

Les agents des services publics industriels et commerciaux sont en principe employés dans les conditions du droit privé. C'est le cas dans les SPL mais aussi les régies quelle que soit la forme choisie (personnalisée ou dotée de la seule autonomie financière), et théoriquement même en régie simple, c'est-à-dire complètement intégrée au sein des services de la collectivité. Ce principe connaît deux exceptions, à savoir le directeur et l'agent comptable (lorsqu'il y en a un) qui sont des agents publics.

L'emploi de fonctionnaires par les régies est toutefois toléré dans les régies directes ou à simple autonomie financière, ce qui signifie qu'il est possible d'avoir, au sein d'un même service, à la fois des agents de droit public, relevant notamment du statut de la fonction publique territoriale, et des agents contractuels de droit privé, relevant du droit du travail, même si cette situation pourrait être contestée.

| | | |
|-----|--|---|
| 1 | L'emploi dans les conditions du droit privé mais possibilité d'emploi de fonctionnaires territoriaux..... | 2 |
| 2 | Quelles possibilités de détachement ou de mise à disposition de fonctionnaires territoriaux (régie ou SPL) ? | 2 |
| 2.1 | Le détachement..... | 2 |
| 2.2 | La mise à disposition (à temps complet ou partiel)..... | 3 |
| 2.3 | La disponibilité..... | 4 |
| 3 | La gestion de la mixité de statut au sein d'une régie ou SPL..... | 4 |
| 4 | Cas particuliers..... | 5 |
| 4.1 | Le directeur de la régie..... | 5 |
| 4.2 | L'agent comptable..... | 5 |



6. Quelle gestion pour les ressources humaines ?



1 L'emploi dans les conditions du droit privé, mais possibilité d'emploi de fonctionnaires territoriaux

Les agents des régies des services publics industriels et commerciaux sont en principe employés dans les conditions du droit privé, exception faite du directeur et, le cas échéant, de l'agent comptable¹ (cf. § 4 ci-après).

Cette règle a toujours été mise en œuvre par les régies dotées de la personnalité morale et les SPL (recrutement direct de salariés de droit privé ou de fonctionnaires en position de détachement au sein de la régie, cf. § 2 ci-dessous).

Toutefois, l'emploi de fonctionnaires en position normale d'activité par les régies dotées de la seule autonomie financière (a fortiori les régies directes) a toujours été toléré... Pour les fonctionnaires recrutés par un SPIC, le Conseil d'État a indiqué dans un avis du 3 juin 1986 que « réserve étant faite du directeur et du comptable, les régies industrielles et commerciales des collectivités territoriales ne devraient, en principe, employer que des personnels de droit privé (...). Les fonctionnaires des collectivités territoriales conservent le bénéfice de leur statut, même si, à tort ou à raison, ils sont affectés à une régie industrielle et commerciale ». Le fonctionnaire recruté à tort reste donc fonctionnaire. En revanche, même si le juge ne s'est encore jamais prononcé sur ce point, il est à craindre qu'en cas de contentieux, il enjoigne à la régie de régulariser la situation des fonctionnaires recrutés au sein de la régie².

De facto, on constate une grande diversité des pratiques des régies, y compris avec mixité de statuts au sein d'une même régie (résultant en général de l'intégration d'agents de différents statuts à l'occasion d'une reprise en régie ou d'une fusion de régies).

2 Quelles possibilités de détachement ou de mise à disposition de fonctionnaires territoriaux (régie ou SPL) ?

Lorsque des fonctionnaires territoriaux rejoignent ou travaillent dans une SPL ou une régie qui emploie du personnel dans les conditions du droit privé, il doit leur être proposé soit un contrat de travail de droit privé dans le cadre d'un détachement ou d'une disponibilité, soit une mise à disposition (le cas échéant à temps partiel), sans que cela n'implique de renoncer au statut de fonctionnaire.

Ces différents régimes sont encadrés par la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 (statut FPT) et le décret n°86-68 du 13 janvier 1986 (détachement, disponibilité, etc. des fonctionnaires territoriaux).

2.1 Le détachement³

Le détachement est la situation du fonctionnaire qui se trouve placé dans un corps ou cadre d'emplois différent de son corps ou cadre d'emplois d'origine. Il exerce ses fonctions et est

¹ Conseil d'Etat, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, n° 15219

² Par exemple via une mise à disposition ou un détachement.

³ Textes de référence : art. 64 à 69 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 (statut FPT) et décret n°86-68 du 13 janvier 1986 (détachement, disponibilité etc. des fonctionnaires territoriaux).



rémunéré selon les règles applicables dans son corps ou cadre d'emplois d'accueil, mais le pouvoir disciplinaire continue de relever de la collectivité d'origine.

Le statut de la fonction publique autorise le détachement de fonctionnaires auprès d'une collectivité (par exemple régie dotée de la seule autonomie financière), d'un établissement public (notamment une régie dotée de la personnalité morale) ou encore d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, par exemple d'exploitation d'un service public⁴ (cas notamment des SPL). **Le détachement d'un fonctionnaire au sein de sa propre collectivité est possible** depuis la modification en 2011 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration⁵. **Une collectivité peut donc détacher un ou plusieurs de ses agents titulaires sur des postes de sa régie et ce dans le cadre de contrats de travail de droit privé.**

Formellement, le détachement est prononcé sur la demande de l'agent (son accord est donc indispensable) mais peut lui être refusé. En l'occurrence, c'est généralement la collectivité qui propose le détachement.

Attention : une collectivité ne devrait pas recruter elle-même un fonctionnaire dans le but de le détacher dans sa régie personnalisée (ce pourrait être assimilé à une « nomination pour ordre », prohibé par l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dite loi Le Pors). Cette interdiction peut parfois constituer un frein au recrutement d'un fonctionnaire en poste dans une autre collectivité : celle-ci peut en effet s'opposer à une demande de détachement d'un de ses agents car au terme dudit détachement, elle ne veut pas voir peser sur elle une obligation de reclassement de l'agent dont le poste aura été pourvu...

L'agent concerné est alors employé par la régie d'accueil (contrat de travail de droit privé) et est placé hors de son cadre d'emploi, emploi ou corps d'origine ; **il continue néanmoins à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement⁶ et à la retraite et cotise toujours à la CNRACL** (sur la base de sa rémunération dans son administration d'origine).

2.2 La mise à disposition (à temps complet ou partiel)⁷

L'agent demeure dans son corps ou cadre d'emplois d'origine, en étant réputé occuper son emploi d'origine et en continuant à percevoir la rémunération correspondante versée par la collectivité d'origine, qui est remboursée par la structure d'accueil : **l'agent n'est alors pas employé de la collectivité ou l'établissement d'accueil.** Une convention est conclue entre les deux administrations, après l'accord de l'agent, pour déterminer les modalités de la mise à disposition.

La mise à disposition, possible « *auprès des collectivités territoriales et de leurs établissements publics* », semble peu utilisée mais est **intéressante pour les agents de la collectivité affectés à**

⁴ Il faut alors que la collectivité ou l'établissement dont relève l'agent approuve préalablement le projet de contrats de travail et de ses avenants éventuels (art. 2 décret 86)

⁵ Modification du point 22 de l'article 2 du décret modifié n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration par le décret n° 2011-541 du 17 mai 2011

⁶ Mais uniquement avancement d'échelon, l'avancement de grade étant conditionné à une occupation effective de l'emploi correspondant au nouveau grade (CE, 17 janvier 2001, n°215665)

⁷ Textes de référence : art. 61 à 63 de la loi du 26 janvier 1984 et décret n° 2008-580 du 18 juin 2008 (régime de la mise à disposition applicable aux collectivités territoriales et aux établissements publics administratifs locaux)



temps partiel aux activités d'une régie personnalisée (ils peuvent alors rester dans la collectivité mais être mis à disposition de la régie à temps partiel). En l'état actuel du droit, il est possible de mettre un fonctionnaire de la collectivité à disposition d'une de ses régies non personnalisée (donc au sein de la même personne morale). Par ailleurs, un mécanisme analogue est prévu à l'article R2221-81 du CGCT (principe du remboursement des rémunérations du personnel communal mis à la disposition de la régie).

2.3 La disponibilité⁸

L'agent est alors placé hors de son administration ou service d'origine et cesse de bénéficier, durant la période de disponibilité, de sa rémunération et de ses droits à l'avancement et à la retraite. L'agent en position de disponibilité ne peut pas être recruté par l'administration dont il relève⁹. La durée de disponibilité est limitée (en l'occurrence il s'agirait de mise en disponibilité pour convenance personnelle, donc pour une durée de 3 ans renouvelable, dans la limite de 10 ans sur l'ensemble de la carrière). Tout comme le détachement, la mise en disponibilité en vue d'intégrer la régie ou la SPL est prononcée sur demande de l'intéressé sous réserve des nécessités de service.

3 La gestion de la mixité de statut au sein d'une régie ou SPL

Les situations de mixité de statuts au sein de régies non personnalisées sont assez fréquentes. Elles résultent en général de l'intégration, dans une régie employant jusqu'alors des fonctionnaires, d'agents de droit privés à l'occasion d'une reprise en régie ou d'une fusion de régies (dont certaines employaient des agents de droit privé et d'autres de droit public, etc.). Elle se traduit souvent par le détachement ou la mise à disposition des fonctionnaires au sein de la régie, aux côtés des salariés de droit privé.

Cette mixité peut poser quelques difficultés puisqu'elle conduit à faire coexister des personnels relevant de statuts différents (FPT, droit privé) parfois pour des fonctions identiques, mais avec des modalités de rémunération, de mobilité professionnelle des agents¹⁰ ou de fixation des rémunérations, etc. différentes.

Le maintien « durable » de cette mixité est néanmoins possible (et pratiqué par de nombreuses régies). La mise en œuvre d'une réelle approche de GRH (référentiel métier/fonction, grille salariale, formation continue, évolution de carrières, ...) contribue alors à faciliter cette coexistence.

Les Fiches 6.3 et 6.4 reviennent plus en détail sur les différences de régime et leurs conséquences.

⁸ Textes de référence : art. 72 & 73 de la loi du 26 janvier 1984 et Décret du 13 janvier 1986 précités

⁹ CAA Lyon, 20 décembre 1989, *Grumel-Jacquignon*, n° 89LY00486, Rec. 370

¹⁰ L'accès aux échelons supérieurs ne nécessite pas de concours.



4 Cas particuliers

4.1 Le directeur de la régie

Il s'agit d'un **emploi public**, qui présente cependant la particularité de ne correspondre à aucun corps ou cadre d'emploi public¹¹. On en déduit que le poste de directeur ne peut être assuré que par un **contractuel (de droit public)** recruté sur le fondement de l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 ou par un **fonctionnaire territorial en position de détachement voire mis à disposition** (éventuellement à temps partiel, si la taille de la régie ne justifie pas un emploi à plein temps). L'emploi d'un fonctionnaire territorial en position normale d'activité n'apparaît pas possible, à l'exception des postes au sein des régies dotées de la seule autonomie financière de « communes ou groupements de communes de moins de 3 500 habitants », pour lesquelles « le directeur de la régie peut être choisi parmi les agents titulaires de la collectivité. »¹².

Que le directeur soit un fonctionnaire détaché ou un agent contractuel, il sera soumis aux dispositions du décret n°88-145 du 15 février 1988 (agents non titulaires de la fonction publique territoriale) ainsi qu'aux dispositions du statut des fonctionnaires applicables aux agents contractuels.

La rémunération des directeurs de régie n'est pas encadrée par les textes relatifs au statut de la fonction publique territoriale¹³. Elle est fixée par l'assemblée délibérante sur proposition de l'exécutif et après avis du conseil d'exploitation pour les régies dotées de la seule autonomie financière et chargées de l'exploitation d'un SPIC¹⁴ ; pour les régies dotées de la personnalité morale, le CGCT ne précise pas qui la fixe, mais il est logique qu'elle soit déterminée par le conseil d'administration de la régie dans la mesure où seul le conseil d'administration de la régie peut engager les finances de celle-ci¹⁵. La rémunération du directeur de régie ne devra pas être manifestement disproportionnée par rapport à celle d'un fonctionnaire dans une situation analogue, notamment au regard des fonctions occupées et de la qualification de l'agent.

4.2 L'agent comptable

Lorsqu'il y en a un, les mêmes remarques s'appliquent à l'agent comptable : situation de contractuel de droit public ou fonctionnaire en position de détachement sur un contrat de droit public, rémunération non encadrée, etc.

En revanche, dès lors qu'il cumule les fonctions de comptable public et de chef des services de comptabilité d'un service public industriel et commercial, il est soumis à des règles particulières, notamment en matière de recrutement et de contrôle.

¹¹ La loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ne mentionne les directeurs de régie dans aucun cadre d'emploi.

¹² art. R.2221-75 du CGCT

¹³ Notons que la fonction de directeur de régie ne peut être exercée gratuitement [Rép. min., n°33368, JO AN, 10 août 2004].

¹⁴ art. R.2221-73 du CGCT

¹⁵ art. R. 2221-25 du CGCT