

FEDOM

La problématique des délais de paiement aux entreprises d'outre-mer

Dans les départements et régions d'outre-mer (DROM), la commande publique représente un enjeu majeur pour les TPE, notamment celles des secteurs du BTP et des services (distribution d'eau potable, collecte et traitement des déchets), et par là-même, pour l'emploi marchand. Or, les factures et situations de travaux afférentes aux contrats publics sont trop souvent payées avec un retard tel que, actuellement, les délais de paiement de certaines collectivités territoriales d'outre-mer aux entreprises ultra-marines constituent leur principale préoccupation.

Au-delà des difficultés rencontrées dans certaines collectivités territoriales en matière de conduite de projet, de lancement des appels d'offre et de formalisation de la commande publique, les délais de paiement des factures et marchés de travaux dus aux entreprises sont en moyenne le double de ceux constatés en métropole (27,9 jours en métropole en 2015 pour 60 jours dans les DROM). **Ce délai put se mesurer en années dans certains cas.**

Ces retards de paiement, qui n'ont cessé de s'allonger au cours des 5 dernières années, constituent, dans certaines localités, un handicap majeur : celui-ci freine l'embauche de salariés, retarde la constitution de fonds propres, conduit au non-paiement des cotisations sociales ou des obligations fiscales par les entreprises, incite l'entreprise à augmenter ses prix pour « anticiper » un retard de paiement et peut déboucher sur la disparition des entreprises les plus fragiles. L'amélioration des délais de paiement et le respect des contraintes budgétaires est donc une des préoccupations majeures des entrepreneurs outre-mer, notamment ceux des secteurs d'activité particulièrement dépendants de la commande publique.

Il convient de rappeler que si les articles 72 et 72-2 de la Constitution disposent respectivement que « *dans les conditions prévues par la loi, les collectivités s'administrent librement* » et que les « *collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* », l'article 47-2 de la Constitution rappelle que « *les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière* ». Surtout, l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme de 1789, inscrit dans le bloc de constitutionnalité, dispose que « *la Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.* »

I. Les éléments de constat : une confusion des responsabilités et une réglementation qui n'incite pas au respect des délais de paiement

Les délais de paiement des factures dues à une entreprise par les collectivités territoriales et leurs établissements sont de 30 jours depuis 2013¹. Ces délais sont souvent dépassés dans certaines collectivités des DROM avec, par exemple, un délai moyen global de 97 jours en Martinique ou de 77 jours en Guyane, qui peut atteindre 6 mois voire plusieurs années dans certains cas. Le dépassement de ces délais ouvre de plein droit au versement d'intérêts moratoires lesquels ne sont pourtant jamais mandatés par les collectivités territoriales concernées

¹ Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et le décret n°2013-269 du 29 mars 2013 pris pour son application.

A titre d'exemples :

- En Martinique, une entreprise du BTP a des créances non payées pour un montant de plusieurs millions d'euros et anciennes pour certaines d'entre elles de près de 5 ans, auprès de 3 collectivités territoriales de la Martinique ;
- En Guadeloupe, une entreprise de services publics a plus d'un an de chiffre d'affaires en impayés ; deux autres entreprises de service subissent des impayés depuis plus de 4 ans à hauteur de plus de 8 millions d'euros auprès de la même collectivité territoriale.

Il est utile de souligner que les délais cités supra ressortent de statistique officielles (IEDOM – INSEE) mais qu'ils ne reflètent pas la totalité du stock des créances publiques locales car non enregistrées comme dans l'application Helios comme le souligne le rapport Guyane IGA/IGF/ACOSS du 23/05/2018. Ainsi, plus de 50% des factures déposées ne seraient pas enregistrées comptablement selon ce rapport.

Alors que les budgets de fonctionnement et d'investissement des collectivités territoriales doivent chacun être adoptés en équilibre, la trésorerie est unique et le comptable a l'obligation de payer en priorité les dépenses dites « obligatoires » (salaires, charges, annuité de la dette ...)² dans la limite de la trésorerie disponible. Le paiement des factures correspondant aux prestations et marchés publics n'est pas prioritaire : le comptable, pas plus que l'ordonnateur, n'ont la possibilité de « réserver » ou de « mettre de côté » une partie de leur trésorerie pour le paiement ultérieur de ces factures.

En cas de dépassement des délais de paiement, le comptable n'a pas le pouvoir de mandater et liquider les intérêts moratoires. Les textes actuellement en vigueur font peser sur l'ordonnateur (donc sur la collectivité territoriale) l'obligation de mandater les intérêts moratoires quand ceux-ci sont dus. Le comptable peut seulement signaler au préfet la persistance de délais de paiement excessifs et le préfet peut alors procéder au mandatement d'office.

De toute évidence, le recours au mandatement d'office est largement inopérant. En cas d'insuffisance de trésorerie d'une collectivité territoriale, les dépenses sont payées par le comptable au fur et à mesure de la reconstitution de la trésorerie, selon un ordre de priorité fixé par le maire ou l'exécutif de la collectivité, en fonction de considérations qui leur sont propres. Cet ordre de priorité ne peut être modifié que par le préfet au travers du mandatement d'office qui peut être demandé par une entreprise titulaire d'une créance sur une collectivité. Mais, cette procédure se heurte d'une part à la priorité des dépenses obligatoires et au « paiement fractionné » des mandats émis d'office que peut décider le préfet pour limiter les difficultés de trésorerie. Au demeurant, certains élus parent au risque de mandatement d'office en procédant au mandatement de certaines dépenses (ce qui interdit ensuite le mandatement d'office par le préfet) et en repoussant simultanément leur règlement, puisque ce sont eux qui décident des priorités de règlement. Ce « système de priorité » aux mains des élus ne permet pas d'apporter des garanties et de rassurer les établissements bancaires de sorte que les lignes de crédit puissent être accordées aux entreprises.

Dans l'absolu, les voies de recours pour les entreprises existent. Les dispositions de l'article L. 1612-15 du code général des collectivités territoriales (CGCT) permettent à l'entreprise créancière de saisir directement la chambre régionale ou territoriale des comptes pour que celle-ci mette en demeure la collectivité dans le délai d'un mois de procéder à l'inscription de la dépense à son budget. Si celle-ci n'obtempère pas, la chambre régionale des comptes demande obligatoirement au préfet de procéder à l'inscription d'office au budget de la commune en modifiant en conséquence le budget de celle-ci pour dégager les crédits nécessaires (avec éventuellement augmentation des recettes ou diminution

² Cf. par exemple pour les communes, liste d'une trentaine de rubriques à l'article L 2321-2 du CGCT.

des dépenses facultatives, sur la base des propositions faites par la CRC, le préfet pouvant s'écarter de celles-ci en motivant).

Si la collectivité ne procède pas au mandatement correspondant pour ordonner au comptable du Trésor de payer, le préfet y procède d'office après avoir mis en demeure la collectivité de "faire le chèque" dans le délai d'un mois (article L 1612-16 du CGCT).

En cas de refus du Préfet, il est toujours possible de former un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif territorialement compétent, en lui demandant d'annuler la décision de refus du préfet et d'enjoindre à celui-ci, sous astreinte, de procéder au mandatement d'office. En deuxième lieu, le créancier peut aussi présenter devant le tribunal administratif un recours tendant à la condamnation de l'État à réparer le préjudice résultant de l'absence de mandatement d'office ou de l'absence de mise en œuvre, par le préfet, des mesures complémentaires nécessaires en cas d'insuffisance de crédits (mise en demeure adressée à la collectivité territoriale de créer des ressources nouvelles, voire substitution du préfet à cette collectivité pour créer ces ressources, par exemple en vendant un bien appartenant à celle-ci). Le Conseil d'État a précisé le régime de responsabilité applicable en cas de carence du préfet. Il a ainsi jugé que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'État en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle.³

Ainsi, si des recours existent et qu'il convient de les encourager, ils renvoient dans les faits à des procédures contraignantes qui sont peu mises en œuvre par les entreprises locales - pour beaucoup d'entre elles très dépendantes de la commande publique locale - compte tenu du risque, en rétorsion, de se voir refuser pour l'avenir l'accès aux marchés publics.

Ainsi, l'enchevêtrement de procédures inabouties et la dilution des responsabilités, très défavorables aux entreprises, contribuent à expliquer que rien n'incite les collectivités territoriales à régler les factures des entreprises dans les délais prévus par les textes et, au contraire, à faire supporter par les entreprises leurs insuffisances de trésorerie.

II. Les pistes à mettre en œuvre pour remédier à la situation

L'objectif visé, à travers les différentes propositions énoncées ci-après, est de restaurer progressivement une culture du respect des engagements contractuels et de la réglementation en matière de délais de paiement par le retour à certaines contraintes administratives et la mise en place d'un processus permettant à l'entreprise de récupérer dans les délais le montant de sa créance et imposer, en parallèle, une plus grande responsabilisation et une plus grande transparence du donneur d'ordre défaillant.

1. Rendre systématique la constatation, la liquidation et le mandatement par le comptable des intérêts moratoires en cas de dépassement des délais de paiement.

La situation actuelle ne crée aucune obligation en matière d'intérêts moratoires et ne désigne pas clairement l'autorité qui a le pouvoir de les constater. Il est proposé de rompre avec ce qu'il y a d'arbitraire dans le dispositif actuel et de revenir, au moins dans un premier temps, à un régime automatique : **au-delà de 30 jours, il est proposé que les intérêts moratoires soient désormais systématiquement (obligatoirement) constatés, liquidés et mandatés par le comptable.** Si la facture est réglée dans les 15 jours, le comptable aurait la possibilité de remettre ces intérêts.

³ CE 5 juillet 2018, Ministre de l'intérieur c/Département des Bouches-du-Rhône, n° 406671

Cette évolution implique de modifier les articles 18 et 32 du décret relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (« GBCP ») du 7 novembre 2012, ainsi que l'article 14 du décret relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique du 29 mars 2013¹.

2. Interdire au maître d'ouvrage d'obliger l'entrepreneur à faire des travaux sans prix provisoire.

En l'absence d'un accord sur un prix provisoire, les travaux modificatifs (travaux supplémentaires, modification de projet...) ne peuvent pas démarrer.

3. Rendre effectives les marges de manœuvre à la disposition du préfet en réexaminant la cohérence des procédures existantes et en transférant au Préfet le droit de prioriser les mandats à payer au-delà du délai normal de règlement

Réduction du nombre de dépenses obligatoires et paiement des mandats dans l'ordre strictement chronologique de leur émission et de l'engagement de la dépense, en mettant fin à la priorisation à la main de l'ordonnateur, ce qui redonne de la consistance au mandatement d'office ;

La réduction du nombre des dépenses obligatoires implique une modification du code général des collectivités territoriales (CGCT) :

- pour les communes : L. 2321-2 CGCT ;*
- pour les départements : L. 3321-1 CGCT ;*
- pour les régions : L. 4321-1 CGCT.*

Accorder le pouvoir au préfet de rendre prioritaire le paiement des mandats implique une modification de l'article L. 1612-16 du CGCT.

La loi de finances ne semble pas être le véhicule adapté pour de telles modifications, ces dispositions n'étant du ressort ni de son domaine obligatoire, ni de son domaine exclusif, ni de son domaine partagé.

La modification des dispositions qui touchent à l'ordonnancement de la dépense nécessite une réécriture de l'article 32 du décret relatif à la gestion budgétaire et comptable publique du 7 novembre 2012 .

4. Rendre automatiques et non coûteux pour l'entreprise la cession de créance ou la subrogation

Dans le cas où le délai de 30 jours est dépassé et où l'application d'intérêts moratoires n'a pas été suivie d'effets dans les 15 jours (le mécanisme de non-cession en garantie BPI actuel étant inopérant). A cet effet, seraient mis en place :

- a. Un fonds de compensation et de garantie. Ce fonds, géré par un opérateur public (AFD, BPI...), pourrait être constitué par une partie des ressources publiques actuellement affectées aux aides économiques.

- b. Un contrat-type avec cet opérateur pour systématiser la subrogation de cet opérateur dans les droits de l'entreprise (récupération ultérieure de la créance et des frais auprès de la collectivité...)
- c. A défaut, envisager de mettre en œuvre un subrogation totale et gratuite de la créance de à l'Etat

5. Parallèlement, en compensation (partielle) de la créance sur la collectivité territoriale, consigner administrativement sur un compte à la CDC le produit d'impôts locaux dus à cette collectivité.

Le titulaire d'un marché public ou d'une concession de services publics, qui souffre de retards de paiement importants ne peut de son propre chef « compenser » sa créance sur une collectivité territoriale en ne réglant pas un impôt émis par cette collectivité (taxe foncière, CVAE...). Il peut être envisagé, au-delà d'un retard de 45 jours, sur autorisation du DRFIP, de « consigner » le paiement d'un impôt dû à une collectivité territoriale, sur un compte à la CDC. Dès lors, cette somme consignée pourrait venir en compensation de la créance subrogée tant que la collectivité persiste à ne pas régler sa dette. Compte tenu de l'existence de zones franches dans certaines collectivités ultra-marines, les impôts locaux compensés par l'Etat au titre de ces entreprises devraient aussi faire l'objet d'une consignation provisoire. Sur le même principe, l'autre solution pourrait consister à prélever, sur autorisation du DRFIP, sur les dotations annuelles aux collectivités les sommes dues aux entreprises au-delà de 45 jours. Les sommes dues seraient consignées auprès de la CDC puis liquidées par les DRFIP.

*Cette proposition peut paraître curieuse, dans la mesure où le principe d'insaisissabilité des deniers publics, qui découle de l'article L. 2311-1 du code de la propriété des personnes publiques ne souffre que de peu d'exceptions. Si la compensation fiscale est possible (article L. 257 B du livre des procédures fiscales), elle est uniquement réservée aux dettes et créances fiscales, entre elles. Cet état du droit, strict, est d'ailleurs conforme au régime général des obligations qui n'appréhende la compensation, modalité extinctive de l'obligation (article 1347 du code civil), que comme une exception au paiement.
Il faut cependant explorer la faisabilité*

6. Mettre en œuvre par les donneurs d'ordre, à titre expérimental, un dispositif d'affacturage inversé (ou transfert de créances)

La modification serait de niveau réglementaire en cas d'obligation imposée à la collectivité ; une simple circulaire serait suffisante afin de diffuser une pratique nouvelle.

7. Mise en place, à l'initiative du Préfet (le cas échéant auprès de la CRC), d'un observatoire local des délais de paiement ou d'une cellule dédiée afin d'assurer la publicité de l'information et la plus grande transparence sur les mandats impayés

Pour les collectivités connaissant des délais de paiement durablement importants, il faut rappeler qu'aujourd'hui, en cas de mandat de paiement non payé par l'ordonnateur par

manque de trésorerie, les documents budgétaires reflétant les comptes de la collectivité ne les mentionnent pas, ces documents ne reflétant que les mandats émis. Il conviendrait d'assurer une publicité obligatoire des mandats restant à payer, a minima à l'attention des assemblées délibérantes, et plus généralement pour l'ensemble des citoyens.

Arrêté préfectoral.

8. **Prévoir un dispositif permettant à l'entreprise d'adresser par voie électronique, soit à la Préfecture, soit à la DRFIP un double de la facture envoyée à la collectivité, afin d'avoir une « date certaine ».**

FEDOM