



FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS

COMITÉ JURIDIQUE (*)

NOTE DE TRAVAIL

(délibérée et adoptée le 13 février 2007)

Objet : Observations sur le rapport de M. Jean Courtial « sur le fonctionnement et l'évolution des parcs de l'équipement », daté janvier 2006, en ce qu'il intéresse les Entreprises de travaux publics.

(*) Le Comité Juridique de la FNTP est présidé par Yves GAUDEMET, Professeur à l'Université de Paris II, ses membres sont : François-Régis BOULLOCHE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, Christophe LAPP, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Jean-François MARTIN, Avocat Honoraire à la Cour d'Appel de Paris, Roland SANVITI, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Serge-Antoine TCHEKHOFF, Avocat à la Cour d'Appel de Paris

1. La loi du 13 août 2004 relative aux libertés et aux responsabilités locales organise le transfert aux collectivités territoriales et à leurs groupements des services correspondant à l'exercice des compétences déjà à elles transférées en matière de ports, de voies d'eaux et de routes départementales.

Cependant l'article 104-I-2, al.2 de cette loi exclut les parcs de l'équipement de ce transfert, ajoutant que, « *dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, le gouvernement déposera devant le parlement un rapport sur le fonctionnement et l'évolution des parcs* »¹.

2. C'est à ce titre que le ministre de l'Équipement a chargé Monsieur Jean Courtial d'une mission de réflexion sur l'avenir des parcs de l'équipement.

La lettre de mission du 21 septembre 2004 souligne, parmi d'autres considérations, que « *le mode d'intervention de parcs au bénéfice des départements, fondé sur la loi de 1992, peut apparaître juridiquement fragile au regard du droit européen de la concurrence* », et cela alors que la part d'activités des parcs pour le compte des départements, déjà majoritaire, est normalement appelée à croître en conséquence des transferts de voiries au bénéfice des départements.

¹ Par ailleurs, et s'agissant de l'assistance qui peut être apportée par les services des DDE aux communes et à leurs groupements en matière de définition de l'intérêt communautaire dans le domaine de la voirie, les conditions en ont été déterminées, également sur la base de la loi de 2004 (art.164 modifié par l'article 18 de la loi du 13 juillet 2005), par une circulaire du 23 novembre 2005 et une circulaire du 20 février 2006 ; la circulaire de 2005 institue notamment l'« Assistance technique fournie par les services de l'Etat pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire » (sic) ou ATESAT et la circulaire de 2006 précise les conditions et modalités de recours des communes à ce service.

Cette première lettre de mission a été complétée, vraisemblablement au vu des réflexions d'étape de M. Courtial, par une seconde lettre du 8 juillet 2005 dont le soussigné n'a pas eu communication, mais qui est mentionnée comme annexée au rapport finalement remis au ministre en janvier 2006 et rendu public.

3. Ce rapport – par ailleurs fort bien fait et documenté – est une source de réflexions et d'informations importante pour les Entreprises de travaux publics dans leurs relations de marchés avec les collectivités locales et leurs groupements. On en signalera notamment, dans cette perspective, les éléments suivants.

1°) – Spécificité des parcs de l'équipement

4. - Les parcs de l'équipement ne doivent pas être confondus avec les services déconcentrés du ministère de l'équipement en général. Ils sont – et depuis longtemps – une institution particulière et spécialement organisée par les textes et conçus dès l'origine comme un instrument de coopération de l'Etat et des départements pour l'exploitation et l'entretien de leurs domaines routiers respectifs².

Traditionnellement les parcs – un par département – assurent la gestion et la maintenance des engins qui appartiennent tant au département qu'à l'Etat et effectuent les travaux routiers qui leur sont demandés tant par l'Etat que par le département ou encore par des « clients » extérieurs, au premier rang desquels les communes³.

² Une circulaire du 12 mars 1968 (n°18) indique que le parc, « constitué par l'ensemble du personnel qui lui est affecté et par les moyens en matériel dont dispose la direction départementale de l'équipement pour l'exécution de travaux en régie quelle que soit la collectivité bénéficiaire, est considéré, du point de vue comptable, comme une « association en participation », les associés étant l'Etat et le Département qui, l'un et l'autre, l'ont doté de moyens (biens meubles et immeubles) ».

³ Sur l'importance économique des parcs de l'équipement et de leurs interventions en matière de voirie, le rapport Courtial donne des chiffres qui donnent la mesure des enjeux : chiffre d'affaires annuel supérieur à 830 millions d'euros en 2004 ; effectifs des parcs : plus de 8000 personnes.

5. Sur le plan juridique, le parc, dépourvu de personnalité juridique propre distincte de celle de l'Etat, a cependant le statut de service à caractère industriel et commercial et est doté d'une autonomie fonctionnelle et financière « *suffisante pour qu'il soit perçu de l'intérieur et à l'extérieur comme une entreprise publique investie d'une mission de service public* » (p.6 du rapport). En particulier, chaque parc tient une comptabilité de type commercial et agit sur la base de « commandes » directement facturées.

Si les parcs sont apparus et ont été organisés sur le modèle actuel dès le lendemain de la seconde guerre mondiale (circulaire du 2 décembre 1948 et surtout circulaire interministérielle du 22 novembre 1967 qui organise le service dans chaque département et consacre la dénomination de parc départemental de l'équipement), ils trouvent aujourd'hui une base juridique dans les dispositions de l'article 69 de la loi de finances pour 1990 et de la loi du 2 décembre 1992. La première ouvre dans les écritures du trésor un compte de commerce pour accueillir les opérations de recettes et de dépenses des activités industrielles et commerciales des parcs ; la seconde traite de la mise à disposition des départements des services déconcentrés du ministère de l'équipement et de la prise en charge des dépenses de ces services, tirant tardivement, en la matière, les conséquences des réformes de décentralisation de 1982-83.

6. En outre – et toujours sur le plan juridique – les parcs de l'équipement emploient des ouvriers dotés d'un statut d'agents non fonctionnaires de l'Etat et d'un régime spécial de pensions de retraite ; ces personnels se distinguent ainsi fondamentalement des agents fonctionnaires des DDE.

2°) Nécessité et urgence d'une réforme qui appelle le véhicule de la loi -

7. On comprend, pourquoi, dans ces conditions, et en considération des difficultés de toute réforme de l'institution, la loi de 2004 a, dans un premier temps, fait une mention spéciale des parcs de l'équipement pour les exclure du transfert des compétences et des moyens décidé en faveur des collectivités locales.

On comprend aussi la prudence de certaines des propositions de M.Courtial qui traduisent simplement le sens du possible, notamment du point de vue du statut des personnels concernés.

8. Pourtant le rapporteur fait part sans ambiguïté, dans le dernier paragraphe d'introduction de son rapport, de sa « conviction que ce système, devenu vulnérable dans le contexte juridique et économique actuel, apparaît incompatible avec le processus de décentralisation et avec le projet de réorganisation des services routiers de l'Etat », précisant même que, selon lui, il ne serait « ni techniquement ni d'ailleurs socialement, eu égard à l'inquiétude légitime des agents, raisonnable » d'attendre l'expiration du délai de trois ans prévu par la loi de 2004 ; et plus loin : « j'ai acquis la conviction que le régime actuel des parcs n'a pas d'avenir » (p.25 du rapport)⁴.

3°) – Le système actuel des « conventions stabilisées » est critiquable en droit et ne peut être maintenu -

9. A la différence des autres services déconcentrés concernés par les lois de transfert de compétences, le parc de l'équipement ne peut ni faire l'objet d'une mise à la

⁴ V. aussi auparavant les développements du rapport public de la cour des comptes sur « l'avenir des parcs de l'équipement » (rapport public 2002, p. 438 à 455).

disposition du département ni, a fortiori, être placé sous l'autorité fonctionnelle du président du conseil général. Il reste un service de l'Etat, mais « *instrument de coopération étroite entre l'Etat et le département* ».

10. Sur ces bases, celle de la loi du 2 décembre 1992 et de son décret d'application du 31 décembre 1992, un système de conventionnement a été mis en place.

Pour chaque parc, une convention conclue chaque année entre le préfet et le président du conseil général fixe la nature, la programmation et le montant des prestations devant être fournies par le parc à l'Etat et au département, les modalités de sa rémunération, le barème des facturations et les garanties d'exécution données⁵.

Il est prévu que le montant des commandes ne peut, sauf situation exceptionnelle, évoluer chaque année de plus ou moins 10% de celui de l'année précédente ; c'est en cela qu'on peut parler de « conventions stabilisées ».

11. Le décret de 1992 précise que le barème de facturation « *doit être conforme à la réalité des prix de revient et doit évoluer en fonction de la totalité des coûts relatifs à la prestation demandée par le département* ». Ce qui est à la fois significatif et – peut-on penser – insuffisant pour mettre ces interventions en harmonie avec la jurisprudence *Communauté de communes du Piémont de Barr* (CE 20 mai 1998, Rec. Lebon, p. 202), c'est-à-dire finalement avec les exigences du droit communautaire qui prévalent sur les dispositions de la loi de 1992 et celles – temporisatrices – de la loi de 2004.

⁵ A défaut de convention, la loi prévoit un régime forfaitaire selon lequel le parc continue à intervenir pour le département dans la limite du montant moyen des prestations des trois années précédentes.

L'observation en avait été faite par la cour des comptes dans son rapport public de 2002 précité ; elle est reprise par le rapport Courtial et solidement argumentée en droit.

12. La cour des comptes pose la question de la compatibilité de l'organisation actuelle des parcs avec ce qu'elle appelle « l'extension de la concurrence » ; et elle y répond par la négative, s'appuyant encore sur un avis rendu en la matière par le conseil de la concurrence en 1999 (avis n° 99-A-21).

C'est que « *la plupart des prestations des parcs relèvent, par nature, du secteur concurrentiel* », cependant que les parcs « *ne répercutent pas dans leurs prix la totalité des charges qu'ils supportent* » (alors même – ajoute la cour – que ces dernières pourraient être connues avec précision si la comptabilité analytique mise en place depuis 15 ans sous forme informatique était correctement utilisée) ; les charges non prises en compte sont essentiellement des charges de personnel, à quoi s'ajoute le non assujettissement à la TVA. Il en résulte « *qu'une partie non négligeable des parcs n'est pas à même d'assurer des prestations dans les conditions de vérité des prix qu'évoquait le conseil de la concurrence dans son avis de décembre 1999* ».

13. Ces critiques sont reprises à son compte par le rapport Courtial et qualifiées sur le terrain du droit : « *on peut avoir de sérieux doutes sur le respect, par le système des parcs de l'équipement (tel qu'aménagé par la loi de 1992), des exigences du droit de la concurrence et du droit des marchés publics* » (p. 29).

Il s'agit en effet d' « entreprises » au sens du droit communautaire, et quelle que soit la forme juridique adoptée par le droit national.

14. Dès lors, si les activités exercées par les parcs pour le compte de l'Etat peuvent être considérées comme des opérations internes et échappent au droit de la concurrence, il n'en va pas de même des autres interventions et activités des parcs.

- Celles réalisées pour le compte des clients « extérieurs », publics ou privés, et notamment des communes, sont entièrement et nécessairement soumises au droit de la concurrence ;

- quant à celles effectuées pour le compte du département, dans le cadre et au titre des « conventions stabilisées » que l'on a analysées plus haut (supra, n. 9 et s.), elles correspondent, ni plus ni moins, à une forme de « droits exclusifs » ; or le droit communautaire ne permet la création ou le maintien de « droits exclusifs et spéciaux » que lorsque ceux-ci sont nécessaires à l'accomplissement par une entreprise d'une mission d'intérêt économique général (CJCE 17 mai 3001, *TNT Traco Spa*, aff. C-340/99).

La critique peut être menée aussi au regard du droit des aides. L'aide structurelle résultant du financement des parcs de l'équipement par des « conventions stabilisées », s'ajoutant au demeurant à d'autres formes d'aide, ne satisfait pas aux conditions déterminées par la jurisprudence *Altmark Trans* de 2003 (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-208/00) et doit donc être considérée comme incompatible avec le marché commun.

Enfin, au regard du droit des marchés, les « conventions stabilisées » conclues avec les départements ne respectent manifestement pas les conditions d'égalité dans la concurrence rappelées par la jurisprudence du conseil d'Etat *Sté Jean-Louis Bernard consultants* de 2000 (CE avis, 8 novembre 2000).

4°) – La solution proposée : le transfert des parcs aux départements –

15. Le rapport Courtial prend nettement position pour un transfert des parcs aux départements, avec les mesures d'accompagnement appropriées, notamment quant au statut des personnels concernés.

Une loi serait nécessaire pour décider ce transfert.

Du point de vue qui intéresse ici, il en résulterait que les opérations des parcs pour le compte des départements échapperaient désormais aux exigences et contraintes du droit national et communautaire de la concurrence.

En effet – et pour reprendre les propres termes de la jurisprudence communautaire citée par le rapport Courtial – *« une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics »* (CJCE 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-2603).

16. S'agissant en revanche des activités développées pour le compte de « clients extérieurs », publics ou privés, et notamment des communes, les contrats à intervenir doivent de toutes les façons, et dès à présent, respecter les conditions d'égalité dans la concurrence qu'impose le droit communautaire et qu'on a rappelées plus haut.

Il en irait de même d'éventuelles – et vraisemblables – interventions pour le compte de l'Etat si, demain, les parcs de l'équipement étaient transférés aux départements.