

## LE MARCHÉ D'ENTREPRISE DE TRAVAUX PUBLICS

PHILIPPE TERNEYRE\*

**L**a présente contribution - rédigée par un juriste à l'intention d'économistes - n'a d'autre ambition que de définir les éléments constitutifs du marché d'entreprise de travaux publics (METP), d'en indiquer les avantages et les inconvénients et de mettre en évidence les difficultés juridiques, économiques et financières qu'il soulève.

Le METP peut se définir comme un contrat de longue durée (cinq à trente ans) ayant pour objet de confier au cocontractant de l'administration, moyennant un prix, le financement, la conception et la réalisation d'un ouvrage public ainsi que son entretien et son exploitation et la gestion du service public auquel il est affecté.

Comme l'a indiqué le rapport Bernard, rédigé en 1994, le METP présente divers avantages et inconvénients. S'agissant des avantages, le METP desserre tout d'abord la contrainte financière des collectivités publiques puisqu'il permet à ces dernières de procéder à des investissements parfois très importants sans recourir, l'année d'engagement des travaux, à un alourdissement de la fiscalité locale ou à une élévation du niveau d'endettement de la collectivité locale. Par ailleurs, le METP permet la fourniture d'une prestation globale à la collectivité, une sorte de contrat clé en main, où toutes les prestations (financement, conception, travaux, entretien, exploitation) sont assurées par le cocontractant. Enfin, le METP est un instrument au service de l'activité des entreprises du bâtiment et de travaux publics puisque ce contrat assure à son titulaire un « plan de charges » pour une longue période.

Mais, d'un autre point de vue, le METP présente divers inconvénients ; il est vraisemblablement plus cher que si la collectivité locale avait recours à l'emprunt. Il obère dans une certaine mesure l'autonomie de celle-ci en ce sens que, en cas d'alternance à la tête de l'exécutif local, la nouvelle équipe municipale se trouve liée pour une longue durée. Par ailleurs, il s'agit en réalité d'un endettement déguisé s'accompagnant d'une débudgétisation plus ou moins marquée autorisant un contournement des normes d'encadrement de l'endettement des collectivités locales. Enfin, il est surtout souscrit par les grandes entreprises, «les majors du BTP», au détriment des PME et PMI qui sont le plus souvent réduites à la sous-traitance.

---

\* Professeur agrégé de droit public, doyen de la faculté de droit, d'économie et de gestion de Pau.

Le METP soulève aujourd'hui un délicat problème de qualification juridique. Le concept même est issu d'une jurisprudence du Conseil d'État tendant à disqualifier des contrats - faussement appelés par les parties contractantes, concession de service public, affermage ou gérance - et ce, parce que les modalités de la rémunération du cocontractant n'étaient pas constituées, comme il se doit dans ces contrats, par le paiement d'une redevance par les usagers en contrepartie d'une prestation mais par le paiement d'un prix par l'administration. En conséquence, ces contrats faussement qualifiés de concession furent alors qualifiés de marchés publics par le juge administratif et, plus particulièrement, de marchés d'entreprise de travaux publics eu égard à leur longue durée. En conséquence, leur passation devait obéir, et doit toujours d'ailleurs obéir, au code des marchés publics ainsi qu'au droit français d'application du droit communautaire s'agissant en particulier de mesures de publicité préalable et de mise en concurrence. De la même façon, les règles relatives au paiement du cocontractant et à la sous-traitance leur sont applicables.

Il reste que, par-delà cette qualification juridique, le METP est bien une délégation de service public qui ne peut prétendre à cette qualification uniquement à cause des modalités de la rémunération du cocontractant. Et de fait, le METP est une technique idéale pour la gestion déléguée des services publics sans usager direct payant (traitement des ordures ménagères, restauration scolaire, buanderie industrielle, assainissement...).

En revanche, parce que l'un des critères d'identification du METP est le transfert de l'exploitation du service public au contractant, les contrats qui n'opèrent pas un tel transfert ne peuvent prétendre à la qualification de METP. C'est pourquoi le Conseil d'État a récemment dénié au METP de construction, rénovation, et entretien des lycées ou des collèges régionaux et départementaux, la qualité de METP, eu égard au fait que, dans cette hypothèse, le cocontractant n'exploite pas, *stricto sensu*, un service public, mais est seulement chargé, pendant une longue période, de travaux publics.

Enfin, cette technique contractuelle se heurte à quelques obstacles légaux et jurisprudentiels.

En premier lieu, parce que le code des marchés publics interdit en principe le paiement différé des prestations réalisées par le cocontractant certains tribunaux administratifs ont annulé des METP au motif qu'ils violaient l'article 350 du Code des marchés publics. En réalité, si tant est que cet article soit d'ordre public, le tribunal administratif de Marseille, par un jugement en date du 27 mai 1993 (préfet des Bouches-du-Rhône, c/ commune de la Ciotat), a très clairement indiqué que cette disposition n'était pas un obstacle à la validité d'un METP, en décidant que les clauses comprises dans un tel marché et relatives à sa rémunération devaient être rapportées à la totalité de cette prestation, et non à la seule réalisation des ouvrages ; ainsi conclut le tribunal, «*s'il est constant qu'une des stipulations prévoit la réalisation d'ouvrages*

*sur une durée, selon le cas, de trois mois ou de quatre ans à compter de la date de notification du marché et un paiement étalé sur respectivement cinq et seize ans, ces paiements ne peuvent être regardés comme étant différés - au sens de l'article 350 du Code des marchés - dès lors qu'ils ne constituent qu'une partie de la rémunération totale qui s'étend sur la durée de seize ans de la prestation objet du marché».*

Le METP est-il ensuite contraire à la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance ? En d'autres termes, les sous-traitants peuvent-ils prétendre au paiement direct de leurs travaux par la collectivité publique ? En principe, rien ne s'y oppose par application du droit commun des marchés publics. Mais, il faut bien l'avouer, ce type de marché ne s'y prête guère lorsque la rémunération du titulaire est annuelle. En effet, si la collectivité locale a recours au METP, c'est justement pour instaurer un décalage entre la réalisation des travaux et le paiement d'un versement forfaitaire annuel. Si elle devait immédiatement payer les sous-traitants l'intérêt du montage serait très réduit voire nul. Dès lors de deux choses l'une : ou bien les sous-traitants acceptent eux aussi ce décalage, ce qui ne semble pas au demeurant formellement interdit par la loi de 1975, ou bien le titulaire du METP s'engage à préfinancer intégralement les travaux et le paiement direct est exclu *de facto* dans ce type de marché lorsque la rémunération est annuelle.

Enfin, les dépenses engagées par la collectivité locale au titre du METP, qu'il s'agisse des dépenses de fonctionnement ou d'investissement, ne semblent pas éligibles au FCTVA ; tel est le sens de diverses circulaires et déclarations, en 1994, du ministre du Budget.