

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 38-39, 21 Septembre 2015, 2280

Brèves réflexions sur l'évolution du droit de la fonction publique à travers le prisme de la loi NOTRe

Etude rédigée par : Didier Jean-Pierre
professeur agrégé de droit public, université d'Aix-Marseille
avocat, CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Sommaire

La loi NOTRe du 7 août 2015 comporte finalement assez peu de dispositions intéressant les personnels. Elle s'inscrit pourtant dans le droit fil des évolutions statutaires apportées par les lois du début des années 2000 qui ont imaginé les transferts de personnels à grande échelle. La modernisation de l'action publique territoriale et le renforcement de l'intercommunalité ne sont pas sans effet sur certaines évolutions remarquables du droit de la fonction publique. Ces évolutions peuvent être retracées en trois tendances : dérogation, juridicisation, réformation.

1. - L'exposé général des motifs du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) ne mentionne pas le sort des personnels à l'occasion des mutualisations de services et transferts ou délégations de compétences annoncés. Fallait-il en déduire hâtivement que la question était apparue accessoire ? Probablement pas puisqu'un titre entier de la loi du 7 août 2015 est consacré au sujet sous la sobre appellation de « *Dispositions relatives aux agents* » (Titre V, art. 114 à 117 de la loi). Comme souvent avec les textes fleuves, il ne faut guère se fier aux apparences car l'on peut lire et découvrir tout au long des 136 articles que compte la loi NOTRe des dispositions concernant directement le personnel.

Remarque :

Sans prétendre à l'exhaustivité, on renverra le lecteur aux articles 24 pour la mutualisation en matière d'éducation, aux articles 35, 40, 47, 56, 59 et 72 en ce qui concerne l'intercommunalité ou bien encore aux articles 119 et 120 situés au sein d'un Titre VI à l'intitulé alléchant et plein de promesses « *Dispositions tendant à faciliter le fonctionnement des collectivités territoriales* ».

Pourtant au gré des réformes législatives qui se succèdent, il semble difficile de pouvoir affirmer que le « choc de simplification » bénéficie aux personnels concernés par les mutualisations et transferts de compétences.

La problématique n'est cependant pas nouvelle. On la rencontrait déjà en 1966 à l'occasion de la création par la loi des communautés urbaines^{Note 1}. Elle a rebondi avec la loi du 27 février 2002 qui avait en quelque sorte lié le sort du personnel à la compétence ou au service transféré ce qui témoignait d'une logique cohérente et responsable afin de limiter les risques de doublons^{Note 2}. Le transfert des personnels ne s'est cependant pas opéré sans coût supplémentaire puisqu'à peu près partout l'augmentation des régimes indemnitaires au sein des structures intercommunales a permis d'éviter la diversité des situations en fonction des communes d'origine des personnels transférés, de réussir les regroupements intercommunaux envisagés et de réduire à néant les conflits sociaux. Une nouvelle étape a été franchie en 2004 lorsque l'État a souhaité transféré de nouvelles compétences aux départements et aux régions tout en transférant aussi les personnels notamment les agents TOS de l'éducation nationale et les personnels des directions départementales de l'équipement^{Note 3}. Les interventions législatives postérieures survenues en 2007, 2010 et avec la loi MAPTAM de 2014 ont repris les mêmes principes tout en améliorant progressivement les garanties des agents et en accroissant les règles dérogatoires. Par ailleurs, de nouvelles exigences ont vu le jour, telles qu'études d'impact, généralisation des fiches de poste, obligation de négocier... La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 participe une nouvelle fois de cette évolution toujours potentiellement anxiogène pour les agents comme le sont toutes les réformes de réorganisation des services.

Pourtant tous les agents n'ont pas les mêmes motifs de préoccupation et ne sont pas tous logés à la même enseigne. Les cadres supérieurs de la fonction publique territoriale sont souvent présentés comme les victimes collatérales de la nouvelle organisation territoriale car des emplois de direction vont fusionner et les perspectives professionnelles risquent de s'amoinrir. D'ailleurs, la diminution du nombre d'emplois d'administrateurs territoriaux ouvert au concours 2015-2016 semble anticiper ces évolutions. Les autres personnels trouveront à s'inquiéter du maintien de leurs conditions de travail, de leurs avantages sociaux, de la durée de leur temps de travail ou de l'allongement des trajets quotidiens.

Mais la réflexion ne peut se limiter à ces seules considérations. La modernisation de l'action publique territoriale et le renforcement de l'intercommunalité ne sont pas sans effet sur certaines évolutions remarquables du droit de la fonction publique. Ces évolutions peuvent être retracées en trois tendances : dérogation, juridicisation, réformation.

1. Des dérogations au statut général de la fonction publique

2. - La mutualisation des services et les transferts de compétences ont donc donné naissance à un droit de la fonction publique territoriale dérogatoire au statut général de la fonction publique dont on peut mettre en évidence trois traits caractéristiques.

En premier lieu, il s'agit d'un droit élaboré pour la gestion collective des personnels alors que le statut général envisage plutôt la situation des fonctionnaires dans une perspective individuelle même s'il existe quelques exceptions^{Note 4}. Force est de constater que le code général des collectivités territoriales contient de plus en plus de dispositions spécifiques intéressant le personnel. Ne conviendrait-il pas de songer un jour à les rassembler ? Le risque est aussi, à force de faire du sur-mesure, de compliquer davantage les changements institutionnels qui chacun obéissent à leurs règles particulières (transfert de personnels à un EPCI, création de services communs, de services unifiés...).

En deuxième lieu, il convient de constater que le législateur a instauré un certain nombre de mesures contraignantes pour les fonctionnaires que le statut général n'avait pas édictées. On songe évidemment aux transferts de plein droit des agents exerçant en totalité leurs fonctions dans le service transféré en cas de transfert de compétences d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI)^{Note 5}. Il faut citer aussi les mécanismes inventés à l'origine par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, repris par la loi n° 2007-209 du 19 février 2007 mais aussi par la loi MAPTAM concernant les agents des services de l'État transférés aux collectivités territoriales. La loi NOTRe renvoie d'ailleurs cette fois-ci expressément aux dispositions de la loi

MAPTAM pour régir les transferts de ces personnels^{Note 6}. Ces derniers seront donc transférés de plein droit en étant mis à la disposition de la collectivité et bénéficieront d'un droit d'option à compter de la date de transfert définitif du service en pouvant garder leur statut de fonctionnaire d'État ou devenir fonctionnaire territorial. C'est d'ailleurs à l'occasion de la loi de 2004 que la position de détachement à durée illimitée est apparue pour les fonctionnaires d'État refusant de choisir d'embrasser une carrière de fonctionnaire territorial alors que le statut général de la fonction publique ne prévoyait que des détachements à durée limitée. Mais que l'État n'inventerait-il pas pour transférer une partie de ses agents vers les collectivités territoriales sans réelle possibilité de retour du moins à grande échelle...

C'est toujours au rang des dispositions contraignantes que l'on peut souligner la notion « *d'affectation de plein droit* » utilisée par l'article 114-III de la loi du 7 août 2015 à propos des fonctionnaires territoriaux d'un département exerçant leurs fonctions dans un service transféré à la région.

En troisième lieu, pour compenser les sujétions nées des transferts obligatoires de personnels ou de mises à disposition de plein droit, le législateur a multiplié les garanties à la fois rassurantes pour les agents et de nature à éviter des mouvements sociaux paralysant les fusions ou rapprochements institutionnels. C'est en sens qu'il faut comprendre l'article L. 5111-7 du CGCT qui dispose que les agents « *conservent, s'ils y ont intérêt, le bénéfice du régime indemnitaire qui leur était applicable ainsi que, à titre individuel, les avantages acquis en application du troisième alinéa de l'article 111 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984* ». Cette disposition s'applique dans tous les cas où les agents changent d'employeur dans le cadre d'une coopération locale. Néanmoins conserver son régime indemnitaire ne veut pas dire conserver le même montant. Ainsi, certains coefficients de prime liés à la manière de servir peuvent varier d'une année sur l'autre^{Note 7}. Par ailleurs, si l'agent percevait des indemnités horaires pour travaux supplémentaires, il ne peut avoir aucune garantie que son nouvel employeur aura besoin que soient effectuées des heures supplémentaires. Dans le même ordre d'idées, si l'agent percevait dans son ancien poste la NBI, il ne peut avoir aucune assurance que l'emploi qu'il sera amené à occuper lui donnera droit à recevoir une telle bonification. Il est vrai que jusqu'à présent, dans de telles opérations, l'alignement du régime indemnitaire s'était fait « par le haut »^{Note 8}. La loi NOTRe semble laisser entrevoir d'autres perspectives. Certes, il est précisé à chaque fois que les régimes indemnitaires sont conservés mais s'agissant par exemple du transfert des personnels des départements aux régions ou à d'autres collectivités territoriales ou bien du regroupement de régions, la loi précise que « *dans un délai de neuf mois à compter de la date de transfert définitif des services ou parties de services, la collectivité définit le régime indemnitaire qui s'applique aux agents nouvellement recrutés* »^{Note 9}. Aucun alignement par le haut n'est ainsi postulé, au contraire puisque les anciens régimes indemnitaires détenus par les agents et conservés à titre individuel devront être abandonnés au profit du nouveau régime indemnitaire commun.

Le Gouvernement se devait donc d'apaiser les craintes. Madame la ministre Marylise Lebranchu avait d'ailleurs déclaré qu'« *aucun agent n'y perdra* ». C'est pourquoi la loi MAPTAM avait créé une nouvelle indemnité dite de mobilité pouvant être versée par la collectivité ou l'établissement d'accueil. Les décrets d'application ont finalement été publiés une semaine avant la promulgation de la loi NOTRe^{Note 10}. Cette dernière est d'ailleurs venue ajouter à l'article L. 5111-7 du CGCT une disposition concernant le transfert de la protection sociale complémentaire des agents dont ils pouvaient bénéficier chez leur ancien employeur. Désormais, les agents pourront conserver, s'ils y ont intérêt, le bénéfice de l'aide qu'ils recevaient au titre d'un contrat ou règlement « labellisé » tandis que les agents couverts par une convention de participation en demeureront bénéficiaires jusqu'à son échéance avec substitution du nouvel employeur.

L'inquiétude sur leur statut ne concerne pas que les agents de catégorie C légitimement inquiets de la perte de leur pouvoir d'achat. Elle s'est aussi emparée des cadres troublés de la suppression à venir des hauts emplois fonctionnels de la fonction publique territoriale au motif de réaliser des économies et d'éviter le phénomène de doublonnage. Si le maintien des emplois fonctionnels est peu ou prou assuré jusqu'au 30 juin 2016, les décharges de fonction vont survenir après cette date dès lors que l'assemblée délibérante de la région de regroupement se sera prononcée sur la création des emplois fonctionnels^{Note 11}.

En marge de la multiplication des règles dérogatoires s'est développée une forme de juridicisation des mutualisations et transferts de services.

2. La juridicisation des transferts et mutualisations de services

3. - Le droit de la fonction publique consacré aux transferts et mutualisations de services tend à verser dans l'excès de judiciarisation. Probablement parce que la confiance entre les partenaires fait défaut, et sans d'ailleurs que l'on prenne le soin de réfléchir sur cet aspect, les pouvoirs publics s'aventurent dans une formalisation juridique excessive des relations sociales entre fonctionnaires et employeurs. L'exemple de la fiche de poste et celui de la formalisation de l'entretien d'évaluation et des recours possible pourraient être avancés.

Or, le droit risque de mal s'accommoder d'outils qui relèvent davantage de la gestion que du domaine juridique et l'on est fondé à se demander si la réforme territoriale nécessite vraiment une telle juridicisation. Ainsi, la réorganisation à l'occasion des mutualisations de services fait référence à des notions qui n'ont rien de juridique. La loi MAPTAM du 27 janvier 2014 avait ainsi exigé pour la mise en place de services communs la passation d'une convention après établissement d'une fiche d'impact décrivant notamment les effets sur l'organisation et les conditions de travail, la rémunération et les droits acquis des agents. Cette fiche d'impact doit être annexée à la convention. L'interrogation demeure quant à la portée juridique de cette fiche d'impact et aux conséquences de son éventuelle absence ou de sa réelle consistance alors que la loi NOTRe a étendu le champ des services communs^{Note 12}.

La même réflexion peut être faite à propos de l'article L. 5111-7 II du CGCT, issu de la loi MAPTAM qui oblige l'employeur à engager une négociation sur l'action sociale au sein du comité technique si les agents changent d'employeur^{Note 13} et si l'effectif de l'établissement d'accueil est au moins de cinquante agents. Mais quelle portée juridique effective peut avoir une telle disposition qui n'instaure aucune obligation de résultat et qui n'impose évidemment pas qu'une telle négociation aboutisse de quelque manière que ce soit ? Que se passerait-il en cas de non-respect de cette disposition ? Juridiquement probablement rien. Le droit ne sert ici que de vecteur à l'affirmation du dialogue social et formalise inutilement le jeu de la négociation. La loi NOTRe qui pourtant est venue modifier l'article L. 5111-7 du CGCT ne l'a pas modifié sur ce point.

3. La réformation permanente des règles relatives aux transferts de personnels

4. - Depuis 2002, les règles relatives aux transferts de personnels n'ont cessé d'évoluer. Ces modifications s'expliquent par toute une série de motifs qui peuvent se combiner entre eux.

On peut ainsi invoquer le contexte politique et la proximité d'échéances électorales. Ainsi en est-il probablement de la fusion des régions décidée pour le moins assez hâtivement et sans grande réflexion sur les mouvements de personnels induits.

Un autre motif d'intervention législative réside dans la volonté parlementaire de résoudre des difficultés juridiques ponctuelles ou de combler des lacunes. Tel est le cas de l'hypothèse de retrait d'une commune d'un établissement de coopération intercommunale (EPCI) pour réexercer la compétence transférée^{Note 14} ou pour rejoindre un autre EPCI comme l'envisage l'article 35-IV de la loi NOTRe. Les agents mis à disposition suivent alors la compétence transférée et poursuivent leur mise à disposition auprès de cet autre établissement public. Ce transfert de mise à disposition pour le moins original se passe de l'accord préalable des agents mais nécessitera une nouvelle convention de mise à disposition même si le législateur est muet sur ce point. Ce sera sûrement l'objet de nouvelles précisions à l'occasion d'une prochaine intervention législative. Le même article 35-IV aborde le cas du retrait de plusieurs communes d'un EPCI ou celui de la dissolution d'un EPCI avec des agents qui seront répartis entre les communes et l'EPCI d'accueil ou les EPCI reprenant les compétences qui étaient exercées par l'EPCI dissous^{Note 15}. À défaut d'entente entre les différents partenaires, ce sera au représentant de l'État de fixer la répartition.

C'est dans le même esprit que s'inscrit le nouvel article IV bis de l'article L. 5211-4-1 du CGCT qui prévoit la restitution d'une compétence par un EPCI aux communes membres. Les fonctionnaires et agents non titulaires transférés par les communes et ceux recrutés par l'EPCI et affectés totalement à l'exercice de cette compétence devront être répartis à

l'amiable par voie conventionnelle entre l'EPCI et les communes. À défaut d'entente, c'est le préfet qui fixera par arrêté la répartition des personnels. Les fonctionnaires mis à disposition réintégreront leur commune d'origine tandis que les non titulaires devront être affectés dans un poste de même niveau de responsabilité.

Ces exemples montrent une troisième série de raisons aux modifications incessantes. La loi, apportant davantage de précisions et de détails à chaque étape, s'expose à des demandes reconventionnelles de la part des acteurs concernés et à des revendications incessantes de précisions supplémentaires tendant à alourdir davantage le volume normatif. C'est ainsi qu'est apparu l'article L. 5111-7 du CGCT créé par la loi MAPTAM du 27 janvier 2014 et déjà modifié par la loi NOTRe qui a ajouté la garantie supplémentaire du transfert de protection sociale complémentaire pour les agents concernés par la réorganisation territoriale et changeant d'employeur.

Il n'est donc pas difficile d'annoncer que tous les textes cités connaîtront probablement d'autres évolutions au gré du contexte politique, des difficultés juridiques d'application rencontrées et des mouvements sociaux. Mais il est intéressant de noter qu'un droit spécifique de la fonction publique s'installe désormais durablement au sein du Code général des collectivités territoriales.

Egalement dans ce dossier : articles 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2281

Note 1 L. n° 66-1069, 31 déc. 1966, relative aux communautés urbaines.

Note 2 D. Jean-Pierre, *Intercommunalité et fonction publique territoriale dans la loi du 27 février 2002* : JCP A 2002, 1093.

Note 3 D. Jean-Pierre, *Le transfert des TOS aux départements et régions* : JCP A 2006, 1043.

Note 4 V. par exemple, L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 14 ter et L. n° 86-33, 9 janv. 1986, art. 102.

Note 5 CGCT, art. L. 5211-4-1.

Note 6 Art. 114-I de la loi du 7 août 2015. V. H. Pauliat, *La situation des personnels en cas de transferts de services : un dispositif inspiré de la loi du 13 août 2004* : JCP A 2014, 2054.

Note 7 L'indemnité d'administration et de technicité par exemple.

Note 8 D. Jean-Pierre, *L'impact de la loi du 19 février 2007 sur les transferts de personnels et de régimes indemnitaires* : JCP A 2008, 2043.

Note 9 Art. 114 de la loi du 7 août 2015.

Note 10 D. n° 2015-933, 30 juill. 2015, portant attribution d'une indemnité de mobilité à certains agents de la fonction publique territoriale ; D. n° 2015-934, 30 juill. 2015, fixant les plafonds de l'indemnité de mobilité attribuée à certains agents de la fonction publique territoriale.

Note 11 V. art. 114-V de la loi du 7 août 2015. Pour des mécanismes comparables, voir également l'article 52 à propos de la métropole d'Aix-Marseille-Provence, l'article 59 pour le Grand Paris, l'article 114-IX dans le cas de la création d'une commune nouvelle.

Note 12 Nouvelle rédaction de l'article L. 5211-4-2 du CGCT.

Note 13 Ce changement d'employeur intervenant par l'effet de la création d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou d'une fusion d'établissements publics à fiscalité propre. Il en est de même si le changement d'employeur résulte de la création d'un service unifié prévu à l'article L. 5111-1-1, d'un service mentionné au II de l'article L. 5211-4-1 ou d'un service commun prévu

à l'article L. 5211-4-2 et si ce service compte au moins cinquante agents.

Note 14 Cette situation probablement considérée à une époque comme largement théorique s'est révélée à l'usage de l'intercommunalité comme une réelle possibilité. Le Conseil d'État avait alors jugé que les dispositions de l'article L. 5211-4-1 du CGCT 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 coopération 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 (*CE, 5 juill. 2013, n° 366552, Cne de Ligugé ; JurisData n° 2013-013825 ; JCP A 2013, 2282, note H. Pauliat*). Dans ce cas, on peut imaginer le surnombre des fonctionnaires concernés dans le cadre de l'article 97 de la loi du 26 janvier 1984 et la prise en charge par le centre de gestion, ce qui apparaît vite comme une situation coûteuse.

Note 15 Voir également l'article 40-IV de la loi NOTRe qui prévoit des règles similaires pour les agents mis à disposition d'un syndicat de communes ou d'un syndicat mixte ; voir également les règles similaires pour l'Ile-de-France posées par l'article 47 de la loi NOTRe venant ajouter au dispositif prévu par la loi MAPTAM.