

MARCHÉS PUBLICS

Le régime des avances dans les marchés de travaux

Les avances constituent, pour les entreprises titulaires de marchés publics et leurs sous-traitants, un moyen de financement précieux. Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'en verser dès lors que le montant initial du marché dépasse 50 000 euros HT et que la durée d'exécution est supérieure à deux mois. Des dispositions plus avantageuses sont prévues pour les marchés visés par le plan de relance de l'économie adopté fin 2008.

CYRIL LAROCHE

Docteur en droit, avocat, président de l'Association des professionnels du droit public

Quel est l'objet d'une avance dans le cadre d'un marché public ?

L'avance est un versement effectué par le pouvoir adjudicateur au bénéfice du titulaire du marché avant le début d'exécution du marché. Elle constitue une exception à la règle selon laquelle tout paiement d'une personne publique à un tiers implique un service fait.

Quelles sont les conditions de versement d'une avance ?

Aux termes de l'article 87 du Code des marchés publics (CMP), le pouvoir adjudicateur a l'obligation de verser une avance à l'entreprise titulaire dès lors que le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution du marché excède deux mois. Le titulaire du marché peut refuser de bénéficier de cette avance. Lorsque l'avance n'est pas obligatoire, le marché peut prévoir un tel versement, qui est alors soumis au régime juridique de l'avance obligatoire.

Qu'en est-il pour les marchés en cours d'exécution au 21 décembre 2008 ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009 ?

Ces marchés bénéficient des dispositions du plan de relance de l'économie. L'article 43 du décret du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics déroge à l'article 87 du CMP : une avance peut être accordée dès lors que le montant du marché est supérieur à 20 000 euros HT quelle que soit sa durée d'exécution. Par une circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française, le Premier ministre a prévu que cette disposition devait être appliquée « systématiquement » pour les marchés d'un montant inférieur à 5 millions d'euros passés par l'Etat et ses établissements publics.

Comment le montant de l'avance est-il calculé ?

Depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 venu modifier certaines dispositions du CMP, l'article 87 du Code dispose expressément que l'avance est égale à 5% du montant initial du marché TTC, diminué du montant des éventuelles prestations confiées aux sous-traitants donnant lieu à paiement direct. Si le marché a une durée d'exécution supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant initial du marché TTC divisé par la durée d'exécution du marché exprimée en mois. Ce montant ne peut pas être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Le marché peut-il prévoir de majorer le montant de l'avance ?

L'article 87 du CMP dispose que le montant de l'avance peut être majoré dans la limite de 30% du montant initial du marché TTC diminué du montant des prestations sous-traitées (ou de douze fois ce même montant divisé par la durée d'exécution du marché exprimée en mois lorsque cette durée excède douze mois). Le marché peut prévoir

que le versement de cette avance sera conditionné à la constitution d'une garantie à première demande portant sur tout ou partie du remboursement de l'avance. Les parties au marché peuvent s'accorder pour substituer une caution personnelle et solidaire à cette garantie. Le montant de l'avance peut être porté à un maximum de 60% des montants précités lorsque le titulaire du marché est un organisme public. Pour les autres titulaires, l'avance peut atteindre ce même taux s'ils constituent une garantie à première demande.

Comment calculer le montant de l'avance dans le cadre d'un marché à tranches conditionnelles ?

Le titulaire du marché a droit à une avance dès que le montant de la tranche ferme ou affermie est supérieure à 50 000 euros HT et que son délai d'exécution est supérieur à deux mois (sous réserve des dispositions précitées de l'article 43 du décret du 19 décembre 2008). Le montant de l'avance est calculé par référence au montant de la tranche ferme ou affermie dans les limites prévues par l'article 87 du CMP pour les marchés de travaux non fractionnés.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- L'avance est le versement effectué par un pouvoir adjudicateur au bénéfice du titulaire d'un marché public avant le début d'exécution du marché.
- Le titulaire du marché a droit à une avance dès lors que le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros HT et que le délai d'exécution du marché est supérieur à deux mois.
- Le montant de cette avance est égal à 5% du montant initial du marché TTC diminué du montant des prestations

sous-traitées. Ce taux peut être majoré jusqu'à 60%.

- Dans le cadre du plan de relance de l'économie, les marchés en cours d'exécution au 21 décembre 2008 ou conclus jusqu'au 31 décembre 2009 peuvent bénéficier d'un régime dérogatoire dès lors que le montant du marché est supérieur à 20 000 euros HT, sans durée d'exécution minimale.
- Le sous-traitant peut avoir droit au versement d'une avance.

FICHE PRATIQUE

Le montant de l'avance peut-il être modifié par avenant ?

En principe, le montant de l'avance prévu par le marché ne peut pas être modifié par avenant. Par exception, l'article 43 du décret du 19 décembre 2008 dispose que les parties au marché peuvent modifier le montant de l'avance par avenant lorsque le marché est en cours d'exécution au 21 décembre 2008 ou qu'il a été notifié au plus tard le 31 décembre 2009.

Cette faculté est même une obligation concernant ces marchés publics lorsqu'ils sont passés par l'Etat et leurs établissements publics pour un montant compris entre 20000 euros et 5 millions d'euros HT. En effet, à leur égard, le Premier ministre a demandé, par la circulaire susmentionnée du 19 décembre 2008, de modifier le montant de l'avance par avenant en prévoyant le versement au bénéfice du cocontractant du complément entre le montant de l'avance déjà versée et le montant correspondant à 20% du marché. Pour les marchés d'un montant supérieur ou égal à 5 millions d'euros HT concernés par le décret du 19 décembre 2008, le Premier ministre a demandé au pouvoir adjudicateur d'apprécier au cas par cas si l'augmentation de l'avance était justifiée au regard notamment de la taille, de la situation des entreprises contractantes ainsi que de l'avancement du marché.

Comment le remboursement de l'avance s'effectue-t-il ?

Le remboursement de l'avance s'impute sur les sommes dues au titulaire du marché, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde du marché; et après application de l'éventuelle clause de variation de prix sur le montant initial de l'acompte ou du solde.

Le remboursement doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire du marché atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché ou de la tranche affermie. Dans le silence du marché, le remboursement s'impute sur les sommes dues au titulaire du marché quand le montant des prestations exécutées atteint 65% du montant initial TTC du marché (ou douze fois le montant TTC du marché divisé par la durée d'exécution du marché ou de la tranche affermie lorsque cette durée est supérieure à douze mois).

Quel est le délai de paiement de l'avance ?

Le délai de paiement de l'avance court à partir de la notification de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché si

un tel acte est prévu ou, à défaut, à partir de la date de notification du marché. Lorsque la constitution d'une garantie à première demande ou d'une caution personnelle et solidaire est prévue par le marché, le délai de paiement ne peut courir avant la réception de cette garantie ou de cette caution.

Concernant les sous-traitants, le délai de paiement de l'avance court dès la notification du marché ou de l'acte spécial. Le délai de paiement est de trente jours pour les marchés publics passés par l'Etat et leurs établissements publics, ainsi que par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Il est de cinquante jours pour les établissements publics de santé.

Le sous-traitant a-t-il droit au versement d'une avance ?

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de verser une avance au sous-traitant si le montant des prestations sous-traitées est supérieur à 50000 euros HT et si le délai d'exécution de ses prestations est supérieur à deux mois (sous réserve des dispositions dérogatoires de l'article 43 du décret du 19 décembre 2008, qui prévoit le versement d'une éventuelle avance lorsque le montant du marché est supérieur à 20000 euros HT pour les marchés en cours au 21 décembre 2008 et ceux conclus jusqu'au 31 décembre 2009). L'avance est due même si le titulaire du marché a refusé le versement d'une avance pour son compte.

L'avance du sous-traitant est calculée par référence au montant des prestations sous-traitées tel qu'il figure dans le marché ou l'acte spécial, dans les mêmes limites que celles prévues par l'article 87 du Code des marchés publics applicable au titulaire du marché.

Comment l'avance versée au sous-traitant est-elle remboursée ?

L'article 115 du CMP, modifié par le décret susmentionné du 25 août 2011, dispose expressément que le remboursement de l'avance s'impute par précompte sur les sommes dues au sous-traitant selon les mêmes modalités que celles prévues pour le titulaire du marché.

Si le titulaire du marché qui a perçu l'avance sous-traite une part du marché postérieurement à sa notification, il rembourse l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées, même dans le cas où le sous-traitant ne souhaite pas bénéficier de l'avance.

Le remboursement par le titulaire du marché s'impute sur les sommes qui lui sont dues par le pouvoir adjudicateur dès la notification de l'acte spécial.

TEXTES DE RÉFÉRENCES

• *Articles 87 à 90, 98 et 115 du Code des marchés publics (consulter le Code à jour du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 en cahier pratique du « Moniteur » du 16/9/2011).*

• *Article 43 du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.*

• *Article premier du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics.*

• *Circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française.*