#outremer

THINK TANK DES ECONOMIES D'OUTRE-MER

Mars 2017

EFFICACITÉ DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- Intérêt du sujet

La commande publique représente un enjeu majeur pour les TPE. Son poids dans l'économie est important (environ 15 à 20 % du PIB) aussi bien en outre-mer qu'en métropole et donc déterminant dans la création et le développement des opérateurs économiques.

L'enjeu que représente la commande publique revêt cependant un caractère crucial pour de nombreuses entreprises des DOM en raison de l'exiguïté de leurs marchés (elles ne sont pas connectées à une zone de chalandise de 450 Millions d'habitants comme sur le continent européen) et leur développement voire leur survie dépendent du maintien d'un volume très fluctuant pour de multiples raisons (récente crise du logement social, assèchement des sources de financement public, mauvaises pratiques des collectivités locales, etc…)

- Situation du problème

En juin 2008, l'Union européenne s'est dotée d'un cadre stratégique complet pour renforcer la compétitivité des petites et moyennes entreprises (PME) : le Small Business Act (SBA) pour l'Europe.
Le SBA européen s'inspire largement du Small Business Act américain, voté par le Congrès en juillet 1953. Ce texte fondateur de la politique américaine d'aide aux PME permet d'orienter l'action des pouvoirs publics vers la petite entreprise. La Commission européenne a souhaité aligner son SBA sur les priorités de la stratégie Europe 2020 avec une refonte du dispositif d'aides aux PME pour les rendre plus innovantes.

Alors que le SBA américain impose un quota de 23% des marchés publics fédéraux aux PME nationales, le SBA européen ne prévoit pas un accès privilégié à la commande publique. En effet, l'Union européenne refuse de transgresser l'Accord sur les marchés publics (AMP), ratifié par 28 Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cet accord impose notamment l'absence de discrimination et une concurrence internationale loyale et en conséquence, toute clause permettant de « favoriser » une entreprise locale devient donc illicite.

Conscient des difficultés d'ordres juridiques ou réglementaires à adapter un SBA optimal pour l'outre-mer et vu l'urgence à intervenir dans ces territoires, il parait opportun de mettre en place des « stratégies du bon achat » généralisées dans les départements et territoires d'outre-mer.

- Les objectifs et résultats attendus

Ces stratégies en faveur des TPE/PME pourraient s'appuyer sur deux points :

- Procéder à chaque fois que cela est possible à une **meilleure orientation de la commande publique** vers les TPE/PME :

- Par une application rigoureuse de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics imposant aux donneurs d'ordres l'allotissement comme mode de dévolution normal des marchés, permettant ainsi une meilleure insertion des TPE/PME dans le cycle de la commande publique.
  Une circulaire aux préfets d'outre-mer devrait être rédigée dans ce sens par les services du ministère de l'outre-mer.
- Simplifier les procédures de passation des marchés publics afin que les TPE puissent y répondre plus facilement, notamment supprimer la fourniture de tout document administratif qui peut être obtenu directement par l'acheteur public auprès des organismes concernés et instaurer une procédure de réponse dématérialisée simplifiée pour les petits marchés.
- Améliorer la transparence en matière d'attribution des marchés publics (communication post attribution – accès aux informations relatives au jugement des offres)

- **Sécuriser l'achat et améliorer les 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 2013[1]. Ces délais sont souvent dépassés dans certaines collectivités des territoires d'outre-mer et peuvent dépasser plusieurs mois voire une année, du fait de l'insuffisance de trésorerie de certaines collectivités et de l'obligation de payer en priorité les dépenses obligatoires.

Alors que le budget de fonctionnement et le budget d'investissement des collectivités territoriales doivent, chacun, être votés en équilibre, leur trésorerie est unique et le comptable a l'obligation de payer en priorité les dépenses obligatoires[2] (salaires et charges, charges de la dette, indemnités des élus….) dans la limite de la trésorerie disponible. Le paiement des factures correspondant aux marchés publics n'est pas prioritaire. Le comptable, pas plus que l'ordonnateur, n'a la possibilité de « réserver » ou « mettre de côté » une partie de sa 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 font peser sur l'ordonnateur (donc, la collectivité territoriale adjudicatrice) l'obligation de mandater les intérêts moratoires si 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.

En pratique, tant la réglementation que l'usage qui en est fait, ont un très faible caractère incitatif sur les collectivités territoriales pour l'amélioration des délais de paiement.

Pour anticiper une éventuelle difficulté dans le règlement des factures et répondre à l'insuffisance de fonds propres d'un grand nombre d'entreprises, le montant des avances peut constituer un élément de réponse. Dans le cadre d'un marché public[3], l'avance est en principe de 5 % et peut être portée à 30 % si le marché le prévoit. Elle peut aussi être portée à 60 % s'il y a constitution d'une garantie à

[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.
[2] cf. liste d'une trentaine de rubriques, à l'article L2321-2 du CGCT pour les communes.
[3] Article 110 du décret n° 2016-360.

première demande, ce qui a un coût.

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, au vu d'un ordre de priorité fixé par le maire ou l'exécutif de la collectivité (l'ordonnateur). Cet ordre de priorité ne peut être modifié que par le préfet à l'occasion de la mise en œuvre d'un mandatement d'office. Cette procédure peut être demandée par l'entreprise titulaire d'une créance sur une collectivité. Mais, elle se heurte aux dépenses obligatoires et au fait que le préfet a la possibilité de demander le paiement fractionné des mandats émis d'office pour limiter les difficultés de trésorerie de la collectivité. Au demeurant, il arrive, dans certains cas, que des 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 décalant le règlement de ces dépenses selon l'ordre de priorité qu'ils décident. Ainsi, l'enchevêtrement des procédures et la confusion des responsabilités contribuent à expliquer que rien n'incite les collectivités territoriales à régler les factures des entreprises dans les délais prévus par les textes.

Amélioration des conditions et délais de paiement des collectivités territoriales

Les difficultés rencontrées par les entreprises justifient une amélioration des dispositifs existants :

- accroître le montant des avances. Pour limiter la portée du non-respect des délais de paiements, il convient d'accroître systématiquement le montant des avances sur les marchés publics ultramarins, notamment quand ceux-ci sont attribués à des TPE. A cet effet, il est proposé de compléter l'article 110 du décret du 25 mars 2016 pour préciser :
« Dans les marchés publics passés dans les DROM, l'avance est de 40% et peut être portée à 60 %, si le marché le prévoit avec une constitution de garantie à première demande. »

- rendre systématiques la constatation, la liquidation et le mandatement des intérêts moratoires en cas de dépassement des délais de paiement. La situation actuelle qui ne crée aucune obligation en matière d'intérêts moratoires et ne désigne pas clairement l'autorité qui a le pouvoir de les constater, se traduit par une certaine confusion dans l'exercice des responsabilités, très défavorable aux entreprises. Il convient de refondre l'articulation entre les différentes procédures existantes (mandatement d'office, dépenses obligatoires, mandatement et liquidation des intérêts moratoires….), de rompre avec ce qu'il y a d'arbitraire dans le dispositif actuel et, dans un premier temps, de revenir à un régime automatique : au-delà de 30 jours, il est proposé que les intérêts moratoires soient systématiquement et obligatoirement constatés, liquidés et mandatés par le comptable. Si la facture est réglée dans les 15 jours qui suivent, le comptable aurait la possibilité de remettre ces intérêts ;

- rendre automatiques et non coûteux pour les entreprises 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'effet dans les 15 jours :

- mise en place d'un contrat type permettant de systématiser la subrogation de l'AFD ou de la BPI dans les droits de l'entreprise, aux frais de la collectivité...

- consignation administrative sur un compte à la CDC, prononcée par le DRFIP. Le titulaire d'un marché public, 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..) ou même par l'État (TVA, IS..). Au-delà d'un certain délai, il peut être envisagé, sur autorisation du DRFIP, de « consigner » le paiement d'un impôt dû à une collectivité territoriale sur un compte à la CDC. Dès lors, une « réserve », consignée à la CDC, pourrait être constituée et rendue disponible pour procéder au règlement du coût engendré par le transfert à l'AFD ou à la BPI des créances sur les collectivités territoriales, voire au règlement des créances dues aux entreprises (dispositif juridique de compensation à mettre en place).

- pour les collectivités territoriales connaissant des délais de paiement importants, le préfet aurait la possibilité de ***mettre en œuvre (temporairement) un observatoire local des délais de paiement***, confié à un magistrat de la chambre régionale des comptes.

- La mise en œuvre

La mise en œuvre de ces procédures et du respect de celles normalement applicables est dans la main des collectivités territoriales et de l'Etat déconcentré en Outre-Mer.

La question de la subrogation dans le cadre des avances sur marchés publics est à obtenir par le ministère des Outre-Mer auprès de BPI France.

Les moyens financiers à mettre en œuvre sont très limités. Il faudra néanmoins accompagner les collectivités locales afin d'accélérer l'applicabilité de ces procédures.

Certaines procédures seront directement applicables dès 2018 suite à la parution de l'ordonnance 2015-889 du 23/07/2015 et du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif à la commande publique (Cf Open data et DUME / Document Unique de Marché Européen). A ce titre, et au vu des prochaines échéances, il serait alors possible de compléter le décret de 2015 dès la nouvelle majorité élue avec une application au 01/01/2018.

- L'évaluation

L'Observatoire économique de l'achat public, dépendant du Ministère de l'Economie et des finances, s'est vu confier, parmi ses missions, la tâche de rassembler et analyser les données relatives aux aspects économiques de la commande publique et, notamment, les données issues du recensement économique des achats publics.

Il constitue également une instance permanente de concertation et d'échanges d'informations avec les opérateurs économiques. Les missions, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

L'évaluation des procédures proposées et leur déclinaison dans les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales, pourrait être effectué par cet observatoire qui ne connait pas, à ce jour, de déclinaison outre-mer. Il serait utile de le créer avec une représentation socioprofessionnelle dans chaque département d'outre-mer.