La régie dotée de la seule autonomie financière

A/ Définition

L'article L.2221-14 du CGCT dispose que :

> « *Les régies dotées de la seule autonomie financière sont créées, et leur organisation administrative et financière déterminée, par délibération du conseil municipal. Elles sont administrées, sous l'autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil d'exploitation et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du maire.* »

Par suite, la régie dotée de la seule autonomie financière n'est pas distincte juridiquement de la collectivité locale même si la création d'une régie impose la constitution d'organes spécifiques pour la gestion du service exploité en régie.

Cependant, il convient de relever que l'article L.2221-13 du CGCT précise que :

> « *Lorsque les régies sont d'intérêt intercommunal, elles peuvent être exploitées :*
> *1° Soit sous la direction d'une commune agissant, vis-à-vis des autres communes, comme concessionnaire ;*
>
> *2° Soit sous la direction d'un syndicat formé par les communes intéressées.*
> *Si ce syndicat est constitué exclusivement en vue de l'exploitation d'un service administratif ou industriel ou commercial, les communes peuvent demander que l'administration du syndicat se confonde avec celle de la régie. Dans ce cas, l'acte institutif du syndicat peut apporter des modifications aux règles d'administration fixées par le chapitre II du titre Ier du livre II de la cinquième partie.* »

Il n'existe pas de doctrine particulière sur ces dispositions.

Il convient de relever que le législateur vise le cas d'une fusion des administrations dans le seul cadre d'un syndicat de communes en précisant que celle-ci doit être fixée dans l'acte institutif du syndicat.

Partant, on peut s'interroger sur la possibilité ou pas de faire évoluer les statuts d'un syndicat existant en ce sens.

De plus, il n'est pas certain que ces dispositions puissent trouver à s'appliquer dans le cas d'un syndicat fermé.

B/ Caractéristiques

Les régies dotées de la seule autonomie financière ne disposent pas de la personnalité morale et leur autonomie est limitée.

N'ayant pas de personnalité morale, les régies dotées de la seule autonomie financière ne peuvent pas ester en justice (CE, 20 juin 1958, *régie municipale Gaz-électr. Bordeaux c/ Ville Bordeaux et B.,* RDPA 1958, n° 297).

Le mode d'organisation des régies autonomes est relativement complexe du fait de l'intervention de quatre organes : le conseil municipal, le maire, le conseil d'exploitation et son président et le directeur (article L. 2221-3 du CGCT).

La régie dotée de l'autonomie financière est administrée sous l'autorité de l'exécutif de la collectivité et de l'assemblée délibérante par un conseil d'exploitation et son président ainsi qu'un directeur.

1/ Conseil d'exploitation

L'organe délibérant de la régie dotée de la seule autonomie financière est constitué par un conseil d'exploitation.

Les règles d'organisation et de fonctionnement du conseil d'exploitation ainsi que les modalités de quorum sont fixées par les statuts (article R.2221-4du CGCT).Les membres du conseil d'exploitation sont désignés par l'assemblée délibérante, sur proposition de l'exécutif et sont relevés de leurs fonctions dans les mêmes conditions (article R.2221-5du CGCT,).

- **Composition**

Les statuts fixent la composition du conseil d'exploitation (article R.2221-4 du CGCT), et notamment :

1. le nombre des membres qui ne peut être inférieur à trois ;
2. les catégories de personnes parmi lesquelles sont choisis ceux d'entre eux n'appartenant pas au conseil municipal ;
3. la durée de leur fonction ainsi que la durée du mandat du président et du ou des vice-présidents qui ne peut excéder celle du mandat municipal ;
4. leur mode de renouvellement.

Les représentants de la collectivité de rattachement doivent détenir la majorité des sièges du conseil d'exploitation (article R.2221-6du CGCT).

Les membres du conseil d'exploitation doivent jouir de leurs droits civils et politiques (article R.2221-8du CGCT) et ne peuvent, sous peine d'être déchus de leur mandat par le conseil d'exploitation à la diligence du président, soit du préfet de sa propre initiative ou sur proposition de l'exécutif de la collectivité de rattachement :

5. prendre ou conserver un intérêt dans les entreprises en rapport avec la régie ;
6. occuper une fonction dans ces entreprises ;
7. assurer une prestation pour ces entreprises ;
8. prêter leur concours à titre onéreux à la régie.

Les fonctions de membre du conseil d'exploitation sont gratuites mais ils ont droit au remboursement des frais de déplacement engagés pour se rendre aux réunions du conseil d'exploitation dans les conditions prévues par les articles 9, 10 et 31 du décret n° 90-437 du 28 mai 1990 (article R.2221-10du CGCT).

- **Fonctionnement**

Le conseil d'exploitation élit en son sein un président et un ou plusieurs vice-présidents (article R.2221-9du CGCT).

Le conseil d'exploitation se réunit au moins tous les trois mois sur convocation de son président. Il se réunit également chaque fois que le président le juge utile ou à la demande du préfet ou de la majorité de ses membres (article R.2221-9 du CGCT).

Les séances du conseil d'exploitation ne sont pas publiques. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante. Le directeur assiste aux séances avec voix consultative (article R.2221-9 du CGCT).

Le président du conseil d'exploitation est élu par ce dernier en son sein. Il n'est pas nécessaire qu'il soit membre de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement. Il appartient au président de réunir, sur convocation, le conseil d'exploitation et d'arrêter l'ordre du jour.

Le rôle du conseil d'exploitation est résiduel dans la mesure où il ne délibère que sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement ne s'est pas réservée le pouvoir de décision ou pour lesquelles ce pouvoir n'a pas été attribué à une autre autorité par le Code général des collectivités territoriales ou par les statuts.

Dans les régies dotées de la seule autonomie financière exploitant un service public à caractère industriel et commercial, le rôle de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement est renforcé dans la mesure où elle doit, après avis du conseil d'exploitation (article R.2221-72 du CGCT) :

9. approuver les plans et devis afférents aux constructions neuves ou reconstructions, travaux de première installation ou d'extension ;
10. autoriser le maire à intenter ou soutenir les actions judiciaires et accepter les transactions ;
11. voter le budget et délibérer sur les comptes ;
12. délibérer sur les mesures à prendre d'après les résultats de l'exploitation à la fin de chaque exercice et, au besoin, en cours d'exercice ;
13. régler les conditions de recrutement et de licenciement et de rémunération du personnel ;
14. fixer le taux des redevances dues par les usagers de la régie.

2/ Exécutif

Les fonctions exécutives sont assurées par l'exécutif de la collectivité de rattachement (maire, président) qui est le représentant légal de la régie et qui en est l'ordonnateur. Il prend les mesures nécessaires à l'exécution des décisions de l'assemblée délibérante. Il présente à l'assemblée délibérante le budget et le compte administratif ou le compte financier.

Il peut sous sa responsabilité et sa surveillance, déléguer sa signature au directeur pour toutes les matières intéressant la régie.

3/ Directeur

Le directeur de la régie est désigné par l'assemblé é délibérante de la collectivité de rattachement et il est nommé par l'exécutif qui peut également mettre fin à ses fonctions (articles L.2221-14 et R.2221-67 du CGCT).

Les fonctions de directeur sont incompatibles avec un mandat de sénateur, député, représentant au Parlement européen, de conseiller à l'Assemblée de Corse, conseiller régional, conseiller général, conseiller municipal, conseiller de Paris ou conseiller d'arrondissement détenu dans la ou les collectivités intéressées ou dans la circonscription incluant cette ou ces collectivités. Les fonctions sont également incompatibles avec celles de membre du conseil d'administration.

Le directeur ne peut prendre ou conserver aucun intérêt dans des entreprises en rapport avec la régie, occuper aucune fonction dans ces entreprises, ni assurer des prestations pour leur compte.

En cas d'infraction à ces interdictions, le directeur est démis de ses fonctions soit par l'exécutif de la collectivité, soit par le préfet et il est immédiatement remplacé (article R.2221-11 du CGCT).

Les pouvoirs du directeur sont fixés par les dispositions de l'article R. 2221-68 du CGCT. Il assure le fonctionnement de la régie et à cet effet :

1. il prépare le budget ;
2. il procède, sous l'autorité de l'exécutif, aux ventes et aux achats courants, dans les conditions fixées par les statuts ;
3. il est remplacé en cas d'absence ou d'empêchement, par un des fonctionnaires ou employés du service désigné par l'exécutif après avis du conseil d'exploitation.

En outre, dans les régies exploitant un service public à caractère industriel et commercial, le directeur nomme et révoque les agents employés de la régie, sous réserve des dispositions des statuts (article R.2221-74 du CGCT).

4/ Régime budgétaire et comptable

La délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité de rattachement fixe la dotation initiale de la régie (article R.2221-1 du CGCT).

Cette dotation représente la contrepartie des créances, ainsi que des apports en nature ou espèces effectuées par la collectivité de rattachement, déduction faite des dettes ayant grevé leur acquisition qui sont mises à la charge de la régie. Les apports en nature sont enregistrés pour leur valeur vénale.

La dotation s'accroît des apports ultérieurs, des dons et subventions ainsi que des réserves (article R.2221-13 du CGCT).

En cas d'insuffisance des sommes mises à sa disposition, la régie ne peut demander d'avances qu'à la collectivité de rattachement.

L'assemblée délibérante fixe la date de remboursement des avances.Pour les régies chargées de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial, la délibération qui institue la régie détermine les conditions du remboursement des sommes mises à sa disposition, la durée de remboursement ne pouvant excéder 30 ans (article R.2221-79 du CGCT).

Lorsque le fonctionnement du service nécessite l'affectation d'immeubles appartenant à la collectivité de rattachement, le loyer de ces immeubles est fixé par l'assemblée délibérante suivant leur valeur locative réelle, et il est porté en dépense au budget de la régie et en recettes au budget de la collectivité de rattachement.

- **Régime budgétaire**

La régie autonome bénéficie d'un budget propre qui est annexé à celui de la collectivité de rattachement (article L.2221-11du CGCT). Il reprend les produits et les charges de la régie qui sont repris dans les budgets et les comptes dans deux articles distincts.

Le budget est préparé par le directeur (article R.2221-68 du CGCT), soumis pour avis au conseil d'exploitation dans les conditions prévues par les statuts (article R.2221-72 du CGCT), présenté par l'exécutif de la collectivité dans les délais fixés à l'article L. 1612-12 du CGCTavec à l'appui de ses propositions un exemplaire du dernier compte financier ainsi qu'un rapport faisant ressortir la situation financière et économique de la régie (article R.2221-84 du CGCT) et voté par l'assemblée délibérante de celle-ci (article R.2221-72du CGCT).

Le budget annexe des régies chargées de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial doit être obligatoirement équilibré en recettes et en dépenses. Il comprend une section d'exploitation et une section d'investissement, l'équilibre financier étant apprécié séparément pour les deux sections.

Le budget est présenté en deux sections, une section d'exploitation et une section d'investissement (article R.2221-85du CGCT).

La section d'exploitation ou compte de résultat fait apparaître successivement (article R.2221-86du CGCT) :

1. *au titre des produits* : les produits d'exploitation, les produits financiers et les produits exceptionnels ;
2. *au titre des charges* : les charges d'exploitation, les charges financières, les charges exceptionnelles les dotations aux amortissements et aux provisions et, le cas échéant l'impôt sur les sociétés.

Les recettes de la section d'investissement comprennent notamment (article R.2221-87 du CGCT) :

3. la valeur des biens affectés ;
4. les réserves et recettes assimilées ;
5. les subventions d'investissement ;
6. les provisions et les amortissements ;
7. les emprunts et dettes assimilées ;
8. la valeur nette comptable des immobilisations sortant de l'actif ;
9. la plus-value résultant de la cession d'immobilisations ;
10. la diminution des stocks et en-cours de production.

Les dépenses de la section d'investissement comprennent notamment (article R.2221-88du CGCT) :

11. le remboursement du capital des emprunts et dettes assimilées ;
12. l'acquisition d'immobilisations incorporelles, corporelles et financières ;
13. les charges à répartir sur plusieurs exercices ;
14. l'augmentation des stocks et en-cours de production ;
15. les reprises sur provisions ;
16. le transfert des subventions d'investissement au compte de résultat.

- **Régime comptable**

Le régime applicable est celui de la collectivité de rattachement. Toutefois, les régies chargées de la gestion d'un service public à caractère industriel et commercial se voient appliquer les règles de la comptabilité de la collectivité, sous réserve des dérogations prévues aux articles R. 2221-78 et suivants du CGCT.

Les fonctions d'agent comptable d'une régie chargée de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial sont exercées par le comptable de la collectivité de rattachement ou par un comptable spécial désigné par l'assemblée délibérante après avis du conseil d'exploitation et du trésorier payeur général si les recettes excèdent 72 000 €.

L'agent comptable est alors nommé par le préfet (article R.2221-76 du CGCT). Le statut des agents comptables lui est applicable (CE, 4 juin 1975, B. ; Rec. CE p. 322).

Il résulte de l'article R.2221-90 du CGCT que l'excédent du résultat de la section de fonctionnement, tel que défini au B de l'article R.2311-11 du même code doit être affecté :

1. en priorité, pour le montant des plus values de cession d'éléments d'actifs, au financement des mesures d'investissement ;
2. pour le surplus, à la couverture du besoin de financement de la section d'investissement à la clôture de l'exercice précédent et diminué du montant des plus-values d'éléments d'actifs visés ci-dessus.
3. pour le solde, au financement des dépenses d'exploitation ou d'investissement en report à nouveau ou en reversement à la collectivité de rattachement.

Lorsque le résultat fait apparaître un déficit, ce dernier est rajouté aux charges d'exploitation de l'exercice.

Pour l'affectation au financement des dépenses d'investissement, l'excédent de la décision budgétaire de reprise du résultat, adoptée par l'assemblée délibérante, se fait par l'émission d'un titre de recettes. La délibération affectant le résultat excédentaire est produite à l'appui de la décision budgétaire de reprise du compte financier de l'exercice.

2.3. Le personnel de la régie

1/ le directeur

Le directeur (ainsi que l'agent comptable public) de la régie qui exploite un service public industriel et commercial relève du droit public(Conseil d'Etat, 8 mars 1957, *Jalanques de Labeau*,rec 158 ; Tribunal des conflits, 20 mars 2006, Mme A, n°C3487).

L'emploi de directeur de la régie devra être créé.

Le poste de directeur de la régie ne pourra pas être pourvu directement en application des dispositions de l'article 47 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 (Conseil d'Etat, 1er octobre 2001, *commune des Angles*, req. n°221037, 221038).

Si le directeur est un agent contractuel, alors ce sera un agent contractuel de droit public (jurisprudence constante du Conseil d'Etat, pour un exemple voir décisions précitées ou encore CAA Bdx, 4 mars 2004, *Régie du port de plaisance de La Rochelle*, req. n°03BX00795).

Son contrat pourra alors faire référence à un indice de la grille indiciaire (Conseil d'Etat, 15 décembre 2004, *M. Chichery*, req. n°261215) ou à la grille de salaire de la convention collective des métiers de l'eau (Conseil d'Etat, 17 juin 1992, req. n°112771).

En effet, la doctrine administrative admet, en ce qui concerne les agents non titulaires de l'Etat mais au terme d'un raisonnement transposable, à notre sens, aux agents territoriaux, que :

> « *En l'absence de texte de portée générale relatif à la rémunération des agents non titulaires de l'Etat, cette dernière est fixée en tenant compte notamment du type de fonctions exercées, du niveau de responsabilité, des qualifications, du niveau de diplôme et de l'expérience professionnelle antérieure de l'intéressé. En conséquence, dès lors que ce principe est admis, la personne publique peut être conduite à fixer la rémunération d'un agent non titulaire à un niveau inférieur ou à un*

niveau supérieur à celui qu'il percevait dans un emploi précédent, qu'il soit public ou privé. Par suite, le contractant est libre d'accepter ou non les conditions de rémunération proposées. Il importe toutefois que les modalités de rémunération soient prévues par les dispositions du contrat. » (Circulaire n°1262 du 26 novembre 2007 relative aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat).

La doctrine précise que :

« *Les agents non titulaires sont en effet recrutés par dérogation au principe selon lequel les emplois permanents de l'Etat sont occupés par des fonctionnaires. Les administrations disposent, certes, d'une grande latitude ; elles peuvent fixer la rémunération des agents contractuels qu'elles emploient par référence à un indice de la fonction publique en référence à la grille de traitement des fonctionnaires assurant des fonctions homologues. Cette faculté n'altère alors pas la nature exclusivement contractuelle de la rémunération des agents. La rémunération peut être déterminée en tenant compte du régime indemnitaire complémentaire du traitement principal du corps de fonctionnaires de référence. (…)*

La seule limite est que, conformément à la jurisprudence administrative, le contractuel ne peut pas bénéficier d'une évolution automatique de rémunération, qui correspondrait à l'évolution des grilles indiciaires des fonctionnaires. L'évolution doit être prévue dans le contrat, mais elle peut s'inspirer fortement de ces principes. » (*Le traitement et les grilles indiciaires*, H. Pauliat, JCP adm et collect. Terr. N°4, 19 janvier 2009, 2011).

Sur ce dernier point, il convient de relever que l'article 1-2 du décret n°88-145 du 15 février 1988 prévoit que :

« *La rémunération des agents employés à durée indéterminée fait l'objet d'un réexamen au minimum tous les trois ans, notamment au vu des résultats de l'évaluation prévue à l'article 1-3.* »

Dans le cas d'une régie dotée de la seule autonomie financière en charge de l'exploitation d'un service public à caractère industriel et commercial, la rémunération du directeur est fixée par le conseil municipal sur proposition du maire et après avis du conseil d'exploitation (article R.2221-73 du CGCT).

Enfin, il convient de relever que l'arrêt précité du Conseil d'Etat *commune des Angles* précise que :

« *lesmodalités de calcul et de paiement de l'indemnité éventuellement due, en cas de licenciement, aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale sont définies par les articles 45 à 49 du décret du 15 février 1988 ; ces dispositions présentant un caractère d'ordre public, une collectivité territoriale ne saurait légalement s'en écarter en concluant avec un agent licencié une transaction comportant des modalités différentes.* »

2/ les agents de la régie

- **un statut de droit privé**

Les agents de la régie qui exploite un service public industriel et commercial relèvent du droit privé.

La différence de situation juridique existante entre les agents contractuels et les fonctionnaires autorise une différence de traitement s'agissant de la rémunération principale.

Il n'y a pas d'obligation pour la collectivité d'appliquer aux agents contractuels les textes législatifs et règlementaires s'appliquant à la fonction publique territoriale en matière de rémunération et de classement indiciaire (Conseil d'Etat, 15 décembre 2004, *M. Chichery*, req. n°261215).

La rémunération de base peut donc être différente entre les agents contractuels et les fonctionnaires.

Pour autant, la Cour de Cassation a précisé que :

> « *si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé,* ***il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé***. » (Cour de Cassation, Ass., 27 février 2009, n°08-40.059, *La Poste c/Paolinelli*, JCP G n°19, 6 mai 2009, II 10078).

- **La question de l'application de la convention collective étendue**

Il convient encore de préciser que bien que les agents de la régie soient de droit privé et que, par suite, les dispositions du code du travail s'appliquent, la convention collective étendue ne s'applique pas dans le cas d'une régie dotée de la seule autonomie financière.

En effet, l'article L.2233-3 du code du travail dispose que :

> « *Les dispositions d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement sont applicables aux entreprises et établissements mentionnés à l'article L. 2233-1 qui, en raison de l'activité exercée, se trouvent dans le champ d'application mentionné par l'arrêté, en ce qui concerne les catégories de personnel ne relevant pas d'un statut particulier*. »

L'article L. 2233-1 du code du travail précise que :

> « *Dans les entreprises publiques et les établissements publics à caractère industriel ou commercial et les établissements publics déterminés par décret assurant à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsqu'ils emploient du personnel dans les conditions du droit privé, les conditions d'emploi et de travail ainsi que les garanties sociales peuvent être déterminées, en ce qui concerne les catégories de personnel qui ne sont pas soumises à un statut particulier, par des conventions et accords conclus conformément aux dispositions du présent titre*.
>
> *Ces dispositions s'appliquent aux entreprises privées lorsque certaines catégories de personnel sont régies par le même statut particulier que celles d'entreprises ou d'établissements publics*. »

En l'espèce, la conventioncollective nationale des entreprises des services d'eau et d'assainissement du 12 avril 2000 a été étendue par arrêté du 28 décembre 2000 (JORF 31 décembre 2000).

Les dispositions de l'article L.2233-1 du code du travail n'étant applicables qu'au personnel de droit privé des établissements publics à caractère industriel et commercial, elles peuvent s'appliquer aux régies dotées de la personnalité morale qui constituent de tels établissements publics.

Cependant, dans la mesure où la régie est dotée de la seule autonomie financière, il n'y a pas d'établissement public. Par suite, les dispositions précitées du code du travail ne s'appliquent pas.

C'est d'ailleurs en ce sens que le Gouvernement a répondu à une question parlementaire :

> « *Les collectivités territoriales exerçant en régie une activité de transport public peuvent le faire soit sous la forme d'une régie directe, soit sous la forme d'un établissement public industriel et commercial (EPIC). Il résulte d'une jurisprudence du Conseil d'État établie depuis 1923 que, lorsqu'une personne publique gère en régie un service public industriel et commercial, les agents qu'elle recrute pour l'organisation de ce service ou qu'elle y affecte se trouvent dans une situation individuelle de droit privé. Seule une loi peut déroger à ces principes. Par ailleurs, la convention collective nationale des réseaux de transports publics urbains de voyageurs du 11 avril 1986, étendue par arrêté du 25 janvier 1993, précise en son article 1er qu'elle « règle les rapports de travail entre les employeurs et les salariés des réseaux de transports publics urbains de voyageurs ». Cette convention collective s'applique à toutes les activités entrant dans son champ d'application. En ce qui concerne l'affiliation à un régime complémentaire de retraite, les salariés contractuels des administrations,des établissements publics et des organismes d'intérêt général à butnon lucratif financés principalement par des fonds publicsrelèvent du régime de retraite complémentaire de l'IRCANTECen vertu des dispositions issues du décret n° 70-1277 du 23 décembre 1970, et notamment de son article 3, faisant de la nature juridique de l'employeur la compétence d'affiliation. Toutefois, l'article L. 2211-1 du code du travail rend applicables aux EPIC qui emploient du personnel dans les conditions du droit privé les dispositions relatives à la négociation collective. Aussi l'article L. 2233-1 du code du travail dispose que les garanties sociales peuvent être déterminées par des conventions et accords dans les entreprises publiques et EPIC pour les catégories de personnels employés dans les conditions de droit privé. Dès lors, et indépendamment de la nature juridique de l'employeur, rien ne fait obstacle à l'application du droit commun de l'affiliation aux régimes complémentaires obligatoires de ces catégories de personnel. La compétence d'affiliation aux régimes de retraite complémentaires est déterminée non par la nature juridique de l'employeur mais par la possibilité, pour le personnel, de relever du champ d'application d'accords ou de conventions collectifs. Ainsi, les catégories de personnel de droit privé relevant d'accords ou de conventions collectifs sont affiliées à l'AGIRC et à l'ARRCO, tandis que ceux qui ne peuvent en relever adhèrent à l'IRCANTEC. En tout état de cause, le juge reste toujours compétent pour apprécier si un salarié entre dans le champ d'application d'une convention collective. Ainsi, les différences de gestion constatées entre les agents des régies sont liées, quelle que soit l'activité exercée par ces dernières, à la nature juridique de la régie en question. Il n'existe aucun projet du Gouvernement pour créer un régime spécifique applicable aux régies de transport alors que le régime de la régie directe dans les réseaux de transport est marginal en France (entre 1 et 2 % des réseaux).* » (Réponse ministérielle n°08043 à la question de M. Jean-Jacques Mirassou, JO Sénat 19/03/2009, page 676).

- **La question de la mise à disposition des fonctionnaires**

En ce qui concerne les régies dotées de la seule autonomie financière, l'article R.2221-81 du code général des collectivités territoriales dispose que :

> « *Lorsque le fonctionnement du service nécessite l'affectation d'immeubles appartenant à la commune, le loyer de ces immeubles, fixé par le conseil municipal suivant leur valeur locative réelle, est porté en dépense au budget de la régie et en recette au budget de la commune.*

Le montant des rémunérations du personnel communal mis à la disposition de la régie est remboursé à la commune. Il est porté en dépense au budget de la régie et en recette au budget de la commune. »

Les modalités d'affectation du personnel de la collectivité d'origine au service assuré par la régie ne peuvent cependant faire l'objet d'une convention de mise à disposition en application des dispositions de l'article 61-1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

En effet, ces dispositions ne visent que la mise à disposition auprès :

« *-des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;*
-de l'Etat et de ses établissements publics ;
-des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;
-des organismes contribuant à la mise en œuvre d'une politique de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics administratifs, pour l'exercice des seules missions de service public confiées à ces organismes ;
-du Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, pour l'exercice de ses missions ;
-des organisations internationales intergouvernementales ;
-d'Etats étrangers, à la condition que le fonctionnaire mis à disposition conserve, par ses missions, un lien fonctionnel avec son administration d'origine. »

Par définition, la mise à disposition des fonctionnaires s'entend de « *la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emplois ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante mais qui effectue son service dans une autre administration que la sienne.* » (*Guide pratique des agents territoriaux*, Goeorges-Daniel Marillia, les indispensables, Ed° Berger-Levrault, n°502).

Or, dans le cas d'une régie dotée de la seule autonomie financière, les fonctionnaires en charge de certaines missions qui seront rattachées à la régie n'exécuteront pas leurs services dans le cadre d'une autre administration que leur administration d'origine mais dans le cadre d'un nouveau service.

Les fonctionnaires ne quittent donc pas leur administration d'origine, en l'absence de personnalité juridique de la régie.

Par suite, il n'y a pas de mise à disposition au sens du statut de la fonction publique territoriale.

Il s'agit plutôt d'une mesure d'organisation du service qui doit être prise par le détenteur du pouvoir hiérarchique.

A cet effet, il pourrait être envisagé de procéder par voie de mutation, si nécessaire, et ce en application des dispositions de l'article 52 de la loi précitée du 26 janvier 1984 aux termes duquel :

« *L'autorité territoriale procède aux mouvements des fonctionnaires au sein de la collectivité ou de l'établissement ; seules les mutations comportant changement de résidence ou modification de la situation des intéressés sont soumises à l'avis des commissions administratives paritaires.*

Dans le cas où il s'agit de remplir une vacance d'emploi compromettant le fonctionnement du service et à laquelle il n'est pas possible de pourvoir par un autre moyen, même provisoirement, la mutation peut être prononcée sous réserve d'examen ultérieur par la commission compétente. »

En application de ces dispositions, seul le maire, agissant directement ou délégant expressément cette tache au secrétaire général, pouvait décider de confier de nouvelles attributions à un agent de la commune (CAA Nantes, 26 avril 2002, n° 99NT02133, C.).

Les mutations à l'intérieur des services de la collectivité peuvent être décidées d'office.

Elles doivent être précédées de la communication du dossier si elles sont en rapport avec le comportement de l'agent (CE, 11 juillet 1988, *Brilland,*AJDA 1988, p. 690)ou affectent ses attributions (CE, 11 mars 1991, n° 81697, *Rivellini*).

Elles ne peuvent être décidées que dans l'intérêt du service (CE, 11 févr. 1987, *Ville Hyères*, Dr. adm. 1987, comm. 232 ; CE, 3 nov. 1989, *Fassiaux*, Dr. adm. 1990, comm. 40).

S'agissant d'une mesure d'organisation et de fonctionnement du service, il convient en revanche de **précéder celle-ci d'une consultation du comité technique**. Ainsi, la doctrine relève que :

> « *Conformément à l'article 33 de la loi qui vise « l'organisation des administrations », le comité technique est consulté plus précisément sur l'organisation des structures administratives. (…)*
>
> *Le ministre de l'intérieur avait pour sa part, dès 1987, précisé l'interprétation qui, selon lui, devait être donnée aux prescriptions de la loi, après avoir constaté qu'étant donné la diversité des situations locales, il serait vain de dresser une liste des questions visées, il estimait qu'étaient concernées les modifications de structures des services (…), l'implantation dans de nouveaux bâtiments ou l'adoption de systèmes d'horaires variables.*
>
> *En revanche, ajoutait-il, aucune disposition ne donne aux comités techniques paritaires compétence pour connaître des choix budgétaires et de l'orientation de la politique municipale (Rep. Min. n°20056 ; JOAN Q, 13 avril 1987, p 2113).* » (Fonction publique territoriale, fasc.145-10)

En effet, l'article 33 de la loi du 26 janvier 1984 précitée modifiée énonce que :

> « *Les comités techniques sont consultés pour avis sur les questions relatives :*
>
> *1° A l'organisation et au fonctionnement des services ;*
> *2° Aux évolutions des administrations ayant un impact sur les personnels ;*
> *3° Aux grandes orientations relatives aux effectifs, emplois et compétences ;*
> *4° Aux grandes orientations en matière de politique indemnitaire et de critères de répartition y afférents ;*
> *5° A la formation, à l'insertion et à la promotion de l'égalité professionnelle ;*
> *6° Aux sujets d'ordre général intéressant l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail.* »

2.4. L'externalisation de certaines prestations

Pour l'exercice des missions du service exploité en régie, la personne publique peut avoir recours à des opérateurs tiers avec lesquels elle conclura des **marchés publics**.

Les marchés publics peuvent porter uniquement sur des travaux, des services ou des fournitures. Ces marchés publics peuvent être conclus avec tout opérateur économique dans le cadre du respect des procédures de passation définies au code des marchés publics.

Ils peuvent également être conclus avec une SPL dès lors que l'objet du marché public est compris dans la définition de l'objet social de celle-ci. Dans ce cadre, les actionnaires de la SPL n'ont pas à faire précéder la conclusion des marchés publics en cause d'une procédure de publicité et de mise en concurrence et ce quel que soit le montant du marché. En effet, la SPL est un opérateur intégré bénéficiant ainsi de la dérogation définie à l'article 3 du code des marchés publics. Cependant, il convient de relever que cette qualité ne permet pas de s'extraire des dispositions du code des marchés publics en ce qui concerne l'exécution du marché et, notamment, de la définition préalable des besoins de la personne publique et de la durée du marché.

Il peut également être confié l'exploitation même du service dans le cadre d'un **contrat de gérance**.

Le contrat de gérance se caractérise par le fait que la collectivité finance elle-même l'établissement du service et en confie l'exploitation à un tiers qui en assume la gestion pour le compte de la collectivité moyennant une rémunération forfaitaire qui n'est pas assurée par les usagers mais qui est versée par la collectivité. Ce mode de rémunération permet la qualification de marché public (*CE, 7 avril 1999, Cne Guiherand-Granges ; CAA Nancy, 13 mai 2004, n° 98NC02350, Ville Colmar*).

Cette forme de gestion déléguée avait été consacrée par la doctrine de l'administration (*Rép. min. n° 21777 : JOAN Q 22 janvier 1996*) et par la jurisprudence (*T. confl., 6 juin 1989, préfet Paris, préfet région Île-de-France c/ CA Paris : Rec. p. 293*).

Comme pour les contrats d'affermage, les contrats de gérance ne portent que sur l'exploitation du service, les investissements nécessaires au fonctionnement du service public restant de la responsabilité de la collectivité.

La gérance doit être distinguée des contrats de **régie intéressée**.

En effet, la régie intéressée est une forme de gérance dans laquelle la rémunération du régisseur contient une partie forfaitaire et une partie qui varie en fonction de critères d'intéressement préalablement établis par la collectivité.

La régie intéressée a été reconnue comme mode de gestion autonome par la jurisprudence (*CE, 19 janvier 1912, M. et B. : Rec. p. 75 ; CE, 10 mars 1950, Dpt Seine c/ STCRP : Rec. p. 162*, à propos de la gestion des transports en commun de la région parisienne).

Le contrat de régie intéressée constitue un marché public dès lors que la rémunération du régisseur n'est pas substantiellement liée à l'exploitation.**Ces contrats comportent cependant un risque important de requalification en délégation de service public.**

Dans ce cadre, au-delà de la seule question de la légalité de la procédure de passation, la collectivité aura méconnu l'organisation même du service puisque celui-ci ne pourra plus être considéré comme étant directement exploité par la personne publique mais bien délégué à un tiers.

Quelle que soit sa qualification juridique en marché public ou délégation de service public, la convention de régie intéressée doit comprendre des stipulations particulières en vue de garantir la transparence de la gestion des deniers publics conformément aux dispositions de l'article R.2222-5 du CGCT.

3/ L'entente

L’article L.5221-1 du CGCT définit les ententes :

> « *Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur* ***les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois*** *leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs.*
>
> *Ils peuvent passer entre eux des* ***conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune****.* »

L’article L.5221-2 du CGCT précise que :

> « *Les questions d'intérêt commun sont débattues dans des* ***conférences où chaque conseil municipal et organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale ou des syndicats mixtes est représenté par une commission spéciale nommée à cet effet et composée de trois membres désignés au scrutin secret****.*
>
> *Le représentant de l'Etat dans le ou les départements concernés peut assister à ces conférences si les communes, les établissements publics de coopération intercommunale ou les syndicats mixtes intéressés le demandent.*
>
> *Les décisions qui y sont prises ne sont exécutoires qu'après avoir été ratifiées par tous les conseils municipaux, organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale ou des syndicats mixtes intéressés et sous les réserves énoncées aux titres Ier, II et III du livre III de la deuxième partie.* »

Récemment, le Conseil d’Etat a opéré un important revirement de jurisprudence en considérant dorénavant que, sous certaines conditions, les ententes ne sont pas qualifiées de conventions de délégation de service public (CE, 20 mai 1998, *communauté de communes du Piémont de Barr*) mais de conventions de **coopération publique** qui peuvent être conclues librement par les collectivités publiques et leurs groupements.

Ainsi, le Conseil d’Etat a jugé que :

> « *Considérant* ***qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques, selon les modalités prévues par le législateur*** *; qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique, sur le fondement de l'article L. 5221-1 du Code général des collectivités territoriales, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions,* ***notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel*** *;*
>
> *Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la convention litigieuse a pour objet de faire prendre en charge par la communauté d'agglomération le service public de distribution d'eau de la commune de Veyrier-du-Lac, jusqu'alors exploité dans le cadre d'une délégation de service public ; que* ***la communauté d'agglomération exerçant cette compétence de la distribution d'eau sur son propre territoire, l'entente tend à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par ces deux***

personnes publiques, sous la responsabilité opérationnelle de la communauté d'agglomération ; que la convention doit ainsi permettre à la commune de Veyrier-du-Lac, qui met à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures, de bénéficier des installations plus performantes de la communauté d'agglomération *;*

Considérant, en deuxième lieu, que ***le tarif de l'eau fixé par la convention pour les usagers de la commune de Veyrier-du-Lac correspond, en sa partie fixe, à la répartition entre usagers de la quote-part de la commune dans les investissements à réaliser sur les installations mutualisées, et en sa partie proportionnelle au prix coûtant de la production et de l'acheminement par mètre cube d'eau potable, supporté par la régie directe de la communauté d'agglomération ; que la convention stipule que ce prix proportionnel est révisé chaque année selon le même indice que celui du tarif appliqué aux usagers de la communauté d'agglomération d'Annecy par la régie gestionnaire du service, dont les recettes doivent strictement équilibrer les dépenses ; qu'ainsi, la convention litigieuse n'a pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé, et la communauté d'agglomération ne peut être regardée comme agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel*** *;*

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que ***la convention litigieuse, conclue à des fins des coopération entre personnes publiques dans le cadre de relations qui ne sont pas celles du marché, n'était pas soumise aux règles de la commande publique*** *; que, par suite, cette convention était hors du champ d'application de l'article L. 551-13 du Code de justice administrative ; que le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a ainsi commis une erreur de droit en l'annulant au motif que les collectivités contractantes avaient méconnu leurs obligations de publicité et de mise en concurrence* ; » (CE, 3 février 2012, *commune de Veyrier-du-Lac,* req. n°353737)

Par suite, si le Conseil d'Etat admet la légalité de la convention d'entente en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, c'est au terme d'un raisonnement qui permet de caractériser l'existence d'une organisation administrative spécifique.

L'entente est dépourvue de la personnalité morale, elle constitue le cadre juridique des relations contractuelles des collectivités et groupements.

Dans l'espèce jugée, l'objet de la convention était de faire prendre en charge par la communauté d'agglomération la gestion du service public de distribution d'eau de la commune qui était jusque là exercé dans le cadre d'une délégation de service public.

L'entente n'a pas eu pour objet de créer un service commun mais de confier la gestion du service public de la commune.

Ainsi que l'a relevé la doctrine, « *selon le juge,* ***le tarif de l'eau, tel qu'il a été fixé dans la convention, correspond, pour la partie fixe, à la répartition entre usagers de laquote-part de la commune dans les investissements à réaliser sur les installations mutualisées, et, pour la partie proportionnelle, au prix coûtant de la production et de l'acheminement par mètre cube d'eau potable, supporté par la communauté d'agglomération qui gère le service directement***.

La convention critiquée ne provoque donc pas « de transferts financiers indirects entre collectivités autre que ceux résultant strictement de la compensation des charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé ». Compte tenu de cette situation, la communauté d'agglomération ne peut « être regardée comme agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel». (H. Pauliat, JCP A n°12, 26 mars 2012, 2085).

Par suite, le juge administratif a pris soin de relever qu'il y a avait bien une individualisation du tarif en fonction de la réalité du service assuré sur le territoire de la commune.

Il n’y a pas eu de compensation ni de prise en charge d’investissements qui ne soient directement rattachés au service réalisé sur le territoire de la commune.