

**Présentation des enjeux juridiques de la mutualisation des services après
l'intervention de la loi du 16 décembre 2010**

**Petit-déjeuner débat Kurt Salmon
Paris**

26 mai 2011

**Gilles Le Chatelier
Avocat associé
Cabinet Adamas**

INTRODUCTION

1. La mutualisation des services est un thème très souvent évoqué à l'heure actuelle ; cette démarche imprime l'organisation de nombreuses collectivités publiques, souvent du fait de la contrainte financière. Ainsi, l'Etat, dans le cadre de la RGPP, a largement procédé à la mutualisation de services dans son organisation déconcentrée, aussi bien au niveau régional que départemental.
2. Cette démarche intéresse également les collectivités territoriales, et au premier rang d'entre elles, les communes et les intercommunalités. Le début de cette démarche n'est pas récente (Strasbourg en 1972, Brest en 1989, Mulhouse en 2003...). Aujourd'hui, le tableau qui peut être fait de la situation en France témoigne d'un recours assez étendu à la mutualisation de services dans les intercommunalités, en particulier pour ce qui a trait aux « fonctions ressources »¹. On estime qu'aujourd'hui près d'un tiers des intercommunalités auraient mis en place des services communs pour gérer des fonctions support dans les domaines des marchés publics, de la préparation et de l'exécution des budgets ou encore en matière d'informatique. De nombreux rapports ont également souligné l'intérêt de cette démarche et la nécessité de la développer dans notre pays².
3. Il est à noter que la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 portant réforme des collectivités territoriales encourage de manière forte la mutualisation entre d'autres niveaux de collectivités locales : entre plusieurs niveaux de collectivités pour la gestion des services non économiques d'intérêt général (article 68), entre départements et régions (article 75). Elle contribue également à sécuriser de manière importante la mutualisation de services au sein des intercommunalités, prenant sans

¹ Pour un bilan de l'état d'avancement de la démarche de mutualisation, P. Neveu « Contractualisation et mutualisation, outils de l'intercommunalité » La Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales n°30, 26 juillet 2010

² Cour des Comptes « L'intercommunalité en France » novembre 2005, Sénat, Observatoire de la décentralisation, rapport Dallier (2006), Rapport Richard (2006), Rapport sénatorial d'information : la mutualisation des moyens, un nouvel atout pour les collectivités territoriales, Y. Detraigne et J. Mezard (mai 2010)

doute en considération les effets de la réforme de la fiscalité locale de 2010 qui produiront toute leur mesure à compter du 1^{er} janvier 2012.

4. La mutualisation de services peut cependant s'avérer complexe et sa réussite nécessite une bonne vision de ses enjeux et la prise en compte de certaines contraintes juridiques. Afin d'éclairer la réflexion des élus et des responsables administratifs, plusieurs points seront évoqués :
 - les principales questions juridiques devant être prises en compte par la démarche de mutualisation (1) ;
 - les nouvelles possibilités offertes par l'intervention de la loi du 16 décembre 2010 en matière de mutualisation de services intercommunaux (2) ;
 - le sujet nouveau de la mutualisation de services entre Régions et Départements (3).

I) Les principales questions juridiques devant être prises en compte par la démarche de mutualisation

La réussite de la démarche de mutualisation repose sur une bonne identification des questions d'ordre juridique et institutionnel qui conditionnent le succès de la démarche de mutualisation.

1.1. La question de la gestion des personnels

Les systèmes de mutualisation prévoient souvent que les agents mis à disposition conservent leur régime indemnitaire et leurs avantages individuels à l'occasion de cette opération. Un des enjeux à traiter réside ainsi dans la coexistence dans un même service (situation notamment des services communs) d'agents bénéficiant de rémunérations différentes. Même s'il n'y a aucune obligation d'harmonisation imposée par les textes, cette difficulté doit pouvoir être appréhendée correctement et en amont.

De même, une situation de « mise à disposition permanente » n'est peut-être pas très saine dans le moyen/long terme, la mise à disposition constituant normalement une position statutaire temporaire. Des dispositifs d'intégration, s'agissant par exemple des futurs services communs, doivent certainement pouvoir être étudiés.

1.2. L'autorité fonctionnelle sur les services mutualisés

S'agissant des mutualisations ascendantes comme descendantes, la question est bien traitée par les textes, l'autorité auprès de laquelle est effectuée la mise à disposition ayant pleine autorité fonctionnelle sur les intéressés qui ne travaillent d'ailleurs que pour son compte. La question est en revanche potentiellement plus délicate pour la constitution de services communs amenés à travailler pour l'EPCI et les communes ou pour les futurs services unifiés des départements et des régions.

Une clarification des règles de fonctionnement doit ici être établie en amont pour traiter de manière correcte la gestion des priorités (comment arbitrer entre plusieurs demandes urgentes adressées de manière concomitante au service mutualisé ?) et celle des responsabilités (le service engageant la responsabilité de la collectivité pour le compte de laquelle elle travaille, de quels moyens disposent les élus pour s'assurer de la validation des décisions prises ?).

Des solutions organisationnelles sont certainement de nature à régler ce type de situations (définition de procédures de saisine du service, existence de référents, règles de délégation de signature...).

1.3 La « visibilité » de l'action des membres de l'intercommunalité

Beaucoup de commentateurs soulignent le risque de perte de visibilité de l'action publique et de la collectivité dans l'hypothèse de la mise en place de services mutualisés. Cette question, comme les précédentes, n'est pas insurmontable si les moyens sont prévus pour faire face à cette difficulté. L'identité du service commun ne doit pas se substituer à celle des collectivités pour le compte desquelles il intervient ; plusieurs moyens doivent permettre d'éviter ce risque (papiers à en-tête...).

Comme pour les questions précédentes, la convention de constitution des services communs doit permettre de répondre à ces difficultés, en prévoyant expressément comment elles sont traitées.

1.4. La question de la mise en concurrence éventuelle

Il s'agit d'un des points de vigilance essentiels pour la collectivité : le recours à la structure mutualisée ne doit pas être susceptible d'être remis en cause en invoquant le fait qu'elle aurait dû être mise en concurrence avec d'autres prestataires potentiels avant que la collectivité puisse recourir à ses services.

Pour gérer cette éventuelle difficulté, la possibilité de recourir à l'exception du « in house » est certainement une voie intéressante. Toutefois, les collectivités concernées doivent bien vérifier que les conditions du recours à cette possibilité sont effectivement remplies dans la situation considérée.

II) Les novations apportées à la mutualisation de services intercommunaux par la loi du 16 décembre 2010

On examinera successivement l'état du droit après l'intervention de la loi du 16 décembre 2010 (2.1.) et la situation des services mutualisés au regard du droit de la commande publique, compte tenu des règles posées par le droit européen (2.2.)

2.1. L'état du droit après l'intervention de la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010

Le code général des collectivités territoriales prévoit, à titre principal, trois types de mutualisations de moyens entre communes membres d'un EPCI :

- la mise à disposition
- la constitution de services communs
- la mise en commun de moyens

a) La mise à disposition de moyens (article L.5211-4-1 du CGCT)

C'est la formule traditionnelle de mutualisation de moyens entre communes membres et EPCI, depuis la loi n°2002- 276 du 27 février 2002.

L'article L.5211-4-1 du CGCT pose, à son I, le principe selon lequel le transfert de compétences des communes vers l'EPCI entraîne le transfert du service ou de la partie de service chargé de sa mise en œuvre. Ce transfert est de plein droit pour les agents exerçant en totalité leurs fonctions dans un service ou une partie de service intégralement transféré, les agents concernés conservant leurs conditions de statut et d'emploi initiales. Il est entériné par une décision de transfert, prise conjointement par les communes concernées et l'EPCI après avis des CTP. Les agents n'exerçant qu'à temps partiel des fonctions concernées par le transfert ont le choix de rejoindre l'EPCI ; si telle n'est pas leur volonté, ils restent à la commune et sont mis à disposition de l'EPCI pour la quotité de leurs fonctions correspondant aux compétences transférées.

Dans tous les cas, les agents transférés conservent leur régime indemnitaire antérieur ainsi que les avantages individuels acquis, en vertu de l'article 111 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

Les mêmes mécanismes existent dans l'hypothèse inverse (transfert de services de l'EPCI vers les communes).

Il est néanmoins possible de déroger à cette logique « d'intégration de services » en cas de transfert de compétences. La loi prévoit ainsi :

« Toutefois, 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. »

Dans cette hypothèse, le II de l'article L.5211-4-1 du CGCT prévoit que les services concernés « sont en tout ou partie mis à disposition de l'établissement public de coopération intercommunale auquel la commune adhère pour l'exercice des compétences de celui-ci ». Il s'agit dès lors d'une « **mutualisation ascendante** » de la commune vers l'EPCI. L'article 65 de la loi du 16 décembre 2010 impose aux communes se trouvant dans cette situation et n'ayant pas procédé à cette mise à disposition, d'y procéder dans un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, soit avant le 17 décembre 2011.

Le dispositif symétrique existe également : « *Les services d'un établissement public de coopération intercommunale peuvent être, en tout ou partie, mis à disposition d'une ou de 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 » (article L.5211-4-1 III). On est alors en présence d'une « **mutualisation descendante** ».

Les dispositions de la loi doivent être interprétées comme prévoyant que la mise à disposition des agents, que l'on se trouve dans une situation de mutualisation ascendante ou de mutualisation descendante, est de droit et qu'ainsi l'accord préalable des intéressés n'est pas requis. De plus, même si la loi ne le dit pas expressément, la logique du système suppose que cette mise à disposition est prononcée sans limitation de durée, contrairement au droit commun (durée de 3 ans prévue par l'article 3 du décret n°2008-580 du 18 juin 2008).

Dans ces deux cas, la loi prévoit que la mise en place de ces dispositifs nécessite un certain nombre de conditions et entraîne plusieurs conséquences :

- La mise à disposition doit être prévue par une convention conclue entre l'EPCI et la ou les communes concernées. La convention est conclue après consultation des CTP et elle fixe les conditions de remboursement « des frais de fonctionnement du service » à la collectivité qui met à disposition les dits moyens. Un décret, non encore intervenu, doit prévoir les règles applicables pour déterminer le montant de ces remboursements.
- L'autorité auprès de laquelle les agents sont mis à disposition exerce une autorité hiérarchique sur eux, le deuxième alinéa du IV de l'article L.5211-4-1 prévoyant clairement ce principe³. De la même manière, le maire ou le président de l'EPCI «*peut donner, sous sa surveillance et sa responsabilité, par arrêté, délégation de signature au chef dudit service pour l'exécution des missions qu'il lui confie...* ». Les agents mis à disposition continuent en revanche de relever de leur employeur d'origine pour tout ce qui a trait à leur situation statutaire et individuelle (rémunération, avancement, retraite...).
- Les règles applicables sont les mêmes selon que les agents concernés sont titulaires ou contractuels.

b) La constitution de services communs

C'est une création de la loi du 16 décembre 2010 qui prévoit le dispositif suivant à l'article L.5211-4-2 :

« En dehors des compétences transférées, un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre et une ou plusieurs de ses communes membres peuvent se doter de services communs »

Cette disposition est importante, car contrairement au mécanisme précédent, elle se situe clairement en dehors de tout transfert de compétence entre communes et EPCI. Elle permet donc une mutualisation de services sur une base strictement volontaire – là où la loi l'impose en cas de transfert de compétences – pour tout objet intéressant les communes et l'établissement public. Elle réserve toutefois ce mécanisme aux seuls EPCI à fiscalité propre.

³ « 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 ».

Elle donne une base légale solide à la mutualisation des services « ressources » qui n'étant pas en responsabilité directe, la plupart du temps, pour les compétences transférées ne sont pas directement concernés par les dispositions de l'article L.5211-4-1, alors même que le transfert entraîne des effets en matière d'utilisation des moyens « ressources » (services RH, finances, service juridique...).

Le nouvel article L.5211-4-2 prévoit les règles suivantes pour la constitution de services communs :

- une convention prévoit la constitution de ces services et les transferts financiers nécessaires à leur mise en place, après avis des CTP compétents ;
- la gestion des services communs est toujours assurée par l'établissement public de coopération intercommunale ;
- les agents concernés par la constitution du service commun sont, de plein droit, mis à disposition de l'EPCI ; ils conservent leur régime indemnitaire et leurs avantages individuels et sont placés sous la responsabilité du président de l'EPCI qui exerce à leur égard un certain nombre de prérogatives de l'autorité de nomination (par exemple la notation) ;
- l'autorité fonctionnelle est en revanche partagée entre le maire et le président de l'établissement, selon la mission réalisée. Cela signifie que si la mission exercée l'est pour le compte de la commune, l'agent appartenant au service commun sera placé sous l'autorité fonctionnelle du maire et, réciproquement, sous celle du président de l'établissement, si la mission est effectuée pour le compte de l'EPCI. Cette disposition doit permettre de faire respecter le droit d'utilisation du service par chacune des autorités auprès desquelles il peut intervenir.

c) La mise en commun de moyens

Cette possibilité est prévue par les dispositions de l'article L.5211-4-3 du CGCT ajouté par la loi du 16 décembre 2010. Aux termes de ces dernières :

« Afin de permettre une mise en commun de moyens, un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre peut se doter de biens qu'il partage avec ses communes membres selon des modalités prévues par un règlement de mise à disposition, y compris pour l'exercice par les communes de compétences qui n'ont pas été transférées antérieurement à l'établissement public de coopération intercommunale ».

Cette disposition permet une mutualisation de moyens, sous la responsabilité de l'EPCI, pour accomplir des actions qui se situent, là encore, en dehors de tout transfert de compétence de la part des communes. Bien que la loi ne le dise pas expressément, un tel dispositif repose certainement sur la conclusion d'une convention entre l'EPCI et les communes, notamment pour poser les règles applicables au financement de l'investissement et aux conditions d'utilisation, y compris financières, du bien ainsi acquis.

En créant la possibilité de constituer des services communs ainsi que la mise en commun de moyens, la loi du 16 décembre 2010 s'est clairement inscrite dans la volonté de développer la mutualisation intercommunale.

On doit aussi également citer que la loi crée un nouvel article L.5211-39-1 du CGCT qui met à la charge du président de l'EPCI à fiscalité propre, dans l'année qui suit chaque élection municipale, l'établissement « *d'un rapport relatif aux mutualisations de services entre les services de l'EPCI à fiscalité propre et ceux de ses communes membres. Ce rapport comporte un projet de schéma de mutualisation des services à mettre en œuvre pendant la durée du mandat* ».

Le rapport est soumis pour avis à chacun des conseils municipaux qui disposent d'un délai de 3 mois pour donner un avis à son sujet. Le schéma est ensuite approuvé par l'assemblée délibérante de l'EPCI ; il est établi chaque année un rapport sur l'état d'avancement dudit schéma.

Ces dispositions devront s'appliquer obligatoirement pour la première fois après les élections municipales de 2014. Rien n'interdit toutefois d'engager une démarche de ce type d'ici 2014, si une telle initiative recueille l'aval de l'ensemble des communes membres de l'intercommunalité.

2.2. La situation des services intercommunaux mutualisés au regard des règles nationales et européennes relatives à la commande publique

Dès lors que le service mutualisé réalise des prestations pour le compte d'une autre personne, peut se poser la question de l'application des règles de la commande publique. Est ici plus particulièrement en cause la situation des services concernés par une démarche de « mutualisation descendante » (article L.5211-4-1 III) et celle des services communs (article L.5211-2). En effet, on peut considérer que s'agissant de la « mutualisation ascendante » on se trouve dans une logique d'accompagnement du transfert de compétences qui obéit à une logique proche de celle du transfert des personnels et des moyens devant accompagner le transfert de la compétence, même si ses modalités sont différentes.

La Commission européenne a pris une position de principe particulièrement gênante pour la mutualisation de services, en estimant dans un avis motivé du 27 juin 2007 que la mise à disposition de services communaux à des EPCI entraine dans la champ d'application des règles communautaires de la commande publique. Pour la Commission : « *cette mise à disposition revient à attribuer de gré à gré un marché public sans respecter les procédures de passation prévues par le droit communautaire des marchés publics, et, en particulier, par les directives marchés publics 2004/18/CE et 2004/17/CE...* ».

La situation ainsi créée pouvait apparaître délicate dans la mesure où la mutualisation de moyens semble échapper à l'exception aux règles de la commande publique posée par la jurisprudence « Teckal » exemptant les prestations « in house » du champ des règles de la

commande publique⁴. En effet, la condition de contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services ne paraît pas pouvoir être remplie en l'espèce.

Cette position de la Commission européenne se heurte toutefois à la position de la jurisprudence provenant tant du juge national que de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

- Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion de rappeler que « *les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins...elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier des entreprises, en passant avec eux des marchés publics* »⁵. Cette position se rattache à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat selon laquelle les collectivités publiques ont le libre choix du mode de gestion de leurs services publics et peuvent toujours employer leurs moyens propres pour exécuter les missions qui sont les leurs⁶.
- Surtout, la CJUE est intervenue pour valider les dispositifs de mutualisation conventionnelle entre collectivités locales dans sa décision du 9 juin 2009 « Commission c/ Allemagne » donnant tort à la position exprimée par la Commission dans son avis motivé de 2007.

La Cour de Justice juge en effet qu' « *une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques...le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière...* ».

Toutefois, la conformité au droit européen de ce type de montages doit obéir à un certain nombre de conditions :

- l'absence de participation d'une partie privée à la convention de mutualisation ;
- la constitution de la structure commune doit être l'aboutissement d'une démarche de coopération ;
- la structure mutualisée doit être constituée pour accomplir une mission de service public commune aux différentes autorités publiques concernées ;
- la mutualisation doit reposer sur un engagement de services réciproques ;
- les seuls transferts financiers entre les personnes publiques regroupées dans la structure mutualisée doivent être constitués de remboursement des frais engagés et ne peut comporter des éléments de rémunération assimilables au paiement d'un prix en échange d'une prestation réalisée.

⁴ CJCE 18 novembre 1999 aff. C-107/08 Rec. CJCE I-8121

⁵ CE 4 mars 2009 Syndicat national des industries d'information de santé n°300481, s'agissant de la création d'une structure commune – un GIP – à plusieurs collectivités publiques pour l'exercice de leurs compétences

⁶ Pour une illustration récente de ce principe, CE 19 janvier 2011 Commune de Limoges n°323924

On peut considérer que, sur ces bases, les structures mutualisées de coopération entre communes et EPCI sont aujourd'hui conformes au droit européen, sous réserve de respecter les conditions posées par la jurisprudence de la Cour de Justice. On doit notamment insister sur le fait que la structure mutualisée ne doit a priori intervenir que pour répondre aux besoins des membres de l'intercommunalité. De même, les transferts financiers doivent correspondre à des remboursements de frais de fonctionnement, sans inclure d'autres éléments qui pourraient être assimilés au paiement d'un prix.

On peut dès lors retenir que l'intervention de la loi du 16 décembre 2010 donne aujourd'hui une base juridique solide à la mutualisation de services entre communes et EPCI, en diversifiant également les dispositifs susceptibles d'être mis en place à ce titre. De même, le processus de mutualisation paraît aujourd'hui largement échapper aux règles de la commande publique, compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence tant du Conseil d'Etat que la Cour de Justice de l'Union Européenne.

III) Une nouvelle possibilité offerte par la loi du 16 décembre 2010 : la mutualisation de services entre Régions et Départements

La loi du 16 décembre 2010 a ouvert la possibilité de mutualisation de moyens entre les Régions et les Départements.

L'article L.1111-9 du CGCT prévoit que dans les 6 mois qui suivent l'élection des conseillers territoriaux (soit en 2014), les Régions et les Départements peuvent établir conjointement « un projet de schéma d'organisation des compétences et de mutualisation des services », et cela afin de rationaliser les interventions desdites collectivités sur les territoires considérés.

Ce schéma doit comporter trois éléments :

- les délégations de compétences de la région aux départements et des départements à la région,
- l'organisation des interventions financières respectives de la région et des départements, en matière d'investissement et de fonctionnement, pour les projets décidés ou subventionnés par une collectivité,
- les conditions d'organisation et de mutualisation des services.

Le schéma doit au moins porter sur les compétences suivantes : développement économique, formation professionnelle, construction, entretien et équipement des collèges et lycées, transports, infrastructures, voiries et réseaux, aménagement des territoires ruraux et actions environnementales.

Il est approuvé par délibération concordante du Conseil Régional et des Conseils Généraux.

Il est mis en œuvre par conventions.

Sa conclusion reste facultative. De la même manière, il n'est pas indiqué par la loi que le schéma est nécessairement conclu avec tous les départements de la Région, ce qui signifie que cette dernière peut très bien choisir de mettre en œuvre une mutualisation « à la carte » avec

certaines départements, voire pour des champs de compétence délégués qui seraient différents entre départements.

De même, des collectivités régionales ou départementales qui souhaiteraient anticiper d'ici 2014 sur l'entrée en vigueur de la loi pourraient certainement le faire, à titre expérimental.

La mise en place de structures mutualisées entre Régions et Départements pose les questions suivantes.

La question de la responsabilité est réglée par les textes, le dernier alinéa du nouvel article L.1111-9 du CGCT précisant que « *les compétences déléguées en application des alinéas précédents sont exercées au nom et pour le compte des collectivités territoriales délégantes* ».

Pour les modalités de mise en place des structures mutualisées, ce sont les nouvelles dispositions de l'article L.5111-1-1 du CGCT qui définissent les règles à appliquer (article 68 de la loi du 16 décembre 2010).

La loi retient deux hypothèses de mutualisation.

La première porte sur la situation où la mutualisation accompagne une délégation de compétences conclue dans le cadre du schéma. Les partenaires – il s'agit des régions, des départements, leurs établissements publics, de leurs groupements et les syndicats mixtes - ont le choix entre deux modalités d'organisation :

- soit, la mise à disposition du service et des équipements d'un des cocontractants à la convention au profit d'un autre de ses cocontractants ;
- soit, le regroupement des services et équipements existants de chaque cocontractant à la convention au sein d'un service unifié relevant d'un seul de ces cocontractants ; la loi laisse pleine liberté aux collectivités pour choisir la collectivité au sein de laquelle le service unifié est créé.

La convention doit fixer les conditions de remboursement par le bénéficiaire, soit de la mise à disposition, soit des prestations assurées par le service unifié. L'autorité fonctionnelle est exercée par la collectivité pour le compte de laquelle la mission est exercée.

La seconde possibilité est indépendante de toute situation de délégation de compétences. La région et les départements (ainsi que leurs établissements publics et les syndicats mixtes auxquels ils appartiennent) peuvent « se doter d'un service unifié ayant pour objet d'assurer en commun des services fonctionnels ». Ces services sont définis comme « *des services administratifs ou techniques concourant à l'exercice des compétences des collectivités intéressées sans être directement rattachés à ces compétences* ».

La loi indique que ce service unifié peut être créé sous forme de syndicat mixte, mais il est sans doute également possible de retenir d'autres formules de mutualisation (GIP par exemple). En revanche, le rattachement du service unifié à une des collectivités poserait problème au regard de l'application de la théorie du « in house » (respect de la condition du contrôle comparable).

La loi reste cependant muette sur certains points importants

a) Quel sera d'abord le statut individuel des agents ? Dans l'hypothèse de mise à disposition de services, la question paraît plus simple, même si la loi ne dit rien de ce régime particulier de mise à disposition et de sa capacité à déroger aux règles de droit commun (durée limitée à 3 ans, liberté de refuser la mise à disposition). En particulier, il faut admettre que les intéressés conservent leur régime indemnitaire et leurs droits individuels acquis auprès de leur employeur d'origine qui demeure, en tout état de cause, le même. Toutefois, il serait sans doute opportun que le législateur vienne le dire expressément d'ici 2014.

Dans l'hypothèse du regroupement de services ou de la création de service unifié, la question est plus complexe. Quelle sera la situation statutaire des agents (mise à disposition, détachement, mutation) ? Auront-ils la liberté de refuser ou non la démarche de mutualisation ? Disposeront-ils du droit au maintien du régime indemnitaire et des avantages individuels acquis dans leur collectivité d'origine ?

La loi, pour le regroupement de services, se contente de renvoyer à la convention la détermination des « effets sur le personnel concerné », après avis des CTP compétents. Il n'est pas certain que la convention puisse, à elle seule, compétemment déroger aux lois et règlements en vigueur sur ces sujets. De même, l'incertitude des textes dans ce domaine ne constitue sans doute pas une incitation forte pour les agents qui seraient concernés par ces démarches.

S'agissant d'ailleurs aussi bien du regroupement de services que de la création d'un service unifié « fonctionnel », une difficulté émergera nécessairement du fait que de tels regroupements peuvent n'être que temporaires. Le regroupement de services reposera sur des délégations de compétences qui pourront toujours être rapportées par les collectivités qui les ont consenties (le nouvel article L.1111-8 du CGCT ne fixe pas de durée minimale à la délégation). Quant au service unifié, chaque membre pourra s'en retirer également à tout moment. Or, on ne retrouve pas les mêmes questionnements en matière d'intercommunalité, les communes concernées étant inscrites dans un processus institutionnel de long terme.

Enfin, certains sujets risquent d'être plus compliqués que d'autres, dès lors que les collectivités compétentes souhaiteront s'engager dans des dispositifs d'harmonisation des statuts des agents concernés, à l'occasion de la constitution de structures mutualisées. Par exemple, la mutualisation dans le domaine du développement économique risque d'être complexe, compte tenu de la présence importante dans ce domaine d'agences de développement économique disposant d'un statut de droit privé, avec des personnels soumis aux dispositions du code du travail.

b) S'agissant de l'éventuelle soumission de ces opérations au respect des règles de mise en concurrence, la question est là aussi sans doute complexe. On peut ici craindre que, dans ce champ particulier de mutualisation, le terrain juridique ne soit pas aussi sûr qu'en matière d'intercommunalité. L'article 68 de la loi du 16 décembre 2010 exonère les contrats formalisant cette coopération de toute mise en concurrence préalable. Il n'est toutefois pas certain que cette solution soit valide au plan du droit européen.

En effet, la transposition à cette hypothèse de la jurisprudence de la CJUE « Commission c/ Allemagne » du 9 juin 2009 risque de se heurter à certaines difficultés. Ainsi, la jurisprudence considère que l'exception au principe de mise en concurrence est ici admissible pour la création d'une structure qui est l'aboutissement d'une démarche de coopération ; or, le

parallèle avec les EPCI n'est pas sur ce point particulièrement évident. On peut d'ailleurs se demander si le champ de cette jurisprudence n'est pas restreint aux seuls EPCI, compte tenu de leur spécificité et si la Cour de Justice aurait la même appréciation pour des structures mutualisées entre d'autres collectivités locales...

On en reviendrait alors à l'application de la jurisprudence « Teckal », ce qui poserait la question du respect de la condition de « contrôle comparable ». Cette condition nécessite le choix d'un type de structure et d'un mode de gouvernance tout à fait adapté, tant en ce qui concerne le regroupement de services que la constitution d'un service unifié fonctionnel. Quant à la mise à disposition, elle pose des difficultés évidentes pour l'appréciation de cette question...

Dans le même registre, l'article 68 de la loi du 16 décembre 2010 va d'ailleurs plus loin, en créant la possibilité de réaliser des prestations de services entre régions, départements, leurs établissements publics, leurs groupements et les syndicats mixtes, sans mise en concurrence préalable. Ce dispositif s'applique aux hypothèses de mutualisation prévues par l'article L.5111-1-1 du code, dès lors qu'elles portent sur des « services non économiques d'intérêt général ».

Il conviendra néanmoins de faire une application « raisonnée » de ces dispositions, la loi sur ce point ne pouvant s'abstraire du respect du droit européen et notamment des conditions posées par la Cour de Justice pour être exonéré des règles de mise en concurrence dans le cadre des coopérations instituées entre personnes publiques.