

REPONSE DU CONSEIL D'ETAT
à l'interpellation Alberto Mocchi et consorts - Le leasing opérationnel – quels risques pour
quelles opportunités ? (24_INT_61)

Rappel de l'intervention parlementaire

Une entreprise basée dans la Broye propose aux communes une solution financière – par le biais d'un leasing opérationnel (crédit-bail) – pouvant apparemment financer des infrastructures permettant la production et à la distribution d'énergie, le captage et distribution d'eau potable, le traitement des eaux usées et des déchets, ou encore l'efficacité énergétique. Ce modèle de partenariat public-privé (PPP) s'appuie sur le fait que la collectivité publique s'associe à une entité privée dans le but de concevoir, financer, construire et, durant une période donnée, exploiter une infrastructure destinée à offrir des prestations de service public aux administré.e.s de la collectivité publique.

Outre le fait que cela permettrait, selon l'entreprise, de procéder à des investissements sans se soucier des plafonds d'endettement, un tel modèle de financement serait compatible avec le modèle MCH2 et non soumis aux marchés publics.

Selon ce que l'on peut lire sur leur site internet, ce modèle s'appuie sur la création d'un special purpose vehicle (SPV), à savoir une SA ad hoc avec un capital mixte, dont la commune (40%) qui dispose d'un droit d'option inaliénable sur le capital et qui assure par ailleurs à cette SA un contrat de partenariat, un octroi d'un DDP et d'une caution. En échange, le SPV prévoit une cédula hypothécaire pour la commune sur la future installation. L'entreprise assure le rôle d'entreprise générale pour la construction (puisque non soumis au marché public) et l'accès à du capital privé pour le financement.

Sur le papier, un tel PPP pourrait représenter un activateur remarquable de la transition énergétique, climatique et écologique, à l'heure où les défis de financement pour les collectivités publiques seront de plus en plus importants.

Il serait toutefois utile de savoir quelle appréciation porte le Conseil d'Etat sur ce modèle et les risques encourus par les communes. Je souhaite ainsi poser les questions suivantes :

- 1. Quels sont les risques potentiels pour les communes du type de financement proposé par cette entreprise ?*
- 2. L'Etat a-t-il déjà fait part de son appréciation sur ce modèle auprès des communes vaudoises ?*
- 3. Ce modèle peut-il effectivement s'inscrire dans le MCH2 tel qu'il est en voie de déploiement au sein des communes vaudoises ?*
- 4. Le cautionnement prévu par le SPV peut-il effectivement être exclu du calcul du plafond d'endettement communal ?*
- 5. Un tel montage financier échappe-t-il effectivement aux règles des marchés publics ?*

Réponse du Conseil d'Etat

Avant de répondre aux questions de l'interpellant, il est nécessaire d'apporter quelques précisions concernant le concept de leasing opérationnel, ce terme étant souvent utilisé à tort pour indiquer ce qui constitue en réalité un leasing financier (ou, en français, contrat de location-financement).

Le leasing opérationnel, tout comme le leasing financier, est un contrat permettant à une collectivité publique d'utiliser un actif appartenant à un tiers moyennant la rétribution de ce dernier. La différence entre les deux est la suivante :

- un leasing opérationnel est en réalité un contrat de bail dans lequel le bailleur s'engage à fournir au locataire certains services en relation avec le bien dont l'usage est cédé. Il n'y a en principe pas de transfert de propriété à l'issue d'un tel contrat, lequel n'est pas conclu dans ce but.
- Le leasing financier, ou crédit-bail, est en revanche le contrat par lequel une personne cède à une autre, pour une période déterminée, l'usage et la jouissance d'une chose mobilière ou immobilière acquise dans ce but auprès d'un tiers, moyennant paiement d'une redevance périodique. La plupart du temps, le paiement de la redevance couvre l'amortissement de la chose et la marge du crédit-bailleur, de sorte qu'à la fin du contrat, la chose mise à disposition n'a pratiquement plus aucune valeur résiduelle. Le preneur de leasing dispose alors souvent du choix entre la prolongation du contrat, la restitution de la chose ou son acquisition moyennant le versement d'une éventuelle somme complémentaire. Le leasing financier est donc une forme de financement des entreprises permettant au preneur de leasing de disposer de biens mobiliers ou immobiliers sans avoir à en financer immédiatement l'achat. En ce sens, le leasing financier n'a que peu d'intérêt pour les communes vaudoises car celles-ci disposent d'un accès direct au marché des financements (banques, fonds de pension, assurances, etc.), souvent à des conditions favorables.

Selon les normes IPSAS (*International Public Sector Accounting Standards* – normes comptables internationales pour le secteur public), la présence d'au moins un des indicateurs suivants permet de considérer de manière univoque qu'on est confronté à un leasing financier plutôt qu'à un leasing opérationnel :

- il y a un transfert de l'actif de la partie bailleuse à la partie preneuse à la fin du leasing ;
- il y a une option de rachat de l'actif particulièrement favorable à la partie preneuse ;
- la durée du leasing financier couvre la grande partie de la durée de vie de l'actif concerné ;
- les coûts du contrat de leasing correspondent à une partie substantielle de la valeur de l'actif ;
- l'actif est spécialisé, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être réadapté pour servir un autre utilisateur.

Le modèle proposé par l'entreprise basée dans la Broye visée par l'interpellation ajoute un niveau de complexité supplémentaire. Dans ce cas, une société ad hoc de type SA fait l'acquisition d'actifs en se finançant par des emprunts entièrement cautionnés par la collectivité publique. Cette société est détenue à 49% par la collectivité publique, à 49% par une coopérative citoyenne et à 2% par l'entreprise proposant ce modèle. La collectivité publique retient néanmoins la possibilité de racheter à tout moment la totalité des parts à leur valeur nominale. Elle détient également le contrôle sur la société en disposant de la majorité du conseil d'administration, ainsi que de sa présidence. Ce modèle vise surtout à « externaliser » un emprunt dans une société ad hoc, cette externalisation étant uniquement formelle du moment que ledit emprunt est cautionné par la seule collectivité publique. Il ne s'agit donc en réalité pas d'un leasing au sens défini ci-dessus, mais bien plus d'un contrat de société dans lequel la commune s'engage afin de ne pas avoir à financer directement un investissement.

Le Conseil suisse de présentation des comptes publics (CSPPC, organe en charge du modèle comptable harmonisé de deuxième génération, MCH2) a publié des éléments concernant la comptabilisation des partenariats public-privé¹. Tout en reconnaissant la grande variété des collaborations possibles, le CSPPC indique quelques principes importants à tenir en considération. Pour commencer, un PPP ne doit pas permettre de contourner les dispositions relevant du droit des crédits

¹ https://www.srs-csppc.ch/sites/default/files/pages/srs-csppc_faq_ppp_version_2013-11-09_f_def.pdf

(autorisations de dépense) ou de frein à l'endettement. Ensuite, toute comptabilisation qui ne reflèterait pas la réalité économique devrait être écartée. En d'autres termes, il faudrait éviter de recourir à ces collaborations pour embellir artificiellement les comptes communaux. Enfin, l'annexe aux comptes devrait systématiquement apporter des informations complémentaires concernant le PPP, pour permettre une évaluation approfondie de ses implications pour la situation de la commune impliquée dans ce partenariat.

On rappelle également que l'article 3a de la loi sur les communes prévoit que ces dernières doivent obtenir l'autorisation du conseil général ou communal et du Conseil d'Etat avant de pouvoir confier l'exécution de leurs obligations de droit public à un tiers ou à une personne morale de droit privé ou de droit public. Ainsi, dans la mesure où le PPP porterait sur des tâches publiques, telles que l'exploitation d'une station d'épuration des eaux (STEP) ou d'une déchetterie, une autorisation préalable du Conseil d'Etat serait nécessaire.

Sur cette base, le Conseil d'Etat peut répondre comme suit aux questions posées par l'interpellant.

1. Quels sont les risques potentiels pour les communes du type de financement proposé par cette entreprise ?

En termes de risques, le modèle proposé est équivalent à un investissement direct par la commune, car cette dernière cautionne la totalité des emprunts de la société ad hoc. Lors d'une liquidation, l'éventuel écart entre la valeur de vente des actifs de la société et l'emprunt encore à rembourser serait entièrement à la charge de la commune caution. A cet égard, il convient de souligner que la valeur des biens créés dans ce modèle est souvent toute relative : s'il s'agit d'une STEP ou d'une déchetterie, le bien sera affecté à l'accomplissement d'une tâche publique communale, de sorte qu'il n'aura aucune valeur de rachat, la commune étant de surcroît obligée de le réintégrer à son patrimoine si la société qui le détient devait être liquidée. Quant à d'autres installations, comme le chauffage à distance, la valeur du bien dépendra de l'existence de potentiels acheteurs qui pourraient se faire rares, surtout si, comme c'est souvent le cas lorsqu'une telle société doit être liquidée, l'installation n'est pas fonctionnelle ou pose des problèmes de fiabilité. Pour les mêmes motifs, on peut douter de la réalité de la garantie offerte aux communes par l'entreprise en question, et qui consiste en la création d'une cédula hypothécaire sur les installations propriété de la société ad hoc : d'une part, il ne peut en principe y avoir d'hypothèque constituée sur un bien du patrimoine administratif, celui-ci ne pouvant être vendu, et d'autre part, un gage immobilier sur une installation de chauffage à distance n'offrirait vraisemblablement que peu de garantie à la commune si la société ad hoc devait être liquidée justement en raison de problèmes liés aux installations, ce qui est déjà arrivé par le passé. De ce fait, on doit bien admettre que la commune qui s'engage dans un tel montage assume en réalité, par la caution qu'elle octroie à la société ad hoc, la totalité des risques associés à ce type d'investissement, notamment les risques de construction (rentabilité mise en péril par des coûts de construction trop élevés ou des retards), les risques d'exploitation liés à l'offre (rentabilité mise en péril par des coûts de gestion trop élevés) et les risques liés à la demande (rentabilité mise en péril par une demande pour le service inférieure aux attentes).

Dans un tel contexte, on s'éloigne d'un partenariat public-privé (PPP) classique, car ces derniers se caractérisent par la génération d'une plus-value pour la collectivité publique via la prise en charge, partielle ou totale, de certains des risques mentionnés directement par le partenaire privé. Sans prise de risque de la part du partenaire privé, ces partenariats ne présentent a priori pas de véritable intérêt pour une collectivité publique pouvant emprunter à son propre nom.

2. L'Etat a-t-il déjà fait part de son appréciation sur ce modèle auprès des communes vaudoises ?

L'Etat de Vaud n'a pas vocation à promouvoir un modèle de financement plutôt qu'un autre auprès des communes. Ces dernières sont autonomes. Il revient à leurs autorités d'examiner les propositions qui leur sont faites, d'éventuellement signer des accords et d'en assumer les effets financiers.

Pour soutenir les communes lors de leur prise de décision, la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes (DGAIC) a publié un article relatif aux partenariats public-privé (PPP)

dans le périodique « canton-communes »², ainsi qu'une fiche technique dans l'aide-mémoire pour les autorités communales vaudoises³.

Une lettre sur le modèle PPP⁴ a été envoyée aux municipalités des communes vaudoises le 10 juillet 2023 en rappelant ces deux sources d'informations et en rendant les municipalités vigilantes aux risques que peuvent présenter certaines formes de PPP. La DGAIC a également souligné que le dépassement du plafond d'endettement n'entraîne ni sanction, ni intervention directe de l'Etat. Il s'agit uniquement d'un instrument à la disposition des communes qui permet de prévenir les engagements excessifs. L'essentiel des éléments de réponse apportés à l'interpellation viennent de ces documents. La DGAIC est bien évidemment à disposition des communes ayant des questions concernant les instruments de financement qui leur sont proposés.

En général, la DGAIC recommande aux communes de ne pas se lancer dans ces modèles de financement en s'appuyant exclusivement sur l'expertise fournie par les partenaires privés avec lesquels elles prévoient de se lier. La figure d'un spécialiste du domaine, indépendant des deux parties concernées par le partenariat, paraît nécessaire pour assurer une correcte négociation et rédaction des contrats qui lieront la commune au partenaire privé.

3. Ce modèle peut-il effectivement s'inscrire dans le MCH2 tel qu'il est en voie de déploiement au sein des communes vaudoises ?

Conceptuellement, un modèle de financement ne peut pas être (in-)compatible avec MCH2, car ce dernier concerne uniquement la manière de comptabiliser des faits économiques. Cette formulation est utilisée par le promoteur du modèle de financement pour indiquer que, selon son interprétation des recommandations MCH2, les flux financiers y relatifs ne doivent pas être consolidés dans les comptes communaux. Cette information est formellement correcte, car les recommandations MCH2 ne prévoient pas une obligation de consolidation au-delà des activités internes à la collectivité. Toutefois, la recommandation 13 du MCH2⁵ présente un arbre de décision (voir ci-dessous) permettant d'identifier les organisations dites du « troisième cercle » pour lesquelles une consolidation serait conseillée en raison de leurs implications pour les finances d'une collectivité publique.

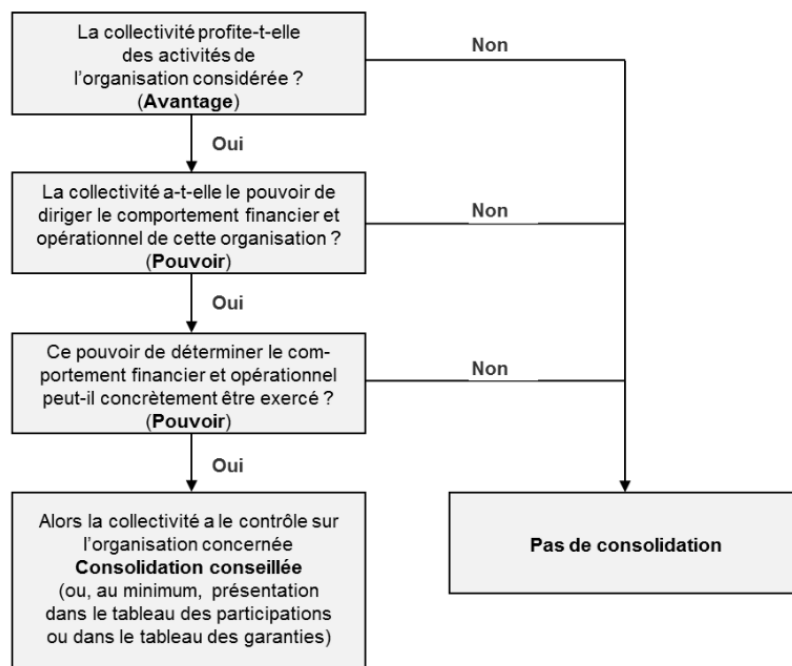
Dans le cas des projets concernés pour le modèle de financement visé par l'interpellation, MCH2 conseillerait donc une consolidation ou, au minimum, la présentation des engagements et des principaux flux financiers dans l'annexe aux comptes annuels. Le MCH2 « vaudois » présenté aux communes et aux associations de communes prévoit à ce propos uniquement une mention de ces relations financières dans l'annexe aux comptes annuels.

² <https://info.vd.ch/canton-communes/2022/juin/numero-64/partenariat-public-privé-ppp>

³ <https://publication.vd.ch/publications/dgaic/aide-memoire/finances-communales/partenariat-public-privé-ppp>

⁴ https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/territoire/communes/finances_communales/Courrier_aux_communes_PPP_10072023.pdf

⁵ (https://www.srs-cspsc.ch/sites/default/files/pages/2017-06-02_manuel_mch2_-_2e_edition_9.pdf)



Pour terminer, il ne faut également pas oublier que, selon l'art. 2 du Règlement sur la comptabilité des communes (RCCom), les finances communales doivent être non seulement gérées conformément au principe de la légalité, mais aussi de l'emploi judicieux et ménager des fonds, ainsi que de l'équilibre budgétaire. Par conséquent, les municipalités n'ont pas seulement la responsabilité de présenter des comptes annuels conformes aux dispositions légales cantonales, mais aussi d'éviter l'accumulation d'une quantité excessive d'engagements financiers effectifs ou potentiels par la commune. La soutenabilité de ces engagements doit être examinée indépendamment qu'ils soient consolidés ou non dans les comptes communaux. Néanmoins, une attention particulière doit être portée aux engagements non consolidés car leur impact sur la santé financière de la commune est moins explicite.

4. Le cautionnement prévu par le SPV (special purpose vehicle) peut-il effectivement être exclu du calcul du plafond d'endettement communal ?

Le plafond d'endettement est une limite interne qu'une commune se fixe au début de chaque législature selon ses propres critères. La législation cantonale ne prévoit aucune limite maximale pour ce plafond. Une autorisation du canton est nécessaire uniquement en cas d'augmentation du plafond en cours de législature. Il s'agit donc avant tout d'un outil de pilotage financier à disposition des communes, et qui vise à éviter que celles-ci ne prennent des engagements allant au-delà de ce que leur compte de fonctionnement peut supporter.

À ce propos, la DGAIC a publié une aide à la détermination du plafond d'endettement⁶ qui détaille la méthode de calcul utilisée lorsqu'une commune lui transmet une demande dans ce sens. Ce document prévoit que les dettes des associations intercommunales « autofinancées » soient exclues des calculs relatifs au plafond, dans la mesure où le poids financier de ces dettes doit être entièrement porté par des taxes causales. De plus, il prévoit que les cautionnements soient pris en considération en fonction de leur degré de risque selon l'appréciation de la commune. Il est également fait mention que les cautionnements garantis par une cédule hypothécaire ne sont pas pris en considération. Cette dernière disposition ne s'applique toutefois qu'à des infrastructures présentant des rendements et une valeur de revente suffisamment stables et certains, tels que des immeubles de rendement. En aucun cas elle ne peut toucher des biens affectés à une tâche publique communale, qui appartiennent à son patrimoine administratif et ne sont donc pas valorisables (réseau par exemple). Ces infrastructures ne peuvent d'ailleurs en principe pas faire l'objet d'une cédule hypothécaire.

Les deux aspects suivants méritent d'être rappelés concernant la cédule hypothécaire :

⁶ https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/territoire/communes/finances_communes/fichiers_pdf/Aide_%C3%A0_la_d%C3%A9termination_du_plafond_d_endettement_2021-2026.pdf

- 1) la valorisation de la cédule hypothécaire doit correspondre à la valeur vénale de l'infrastructure du patrimoine financier qui est portée en garantie. Les frais engagés pour trouver le financement, les frais de rémunération d'intermédiaires et les frais de notaires ne peuvent pas augmenter la valeur de la cédule ;
- 2) en cas de défaillance technique d'une infrastructure, sa rentabilité financière ne sera pas assurée, de sorte que sa valeur en sera considérablement diminuée. Dans divers projets menés il y a quelques années dans le domaine du chauffage à distance, on a ainsi pu constater que la valeur de ces installations avait considérablement diminué suite à des problèmes techniques. Dans de tels cas, une cédule hypothécaire n'offre qu'une garantie limitée. Si elle est doublée d'un cautionnement de la commune, c'est cette dernière qui sera recherchée par les créanciers au cas où la cédule ne permettrait pas de rembourser les dettes de la société constituée pour gérer l'infrastructure. Le risque pour la commune est donc non négligeable.

De manière générale, il serait mal avisé pour une commune de s'engager dans un montage juridico-financier complexe (et souvent plus onéreux qu'un investissement direct en raison des frais d'intermédiaires) uniquement afin de contourner les dispositions du plafond de l'endettement ou d'embellir artificiellement les comptes annuels. Pour se justifier, un partenariat public-privé doit engendrer une plus-value par rapport aux alternatives. Cela est possible uniquement à travers le transfert d'une partie des risques financiers relatifs au projet de la commune au partenaire privé, ce dernier devant donc être le critère-clé pour évaluer la pertinence d'un PPP.

5. Un tel montage financier échappe-t-il effectivement aux règles des marchés publics ?

La seule constitution d'une société de projet conjointe public-privé n'est pas soumise au droit des marchés publics, faute de rapports d'échange entre la commune et le partenaire privé. La problématique de l'assujettissement au droit des marchés publics doit néanmoins être étudiée chaque fois que la commune convient avec son partenaire privé, ou la société de projet elle-même, de prestations qui seront fournies contre rémunération. A cet égard, un marché entre une commune et une société de projet, dont la commune partage le contrôle avec un partenaire privé, n'est pas un marché « quasi in-house », qui sortirait du champ d'application de la législation sur les marchés publics. Selon la jurisprudence en effet (voir par ex. l'arrêt récent de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, MPU.2023.0019 du 21 novembre 2023), pour que l'exception "quasi in-house" s'applique, il faut notamment que l'adjudicateur (ici la commune) exerce sur le prestataire (ici la société de projet) un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Cette condition n'est pas remplie lorsqu'un acteur privé détient une participation au sein du prestataire. En l'espèce, dès lors qu'une entreprise privée participe au capital de la société de projet, la commune ne peut pas commander des prestations directement à ladite société de projet sans en passer par une procédure de marché public.

Par ailleurs, la participation d'une commune au capital d'une structure de droit privé peut entraîner l'assujettissement de cette structure de droit privé au droit des marchés publics. En effet, selon la jurisprudence récente (cf. ATF 145 II 49 consid. 4.1 ss [traduit in : JdT 2019 I 157]), une telle structure doit être qualifiée « d'organisme de droit public » et, partant, être soumise au droit des marchés publics si les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- elle dispose de la personnalité juridique (c'est le cas des sociétés anonymes) ;
- elle a été créée en vue de satisfaire spécifiquement (mais pas forcément exclusivement) des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. La notion de besoins d'intérêt général peut avoir une portée assez large. A titre d'illustration, la Cour de droit administratif et public (CDAP) du Tribunal cantonal a jugé, dans un arrêt de 2020, que l'activité de la société Chauffage à distance Begnins SA « est indiscutablement d'intérêt général » (cf. arrêt de la CDAP MPU.2019.0026 du 4 mai 2020 consid. 5c/cc) ;
- elle se trouve dans un rapport de dépendance à l'égard des pouvoirs publics. Ce rapport de dépendance peut résulter alternativement, soit de l'origine publique de la moitié des fonds de l'entité au moins, soit de la soumission de la gestion de l'entité à un contrôle étroit de l'autorité publique, soit de la nomination par l'autorité publique de la moitié au moins des membres des organes exécutifs.

Le fait de s'associer avec un partenaire privé via la création d'une société de droit privé, ne permet donc pas forcément à une commune, par l'intermédiaire de cette même société, d'échapper aux exigences du droit des marchés publics. Chaque cas doit être examiné individuellement et une réponse générale ne peut donc pas être fournie. A cet égard, il apparaît en tout cas que l'exemption "quasi in-house" ne pourrait pas être invoquée pour les acquisitions de la commune auprès de la société de projet. En outre, si la commune exerce un contrôle effectif sur la société (ce qui semble être clairement le cas dans le modèle dont l'interpellation fait l'objet), cette dernière pourrait être qualifiée d'organisme de droit public et devrait donc à ce titre se soumettre à la législation sur les marchés publics.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 4 décembre 2024.

La présidente :

Le chancelier :

C. Luisier Brodard

M. Staffoni