

7 Vers une procédure collective adaptée aux collectivités publiques ?

Les collectivités publiques rencontrent actuellement d'importantes difficultés financières, en raison notamment de la souscription de financements bancaires « toxiques » et de la baisse de leurs revenus liés aux impositions locales. Face à ces difficultés et au soutien qui pourrait ne plus être illimité accordé par l'État, il est permis de s'interroger sur la nécessité d'introduire des mécanismes de renégociation de la dette de ces collectivités, inspirés des procédures du livre VI du Code de commerce.

Jean-Emmanuel Kuntz
Avocat à la Cour
Kuntz et Associés

Valentine Nurit
Doctorante
Kuntz et Associés

1. « Gouverner, c'est prévoir » disait Émile de Girardin, et prévoir, sommes-nous tentés d'ajouter, c'est anticiper les difficultés. Si elles sont nombreuses à l'heure actuelle et rencontrées par les pouvoirs publics à chaque étape de leur intervention, nous nous concentrerons plus particulièrement sur celles, d'ordre financier, que traversent les collectivités publiques et leurs démembrements¹.

2. En effet, les entreprises du secteur privé ne sont pas les seules à souffrir de difficultés d'ordre financier ou économique, trouvant leurs origines tant dans une conjoncture difficile que dans une gestion parfois inappropriée de leurs ressources. Ce faisant, les collectivités publiques se voient confrontées aux mêmes maux que tout entrepreneur, qu'il agisse seul ou en société. Le parallélisme de ces deux situations est d'autant plus limpide que les collectivités publiques bénéficient d'une indépendance totale² dans la gestion de leurs finances, sur laquelle l'État ne dispose d'aucun pouvoir de coercition³. Aucun plafond d'endettement ne s'impose ainsi aux régions, départements ou communes, si ce n'est leur capacité de remboursement, parfois fluctuante et à tout le moins soumise à des contraintes difficilement résorbables. Le seul contrôle de l'État, qui s'effectue au travers du préfet, est un contrôle de la légalité de l'emprunt, lequel ne porte en aucune façon sur ses modalités ni sur son opportunité⁴. Il s'agit seulement pour le représentant de l'État de perpétuer son ancestral contrôle sur les finances des administrations décentralisées, lequel trouve son fondement dans le principe ancien de garantie illimitée de l'État. Cependant, dans un

contexte d'économie mondialisée et interdépendante, cela ne suffit plus à assurer une saine gestion des finances publiques, alors même que les collectivités locales sont admises à emprunter sur le marché bancaire et obligataire mondial comme tout intervenant privé, en dehors de toute tutelle de l'État, et que de tels emprunts relèvent dorénavant de la nécessité.

3. En effet, les collectivités territoriales souffrent d'une baisse notable de leurs recettes⁵ essentiellement de nature fiscale, notamment du fait de récentes réformes et d'un ralentissement global de l'activité à l'échelle nationale. Cette diminution des recettes s'accompagne par ailleurs d'une augmentation sensible des dépenses, en premier lieu à caractère social, liée à un transfert de compétence peu ou mal maîtrisé budgétairement de l'État vers les administrations locales décentralisées. À ces nouvelles dépenses s'ajoute une augmentation sensible des frais financiers des collectivités, fondée sur un coût supérieur des intérêts d'emprunts et sur la souscription parfois hasardeuse d'emprunts dits structurés⁶ se révélant souvent bien plus onéreux que prévu, pour ne pas dire toxiques.

4. Sous cette conjoncture, les collectivités territoriales souffrent d'un classique effet ciseau asséchant de façon drastique leur trésorerie, dans des conditions sensiblement identiques à celles d'un entrepreneur privé. Les mêmes difficultés produisant les mêmes effets, nombre de collectivités publiques se trouvent à ce jour dans une situation proche de la cessation des paiements. À l'heure actuelle, une trentaine de départements sont ainsi en difficulté⁷, sans que l'État dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour véritablement

1 Les auteurs remercient le professeur Denys de Béchillon pour sa relecture et ses conseils avisés.

2 A. Roux, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales » : RFDA 1992, p. 435.

3 Ce principe découle notamment de l'article 72-2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

4 Article 72, dernier alinéa, de la Constitution du 4 octobre 1958.

5 B. Fleury, « Les collectivités territoriales et "le pacte moral avec la Nation" – Le défi de la crise économique dans les territoires d'après les observations des chambres régionales des comptes » : JCP A 2012, 2007.

6 E. Portal, « Éléments sur la genèse d'une future "agence publique de financement" des collectivités locales » : RFFP 2010, n° 112, p. 207.

7 J.-C. Moraud, « La situation financière des départements français » : RFFP 2011, n° 113, p. 257.

leur venir en aide, faisant lui-même face à un endettement que chacun s'accorde à qualifier d'excessif.

5. Or les investissements effectués par les collectivités locales ne sauraient être purement et simplement abandonnés ou bien seulement revus à la baisse, car leur importance est vitale pour le tissu économique local⁸, *a fortiori* en période de stagnation économique. Dans ces conditions, et indépendamment des projets de fonds d'urgence et de banque publique des territoires⁹, il est permis de s'interroger sur l'utilité, voire la nécessité d'aller plus loin. Puisque les collectivités locales sont des acteurs de marché au même titre que les entrepreneurs privés¹⁰, ne doit-on pas envisager d'instaurer pour elles des mécanismes de traitement des difficultés calqués, à tout le moins partiellement, sur ceux dont bénéficient les seconds ?

6. En effet, la protection contre la faillite des collectivités locales reste en réalité très théorique (I), ne les mettant pas à l'abri du risque de cessation des paiements. Quelques emprunts au droit des procédures collectives permettraient sans doute de pallier la plupart des difficultés rencontrées (II).

I - La protection théorique des collectivités locales contre le risque de faillite

7. Les collectivités locales comme les établissements publics nationaux et locaux semblent *a priori* à l'abri de toute forme de procédure collective fondée sur un quelconque état de cessation des paiements. Tous bénéficient en effet du principe d'interdiction de toute saisie des biens publics (A), duquel découle nécessairement un principe plus discuté de garantie générale de l'État (B).

A - L'interdiction de saisir les biens publics

8. Si les collectivités locales, comme n'importe quel débiteur, sont tenues d'honorer leurs dettes conformément aux stipulations conventionnelles établies, elles bénéficient du principe général d'interdiction de toute saisie des biens publics¹¹ par les créanciers privés d'un débiteur public, avantage certain sur les débiteurs personnes privées.

9. Leurs créanciers se trouvent ainsi dépourvus de tous moyens d'exécution forcée de leurs créances. L'ensemble des biens publics est insaisissable, que ces

derniers appartiennent au domaine privé ou public, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers¹². Les collectivités locales voient donc l'intégrité de leur patrimoine strictement protégée, un créancier ne pouvant seul obtenir l'exécution forcée de sa créance.

10. Pour qu'un cocontractant obtienne paiement, il devra saisir la chambre régionale des comptes compétente, afin que cette dernière mette en demeure la collectivité d'inscrire les crédits nécessaires au paiement à son budget. À défaut d'exécution, le préfet pourra procéder à l'inscription d'office de la dépense au budget, voire au mandatement d'office de la dépense¹³.

11. En somme, bien que dépourvu de moyens d'action directs à l'encontre de la collectivité, le créancier impayé conserve des chances importantes de paiement grâce au pouvoir de contrainte du préfet sur le budget local. Toutefois, il est clair qu'un tel pouvoir de mandatement d'office implique, pour être efficace, notamment face à une impasse de trésorerie de la collectivité, la mise en œuvre d'un mécanisme ressemblant à une garantie illimitée de l'État. Si l'existence théorique d'une telle garantie est toujours discutée en doctrine, sa réalité économique est chaque jour plus incertaine.

B - L'incertaine garantie générale de l'État

12. Puisque les biens des collectivités publiques ne peuvent être saisis par leurs créanciers et que ces derniers doivent néanmoins voir leurs créances payées, s'est implicitement instauré un mécanisme de garantie illimitée de l'État, lequel assure indirectement le paiement des créanciers, excluant *de facto* toute situation de cessation des paiements. Il est clair en effet que la procédure de mandatement d'office mise en œuvre par le préfet ne produira effectivement effet qu'à condition qu'à la dette inscrite au budget puisse faire face un crédit, lequel, si les ressources de la collectivité sont insuffisantes, ne peut trouver sa source que dans une allocation spécifique de l'État. Ce faisant, semble ainsi s'être instauré un mécanisme de garantie illimitée mettant à l'abri de tout risque de cessation des paiements les collectivités publiques.

13. Reste qu'à l'apparente simplicité de la théorie fait face l'implacable cruauté de la réalité : l'État lui-même est au bord de la faillite et rencontre de sérieuses difficultés pour honorer ses propres créanciers. Un nombre important de collectivités publiques est également en situation de grande difficulté, et le mécanisme de garantie de l'État paraît si peu susceptible de

8 *Ibid.*

9 Interview de Marylise Lebranchu, Les Échos, 25 sept. 2012, p. 5 ; JCP A 2012, act. 224.

10 En témoigne l'émission obligataire d'un montant total de 610 millions d'euros opérée par quarante-quatre collectivités le 19 octobre 2012.

11 CGPPP, art. L. 2311-1.

12 « Protection des propriétés publiques » : JCI Contrats et marchés publics, fasc. n° 500.

13 CGCT, art. L. 1612-15.

subvenir aux besoins immédiats des collectivités publiques qu'un collectif réunissant plusieurs associations de collectivités réfléchit aujourd'hui à la création d'une agence de financement des collectivités locales susceptible de diversifier les sources de financement de ces dernières excluant par principe la garantie de l'État¹⁴.

14. Ce dernier n'apparaissant plus comme une source inépuisable de financement et n'offrant plus aux yeux du marché une garantie suffisante, il convient de s'interroger plus largement sur le sort des finances des collectivités publiques et notamment des emprunts « toxiques » ou non souscrits par ces dernières dans une perspective de gel des dotations globales accordées par l'État et de relèvement des taux d'intérêts bancaires¹⁵. Face à de telles difficultés, pratiquement identiques à celles rencontrées par les opérateurs privés, l'instauration de procédures de traitement des difficultés inspirées par les dispositions du livre VI du Code de commerce semble devoir être envisagée.

II - L'instauration d'un droit des collectivités publiques en difficulté

15. S'il ne saurait être sérieusement envisagé d'appliquer l'ensemble du droit des procédures collectives aux collectivités publiques en difficulté, notamment dans son issue la plus extrême qu'est la liquidation judiciaire¹⁶, l'instauration de procédures de restructuration amiables, inspirées des procédures volontaires du livre VI du Code de commerce ne paraît pas aberrante (A), d'autant que de tels mécanismes ne nécessiteraient pas obligatoirement la création de nouvelles institutions (B).

A - L'introduction de procédures volontaires de négociation collective avec les créanciers

16. De même qu'il est difficile pour un débiteur privé d'obtenir par ses seuls moyens l'attention bienveillante de ses créanciers et les rééchelonnements de dette nécessaires à la survie de son activité, il est souvent délicat, pour une collectivité publique, d'obtenir de ses prêteurs et créanciers des facilités de caisse pourtant indispensables à l'établissement d'un budget crédible et conforme à ses ressources dispo-

nibles. Aussi, plutôt que de laisser la situation du débiteur personne privée se dégrader plus ou moins rapidement jusqu'à devenir irrémédiablement compromise, le législateur a fait le choix d'instaurer plusieurs procédures de traitement des difficultés, lesquelles reposent sur une volonté d'anticipation et de concertation des intervenants¹⁷.

17. Ainsi, les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation permettent au débiteur rencontrant des difficultés plus ou moins installées d'entamer des négociations avec ses créanciers, sous l'égide d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur afin de parvenir à un accord de restructuration de son endettement. À la différence d'une négociation entamée par le seul débiteur, la présence d'un mandataire de justice assure le plus souvent une réponse favorable des créanciers appelés à la négociation. De façon plus contraignante encore, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, procédure d'anticipation exclusive de la cessation des paiements¹⁸, impose à l'ensemble des créanciers de déclarer leurs créances et de participer à l'élaboration d'un plan de sauvegarde, au travers des propositions d'apurement du passif qui pourront leur être soumises¹⁹. Quelle que soit la procédure, il est clair que la présence d'organes spécifiques, agissant sous le contrôle du tribunal, confère à la négociation collective un poids et une dimension qu'elle ne pourrait atteindre si le débiteur était resté seul.

18. L'introduction de tels mécanismes en faveur des collectivités publiques permettrait vraisemblablement de parvenir au même résultat et d'opérer une renégociation plus globale de la dette de ces entités, assurant ainsi la pérennité de leurs engagements et investissements sans qu'il soit besoin de faire appel à un hypothétique mécanisme de garantie de l'État²⁰. Il s'agirait en effet d'assurer aux collectivités locales les moyens de parvenir de façon autonome à une gestion assainie de leurs finances dans le cadre de relations plus équilibrées avec les organismes prêteurs, lesquels ne seraient pas pour autant sacrifiés sur l'autel du redressement de la Nation.

19. La faveur serait aux procédures amiables et à un rééchelonnement ou abandon partiel intégralement négocié des dettes essentiellement bancaires des collectivités locales. Les restructurations ne seraient imposées aux récalcitrants que dans les cas les plus extrêmes, et sous la condition *sine qua non* d'un accord d'une majorité renforcée de créanciers. S'agissant de créances détenues pour la plupart par des établissements financiers, la réunion de comités, calqués sur

14 Cour des comptes, « La gestion de la dette publique locale » : rapport public thématique 13 juill. 2011, p. 89.

15 J.-M. Pastor, « Un nouveau modèle de financement pour mieux gérer le risque financier » : AJ Collectivités territoriales 2011, p. 425.

16 En ce sens également s'agissant des États souverains, D. Pavot, « Faut-il envisager une procédure de faillite souveraine internationale inspirée du droit des entreprises en difficulté ? » : Rev. proc. coll. 2012, étude n° 30.

17 J.-J. Hyest : Rapp. Sénat 2005, n° 335.

18 C. com., art. L. 621-1.

19 C. com., art. L. 626-5.

20 Pour un parallèle avec les procédures américaines de Chapter 9 : <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-9>.

ceux instaurés par les procédures de sauvegarde et plus spécifiquement de sauvegarde financière accélérée²¹ permettrait vraisemblablement d'aboutir à un accord majoritairement amiable de restructuration.

20. De même que pour les débiteurs personnes privées, de telles procédures nécessiteraient d'être conduites sous l'égide d'un organe indépendant et autonome et supervisées par une instance de contrôle, dotée du pouvoir juridictionnel. La mise en place d'un tel processus ne nécessite cependant pas la création de nouvelles institutions.

B - La question du contrôle

21. De même que la négociation est encadrée par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur, sous l'œil attentif du tribunal l'ayant désigné, les restructurations des dettes des collectivités publiques devront être menées sous l'égide d'un organe indépendant et contrôlées par une entité juridictionnelle adéquate. Il s'agit en effet d'assurer à chacune des parties l'équilibre de la négociation afin de parvenir à l'accord le plus respectueux des intérêts de chacun et ayant le plus de chances d'assurer la pérennité des finances locales.

22. Pour ce faire, à l'identique d'une procédure du livre VI du Code de commerce, sans doute faudrait-il envisager, en cas de difficultés financières prévisibles ou avérées, la désignation d'un conciliateur chargé de favoriser la renégociation des dettes et emprunts de la collectivité. Ce médiateur pourrait vraisemblablement faire l'objet d'une désignation par la chambre régionale ou territoriale des comptes chargée d'assurer la surveillance de la collectivité locale parmi une liste de spécialistes des finances publiques, au premier rang desquels pourrait se trouver le directeur régional des Finances publiques. Ce dernier n'exerçant aucune fonction exécutive quant au budget de la collectivité, son indépendance serait garantie tout comme sa qualité et ses compétences pour assurer l'encadrement des négociations. L'instauration d'un organe collégial pourrait même être envisagée, afin d'assurer au mieux la synthèse des intérêts en présence. Pourrait ainsi, au gré des besoins, être adjoint au directeur régional des

Finances publiques le directeur de la Banque de France ainsi qu'un représentant du préfet, garant de la continuité des services publics et d'un dialogue constructif avec les services de l'État.

23. La supervision de la procédure par la cour régionale ou territoriale des comptes, au sein de laquelle un magistrat référent chargé de veiller au bon déroulement de la procédure pourrait être désigné, assurerait l'impartialité de la procédure et revêtirait l'accord intervenu du sceau de l'autorité juridictionnelle. Cette nouvelle mission confiée aux chambres régionales des comptes s'insérerait aisément dans leur activité juridictionnelle de juge des comptes des collectivités locales²². Disposant à cet effet de toutes les informations comptables et budgétaires utiles à l'évaluation des finances des collectivités, les chambres régionales des comptes seraient pleinement capables d'apprécier le contenu et la portée de l'accord de renégociation des dettes et d'y apposer en conséquence leur sceau ou bien leur veto.

24. Dans une logique identique à celle ayant conduit à l'élaboration des dispositifs de prévention des difficultés des entreprises, la possibilité pour une collectivité locale de recourir à une procédure amiable de traitement de ses difficultés doit rester une libre option et ne pas créer pour ses gestionnaires de risque de sanctions. Il s'agit en effet d'inciter le débiteur à traiter dès les premiers signes annonciateurs ses difficultés économiques et financières afin d'en limiter autant que faire se peut l'étendue et la profondeur.

25. On le voit donc, l'instauration de procédures amiables de traitement des difficultés des collectivités locales s'inscrirait pleinement dans la politique de restauration des finances publiques actuellement en cours. Sa mise en place ne nécessiterait qu'une intervention législative limitée, sans que la création de nouvelles institutions soit indispensable. L'assainissement des finances locales et le rééquilibrage des rapports des collectivités avec leurs établissements bancaires sont sans doute à ce prix, les ressources de ces dernières n'ayant que peu de chances d'augmenter à brève échéance.

21 C. com., art. L. 628-1 et s.

22 C. jur. fin., art. L. 211-1.