ne sont toutefois pas maintenues et dépendent des dispositions applicables dans la collectivité ou l'établissement d'accueil.

- Le compte-épargne temps (CET) :

Les agents territoriaux, qui changent d'employeur en application d'une réorganisation prévue à la cinquième partie du CGCT, bénéficient du maintien de leurs droits à CET. Ils ne pourront toutefois les utiliser que dans les conditions définies par la collectivité ou l'établissement d'accueil.

L'indemnisation ou la prise en compte au sein du régime de retraite additionnelle de la fonction publique (RAFP) des droits épargnés sur le CET ne sera possible que si la collectivité ou l'établissement d'accueil a délibéré en ce sens conformément à l'article L. 621-5 du CGFP.

6.1.2. LE RECOURS AU REGIME DE MUTUALISATION DES SERVICES

L'article L. 5211-4-1 du CGCT prévoit que, dans le cadre d'une bonne organisation des services, une commune peut conserver tout ou partie du service concerné par le transfert de compétences, à raison du caractère partiel de ce dernier. Ses services sont alors en tout ou partie mis à disposition de l'EPCI auquel la commune adhère pour l'exercice des compétences de celui-ci.

De la même manière, 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.

Lorsque les services d'une commune sont mis à disposition de l'intercommunalité, on parle de mutualisation ascendante. Lorsque l'intercommunalité réalise des services pour une ou plusieurs de ses communes membres, on parle de mutualisation descendante.

Une convention conclue entre l'EPCI et chaque commune intéressée fixe les modalités de ces mises à disposition après consultation des comités sociaux territoriaux compétents. Les agents publics concernés sont de plein droit et sans limitation de durée mis à disposition, à titre individuel, selon le cas, du président de l'organe délibérant de l'EPCI ou du maire. Ils sont placés, pour l'exercice de leurs fonctions, sous son autorité fonctionnelle. Les modalités de cette mise à disposition sont également réglées par la convention précitée.

Par ailleurs, un EPCI et une ou plusieurs de ses communes membres peuvent, en dehors des compétences transférées, créer un service commun en application de l'article L. 5211-4-2 du CGCT, afin de mutualiser leurs services supports, des missions fonctionnelles (administration générale, ressources humaines, ingénierie, études, informatique...) ou l'exercice des compétences ou missions opérationnelles.

Le guide des coopérations à l'usage des collectivités locales et de leurs groupements¹ recense l'ensemble des possibilités de mutualisation ainsi que leur impact sur les personnels. Il convient de s'y reporter pour une présentation exhaustive de ces dispositifs.