

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

2017

REVUES DE DÉPENSES

La maîtrise des risques par les entreprises
publiques locales



Les revues de dépenses constituent **un dispositif innovant d'évaluation des dépenses publiques**, instauré par la loi de programmation des finances publiques 2014-2019 (article 22). Elles ont pour **objectif explicite de documenter des mesures et des réformes structurelles de redressement des comptes publics**. Réalisées en toute indépendance par les corps d'inspection et de contrôle, **les recommandations des revues de dépenses n'engagent donc pas le Gouvernement**. Leur efficacité repose tant sur leur contenu opérationnel que sur leur procédure spécifique, qui associe étroitement Gouvernement et Parlement.

Un champ de compétence large associé à une démarche opérationnelle

Portant sur l'ensemble des administrations publiques, **le champ d'intervention des revues de dépenses est très large**. Elles peuvent couvrir tous les domaines de l'action publique et tous les sous-secteurs des administrations publiques (État, agences, organismes de sécurité sociale, collectivités territoriales), comme tous les outils de financement des politiques publiques (dépenses fiscales, crédits budgétaires, taxes affectées, etc.).

Centrées sur la réalisation d'économies, les revues de dépenses **s'inscrivent dans une logique opérationnelle**. Chaque revue de dépenses doit permettre d'approfondir la connaissance des dépenses afin de préparer des réformes pouvant être mises en œuvre à court ou moyen terme.

Une association du Parlement en parfaite articulation avec le calendrier de la préparation du budget

L'une des principales innovations des revues de dépenses par rapport aux autres exercices d'évaluation tient à leur **articulation étroite avec le calendrier budgétaire annuel**. Ces modalités de mise en œuvre sont directement prévues par la loi de programmation des finances publiques (LPFP) et **constituent un élément clé de l'efficacité du dispositif**.

La loi dispose ainsi que **l'exercice est lancé chaque année de manière concomitante avec le dépôt du PLF**. La liste des thèmes faisant l'objet d'une revue de dépenses est présentée dans une annexe budgétaire du PLF dédiée (« jaune »). Les parlementaires sont ainsi informés des thèmes des revues et de leurs enjeux pour en débattre, le cas échéant, avec le Gouvernement.

Les travaux des corps de contrôle doivent être finalisés au cours du premier trimestre. Ce calendrier permet ainsi que **les conclusions des revues de dépenses puissent être intégrées à la construction du PLF suivant**. Le Gouvernement en prévoit la diffusion, sans que celle-ci soit précisée dans la LPFP, non seulement dans un souci de transparence, mais aussi dans la volonté de fournir le degré d'information le plus précis et le plus fin, propre à nourrir des échanges éclairés et de qualité au sein du débat public.



INSPECTION GENERALE
DE L'ADMINISTRATION
N°17007-R

CONTROLE GENERAL
ECONOMIQUE ET FINANCIER
N°17.01.02

Revue de dépenses

La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales

Etabli par

Marc René BAYLE
Inspecteur général
de l'administration
en service extraordinaire

François SCHOEFFLER
Contrôleur général

Pascal MATHIEU
Inspecteur de l'administration

Fabienne HELVIN
Administratrice générale

- Juin 2017 -

SYNTHESE

Par lettre de mission en date du 3 janvier 2017, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales et le secrétaire d'État chargé du budget et des comptes publics ont confié au contrôle général économique et financier (CGEFI) et à l'inspection générale de l'administration (IGA) la réalisation d'une revue des dépenses portant sur la maîtrise des risques par les entreprises publiques locales (EPL).

En dépit de l'inscription de ce rapport dans le cadre défini pour les revues de dépenses, les commanditaires du rapport ont souligné que son objet n'était pas de proposer des économies, mais de jeter les bases d'une première réflexion sur ce sujet peu exploré par l'État ; aussi, les propositions énoncées se situent, pour l'essentiel, sur le plan de la gestion des EPL et de leurs rapports avec les collectivités territoriales actionnaires et des bonnes pratiques à préconiser, et non sur un terrain strictement financier.

Le secteur des EPL s'est fortement développé et diversifié au gré de l'extension de leurs métiers, depuis celui traditionnel de la construction et de l'aménagement jusqu'à des domaines aujourd'hui essentiels, comme l'économie numérique ou la transition énergétique. La formule des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et sociétés publiques locales (SPL) a été créée par la loi pour permettre aux collectivités territoriales de disposer d'outils fonctionnant en quasi-régie avec elles. Sont enfin apparues, en 2014, les sociétés d'économie mixte (SEM) à opération unique (SEMOP), en 2017, les sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN). Toutefois, la mission a volontairement limité le champ de ses investigations aux SEM, SPLA et SPL, en laissant de côté, faute d'exemples suffisamment nombreux et probants, les EPL de création récente (les SEMOP), voire très récente (les SPLA-IN). Elle considère également que la situation des entreprises publiques locales en outre-mer mériterait un examen spécifique.

La mission estime que le suivi du secteur des EPL par la puissance publique est insuffisant et fragmenté au point d'affirmer que **les entreprises publiques locales constituent pour l'État un angle mort de la gestion publique locale**. En effet, les administrations centrales de l'État disposent de données incomplètes, ne permettant pas d'avoir une vision d'ensemble du secteur, et l'exercice du contrôle administratif des EPL pâtit de la défaillance de leur suivi, à telle enseigne que seules les données fournies par la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL) permettent de dresser un panorama du secteur des EPL. Les collectivités territoriales actionnaires des EPL s'efforcent, quant à elles, de mettre en place un suivi de ces sociétés, avec un succès inégal.

Le contrôle des EPL n'est pas considéré actuellement comme l'une des priorités par les services de l'État.

Le recours aux EPL présente nombre de risques :

- des dérives manifestes sont observées dans les relations entre les collectivités actionnaires et les EPL, du fait de la multiplication du nombre d'actionnaires, de la méconnaissance des pouvoirs des organes de gouvernance, et parfois d'une mauvaise répartition des risques entre collectivités et EPL.

Le développement de la multi activité et la méconnaissance du droit de la concurrence se conjuguent pour aboutir au subventionnement d'activités en violation des règles européennes, soit *via* des transferts au sein des EPL, soit *via* des interprétations extensives des stipulations contractuelles liant les collectivités aux EPL (DSP). Enfin, bien que certaines collectivités fassent preuve de vigilance quant à une dérive des coûts, les CRTC décrivent des augmentations rapides des coûts d'exploitation ;

- face au développement des procédés de filialisation et de participation (550 filiales et participations et 730 en 2016) qui illustrent les stratégies de diversification d'activité engagées par de nombreuses SEM,

la filialisation, dans certains cas, et surtout la filialisation en cascade, s'avèrent porteuses d'un risque de dilution des pouvoirs de contrôle exercés par les collectivités sur les sociétés, et subséquemment la constitution de « SEM holding », poursuivant une finalité purement financière, pour les collectivités souhaitant développer des groupes territoriaux intégrés ;

- la mise en place d'une cartographie des risques est complexe pour les collectivités territoriales en raison du nombre d'entités auxquelles elles participent et de la difficulté d'analyser le risque ; la mission note que la Caisse des dépôts et consignations, qui a développé une cotation fine des EPL dont elle est actionnaire, rencontre également des difficultés pour évaluer le risque réel encouru, en raison des garanties accordées par les collectivités aux EPL ;
- le succès rencontré par la formule des SPL montre qu'elle répond incontestablement à un besoin, mais la question se pose, au regard de ce qu'est la définition par le code de commerce des pouvoirs du conseil d'administration d'une société anonyme classique, de l'autonomie réelle de sociétés qui sont de simples prolongements administratifs de collectivités territoriales ; la SPL pourrait devenir, si on n'y prend pas garde, un instrument d'émancipation vis-à-vis des règles de concurrence et de contrôle des coûts du service public.

Au vu de ce constat, le rapport met largement l'accent sur la nécessité de renforcer les règles prudentielles et propose en la matière un mode opératoire, qu'il s'agisse de diffusion de bonnes pratiques, de mise au point de lignes directrices, et plus marginalement de modifications des textes, réglementaires ou législatifs :

- **la mission considère comme prioritaire d'avoir une vision d'ensemble de ce secteur**, en désignant une administration centrale comme chef de file pour collecter les données, en améliorant la qualité comptable avec des travaux à réaliser dans le cadre de la *Charte nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux* (recommandations n°1 et 2), et en établissant un bilan de l'application de la convention de partenariat et d'échanges, conclue en 2016, entre la direction générale des finances publiques et la Caisse des dépôts et consignations, ainsi que des échanges d'information. Ce processus pourrait être complété par une mission d'évaluation du secteur des EPL dans les départements et régions d'outre-mer (recommandations n°1, 2, 3 et 4) ;
- de même, pourrait être noué, au niveau déconcentré, un partenariat entre les représentants de l'État et les directeurs régionaux des finances publiques, auxquels seraient associées les instances régionales de la Caisse des dépôts et consignations, aux fins d'assurer la prévention des risques et la veille sur les filiales des entreprises publiques locales et de formuler des préconisations de bonne administration (recommandation n°7).

Dans l'immédiat, la mission préconise une mesure de droit souple, sous la forme d'une circulaire de bonnes pratiques, encourageant les collectivités territoriales et les EPL qui leur sont adossées, à mettre en place des pactes d'actionnaires (recommandation n°5).

Les conseils d'administration des EPL ont intérêt à utiliser pleinement tous les pouvoirs de direction de droit commun qui leur sont dévolus par le code de commerce, en développant notamment leur comitologie. Il pourrait être proposé à l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales d'inscrire à l'ordre du jour de ses travaux le recensement des bonnes pratiques des relations entre les collectivités actionnaires et leurs EPL, notamment dans le souci d'une répartition opératoire du capital, favorisant l'exercice effectif du contrôle analogue par les actionnaires, au moyen de mentions précises dans les statuts des sociétés, de l'implication des élus-administrateurs, de l'édiction de règlements intérieurs et de l'institutionnalisation d'une comitologie (recommandations n°8 et 10).

Dans le souci de solenniser le rapport du mandataire, le vote sur le compte administratif des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires d'EPL, pourrait être précédé d'un débat sur le rapport du mandataire, et les dispositions de l'article L.1524-5 du CGCT seraient modifiées à cet effet. Il pourrait également être recommandé aux exécutifs locaux d'établir un tableau de bord des recommandations faites par les commissaires aux comptes des EPL et de suivre l'application de ces recommandations (recommandations n°9 et 17).

En ce qui concerne la mise en place d'une cartographie des risques par les collectivités territoriales, il apparaît souhaitable de favoriser la généralisation de la cartographie des risques dans les EPL et le dialogue avec les collectivités actionnaires dès lors que l'EPL identifie un risque grâce à sa cartographie (recommandation n°11).

Compte tenu de la sous-capitalisation des SEM dans les secteurs les plus capitalistiques comme l'aménagement, la construction et le logement hors logement social, il semble nécessaire d'étudier la modification de l'article L.1522-3 du CGCT qui retient un minimum de 225 000 euros pour les sociétés ayant pour objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et un autre de 150 000 euros pour les sociétés ayant dans leur objet l'aménagement. La mission formule deux propositions : relever substantiellement les montants en cause, vers des niveaux qui pourraient par exemple se situer à environ 1 million d'euros, ou supprimer purement et simplement ces planchers, option qui retient la faveur des membres de la mission, afin de faire en sorte que les actionnaires des EPL mènent à bien les études préalables nécessaires et recherchent les capitaux dont ils auront réellement besoin, et cela dans une optique de simplification mais aussi de sensibilisation des acteurs économiques locaux à cette question (recommandation n°12).

L'examen de la situation des EPL devrait être érigé en priorité de l'exercice du contrôle de légalité, et cela dans la limite des moyens disponibles des administrations concernées, avec une attention particulière à porter sur les contrats d'affermage ou de concession et sur les avenants à ces contrats, dans le but de faire notamment respecter la réglementation européenne. Devrait être examinée subséquentement la possibilité de mettre en place une procédure de compte-rendu par les EPL des suites réservées aux contrôles des chambres régionales et territoriales des comptes (recommandations n°13, 16 et 17).

Un groupe de travail pourrait examiner la possibilité de plafonner les rémunérations des cadres dirigeants des EPL, à l'instar du plafond institué pour les dirigeants des entreprises publiques nationales (recommandation n°14).

Les activités des EPL représentent des enjeux financiers considérables, exposant leurs dirigeants, mais aussi les élus et fonctionnaires des collectivités actionnaires, au risque d'atteintes à la probité. La mission prône l'extension aux sociétés publiques locales d'aménagement et aux sociétés publiques locales, de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, processus qui devrait être couplé à une formation sur le risque pénal dispensée aux dirigeants d'entreprises publiques locales (recommandation n°18).

TABLE DES RECOMMANDATIONS PRIORITAIRES

PRIORITES	DESTINATAIRES	RECOMMANDATIONS
1	<p>Comité des finances locales</p> <p>DGFIP et DGCL</p> <p>DGCL</p> <p>DGFIP et DGCL</p> <p>DGCL et DGFIP</p> <p>DGCL et DGFIP</p> <p>Comité des finances locales</p>	<p>Recommandation n°2 : Accroître la qualité comptable et approfondir la connaissance statistique des EPL :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) confier à l’observatoire des finances et de la gestion publique locales la collecte et la diffusion des données des EPL : les résultats seraient mis à la disposition de toutes les administrations d’État concernées et des partenaires de l’État ; b) dans l’application de la Charte nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux du 21 mars 2014, proposer de choisir parmi les thèmes de travail en commun : les engagements et participations des collectivités vis-à-vis des EPL (inclus dans la classe 1, 2 et 8) ; c) préciser aux collectivités territoriales et aux SEM les catégories juridiques pertinentes de la nomenclature INSEE qui peuvent être utilisées pour déclarer une EPL aux greffes de tribunaux de Commerce ; d) réaliser une expérience de normalisation des libellés de dépenses dans les comptes pertinents décrivant les liens financiers et patrimoniaux entre EPL et collectivités, afin de pouvoir évaluer leur importance et leur évolution. <p>Recommandation n°5 : Diffuser une circulaire de bonnes pratiques encourageant les collectivités territoriales et les EPL à mettre en place des pactes d’actionnaires et des plans d’affaires.</p> <p>Recommandation n°7 : Mieux maîtriser les risques relatifs à la filialisation :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) établir, par voie de circulaire, un partenariat entre les représentants de l’État, les directeurs régionaux des finances publiques, auxquels seraient associés les instances régionales de la Caisse des dépôts et consignations aux fins d’assurer la prévention des risques, la veille sur les filiales des entreprises publiques locales et de formuler des préconisations de bonne administration ; b) afin de sécuriser la gestion des « groupes », conseiller aux collectivités territoriales - de demander à l’EPL « maison mère » de présenter à son conseil d’administration une consolidation des comptes de tout le « groupe » conformément aux textes en vigueur, ou de mettre en œuvre une

		<p>procédure de transparence comptable dans les autres cas si un risque est détecté. Service responsable : comité des finances locales.</p>
	Comité des finances locales	<p>Recommandation n°8 : Proposer à l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales de lister les bonnes pratiques des relations entre les collectivités actionnaires et leurs EPL : réunion trimestrielle du conseil d'administration, instauration de commissions de finances, foncières, d'engagement, d'un comité de liaison, chargé du contrôle en matière d'orientations stratégiques de la société, d'un contrôle interne développé.</p>
	DGCL	<p>Recommandation n°11 : Favoriser la généralisation de la cartographie des risques dans les EPL et le dialogue avec les collectivités actionnaires dès que l'EPL identifie un risque grâce à sa cartographie.</p>
	DGCL	<p>Recommandation n°13 : Compte tenu des moyens humains disponibles dans les services déconcentrés de l'État, inscrire comme priorité du contrôle de légalité les trois objectifs suivants applicables aux conventions de DSP signées avec les EPL à enjeux, afin notamment de contribuer au respect des règles européennes relatives à la concurrence :</p> <ul style="list-style-type: none">a) rechercher si le contrat d'affermage ou de concession comporte des objectifs chiffrés pour son titulaire, notamment des objectifs financiers ;b) rechercher les avenants à ces contrats ayant pour objet la renonciation par les actionnaires à un versement dû par l'EPL ;c) lorsque le contrat est près d'arriver à son terme, demander un bilan financier de l'application de la convention et le comparer aux stipulations initiales.
	DGCL et DGFI	<p>Recommandation n°15 : Identifier, au titre du contrôle administratif, les EPL nécessitant un suivi prioritaire en élaborant une cartographie des risques de ces structures en lien avec la DDFIP.</p>

Liste des recommandations par ordre d'apparition dans le rapport

Recommandation n°1 : Prescrire une mission d'évaluation de la maîtrise des risques dans les entreprises publiques locales dans les départements et régions d'outre-mer. <i>Service responsable : direction générale des outre-mer.</i>	25
Recommandation n°2 : Accroître la qualité comptable et approfondir la connaissance statistique des EPL : ..	30
a) confier à l'observatoire des finances et de la gestion publique locales la collecte et la diffusion des données des EPL: les résultats seraient mis à la disposition de toutes les administrations d'État concernées et des partenaires de l'État. <i>Service responsable : comité des finances locales ; INSEE. DGFIP. DGCL;</i>	30
b) dans l'application de la Charte nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux du 21 mars 2014, proposer de choisir parmi les thèmes de travail en commun : les engagements et participations des collectivités vis-à-vis des EPL (inclus dans la classe 1, 2 et 8). <i>Services responsables : DGFIP et DGCL ;</i>	30
c) préciser aux collectivités territoriales et aux SEM les catégories juridiques pertinentes de la nomenclature INSEE qui peuvent être utilisées pour déclarer une EPL aux greffes de tribunaux de Commerce. <i>Service responsable : DGCL ;</i>	30
d) réaliser une expérience de normalisation des libellés de dépenses dans les comptes pertinents décrivant les liens financiers et patrimoniaux entre EPL et collectivités, afin de pouvoir évaluer leur importance et leur évolution. <i>Services responsables : DGFIP et DGCL.</i>	30
Recommandation n°3 : Utiliser l'outil statistique pour progresser dans la connaissance du secteur public local :	31
a) réaliser une expérience permettant à des préfetures volontaires d'utiliser les listes de SEM que peut dresser l'INSEE pour constituer une base de données simple, au besoin en apportant les corrections nécessaires. <i>Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE ;</i>	31
b) se servir des données pour établir une liste des EPL sensibles, devant faire l'objet d'une attention particulière. <i>Services responsables : DGFIP et DGCL ;</i>	31
c) si l'expérience est concluante, s'interroger sur la possibilité de créer une nouvelle position dans la nomenclature juridique de l'INSEE pour observer les SPL. <i>Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE.</i>	31
Recommandation n°4 : ... Réaliser en 2018 un bilan de l'application de la convention de partenariat CDC / DGFIP et des échanges d'information réalisés. <i>Services responsables : DGFIP, en liaison avec la Caisse des dépôts et consignations et la DGCL.</i>	33
Recommandation n°5 : Diffuser une circulaire de bonnes pratiques encourageant les collectivités territoriales et les EPL à mettre en place des pactes d'actionnaires et des plans d'affaires. <i>Services responsables : DGCL et DGFIP.</i>	36
Recommandation n°6 : Rappeler aux représentants des collectivités territoriales que les SEM doivent être considérées comme exclues de l'exception de quasi-régie. <i>Service responsable : DGCL.</i>	37
Recommandation n°7 : Mieux maîtriser les risques relatifs à la filialisation :	47
a) établir, par voie de circulaire, un partenariat entre les représentants de l'État, les directeurs régionaux des finances publiques, auxquels seraient associés les instances régionales de la Caisse des dépôts et consignations aux fins d'assurer la prévention des risques, la veille sur les filiales des entreprises publiques locales et de formuler des préconisations de bonne administration. <i>Services responsables :</i>	

	<i>DGCL et DGFIP, en lien avec la direction du réseau et des territoires de la Caisse des dépôts et consignations ;</i>	47
	b) afin de sécuriser la gestion des « groupes », conseiller aux collectivités territoriales - de demander à l'EPL « maison mère » de présenter à son conseil d'administration une consolidation des comptes de tout le « groupe » conformément aux textes en vigueur, ou de mettre en œuvre une procédure de transparence comptable dans les autres cas si un risque est détecté. <i>Service responsable : comité des finances locales.</i>	47
Recommandation n°8 :	Proposer à l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales de lister les bonnes pratiques des relations entre les collectivités actionnaires et leurs EPL : réunion trimestrielle du conseil d'administration ; contrôle interne développé ; instauration de commissions des finances, foncière, d'engagement, ainsi que d'un comité de liaison chargé du contrôle des orientations stratégiques de la société. <i>Service responsable : comité des finances locales.</i>	50
Recommandation n°9 :	Modifier l'article L1524-5 du CGCT pour prévoir que le vote sur le compte administratif des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires d'EPL, soit précédé du débat sur le rapport du mandataire. <i>Service responsable : DGCL.</i>	50
Recommandation n°10 :	Réduire les risques juridiques liés au respect du droit de la concurrence : inciter, par voie de circulaire, les collectivités actionnaires à fiabiliser l'exercice de leur contrôle analogue, au moyen de mentions précises dans les statuts des sociétés, de l'implication des élus-administrateurs, de la conclusion de pactes d'actionnaires, de l'édiction de règlement intérieur et de l'institutionnalisation d'une comitologie. <i>Service responsable : DGCL.</i>	55
Recommandation n°11 :	Favoriser la généralisation de la cartographie des risques dans les EPL et le dialogue avec les collectivités actionnaires dès que l'EPL identifie un risque grâce à sa cartographie. <i>Service responsable : DGCL, en liaison avec le CNFPT.</i>	56
Recommandation n°12 :	Mettre à l'étude la modification des dispositions de l'article L.1522-3 du CGCT relatives à la fixation d'un montant minimal de capital pour certains types d'EPL. <i>Services responsables : DHUP, DG TRESOR et DGCL.</i>	57
Recommandation n°13 :	Compte tenu des moyens humains disponibles dans les services déconcentrés de l'Etat, inscrire comme priorité du contrôle de légalité les trois objectifs suivants applicables aux conventions de DSP signées avec les EPL à enjeu, afin notamment de contribuer au respect des règles européennes relatives à la concurrence :	59
	a) rechercher si le contrat d'affermage ou de concession comporte des objectifs chiffrés pour son titulaire, notamment des objectifs financiers ;	59
	b) rechercher les avenants à ces contrats ayant pour objet la renonciation par les actionnaires à un versement dû par l'EPL ;.....	59
	c) lorsque le contrat est près d'arriver à son terme, demander un bilan financier de l'application de la convention et le comparer aux stipulations initiales.	59
	<i>Service responsable : DGCL.</i>	59
Recommandation n°14 :	Examiner dans le cadre d'un groupe de travail interservices la possibilité de plafonner les rémunérations annuelles brutes (somme de la part fixe, de la part variable et des éventuelles primes) des dirigeants d'EPL à une fraction du plafond institué pour les dirigeants des entreprises publiques nationales. <i>Services responsables : DGCL et DAJ du ministère chargé de l'économie.</i>	61
Recommandation n°15 :	Identifier, au titre du contrôle administratif, les EPL nécessitant un suivi prioritaire en élaborant une cartographie des risques de ces structures en lien avec la DDFiP. <i>Services responsables : DGCL et DGFIP.</i>	66
Recommandation n°16 :	Mettre à l'étude en prenant pour base l'article L243-7 du code des juridictions financières, la mise en place d'une procédure de compte-rendu par les	

EPL des suites réservées aux contrôles des CRTC. <i>Services responsables : DGFIP et DGCL, en lien avec la Cour des comptes.</i>	66
Recommandation n°17 : Faire circuler l'information relative aux certifications des comptes des EPL ; conseiller aux collectivités territoriales d'établir un comptage des recommandations faites par les commissaires aux comptes des EPL et suivre l'application de ces recommandations ; étendre ensuite ce suivi aux recommandations portant sur les filiales. <i>Services responsables : DGCL et DGFIP.</i>	68
Recommandation n°18 :	73
a) Étendre aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et aux sociétés publiques locales (SPL) les dispositions de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. <i>Services responsables : direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), en lien avec la direction générale des collectivités locales (DGCL).</i> .	73
b) Actualiser la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML en l'étendant notamment aux SPLA et aux SPL. <i>Service responsable : DACG.</i>	73
c) Prévoir une formation sur le risque pénal aux dirigeants d'entreprises publiques locales. <i>Services responsables : DACG, DGCL et l'Agence française anticorruption, en lien avec la FEPL.</i>	73

SOMMAIRE

Synthèse.....	5
Table des recommandations prioritaires.....	9
Liste des recommandations par ordre d'apparition dans le rapport	12
Introduction.....	18
1 Les entreprises publiques locales (Epl), des outils au service des collectivités territoriales, au régime juridique mouvant et au suivi insuffisant	22
1.1 Entre droit public et droit privé, les EPL connaissent une profonde mutation depuis 2006.....	22
1.1.1 <i>Les SEML ont été créées afin d'associer des capitaux publics et privés au sein d'une société commerciale.....</i>	22
1.1.2 <i>Les SPL ont été créées pour s'adapter à la jurisprudence européenne relative à la « prestation intégrée »</i>	23
1.1.3 <i>La situation des entreprises publiques locales en outre-mer mériterait un examen spécifique</i>	24
1.2 Le suivi des EPL est insuffisant	25
1.2.1 <i>Le suivi du secteur des EPL par l'État est insuffisant.....</i>	26
1.2.2 <i>L'exercice du contrôle administratif des EPL pâtit du suivi insuffisant des EPL.....</i>	30
1.2.3 <i>La connaissance des EPL qu'ont certains établissements publics de l'État doit être valorisée</i>	31
1.2.4 <i>Seules les données fournies par la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL) permettent de dresser un panorama, quoique partiel, du secteur des EPL.....</i>	33
2 Les risques et les moyens de mieux les maîtriser.....	35
2.1 Les risques liés à l'actionnariat	35
2.1.1 <i>Les particularités des EPL justifient que soient recherchées des voies permettant d'assurer la solidité du projet qui doit être associé à leur création.....</i>	35
2.1.2 <i>Une meilleure structure du capital des EPL et un niveau adéquat de celui-ci doivent être recherchés.....</i>	36
2.1.3 <i>Le monde des EPL développe une forme de complexité par elle-même génératrice de risques auxquels il importe de veiller</i>	39
2.2 Les risques de nature organique	47
2.2.1 <i>Des dérives manifestes sont observées dans les relations entre les collectivités actionnaires et les entreprises publiques locales.....</i>	47
2.2.2 <i>Le rapport du mandataire pourrait être solennisé</i>	50
2.2.3 <i>Il s'avère opportun de mettre en place une procédure permettant de vérifier la réalité du contrôle analogue</i>	50
2.3 Les risques de nature matérielle.....	55
2.3.1 <i>La difficile quantification des risques.....</i>	55
2.3.2 <i>Les risques particuliers qui s'attachent à l'aménagement</i>	56

2.3.3	<i>Les risques au regard du droit des aides d'État</i>	57
2.3.4	<i>Les rapports contractuels entre les collectivités territoriales et les EPL</i>	58
2.3.5	<i>Les comparaisons de coûts sont peu pratiquées</i>	59
3	Les contrôles susceptibles d'assurer une meilleure maîtrise des risques des EPL	63
3.1	L'exercice du contrôle administratif sur les EPL reste encore un objectif	63
3.1.1	<i>Le préfet peut opérer un contrôle sur les actes des collectivités territoriales actionnaires ainsi que sur certain actes des EPL</i>	63
3.1.2	<i>Les EPL ne sont pas une cible prioritaire du contrôle administratif</i>	65
3.1.3	<i>Le contrôle des chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC)</i>	66
3.1.4	<i>Le contrôle des commissaires aux comptes apporte un éclairage technique bienvenu</i>	66
3.2	Le risque pénal n'est pas à écarter	68
	Annexes	75
	Annexe n° 1 : Lettre de mission	77
	Annexe n° 2 : Liste des personnes rencontrées.....	79
	Annexe n° 3 : Les EPL en chiffres	85
	Annexe n° 4 : La société d'économie mixte locale	87
	Annexe n° 5 : La société publique locale d'aménagement.....	91
	Annexe n° 6 : La société publique locale	93
	Annexe n° 7 : La société d'économie mixte à opération unique	97
	Annexe n° 8 : La société publique locale d'aménagement d'intérêt national.....	101
	Annexe n° 9 : Panorama du contrôle exercé par le juge financier sur les EPL	103
	Annexe n° 10 : Liste des risques potentiels susceptibles d'impacter les EPL	111
	Annexe n° 11 : Le risque pénal pour les dirigeants d'entreprises publiques locales.....	119

INTRODUCTION

Par lettre du 3 janvier 2017, le ministre de l'économie et des finances, le ministre de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales et le secrétaire d'État chargé du budget et des comptes publics ont confié au Contrôle général économique et financier (CGEFI) et à l'Inspection générale de l'administration (IGA) la réalisation **d'une revue des dépenses portant sur la maîtrise des risques par les entreprises publiques locales (EPL)**. Cette mission s'inscrit dans le cadre des revues de dépenses définies à l'article 22¹ de la loi n°2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019.

S'il a des origines anciennes, le monde des EPL connaît aujourd'hui des évolutions importantes, à la mesure de celles des collectivités territoriales. Les missions des EPL sont aujourd'hui très diversifiées, depuis les secteurs traditionnels de la construction et de l'aménagement jusqu'à des domaines aujourd'hui essentiels comme l'économie numérique ou la transition énergétique. Le contexte de la réalisation de ces missions est lui aussi profondément renouvelé : réduction des investissements de l'État et de ses concours financiers aux collectivités territoriales, en contrepoint, persistance de la demande de services publics par la population, réforme des structures locales. Les dernières réformes des EPL tendent par conséquent à permettre aux collectivités territoriales d'exercer efficacement leurs compétences dans un contexte de rareté de l'argent public.

Les EPL ont reçu, depuis la décentralisation, une attention particulière de la part du législateur, avec les lois de 1983 et 2002 relatives aux sociétés d'économie mixte (SEM). La période récente est marquée par la création de nouvelles formes d'EPL, avec en 2006 celle des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), puis en 2010 des sociétés publiques locales (SPL), en 2014 celle des SEM à opération unique (SEMOP) et enfin en 2017 celle des sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN).

Depuis les origines de la formule, la création d'EPL par les collectivités territoriales ou leur groupement a répondu au souhait d'associer propriété et gestion publique et privée au service de missions d'intérêt général. Il n'était pas à l'époque question d'EPL, mais seulement de SEM. L'apparition à compter de 2006 de nouvelles formes juridiques, qui conduit désormais à recourir à l'expression d'EPL, renvoie à des préoccupations d'ordre différent. Confrontées à l'impératif, issu du droit de l'Union européenne, de mise en concurrence par les personnes publiques de leurs SEM, les collectivités territoriales ont pu obtenir du législateur la création des SPLA puis des SPL, soit autant de sociétés avec lesquelles elles ont pu traiter sans formalités, et qui connaissent un développement rapide.

Les EPL sont désormais susceptibles d'offrir aux collectivités territoriales et à leur groupement deux avantages majeurs dans l'accomplissement de leurs missions :

- quelle que soit la forme d'EPL retenue, la liberté de gérer selon le droit privé ;
- en ce qui concerne les SPLA et SPL, la faculté de traiter avec elles sans mise en concurrence.

Tous les observateurs constatent les évolutions du secteur des EPL dans le sens d'une plus grande maturité et d'une meilleure professionnalisation, après les années 1980 et 1990 qui avaient connu un certain nombre de difficultés. Elles bénéficient ou vont bénéficier des évolutions de l'organisation des collectivités territoriales encouragées par la loi, qu'il s'agisse de la généralisation et de la rationalisation des intercommunalités à fiscalité propre ou encore de l'affirmation des métropoles. La branche est enfin structurée autour de la Fédération des EPL (FEPL), qui joue un rôle important d'animation et de représentation des EPL.

¹ Cet article prévoit que chaque année une annexe budgétaire définit des thèmes devant faire l'objet d'une revue de dépenses.

Pour autant, des interrogations demeurent. L'économie mixte est depuis longtemps - au moins dans le secteur local - parée de toutes les vertus : à la lisière du public comme du privé, elle associerait de manière nécessairement harmonieuse les objectifs d'intérêt général poursuivis par les personnes publiques et l'engagement du secteur privé, armé de la souplesse de ses cadres de gestion. La pertinence *a priori* de ce discours ne doit pas empêcher de se poser la question de savoir si l'économie mixte locale existe réellement. La souplesse des méthodes de gestion est une chose, mais la question de savoir si les EPL - s'agissant au moins des SEM - peuvent être analysées comme de véritables sociétés, lieux de la mise en œuvre d'un projet commun par leurs actionnaires et du partage des risques, appelle le plus souvent une réponse incertaine. En effet, **les risques financiers du secteur sont, pour l'essentiel et *in fine*, ceux des collectivités territoriales.**

Au surplus, si le secteur des EPL se professionnalise, le monde des affaires, qui est celui de ces sociétés quelle que soit leur spécificité, demeure à distance des élus et des fonctionnaires territoriaux. L'univers des montages financiers n'est pas celui des gestionnaires locaux, qu'il s'agisse de formation voire de culture d'entreprise. Il y a là une dissymétrie qui n'est pas sans risques pour les collectivités territoriales.

Les fonds gérés par les EPL sont des fonds privés, sauf hypothèses spécifiques. Ils ne pourraient de manière générale être considérés en droit comme des fonds publics que si le juge financier en décidait ainsi, dans le cadre d'une procédure de gestion de fait. On peut néanmoins estimer au vu des risques financiers encourus par leurs actionnaires publics, que les EPL manient de l'argent public en un sens large, ce qui légitime le contrôle de la puissance publique.

Alors même que l'État, mobilisé par d'autres tâches, se préoccupe peu des EPL sur le plan territorial, **le contexte actuel rendrait opportun le renforcement du contrôle prudentiel.** Les finances des collectivités territoriales connaissent depuis peu des évolutions satisfaisantes avec une stabilisation des dépenses de fonctionnement ainsi que du montant des investissements. Il serait souhaitable d'aider les collectivités territoriales à contenir la dépense des EPL, afin d'éviter en toute hypothèse que celle-ci permette une débudgétisation de certaines dépenses.

Le présent rapport met largement l'accent sur la nécessité de renforcer les règles prudentielles. Pour ce faire, il est recommandé la diffusion de bonnes pratiques, la mise au point de lignes directrices, ou la modification des textes, réglementaires ou législatifs. Si, en effet, après l'intervention de nombreux textes, les acteurs du secteur des EPL font connaître leur préférence pour une pause en la matière, et font état d'une forme d'accumulation des contrôles dont les EPL sont l'objet, **force est de constater que les réformes récentes sont surtout allées dans le sens d'une diversification des outils, et moins dans le sens de la couverture des risques afférents à leur mise en œuvre.**

Deux précisions doivent être apportées sur l'esprit dans lequel ce rapport a été établi. En premier lieu, en dépit de l'inscription de ce rapport dans le cadre défini pour les revues de dépenses, les propositions énoncées ci-après se situent pour l'essentiel sur le plan de la gestion des EPL et de leurs rapports avec les collectivités territoriales actionnaires et des bonnes pratiques à préconiser, et non sur un terrain strictement financier. Les ministères commanditaires avaient, dès l'origine, encouragé la mission dans ce sens, l'objectif assigné étant d'améliorer la vision de l'État sur le sujet des EPL. En second lieu, la mission a volontairement limité le champ de ses investigations aux SEM, SPLA et SPL, en laissant de côté, faute d'exemples suffisamment nombreux et probants, les EPL de création récente (les SEMOP), voire très récente (les SPLA-IN).

Ensuite, le rapport cherche à identifier les fragilités du recours aux EPL pour mieux proposer des solutions curatives. Pour autant, l'importance des réalisations menées à bien par les collectivités territoriales grâce à ces sociétés est incontestable. Enfin, la situation des EPL en outre-mer est juste abordée ; elle mériterait un examen spécifique.

La mission a donc fondé ses constats et propositions sur :

- **des auditions des principaux acteurs concernés par le développement des EPL** notamment des haut-fonctionnaires des directions d'administration centrale concernées, des présidents de chambres régionales des comptes (Auvergne-Rhône-Alpes, Hauts-de-France, Île-de-France et Bretagne), des responsables des associations nationales d'élus locaux (AMF, ADF, ARF et France urbaine) et de la FEPL ;
- **des déplacements dans une collectivité territoriale (la métropole de Lyon) et dans deux intercommunalités (les métropoles de Rennes et de Brest) choisies d'un commun accord avec les commanditaires. Durant ces déplacements, des entretiens ont eu lieu**, avec les membres du corps préfectoral, les responsables des directions départementales des finances publiques, les exécutifs des métropoles et des EPL qui leur sont adossées et les directeurs régionaux de la Caisse des dépôts et consignations ;
- **l'exploitation des questionnaires** adressés à la FEPL, aux responsables des métropoles de Lyon, de Rennes et de Brest, ainsi qu'à l'association des directeurs financiers et de contrôle de gestion des collectivités territoriales, l'AFIGESE (Association-finances-gestion évaluation des collectivités territoriales).

Le rapport se déploie en trois volets. Le premier traite des **caractéristiques des EPL**, outils au service des collectivités territoriales et de leurs groupements, au régime juridique mouvant et au recensement difficile. Dans le deuxième temps, sont exposés **les risques encourus par les EPL, dans leur diversité**. C'est dans le troisième temps que sont regroupées **les préconisations de la mission, en termes de renforcement de la maîtrise des risques**.

1 LES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES (EPL), DES OUTILS AU SERVICE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES, AU REGIME JURIDIQUE MOUVANT ET AU SUIVI INSUFFISANT

Le secteur des EPL, qui a connu une profonde mutation depuis une dizaine d'années (1.1), ne fait pas l'objet d'un suivi suffisant par l'État (1.2).

1.1 Entre droit public et droit privé, les EPL connaissent une profonde mutation depuis 2006

Les collectivités territoriales peuvent agir en recourant à des régies, à des établissements publics ou à des sociétés anonymes. Ces dernières peuvent prendre la forme de sociétés d'économie mixte locale (SEML) ou plus récemment de sociétés publiques locales (SPL).

1.1.1 Les SEML ont été créées afin d'associer des capitaux publics et privés au sein d'une société commerciale

Après les lois de décentralisation, les SEML deviennent l'instrument privilégié des collectivités territoriales. Le législateur les dote² d'un statut et en encadre le fonctionnement, tout en étendant leur objet social aux principales compétences des collectivités territoriales. Ce statut unifié des SEML fut modernisé en 2002³. Comme sociétés anonymes, les SEML sont donc des sociétés dont le capital est divisé en actions et qui sont constituées entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. La SEML doit comprendre sept associés minimum. Son organisation et son fonctionnement doivent être conformes au droit commun des sociétés régi par le code du commerce, étant précisé que les règles du code précité s'appliquent dans la limite des dispositions spécifiques aux SEML contenues pour l'essentiel dans le CGCT⁴. Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des SEML qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, d'autres personnes publiques pour réaliser certaines opérations⁵.

Les SEML disposent d'un statut empruntant à la fois au droit privé (notamment à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales codifiée aux articles L.225-1 et suivants du code de commerce) et au droit public. Il en résulte une logique différente pour les actionnaires. Par exemple en matière d'aménagement, les partenaires privés vont rechercher la couverture du risque financier, particulièrement important pour ce type d'opération, en le transférant vers les collectivités, alors que les élus locaux y voient un outil de développement du territoire. Ce transfert du risque doit par conséquent être accompagné par un contrôle exigeant des collectivités territoriales. Pour que ce dernier soit efficace, l'actionnaire public doit avoir une bonne connaissance du fonctionnement des sociétés commerciales, de la comptabilité privée et des montages juridiques complexes (notamment dans l'aménagement, l'immobilier d'entreprise et le logement).

² Loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

³ Loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

⁴ Cf. l'annexe 4.

⁵ Art L.1521-1 du CGCT.

1.1.2 Les SPL ont été créées pour s'adapter à la jurisprudence européenne relative à la « prestation intégrée »

L'économie mixte locale a été, dans un premier temps, impactée par la loi « Sapin 1 »⁶, qui soumet les SEML à la procédure ordinaire de publicité et de mise en concurrence pour obtenir en délégation la gestion d'un service public local.

Mais les relations entre les SEM et les collectivités territoriales qui en sont actionnaires furent durablement remises en cause par la jurisprudence communautaire. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de faire réaliser une prestation par une entreprise, il doit conclure un marché public. Il existait une exception à cette mise en concurrence pour les contrats conclus avec des organismes sur lesquels le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour lui⁷. Cette exception de quasi-régie était admise pour les relations entre les SEM et les collectivités territoriales actionnaires.

Désormais, il ressort clairement de la jurisprudence communautaire que la participation du secteur privé dans le capital d'une société, même infime, s'oppose à ce que celle-ci bénéficie de l'exception de quasi-régie⁸.

Les SEM ayant perdu cet avantage de « non mise en concurrence », les élus ont souhaité disposer d'un nouvel instrument d'intervention, alliant la souplesse d'une structure à statut privé et les facilités offertes par un capital entièrement public.

La loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement autorise pour la première fois les collectivités territoriales et leurs groupements à créer des sociétés locales avec un capital à 100 % public. Destinée à réaliser des opérations d'aménagement, la société publique locale d'aménagement - SPLA⁹ a pour objectif de permettre aux collectivités territoriales de se conformer à la jurisprudence communautaire des prestations « de quasi-régie ». Cette mesure déroge à l'esprit du régime de l'économie mixte locale, qui, en principe, doit permettre d'associer des personnes publiques à une personne privée, mais elle permet d'échapper à la mise en concurrence préalable.

Les sociétés publiques locales (SPL) ont été créées par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales. Elles constituent une généralisation du modèle des SPLA¹⁰.

Enfin, la loi n°2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, qui met à la disposition des collectivités territoriales un nouvel outil en adaptant le droit français à la notion européenne de partenariats public-privé institutionnels (PPPI). À la différence des SPL et SPLA, composées exclusivement d'actionnaires publics, la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) est une véritable société d'économie mixte en raison de la présence obligatoire d'actionnariat privé. La création de cette nouvelle catégorie de société est destinée à surmonter la réticence du Conseil d'État à introduire dans le droit français le partenariat public-privé institutionnalisé. En effet, du point de vue du droit français des contrats administratifs, il est impossible d'attribuer un contrat à une entité qui n'existe pas encore et qui, se faisant, n'a pu se porter candidate, d'où l'idée d'une « Sem-Contrat ». Ainsi, au lieu de recourir à une double procédure de mise en concurrence (sélection du partenaire privé du PPPI puis

⁶ Décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

⁷ CJCE 18 novembre, *Teckal*.

⁸ CJCE, 11 janvier 2005 *Stadt Halle*.

⁹ Cf. l'annexe 5.

¹⁰ Cf. l'annexe 6.

attribution du contrat à l'entité à capital mixte créé), un unique appel à concurrence permet de choisir l'un et l'autre, l'actionnaire et le cocontractant¹¹.

1.1.3 La situation des entreprises publiques locales en outre-mer mériterait un examen spécifique

Les départements et régions d'outre-mer (DROM), relevant de l'article 73 de la Constitution, comptaient en 2016 peu d'EPL (Guadeloupe : 4 ; Martinique : 11, Guyane : 6, Mayotte : 3), à l'exception de la Réunion où étaient recensées 33 EPL, avec un engouement marqué pour les SPL (12¹²). Dans les collectivités d'outre-mer (COM), relevant de l'article 74 de la Constitution, où il n'existe pas de SPLA et de SPL, 43 SEM étaient dénombrées en 2016.

Le délai imparti à la mission ne lui a pas permis d'approfondir la problématique du secteur de l'économie mixte locale ultra-marine. Néanmoins, des entretiens qu'elle a menés avec la direction générale des outre-mer (DGOM) du ministère des outre-mer, la direction de l'outre-mer de l'Agence française du développement (AFD) et les directeurs régionaux Antilles-Guyane et de l'Océan indien de la Caisse des dépôts et consignations (CDC¹³), il ressort quelques tendances lourdes, caractéristiques de la spécificité des EPL en outre-mer :

- les SEM jouent un rôle structurant pour tous ces territoires : aménagement, habitat, mobilité, filières alimentaires, tourisme, et sont parfois seules à les assumer, exerçant d'une certaine manière une fonction de régulation et d'entraînement du secteur privé, au point que l'AFD¹⁴, qui offre notamment des prêts non bonifiés finançant les investissements publics des SEM des collectivités d'outre-mer, a été conduite à instituer une cotation spécifique des EPL¹⁵, en fonction des risques qu'elles encourent ;
- les plans d'affaires des SEM trouvent presque tous leur équilibre au moyen d'une composante subventionnelle¹⁶ forte de l'État et de l'Union européenne¹⁷ ;
- il apparaît difficile d'identifier et de convaincre des groupes privés d'y investir ;
- les EPL éprouvent des difficultés à favoriser des modèles d'intervention en fonds propres car reposant sur des chaînes de valeur d'autant plus vulnérables qu'elles sont insulaires et exposées à des concurrents extérieurs dans leur environnement régional, avec une fragilité soulignée pour les concessions d'aménagement ;
- tant la CDC que l'AFD poussent à la constitution de comités stratégiques et de risques, encore insuffisants au sein des EPL ultra-marines ;

¹¹ Cf. l'annexe 7.

¹² Source : FEPL.

¹³ En 2013, les financements de la CDC s'élevaient à 1,5 milliard dans l'Outre-mer.

¹⁴ Le montant de l'encours de l'AFD sur les SEM d'outre-mer s'élève à 569 M€, pour une vingtaine d'emprunteurs. Une seule ligne est provisionnée à hauteur de 700 K€ environ. Les SEM financées appartiennent aux secteurs de l'immobilier aidé, de l'aménagement urbain, de l'aéronautique et de l'énergie (Source : AFD).

¹⁵ *Guide méthodologique de cotation des sociétés immobilières et sociétés d'aménagement de l'AFD*, version du 30 septembre 2016 : le cadre analytique comprend plusieurs domaines, tels l'environnement concurrentiel, la gouvernance, la qualité des contrôles et de l'information financière, la rentabilité de l'exploitation, l'endettement, la structure financière, et la liquidité, la capacité de remboursement, les niveaux de risque s'échelonnent sur 7 positions (très bon risque, risque bon à moyen, risque passable, risque sensible, risque très élevé).

¹⁶ Le logement social dans les DROM est très dépendant des subventions versées par l'État au travers de la Ligne budgétaire unique (LBU, 247 M€ en LFI 2017), ainsi que des prêts de trésorerie de la CDC.

¹⁷ Source : Caisse des dépôts et consignations, *Document d'orientation sur la stratégie d'économie mixte DIDL/DIFIPA*, octobre 2016, p.22.

- la Société nationale immobilière (SNI), filiale de la CDC, va reprendre les sociétés immobilières des Dom (SIDOM) ; ce qui devrait contribuer à restructurer à terme le paysage des bailleurs sociaux (une dizaine à La Réunion par exemple) ;
- des situations de fragilité¹⁸ sont manifestes, avec des SEM en sous-capitalisation et présentant des résultats négatifs, comme à La Réunion (*Gem'Port des Mascareignes-la Halle* et *Pipangai Prédation*) et économiquement peu viables, comme en Martinique en raison de leur périmètre d'intervention limité à une commune (cas de la Société d'économie mixte de Fort-de-France, la *SEMAFF*¹⁹ ou de la *SEMAVIL, la SEM du Lamentin*²⁰) ou encore en liquidation ou en voie d'extinction comme en Polynésie française²¹ (*SEM Tahiti Nui Rava'ai*, *SEM Te Mau Ito Api* chargée de la production d'électricité, la *société d'aménagement et de gestion* et la *SEM Haapape* qui assurait la distribution d'eau).
- La Réunion souffrirait d'un foisonnement d'EPL, avec des SEM (21 dont 7 dans le logement social, ce qui représente un nombre excessif de bailleurs sociaux) et des SPL (12) intervenant sur les mêmes créneaux, avec une situation financière fragile ; par ailleurs, l'île compte une SEM, la *SEMATRA*, qui a une filiale, la compagnie aérienne *Air Austral*, que le juge financier regarde comme une société-écran qui contourne l'interdiction légale de participation des collectivités locales au capital des sociétés commerciales²².

Ces éléments inhérents à la situation particulière des économies ultramarines, dépendantes de la sphère publique, justifieraient qu'une étude particulière soit consacrée à la situation des EPL dans les DOM.

**Recommandation n°1 : Prescrire une mission d'évaluation de la maîtrise des risques dans les entreprises publiques locales dans les départements et régions d'outre-mer.
Service responsable : direction générale des outre-mer.**

1.2 Le suivi des EPL est insuffisant

Le recensement des EPL est imparfait et, en conséquence, l'appréciation exacte de leur situation financière est hors de portée.

Pour les élus locaux, le recours à la formule de l'EPL se justifie par une simple constatation : une activité industrielle et commerciale, comme par exemple la gestion d'une piscine, nécessite des instruments juridiques différents de ceux utilisés, par exemple, pour la gestion d'un bureau d'aide sociale. L'EPL constitue, toujours à leurs yeux, un instrument juridique adapté aux besoins de ces activités. Par ailleurs, l'EPL présente à leurs yeux d'autres avantages :

- les SEM permettent d'attirer des capitaux « hors collectivités territoriales », au minimum à concurrence de 15 % du capital ;
- les SPL, dès lors que les collectivités actionnaires exercent sur elles un contrôle analogue, sont considérées comme « *in house* » et se voient confier des opérations sans passer par une procédure de mise en concurrence ;

¹⁸ Source : fiche de la DGOM pour la mission, *Le contrôle des collectivités territoriales d'outre-mer sur leurs SEM, SPL et SPLA*.

¹⁹ *Ibid.* : À la demande du préfet de la Martinique, la Chambre régionale et territoriale des comptes Antilles-Guyane a inscrit à son programme de contrôle l'examen de toutes les SEM de ce territoire.

²⁰ Cf. CRC Martinique, ROD, du 14 mars 2016, *SEMAVIL*, en ligne : sous administration judiciaire depuis mars 2015, la *SEMAVIL* souffre d'une sous-capitalisation et ne peut développer des opérations nécessitant des capitaux importants comme les opérations d'aménagement et de promotion immobilière.

²¹ *Ibid.*

²² CRC La Réunion, ROD, *La gestion de la SEMATRA*, novembre 2016, p.2, en ligne.

- les EPL permettent d'individualiser juridiquement des opérations ou des services, grâce à la création d'une personne morale de droit privé distincte de la collectivité, pouvant créer des filiales, qui peuvent elles-mêmes recourir à la filialisation, faculté utilisée avec l'accord ou à la demande des collectivités actionnaires ;
- la rémunération des personnels des EPL (hormis les 8 % de ces personnels qui sont des fonctionnaires détachés²³) rencontre les mêmes latitudes juridiques que celles offertes aux chefs d'entreprise pour leur propre rémunération et au bénéfice de leurs salariés ; par ailleurs, d'autres avantages peuvent être accordés aux personnels des EPL, comme des avantages en nature ou des prestations sociales complémentaires financées en partie par l'employeur ;
- les EPL sont par ailleurs liées aux collectivités et à des intercommunalités par des liens contractuels (délégation de service public/DSP, contrat d'affermage, contrat de concession) qui peuvent participer à la détermination de l'équilibre économique entre les collectivités et leurs EPL.

1.2.1 Le suivi du secteur des EPL par l'État est insuffisant

1.2.1.1 Les administrations centrales de l'État disposent de données imparfaites, ne permettant pas d'avoir une vision d'ensemble du secteur

1.2.1.1.1 La direction générale des finances publiques (DGFIP) : des limites auxquelles il est possible de remédier

La DGFIP organise la remontée des comptes des collectivités territoriales sous forme dématérialisée et peut présenter des synthèses par comptes. Pour ce qui est des participations et liens avec les EPL (hors dotations en terrains et équipements), la classe 1²⁴ décrit les garanties d'emprunt, la classe 2²⁵ les participations en capital détenues et les autres liens financiers avec les satellites. Figurent également en classe 1 les provisions pour risques et charges qui sont « *obligatoires dès l'apparition du risque* » (instruction budgétaire et comptable M57 qui peut être choisi par les métropoles, M52-départements- et M71-régions-). Elles sont également obligatoires, par exemple selon la M14 -communes²⁶-, dans trois cas : ouverture d'un contentieux, restes à recouvrer sur comptes de tiers compromis malgré les diligences du comptable, et enfin lorsqu'une procédure collective est ouverte en application des dispositions du livre IV du code de commerce visant un organisme créancier (l'EPL) via l'octroi de garanties d'emprunt et / ou de prêts, d'avances de trésorerie.

Enfin la classe 8²⁷ regroupe les comptes spéciaux. Ces comptes donnent une description objectivée d'une partie des liens (hors liens contractuels) entre collectivités et EPL. À ces comptes correspondent des annexes qui listent les participations, les garanties d'emprunt et les engagements hors bilan.

²³ Selon l'estimation fournie à la mission par la FEPL.

²⁴ Cf. l'arrêté du 21 décembre 2016 relatif à l'instruction budgétaire et comptable M.14 applicable aux communes et aux établissements publics communaux et intercommunaux à caractère administratif. Le compte 1517, provisions pour garanties d'emprunt, enregistre les provisions constituées pour des risques liés aux garanties d'emprunts accordées à des tiers publics ou privés. Cette provision doit être constituée dès l'ouverture d'une procédure collective prévue au livre VI du code de commerce. Elle est constituée à hauteur du montant que représenterait la mise en jeu de la garantie sur le budget de la commune ou de l'établissement, en fonction du risque financier encouru (Source DGCL : « Portail de l'information au service des collectivités territoriales »).

²⁵ Le compte 26 et ses sous comptes pertinents, participations et créances rattachées à des participations, le compte 274 et ses sous comptes pertinents les prêts consentis et le compte 296 et ses sous comptes pertinents les provisions pour dépréciation des participations et créances rattachées à des participations.

²⁶ Cf. la M 14, *op-cit*.

²⁷ Notamment le compte 80 sur les engagements hors bilan souscrits ou reçus, dont le compte 8015, engagements sur garanties d'emprunt.

La comptabilité en classe 6 et 7 est également utilisée pour décrire les conséquences financières des relations contractuelles unissant les collectivités territoriales aux EPL.

La responsabilité de l'inscription dans ces diverses classes de comptes revient à l'ordonnateur. Dans le cas des EPL, il dispose seul des données qu'il collecte via ses pouvoirs d'actionnaire d'EPL pour les modifier. Le comptable exerce un contrôle hiérarchisé sur ces inscriptions.

La DGFIP ne peut tirer des enseignements sur la situation des EPL de ses synthèses des comptes de classe 1 et 2 dans la mesure où l'ensemble des participations des collectivités y est inscrit, aussi bien celles relatives aux EPL qu'aux associations, aux groupements d'intérêt public (GIP), groupements d'intérêt économique (GIE), syndicats mixtes, sociétés de financement, etc. *Mutatis mutandis*, cette limite s'applique aux classes 6, 7 et 8.

Pour remédier à cette situation, deux solutions sont possibles. L'une consisterait à créer des sous comptes supplémentaires qui individualiseraient les deux grands types d'EPL (SEM et SPL) dans les comptes pertinents. Cette solution supposerait une modification par arrêté de la nomenclature comptable, une modification informatique et un changement des pratiques d'inscription dans ces comptes par les comptables. Ces changements pourraient s'avérer coûteux. L'autre solution consisterait à modifier les pratiques de rédaction des libellés de dépenses pour les normaliser afin de rendre les tris informatiques par bénéficiaire possibles. La DGFIP réalise déjà de tels tris (un tri a été effectué sur les comptes des collectivités des régions Auvergne-Rhône-Alpes et Bretagne, à la demande de la mission), mais, faute de normalisation, il n'est pas certain que le résultat soit exhaustif.

La DGFIP note par ailleurs que l'observation des comptes de classe 1 et 2 ainsi que de la classe 8 permet de tirer une conclusion qui dépasse le cadre strict des EPL puisque les relations de l'intégralité des organismes liés aux collectivités territoriales y sont décrites²⁸.

Les montants des comptes de classe 1 et 2 ne font pas l'objet d'une actualisation lorsque la valeur de la participation baisse en raison de difficultés que pourrait rencontrer l'EPL. Cette constatation a été confirmée à la mission par les responsables des collectivités territoriales et les chambres régionales des comptes contactés. Il conviendrait de vérifier ce point sur le plan national, mais il est probable que, sauf exception, les participations et créances rattachées à des participations dans les EPL ainsi que les garanties d'emprunt et leurs provisions restent comptabilisées en valeur historique, sans dépréciation en cas de difficulté. Il serait pourtant judicieux que ces montants soient revus, au moyen d'une provision pour dépréciation d'actifs, provision non obligatoire.

Cette question de qualité comptable crée trois difficultés :

- la première est que la dégradation de la situation d'une EPL se traduisant par la perte de valeur de son capital n'est pas visible dans les comptes des collectivités actionnaires et n'alerte donc pas son organe délibérant ;
- la deuxième est que la valorisation du patrimoine d'une collectivité, déjà souvent incertaine, l'est encore plus dès lors qu'elle est actionnaire d'une EPL. La réflexion stratégique de la collectivité sur son action patrimoniale peut s'en trouver entravée ;
- la dernière conséquence se rencontre en cas de création de filiales par des EPL : lorsque le chiffre d'affaires d'une filiale d'EPL diminue, par exemple, de manière importante, la valeur des titres détenus par l'EPL « maison mère » baisse, entraînant une dépréciation du capital détenu ; la valeur de la participation à l'EPL « maison mère » dans les comptes des collectivités actionnaires devrait aussi se

²⁸ Entretien de la mission avec la DGFIP.

déprécier. Ce phénomène d'appauvrissement est complexe à saisir, particulièrement en cas de filialisation en cascade, mais il devrait être pris en compte et induire un effort de vigilance particulier.

En ce qui concerne la classe 8, la DGFIP estime que son montant constaté au niveau national devrait être plus important, en raison de l'abondance des garanties d'emprunt accordées. D'autre part, et ce point a été établi par la mission, les garanties d'emprunt ne sont pas toujours produites en annexe des documents suivant une présentation raisonnée, en individualisant par exemple les garanties accordées au logement locatif social où le risque est jugé faible par tous les acteurs (voir plus loin). Dès lors, la liste des garanties fournie par l'ordonnateur n'est pas toujours susceptible de servir de support à l'énoncé d'une stratégie. Des exceptions existent, comme celle de la gestion de la Ville de Paris, qui établit clairement la différence entre les garanties accordées dans le domaine du logement social et les autres garanties qui constituent seulement 11,7 % du capital initialement garanti et 12,9 % de l'encours.

Sur ce point, les outils proposés par l'État ne sont sans doute pas suffisamment connus. La DGFIP et la direction générale des collectivités locales (DGCL) proposent des formations en ligne ouvertes à tous, des « MOOC », sur le portail gouvernemental des collectivités locales tenu par la DGCL et la DGFIP. Ce portail, qui comprend par ailleurs des outils jugés prioritaires par le Comité national relatif à la fiabilité des comptes locaux, comprend parmi ses thèmes les engagements hors bilan.

Surtout, la qualité comptable passe par une collaboration étroite entre l'ordonnateur et le comptable public comme le rappelle la Charte Nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux du 21 mars 2014 conclue entre l'État, la Cour des comptes et les grandes associations nationales d'élus locaux. La Charte propose ainsi : « *un partenariat entre ordonnateurs et comptables qui respecte les prérogatives de chacun d'entre eux [et définissant] des actions type ayant vocation à être insérées dans les conventions permettant à un ordonnateur et un comptable de s'engager réciproquement sur un même objectif partagé de fiabilisation des comptes* ».

1.2.1.1.2 L'INSEE dispose de bases de données précises qui ne comportent pas toujours des éléments exacts

L'INSEE a mis au point une nomenclature juridique détaillée qui comprend trois positions pour les sociétés d'économie mixte (l'une pour les SARL d'économie mixte et deux pour les SA). On peut en déduire que l'INSEE est à même de dresser la liste des SEM par région datant de 2015 ou de 2014 suivant les cas. Une liste a été fournie à la mission par l'INSEE. Cependant, la comparaison de cette liste avec la réalité observée lors du déplacement de la mission à Lyon montre que l'INSEE compte parmi les sociétés d'économie mixte « Lyon Confluence », qui est une société publique locale dont le capital est constitué uniquement de collectivités territoriales. L'INSEE, interrogé sur ce point, précise que la société a été enregistrée par le greffe du Tribunal de commerce de Lyon sous la catégorie juridique « SA d'économie mixte à directoire ».

La fiabilité des comptages de l'INSEE dépend donc de la qualité des enregistrements effectués au greffe du tribunal de commerce, qui ne dispose pas des moyens de vérifier l'exacte utilisation de la nomenclature juridique élaborée par l'Institut.

1.2.1.1.3 La direction générale des collectivités locales (DGCL) s'appuie sur les documents budgétaires et comptables fournis par la DGFIP qui ne fournissent que peu de données sur les EPL

La DGCL collecte un grand nombre de données afférentes au budget des collectivités territoriales et à leurs groupements pour élaborer notamment sa publication annuelle « *Les collectivités locales en chiffres* » et les rapports de l'Observatoire des finances locales. Pour ce faire, cette direction utilise les données comptables fournies par la DGFIP et, en particulier, les budgets primitifs ainsi que les comptes administratifs et de gestion. Ces informations ne lui permettent pas toutefois de disposer d'une vision précise du nombre

d'EPL. Dès lors, la DGCL utilise, comme les autres administrations publiques, des chiffres de la Fédération des entreprises publiques locales.

1.2.1.1.4 *Le suivi des EPL par d'autres administrations ou organismes publics est également fragmenté*

La Direction de l'habitat, de l'urbanisme et des paysages (DHUP) recense les organismes de logement social au travers des conventions d'utilité sociale (CUS) dont la signature est obligatoire pour tout organisme HLM, quelle que soit sa forme juridique. Depuis 2016 et l'adoption de la loi *ALUR*²⁹, toutes les SEM ayant pour objet la construction et la gestion de logements sociaux sont agréées par le ministre chargé du logement, étant précisé que toutes les SEM bénéficiant d'une CUS avant l'adoption de la loi précitée sont réputées agréées. Il reste que les données fournies par la DHUP sur les statistiques relatives aux SEM de logement social compilent des données émanant de la FEPL. En matière d'aménagement, la DHUP dénombre les types d'opérations (éco quartiers, etc.) mais ne note pas la forme juridique du pilote du projet. 144 SEM avaient au 31/12/2014 une activité immobilière dominante pour un chiffre d'affaires de 2,874 Mds d'euros³⁰. Les dispositions comptables particulières applicables au logement social ont notamment pour objet d'aider à vérifier que les excédents éventuels dégagés par cette activité ne sont pas redéployés sur une autre, en application du droit européen de la concurrence.

La direction des affaires criminelles et des grâces, de son côté, dispose de données sur les signalements aux procureurs, et sur les procédures pénales en cours. Ces chiffres sont protégés par le secret tant que les décisions juridictionnelles n'ont pas autorité de chose jugée. Le nombre de signalements émanant des CRTC est en hausse depuis 2014 sur les SEM (les SPL sont de création trop récente pour donner lieu à une activité importante ou à des signalements qui se traduiraient *in fine* par une jurisprudence fournie de la Cour de cassation). L'origine de cette hausse pourrait tenir à la priorité donnée au traitement des atteintes à la probité dans les orientations formulées par le Procureur général près la Cour des comptes au réseau des procureurs financiers des CRTC.

Faute de temps, la mission n'a pu vérifier la construction éventuelle par d'autres ministères de bases de données particulières sur les EPL, mais il est envisageable que des ministères comme ceux chargés de la culture, de l'énergie ou du tourisme disposent d'éléments, en raison de la part prise par les EPL dans l'application des politiques publiques qu'ils conduisent.

Au demeurant, la mission constate l'établissement d'un dialogue nourri entre les administrations centrales lors de la rédaction de circulaires ou d'instructions communes. La DGFIP et la DGCL pratiquent ainsi un travail congruent pour faire évoluer les instructions budgétaires et comptables applicables par les collectivités (M14, M52, M27, M 71 et M4). La rédaction de ces instructions est systématiquement concertée avec les associations nationales d'élus locaux. La DGFIP est par ailleurs sollicitée par d'autres services, telles la Direction Générale du Trésor, la direction du budget, la DGCL, pour fournir des données. Mais, hormis le travail d'équipe accompli par la DGFIP et la DGCL, l'échange d'information reste limité au sein des administrations centrales sur le thème des EPL, ce qui rend nécessaire une rationalisation de leur suivi.

La loi NOTRe du 7 août 2015 a prévu la création d'un observatoire des finances et de la gestion publique locales. Cette nouvelle structure, qui se substitue à l'observatoire des finances locales au sein du comité des finances locales, est chargée notamment « de collecter, d'analyser et de mettre à jour des données et les statistiques portant sur la gestion des collectivités territoriales [...], afin de favoriser le développement des bonnes pratiques »³¹. Pour ce faire, il peut faire appel à l'expertise de fonctionnaires territoriaux et de l'État. L'observatoire des finances et de la gestion publique locales constitue par conséquent la formation spécialisée idoine pour assurer un recensement des données afférentes aux EPL et leur diffusion. Cette

²⁹ Cf. l'article L.481-1 du code de la construction et de l'habitation.

³⁰ Source DHUP et FEPL.

³¹ Article L.1211-4 du code général des collectivités territoriales

collecte de données représenterait pour l'observatoire, installé depuis le 18 octobre 2016, une première action permanente en matière de gestion publique.

Recommandation n°2 : Accroître la qualité comptable et approfondir la connaissance statistique des EPL :

a) confier à l'observatoire des finances et de la gestion publique locales la collecte et la diffusion des données des EPL: les résultats seraient mis à la disposition de toutes les administrations d'État concernées et des partenaires de l'État. *Service responsable* : comité des finances locales ; INSEE. DGFIP. DGCL;

b) dans l'application de la Charte nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux du 21 mars 2014, proposer de choisir parmi les thèmes de travail en commun : les engagements et participations des collectivités vis-à-vis des EPL (inclus dans la classe 1, 2 et 8). *Services responsables* : DGFIP et DGCL ;

c) préciser aux collectivités territoriales et aux SEM les catégories juridiques pertinentes de la nomenclature INSEE qui peuvent être utilisées pour déclarer une EPL aux greffes de tribunaux de Commerce. *Service responsable* : DGCL ;

d) réaliser une expérience de normalisation des libellés de dépenses dans les comptes pertinents décrivant les liens financiers et patrimoniaux entre EPL et collectivités, afin de pouvoir évaluer leur importance et leur évolution. *Services responsables* : DGFIP et DGCL.

1.2.2 L'exercice du contrôle administratif des EPL pâtit du suivi insuffisant des EPL

Les préfectures, chargées du contrôle administratif des collectivités territoriales et le réseau territorial de la DGFIP ont connu une forte contraction de leurs effectifs, alors que la diminution du rôle de l'État ouvre de nouvelles perspectives aux EPL et que la législation accroît le domaine de l'action publique, par exemple en matière d'environnement ou de réseaux. Plusieurs conséquences en découlent :

- des circulaires communes du ministère chargé des collectivités territoriales (DGCL) et du ministère des finances (DGFIP) ont guidé, de longue date, l'activité des services, par exemple en fixant des priorités, et favorisé le travail en équipe, à l'instar de la création du réseau d'alerte sur les finances locales, en place depuis 1993³². La DGCL a défini des priorités, en utilisant la technique du contrôle aléatoire, et a mis en place une stratégie de création de pôles : le pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité, installé à Lyon, héberge, depuis avril 2017, une nouvelle « chambre » dédiée au « contrôle budgétaire » ;
- certaines missions d'appui aux collectivités territoriales ont été supprimées, telles l'assistance technique fournie par l'État pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire (ATESAT) ou celle relative à l'application du droit des sols (ADS), ces deux dernières prestations étant transformées respectivement en conseil et assistance aux petites communes et en missions de solidarité vis-à-vis des communes fragiles³³. Des collectivités territoriales (notamment des départements) ont pu décider qu'une partie de cette offre de service leur incombait désormais et que les EPL constituaient le meilleur instrument pour répondre à la demande ;
- la DGFIP a instauré un contrôle hiérarchisé de la dépense, fondé sur une analyse objective des risques, qui tient compte de la nature de la dépense et des pratiques des gestionnaires, ainsi qu'un contrôle

³² Cf. la circulaire du 4 janvier 2013 abrogeant la circulaire du 26 mars 1993.

³³ Réponse ministérielle à la Question écrite n° 04252 de M. Jean-Claude Leroy (Pas-de-Calais - SOC) publiée dans le JO Sénat du 31/01/2013 - page 313.

allégé en partenariat avec l'ordonnateur. L'instruction des dossiers de contrôle budgétaire est parfois confiée aux DDFIP par les préfets, par voie de convention³⁴.

Malgré ces adaptations de méthodes, les responsables des services déconcentrés rencontrés par la mission évoquent des difficultés liées au volume d'actes à contrôler et à la sélection de priorités qui ne comprennent pas les EPL en tant que tels.

Les méthodes de contrôle sont diverses. La préfecture du Rhône comptabilise 100 000 actes pour 15 agents chargés du contrôle. Le service du contrôle de légalité se limite à lister les EPL relevant de son ressort territorial et demande la communication des documents manquants. Cette collecte permet, en cas de signalement par le réseau d'alerte, de disposer facilement des données pertinentes. Toutefois, aucune des préfectures visitées ne peut faire d'exploitation statistique des documents collectés. Tous les services visités par la mission s'appuient sur les relevés d'observations définitives (ROD) des chambres régionales des comptes pour accorder une priorité de contrôle aux EPL qui ont fait l'objet d'observations.

L'INSEE dispose de listes de SEM, souffrant certes d'imperfections, mais qui contiennent de nombreux éléments sur les effectifs et le chiffre d'affaires. Ces listes pourraient constituer une base de données de départ pour les préfectures et les DDFIP / DRFIP qui souhaiteraient disposer d'un fichier pré-rempli. Les sujets à risque concernent le plus souvent le nombre, l'activité et la situation des filiales et sous filiales des EPL. Il conviendrait, en conséquence, de dégager une méthode simple et économe de temps permettant de mettre en commun les données existantes sur les EPL « maisons mères » et de s'en servir ensuite pour, connaître leur activité, et examiner la situation des filiales et sous filiales.

Le but ultime poursuivi serait, dans un premier temps, de dresser une courte liste des SEM « sensibles » en raison de leur taille (mesurée *via* les effectifs et le chiffre d'affaires par exemple) ou des risques particuliers attachés à leur activité (cas des EPL d'aménagement, ou des secteurs soumis à une régulation), résultant de leur situation financière (telle l'importance du passif). S'y ajouteraient les EPL (y compris les SPL) objet de recommandations des chambres régionales des comptes, pour en assurer un suivi plus approfondi au titre du contrôle de légalité. Pour que la liste fournie par l'INSEE puisse inclure les SPL, il serait souhaitable de pouvoir les isoler dans la nomenclature juridique, qui recense les régies (« Régie d'une collectivité locale à caractère administratif »), mais pas les SPL. L'intérêt de cette mesure, eu égard à son coût et à sa pertinence, doit être examiné avec l'INSEE. Enfin, le recensement précis et actualisé des filiales et sous-filiales reste à faire, et il devrait constituer un élément de tri supplémentaire pour déterminer les EPL « sensibles ».

Recommandation n°3 : Utiliser l'outil statistique pour progresser dans la connaissance du secteur public local :

a) réaliser une expérience permettant à des préfectures volontaires d'utiliser les listes de SEM que peut dresser l'INSEE pour constituer une base de données simple, au besoin en apportant les corrections nécessaires. Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE ;

b) se servir des données pour établir une liste des EPL sensibles, devant faire l'objet d'une attention particulière. Services responsables : DGFIP et DGCL ;

c) si l'expérience est concluante, s'interroger sur la possibilité de créer une nouvelle position dans la nomenclature juridique de l'INSEE pour observer les SPL. Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE.

1.2.3 La connaissance des EPL qu'ont certains établissements publics de l'État doit être valorisée

Le groupe Caisse des dépôts et consignations (CDC) remplit des missions en appui des politiques publiques conduites par l'État et les collectivités territoriales : financement du logement social, développement des

³⁴ Cf. la note d'information DGCL/DGFIP du 28 décembre 2013 sur le partenariat Préfectures / DDFIP.

entreprises, transition écologique et énergétique. Il peut jouer un triple rôle face aux SEM. Outre son rôle de droit commun d'actionnaire et de prêteur, la Caisse, *via* son fonds d'épargne, est le premier financeur du logement social (construction et réhabilitation des logements sociaux et des structures d'hébergement pour les publics fragilisés).

Le portefeuille de la CDC, au 31 décembre 2015, comprenait 432 « lignes » soit 46 % du total des SEM³⁵ ; sa valeur brute était de 378 M€ ; le taux de provisionnement atteignait 8 %, les dividendes et commissions se montaient à 7, 2 M€ et la rentabilité brute était de 2,3 %³⁶.

Le taux de provisionnement résulte notamment de la prise de participation dans des SEM d'aménagement où le risque peut être élevé, et où une première analyse détecte une forme de sous-capitalisation. En revanche, la CDC note le faible risque qui s'attache à l'activité des EPL de logement social.

La Caisse de garantie du logement locatif social (CGLLS)³⁷, établissement public national à caractère administratif, gère un fonds de garantie de prêts au logement social. Elle contribue, notamment par des concours financiers, à la prévention des difficultés financières et au redressement des organismes d'habitations à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte et des organismes bénéficiant de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage prévu à l'article L.365-2 du code de la construction et de l'habitation pour ce qui concerne leur activité locative sociale, pour leur permettre en particulier d'assurer la qualité de l'habitat. Elle dispose de données sur les organismes HLM, y compris les EPL, qui connaissent des difficultés financières.

La CGLLS partage l'analyse de la CDC selon laquelle l'environnement juridique créé pour les organismes de logement social prémunit des risques de sinistre financier, au point que la probabilité d'un tel sinistre, calculée par la CGLLS, est quasi nulle

La CDC a signé avec la DGFIP une convention de partenariat, le 14 juin 2016, où elle s'engage à transmettre, au niveau régional, « *un état des prêts aux (...) bailleurs sociaux (qui peuvent prendre la forme d'une SEM), la liste des projets [que la CDC] soutient ou dont elle a connaissance (...) en faveur de l'aménagement du territoire ou du développement de l'offre de logement (là encore les SEM sont concernées) (...); les analyses financières relatives aux sociétés d'économie mixte locales dans lesquelles la CDC est actionnaire (...)* ». En matière de projets d'investissements, les directions régionales de la CDC et de la DGFIP « *partagent leurs visions et analyses respectives concernant la soutenabilité économique et financière des projets locaux d'investissements publics, notamment ceux pour lesquels le concours de la CDC est sollicité, et qui présentent les enjeux les plus importants (...)* ». Ces projets peuvent être mis en œuvre par des SEM.

La CDC diffuse les bonnes pratiques via ses conseils ou demandes vis-à-vis des SEM où elle est actionnaire ou prêteur : elle conseille notamment la rédaction d'un pacte d'actionnaires et l'utilisation de la comitologie pour maîtriser les risques.

Sa filiale, la société SCET (Services, Conseil, Expertises et Territoires), offre l'appui au management et au développement de projet et assure la gestion d'actifs et de sociétés. Elle propose notamment aux SEM et aux SPL la possibilité de bénéficier de mise à disposition de cadres supérieurs, conformément à la préoccupation de recherche de professionnalisation manifestée par les collectivités territoriales actionnaires. Il serait utile d'établir un bilan de la convention CDC/DGFIP et de prévoir la participation des préfets aux comités de pilotage mis en place par ce dispositif.

³⁵ Par construction, la CDC n'a pas accès au capital des SPL.

³⁶ Source : entretien avec les dirigeants de la Caisse des dépôts et consignations, direction des investissements et du développement local.

³⁷ Faute de temps, il n'a pas été possible d'interroger l'ANCOLS.

Recommandation n°4 : Réaliser en 2018 un bilan de l'application de la convention de partenariat CDC / DGFIP et des échanges d'information réalisés. Services responsables : DGFIP, en liaison avec la Caisse des dépôts et consignations et la DGCL.

1.2.4 Seules les données fournies par la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL) permettent de dresser un panorama, quoique partiel, du secteur des EPL

Dans ce contexte d'absence de données exhaustives, la FEPL réalise un comptage des EPL. Ces données sont issues du dépouillement du *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC) qui assure la publicité des actes enregistrés au registre du commerce et des sociétés.

La progression du nombre d'EPL n'est ni régulière, ni également répartie entre les régions : Auvergne-Rhône-Alpes, Hauts-de-France et Grand-Est ont connu les hausses du nombre d'EPL les plus importantes, tandis que l'Île de France connaît un mouvement inverse (de décroissance). Le tassement du nombre d'EPL en métropole en 2015 est notamment lié au renouvellement des exécutifs locaux, période propice aux réexamens des politiques et de leurs instruments : la FEPL recense ainsi la nomination de près de 500 nouveaux présidents d'EPL à la suite des élections municipales et régionales.

Les créations d'EPL n'interviennent pas toujours *ex nihilo* mais aussi par transformation d'autres entités juridiques en EPL, ou, plus rarement, par modification de la catégorie juridique choisie au sein des EPL. Selon la FEPL, la création de SPL résulte soit de créations pour intervenir sur de nouveaux champs, comme la petite enfance, soit de la transformation d'entités déjà existantes de type association ou régie, les collectivités souhaitant dans ce cas concilier maîtrise publique et management d'entreprise.

Par catégorie juridique, le succès de la formule des SPL transparaît dans les chiffres :

Tableau 1 : Évolution du nombre d'EPL

Nombre d'EPL	1/06/2013	1/06/2014	1/06/2015	1/06/2016	% 2016/2013
SEM	1 001	997	970	971	-3,0 %
SPLA (2013) puis SPL puis SPL + SEMOP (2016)	157	217	238	272	73,2 %
TOTAL GENERAL	1 158	1 214	1 208	1 243	7,3 %

Source : FEPL

La FEPL enrichit ses tableaux sur le nombre d'EPL par région, de données sur leur chiffre d'affaires, le montant de leur capital et sur leurs effectifs. Pour élaborer ces données, la FEPL réalise une enquête auprès des EPL, avec un taux de réponse élevé de 75 %. Elle se livre ensuite à une extrapolation statistique pour obtenir des chiffres représentatifs de l'activité de 100 % des EPL. Les données présentées dans ses tableaux n'ont donc pas la même portée.

La FEPL publie de surcroît une répartition par secteur des EPL suivant leur activité principale, qui révèle une progression de la multi activité : en 2016, 57 % des EPL se livrent à plusieurs activités au lieu de 54 % en 2015 (soit +9 % du nombre d'EPL). Selon la FEPL, 31 % des dirigeants d'EPL envisageaient en 2016 de diversifier leur activité, avec pour préoccupations principales l'investissement de nouveaux marchés (57 %) ou le renforcement de l'équilibre budgétaire de la structure (43 %). La mission suppose que ces raisons prennent en compte les règles de la concurrence et les exigences des directives européennes transposées en droit interne qui limitent le financement par certaines activités d'autres activités de la même société.

L'énergie apparaît comme le secteur le plus dynamique, notamment, selon la FEPL, en raison de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, qui ouvre des perspectives de développement. Le secteur du logement est quant à lui le siège de restructurations. Le

logement social, par exemple, est considéré comme une activité sans risque (en raison de l'organisation du secteur et du dispositif d'agrément évoqués *infra*), dès lors que le nombre de logements gérés par l'entreprise est suffisant (de l'ordre de 3 000). Le secteur de l'aménagement reste le premier en nombre d'EPL, mais est stable.

Enfin, la FEPL publie d'autres données enrichissantes sur la perception de la conjoncture par les dirigeants des EPL qui jugent par exemple pour 40 % d'entre eux que l'accès aux emprunts bancaires ne constitue pas un frein au développement de leur activité en 2016, conséquence à la fois de la garantie accordée par les collectivités territoriales et de la bonne conjoncture sur les taux.

Il serait souhaitable, en dépit de la qualité des données de la FEPL, que l'État puisse disposer de données, rendant compte de l'ensemble du phénomène EPL (voir recommandation n°2).

2 LES RISQUES ET LES MOYENS DE MIEUX LES MAITRISER

2.1 Les risques liés à l'actionnariat

2.1.1 Les particularités des EPL justifient que soient recherchées des voies permettant d'assurer la solidité du projet qui doit être associé à leur création

2.1.1.1 Des sociétés très spécifiques

Les SEM sont des sociétés au capital desquelles les collectivités territoriales sont majoritaires, et dont les « autres actionnaires », pour reprendre la terminologie de la loi, ne sont présents qu'à raison de proportions limitées des actionnaires privés. À cette forme juridique connue de longue date, sont venues s'ajouter les SPLA et SPL, sociétés à capital entièrement public. Leur création répond au souhait des collectivités territoriales de disposer d'outils fonctionnant sous un régime de gestion privée, qui leur soient entièrement dédiés, mais aussi et surtout, dont l'utilisation est dispensée de toute obligation de mise en concurrence, possibilité que la Cour de justice de l'Union européenne a clairement déniée aux relations collectivités territoriales - SEM au milieu des années 2000 (voir supra §1.2.2). L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 dispose qu'elle n'est pas applicable aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur à une personne morale sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à la condition notamment que la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont ainsi confiées, pourcentage porté à 100 % selon l'article L.1531du CGCT en ce qui concerne les SPL et les SPLA.

Il est frappant de constater que les règles de la quasi-régie, dégagées en droit de l'Union européenne dans la seule perspective d'admettre une exception aux règles de concurrence propres aux marchés publics, ont été à l'origine de la création de sociétés de plein exercice. **Le contractuel a en quelque sorte surdéterminé l'institutionnel.** Le fait que la formule des SPL connaisse actuellement un grand succès montre qu'elle répond incontestablement à un besoin, mais la question peut être posée, au regard de ce qu'est la définition par le code de commerce des pouvoirs du conseil d'administration d'une société anonyme classique, de l'autonomie réelle de sociétés qui sont de simples prolongements administratifs de collectivités territoriales, parfois qualifiées de sociétés-croupions. En ce qui concerne, d'autre part, les SEM, des gestionnaires locaux s'interrogent sur le risque de les voir parfois se transformer en simples régies lorsqu'elles sont par trop dépendantes de la collectivité territoriale actionnaire.

Entre le souhait de la ou des collectivités actionnaires de conserver un degré élevé de maîtrise sur leurs opérations - cette maîtrise étant inscrite dans la loi pour ce qui concerne SPLA et SPL - et les exigences du développement de ces sociétés, qui appellent en principe un concours de l'ensemble de leurs actionnaires pour mettre en œuvre un projet commun, les EPL demeurent des formes en devenir.

2.1.1.2 Les EPL et les projets

Si les interlocuteurs rencontrés par la mission s'accordent logiquement pour estimer que « le pouvoir, c'est l'élu », ils insistent aussi souvent sur le fait qu'il revient à la société de porter un projet. Cette exigence concerne les SEM, qui disposent d'une plus grande marge de manœuvre, et sans doute, dans une moindre mesure, les SPLA et SPL dans le cadre restreint du contrôle analogue des collectivités territoriales sur leurs objectifs stratégiques et leurs décisions importantes, qui font d'elles, à la différence des SEM, plus des outils que des opérateurs. Les connaisseurs du secteur, les dirigeants des EPL, mais aussi les élus s'accordent de manière générale sur le fait que la création d'une EPL doit s'inscrire dans le cadre d'un projet et suppose la réunion de moyens organisés selon une trajectoire financière, autrement dit, d'une part, un plan d'affaires crédible, mais aussi, d'autre part, une forme d'« *affectio societatis* » incarnée par un pacte d'actionnaires répondant à une question simple : « que voulons-nous faire ensemble ? ». Ce n'est pas

un hasard si la Caisse des dépôts et consignations subordonne désormais le plus souvent son entrée au capital d'une SEM à la réunion de ces deux éléments.

Dans le cadre de gestion privée, qui est celui des EPL, il s'agit d'instruments qui demeurent à la discrétion de l'administration et des actionnaires d'une société. La question peut se poser en termes différents en ce qui concerne des sociétés maniant peu ou prou de l'argent public : les EPL ne devraient-elles pas être formellement encouragées à s'inscrire dans un mouvement dont personne ne semble contester qu'il réponde à des préoccupations de bonne gestion ? Si oui, par quel moyen ? Un instrument de droit souple, sous la forme d'une circulaire de bonnes pratiques, pourrait-il obtenir sur ce plan des résultats, en promouvant ce modèle de gestion dans un secteur public local déjà sensibilisé à ce type d'exigences ? Si l'on estimait devoir modifier le droit, cela ne pourrait sans doute être le fait que de la loi : il s'agirait en effet alors de faire de l'existence d'un pacte d'actionnaires et d'un plan d'affaires un trait déterminant du régime légal des EPL. Ces instruments devraient alors revêtir un caractère obligatoire, et leur absence être sanctionnée.

À supposer qu'une telle option, dont la mission n'exclut pas la pertinence, puisse être retenue, elle devrait donner lieu à une expertise complémentaire. Dans un premier temps, une circulaire de bonnes pratiques permettrait à l'État d'insister auprès des collectivités territoriales et du monde des EPL sur la nécessité de recourir à des instruments adaptés à la formalisation des engagements des EPL et des moyens leur permettant de parvenir aux résultats qu'elles recherchent. Une telle circulaire devrait comporter des modèles possibles de pactes d'actionnaires et de plan d'affaires. Pour ce faire, les services de l'État pourraient utilement bénéficier des données collectées par l'observatoire des finances et de la gestion publique locales dont l'un des objectifs est la diffusion des bonnes pratiques.

Recommandation n°5 : Diffuser une circulaire de bonnes pratiques encourageant les collectivités territoriales et les EPL à mettre en place des pactes d'actionnaires et des plans d'affaires. Services responsables : DGCL et DGFiP.

2.1.2 Une meilleure structure du capital des EPL et un niveau adéquat de celui-ci doivent être recherchés

2.1.2.1 La composition du capital des EPL

2.1.2.1.1 Les quasi-régies

La question de la quasi-régie continue de peser sur la composition du capital des EPL. Il en va ainsi, bien entendu, en ce qui concerne les SPLA et SPL, qui ne peuvent connaître à leur capital que des collectivités territoriales exerçant sur elles le contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Or, le contrôle analogue, s'il fait l'objet d'une définition législative, demeure un standard dont il revient à la jurisprudence de démontrer l'existence. De ce point de vue, la jurisprudence *Marsannay* du Conseil d'État³⁸ est venue en 2013 indiquer qu'un actionnariat à 100 % public ne saurait suffire, et que toute collectivité territoriale actionnaire d'une SPL doit à tout le moins participer aux instances dirigeantes de la société. Il en résulte que les collectivités territoriales à l'origine de la création de SPL doivent redoubler d'attention dans la composition des tours de table qu'elles constituent, et éviter que ces derniers soient trop importants.

On aurait pu penser que la question de la quasi-régie ne se posait plus à propos des SEM depuis 2005 et la jurisprudence *Stadt-Halle* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), et qu'il n'était plus contesté que les SEM devaient être considérées comme des opérateurs de droit commun soumis aux règles de concurrence propres aux marchés publics. Des voix s'élèvent pourtant encore pour tenter de maintenir ouvert un débat sur le sujet. Une partie de la doctrine juridique française s'est ainsi réclamée de la

³⁸ CE, 6 novembre 2013, n° 365079.

formulation d'une des conditions de la quasi-régie, formulation issue des directives et transposée par les ordonnances de 2015 et 2016, à savoir l'exigence selon laquelle « *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* », pour soutenir qu'il n'est pas exclu que les SEM puissent être en quasi-régie. Il apparaît pourtant que tirer des conséquences d'une telle portée de l'apparition de cette exception dans les directives, à un stade très tardif de la négociation de celles-ci, serait des plus aventureux. Le considérant 32 de la directive 2014/24/UE n'envisage à cet égard que l'hypothèse d'organismes publics à adhésion obligatoire comportant en partie la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques. La législation française relative aux SEM fait quant à elle de la participation de capitaux privés une condition de fond permettant d'adopter cette forme de société, mais n'impose aucunement le choix de ce type de structure.

S'il est exact que seul le juge, et plus précisément la CJUE, pourrait avec certitude dire le droit sur ce point, au stade actuel, tant la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances que la FEPL elle-même estiment exclue une relation de quasi-régie entre les collectivités territoriale et les SEM. Contactée par les soins de la mission, la Commission européenne (DG Croissance) a indiqué partager la lecture de la DAJ, et confirmé que les SEM ne sauraient être qualifiées d'organismes publics à adhésion obligatoire au sens du considérant précité de la directive de 2014, que les SEM ne peuvent donc prétendre à l'exception de quasi-régie, et que toute interprétation extensive serait sur ce point totalement infondée³⁹.

Compte tenu de ce qu'il interprète restrictivement les exceptions aux règles de concurrence, il est des plus probable que le juge ne viendra pas contredire sur ce point les opinions autorisées précitées. En toute hypothèse, les collectivités territoriales comme les SEM doivent être averties de ce que des tentatives de traiter sans mise en concurrence seraient exposées à un risque contentieux maximal de la part des opérateurs privés.

Certains des acteurs rencontrés par la mission regrettent parfois cette situation et estiment que le conseil donné aux SEM pourrait être plus efficace dans un contexte de quasi-régie. Tel n'est pas toutefois le cas des responsables des collectivités territoriales et des SEM rencontrés par la mission, qui n'ont en la matière rien revendiqué.

Pour autant, les risques seraient si importants à ne pas respecter les principes précités, qu'il s'agisse de risques administratifs ou le cas échéant pénaux, qu'il paraît souhaitable de les rappeler au moins dans le cadre d'une circulaire de bonnes pratiques.

Recommandation n°6 : Rappeler aux représentants des collectivités territoriales que les SEM doivent être considérées comme exclues de l'exception de quasi-régie. Service responsable : DGCL.

2.1.2.1.2 L'impact sur l'actionnariat des SEM du développement de l'intercommunalité

Le renforcement de l'intercommunalité, promu dans le cadre de la loi de réforme des collectivités territoriales de 2010⁴⁰ puis prolongé par la loi NOTRe, peut avoir des conséquences sur la détermination des actionnaires des entreprises publiques locales.

³⁹ Courriel du 3 mars 2017 de la DG Croissance adressé à la mission : « ...si la législation française applicable aux SEM prévoit bien la participation de capitaux privés, c'est uniquement en tant que condition de fond de la forme sociétaire concernée ; nous ne nous trouvons pas en présence d'organismes publics à adhésion obligatoire avec participation d'opérateurs économiques privés spécifiques requise par la loi elle-même. Par ailleurs, les travaux préparatoires des directives de la commande publique confirment sans marge de doute cette lecture et permettent d'écarter l'interprétation extensive, à notre avis totalement infondée, que vous mentionnez. ».

⁴⁰ Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

Les articles L.1521-1 et L.1531-1 du CGCT disposent que les communes et leurs groupements « *peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi* » des SEM ou des SPL. Par conséquent, une commune ayant transféré l'intégralité d'une compétence à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre (EPCI) ne peut pas devenir actionnaire d'une EPL dont l'objet social correspond exclusivement à cette compétence. Le législateur a cependant prévu que pour les EPL existants, la commune qui transfère une compétence entrant dans son objet social à un EPCI peut continuer de participer au capital de cette entreprise à la condition de céder les 2/3 de ses actions à cet EPCI.

La question se pose de savoir si des communes et des EPCI souhaitant être actionnaires d'EPL doivent disposer de l'ensemble des compétences entrant dans son objet social ou seulement une partie.

La jurisprudence n'est pas encore stabilisée sur l'interprétation qu'il convient de donner aux articles précités ; jusqu'ici les cours administratives d'appel se sont prononcées, sans que le Conseil d'État ait pu dire le droit. Dans un premier temps, la CAA de Nantes⁴¹ a adopté une position restrictive, en subordonnant la régularité de la participation de collectivités territoriales ou de groupements à une SPL au fait que l'objet de celle-ci se rapporte à des compétences partagées par ses actionnaires.

La CAA de Lyon⁴² a en revanche jugé, de manière plus constructive, que le champ d'intervention d'une EPL créée par une commune ou un groupement ne peut « *excéder de façon prépondérante les compétences de la collectivité ou du groupement actionnaire* ». La Cour ne fixe malheureusement aucun critère chiffré ou quantitatif du seuil à partir duquel la divergence entre les statuts d'une EPL et le champ de compétences des collectivités territoriales ou des groupements actionnaires permet de constater le caractère excessif de la prise de participation. Cette interprétation, qui devra être précisée par le Conseil d'État, présente l'avantage d'empêcher les communes de recourir à des EPL pour « contrer » le développement de l'intercommunalité.

2.1.2.1.3 *Les conséquences du transfert de compétences du département à la région prévu par la loi NOTRe*

Le § VII de l'article 133 de la loi NOTRe édicte que le département actionnaire d'une SEM ou d'une SPL dont l'objet social relève d'une compétence qu'il ne détient plus du fait de la loi peut continuer à participer au capital de ces sociétés à la condition toutefois qu'il cède, à la collectivité territoriale ou au groupement désormais compétent, plus des 2/3 de ces actions. En matière de développement économique, la date limite de cette cession a été fixée au 31 décembre 2016.

Il convient de noter que les SPL ne bénéficient pas du régime dérogatoire de l'article 133 susmentionné. Par conséquent, la présence d'un département au capital d'une SPL n'est plus autorisée lorsqu'il ne détient plus la compétence correspondante à son objet social.

Le président de la FEPL, interrogé par la mission, souligne que deux méthodes sont alors possibles pour rétablir la conformité avec la loi : soit le département trouve un ou des acheteurs, soit les collectivités territoriales concernées ou leurs partenaires acquièrent des actions de l'EPL *via* une augmentation de capital, ce qui diminue la part détenue par le département. Dans les deux cas, il faut pouvoir disposer des moyens financiers nécessaires.

La circulaire du 26 janvier 2017 du ministre chargé des collectivités territoriales a précisé les modalités d'application de cet article. Toutefois, faute de mesures destinées à sanctionner le non-respect des dispositions de cet article, la mise en œuvre sur le terrain de l'article 133 n'est pas effective. Au mieux,

⁴¹ CAA Nantes, 19 septembre 2014, 13NT01683.

⁴² CAA Lyon, 4 octobre 2016, 14LY02728.

certaines collectivités territoriales ont accru leur part dans des SEM ou des SPLA afin de minorer celle des départements actionnaires.

Le législateur ayant souhaité expressément créer un régime dérogatoire au régime de la compensation de charges accompagnant le transfert de compétences entre le département et la région, pour les SEM et des SPLA, la mission préconise d'élaborer un bilan de la mesure fin 2017, avant d'envisager toutes modifications législatives.

2.1.2.1.4 La composition du capital des SEM

La question de la composition du capital des SEM, seules concernées en l'occurrence, appelle une dernière interrogation. La question a été posée en introduction de savoir quelle est au plan local la substance réelle de la notion d'économie mixte locale. L'article L.1522-2 du CGCT précité dispose que la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social. Cette formulation n'exclut donc pas la présence au capital des SEM, au titre de la part dite privée par abus de langage, de personnes publiques autres que territoriales, en premier lieu la Caisse des dépôts et consignations. Les actionnaires à statut privé sont le plus souvent des établissements financiers et, sauf exception, très minoritaires. Il a été vu plus haut que la notion de projet au sein des EPL gagnerait sans doute à être confortée. Une plus grande implication d'actionnaires privés risquant réellement leur capital dans un projet partagé avec les actionnaires territoriaux irait certainement dans le sens d'une telle évolution. Serait-il opportun d'élever le pourcentage de participation minimal des « actionnaires autres », et de créer en son sein un pourcentage minimal de participation réservé aux personnes morales de droit privé ? Il a été dit à la mission que les entreprises privées ne viendraient pas en toute hypothèse au capital des SEM, car les entreprises sont pour l'essentiel intéressées par les marchés que les SEM peuvent offrir. Les inciter à s'investir dans les projets des SEM ne paraît pas toutefois un objectif inaccessible, alors même que ceux-ci croissent régulièrement en nombre, et concernent des secteurs toujours plus diversifiés.

Le pourcentage minimal de l'article L.1522-2 est passé en 2002 de 20 % à 15 %, sans que cette modification ait, semble-t-il, répondu à des considérations de fond. Des études complémentaires devraient être menées pour s'assurer que le fait de relever et de compléter par la loi le plancher de participation des actionnaires autres que les collectivités ne poserait pas de problème de faisabilité aux SEM existantes, même si l'on peut penser que nombre d'entre elles satisferaient déjà à ces conditions.

2.1.3 Le monde des EPL développe une forme de complexité par elle-même génératrice de risques auxquels il importe de veiller

2.1.3.1 Complexité, groupes territoriaux et GIE de mutualisation

Les collectivités territoriales ont rapidement eu recours aux formules des SPLA et SPL, notamment dans les métropoles, pour disposer d'outils dédiés à la réalisation de certaines opérations d'aménagement sur lesquelles elles souhaitent maintenir un étroit contrôle, ou encore gérer toutes sortes d'activités d'intérêt général. Si parfois les sociétés ainsi créées ont pris la place de SEM existantes, tel n'a pas été le cas pour la plupart d'entre elles. Il en est résulté, au moins dans les grandes agglomérations, la constitution de « groupes territoriaux », selon la formule utilisée par plusieurs responsables, dirigeants et élus, groupes qui selon leurs dires, appelleraient, s'agissant au moins des métropoles, une forme de coordination. Il revient aux responsables locaux de mettre au point à cet égard des formules souples, de nature à permettre un pilotage efficace des structures qu'ils créent, sans qu'il soit nécessaire de prévoir un encadrement légal.

La complexité des EPL, qui sont régies par le droit privé (droit du travail, droit commercial, droit des sociétés) et le droit public, mériterait une attention particulière, notamment pour insister sur les pouvoirs très importants conférés aux conseils d'administration. Il serait judicieux de s'interroger sur la formation des cadres des collectivités territoriales dispensée par le Centre national de la fonction publique

territoriale. Sa formation donne légitimement la priorité à la gestion des collectivités territoriales, et semble traiter les EPL comme des « satellites » au même rang que les associations, les GIP, les GIE, etc.

Au-delà des besoins de coordination opérationnelle, les responsables locaux ont confié, souvent sous la forme de groupement d'intérêt économique (GIE) de mutualisation, la gestion des fonctions supports des EPL. L'objectif de ces GIE est multiple : diminuer les coûts de gestion qui s'accroissent avec le nombre de structures, faciliter la gestion des EPL créées sur un territoire donné, en assurant en particulier une gestion unifiée des moyens humains affectés aux EPL de leur ressort, assurer la qualité des recrutements et la continuité du service que chaque EPL seule ne pourrait garantir, promouvoir la pérennité de l'emploi. Cette formule a connu un développement important dans la période récente. Elle pose toutefois encore certaines questions.

En premier lieu, elle suppose la mise en place de clés de répartition suffisamment précises et vérifiables entre les entités membres du GIE. Sur ce point, les responsables rencontrés par la mission estiment arriver à de bons résultats. Force est de constater que les observations des chambres régionales et territoriales des comptes sont encore parfois plus réservées sur ce point.

En second lieu, l'emploi régulier de cette formule est subordonné à la réunion de conditions strictes. En effet, les EPL constituent de manière générale des pouvoirs adjudicateurs au sens des règles du droit des marchés publics. Constitué à l'initiative de ses membres, le GIE n'en est pas moins un opérateur économique au sens du droit européen, dont la relation avec ses membres a toutes chances d'être qualifiée de prestations de services, s'agissant notamment de mises à disposition de personnel destiné à satisfaire les besoins des acheteurs membres du groupement. Le lien contractuel qui en résulte revêt au surplus un caractère onéreux, car une rémunération même limitée au remboursement des frais encourus pour le service convenu présente ce caractère. *A fortiori*, un remboursement estimé de manière forfaitaire est qualifié d'onéreux. La relation entre le GIE et ses membres relève donc dans son principe du droit de la commande publique. Exclure l'application de ce droit nécessite que soit reconnue une relation de quasi-régie entre le groupement et ses membres, et que les membres du GIE exercent un contrôle analogue conjoint sur ce dernier, selon les règles strictes qui sont en la matière le fait des textes et de la jurisprudence, et qui doivent régir les statuts du GIE comme la pratique de la gouvernance et des activités de ce dernier. Un tel rappel peut être utile : il ne suffit pas de créer un GIE pour que les règles de la commande publique cessent d'être applicables, encore faut-il que soient respectées les règles de la quasi-régie.

Dès lors que la mutualisation de moyens se limite à de la mise à disposition de personnel, les risques qui s'attachent à la constitution d'un groupement d'employeurs semblent en revanche limités. En effet, s'il importe en tout état de cause que soient respectées les dispositions du code du travail qui prohibent le prêt de main d'œuvre à but lucratif – exigence qui concerne tout autant les GIE pratiquant la mise à disposition de personnel, ce qui exclut là aussi les formules de remboursement forfaitaire – les relations entre le groupement et ses membres semblent devoir ne pas relever du droit des marchés publics, l'article 7 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 disposant de manière générique que les contrats de travail ne sont pas des marchés publics au sens de ladite ordonnance.

2.1.3.2 Le risque prégnant de la filialisation

2.1.3.2.1 Force est de constater l'engouement des EPL pour les procédés de filialisation et de participation

Les EPL manifestent un réel engouement pour les procédés de prises de participation et de filialisation : en 2016, la FEPL recensait 730 filiales et participations (dont 301 filiales et 429 prises de participation) contre 546 en 2010⁴³. La filialisation concerne tous les secteurs d'intervention des EPL, même si elle reste plus

⁴³ FEPL : *EPLSCOPE* 2016, en ligne.

répandue dans les métiers de l'aménagement, avec 182 filiales et prises de participation pour 92 EPL, et de l'immobilier 230 pour 52 EPL⁴⁴.

Tableau 2 : Évolution du nombre d'EPL

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	% 2011-2016
Filiales	243	nd	228	246	nd	301	23,9 %
Participations	307	nd	318	332	nd	429	39,7 %
Total	550	nd	546	578	nd	730	32,7 %

Source : Mission à partir des données de la FEPL⁴⁵

La discontinuité des données s'explique par l'intermittence des enquêtes. La FEPL souligne que les chiffres relatifs aux participations sont à prendre avec précaution : elle désigne sous la dénomination de « participation » toute participation minoritaire dans une société dès le 1^{er} euro. Cette définition ne recoupe donc pas celle retenue par le code de commerce. En droit des sociétés, les prises de participation ne peuvent être que minoritaires, comprises entre 10 et 50 % du capital⁴⁶, et la filialisation dans laquelle la société-mère contrôle une ou plusieurs sociétés par la détention de plus de la moitié du capital⁴⁷. Les prises de participation sont subordonnées à la condition que l'objet social de la filiale corresponde à celui de la société-mère⁴⁸. Par ailleurs, le recensement des participations des SEM tel que réalisé par la FEPL recouvre régulièrement des doublons liés aux participations de plusieurs SEM dans une même société.

La FEPL explique le développement de ces procédés par plusieurs motivations : partager des risques avec d'autres partenaires, développer une activité complémentaire, mobiliser des financements extérieurs, renforcer l'expertise avec des partenaires dotés de compétences techniques dont les SEM sont dépourvues, reprendre une activité existante dont l'activité est nécessaire pour les SEM⁴⁹. Les filiales de SEM d'aménagement sont généralement constituées sous forme de sociétés par actions simplifiées (SAS), alors que les filiales des SEM immobilières le sont sous forme de sociétés civiles immobilières (SCI). La progression des participations sur la période 2014/2016 résulte pour une large part des participations de SEM dans d'autres SEM récemment constituées, dans un esprit de renforcement de « l'effet réseau », notamment dans le secteur du funéraire et de la production d'énergie renouvelable. La mission recense également dans les raisons de la filialisation le cantonnement du risque.

Le développement des filiales et participations illustre les stratégies de diversification d'activité engagées par de nombreuses SEM qui se positionnent comme des opérateurs des collectivités apportant des réponses globales aux collectivités⁵⁰. C'est le cas, par exemple, des SEM immobilières qui constituent des SCI avec des partenaires immobiliers ou des SEM de mobilité constituant une filiale de déplacements « doux », des SEM d'aménagement se dotant de SAS dédiées à un projet ou patrimoniales. Selon la FEPL, une proportion importante de filiales et de participations n'a pas de caractère pérenne dans la mesure où elles se concentrent sur des sociétés de projet. En outre-mer, les filialisations obéissent à la nécessité d'appliquer les dispositions fiscales sur les crédits d'impôts (ex. : défiscalisation, article 244 quater W du

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ ⁴⁶ Message de la FEPL à la mission du 15 février 2017.

⁴⁶ Art. L.233-2 du code de commerce.

⁴⁷ Art. L.233-1 du code de commerce.

⁴⁸ Cf. le rapport de la CRC Rhône-Alpes, ROD 10 juin 2002, *Sté d'équipement du département de la Drôme* qui rappelle que l'objet statutaire d'une société filiale doit être conforme à l'objet social de la société-mère.

⁴⁹ Source : FEPL, *Les filiales des SEM, collection mode d'emploi*, 2014, p.6.

⁵⁰ Source : FEPL.

CGI) ; les SEML sont invitées à intervenir dans le financement du logement social, avec notamment l'apport d'aides de la ligne budgétaire unique (LBU).

2.1.3.2.2 Toutefois, le recours à ces procédés n'est pas dénué de risque

Il n'existe pas, sauf exception, de restriction juridique de principe à la prise de participation par des SEM dans d'autres sociétés ou à la création de filiales, à l'exception de la filialisation dans le domaine des équipements hospitaliers ou médico-sociaux⁵¹ et du régime spécial en matière de distribution d'électricité et de gaz⁵². Si les prises de participation et la création de filiales sont des opérations financières ouvertes aux sociétés d'économie mixte locales, ces opérations ont été encadrées par la loi, en raison de la présence d'actionnaires publics à leur capital. Et le juge veille à ce que la filialisation ne soit pas un procédé de contournement des règles de compétence et d'encadrement de l'action des collectivités territoriales. En matière de participations, en application de l'article L.1524-5 du CGCT, toute prise de participation d'une SEM, quel que soit le niveau de cette participation, doit notamment recueillir l'accord exprès des collectivités et groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration de la société.

Le CGCT et la jurisprudence ont renforcé la conditionnalité des prises de participation et de filialisation, en les soumettant à une autorisation expresse de la société-mère et en les limitant à leur champ de compétence. Le défaut d'autorisation susmentionnée de la collectivité actionnaire est de nature à empêcher toute prise de participation de la SEM dans une société ou encore la création de la filiale. Les participations dites « croisées » sont réglementées par le code de commerce⁵³. Les SEML peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés tierces ou créer des filiales dont elles détiennent la majorité du capital social. En cela, elles favorisent la constitution de groupes locaux d'entreprises grâce à des participations croisées de SEML dans d'autres SEML appartenant aux mêmes collectivités territoriales⁵⁴. L'autorisation n'est requise que pour le cas de la prise de la participation dans le cas d'une société commerciale, ce qui infère la possibilité de la prise de participation dans une société civile, notamment une société civile immobilière. Il en est de même pour une prise de participation dans un groupement d'intérêt économique ou un groupement d'intérêt public.

2.1.3.2.3 Mais la multiplication de ces structures peut entretenir une certaine confusion, comme le révèle la jurisprudence financière

Le juge financier veille ainsi à ce que la filialisation ne devienne pas un procédé de contournement des règles de compétence et d'encadrement de l'action des collectivités territoriales.

C'est le cas, par exemple, de deux sociétés disposant d'un siège social en commun, dans les locaux de la mairie, principale actionnaire⁵⁵. Cette proximité a débouché sur une confusion institutionnelle, conduisant à une détention publique indirecte de plus de 85 % du capital par la commune principale actionnaire.

L'article L1524-5 du CGCT tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel⁵⁶ réserve aux seules collectivités territoriales disposant d'un siège au conseil d'administration le soin de donner leur accord à toute prise de participation dans le capital de sociétés commerciales seuil. Par cette disposition les collectivités sont

⁵¹ La loi n°2004-806 du 9 août 2004 prohibe toute participation dans le capital d'une société commerciale, et ce pour éviter de ne pas perdre l'objectif de facilitation de la réalisation d'investissement immobiliers appartenant au domaine médico-social.

⁵² L'article 29 de la loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières prévoit la possibilité que les SEM, distributrices non nationalisées, peuvent constituer entre elles des groupements d'intérêt économiques (GIE) avec EDF et GDF.

⁵³ Cf. les articles L.233-29 et L.233-30 du code de commerce : ainsi, si une SEM « A » détient plus de 10 % du capital d'une société « B » (SEM, SA, SAS, par exemple), cette dernière ne peut détenir aucune action du capital de la SEM « A ».

⁵⁴ Cf. le rapport public de la Cour des comptes 2010.

⁵⁵ CRC Occitanie, *SEM Semeta*, 16 février 2010, en ligne.

⁵⁶ CC. n°92-316 DC du 20 janvier 1993. Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

prémunies contre l'élargissement du champ d'action des sociétés qu'elles n'autorisent pas. Elles sont aussi protégées par le droit d'information dans les assemblées générales, fortement sécurisé par la jurisprudence administrative⁵⁷, sans méconnaître que leur rôle est limité dans la mesure où la réalité du pouvoir décisionnel est exercée le plus souvent par des organes dirigeants des sociétés.

La règle de l'autorisation expresse permet à la collectivité de garder un contrôle sur le déroulement d'opérations risquées pour leurs finances⁵⁸ et de veiller à ce que l'objet social de la filiale corresponde aux compétences de la société-mère⁵⁹. Il est impératif que la société dans laquelle est prise la participation exerce une activité entrant dans le champ de compétence de la SEML ou ayant un caractère complémentaire ou accessoire à l'activité de la SEML elle-même⁶⁰.

La jurisprudence administrative encadre également la création de filiales et la prise de participations à la condition que celle-ci « *entre dans le champ de compétences que la loi a reconnu aux collectivités et à leurs groupements et qu'elle présente un intérêt pour eux*⁶¹ ». La mission de la filiale doit être, à tout le moins, complémentaire du domaine de compétences de la collectivité actionnaire. Il s'agit d'éviter le risque de contournement de la limitation de l'objet social des SEM⁶². Le juge financier, de son côté, a rejeté la création de filiales détenues en totalité par une SEML, permettant à la collectivité d'intervenir par ce biais dans des domaines hors du champ de sa compétence⁶³.

2.1.3.2.4 Les dangers de la filialisation « en cascade »

Celle-ci est regardée comme porteuse du risque de dilution des pouvoirs de contrôle exercés par les collectivités sur les sociétés, et subséquent de celui de la constitution de « SEM holding », poursuivant une finalité purement financière⁶⁴, pour les collectivités souhaitant développer des groupes territoriaux intégrés.

Elles sont porteuses parfois de manquements aux modalités d'administration et de contrôle des EPL par les collectivités actionnaires⁶⁵ ou encore par des pratiques contraires au droit de la commande publique. S'agissant des groupes constitués autour d'un SEM-mère, le juge financier note parfois le contrôle défaillant d'une majorité de collectivités et de groupements, ainsi que l'insuffisance des mesures de mise en concurrence et de publicité⁶⁶.

⁵⁷ Ainsi jugé illégal le refus d'un maire de porter à la connaissance d'un conseiller municipal, qui l'avait demandé, le rapport annuel d'activité d'une société et les documents financiers la concernant, TA Paris, 27 nov.1996, *Aubry*, req. n°9111967-4.

⁵⁸ CRC Paca, ROD 22 mars 2004, *SEML de tourisme de Martigues*, à laquelle sont rattachées quatre SEML.

⁵⁹ CRC Rhône-Alpes, ROD, 10 juin 2002, *Sté d'équipement du département de la Drôme*.

⁶⁰ Art. L.1521-1 du CGCT.

⁶¹ CAA Bordeaux, 27 avril 2004, *Communauté internationale des villes solidaires (Civis)*, Req.00BX00369 ; AJDA, 2004, p.1669 : Ainsi jugé qu'une SEML de la Réunion n'était pas fondée à acquérir la majorité du capital de la société coopérative d'HLM des Deux-Sèvres.

⁶² *Ibid.*

⁶³ CRC Nord-Pas-de-Calais, ROD, 27 avril 2005, *SEM d'exploitation du centre national de la mer*, p.4, dans laquelle la CRC a stigmatisé l'opération qui avait permis à la SEML *Société d'exploitation du centre national de la mer*, par le biais de sa filiale « Nausicaa développement » de se lancer dans la prospection et le montage d'opérations de centres de la mer en France et dans le monde, avec les risques que cela comporte, excédant le domaine des compétences reconnues par la loi aux collectivités territoriales actionnaires.

⁶⁴ Jean-François Bizet, *Entreprises publiques locales*, Paris, Lamy (2^{ème} édition), p.198.

⁶⁵ Cf. le rapport public annuel de la Cour des comptes 2017 « *La commune de Levallois-Perret et ses démembrements, une gestion imbriquée et opaque* », p.489-522.

⁶⁶ CRC d'Île-de-France, *Société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (Semardel)*. Exercices 2011 à 2015 - Observations définitives, 26 décembre 2016, en ligne.

Le juge administratif, de son côté, étend son contrôle à la motivation des rachats par la SEML, subordonnant la légalité d'une prise de participation à l'existence d'un intérêt pour l'exécution du service public dont l'exploitation a été déléguée⁶⁷.

Enfin, l'Agence anti-corruption (AFA)⁶⁸ attire l'attention sur le risque particulier que présente les filialisations « en cascade » lorsque la facturation entre les diverses entités du groupe n'est pas claire (principes de facturation non précisés, facturation forfaitaire...) ce qui peut favoriser la constitution de fonds clandestins.

Afin de sécuriser la gestion des « groupes », il pourrait être conseillé aux collectivités territoriales - qui n'auraient pas déjà pris une mesure de ce type malgré les conseils de la FEPL - de demander à l'EPL « maison mère » de présenter à son conseil d'administration **une consolidation des comptes de tout le « groupe »**, conformément aux textes en vigueur, ou de mettre en œuvre une procédure de transparence comptable dans les autres cas si un risque est détecté.

Le code de commerce pose le principe de la consolidation des comptes des sociétés commerciales et des entreprises contrôlées de manière exclusive ou conjointe (Art L 233-16). Mais, compte tenu de la lourdeur du processus de consolidation, il introduit trois exceptions pragmatiques à ce principe, qui ont pour objet d'éviter des consolidations en cascade, la consolidation des filiales d'un intérêt financier négligeable, ou la consolidation qui porterait sur un « groupe » trop petit (sa taille serait appréciée suivant trois critères⁶⁹). Aussi, il est probable qu'une partie des « groupes » créés autour des SEM seraient exemptés de consolidation en raison du caractère négligeable des filiales ou plus rarement de la taille du « groupe » ; pour les SPL, la situation est moins connue. Une préconisation encourageant la consolidation comptable systématique des « groupes » d'EPL irait au-delà des dispositions du droit commun et aurait un coût non nul.

Il semble donc préférable de conseiller aux collectivités territoriales de demander la production de comptes consolidés *et commentés* quand elle est obligatoire, et, dans les autres cas, de demander la production des documents comptables consolidés lorsqu'un risque est avéré (à la suite d'un relevé d'observation définitif d'une chambre régionale et territoriale des comptes caractérisant un risque sur les filiales d'une EPL, ou dans le cas d'une filialisation en cascade, par exemple). Dans les cas de risques moindres mais non nuls, une procédure de transparence pourrait consister en la fourniture d'une information sur toutes les entreprises contrôlées aux actionnaires de l'EPL maison mère suivant des modalités à préciser (par exemple en chiffrant pour toutes ces sociétés le montant des grandeurs correspondant aux trois critères précités, en les présentant par métiers ou branche).

2.1.3.2.5 *Un régime plus restrictif pour les sociétés publiques locales (SPL)*

La question se pose de l'applicabilité du régime décrit ci-dessus aux SPL. Certes, par renvoi aux dispositions du CGCT applicables aux SEML, les SPLA et SPL peuvent prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales⁷⁰. Toutefois, les SPL ne peuvent exercer leurs activités qu'exclusivement pour le compte et

⁶⁷ CAA Lyon, *Avrillier, op-cit* : « faute d'acquiescer le capital de la société SGEA et d'en avoir pris le contrôle, la société SEG se serait exposée à verser une somme de 43 700 000 francs au titre de l'indemnité de résiliation susmentionnée que, dès lors, le rachat des actions au prix de 21 850 000 francs doit être regardé, à supposer même que ce prix soit supérieur à la valeur réelle de ces actions, comme ayant permis à la société SEG de réaliser une économie d'un montant équivalent ». Au cas d'espèce, la CAA de Lyon a validé le bien-fondé du rachat par la Société des eaux de Grenoble, sous statut de SEML, d'une entreprise sous-traitante, pour un intérêt financier qui consistait à mettre fin au contrat de sous-traitance et en lui évitant de verser une indemnité de résiliation du contrat. Le juge a procédé à un bilan coût-avantages de l'opération pour vérifier que l'opération présentait un intérêt pour la collectivité.

⁶⁸ Cf. l'entretien de la mission avec l'AFA.

⁶⁹ L'ensemble constitué par la maison mère et les entreprises qu'elle contrôle comprend un effectif de moins de 250 salariés pour deux exercices successifs. Les deux autres critères portent sur le chiffre d'affaires total net (seuil de 48 M€) et le total du bilan (seuil de 24 M€) ; pour bénéficier de l'exemption de consolidation, l'ensemble du « groupe » ne doit pas dépasser deux de ces trois seuils pendant deux exercices.

⁷⁰ Cf. la circulaire de la DGCL du 29 avril 2011 relative aux SPLA et aux SPL.

sur le territoire de leurs actionnaires, et ne peuvent donc, contrairement aux SEML, intervenir pour des personnes morales extérieures à leur capital, comme le recommande d'ailleurs la FEPL⁷¹. La restriction de leur cadre d'intervention paraît devoir s'appliquer aux filiales éventuelles de la SPL. La théorie de la quasi-régie commune à plusieurs collectivités exige que chaque collectivité exerce en commun un contrôle analogue sur la SPL. Pour que le contrôle collectif satisfasse aux principes de la quasi-régie, il est nécessaire qu'aucune collectivité ne soit contrainte, malgré elle, à la prise de participation, via la SPL, dans une société.

La participation de la SPL dans la société doit rester minoritaire et ne lui conférer aucun pouvoir de contrôle. Une prise de participation majoritaire dans le capital d'une société commerciale ou conférant un pouvoir de contrôle à la SPL aurait pour conséquence de faire considérer la SPL comme exerçant elle-même l'activité commerciale de la société à laquelle elle participe et la rendrait directement intéressée par les résultats de cette société. En outre, même si la participation est minoritaire, le risque que la SPL perde la qualité de quasi-régie ne paraît pas pouvoir être écarté *a priori*. La société commerciale dans laquelle est prise une participation doit nécessairement contribuer à la réalisation des missions de la SPL. Il ne peut s'agir pour cette dernière d'acquérir une vocation de marché qui lui ferait perdre sa qualité d'opérateur dédié.

En outre, dans l'hypothèse où des élus administrateurs d'une SPL viendraient à occuper des fonctions similaires au sein de la société dans laquelle une prise de participation aurait été opérée, ces derniers ne seraient plus considérés comme mandataires des collectivités actionnaires et ne seraient donc plus protégés par les dispositions de l'article L.1524-5 du CGCT. **Ils deviendraient des administrateurs de droit commun et perdraient donc leur régime spécifique de responsabilité civile, dont découle une moindre exposition au risque pénal, en devenant des administrateurs de droit commun**⁷². Ils ne bénéficieraient plus de la protection de cette disposition au regard du risque de prise illégale d'intérêt⁷³ et du risque de qualification d'entrepreneur de service local pouvant entraîner l'inéligibilité.

La doctrine estime également impossible juridiquement pour une SPLA et une SPL de s'associer dans une filiale ou une société avec des partenaires techniques ou financiers dans la perspective d'un contrat dont la filiale serait titulaire. Celle-ci, ayant une personnalité juridique distincte de celle de sa maison mère, devrait être mise en concurrence pour bénéfice du contrat dont il s'agit. De même, seraient hors de portée juridiquement la filialisation ou la prise de participation dans une structure de type SCI, qui poursuivrait elle-même un projet de construction ou de promotion par exemple. La SPL serait alors regardée comme ayant pris cette participation dans son seul intérêt et non dans celui de ses actionnaires. Le principe de l'exclusivité de la relation avec sa collectivité actionnaire semble l'interdire⁷⁴.

Dans une réponse à une question parlementaire en 2011⁷⁵, le Gouvernement déconseillait d'engager les SPL dans les prises de participation dans d'autres sociétés commerciales.

Au total, la mission estime que **la question de la filialisation des EPL constitue un véritable angle mort de la gestion publique locale**. Cette pratique est donc source de risque pour les collectivités, même si le régime juridique des filiales et participations des EPL est marqué par son libéralisme. Seules les chambres régionales et territoriales des comptes exercent pour l'heure et *in concreto* un contrôle. Et il n'est pas neutre que, face à cette situation, la FEPL invite ses adhérents à étayer la constitution de filiales par des

⁷¹ FEPL, *Les filiales des SEM*, *op-cit*, p.5, en ligne : elle indique à ses adhérents que le principe du *in house* à la française interdit que les SPL exercent leurs activités par l'intermédiaire de filiales et de prises de participation. Dans cette hypothèse, la SPL pourrait être réputée agir pour son propre compte, ce qui fragiliserait le contrôle analogue qui doit être exercé par les collectivités actionnaires.

⁷² JF Bizet, *op-cit*, p. 199.

⁷³ Rép.min, n°29725 JOAN Q. 11 déc.2000: « *Des entreprises actionnaires d'une SEML doivent éviter de soumissionner à des marchés dans lesquelles celles-ci assument la fonction de maître d'ouvrage délégué. En effet, des risques de conflits d'intérêts suscités par ce double rôle des entreprises de travaux-actionnaires d'une SEML seraient susceptibles de déboucher, selon les cas, sur la constitution de délits de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts* ».

⁷⁴ *Ibid.* JF Bizet, *op-cit*.

⁷⁵ QE-AN, Gérard Hamel, n°82271, JO-AN, Question, p.13047.

études de faisabilité stratégique et économique, des analyses de détermination de fonds propres à mobiliser, ainsi que par des études de rentabilité de projet⁷⁶. À cet égard, la mission note avec intérêt⁷⁷ l'invitation faite par la FEPL à ses adhérents de systématiser le recours à la technique du pacte d'actionnaires⁷⁸, qui peut être conclu notamment lors de la création d'une filiale. Pour les SPL et SPLA, ce pacte a pour avantage de consolider la volonté de constituer une structure « in house », sans objectifs commerciaux, mais réaffirmant le choix d'une organisation de services interne permettant un contrôle à la fois étroit et permanent des prestations délivrées par une entité autonome fonctionnellement, maintenue dans une dépendance étroite des collectivités associées⁷⁹. De son côté, la Caisse des dépôts et consignations a inscrit dans sa doctrine d'action la généralisation des pactes d'actionnaires⁸⁰, avec les objectifs de mieux protéger ses intérêts patrimoniaux, de garantir les droits des actionnaires minoritaires et aussi de mettre en place une comitologie, notamment le comité des risques. Cette démarche a été confirmée récemment en 2016 dans les orientations stratégiques de la CDC qui s'engage résolument dans la conclusion de ces pactes⁸¹.

Face aux risques générés par le développement de la filialisation, la mission n'opte pas pour l'établissement de règles d'encadrement contraignantes, mais pour des recommandations de bonne gestion, qui peuvent être ainsi résumées :

- établir une cartographie des risques des EPL créées avant d'envisager la création de filiales ;
- réaliser une étude de marché avant la création d'une filiale avec une projection de chiffre d'affaires et de résultat qui servira ensuite de référence pour évaluer ses performances ;
- évaluer le temps nécessaire à son contrôle que devra consacrer l'encadrement de l'EPL société mère et celui de la collectivité territoriale afin d'y affecter les moyens humains nécessaires ;
- suivant l'exemple de la SERL à Lyon, faire étudier les projets d'investissements de la filiale par les comités de l'EPL maison mère.
- après 4 ans de fonctionnement, réaliser un audit indépendant de la filiale et, s'il s'avère qu'elle ne peut équilibrer ses comptes, s'interroger sur la suite à donner à une telle constatation. Une bonne pratique de la métropole de Brest consiste à inscrire dans les contrats de DSP de la SEM Brest'aim, chargée de la gestion d'équipement et de l'organisation d'évènements, la possibilité d'auditer la gestion d'un équipement.

Ces recommandations pourraient avantageusement être intégrées dans une circulaire interministérielle. Le cadre existe déjà : le directeur général de la Caisse des dépôts et consignations et le directeur général des finances publiques ont conclu en 2016 une convention de partenariat⁸², destinée à installer un processus de veille et d'échange d'information entre leurs réseaux respectifs, notamment pour prévenir le risque et le suivi de la dette locale, évaluer la soutenabilité des projets d'investissement. Elle institue dans chaque région un comité régional de partenariat, coprésidé par le directeur régional des finances publiques et le directeur régional de la CDC. Élargi aux représentants de l'État dans les régions, en charge de la mission constitutionnelle de contrôle administratif, ce comité pourrait être à même de recenser les filiales et participations des EPL et d'assurer une veille sur les risques potentiels encourus par les EPL.

⁷⁶ FEPL, *Les filiales des SEM, op-cit, p. 10-13.*

⁷⁷ Cf. partie 2.1.1.

⁷⁸ Ibid, *Les filiales des SEM, op-cit, pp.32-36.*

⁷⁹ JF Bizet, *op-cit, p.266.*

⁸⁰ Cour des comptes, *Les participations de la Caisse des dépôts et consignations dans l'économie mixte locale.* Communication à la commission des finances du Sénat, février 2010, p.4.6.

⁸¹ Caisse des dépôts et consignations/direction des investissements et du développement local, « *Pour redéployer l'économie mixte : une démarche stratégique* », p. 5, nd.

⁸² CDC/DGFIP, convention de partenariat, « *Pour une action renforcée dans les territoires* », 14 juin 2016, nd.

Recommandation n°7 : Mieux maîtriser les risques relatifs à la filialisation :

a) établir, par voie de circulaire, un partenariat entre les représentants de l'État, les directeurs régionaux des finances publiques, auxquels seraient associés les instances régionales de la Caisse des dépôts et consignations aux fins d'assurer la prévention des risques, la veille sur les filiales des entreprises publiques locales et de formuler des préconisations de bonne administration. *Services responsables : DGCL et DGFIP, en lien avec la direction du réseau et des territoires de la Caisse des dépôts et consignations ;*

b) afin de sécuriser la gestion des « groupes », conseiller aux collectivités territoriales - de demander à l'EPL « maison mère » de présenter à son conseil d'administration une consolidation des comptes de tout le « groupe » conformément aux textes en vigueur, ou de mettre en œuvre une procédure de transparence comptable dans les autres cas si un risque est détecté. *Service responsable : comité des finances locales.*

2.2 Les risques de nature organique

2.2.1 Des dérives manifestes sont observées dans les relations entre les collectivités actionnaires et les entreprises publiques locales

À la lecture de la jurisprudence des chambres régionales et territoriales des comptes⁸³, des fragilités dans l'exercice de la gouvernance des EPL sont manifestes :

- la multiplication du nombre d'actionnaires et la méconnaissance des pouvoirs du conseil d'administration de l'EPL : par exemple, la société d'économie mixte du département de l'Ain, la SEMCODA, société immobilière (gestion de 25 000 logements sociaux) et d'aménagement, ayant pour actionnaire principal le département de l'Ain, auquel sont associés 124 communes, 2 EPCI et divers actionnaires privés, dont la gestion est marquée par le défaut de saisine du conseil d'administration sur la politique de développement patrimonial et territorial de la société, sur le volume des cessions, ainsi que sur la gestion de la dette et la détermination de la stratégie générale de la société⁸⁴ ;
- le non-respect de la législation relative aux conflits d'intérêts : dans le cas de la SEMARDEL⁸⁵ dans l'Essonne, son actionnaire principal, le SIREDOM, qui est un syndicat intercommunal, est également son client, mais le comité syndical du SIREDOM et le conseil d'administration de la SEMARDEL ont des membres communs autres que les administrateurs représentant le SIREDOM au conseil d'administration de la SEMARDEL, cette situation pouvant être porteuse de situation de conflits d'intérêt au sens de la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique ;
- le défaut d'information des collectivités actionnaires, avec la confusion entre le rapport des représentants des actionnaires aux assemblées délibérantes qui les ont désignés et celui présenté par le président du conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires de la société⁸⁶ ;
- l'absence de mise en place des instances de pilotage prévues par le pacte d'actionnaires⁸⁷ ;

⁸³ Cf. en annexe 9, le développement sur le « Panorama du contrôle exercé par le juge financier sur les EPL ».

⁸⁴ CRC Auvergne-Rhône-Alpes, *Société d'Economie Mixte de Construction du Département de l'Ain (SEMCODA)*, ROD, 2014, 23 septembre 2014, en ligne.

⁸⁵ CRC d'Île-de-France, *Société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (Semardel)*. Exercices 2011 à 2015, ROD, 26 décembre 2016, en ligne.

⁸⁶ CRC de Rhône-Alpes, *SEM du domaine d'Allevard*, exercices 2007 à 2009 en ligne.

⁸⁷ CTC de Nouvelle-Calédonie, *SEM du grand projet de territoire de Vo-Koné-Pouembout*, 5 décembre 2016, en ligne.

- l'absence de prise de risque d'une SEM et les risques d'exploitation et d'endettement corrélativement supportés par la collectivité actionnaire⁸⁸, au point que son engagement irait sans doute au-delà des seules garanties d'emprunts apportées et du capital souscrit dans la société ;
- la confusion des genres entre collectivité actionnaire et SEM⁸⁹ : des sociétés ont pu établir leur siège social dans les locaux de la collectivité actionnaire, souvent à titre gratuit, et parfois en mettant même des personnels à la disposition de leurs actionnaires ; ou encore, une rédaction des contrats parfois ambiguë, entraîne une interprétation des clauses tantôt au détriment de la commune, tantôt à celui de la SEM et un manque de transparence dans le calcul des coûts des différentes catégories de prestations et de rigueur d'imputation des charges entre la SEM et la commune ;
- le défaut d'observation des règles de mise en concurrence et l'absence de contrôle interne et/ou externe⁹⁰.

2.2.1.1 La structuration des relations entre les collectivités et leurs EPL est donc indispensable

L'intérêt bien compris des collectivités actionnaires est de structurer leurs relations avec leurs EPL. Lors de son déplacement à Brest, la mission a relevé comme bonne pratique l'organisation des relations entre la Métropole de Brest et la SEML Brest'Aim, gestionnaire d'une dizaine d'équipements.

RELATIONS ENTRE LA METROPOLE DE BREST ET LA SEML BREST'AIM : UN EXEMPLE DE BONNES PRATIQUES⁹¹

- Une organisation interne de la Métropole adaptée avec une direction du conseil et de l'appui au pilotage de gestion, chargée du suivi de la vie des opérateurs, et des chargés de contrats dans les directions de métiers concernées, responsables du suivi des contrats de DSP.
- Définition d'un partenariat dans le cadre de la « Maison commune » avec une charte de la Maison commune, décrivant les relations entre les entités, des ateliers stratégiques, le comité de pilotage et l'assemblée générale.
- Un outil dédié : les feuilles de route, visant à établir un *reporting*, qui permet d'alimenter le rapport de l'actionnaire prévu à l'article L.1524-5 du CGCT sur la mise en œuvre des objectifs stratégiques ; l'un des objectifs est le renforcement de l'implication des administrateurs qui représentent la métropole au conseil d'administration de l'EPL.
- Information donnée à la commission consultative des usagers.
- Définition en décembre 2014, d'un Plan stratégique 2015-2020, donnant les grandes lignes de l'activité de la société.

Grâce aux dispositions du CGCT qui donnent des pouvoirs étendus aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales actionnaires, des délibérations encadrent l'activité des EPL *rationae materiae*, notamment sur les tarifs à l'occasion de la présentation du rapport du délégataire de service public⁹² ou sur l'activité globale via une délibération sur les faits marquants et l'analyse des comptes sociaux à la faveur de la remise du rapport de l'actionnaire⁹³.

⁸⁸ CRC, SAEM Super Lioran Développement, 21 mars 2016, en ligne.

⁸⁹ CRC d'Île-de-France, SEM de Maurepas, 6 novembre 2009, en ligne.

⁹⁰ CRC PACA, Société d'économie mixte intercommunale pour l'amélioration de la circulation et du stationnement (Semiacs), 21 septembre 2015, en ligne : l'examen de la gestion de la SEM intercommunale d'amélioration et de la circulation et du stationnement entre les villes de Nice et de Cagnes (SEMIACS) par la CRC PACA résume toutes les dérives de gestion auxquelles sont exposées les SEML : absence de contrôle interne et externe, déficit de contrôle des deux communes actionnaires, absence de communication d'analyse aux administrateurs de la SEM, les informations en leur possession souffrant parfois d'un défaut de fiabilité important, rareté des réunions de la commission d'appel d'offres même pour les marchés importants passés par la SEMIACS ces dernières années, attribution de contrats importants dans des conditions juridiquement très contestables et financièrement très défavorables aux intérêts de la SEMIACS.

⁹¹ Entretien de la mission avec le président de la Métropole de Brest.

⁹² Cf. l'article L.1411-3 du CGCT.

⁹³ Cf. l'article L.1524-5 du CGCT.

De même, la mission a relevé, lors de son déplacement à Lyon⁹⁴, quelques éléments de bonne pratiques qu'il serait opportun de diffuser. La relation entre la Métropole de Lyon et la Société d'équipement et d'aménagement de la région lyonnaise, la SERL (137 M€ de chiffre d'investissements en 2015) et de Lyon (SERL) est encadrée par une série de mesures de coordination :

- conclusion en 2008 d'un pacte d'actionnaires entre la COURLY, qui précédait la Métropole, et le département du Rhône unifiant les deux actionnaires, stipulant les conditions éventuelles de recapitalisation, la définition des opérations à risque comme les concessions d'aménagement, les DSP avec des ratios (part de l'encours du risque aménageur dans l'encours total et niveau de l'encours de risque aménageur par rapport aux fonds propres ne devant jamais excéder quatre fois le montant des capitaux propres de la SRL) et la création de comités d'engagement et de suivi des risques ;
- établissement d'un rapport financier, conformément à l'article L.1524-5 du CGCT qui exige la communication d'un rapport annuel de gestion des administrateurs mandatés par les collectivités dans les SEML ;
- production régulière de compte rendus financiers au concédant, selon la formule des comptes rendus annuels d'activité (CRAC), qui détaillent pour chaque opération d'aménagement le bilan des commercialisations et la répartition par mode de réalisation.

Mais la mission a surtout pointé comme bonne pratique l'organisation des relations entre la Métropole et la SERL. Trois modalités de suivi sont prévues :

- une première instance de suivi interservices se tient entre la délégation « Territoires et partenariat » de la direction de l'évaluation et de la performance de la Métropole et les services de la SERL, chargée de préparer les réunions des instances de suivi de la SERL, à savoir le comité de suivi des engagements, le comité de suivi des risques et le conseil d'administration et de faire un point sur les opérations en cours (ces instances se réunissent environ un mois avant chaque conseil d'administration) ;
- une deuxième instance est chargée de suivre les dossiers opérationnels entre les services de la SERL et la direction d'aménagement de la Métropole, cette instance se réunissant toutes les six semaines ;
- une troisième instance a pour vocation de procéder à la revue des projets et leur gouvernance.

En revanche, la cartographie des risques au sein de la Métropole reste encore un objectif. Les services de la métropole proposent uniquement une représentation graphique indiquant de manière passive par cercles concentriques l'ensemble des satellites de la Métropole. La diffusion des bonnes pratiques est donc à encourager.

Au vu de ces éléments, la mission estime souhaitable qu'il soit proposé à l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales de recueillir les bonnes pratiques des relations entre les collectivités actionnaires et leurs EPL, travail déjà largement entamé par les chambres régionales des comptes, et lance un audit des fourchettes de coûts standards.

D'une manière générale, les conseils d'administration (CA) des sociétés se sont professionnalisés. Les CA des collectivités actionnaires ont intérêt à utiliser pleinement tous les pouvoirs de droit commun dévolus aux CA par le code de commerce, telles la responsabilité des questions d'ordre stratégique (*« il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre »*) et les missions de contrôle (*« (...) il procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns⁹⁵ »*). S'agissant du contrôle des EPL, les CA des

⁹⁴ Entretien de la mission avec la délégation « Territoires et partenariat » de la direction de l'évaluation et de la performance de la Métropole de Lyon.

⁹⁵ Cf. l'article L 225-35 du code de commerce.

collectivités peuvent avantageusement développer leur comitologie, en ayant recours aux dispositions de l'article R-225-29 du code de commerce qui permettent aux CA de « *décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité* ».

Recommandation n°8 : Proposer à l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales de lister les bonnes pratiques des relations entre les collectivités actionnaires et leurs EPL : réunion trimestrielle du conseil d'administration ; contrôle interne développé ; instauration de commissions des finances, foncière, d'engagement, ainsi que d'un comité de liaison chargé du contrôle des orientations stratégiques de la société. *Service responsable : comité des finances locales.*

2.2.2 Le rapport du mandataire pourrait être solennisé

L'article L.1524-5 du CGCT dispose que « *Les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leur représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées* » aux EPL. Cette procédure, dite du rapport du mandataire, est en principe essentielle pour assurer un retour d'information global sur la situation de l'EPL. De nombreux observateurs relèvent toutefois le caractère formel que revêt souvent l'approbation du rapport du mandataire. Eu égard aux risques que les EPL font potentiellement courir aux collectivités territoriales, il est important que les élus soient saisis en amont. Il paraît donc souhaitable de solenniser cette procédure par un vecteur législatif qui puisse ainsi attester son importance en renforçant sa portée. La loi pourrait ainsi prévoir une obligation de procédure en la matière, par exemple en subordonnant le vote sur le compte administratif de la collectivité à la tenue d'un débat suivi d'un vote sur le rapport du mandataire.

Enfin, des témoignages recueillis par la mission auprès d'élus locaux montrent que les rapports relatifs aux EPL transmis aux assemblées délibérantes sont parfois trop concis ; les obligations prévues par les textes sont théoriquement respectées, mais le volume de l'information est trop réduit pour nourrir un débat de fond.

Il s'ensuit qu'un lien existe entre le bon contrôle des EPL par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et le respect du droit à l'information de la minorité.

Recommandation n°9 : Modifier l'article L1524-5 du CGCT pour prévoir que le vote sur le compte administratif des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires d'EPL, soit précédé du débat sur le rapport du mandataire. *Service responsable : DGCL.*

2.2.3 Il s'avère opportun de mettre en place une procédure permettant de vérifier la réalité du contrôle analogue

Pour les SPL/SPLA, la condition d'exercice d'un contrôle analogue est exigeante.

Prenant en compte le refus du juge européen d'appliquer la théorie des contrats *in house* aux sociétés qui ne sont pas exclusivement composées de capitaux publics, le législateur français a entendu mettre à profit la jurisprudence de la CJUE *Teckal*⁹⁶ permettant une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence. La Cour avait en effet estimé qu'elle ne pouvait l'être que si « *l'entité distincte (de la*

⁹⁶ CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C.107/98.

collectivité) est entièrement détenue par des autorités publiques ». Les arrêts *Coname*⁹⁷ (2005) puis *Auroux C/commune de Roanne*⁹⁸ (2007) confirmèrent que l'absence de capital intégralement public interdisait de remplir la condition de contrôle analogue exigée pour l'application de l'exception *in house*. Sans être suffisante⁹⁹, l'intégralité publique du capital est une condition nécessaire du contrôle analogue.

À la lecture des termes de la loi relative aux sociétés publiques locales (SPL) du 28 mai 2010, il apparaît nettement que le législateur national a marqué son souci que les SPL remplissent les deux conditions du contrôle analogue et de l'essentiel de l'activité. Ainsi, l'article L.1411-12 du CGCT dispose que les règles traditionnelles de passation ne s'appliquent pas aux délégations de service public « *lorsque ce service est confié (...) à une société publique locale sur lesquelles la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité délégué figure expressément dans les statuts de la société* ».

Ainsi, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, le cas échéant de façon conjointe avec d'autres pouvoirs adjudicateurs¹⁰⁰. Les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016 ont défini précisément la notion de contrôle analogue. Ainsi, « *un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée*¹⁰¹ ».

Les ordonnances précitées indiquent en outre que le pourcentage d'activités de la personne contrôlée est déterminé en prenant en compte « *le chiffre d'affaires total ou moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tels que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du marché public. Lorsque ces éléments ne sont plus disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable* ». Selon la DAJ¹⁰², la jurisprudence et la doctrine n'ont pas eu l'occasion de définir d'autres références qui pourraient être retenues comme « *paramètre approprié* » pour déterminer le pourcentage d'activité de la personne contrôlée. De façon générale, néanmoins, le pourcentage d'activités par l'entité dédiée doit être déterminé de façon pragmatique, au cas par cas, en prenant « *en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives*¹⁰³ ». La DAJ estime que, s'agissant d'une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence, la relation de quasi-régie doit être interprétée strictement. Ainsi, lorsque différents référentiels sont envisageables, « *il conviendra dans tous les cas de retenir le paramètre qui est le plus défavorable à la relation de quasi-régie*¹⁰⁴ ».

Cette définition peut également être complétée à l'aune de la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière a notamment jugé que « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce*

⁹⁷ CJUE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03.

⁹⁸ CJCE, 18 janvier 2007, aff. C.220/05 : « *Le fait que la société d'équipement de la Loire est une SEM au capital de laquelle participent des fonds privés exclut que la commune de Roanne puisse être considérée comme exerçant sur elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* ».

⁹⁹ CJCE, 13 octobre 2005 *Parking Brixen Gmb*, aff. C-458-03.

¹⁰⁰ Source : direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances : « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public. », en ligne.

¹⁰¹ 5^{ème} alinéa des articles 17 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et 16 I de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

¹⁰² Fiche de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances pour la mission, « Relation de quasi-régie entre les collectivités territoriales et les entreprises publiques locales », 2017-01034-COJU/Fiche 1 B.

¹⁰³ CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA*, C-340/04, qui précise les modalités d'analyse du chiffre d'affaires (cf. points 65 à 67 et point 72).

¹⁰⁴ *Ibid.*

pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services¹⁰⁵».

À cet égard, si la détention du capital d'une personne morale par un pouvoir adjudicateur à hauteur de 100 % constitue un indice du contrôle analogue, notamment lorsque les organes statutaires sont composés des collectivités actionnaires¹⁰⁶, cette circonstance ne s'avère pas suffisante toutefois.

L'existence d'un contrôle analogue doit, en effet, s'inscrire dans « *un lien de dépendance institutionnelle très fort, caractérisé, excluant l'autonomie du cocontractant¹⁰⁷* ». Il n'existe pas de critère unique déterminant. Le seul contrôle de tutelle ne suffit pas¹⁰⁸. C'est notamment l'orientation de l'arrêt *Carbotermo¹⁰⁹* (2006) de la CJUE qui estime que les pouvoirs des actionnaires publics devraient être plus étendus que ceux prévus en droit commercial.

Le risque est patent également de voir émerger des SPL regroupant des nombreuses collectivités. Certes, de tels regroupements ne sont pas prohibés, sous la réserve que les collectivités exercent toujours un « *contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leur propre service* » dans le sens de la jurisprudence *Carbotermo¹¹⁰*. Cette situation pourrait à terme entraîner un effet d'éviction des PME opérant dans des secteurs qui sont les domaines d'élection des SPL, tels la distribution d'eau, l'assainissement, les transports locaux. Si l'Autorité de la concurrence n'a pas, pour l'heure, relevé d'infractions¹¹¹, il reste que les SPL ne seront pas à l'abri de sanctions pour des pratiques anticoncurrentielles (barrières à l'entrée, abus de position dominante, ententes entre SPL).

En tout état de cause, si les collectivités peuvent recourir aux SPL ou aux SPLA sans se soumettre aux règles issues de ces ordonnances, ces sociétés revêtent, en principe, la qualité de pouvoir adjudicateur et doivent ainsi appliquer pour leurs achats les mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les ordonnances précitées pour la réalisation de leurs missions¹¹².

Une autre caractéristique est à prendre en compte : les SPL et SPLA sont cantonnées à leurs territoires¹¹³, les privant d'entreprendre une politique de conquête, comme certaines SEML ont pu le faire en réalisant des opérations hors champ de leurs collectivités actionnaires. Les SPL sont ainsi des prestataires condamnés à n'agir que pour le compte « *exclusif* » de leurs actionnaires, qui *in fine* doivent être regardés comme leurs uniques clients. Confinées dans un statut de « *simples exécutantes¹¹⁴* », les SPL n'ont pas la capacité de fixer des objectifs propres, ne pouvant agir pour autrui à l'exception de leurs actionnaires. De même, les dispositions applicables aux SPL font obstacle, selon deux arrêts récents de la CAA de Lyon¹¹⁵, à ce qu'une personne publique puisse être actionnaire d'une SPL dont la partie prépondérante outrepassse son domaine de compétence. Une SPL ne peut être créée que dans le cadre des compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales, qui en sont les actionnaires. Il est donc indispensable de vérifier que son objet social présente un lien avec les compétences exercées par chacun des membres de la société.

La jurisprudence financière fournit des exemples de bonnes et de mauvaises pratiques de l'exercice du contrôle analogue.

¹⁰⁵ CJUE, *Carbotermo*, *op-cit*, point 37 ; et 13 novembre 2008.

¹⁰⁶ Cf. CJUE, 10 sept. 2009, *Sea SARL Cne Di Ponte Nossa*, aff.C. 573/07.

¹⁰⁷ Cf. la note de la DAJ du 26 déc. 2012.

¹⁰⁸ CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n°218067.

¹⁰⁹ CJUE, *Carbotermo*, *op-cit*.

¹¹⁰ CJCE, 11 mai 2006, aff.-340/04.

¹¹¹ Autorité de la concurrence, n°11-A-18 du 24 nov. 2011.

¹¹² Circulaire de la DGCL relative aux sociétés publiques locales du 29 avril 2011, point 1.4.1.

¹¹³ Cf. le III du L.1531-1 du CGCT « *Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ».

¹¹⁴ Carmelito Rositano, « Le contrôle analogue exercé sur les SPL : une analyse critique de l'alinéa 3 de l'article L.1531-1 du CGCT », *La Semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, n°24, 16 juin 2014, p.3.

¹¹⁵ Cf. CAA Lyon, *préfet du Puy-de-Dôme*, *op-cit* partie 2.1.2.1.2.

Il en fut ainsi pour la société d'économie mixte d'aménagement *Cergy-Pontoise aménagement* qui avait opté en 2009 pour le statut de SPLA. Dans son rapport d'observations la CRC d'Île-de-France avait relevé certaines défaillances dans l'exercice du contrôle analogue¹¹⁶, telle la production tardive d'un règlement intérieur.

Le risque de requalification en marché public doit faire l'objet d'une certaine vigilance : il en est ainsi lorsqu'une SPL est composée d'un nombre important de collectivités membres qui ne disposent pas d'un représentant direct au sein du conseil d'administration et de la SPL, en raison de l'importance du critère de l'influence décisive que doivent exercer ces collectivités sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la société pour la reconnaissance de la quasi-régie¹¹⁷.

En contrepoint, une chambre régionale et territoriale des comptes note, à titre de **bonne pratique**, les dispositions précitées prises par une SPL qui comporte des statuts prévoyant explicitement l'exercice du contrôle analogue par les actionnaires et plus spécifiquement sur trois niveaux de fonctionnement de la société : les orientations stratégiques, la vie sociale et les activités opérationnelles, avec des réunions hebdomadaires regroupant la directrice de la SPL et les directeurs généraux des services des deux entités. La directrice de la SPL est intégrée dans plusieurs instances et groupes de travail.

Un autre exemple de bonne pratique est fourni par l'examen de gestion de la SPL « EURALILLE » par la Chambre régionale et territoriale des comptes Nord-Pas-de-Calais-Picardie¹¹⁸. Ce contrôle repose notamment au sein de cette SPLA sur la mise en place d'un comité de liaison, chargé du contrôle en matière d'orientations stratégiques de la société. Les membres de ce comité de liaison sont des élus représentant les collectivités actionnaires, accompagnés, le cas échéant, de personnels de leurs services et le directeur général délégué de la SPL et de ses collaborateurs.

La situation des SPL/SPLA nécessite en conséquence de prendre des précautions

En premier lieu, il est recommandé aux dirigeants de SPL de **prévoir dans les statuts les modalités d'un contrôle renforcé**. Cela signifie, en fait, que l'entité ne doit disposer d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité et ne doit pas pouvoir déterminer, notamment, les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu, et leur tarif¹¹⁹. Le contrôle fonctionnel et structurel¹²⁰ doit être effectif et non simplement formel.

S'agissant du cas particulier de la quasi-régie conjointe, la condition de contrôle analogue est remplie lorsque chaque pouvoir adjudicateur participe tant au capital qu'aux organes de direction de la structure créée¹²¹. La CJUE estime en effet que si l'un des pouvoirs adjudicateurs ne dispose pas de la « *moindre possibilité de participation au contrôle* » de l'entité, le bénéfice du « *in house* » ne saurait lui être ouvert.

¹¹⁶ CRC d'Île-de-France, *SPLA de Cergy-Pontoise*, exercice 2004 et suivants, 31 juillet 2013, en ligne.

¹¹⁷ Cf. CRC Midi-Pyrénées, Rapport d'observations définitives, n°GR/16/1372 du 9 Août 2016, *SPL Midi-Pyrénées construction*, exercices 2011 et suivants : La SPL Midi Pyrénées Construction avait été créée au mois de juillet 2011 par le conseil régional de Midi-Pyrénées, principal actionnaire, et 16 autres collectivités. Le nombre des actionnaires est passé à 28 collectivités dès l'année suivant la création de la société anonyme (SA) portant les parts de la région à 73 % et celles des autres collectivités à 1 % chacune. Son statut de société publique locale lui imposait d'intervenir uniquement pour ses actionnaires et dans les champs de compétence de ces derniers. Les activités exercées par la SPL sont réalisées sous mandats, sans mise en concurrence, dans le cadre juridique de l'« *in house* » et correspondent à celles assurées historiquement par la SEM COGEMIP1, à savoir principalement la construction, l'extension, la rénovation et la modernisation des lycées de la région, et à un moindre degré la réalisation d'équipements publics.

¹¹⁸ Chambre régionale et territoriale des comptes Nord-Pas-de-Calais-Picardie, *SPLA EURALILLE, exercice 2006 et suivants*, 9 déc.2014, en ligne.

¹¹⁹ CJUE, 19 avril 2007, *Asociacion Profesional de Empresas Forestales (ASEMFO)*, C-295/05, point 60.

¹²⁰ CJUE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, C-371/05, point 26. Dans sa brochure d'information « *SPL et contrôle analogue* », octobre 2013, 2013, p.8, la FEPL donne quelques exemples de critères de l'influence déterminante des collectivités actionnaires sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la société : impossibilité pour la société de fixer librement ses tarifs, vérification de la société, notamment de sa comptabilité, par un agent de contrôle de la société, mise en place de comités.

¹²¹ CJUE, *Econord*, *op-cit*, point 33.

Une simple « *affiliation formelle* » à un organe commun ne saurait caractériser une relation de quasi-régie, au risque de constituer un contournement des règles du droit européen en matière de marchés publics¹²².

En deuxième lieu, **l'implication des élus est requise**. Le risque existe de la confiscation de gouvernance par la technostructure de la société. Dans ses publications, la FEPL insiste sur l'importance d'une participation active des élus¹²³. Le conseil d'administration doit jouer un rôle prépondérant, se réunir régulièrement dans l'année¹²⁴, avoir un rôle décisionnel sur les orientations stratégiques, les décisions sur les opérations correspondant à la mise en œuvre de son objet social, l'adoption des budgets¹²⁵.

En troisième lieu, bien que facultatif, **l'adoption d'un règlement intérieur est recommandée**, tant par la DGCL¹²⁶ que la FEPL, qui précise dans le détail les modalités de la prise de décision dans la société, les conditions de contrôle des élus sur la marche de l'entreprise¹²⁷. Ces éléments permettent de vérifier au cas par cas le degré de contrôle de la collectivité.

En quatrième lieu, pour prévenir le risque de remise en cause du caractère « *in house* » de la société, **le contrôle administratif des préfectures pourrait bénéficier de l'expertise en droit de la concurrence des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE)**. Des risques contentieux peuvent en effet surgir avec la question de la filialisation des activités des SPL et des SPLA en raison de l'article L.1531-1 du CGCT (*via* la prise de participation dans le capital d'autres sociétés commerciales¹²⁸), la violation par la SPL de son champ d'intervention territorial ; la réalisation de prestations non accessoires au profit de collectivités non actionnaires, la remise en cause du caractère *in house*).

En cinquième lieu, il semble de bonne administration que les collectivités fassent **précéder leur éventuelle décision de constituer une SPL ou une SPLA d'un audit juridique et financier de leur situation et des opérations et prestations susceptibles d'être engagées**. L'impact sur le marché concurrentiel devrait être aussi vérifié pour s'assurer que la création d'une telle société n'aurait pas pour effet d'altérer ou de fermer un marché donné. Si la mise en place d'une société publique aboutit à la création d'un nouveau service public, son existence devra être conditionnée à la réalité d'une carence de l'initiative privée et d'un véritable besoin d'intérêt public local, selon les critères fixés par la jurisprudence administrative¹²⁹.

En sixième lieu, il serait utile, comme le recommande la FEPL, de **généraliser le recours au procédé des pactes d'actionnaires**, permettant de définir les objectifs des fondateurs, les moyens pour les atteindre et les pérenniser, les modalités de gouvernances de la société, ainsi que de confirmer la volonté des élus de constituer une entité « *in house* », dénuée d'objectifs commerciaux¹³⁰.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Source FEPL, coll. mode d'emploi, *SPL et contrôle analogue*, oct.2013, p.16.

¹²⁴ *Ibid.* la FEPL préconise au moins quatre réunions dans l'année.

¹²⁵ À cet égard, la FEPL souligne l'importance de la loi organique n°2014-125 interdisant le cumul des fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur et la loi n° 2014-126 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen, promulguées au Journal officiel le 16 février 2014. Elles s'appliqueront à tout parlementaire à compter du premier renouvellement de l'assemblée à laquelle il appartient suivant le 31 mars 2017. Le champ des incompatibilités est ainsi très large¹²⁵. Tout parlementaire peut donc en toute légalité demeurer jusqu'à la date correspondante, président ou vice-président du conseil d'administration ou de surveillance d'une EPL, ces fonctions étant nécessairement assurées à titre gratuit. Ces mesures pourraient se traduire par des choix effectués en faveur de la gestion locale de la part des élus titulaires de mandats nationaux, et une gestion de leur temps différente.

¹²⁶ Cf. la circulaire de la DCGL sur le régime juridique des SPL, *op-cit.*

¹²⁷ Jean-François Bizet, *Entreprises publiques locales, op-cit.*, p.265.

¹²⁸ Pratique déconseillée par la circulaire de la DCGL sur le régime juridique des SPL, *op-cit.*, p.7 : « *ainsi contrairement aux SEML, les SPL et les SPLA ne peuvent pas intervenir pour le compte de personnes publiques ou privées non actionnaires, même dans le respect des règles de la commande publique et même à titre accessoire* ».

¹²⁹ Cf. En ce sens les arrêts du Conseil d'État du 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris et Département de la Corrèze* du 3 mars 2010.

¹³⁰ Jean-François Bizet, *Entreprises publiques locales, op-cit.*, p.265.

Il est également nécessaire **de créer une comitologie**, avec l'institution de comités techniques, de comités d'engagement, permettant d'assurer un contrôle strict des élus sur la conduite de la société. Enfin, il est possible de reprendre certaines méthodes appliquées par des grands groupes publics : par exemple, certaines filiales créées pour individualiser juridiquement une activité n'ont pas de trésorerie propre, la maison mère se charge de cette partie de la gestion.

Recommandation n°10 : Réduire les risques juridiques liés au respect du droit de la concurrence : inciter, par voie de circulaire, les collectivités actionnaires à fiabiliser l'exercice de leur contrôle analogue, au moyen de mentions précises dans les statuts des sociétés, de l'implication des élus-administrateurs, de la conclusion de pactes d'actionnaires, de l'édiction de règlement intérieur et de l'institutionnalisation d'une comitologie. Service responsable : DGCL.

2.3 Les risques de nature matérielle

2.3.1 La difficile quantification des risques

La mise en place d'une cartographie des risques est complexe pour les collectivités territoriales en raison du nombre d'entités auxquelles elles participent et de la difficulté d'analyser le risque.

Il semble que la garantie que les collectivités territoriales donnent aux prêts des EPL soit peu appelée. Mais d'autres modes de financement des EPL en difficulté sont utilisés, comme les avances en compte courant et les augmentations tarifaires. La CDC, pour sa part, souligne sa volonté de ne pas faire appel aux garanties mais note la complexité de calculer un risque alors que cette garantie existe.

Par ailleurs, la garantie accordée par les collectivités territoriales permet aux SEM d'aménagement de poursuivre leurs activités alors qu'elles sont, suivant les critères applicables usuellement, sous capitalisées, car elle permet de prendre de la distance avec ces critères et d'attendre la fin d'opérations d'aménagement (après un délai de 5 ans ou plus) pour juger de l'équilibre du programme.

Aussi, la Métropole de Brest n'a pas de cartographie des risques mais se concerte avec ses EPL dès qu'elles identifient un risque via leur propre cartographie.

Il semble que la quantification du risque, qui suppose l'attribution d'une note globale à la structure examinée, pose problème : d'une part, celui qui attribue la note doit pouvoir détenir toute l'information disponible sur l'organisme noté (notamment pour travailler sur l'importance du risque et sa probabilité d'occurrence) ; d'autre part, il doit bénéficier d'une garantie d'indépendance minimale pour pouvoir librement attirer l'attention sur la dégradation d'une situation.

Des exemples de cartographie existent toutefois parmi les partenaires des collectivités territoriales. Ainsi, la CDC et l'AFD réalisent une analyse quantifiée du risque des « sociétés sensibles », selon la formule de la CDC. L'AFD utilise, par exemple dans le cas des sociétés immobilières et d'aménagement, dix domaines d'analyse que le notateur peut diviser en sous thèmes pour définir pour chacun un degré de risque. Un algorithme de calcul intègre ces notations pour en déduire une note globale attribuée à l'emprunteur. La CDC utilise pour les SEM quatre risques (juridique, financier, d'exploitation ou commercial, de gouvernance) regroupant une dizaine d'indicateurs qui permettent d'élaborer une notation. Un dernier risque (« Risque CDC ») est constitué lorsque la part de la CDC dans le capital est supérieure ou égale à 49 %. Là encore, une méthode d'agrégation des notes attribuées à la structure permet de situer l'organisme sur une échelle quantifiée des risques, graduée en 1 à 7, où la vigilance est attirée dès que la note est supérieure à 3 ; les structures sont rangées dans la catégorie « sensible » quand la « notation OSIRIS » est égale à 6 ou 7.

Recommandation n°11 : Favoriser la généralisation de la cartographie des risques dans les EPL et le dialogue avec les collectivités actionnaires dès que l'EPL identifie un risque grâce à sa cartographie. Service responsable : DGCL, en liaison avec le CNFPT.

2.3.2 Les risques particuliers qui s'attachent à l'aménagement

Le « bon » foncier prestigieux ou proche des centres villes¹³¹ se faisant rare, les SEM et/ou SPL d'aménagement pourraient être amenées à accroître leur prise de risque ou à rechercher dans la diversification une solution de pérennisation de leur activité. Les problématiques énergétiques (création de réseaux de chaleur, isolation, lutte contre la précarité énergétique subie par les locataires ou les propriétaires occupants) seraient susceptibles de nourrir cette diversification.

L'évolution des métiers des EPL pourraient aller, comme le permet la loi¹³², jusqu'à assumer la position de « tiers financeur », qui semble cependant peu attractive pour les responsables des collectivités territoriales contactées par la mission, sans doute parce que ces collectivités peuvent prendre des participations dans des sociétés de financement, et aussi en raison de la grande complexité des règles qui gouvernent l'activité bancaire. Le rôle de « chasseur de financement », volet non bancaire de l'activité de tiers financeur, semble plus attractif. La CDC remarque que ce dernier rôle accroîtra l'autonomie des collectivités territoriales qui disposeront dans leurs EPL des ressources humaines pour s'y engager.

À ces problèmes techniques s'ajoute la sous-capitalisation des SEM dans les secteurs les plus capitalistiques comme l'aménagement, la construction et le logement hors logement social : les SEM créées dans ces domaines ne sont pas capitalisées à la hauteur des enjeux financiers auxquelles elles font face. Par exemple, la SEM *Adevia* dispose d'un capital de 5,8 M€ alors que le total de son bilan est de 265 M€¹³³. Mais ces mêmes acteurs soulignent aussitôt que les garanties d'emprunt délivrées par les collectivités territoriales, et de manière générale le rôle de garant de ces collectivités, permettent aux SEM de prendre un risque à moyen terme.

L'article L.1522-3 du CGCT retient ainsi un minimum de 225 000 euros pour les sociétés ayant pour objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et un autre de 150 000 euros pour les sociétés ayant dans leur objet l'aménagement. La mission n'a pu mener une étude de terrain à ce sujet, mais certains acteurs relèvent que fixer des montants minimaux par la loi serait contre-productif, en ce que cela créerait une tentation de reprendre purement et simplement ces montants au moment de créer une EPL œuvrant dans l'aménagement ou la construction, au lieu de retenir des montants en rapport avec le projet poursuivie. Dans ces conditions, deux voies pourraient être explorées : soit relever substantiellement les montants en cause, vers des niveaux qui pourraient par exemple se situer à environ 1 million d'euros, soit supprimer purement et simplement ces planchers, afin de faire en sorte que les actionnaires des EPL mènent à bien les études préalables nécessaires et recherchent les capitaux dont ils auront réellement besoin, étant précisé que le code de commerce fixe à 37.000 € le montant du capital social minimal d'une SA (article L 124-2 du code de commerce). La mission estime que cette dernière option serait préférable, dans une optique de simplification mais aussi de sensibilisation des acteurs économiques locaux à cette question. Bien entendu, une éventuelle modification par la loi des règles en cause devrait être accompagnée d'une information substantielle à destination du secteur public local, afin que nul ne se méprenne sur l'objectif poursuivi dans une perspective de renforcement du projet conduit par les actionnaires des EPL.

¹³¹ Exemple de « bonne » situation financière générée par un foncier de qualité : la SEM immobilière de Vichy.

¹³² Loi ALUR et loi sur la transition énergétique et la croissance verte.

¹³³ CRC Nord Pas de Calais Picardie, *SEM Adevia*, 19 février 2011, en ligne.

Recommandation n°12 : Mettre à l'étude la modification des dispositions de l'article L.1522-3 du CGCT relatives à la fixation d'un montant minimal de capital pour certains types d'EPL. Services responsables : DHUP, DG TRESOR et DGCL.

2.3.3 Les risques au regard du droit des aides d'État

Le droit européen des aides d'État comporte des règles strictes en matière de transferts financiers des personnes publiques en direction des personnes auxquelles elles confient des missions d'intérêt général. A *minima*, les personnes qui délivrent des services d'intérêt économique général (SIEG) ne peuvent en principe échapper à la rigueur du régime des aides d'État qu'aux conditions d'avoir reçu des personnes publiques qui leur confient leur mission un mandat comportant des obligations de service public clairement définies, de voir les compensations financières qui leur sont versées définies selon des paramètres clairs, et de voir déterminées les modalités de récupération d'éventuelles surcompensations¹³⁴. Il importe enfin que la mission de service public ait été confiée à l'entreprise à l'issue d'une procédure de marché public permettant de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse pour la collectivité ou, en l'absence d'une telle procédure, que le niveau de la compensation repose sur une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait encourus afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises¹³⁵. Des décisions de la Commission sont venues, sur la base de l'article 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, préciser le régime applicable¹³⁶.

Les EPL entrent en principe dans ce champ : sous réserve que les différents textes régissant les rapports entre les collectivités territoriales actionnaires et leurs EPL (statuts et contrats)¹³⁷ comportent tous les éléments requis par la réglementation européenne sur les SIEG, ces textes peuvent constituer des mandats au sens de cette réglementation. Un examen au cas par cas est de toute manière indispensable pour s'en assurer, de même qu'au cas par cas doivent être vérifiés les points précités.

Le versement de compensations financières à des SEM, sans définition préalable d'obligations de service public ni paramétrage préalable des critères objectifs et transparents de calcul de la compensation, n'est donc pas susceptible de bénéficier du régime mis en place par la décision et l'encadrement sur les SIEG précités. Or le risque potentiel qui s'attache au non-respect de ces règles est important. En effet, dans l'hypothèse où la Commission adopterait une décision d'incompatibilité des transferts financiers accordés à une EPL, ces sommes devraient faire l'objet d'une récupération auprès de l'entreprise bénéficiaire par la ou les collectivités publiques ayant accordé les aides concernées. Le droit national concourt à la mise en œuvre de cette règle, puisque selon la loi¹³⁸ toute collectivité territoriale ou tout groupement de collectivités territoriales ayant accordé une aide faisant l'objet d'une décision négative de la Commission européenne est tenu de procéder sans délai à sa récupération, et serait en outre amené à supporter les conséquences financières des condamnations qui pourraient résulter pour l'État de l'exécution tardive ou incomplète des décisions de récupération d'aides prononcées par la Commission européenne.

Certes, les règles précitées ne régissent pas les compensations de SIEG de faible montant, soit, en vertu d'un règlement de la Commission¹³⁹, 500 000 euros au profit d'une même entreprise sur une période de

¹³⁴ Sur ce §, fiche de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances en date du 4 mai 2017.

¹³⁵ Cour de justice de l'Union européenne, 24 juillet 2003, *Altmark*.

¹³⁶ *Paquet Almunia* : décision 2012/21/UE, communication 2012/C 8/03.

¹³⁷ Tels que les statuts de ces sociétés ainsi que les contrats relatifs aux opérations confiées par les collectivités territoriales aux entreprises publiques locales.

¹³⁸ Article L.1511-1 du CGCT.

¹³⁹ Règlement 360/2012 du 25 avril 2012.

3 ans. Pour autant ce montant laisse sans doute une majorité d'EPL relever du régime dont la description est esquissée ci-dessus¹⁴⁰.

Même s'il ne semble pas qu'à l'heure actuelle la question du financement des EPL soit inscrite à l'agenda de la Commission, il importe que les collectivités territoriales restent attentives sur ce point.

La direction générale du Trésor souligne de manière connexe que des risques juridiques particuliers existent dans le domaine du logement locatif social, où les subventions publiques sont importantes. Il convient de pouvoir démontrer à la Commission Européenne que le logement locatif social, qui peut dégager des excédents financiers, n'alimente pas d'autres activités, comme l'aménagement, particulièrement dans des EPL se livrant à la multi activité. Deux instruments sont utilisés pour démontrer le respect des règles européennes à la Commission : la normalisation de la comptabilité de tous les organismes de logement locatif social, déjà évoquée ; le travail de l'agence nationale de contrôle du logement social (ANCOLS). L'ANCOLS a par exemple relevé dans un rapport publié en 2016 que « la comptabilité analytique ne permet pas d'identifier clairement l'activité locative, et de la distinguer des autres activités de la SAEM¹⁴¹, notamment de son activité d'aménageur et de syndic ». Dans son résumé, l'ANCOLS fait figurer l'absence de comptabilité séparée pour l'activité locative sociale parmi les *irrégularités* recensées. Les rapports définitifs de l'ANCOLS sont transmis aux ministres du logement et de l'économie, à la CGLLS et au représentant de l'Etat dans le département du siège de l'organisme.

2.3.4 Les rapports contractuels entre les collectivités territoriales et les EPL

Un point essentiel de la gestion des EPL réside dans la contractualisation qui les lie aux collectivités territoriales actionnaires, *via* une DSP qui se matérialise principalement par un contrat de concession¹⁴² ou d'affermage¹⁴³. Les stipulations de ces contrats engagent l'avenir des EPL et de leurs actionnaires. Par exemple, la Métropole de Brest distingue le contrôle du contrat de celui de l'actionnaire et note qu'une optimisation contractuelle sans précaution peut aller jusqu'à mettre en danger la santé financière de l'EPL. Contrairement à l'octroi d'une DSP à un partenaire privé, la passation d'une DSP à une EPL suppose un exercice nuancé d'équilibre entre les intérêts de la collectivité et l'équilibre financier de l'EPL.

Une fois l'EPL choisie, avec mise en concurrence s'il s'agit d'une SEM ou sans mise en concurrence s'il s'agit d'une SPL, les liens contractuels avec les collectivités clientes et actionnaires doivent comporter des éléments qui stabilisent la gouvernance de l'EPL, les modalités de compte rendu aux collectivités, les obligations réciproques qui doivent être remplies, les missions incombant à l'EPL. Des objectifs quantifiés doivent être fixés pour faciliter le suivi de la convention¹⁴⁴. Ces objectifs quantifiés constituent également un moyen d'évaluation *ex ante* de l'économie générale des relations contractuelles et permettent de détecter des déséquilibres, soit au bénéfice de la collectivité, soit à son détriment quand elle supporte tout ou partie du risque d'exploitation.

L'observation de l'application de ces conventions permet parfois de détecter des relations déséquilibrées entre l'EPL et ses actionnaires, parfois au détriment de l'EPL, parfois au détriment des actionnaires.

¹⁴⁰ Pour un exposé complet, cf. *le vade-mecum des aides d'État de la DAJ* <https://www.economie.gouv.fr/daj/vademecum-aides-État-edition-2016>).

¹⁴¹ SAEM Noisy le Sec Habitat -93 – rapport n° 2014-075.

¹⁴² La collectivité publique charge une entreprise concessionnaire de réaliser à ses frais les investissements nécessaires à la création du service (réseau et installations) et de faire fonctionner celui-ci à ses risques et périls, l'entreprise se rémunérant au moyen d'une redevance ou d'un prix payé par les usagers.

¹⁴³ Dans l'affermage, les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service ne sont pas construits par l'exploitant (le fermier), mais confiés par la collectivité qui, en règle générale, en a assuré le financement. Le fermier ne se voit donc confier que la seule exploitation du service, à ses risques et périls, contre une rémunération versée par les usagers. La rémunération versée par le fermier en contrepartie du droit d'utilisation de l'ouvrage est appelée la surtaxe.

¹⁴⁴ Exemple : SOGEPEA, CRC Auvergne-Rhône-Alpes.

Dans le premier cas, les CRTC décrivent ainsi la situation d'une collectivité qui confie une activité non rentable, un parc d'attraction dénué de clientèle, à une SEM, ce qui entraîne sa liquidation¹⁴⁵ ; comme par exemple dans le cas où la ville principale actionnaire d'une SEM se substitue à la SEM dans ses rapports avec les personnels et les partenaires¹⁴⁶.

Les CRTC notent à l'inverse que le risque repose parfois sur la collectivité et non sur l'EPL, malgré l'esprit des contrats de concession ou d'affermage. Cette prise en charge des aléas financiers se traduit par des abandons de créances¹⁴⁷ correspondant au montant de la redevance d'affermage de l'exercice ou le versement de subventions d'équilibre¹⁴⁸ ; ou encore, par la rédaction par une SEM d'exploitation d'un espace culturel, du cahier des charges de la DSP, avec l'assentiment de la commune¹⁴⁹.

Le respect du droit européen de la concurrence suppose que les compensations de charges de service public soient strictement limitées à leur montant constaté au moyen d'une comptabilité analytique. Mais une communauté d'agglomération a, au moyen d'un « avenant de transition », versé des compléments annuels forfaitaires de compensation des sujétions de service public¹⁵⁰ ; ces versements s'apparentent en conséquence à des subventions d'équilibre. Une SEM a reçu des subventions d'exploitation contraires aux stipulations de son contrat d'affermage d'un montant compris entre 30 et 35 % des produits, sans lesquelles l'équilibre des comptes était impossible. La redevance due par le fermier a été supprimée pour pallier les déficits d'exploitation¹⁵¹. Bien que le fermier ou le concessionnaire doive établir ses tarifs pour équilibrer son compte d'exploitation, la collectivité prend les mesures évitant une hausse des tarifs en sauvegardant l'équilibre des comptes de l'EPL par des décisions juridiquement contestables lui apportant un soutien financier.

Recommandation n°13 : Compte tenu des moyens humains disponibles dans les services déconcentrés de l'Etat, inscrire comme priorité du contrôle de légalité les trois objectifs suivants applicables aux conventions de DSP signées avec les EPL à enjeux, afin notamment de contribuer au respect des règles européennes relatives à la concurrence :

- a) rechercher si le contrat d'affermage ou de concession comporte des objectifs chiffrés pour son titulaire, notamment des objectifs financiers ;
- b) rechercher les avenants à ces contrats ayant pour objet la renonciation par les actionnaires à un versement dû par l'EPL ;
- c) lorsque le contrat est près d'arriver à son terme, demander un bilan financier de l'application de la convention et le comparer aux stipulations initiales.

Service responsable : DGCL.

2.3.5 Les comparaisons de coûts sont peu pratiquées

Les responsables des collectivités territoriales rencontrés par la mission sont intéressés par les éléments de réflexion que constitueraient des comparaisons de coûts, mais n'ont pas fait état auprès de la mission de travaux qu'ils auraient mené sur le sujet. Le besoin est donc réel, et s'inscrit dans le mouvement de transparence du service public. En théorie, l'individualisation dans une structure juridiquement distincte favorise la transparence, en particulier si l'organisme dispose d'une comptabilité analytique fiable.

¹⁴⁵ CRC Auvergne-Rhône-Alpes : département du Cantal.

¹⁴⁶ SACOVIV, CRC Auvergne-Rhône-Alpes.

¹⁴⁷ SEM SAVASEM CRC Occitanie.

¹⁴⁸ SEM *Nausicaa* : subventions d'équilibre se montant au total pluriannuel de 2,5M€, CRC Hauts-de-France.

¹⁴⁹ CRC Normandie, SEM *d'exploitation de l'espace de culture et de communication de la ville d'Evreux*.

¹⁵⁰ CRC Hauts-de-France, *Communauté d'agglomération du Boulonnais*.

¹⁵¹ CRC Grand-Est SEM *Reims Evènements*.

Les élus et cadres territoriaux interrogés souhaiteraient disposer d'une méthode de comparaison prospective des coûts de chaque formule juridique (régie, SEM, SPL, GIP etc.). À cet égard, le plan d'affaires qui devrait précéder la création de toute EPL devrait comporter un tel calcul. La Métropole de Brest évalue les avantages et les inconvénients de toutes les formes juridiques dont elle dispose afin de trouver celle qui correspond à ses besoins pour une activité donnée.

Les comparaisons de coûts pourraient aussi être déclinées par branche, à l'intérieur d'une même collectivité ou entre collectivités, ou dans le temps, en observant la variation des coûts unitaires d'une activité. Ce dernier point apparaît stratégique, car certaines activités de service public devront faire face à des hausses des coûts substantielles : c'est par exemple le cas de la collecte et du traitement des déchets¹⁵², dont les coûts sont dynamiques, qui va devoir évoluer en raison des objectifs fixés par la loi de transition énergétique. Le rapport « Carrez/Thénault » sur la maîtrise des dépenses locales (2010) avait recommandé de calculer des fourchettes de coûts en fonction des typologies de services (eau, gestion des déchets, transports collectifs, etc.).

Faute de pouvoir prendre systématiquement en compte les coûts des EPL, les collectivités territoriales sont démunies lorsqu'une DSP attribuée à une SEM doit être remise en concurrence ou quand les CRTC font porter leur contrôle sur les coûts, par exemple du personnel et des rémunérations des dirigeants. Les exemples qui suivent portent sur les coûts d'exploitation.

La mise en concurrence lors de l'octroi d'une DSP oblige à prendre en considération les coûts d'une SEM, et faute de référence utilisable au cours de la gestion de la DSP, le résultat de cette procédure n'est pas toujours prévisible. Dans le cas d'une SEM¹⁵³, une chambre régionale des comptes a pu constater que ses coûts étaient supérieurs de 30 % à ceux de ses concurrents. La SEM n'a pu regagner en compétitivité et elle a perdu, dans le cadre d'un appel d'offres ultérieur, le lot portant sur les seules lignes rentables dont elle était gestionnaire, ce qui lui interdit d'équilibrer ses comptes.

Il est parfois difficile de maîtriser les coûts de personnel, avec une masse salariale importante, en progression rapide, avec des avantages collectifs importants, des rémunérations individuelles dynamiques et de nombreux recrutements et promotions, parfois marqués par des liens familiaux et personnels¹⁵⁴. Tous les déterminants de la masse salariale contribuent à cette hausse : augmentation des effectifs de 30,5 %¹⁵⁵, hausse des rémunérations de 3 points au-dessus du taux d'inflation entre 2010 et 2012¹⁵⁶, primes et parts variables en hausse. Des exemples existent de versement d'intéressement et de participation.

Enfin, les rémunérations des dirigeants des EPL sont fixées librement, conformément au droit du travail. Par « dirigeants », il faut entendre le directeur ou le directeur général de la structure ; il n'est donc pas question ici des élus siégeant au conseil d'administration de l'EPL. Dans le cas de la SEMARDEL précité¹⁵⁷, la chambre régionale des comptes d'Île de France note que la rémunération du dirigeant a augmenté en moyenne de 5,1 % par an. En 2014, y compris une prime exceptionnelle de 297 826 € brut, la rémunération du directeur général a atteint 581 645 €, soit 29,25 % de plus que le plafond annuel brut de 450 000 € (part fixe et variable) institué pour les dirigeants d'entreprises publiques nationales¹⁵⁸. La Chambre relève

¹⁵² L'ADEME offre aux collectivités territoriales une matrice de calcul des coûts qui permet de suivre les coûts du service et comparer les collectivités en fonction de la densité de population (« l'urbain dense », « rural dispersé »...) et des types de déchets (déchets secs, ordures ménagères...).

¹⁵³ Voies ferrées du Dauphiné, CRC Auvergne-Rhône-Alpes.

¹⁵⁴ CRC PACA, SEMIACS, exercice 2008 et suivants, 21 sept.2015, en ligne.

¹⁵⁵ SAEM SUPERLIORAN, CRC Auvergne-Rhône-Alpes, 20 janvier 2016.

¹⁵⁶ SERL, CRC Auvergne-Rhône-Alpes, 11 septembre 2014.

¹⁵⁷ Cf. CRC d'Île-de-France, *Société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (Semardel)*, op-cit.

¹⁵⁸ Article 1^{er} du décret n°2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques.

l'absence de consultation du conseil d'administration de la société¹⁵⁹. À la SERL, les rémunérations des cadres dirigeants ont augmenté de 49 %, alors que la valeur de l'action augmentait dans le même temps de 75 % (évaluation à partir de l'actif net comptable) ; cependant la hausse des rémunérations s'explique essentiellement par une augmentation de la part fixe¹⁶⁰.

Les justifications qui sont parfois apportées à la fixation de rémunérations élevées portent sur l'atteinte d'objectifs en matière de croissance de la société. Cependant ces réussites, indéniables, devraient être éclairées par des considérations sur la situation de la concurrence, notamment si les décisions prises par les collectivités ont pour effet de confier à l'EPL un marché totalement ou partiellement captif ou encore la gestion d'un monopole naturel.

Recommandation n°14 : Examiner dans le cadre d'un groupe de travail interservices la possibilité de plafonner les rémunérations annuelles brutes (somme de la part fixe, de la part variable et des éventuelles primes) des dirigeants d'EPL à une fraction du plafond institué pour les dirigeants des entreprises publiques nationales.
Services responsables : DGCL et DAJ du ministère chargé de l'économie.

¹⁵⁹ Art L.225-38 du code de commerce.

¹⁶⁰ CRC Auvergne-Rhône-Alpes SERL, précité.

3 LES CONTROLES SUSCEPTIBLES D'ASSURER UNE MEILLEURE MAITRISE DES RISQUES DES EPL

En théorie, les collectivités territoriales actionnaires disposent d'un pouvoir de contrôle étendu sur les EPL. Outre le contrôle relevant du droit des sociétés, marqué par les pouvoirs des conseils d'administration et l'intervention des commissaires aux comptes, les collectivités territoriales ont un pouvoir de contrôle renforcé sur le fonctionnement des EPL leur permettant en théorie de s'assurer que les sociétés mettent tout en œuvre pour l'accomplissement des missions pour lesquelles elles ont été créées. Ceci étant, le devoir d'information des collectivités apparaît parfois insuffisant. La Cour des comptes l'avait souligné en 2009. Les insuffisances des comptes-rendus d'activité à la collectivité dans le cadre d'opérations d'aménagement sont souvent soulignées par les chambres régionales des comptes.

3.1 L'exercice du contrôle administratif sur les EPL reste encore un objectif

3.1.1 Le préfet peut opérer un contrôle sur les actes des collectivités territoriales actionnaires ainsi que sur certain actes des EPL

3.1.1.1 Le contrôle des actes des collectivités territoriales

Le contrôle de légalité porte :

- sur les délibérations des collectivités territoriales décidant la création d'une telle société, fixant le montant de leur participation au capital social, et approuvant les statuts de la société ;
- sur les délibérations afférentes aux relations entre la société et les collectivités territoriales ;
- sur les marchés et contrats éventuellement conclus entre les collectivités territoriales et la société.

Le préfet doit, à ce titre, vérifier la conformité de l'objet social de la SEML, de la SPL ou de la SPLA avec les dispositions respectives des articles L.1521-1 et L.1531-1 du CGCT et L.327-1 du code l'urbanisme.

Les activités exercées par la société doivent se rattacher aux compétences reconnues par la loi aux collectivités et groupements actionnaires et s'apprécier au regard des règles relatives au régime juridique des interventions économiques des collectivités territoriales.

Pour permettre ce contrôle, les collectivités sont tenues d'accompagner la transmission des actes soumis à cette obligation des pièces annexes nécessaires pour en apprécier la portée et la légalité. Ainsi les statuts de l'EPL doivent nécessairement être annexés à la délibération décidant la création de la société.

La mission a constaté que dans certaines préfectures le service du contrôle de légalité avait été sollicité en amont de la création d'EPL afin de conseiller les élus dans l'élaboration de son statut.

Le contrôle budgétaire est destiné à assurer le respect des règles applicables à l'élaboration, l'adoption et l'exécution des budgets des collectivités des territoriales et de leurs groupements. À ce titre, le préfet peut vérifier que les engagements pris par une collectivité vis-à-vis des EPL n'altèrent pas son équilibre budgétaire.

3.1.1.2 Le contrôle des actes des EPL

- Le droit d'information du préfet

L'article L.1524-1 du CGCT impose la transmission au préfet dans les 15 jours suivants leur adoption :

- des délibérations du conseil d'administration, du conseil de surveillance et des assemblées générales ;
- des contrats visés à l'article L.1532-2 du CGCT, à savoir les concessions d'aménagement ;
- des comptes annuels et des rapports du commissaire aux comptes.

Par ailleurs, aux termes des dispositions de l'article L.1524-2 du CGCT, si le représentant de l'État estime qu'une délibération du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des assemblées générales d'une société d'économie mixte est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque encouru par la ou les collectivités territoriales ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société, il saisit, dans un délai d'un mois suivant la date de réception, la chambre régionale et territoriale des comptes.

La saisine de la chambre régionale et territoriale des comptes entraîne une seconde lecture par le conseil d'administration ou de surveillance ou par les assemblées générales de la délibération contestée. La Chambre dispose d'un délai d'un mois à compter de la saisine pour faire connaître son avis au représentant de l'État, à la société et aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires ou garants. Saisie, la chambre régionale et territoriale des comptes rend un avis motivé par lequel elle examine l'incidence financière de la délibération sur la situation des collectivités concernées. Elle peut relever que la délibération qui lui est soumise n'est pas de nature à augmenter gravement la charge financière de la collectivité territoriale¹⁶¹ ou au contraire, constater «une situation financière structurellement déséquilibrée¹⁶² ».

À l'inverse, lorsque la délibération est reconnue comme ayant une incidence financière sur la société, la chambre régionale et territoriale des comptes peut formuler diverses recommandations et préconiser des mesures de redressement de nature à permettre d'assurer la pérennité de la société et sa viabilité économique.

L'avis de la chambre régionale et territoriale des comptes est notifié à la société, au représentant de l'État et aux collectivités actionnaires. Il est également transmis, pour information, au commissaire aux comptes.

Le préfet est tenu de transmettre, dès réception dans ses services, le procès-verbal de la séance au cours de laquelle l'assemblée qui a pris la délibération et a procédé à une deuxième lecture de celle-ci après réception de l'avis de la chambre¹⁶³.

- Certains actes des SEM sont soumis à un véritable contrôle de légalité du préfet

Le CGCT¹⁶⁴ impose aux SEM locales de soumettre au contrôle de légalité les décisions qu'elles prennent en exécution de prérogatives de puissance publique qui leur auraient été déléguées par une collectivité

¹⁶¹ Cf. CRC Île-de-France, 11 août 2011, *Sté d'économie mixte locale « Centre de formation et de professionnalisation des Lacs de l'Essonne »*, avis no 2011-33.

¹⁶² Cf. CRC Île-de-France, 26 sept. 2014, *SEM locale Marne Chantereine*, op-cit.

¹⁶³ Cf. CRC Île-de-France, 26 sept. 2014, *SEM locale Marne Chantereine Chelles aménagement*, avis no /G/193/A-33.

¹⁶⁴ Les articles L.2131-2-8°, L.3131-2-7 et L.4141-2-6 du CGCT.

territoriale. Par ailleurs, l'article L.1524-3 du CGCT fait obligation aux SEM d'établir et d'adresser au préfet un rapport spécial annuel sur l'exercice de ces prérogatives.

Il est à noter que ces dispositions ne visent pas les SPL et SPLA.

3.1.2 Les EPL ne sont pas une cible prioritaire du contrôle administratif

Le contrôle des EPL n'est pas considéré actuellement comme l'une des priorités du contrôle administratif.

Le nombre d'actes transmis au titre du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire ne permet pas aux services de préfectures d'en assurer un contrôle exhaustif. La jurisprudence du Conseil d'État en a tiré les conséquences, en considérant que la responsabilité de l'État ne peut être engagée, en cas de carence du contrôle de légalité, que sur la base d'une faute lourde.

Faute de pouvoir assurer un contrôle matériel de tous les actes des collectivités territoriales ou de leur groupement, la DGCL détermine, par circulaire¹⁶⁵, les actes dont le contrôle de légalité présente un enjeu majeur et qui nécessitent par conséquent un contrôle particulièrement vigilant des préfets. Trois domaines ont été considérés comme prioritaires sur le plan national à savoir : la commande publique, l'urbanisme et la fonction publique territoriale.

Cette instruction de la DGCL ne détermine pas les EPL, en tant que tels, comme une cible prioritaire du contrôle de légalité. Toutefois, les actes des collectivités territoriales ou de leurs groupements afférents aux EPL, dès lors qu'ils entrent dans le champ des trois domaines considérés comme prioritaire, devraient à ce titre faire l'objet d'un examen prioritaire. Ainsi, par exemple en matière de commande publique, la DGCL donne comme consigne de contrôler « *les contrats des collectivités avec les sociétés publiques locales* ».

Outre les domaines prioritaires sur le plan national, l'instruction invite les préfets à définir des priorités locales pour le contrôle de légalité. Celles-ci doivent prendre en compte les caractéristiques et la géographie du département ainsi que les irrégularités précédemment relevées.

La mission a pu constater lors de ces déplacements en préfectures et sous-préfectures que le contrôle des EPL n'était pas une priorité. Il n'existe pas de contrôle sur ces structures ni sur les actes des collectivités territoriales actionnaires.

Eu égard aux différents risques susceptibles de frapper les collectivités territoriales ou groupements actionnaires des EPL (cf. *supra*) il serait souhaitable que les préfets, en charge du contrôle de légalité, développent une stratégie de contrôle. Toutefois, consciente de l'impossibilité matérielle d'assurer un contrôle de tous les actes relatifs au EPL, la mission préconise dans un premier temps de définir une cartographie des risques des principaux satellites des collectivités territoriales pour en identifier les plus vulnérables qui représenteraient les risques financiers et contentieux les plus lourds. Pour ce faire, les services du contrôle de légalité pourront utilement s'inspirer de l'annexe 10 (Grille d'analyse des risques des EPL). Dans un premier temps, cette tâche pourrait être limitée aux EPL à enjeux définis plus haut. Le CGEfi réalise une cartographie simplifiée des principaux organismes qu'il contrôle et pourrait présenter quelques exemples de méthode à l'attention des services déconcentrés de l'Etat ou des collectivités territoriales intéressées.

Les DDFiP sont parfois également associés à l'exercice du contrôle du budgétaire de la préfecture. Ils peuvent fournir par conséquent une capacité d'analyse pertinente pour identifier les EPL à risques.

Par ailleurs, la seconde chambre créée au sein du PIACL, qui est chargée du contrôle budgétaire, pourra apporter une aide méthodologique et technique aux préfectures pour identifier les EPL à risques.

¹⁶⁵ Circulaire de la DGCL n°IOCB1202426C du 25 janvier 2012.

Sur la base de cette cartographie, le préfet pourrait définir une stratégie de contrôle effective vis-à-vis des EPL qui représentent un risque fort pour les collectivités territoriales actionnaires.

Recommandation n°15 : Identifier, au titre du contrôle administratif, les EPL nécessitant un suivi prioritaire en élaborant une cartographie des risques de ces structures en lien avec la DDFIP. *Services responsables : DGCL et DGFIP.*

3.1.3 Le contrôle des chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC)

Les CRTC jouent un rôle essentiel dans le paysage des EPL. Bien que le contrôle des EPL ne soit pas pour elles une obligation, à la différence de celui des collectivités territoriales, il reste qu'elles intègrent pleinement les EPL dans leur programmation, et qu'elles en contrôlent chaque année environ 30 à 40. L'ensemble de ces contrôles donne lieu à des rapports d'observations définitives publiés sur le site de la Cour des comptes. Il s'agit certes de contrôles menés *a posteriori*, mais dont les résultats sont une référence pour les acteurs du monde des EPL.

Le dialogue entre les CRTC et les EPL qu'elles contrôlent pourrait sans doute être approfondi. L'article L.243-7 du code des juridictions financières dispose en matière de collectivités territoriales que « *Dans un délai d'un an à compter de la présentation du rapport d'observations définitives à l'assemblée délibérante, l'exécutif ... présente dans un rapport devant cette même assemblée les actions qu'il a entreprises à la suite des observations de la chambre régionale et territoriale des comptes.* » Ce rapport donne lieu de la part de la CRC à la présentation d'une synthèse annuelle devant la conférence territoriale de l'action publique.

La mission estime que dans son principe, mettre en place en ce qui concerne les EPL une procédure qui permettrait, selon un délai et des modalités à préciser, d'objectiver les suites apportées par les EPL aux contrôles des CRC, serait de nature à développer l'effectivité de ces contrôles dans l'intérêt du secteur public local. Les contours d'une procédure de ce type pourraient s'il en était besoin être différents de celle qui figure actuellement au sein du code des juridictions financières.

Recommandation n°16 : Mettre à l'étude en prenant pour base l'article L243-7 du code des juridictions financières, la mise en place d'une procédure de compte-rendu par les EPL des suites réservées aux contrôles des CRTC. *Services responsables : DGFIP et DGCL, en lien avec la Cour des comptes.*

3.1.4 Le contrôle des commissaires aux comptes apporte un éclairage technique bienvenu

Les EPL sont soumis au contrôle des commissaires aux comptes, qui exercent leurs missions de surveillance du fonctionnement de la société et de la régularité de ses actes, ainsi que l'exercice de leurs devoirs de contrôle, d'information et d'alerte des dirigeants. Les commissaires aux comptes recourent à la technique de l'approche par les risques; mettant en avance, par exemple, les insuffisances de fonds propres, la dégradation des résultats, le niveau anormal des charges financières, tous éléments révélateurs d'une vulnérabilité d'un EPL. Il reste que la logique des EPL n'est pas portée sur la recherche de profits, contrairement au secteur privé, mais à la satisfaction de besoins publics. Le pouvoir d'alerte des commissaires aux comptes, prévu à l'article L234-1 du code de commerce, reste entier mais leurs observations ne sont toujours suivies d'effet. Les CRTC ont noté la persistance de déficits au sein de certaines EPL malgré les alertes des commissaires aux comptes.

Ce contrôle est proposé aux collectivités territoriales elles-mêmes dans le cadre d'une expérimentation¹⁶⁶ prévue par la loi NOTRe. La directive communautaire 2011/85 du 8 novembre 2011 relative aux cadres

¹⁶⁶ Dont le coût, d'après la Cour des Comptes, s'échelonne entre 30 K€ et 1 700 K€ annuels, suivant la taille du budget de la collectivité. Cependant, la certification est génératrice d'économies (par exemple, sur la gestion des stocks).

budgétaires des États membres renforce en effet les obligations de compte rendu et d'audit indépendant des comptabilités publiques, notamment des administrations locales.

Dans les EPL ayant le statut de sociétés anonymes, l'intervention du commissaire aux comptes est obligatoire. L'expérimentation permettra sans doute de poser le problème de la qualité comptable évoquée plus haut, moyennant un coût supplémentaire.

Le rôle du commissaire aux comptes de l'EPL est défini par le droit commun mais il doit s'adapter aux règles particulières édictées par le CGCT, ce qui suppose la maîtrise de ces textes. Le Haut conseil du commissariat aux comptes, interrogé par la mission sur les méthodes d'adaptation des commissaires aux comptes à cet environnement particulier, donne les précisions suivantes :

« Le commissaire aux comptes de l'EPL doit dans tous les cas posséder les connaissances théoriques et pratiques nécessaires à l'exercice de sa mission, selon le principe énoncé à l'article 7 du code de déontologie applicable aux commissaires aux comptes. Cette connaissance inclut le cadre légal et réglementaire spécifique à l'entité dont il est appelé à certifier les comptes.

Pour ce qui concerne les diligences attendues du commissaire aux comptes dans l'exercice de sa mission, il convient de se référer aux textes qui les définissent, et en particulier, aux normes d'exercice professionnel, notamment les normes suivantes :

- NEP 250 relative à la prise en compte du risque d'anomalies significatives dans les comptes résultant du non-respect des textes légaux et réglementaires ;
- NEP 315 relative à la connaissance de l'entité et de son environnement et l'évaluation du risque d'anomalies significatives dans les comptes.

En substance, ces normes prévoient que la démarche d'audit commence par la prise de connaissance, par le commissaire aux comptes, de l'entité et de son environnement, incluant son environnement légal et réglementaire.

À l'occasion de cette prise de connaissance, le commissaire aux comptes s'enquiert, auprès de la direction, de la réglementation qu'elle estime susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'activité de l'entité et des procédures conçues et mises en œuvre visant à garantir le respect de ces textes.

En l'espèce, dans une EPL, le commissaire aux comptes s'attachera à connaître les règles particulières définies par le code général des collectivités territoriales.

S'agissant des textes qui ont une incidence sur la détermination d'éléments significatifs des comptes, le commissaire aux comptes doit en avoir une connaissance suffisante pour lui permettre de vérifier leur bonne application. Lorsqu'il estime que le non-respect d'un texte conduit à une anomalie significative dans les comptes¹⁶⁷, il demande à la direction de mener les actions appropriées. Si la direction ne répond pas favorablement, le commissaire aux comptes en tire les conséquences dans son rapport sur les comptes, conséquences qui peuvent aller jusqu'à l'émission d'une réserve sur les comptes voire d'un refus de les certifier.

Par ailleurs, en vertu de l'article L.823-16 du code de commerce, le commissaire aux comptes porte à la connaissance de l'organe collégial chargé de l'administration ou de l'organe chargé de la direction et de l'organe de surveillance (et le cas échéant, au comité d'audit) les irrégularités et les inexactitudes qu'il aurait découvertes. Il les communique également à la plus prochaine assemblée générale.

¹⁶⁷ La notion d'anomalie significative est un concept clé de l'audit qui sous-tend la démarche d'approche par les risques du commissaire aux comptes qui ne peut pas effectuer un contrôle exhaustif des opérations.

La constatation d'une composition irrégulière du capital de l'EPL constituerait par exemple une irrégularité.

Pour ce qui concerne les apports en compte courant d'associés, si ces apports résultent de conventions soumises à procédure de contrôle, le commissaire aux comptes devra effectuer des diligences particulières sur ces conventions en vue d'établir son rapport spécial annuel sur les conventions réglementées.

Ces diligences consistent notamment à vérifier que l'autorisation donnée par le conseil (d'administration ou de surveillance) est motivée, c'est-à-dire que l'intérêt de la convention pour l'EPL est justifié, et notamment que sont indiquées les conditions financières attachées à cette convention (conformément à l'obligation posée par les articles L.225-38 et L.225-86 du code de commerce), étant précisé que le commissaire aux comptes n'apprécie ni l'opportunité ni l'utilité de la conclusion de la convention. »

Recommandation n°17 : Faire circuler l'information relative aux certifications des comptes des EPL ; conseiller aux collectivités territoriales d'établir un comptage des recommandations faites par les commissaires aux comptes des EPL et suivre l'application de ces recommandations ; étendre ensuite ce suivi aux recommandations portant sur les filiales. Services responsables : DGCL et DGFIP.

3.2 Le risque pénal n'est pas à écarter

Les EPL interviennent dans des domaines très divers qui ont pour point commun de se situer à la charnière de l'intérêt général et des intérêts privés. Leurs activités représentent des enjeux financiers considérables (opérations d'aménagement et de construction, gestion de marchés et de parcs de stationnement, gestion de systèmes de transports urbains, gestion portuaire, gestion d'équipements culturels et sportifs, etc.), exposant leurs dirigeants, mais aussi les élus et fonctionnaires des collectivités actionnaires, au risque d'atteintes à la probité, comme l'avait souligné, en 2013, le Service central de prévention de la corruption¹⁶⁸. L'annexe 11 développe les différentes formes de risques auxquels sont exposés les dirigeants d'entreprises publiques locales¹⁶⁹.

- Les textes ont apporté une certaine sécurisation aux élus

Si les élus administrateurs des EPL sont protégés en matière civile par la règle de transfert de responsabilité aux collectivités territoriales, il n'en est pas de même en matière pénale. Selon la Cour de cassation, « *Les administrateurs des sociétés d'économie mixte (...) sont soumis, quant à leur responsabilité éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes*¹⁷⁰ ». Lorsque les élus locaux représentent des collectivités actionnaires, ils ne bénéficient d'aucune protection en cas d'infraction pénale et leur responsabilité pénale peut être engagée s'ils ont personnellement commis des infractions. Mandataires, ils exercent des missions d'administration ou de surveillance, et sont responsables comme les dirigeants d'entreprises publiques nationales. Ils sont ainsi exposés aux risques d'homicide involontaire¹⁷¹, d'escroquerie¹⁷², d'abus de confiance¹⁷³, de trafic d'influence¹⁷⁴, banqueroute, d'abus de biens sociaux et de crédits¹⁷⁵.

¹⁶⁸ V. le rapport du Service central de prévention de la corruption 2013, *État des lieux*, p.242, en ligne.

¹⁶⁹ Cette annexe a été validée par la direction des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie et des finances.

¹⁷⁰ Cass. crim. 16. Févr. 1971, *Crolle, Guitton et Robert*.

¹⁷¹ Article 221-6 du code pénal.

¹⁷² Art.313-1 du code pénal, Cf. Cass. crim, 17 nov.2004, *M. Louis Y, Pierre Y* ; 1999.

¹⁷³ Art.314-1 du code pénal, Cf. Cass. crim, 22 févr.2006, *Jacques José X* à propos d'un maire qui a fait supporter par la SEM dont il était le président le rachat des actifs d'une entreprise en déconfiture et a fait supporter à sa société des charges indues favorisant ses proches.

¹⁷⁴ Art.321-1 du code pénal.

¹⁷⁵ Art. L.246-6.3 du code de commerce, cf. 14 nov. 2007, *André X et Alain Y*.

Ils bénéficient toutefois d'une protection spéciale fondée sur leur qualité d'élus locaux, qui se manifeste notamment par un soutien financier¹⁷⁶, dès lors qu'ils n'ont pas commis de fautes détachables de l'exercice de leurs fonctions.

En outre, le législateur a pris la précaution de prendre des mesures protectrices pour les élus siégeant en qualité de mandataires dans les organes de direction des sociétés, telles les SEML, les SPL ou même tout récemment dans les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) compte tenu de la nature même des sociétés, créées à l'initiative des collectivités dans leur champ de compétence. L'intention du législateur, au travers de la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, a été de limiter l'application du délit de prise illégale d'intérêt dans les relations institutionnelles et d'encourager les élus à la constitution de ces sociétés. En effet, dans le cadre légal institué par la loi, les élus ne doivent pas être regardés comme « *intéressés à l'affaire* » lorsque la collectivité délibère sur ses relations avec la société¹⁷⁷. Avec cette mesure, le législateur a entendu limiter le risque d'engagement de la responsabilité pénale des élus.

■ Le risque pénal reste présent toutefois

La responsabilité pénale des élus locaux est susceptible d'être engagée au titre d'infractions spécifiques, tenant généralement aux manquements au devoir de probité dans l'exercice de leur mandat électif. Ces manquements peuvent conduire à la mise en cause des élus pour des délits de corruption passive¹⁷⁸, de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêts¹⁷⁹, de favoritisme ou d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (DSP)¹⁸⁰. Il est rappelé également que l'autorité judiciaire et les juridictions financières ont renforcé leur coopération dans l'appréhension du manquement au devoir de probité des décideurs publics¹⁸¹.

EXEMPLES JURISPRUDENTIELS DE VIOLATION DES REGLES RELATIVES AUX MARCHES PUBLICS POUVANT CONSTITUER UN DELIT DE FAVORITISME¹⁸² :

- fractionnement d'un marché pour être en dessous des seuils réglementaires (Cass. crim. 11 déc. 2002) ;
- insertion de clauses techniques très spécifiques dans le cahier des charges afin de favoriser nettement un candidat (CA Bordeaux, 17 mars 1997) ;
- déclaration d'urgence non justifiée (CA Rennes, 25 juillet 1996) ;
- réduction des délais d'appel d'offres (CA Orléans, 3 mars 1998) ;
- mise à l'écart d'un candidat sans motivation alors qu'il était le moins disant, c'est-à-dire celui qui proposait l'offre financière la plus basse (CA Grenoble, 27 août 1997) ;
- recours à des avenants bouleversant l'économie du marché initial (CA Chambéry, 10 mai 2000) ;
- régularisation du marché après son exécution (Cass. crim 2 avril 1998).

Le juge pénal applique l'incrimination aux marchés, et aux contrats passés par des SEML¹⁸³. Selon la doctrine, l'article 432-14 du code pénal devrait s'étendre aux marchés passés par des SPL et des SPLA¹⁸⁴.

¹⁷⁶ Art. L.2123-34 ; L.3123-28 et L.4135-28 du CGCT, respectivement pour les élus communaux, les élus départementaux et les élus régionaux. À noter que le Conseil d'État a réaffirmé et étendu la protection fonctionnelle à tous les agents publics, « *quel que soit leur mode d'accès à leurs fonctions* », cf. CE, 8 juin 2011, *M. Georges A.* n°312700 : le président élu d'un établissement public bénéficie de la protection fonctionnelle.

¹⁷⁷ Art.1524-5-al.1 du CGCT auquel renvoie l'art. L.1531-1 du même code.

¹⁷⁸ Article 432-11 du code pénal.

¹⁷⁹ Article 432-12 du code pénal.

¹⁸⁰ Article 432-14 du code pénal.

¹⁸¹ Le cadre de leurs relations est aujourd'hui défini dans la circulaire du ministre de justice (direction des affaires criminelles et des grâces) n° CRIM/2014-24/G3 du 10 décembre 2014 relative aux relations entre l'autorité judiciaire et les juridictions financières.

¹⁸² Fiche de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances sur le délit de favoritisme, en ligne.

¹⁸³ Cass.crim, 25 juin 2008, n°07-88373, *MM. Paul et Jean G.*, et Cour des comptes, *Les sociétés d'économie mixte de la commune de Barcarès*, rapport public annuel 2010, p.387 et s.

Dans cette hypothèse, la situation de l' élu intervenant dans une SPL ou une SPLA serait plus risquée que celle de l' élu intervenant dans une SEML, qui, de son côté, ne peut participer aux commissions d' appel d' offres ni aux commissions d' attribution de DSP lorsque la société, dans laquelle il est mandataire, est candidate. D' ailleurs, la circulaire de la DGCL relative au régime juridique des SPL et des SPLA (2011) fait valoir que : « *La protection apportée aux élus mandataires lorsqu' une SEML est candidate ne trouvera pas à s' appliquer pour les SPL et les SPLA puisque par principe elles n' auront pas été mises en concurrence*¹⁸⁵ ». Dès lors, si une SPL ne respecte pas les critères du « *in-house*¹⁸⁶ », l' élu mandataire qui aura été associé aux délibérations confiant à la société la gestion d' un service public serait exposé au risque d' être poursuivi pour délit de favoritisme.

La responsabilité pénale des décideurs publics peut être mise en cause du chef du **délit de prise illégale d' intérêt**¹⁸⁷, réprimé par l' article 432-12 du code pénal. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁸⁸, la commission de ce délit est constituée dès lors que l' agent a pris ou reçu, en connaissance de cause, des intérêts dans les actes dont il avait l' administration ou la surveillance. La prise illégale d' intérêt répond à toute prise effective d' intérêt mais aussi au fait de se placer dans une situation pouvant laisser accroire qu' il y a intérêt, sans qu' il soit nécessaire de prouver un gain matériel quelconque. Selon l' alinéa 4 de l' article L.432-13 du code pénal le champ d' application de ce délit s' étend aux agents des sociétés d' économie mixte dans lesquelles les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital. L' incrimination consiste par exemple, pour un élu municipal, à participer au vote d' une subvention à une association qu' il préside, peu important que cette association ait un caractère d' intérêt général¹⁸⁹. La chambre criminelle a également reconnu que le PDG d' une SEML pouvait, en sa qualité de maire, et malgré le bénéfice de non intérêt à l' affaire, se rendre coupable de prise illégale d' intérêt¹⁹⁰. À cet égard, la direction des affaires criminelles et des grâces regarde le délit de prise illégale d' intérêt comme l' une des principales infractions susceptibles d' être commises par les dirigeants de SEML, et ce, que l' on se place du côté des relations entre la collectivité, ses élus et la SEML, ou du côté des relations de cette dernière avec ses propres contractants¹⁹¹.

- Hors achat public, les élus sont exposés aux risques de droit commun encourus par les chefs d' entreprise au titre de leur activité (abus de bien social et corruption)

De même, des poursuites sont envisageables, au titre du **délit d' abus de biens sociaux**¹⁹², lorsque des dirigeants d' EPL ont un usage des biens sociaux allant dans un sens contraire aux intérêts de la société. L' abus de biens sociaux doit être regardé comme un délit qui consiste, pour un dirigeant de société commerciale, à utiliser en connaissance de cause les biens, le crédit, les pouvoirs ou les voix d' une société à des fins personnelles, directes ou indirectes¹⁹³. Le contrôle de l' absence d' abus de bien social devrait

¹⁸⁴ Cf. Corinne Robaczewski, « Les responsabilités pénales dans la société publique locale », in Patrick Meunier et *alii*, (dir.) *Les sociétés publiques locales*, L' Harmattan, 2016, p.167.

¹⁸⁵ Cf. la circulaire de la DCGL sur le régime juridique des SPL et des SPLA du 29 avril 2011, point 2.2.2.

¹⁸⁶ Il est rappelé que les contrats « *in-house* », également appelés « contrats de quasi-régie » ou « contrats de prestations intégrées », désignent des contrats conclus entre deux personnes morales distinctes, mais dont l' une peut être regardée comme le prolongement administratif de l' autre. Leur particularité est de pouvoir déroger aux règles de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics.

¹⁸⁷ Selon l' article 432-12 du code pénal le *délit de prise illégale d' intérêt* consiste pour une personne dépositaire de l' autorité publique, chargée d' une mission de service public ou investie d' un mandat à « *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l' acte, en tout ou partie, la charge d' assurer la surveillance, l' administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d' emprisonnement et d' une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l' infraction* ».

¹⁸⁸ Cass. crim. 16 déc. 1975. *Bull. crim.* n°279.

¹⁸⁹ *Ville de Bagneux*, Cass. Crim ; 22 oct.2008, n°08-82068.

¹⁹⁰ Cass. Crim, 18 févr. 1987, n°86.93-143.

¹⁹¹ Cf. la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d' être commises au sein des SEML.

¹⁹² L' infraction d' abus de biens sociaux est décrite dans les articles L.241-3, 4° (pour les SARL) et L.242-6, 3° (pour les SA) du code de commerce.

¹⁹³ Fiche de la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l' économie et des finances (nd).

s'appuyer sur les rapports des contrôles des commissaires aux comptes, qui sont tenus de certifier la régularité et la sincérité des comptes annuels, et aussi de faire jouer éventuellement leur devoir d'alerte¹⁹⁴.

- Doivent être appréhendés également les faits de corruption

Le risque de corruption¹⁹⁵ et d'autres atteintes à la probité dans les EPL est comparable à celui qui existe dans le cadre des marchés publics passés directement par les collectivités territoriales. L'infraction revêt une double portée puisqu'elle recouvre l'existence d'un corrompu et d'un corrupteur. Le code pénal distingue ainsi la **corruption active**¹⁹⁶, qui désigne les actes du tiers qui s'efforce d'obtenir, moyennant don ou promesse d'une personne chargée d'une fonction qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte de sa fonction, de la **corruption passive**¹⁹⁷, qui désigne les actes de la personne investie d'une fonction et qui sollicite ou accepte par faiblesse ou par intérêt un don ou une offre.

- Une préoccupation nouvelle apparaît, celle de la prévention des risques de conflit d'intérêt

La loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a¹⁹⁸ introduit une définition du conflit d'intérêt, constitué par « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction*¹⁹⁹ ». Un conflit d'intérêts apparaît quand un individu ou une organisation est impliquée dans de multiples intérêts, l'un d'eux pouvant corrompre la motivation à agir sur les autres. Tel est, par exemple, le cas chez une personne physique ayant à accomplir une fonction d'intérêt général et dont les intérêts personnels sont en concurrence avec la mission qui lui est confiée par son administration ou son entreprise.

Les conflits d'intérêt peuvent se produire au niveau des conseils d'administration, à celui des personnels des organismes ainsi qu'aux parties prenantes des organisations via les comités consultatifs scientifiques, comités d'experts, forums et autres lieux et processus d'expertise. Ce sont alors des dispositifs de plus grande transparence, voire d'éthique, qui peuvent être mobilisés (chartes de déontologie, déclaration d'intérêts) en vue de prévenir les situations de conflits d'intérêt au sein de l'entreprise.

Enfin, un mode de gestion particulier des personnels des EPL, qui mettent des salariés en commun, oblige à certaines précautions au regard des textes relatifs au prêt de main d'œuvre.

À cet égard, les dirigeants sont exposés au risque pénal du fait de leur statut d'employeur. On sait que les SPL peuvent recruter librement aussi bien des salariés de droit privé que des fonctionnaires en détachement ou en disponibilité, sans contrainte autre que celle du code du travail (qui n'impose pas de plafond de rémunération). La doctrine a ainsi mis en exergue le risque que les SPL ne deviennent des sortes d'*agences d'intérim*²⁰⁰ ».

¹⁹⁴ Cf. les articles L. 225-18 et L. 234-1 du code de commerce.

¹⁹⁵ Fiche de la DAJ sur la corruption (nd : La corruption doit être regardée comme un « *comportement pénalement répréhensible par lequel une personne (le corrompu) sollicite, agréé ou accepte un don, une offre ou une promesse, des présents ou des avantages quelconques en vue d'accomplir, de retarder ou d'omettre d'accomplir un acte entrant d'une façon directe ou indirecte dans le cadre de ses fonctions* »).

¹⁹⁶ Article 433-1 du code pénal (pour un dépositaire de l'autorité publique au sens large) et article 433-2 du code pénal (pour un simple particulier).

¹⁹⁷ Article 432-11 du code pénal.

¹⁹⁸ Article 432-12 du code pénal.

¹⁹⁹ Cf. l'article. 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

²⁰⁰ Selon la formule de Me Yvon Gouttal, « Les SPL, inquiétudes, idées reçues et demi-vérités », *La Gazette des communes*, n°34/2092, sept.2011, p.68 et s.

Le prêt de main d'œuvre à but lucratif est encadré par des dispositions du code du travail pénalement sanctionnées (Article L.8211-1²⁰¹). Pour échapper au risque pénal, le prêt d'un salarié par une SEM doit être non lucratif. L'article L.8241-1 du code du travail dispose ainsi que « *l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition* ».

- Un effort de clarification des textes, d'une part, et d'information et de prévention, d'autre part, devrait être fourni en conséquence :
 - la mission a noté que la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML n'avait pas été actualisée et ne traitait pas de la situation des SPLA et des SPL. Lors de sa séance de travail, avec la mission²⁰², cette direction a convenu de la nécessité de procéder à l'extension du champ d'application de cette circulaire ;
 - la mission a pris également en compte l'arrivée sur la scène publique de la nouvelle Agence française anticorruption, instituée par la loi Sapin II²⁰³. Lors de l'entretien accordé à la mission par le directeur de cette Agence²⁰⁴, celui-ci a mis l'accent sur le rôle de prévention de ce service à compétence nationale, problématique susceptible d'intéresser les dirigeants des EPL.

Les mesures préconisées à l'issue de l'entretien sont les suivantes :

- l'alinéa 3 de l'article 3 de la loi Sapin II²⁰⁵ relatif à la mission de contrôle de l'AFA en matière d'efficacité des procédures mises en œuvre pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme limite son champ d'intervention aux SEML. Des éléments fournis par les responsables de la DACG et de l'AFA, il ressort que cette mise à l'écart des sociétés publiques locales résulte d'un simple oubli. On chercherait en vain les raisons qui s'opposeraient à ce que l'AFA ne puisse pas opérer son contrôle sur celles-ci. Un vecteur législatif devrait donc procéder à cette extension ;
- la direction de l'AFA insiste sur sa mission d'information et de sensibilisation. Elle a marqué son intérêt pour mener à terme une action d'information en faveur des dirigeants des EPL, en lien avec la DACG et la DGCL. Cette initiative opportune devrait être faite en lien avec la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL), qui dispense une offre de formation aux élus et administrateurs d'EPL²⁰⁶, avec notamment un volet concernant « *les événements engageant la responsabilité individuelle ou collective, civile ou pénale* ».

²⁰¹ Article L8211-1 : sont constitutives de travail illégal, dans les conditions prévues par le présent livre, les infractions suivantes (...) prêt illégal de main d'œuvre (sanctionnés par les articles L 13138 et 39 du code pénal).

²⁰² Entretien du 1^{er} mars 2017 de la mission avec le directeur des affaires criminelles et des grâces.

²⁰³ Cf. les articles 1 à 5 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Voir également le décret n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption et l'arrêté du 14 mars 2017 relatif à l'organisation de l'Agence française anticorruption.

²⁰⁴ Entretien du 18 avril 2017 avec le directeur de l'AFA.

²⁰⁵ Selon l'article 3 alinéa 3 de la loi Sapin II, l'AFA : « *contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17. Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier ministre, des ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, du représentant de l'État. Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.* ».

²⁰⁶ Source : brochure de FEPL/IDASEM (organisme agréé pour la formation des élus locaux) : « *Être administrateur d'une Entreprise publique locale, L'offre de formation sur mesure de la FEPL* ».

Enfin, la mobilité entre l'Etat et les collectivités territoriales d'un côté, les EPL de l'autre, est susceptible de tomber sous le coup de l'article 432-13 du code pénal, qui sanctionne le fait, pour le titulaire d'une fonction exécutive locale, qui a assuré la surveillance d'une entreprise privée ou conclu des contrats avec elle, d'y prendre une participation notamment par travail, dans un délai de trois ans après la cessation de ses fonctions.

L'article 25 octies du Titre Ier du statut général des fonctionnaires, dans la rédaction de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui prévoit les conditions dans lesquelles est appréciée en ce qui concerne les fonctionnaires la compatibilité de la nouvelle activité avec les fonctions précédentes, moyennant saisine de la commission de déontologie, est applicable en la matière.

Recommandation n°18 :

a) Étendre aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et aux sociétés publiques locales (SPL) les dispositions de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. *Services responsables : direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), en lien avec la direction générale des collectivités locales (DGCL).*

b) Actualiser la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML en l'étendant notamment aux SPLA et aux SPL. *Service responsable : DACG.*

c) Prévoir une formation sur le risque pénal aux dirigeants d'entreprises publiques locales. *Services responsables : DACG, DGCL et l'Agence française anticorruption, en lien avec la FEPL.*



Marc René BAYLE
Inspecteur général
de l'administration
en service extraordinaire



François SCHOEFFLER
Contrôleur général



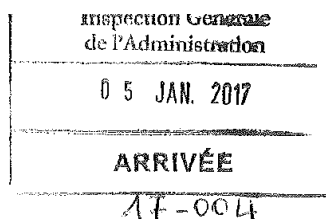
Pascal MATHIEU
Inspecteur de l'administration



Fabienne HELVIN
Administratrice générale

ANNEXES

Annexe n° 1 : Lettre de mission



LE MINISTRE DE L'ECONOMIE ET
DES FINANCES

LE MINISTRE DE L'AMENAGEMENT DU
TERRITOIRE, DE LA RURALITE ET DES
COLLECTIVITES TERRITORIALES

LE SECRETAIRE D'ETAT
CHARGE DU BUDGET ET
DES COMPTES PUBLICS

Paris, le 3 - JAN. 2017

Madame la Cheffe du contrôle général économique et financier

Monsieur le Chef de l'inspection générale de l'administration

OBJET : Revue des dépenses – Mission sur la maîtrise des risques par les entreprises publiques locales (EPL)

Les entreprises publiques locales (EPL) constituent pour les collectivités locales un outil juridique innovant leur permettant de soutenir et d'accompagner les enjeux de développement économique, social et durable de leur territoire. Au nombre de 1 200 au 1^{er} juin 2015, elles interviennent notamment dans les secteurs de l'aménagement, du tourisme, de l'habitat ou de l'immobilier. Après trois années consécutives de croissance, ces entreprises ont vu leur activité se stabiliser en 2015, mais les projets de création sont nombreux (plus de 200 au 1^{er} juin 2015). Les EPL ont dégagé un chiffre d'affaires de plus de 12 Md€ pour un capital social de 3,89 Md€, dont 65 % détenus par les collectivités locales, et elles emploient près de 60 000 personnes. A côté des sociétés publiques locales d'aménagement (Spla) et des sociétés publiques locales (Spl), les sociétés d'économie mixte (Sem) constituent l'essentiel des EPL et concentrent près de 92 % du chiffre d'affaires et 88 % des emplois.

Instruments pour les collectivités à l'appui de la production de services publics locaux, les EPL pourraient soulever un enjeu majeur de maîtrise des risques financiers et opérationnels. En effet, elles ont le statut de sociétés anonymes régies pour la plupart par le code de commerce, et jouissent en conséquence d'une autonomie juridique et financière. Or, en 2015, les collectivités sont engagées à hauteur de 2,5 Md€ au capital social des EPL, sans que leurs états financiers soient retracés de manière exhaustive dans les budgets des collectivités, ce qui pose la question de la transparence des engagements juridiques et financiers des collectivités dans ces entités. Cette situation est de plus amenée à s'amplifier avec le développement d'une stratégie de diversification des sociétés d'économie mixte par des pratiques de filialisation et de prises de participations multiples.

Dans ce contexte, et compte tenu du risque budgétaire des EPL pour les collectivités, nous souhaitons que vos services conduisent une revue de dépenses dans le cadre prévu par l'article 22 de la loi de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019.

Cette revue de dépenses pourrait s'articuler en trois parties :

- un état des lieux sur les engagements juridiques et financiers des collectivités dans des EPL, selon les statuts juridiques utilisés, la nature et le montant des engagements des collectivités, la situation financière et les perspectives des EPL, les types d'activité, ainsi qu'une analyse de la pertinence des EPL pour la mise en œuvre de l'action publique locale ;
- une cartographie des risques encourus par les collectivités, qu'ils soient d'ordre juridique, financier, ou bien opérationnel ;
- des propositions, notamment en matière de gouvernance et de contrôle des EPL par les collectivités, ainsi qu'en matière d'information des collectivités par les EPL, afin de renforcer la maîtrise de ces risques.

Pour conduire vos travaux, vous pourrez vous appuyer sur les services du ministère de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales et du ministère de l'économie et des finances.

Si vos propositions n'engagent pas le Gouvernement, elles pourront le cas échéant faire l'objet d'une mise en œuvre totale ou partielle. Vous accorderez une importance au chiffrage de vos propositions, à leur caractère opérationnel ainsi qu'à leur calendrier de mise en œuvre. Nous souhaitons également que vous apportiez un avis sur la pertinence du recours aux EPL pour les collectivités locales et que vous proposiez les schémas de gestion qu'il serait préférable d'employer selon les politiques publiques (transfert de tout ou partie à des EPL ou au secteur privé, ou au contraire réintégration au sein des administrations publiques locales. Conformément à la volonté du Gouvernement de rétablir l'équilibre des finances publiques par des mesures de maîtrise de la dépense publique, vos propositions pourront servir à l'élaboration d'une doctrine au service des collectivités, pour déterminer les conditions dans lesquelles elles peuvent s'engager de manière profitable et efficiente dans des EPL. Cette doctrine pourra par ailleurs être diffusée et partagée dans le cadre des prochains travaux de l'Observatoire des finances et de la gestion publique locales (OFGPL).

Vous nous remettrez vos conclusions et recommandations avant la fin du mois d'avril 2017. Conformément à ce que prévoit la loi de programmation des finances publiques, vos travaux feront également l'objet d'une communication au Parlement, et seront pleinement utilisés dans le cadre de la procédure budgétaire pour l'année 2018. Ils seront également publiés *in fine*, comme les revues de dépenses des années précédentes, sur le site performance-publique.fr.



Michel SAPIN



Jean-Michel BAYLET



Christian ECKERT

Annexe n° 2 : Liste des personnes rencontrées

CABINET MINISTERIEL

SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES - CABINET

- Marie-Christine BERNARD-GELABERT, directrice adjointe
- Thomas JACOUTOT, conseiller

SECRETARIAT D'ETAT CHARGE DU BUDGET ET DES COMPTES PUBLICS - CABINET

- Guillaume DENIS, conseiller technique

ADMINISTRATIONS

MINISTERE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER

DIRECTION GENERALE DE L'AMENAGEMENT, DU LOGEMENT ET DE LA NATURE (DGALN)

DIRECTION DE L'HABITAT, DE L'URBANISME ET DES PAYSAGES (DHUP)

- Laurent GIROMETTI, directeur
- Cécile LE POUPON, adjointe au sous directeur de la législation de l'habitat et des organismes constructeurs

MINISTERE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES

DIRECTION GENERALE DU TRESOR

- Paul TEBOUL, chef du bureau du financement du logement et des activités d'intérêt général, - BANCFIN3

DIRECTION DU BUDGET

- Vincent MOREAU, sous-directeur défense, intérieur, collectivités locales
- Pierre LANOE, chef de bureau « collectivités locales »

DIRECTION GENERALE DES FINANCES PUBLIQUES

- Nathalie BIQUARD, chef de service des collectivités locales
- Etienne DUVIVIER, sous-directeur de la gestion comptable et financière des collectivités locales
- Michael LE BOUR, adjoint au chef du bureau des comptabilités locales

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

- Jean MAÏA, directeur des affaires juridiques
- Benoit DINGREMONT, sous-directeur
- Jocelyne AMOUROUX, sous-directrice du droit privé et du droit pénal
- Alexia BELLONE, chef du bureau du droit privé général
- Julie FLORENT, adjointe au chef du bureau du conseil aux acheteurs publics

MINISTERE DE LA JUSTICE

DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRACES

- Robert GELLI, directeur
- Jean-Luc BLACHON, chef du bureau du droit économique, financier, et sociale, de l'environnement et de la santé publique

AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION

- Charles DUCHAINE, directeur
- Gérald BERANGER, conseiller
- Pierre BERTHET, conseiller
- Frédéric BRASSAL, conseiller

MINISTERE DE L'INTERIEUR

DIRECTION GENERALE DES COLLECTIVITES LOCALES

- Bruno DELSOL, directeur général
- Cécile RAQUIN, adjointe au directeur général
- Françoise TAHERI, sous-directrice des finances locales et de l'action économique
- Jocelyne AMOUROUX, sous-directrice du droit privé et du droit pénal
- Thierry ROUX, chef du bureau des budgets locaux
- Thierry JOHNSON, adjoint au chef du bureau des budgets locaux e de l'analyse financière
- Gabor ARANY, chef du bureau des interventions économiques et de l'aménagement du territoire
- Magali ROQUES, adjoint au chef du bureau des interventions économiques et de l'aménagement du territoire
- Anne MAGNAVAL, adjointe au chef du pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité

MINISTERE DES OUTRE-MER

DIRECTION GENERALE DES OUTRE-MER (DGOM)

- Charles GIUSTI, adjoint au directeur général
- Corinne MINOT, sous-directrice de l'évaluation, de la prospective et de la dépense de l'État
- Arnaud MARTRENCAR, adjoint au sous-directeur des politiques publiques
- Isabelle FRANCOIS, chef du bureau des collectivités locales à la sous-direction des affaires juridiques et institutionnelles
- Luc BARSKY, adjoint au chef du bureau de l'écologie, du logement, du développement et de l'aménagement durable, sous-direction des politiques publiques

CHAMBRES REGIONALE DES COMPTES (CRC)

CRC D'ILE-DE-FRANCE

- Gérard TERRIEN, président
- Gilles BIZEUL, vice-président
- Marie-Christine TIZON, présidente de la 3^{ème} chambre
- Florence BONNAFOUX, présidente de section
- Zian ROCH, premier conseiller

CRC DES HAUTS-DE-FRANCE

- Frédéric ADVIELLE, président
- Philippe SIRE, vice-président

CRC D'Auvergne-Rhône-Alpes

- Catherine de KERSAUSON, présidente de la CRC

CRC DE BRETAGNE

- Sophie BERGOGNE, présidente de la CRC
- Francine DOSSEH, présidente de section
- Didier GORY, président de section
- Fabien FILLIATRE, premier conseiller rapporteur
- Patrick PRIOLEAUD, procureur financier
- William WICHEGROD, magistrat

ORGANISMES PUBLICS

CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS (CDC)

- Olivier MAREUSE, directeur des fonds d'épargne
- Marc ABADIE, directeur des réseaux et des territoires
- Myriam KABYLO, expert de haut niveau, direction du réseau et des territoires
- Benoit LÉGER, responsable du service de l'offre stratégique territoriale, direction du réseau et des territoires
- Elisabeth VIOLA, directrice des clientèles bancaires
- Cédric MARTIN, directeur développement commercial
- Pierre VIOULAC, responsable risque et conformité à la direction des services bancaires
- Emmanuel de SEVERAC, responsable de l'économie mixte à la direction des investissements et du développement local
- Gil VAUQUELIN, directeur régional de la CDC Bretagne
- Pascal BERARD, directeur territorial à la CDC Bretagne
- Julien CATO, gestionnaire des participations à la CDC Bretagne
- Philippe BLANQUEFORT, directeur régional de la CDC Auvergne-Rhône-Alpes
- Nathalie INFANTE, directrice régionale de la CDC La Réunion-Océan Indien
- Pascal HOFMANN directeur régional de la CDC Antilles-Guyane
- Stéphane KEITA, président-directeur régional de la SCET
- Amandine de LORME, chargée de mission auprès du président directeur général de la SCET
- Jean-Jacques HERLEM, chef du cabinet des inspections des études et des audits (SCET)
- Pierre GEORGEON, chef du département de l'audit interne (SCET°)
- Colonel DELFORGE, chargé de mission (SCET)

AGENCE FRANCAISE DE DEVELOPPEMENT (AFD)

- Fabrice RICHY, directeur du département outre-mer

CAISSE DE GARANTIE DU LOGEMENT SOCIAL (CGLSS)

- Philippe CLEMANDOT, directeur des aides
- Philippe HOUREZ, secrétaire général

ASSOCIATIONS NATIONALES D'ELUS LOCAUX

ASSEMBLEE DES DEPARTEMENTS DE FRANCE (ADF)

- Pierre MONZANI, préfet, directeur général
- Philippe HERSCU, directeur délégué territoires
- Anne BOUILLOT, conseillère finances
- Nathalie ALAZARD, conseillère juridique

ASSOCIATION DES REGIONS DE FRANCE

- Gilles MERGY, directeur général

ASSOCIATION DES MAIRES DE FRANCE (AMF)

- Annick PILLEVESSE, responsable du département du conseil juridique
- Aurore VIGOUROUX, conseillère technique au département finances et fiscalité locales

FEDERATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES (FEPL)

- Jacques CHIRON, président de la FEPL, sénateur de l'Isère
- Thierry DURNERIN, directeur général
- Florian POIRIER, responsable du pôle collectivités locales
- Alexandre VIGOUREUX, responsable du pôle juridique
- Benjamin GALLEPE, responsable du pôle promotion

FRANCE URBAINE

- Jean-Luc MOUDENC, président, maire de Toulouse

ASSOCIATION FINANCES, GESTION EVALUATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES (AFIGESE)

- Alain PÉRELSTEIN, responsable du contrôle de gestion, appui à la performance

DEPARTEMENTS VISITES

ILLE-ET-VILAINE

PREFECTURE

- Christophe MIRMAND, préfet de la région Bretagne, préfet de la zone de défense et de sécurité Ouest, préfet d'Ille-et-Vilaine
- Denis OLAGNON, secrétaire général
- Jean-Michel CONAN, directeur des collectivités territoriales et de la citoyenneté
- Jean-Paul CLEMENT, chef du bureau du contrôle et de légalité, direction des collectivités territoriales et de la citoyenneté
- Élodie FORET, agent au bureau du contrôle de légalité, direction des collectivités territoriales et de la citoyenneté
- Stéphane PAUL, chef du bureau de la finance locale, direction des collectivités territoriales et de la citoyenneté

DIRECTION REGIONALE DES FINANCES PUBLIQUES

- Régis COLIN, responsable de la division collectivités locales
- Philippe RAPHALEN, division collectivités locales

DIRECTION DEPARTEMENTALE DES TERRITOIRES ET DE LA MER

- Bernard VALY, adjoint au chef du service énergie climat transport aire métropolitaine

METROPOLE DE RENNES

- Joël BOSCHER, directeur général des services
- Franck BUREL, directeur du contrôle de gestion

SEM TERRITOIRES ET DEVELOPPEMENT DE RENNES

- Jean-Luc GAUDIN, président
- Marie-Yvonne LAHAYE, directrice administrative et financière
- Jean BADAROUX, directeur général

SEM CITEDIA, SPL BASSIN RENNAIS, SEM DU THEATRE NATIONAL DE BRETAGNE (TNB)

- Sylvie ROBETY, sénatrice du Finistère, ancienne présidente de Citédia
- Sébastien SEMERIL, président de la SEM Citédia
- Benoit CAREIL, président de la SEM TNB

RHONE

PREFECTURE

- Xavier INGLEBERT, préfet, secrétaire général de la préfecture du Rhône
- Sarah GUILLON, directrice des affaires juridiques et de l'administration locale
- Franck LEVEQUE, directeur du pôle gestion publique de la DRFiP
- Alzin GAONAC'H, comptable en charge de la métropole de Lyon et de la ville de Lyon

METROPOLE DE LYON

- Jean-Gabriel MADINIER, directeur général délégué « Territoires et partenariat » du Grand Lyon
- Anne RINGUET, directrice de l'aménagement du Grand Lyon
- Stéphanie COMTE, responsable du service contrôle et audit des organismes externes du Grand Lyon

SEM PATRIMONIALE

- Eric FUGIER, directeur général
- Franck LEVEQUE, directeur du pôle

SOCIETE D'EQUIPEMENT ET D'AMENAGEMENT URBAIN DU RHONE ET DE LYON (SERL)

- Vincent MALFERE, directeur général
- Peggy LECUELLE, secrétaire générale adjointe
- Mireille CARRARIA, responsable juridique

FINISTERE

SOUS-PREFECTURE DE BREST

- Ivan BOUCHIER, sous-préfet de Brest
- Philippe BOUGUENNEC, directeur des collectivités territoriales et du contentieux de la préfecture du Finistère
- Eric SALAUN, mission risques et audit DDFIP
- Hervé FAYOLLE, inspecteur, DDFIP

BREST METROPOLE

- François CUILLANDRE, maire de Brest, président de Brest Métropole
- Bertrand UGUEN, directeur général des services
- Jacques SEMBA, directeur de cabinet du président de Brest Métropole
- Pierre CATEL, directeur conseil de gestion Brest Métropole

EAU DU PONANT

- Christian CLEMENT, directeur
- Serge ODEYE, directeur achats financiers
- Steve BERHO, responsable qualité sécurité environnement

BREST'AIM

- Philippe MATHIEU, directeur général

PERSONNALITE QUALIFIEE

- Jean-François BIZET, avocat

Annexe n° 3 : Les EPL en chiffres

Sur quatre ans, les travaux de la FEPL permettent de dresser le panorama suivant :

Tableau 2 :

Nombre d'EPL	1/06/2013	1/06/2014	1/06/2015	1/06/2016
Nouvelle-Aquitaine	113	120	119	118
Auvergne-Rhône-Alpes	167	180	180	186
Bourgogne-Franche-Comté	45	49	46	52
Bretagne	48	53	52	53
Centre-Val-de-Loire	37	41	41	46
Corse	8	8	8	9
Grand-Est	110	114	115	121
Hauts-de-France	52	56	60	65
Île-de-France	161	163	160	153
Occitanie	118	117	115	120
Normandie	49	51	52	53
Pays-de-la-Loire	66	73	71	71
Provence-Alpes-Côte d'Azur	91	92	92	96
TOTAL METROPOLE	1065	1 117	1 111	1 143
Guadeloupe	5	5	4	4
Guyane	5	6	6	6
La Réunion	29	30	30	33
Martinique	9	11	12	11
Mayotte	2	2	3	3
TOTAL DOM yc Mayotte	50	54	55	57
COM	43	43	42	43
TOTAL GENERAL	1 158	1 214	1 208	1 243

Source : FEPL

De même, la FEPL de données sur l'évolution des métiers principaux des EPL :

Tableau 3 :

Nombre d'EPL	2013	2014	2015	2016	% 2013-2016	Nbre 2013-2016
Aménagement	308	317	316	313	1,6 %	5
Développement économique	116	124	126	136	17,2 %	20
Environnement et Réseaux	142	169	170	180	26,8 %	38
<i>Déchets</i>	30	33	31	31	3,3 %	1
<i>Énergie</i>	68	85	94	97	42,6 %	29
<i>Eau</i>	20	23	21	26	30,0 %	6
<i>Numérique</i>	24	28	24	26	8,3 %	2
Immobilier Habitat	220	215	200	202	-8,2 %	-18
Entreprise	nd	44	40	43		
Logement	nd	171	160	159		
Mobilité	77	77	78	78	1,3 %	1
Mobilité	nd	59	60	60		
Stationnement	nd	18	18	18		
Services à la personne	22	30	35	39	77,3 %	17
Tourisme culture	273	282	283	295	8,1 %	22
Gestion équipement	nd	205	204	211		
Promo/développement territorial	nd	30	30	37		
Tourisme évènementiel	nd	47	49	47		
Total	1 158	1 214	1 208	1 243	7,3 %	85

Source : FEPL

Annexe n° 4 : La société d'économie mixte locale

La société d'économie mixte locale (SEML) est une personne morale de droit privé, constituée sous la forme d'une société anonyme de droit commercial, et présentant la particularité d'avoir un capital social partagé entre un actionariat public et un autre privé.

Le régime juridique des SEML, fixé pour l'essentiel par la loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, a été modifié par la loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, la loi n°2001-419 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales. Il est codifié aux articles L.1521-1 à L.1525-3 du CGCT.

Comme sociétés anonymes, les SEML sont donc des sociétés dont le capital est divisé en actions et qui sont constituées entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. La SEML doit comprendre sept associés minimum. Son organisation et son fonctionnement doit être conformes au droit commun des sociétés tel que défini dans le code de commerce, étant précisé que les règles du code précité s'appliquent dans la limite des dispositions spécifiques aux SEML contenues pour l'essentiel dans le CGCT.

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leurs sont reconnues par la loi, créer des SEML qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, d'autres personnes publiques pour réaliser certaines opérations.

1. L'objet social des SEML

Le champ d'intervention « traditionnel » des SEML

Ce champ intéresse les domaines suivants : aménagement, construction, exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial (SPIC), activités d'intérêt général.

Le domaine de la construction intéresse surtout la construction de logements sociaux. Toutefois, il peut aussi s'inscrire dans l'immobilier d'entreprise, la SEML agissant alors comme organisme relais d'une collectivité territoriale. Depuis l'intervention de la loi du 13 août 2004 modifiée relative aux libertés et responsabilités locales, ce type d'intervention a été réaffirmé et consolidé juridiquement. Il repose sur l'article L.1511-3 du CGCT qui édicte que les aides à l'immobilier d'entreprise peuvent être attribuées par l'intermédiaire d'un maître d'ouvrage public ou privé dans le cadre d'une procédure conventionnelle. Les organismes relais peuvent être, selon le cas, une SEML, une société de crédit-bail immobilier ou une société civile immobilière (SCI).

Dans le chapitre intitulé « Données relatives aux services publics locaux » du CGCT, il est précisé qu'un service public local peut être qualifié de service public industriel ou commercial (SPIC) ou de service public administratif (SPA) selon son mode de financement ou de gestion. Dans ce même chapitre et dans le chapitre dénommé « Les principaux services publics locaux », il apparaît que l'exploitation de SPIC touche des domaines très divers. Ces SPIC peuvent être gérés par des SEML. Aux termes de sa décision du 7 octobre 1986, le Conseil d'État a admis que les SEML pouvaient gérer un SPA, à condition que ce dernier ne soit pas au nombre de ceux qui, par la volonté du législateur ou leur nature, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie consacré par les lois des 2-17 mars 1791 fait obstacle à la prise en charge d'activités industrielles et commerciales par les collectivités publiques. La notion d'intérêt général est déterminée, au cas par cas, par le juge administratif, lequel prend en considération les principes régissant l'intervention des collectivités publiques dans le domaine industriel ou commercial.

Le juge administratif a considéré qu'il ne pouvait être dérogé à ce principe d'interdiction que, lorsqu'en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifiait l'intervention de collectivités locales (CE, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers). En tout état de cause, il doit s'agir d'un intérêt général dicté par des circonstances socio-économiques particulières afin que cette intervention ne porte pas atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie précité.

Enfin, le Conseil d'État a rappelé que ce critère s'appliquait entièrement à l'action des collectivités territoriales au travers des SEML²⁰⁷

L'élargissement du champ d'intervention des SEML

En premier lieu, la loi du 13 août 2004 précitée prévoit, notamment, plusieurs transferts de compétences en faveur des collectivités territoriales et de leurs groupements dont certains sont susceptibles d'intéresser les SEML. Ainsi, la constitution de SEML pour assurer un rôle de gestion et de valorisation peut être envisagée en ce qui concerne les aéroports civils, les ports autonomes, les immeubles classés ou inscrits au titre du code du patrimoine.

En second lieu, la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle autorise expressément les SEML et les sociétés coopératives d'intérêt collectif à intervenir en matière de télévision locale diffusée par voie hertzienne en mode analogique et en mode numérique.

Enfin, par dérogation au principe selon lequel les collectivités territoriales ne peuvent créer de SEML qu'au regard des compétences qu'elles détiennent, les SEML peuvent désormais intervenir dans le domaine de l'investissement hospitalier en vertu de la loi no 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique qui prévoit que les SEML peuvent réaliser des opérations relatives à des équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire.

2. Le capital des SEML

L'article L.224-2 du code de commerce édicte que le capital social des SEML doit être au minimum de 37 000 € pour les sociétés anonymes ne faisant pas appel à l'épargne et de 225 000 € pour celles y faisant appel. Ces seuils, en raison des opérations réalisées, sont plus élevés pour les SEML d'aménagement et de construction, soit respectivement 150 000 et 225 000 €.

Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements peuvent, à l'effet de créer des SEML, acquérir des actions ou recevoir, à titre de redevance, des actions d'apports, émises par ces sociétés.

La prise de participation des collectivités territoriales et groupements ne peut avoir lieu que si la société revêt la forme d'une société anonyme régie par le code de commerce, sous réserve des dispositions applicables aux SEML. Par ailleurs, ces collectivités et groupements doivent détenir séparément ou à plusieurs plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix des organes délibérants.

Des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements peuvent participer au capital de SEML locales, sous réserve, pour les États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, de la conclusion d'un accord préalable avec les États concernés, étant précisé qu'ils ne sauraient détenir séparément ou à plusieurs plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants détenus par l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs groupements.

²⁰⁷ Cf. CE, 10 octobre 1994, préfet de la région Lorraine, préfet de la Moselle ; CE, 23 décembre 1994, commune de Clairvaux d'Aveyron et autres.

3. Le concours financiers des collectivités territoriales et de leurs groupements

En leur qualité d'actionnaires, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent prendre part aux modifications du capital ou allouer des apports en compte courant d'associés aux SEML.

L'apport en compte courant d'associé doit être alloué dans le cadre d'une convention expresse entre la collectivité ou le groupement actionnaire d'une part, et la SEML d'autre part. À peine de nullité l'acte doit prévoir la nature, l'objet et la durée de l'apport, ainsi que le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération, de transformation en augmentation du capital dudit apport.

4. L'administration et le contrôle des SEML

Les structures des SEML (assemblées d'actionnaires, organes de direction...) sont régies par les règles de droit commun des sociétés commerciales qui s'appliquent.

Toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit à au moins un représentant au conseil d'administration ou conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée.

En matière de responsabilité civile, seule la responsabilité de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales peut être recherchée en cas de faute commise par l' élu dans l'exercice de son mandat, qu'il soit président de la SEML ou administrateur. Néanmoins, ce principe a des limites, notamment si l'intéressé outrepassé ses fonctions en agissant hors du champ des compétences de la SEML reconnu par la loi. Dans ce cas, sa responsabilité personnelle pourra être recherchée s'il lui est reproché un fait personnel se détachant de l'exercice de ses fonctions et considéré comme la cause d'un dommage. Il doit, alors, s'agir d'une faute lourde et inexcusable.

En matière de responsabilité pénale d'un élu président d'une SEML ou d'un administrateur, ce dernier ne bénéficie d'aucun régime dérogatoire. Ainsi sa responsabilité peut-elle être recherchée au titre des :

- incriminations fondées sur les dispositions pénales classiques applicables à l'ensemble des justiciables : atteintes à l'intégrité des personnes et des biens, à des activités réprimées par des textes spécifiques (construction, environnement...);
- incriminations reposant sur des dispositions pénales propres au droit des sociétés (abus de biens sociaux, banqueroute...);
- incriminations fondées sur des dispositions propres aux élus locaux relevant de manière générique d'atteinte à la probité (prise illégale d'intérêts, délit de favoritisme).

Les actes des SEML (délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales) sont communiqués dans les quinze jours suivant leur adoption au représentant de l'État dans le département. Il en est de même pour les concessions d'aménagement visées à l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, les comptes annuels et les rapports des commissaires aux comptes.

La modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou sur les structures des organes dirigeants ne peut intervenir sans une délibération préalable de l'organe délibérant de la SEML approuvant la modification. Le projet de modification doit obligatoirement être joint à la délibération. Précisons qu'à peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire est requis sur la modification envisagée.

5. Les modalités d'intervention des SEML

Les collectivités territoriales ont la possibilité de concéder la réalisation d'opérations d'aménagement prévues par le code de l'urbanisme à toute personne y ayant vocation. Ainsi, les SEML peuvent-elles se porter candidates pour la réalisation de ces opérations. La collectivité et la SEML concernée sont liées par un contrat définissant l'objet de celui-ci, sa durée, les conditions de rachat ou de résiliation ou déchéance par le concédant ainsi que, s'il y a lieu, les modalités d'indemnisation du concessionnaire, les obligations des parties, etc.

La Commission européenne a souligné le non-respect, par les collectivités territoriales des principes de publicité et de mise en concurrence à l'occasion des concessions publiques d'aménagement accordées aux SEML. Par ailleurs plusieurs décisions de la Cour de justice des communautés européennes ont confirmé l'analyse de la Commission²⁰⁸.

Cette jurisprudence a défini, en s'appuyant sur plusieurs critères, les organismes dits « *in house* » ou « opérateurs internes » qui, dans leurs relations avec des personnes morales de droit public dont ils dépendent, peuvent être exclus de toute procédure de publicité et de mise en concurrence lorsqu'ils sont candidats à des marchés publics.

Au regard de cette jurisprudence, les SEML sont exclues du champ d'application du « *in house* » dans leurs relations avec les collectivités territoriales en raison de la présence d'actionnaires privés en leur sein.

Le droit français a été mis en conformité avec le droit européen par la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement. Dès lors qu'une concession d'aménagement est conclue entre une collectivité territoriale et une SEML, les obligations de publicité et de concurrence doivent être respectées. Seules les concessions conclues entre une collectivité territoriale et une structure juridique publique qui est une émanation de cette collectivité échappent à cette obligation.

²⁰⁸ Cf. les arrêts *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, *Coname* du 21 juillet 2005 et *Parking Brixen* du 13 octobre 2005.

Annexe n° 5 : La société publique locale d'aménagement

La loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement autorise pour la première fois les collectivités territoriales et leurs groupements à créer des sociétés locales avec un capital à 100 % public. Destinées à réaliser des opérations d'aménagement, ces nouvelles sociétés permettent aux collectivités territoriales françaises de se conformer à la jurisprudence communautaire des prestations « *in house* », de plus en plus restrictive. Cette création était réalisée à titre expérimental pour une durée de 5 ans. Le Gouvernement devait transmettre au Parlement, au terme de ce délai, un rapport établissant un bilan d'application de ce nouveau dispositif.

1. L'aspect statutaire

L'article L.327-1 du code de l'urbanisme, issu de la loi du 13 juillet 2006, autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital.

Cette nouvelle société revêt la forme de société anonyme régie par le code de commerce et par le code général des collectivités territoriales (CGCT).

- La composition du capital social

La société publique d'aménagement dispose d'un capital social intégralement détenu par « les collectivités territoriales et leurs groupements ». Cette mesure déroge avec l'esprit du régime de la société d'économie mixte locale qui doit toujours comporter à minima une personne privée (CGCT, art. L.1521-2).

Dans sa version initiale issue de la loi du 13 juillet 2006, la SPLA devait comporter à minima sept actionnaires. Cette obligation résultait du régime de droit commun des sociétés anonymes et plus précisément de l'article L.225-1 du code de commerce. L'article 33 de la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, issu d'un amendement parlementaire, a ramené de sept à deux le nombre minimal d'actionnaires présents au capital de la société.

- Le mode d'administration

L'article L.1522-1 du CGCT dispose que les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants des sociétés d'économie mixte locales. L'article L.327-1 al 2 du code l'urbanisme, prévoit qu'une des collectivités territoriales ou un des groupements de collectivités territoriales détient au moins la majorité des droits de vote.

- L'objet social

L'objet social de la société publique locale d'aménagement est plus précis que celui des SEML. Selon l'article L.327-1, alinéa 3 du Code de l'urbanisme, ces sociétés sont compétentes pour réaliser « *toute opération d'aménagement au sens du présent code* ».

La SPLA est également compétente pour réaliser des études préalables, procéder à des acquisitions et cessions d'immeubles, procéder à des opérations de construction ou de réhabilitation immobilière, acquérir et céder des baux commerciaux, fonds de commerce ou fonds artisanaux. Elle peut exercer par délégation, les droits de préemption et de priorité et agir par voie d'expropriation si nécessaire pour l'un de ses membres.

- Les clients et le territoire d'intervention de la SPLA

L'article L.327-1, alinéa 3 du Code de l'urbanisme, prévoit que la société publique locale d'aménagement est compétente pour réaliser une opération d'aménagement seulement « *pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ». Ses clients sont obligatoirement des personnes publiques actionnaires qui limitent ce faisant son domaine territorial d'intervention.

La SPLA est donc plus contrainte à cet égard que la SEML qui peut intervenir pour des personnes qui ne participent pas à son capital.

2. Les relations contractuelles

La société publique locale d'aménagement a une compétence principale, à savoir réaliser une opération d'aménagement pour le compte d'un de ses actionnaires.

L'État et les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement à toute personne y ayant vocation. L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (précisée par les articles R.300-4 à 14 du Code de l'urbanisme).

Selon l'article L.300-5-2, cette procédure n'est pas applicable « *aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent* ».

Cet article fixe deux conditions cumulatives :

- la condition du contrôle analogue : le concédant doit exercer sur l'aménageur un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Ce sera le cas lorsque le concédant qui confiera une opération d'aménagement à la société publique locale en sera l'actionnaire au moins majoritaire. Pour les autres actionnaires, la condition du contrôle analogue n'est pas nécessairement remplie ;
- la condition de la réalisation de l'essentiel des activités pour le compte des collectivités : l'aménageur doit réaliser l'essentiel de ses activités avec le concédant ou avec les autres personnes publiques qui le contrôlent. À nouveau c'est le cas de la société publique locale d'aménagement qui institutionnellement ne peut agir que pour le compte des personnes publiques actionnaires.

Annexe n° 6 : La société publique locale

Les sociétés publiques locales (SPL) ont été créées par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales. Elles constituent une généralisation des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) créées par la loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

1. L'aspect statutaire

L'article L. 1531-1 du CGCT, issu de la loi du 28 mai 2010 précitée, autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital.

Cette nouvelle société revêt la forme de société anonyme régie par le code de commerce et le code général des collectivités territoriales applicable aux sociétés d'économie mixte locales sous certaines réserves et non des moindres.

- La composition du capital social

Les actionnaires sont au minimum de 2 et non de 7 comme dans une SA ordinaire modèle de la SEML et ils doivent être obligatoirement des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales.

À la différence des SPLA, il n'existe pas d'obligation d'avoir un actionnaire majoritaire, ce qui ne devrait pas être d'un grand intérêt en pratique. Le capital minimum est celui d'une société anonyme soit 37 000 euros (conformément à l'article L.224.2 du Code de Commerce).

Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L.1522.3 du CGCT, les SPL ayant pour objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels destinés à la vente ou à la location doivent avoir un capital minimal de 225 000 euros et les SPL ayant pour objet l'aménagement doivent avoir un capital de 150 000 euros.

- Les clients et territoire d'intervention

Les clients de la société ne peuvent être que ses actionnaires ainsi que le précise l'article L. 1531-1 : « *ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* ». Une SPL ne peut donc intervenir même de manière accessoire pour d'autres que ses membres.

- L'objet social

L'article L.1531-1 du CGCT prévoit en son deuxième alinéa que « *ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L.300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes activités d'intérêt général* ».

Cette rédaction est quasiment identique à l'article L.1521-1 relatif à l'objet des SEML. Il définit un champ d'intervention très large à destination exclusive des actionnaires de la société et sur leur territoire. Une commune, un département, une région, un EPCI pourront donc confier à une SPL la construction et la gestion de logements sociaux, la construction et la gestion de parkings, l'exploitation des réseaux d'eau, d'assainissement, de transports publics, l'enlèvement et le traitement d'ordures ménagères, la gestion d'équipements à caractère sportif, culturel et touristique...

Le juge judiciaire sera chargé de veiller au respect de la spécialité à la fois matérielle et territoriale de la SPL car il s'agit des actes d'une société anonyme.

Comme pour les SEML, la répartition des compétences entre les communes et leurs groupements peut conduire à des difficultés quant à la participation au capital de la SPL. C'est la question qu'a dû trancher le Tribunal administratif de Lille dans sa décision « CC Sambre Avesnois²⁰⁹. Il s'agissait de la transformation d'une SEML en SPL qui entraînait l'éviction au capital des actionnaires minoritaires et ne laissait subsister que deux actionnaires dont l'un (le syndicat mixte) avait transféré une partie de ses compétences à l'autre (la communauté d'agglomération). Bizarrement le juge administratif n'a pas utilisé le deuxième alinéa de l'article L.1521-1 du CGCT pour arriver autrement et plus sûrement à la même solution en permettant à deux collectivités ou établissements publics de figurer ensemble dans le capital de la SPL pour une compétence partagée d'intérêt communautaire.

2. Les relations contractuelles

La SPL est une entreprise au sens du droit de la concurrence mais pas un opérateur agissant pour un marché concurrentiel au sens du droit de la mise en concurrence qui est le droit de la commande publique. C'est un opérateur dédié et c'est à ce titre que ses relations contractuelles sont soumises à un régime dérogatoire.

- La gestion des services publics locaux à caractère industriel ou commercial

Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du CGCT sont soumises à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (article L.1411-1 du CGCT) .L'article L.1411-12 du CGCT prévoit que ces dispositions ne s'appliquent pas au SPL dès lors que la personne publique délégante exerce un contrôle comparable sur la SPL à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement.

- Les autres activités confiées à la société publique locale

Pour ces relations contractuelles dites en amont, la société publique locale relève normalement du « in house » tant en droit interne qu'en droit communautaire. Elle a pour l'essentiel été créée dans ce but qu'il s'agisse de lui confier une opération d'aménagement, une opération de construction ou l'exploitation d'un service public ou encore d'une activité d'intérêt général.

Les deux critères du contrôle comparable et de l'activité exclusive sont, en principe, remplis du fait même de l'organisation de la société et les contrats concernés sont de droit dispensés des obligations nationales et communautaires de publicité et mise en concurrence.

Concernant le critère du contrôle analogue, il nécessite un examen au cas par cas des statuts afin de déterminer le degré de contrôle de la (ou les) collectivité(s) sur chaque SPL²¹⁰.

Selon la circulaire du 29 avril 2011 de la DGCL (NOR : COTB1108052C), « *il ressort des jurisprudences communautaires qu'une société détenue par plusieurs actionnaires publics ne pourra être considérée comme étant dans une situation de « in house » avec l'ensemble de ses actionnaires, y compris minoritaires, que s'il existe un lien de dépendance institutionnel très fort, excluant l'autonomie du cocontractant* ». Ce point de vue est confirmé par l'Autorité de la Concurrence dans son avis de 2011 relatif à la création des

²⁰⁹ TA Lille ord 29 mars 2012, req. no 12011729, « Communauté de communes Sambre Avesnois », *AJDA*, 2012. 1521, sous note S. Brameret.

²¹⁰ Cf. CJCE 11 mai 2006, aff. C- 340/04, Carbotermo SpA et Consorzio Alisei au Comune di Busto Arisizio.

SPL²¹¹. Pour cette autorité, « *l'exigence d'un contrôle analogue sur la SPL à celui existant sur une structure interne à la collectivité appelle une vigilance particulière de la part des collectivités de rattachement lors de la définition et de l'application des statuts de leur SPL.* ». Les risques encourus en cas de non-respect des critères régissant les relations de quasi-régie, sont à la fois, la violation des règles de la commande publique, et le délit pénal de favoritisme réprimé par l'article 432-14 du Code pénal.

En revanche, les contrats conclus par le SPL avec des tiers dits en aval seront soumis aux impératifs de publicité et de mise en concurrence. Les SPL sont des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire et doivent respecter les obligations résultant de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics et de son décret d'application n°2005-1742 du 30 décembre 2005. Elles peuvent relever soit du 4o du I de l'article 3 de l'ordonnance applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, soit du 1o du I de l'article 3 de l'ordonnance applicable aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial majoritairement financés et contrôlés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics.

Comme le prévoit le II de l'article 3 de la même ordonnance, les SPL et les SPLA ont toujours la possibilité de se soumettre volontairement au code des marchés publics. Cela devient une obligation quand elles agissent dans le cadre d'un mandat tel que celui prévu par la loi no 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Agissant au nom et pour le compte d'une des collectivités ou groupements actionnaires, elles sont soumises aux mêmes règles.

3. Les contrôles

Comme les SEML, les sociétés publiques locales sont soumises à un double contrôle soit en tant que sociétés de droit privé, soit en tant qu'entreprises publiques.

En qualité de SA, la SPL est soumise aux contrôles d'un commissaire aux comptes conformément à l'article L.225-218 du Code de commerce. Il vérifie chaque année les comptes de la société et certifie que ces comptes sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice.

En application de l'article L.234-1 du même code, il dispose d'une obligation d'alerte qui lui permet de demander des explications au Président du Conseil d'Administration ou du Directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

En qualité d'entreprise publique, la SPL est soumise à un double contrôle. D'abord celui du préfet qui contrôle la légalité des actes de la société. L'article L.1524-1 du CGCT organise même une procédure de transmission obligatoire de certains actes et ce contrôle spécifique peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale et territoriale des comptes par le préfet s'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une collectivité actionnaire ou à accroître le risque encouru par une collectivité qui a accordé sa garantie à un emprunt contracté par ladite société. Ensuite, celui des chambres régionales des comptes qui, en application des articles L.211-4 et suivants du code des juridictions financières peuvent vérifier les comptes de la SPL et sa gestion. Elles peuvent également assurer ces vérifications sur demande motivée, soit du représentant de l'État, soit de l'autorité territoriale.

²¹¹ Aut Conc, avis n°11-A-18, 24 nov. 2011.

Annexe n° 7 : La société d'économie mixte à opération unique

La loi n°2014-744 du 1er juillet 2014 permet la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. Cette nouvelle société d'économie mixte vise à mettre à la disposition des collectivités territoriales un nouvel outil en adaptant le droit français à la notion européenne de partenariats public-privé institutionnels (PPPI).

À la différence des SPL et SPLA, composées exclusivement d'actionnaires publics, la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) est une véritable société d'économie mixte en raison de la présence obligatoire d'actionariat privé. La création de cette nouvelle catégorie de société est destinée à surmonter la réticence du Conseil d'État à introduire dans le droit français le partenariat public-privé institutionnalisé. En effet, du point de vue du droit français des contrats administratifs, il est impossible d'attribuer un contrat à une entité qui n'existe pas encore et qui, se faisant, n'a pu se porter candidate, d'où l'idée d'une « Sem-Contrat ». Ainsi, au lieu de recourir à une double procédure de mise en concurrence (sélection du partenaire privé du PPPI puis attribution du contrat à l'entité à capital mixte créé), un unique appel à concurrence permet de choisir l'un et l'autre, l'actionnaire et le cocontractant.

La SEMOP revêt la forme d'une société anonyme régie par le livre II du Code de commerce et par le titre II du livre V de la première partie du CGCT, sauf dérogations expresses.

1. La constitution du capital

Elle est créée par au moins deux actionnaires, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales et *a minima* un actionnaire opérateur économique. La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société. La part du capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %.

Si le législateur a autorisé la constitution d'une société d'économie mixte locale à minorité publique, en revanche, il prévoit que la participation publique ne peut pas descendre en dessous de la minorité de blocage. L'actionnaire public est ainsi assuré de disposer d'au moins 34 % des voix dans les organes délibérants et de disposer de la présidence du conseil d'administration ou de surveillance, selon le mode de gouvernance choisi par les statuts.

2. La définition de l'objet social

L'article L.1541.1, I du CGCT, prévoit que la SEMOP est constituée à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales actionnaires. L'objet social unique peut être modifié pendant toute la durée du contrat. Il consiste soit dans la réalisation d'une opération de construction, développement du logement ou aménagement, soit dans la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit pour tout autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement.

Le champ est large et recoupe celui des SEML tel que défini par l'article L.1521-1 du CGCT à la différence notable qu'il s'agit ici d'un objet unique à choisir parmi ceux autorisés. Quel que soit son objet, la SEMOP est créée pour une durée limitée, celle de l'exécution du contrat pour lequel elle a été constituée. Celui-ci peut inclure la conclusion entre la SEMOP et la collectivité territoriale ou le groupement d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de son objet ce qui prolonge d'autant la durée de vie de la société contractante.

3. Le choix de l'actionnaire opérateur économique et futur cocontractant

L'article L.1541-2, I du CGCT prévoit que la sélection du ou des opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la SEMOP mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence, respectant les procédures applicables aux délégations du service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement, ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu.

La mise en œuvre de cette procédure globale de sélection permet de choisir à la fois l'actionnaire et le cocontractant, à condition que le choix de l'actionnaire privé respecte les règles applicables à la conclusion du contrat qui sera ensuite conclu avec la société constituée dans ce but et dans ce seul but. L'opérateur privé qui entre dans le capital de la SEM va obligatoirement ensuite participer à l'exécution d'une opération qui lui sera confiée par la SEM. C'est une création *ex nihilo* en vue de la réalisation de la prestation et non une prise de participation de l'opérateur privé dans le capital d'une société déjà titulaire du contrat.

L'avis d'appel à la concurrence doit comprendre à la fois les informations obligatoires selon la nature du contrat destiné à être conclu mais aussi un document de préfiguration décrivant, conformément à l'article L.1541-2, III, 1o et 2o du CGCT, les principales caractéristiques de la future société d'économie mixte à naître (répartition du capital, gouvernance...), et le coût global prévisionnel de l'opération.

L'article L.1541-2 IV prévoit que le coût global est apprécié en tenant compte de la souscription au capital et au financement de la société.

À l'issue de la mise en concurrence, et de la sélection du candidat, la société est créée et le contrat peut alors être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement et la SEM qui est substituée à l'opérateur privé sélectionné devenu actionnaire de la dite SEM.

4. L'administration de la société et les contrôles

- Le contrat de société

Les éléments constitutifs du contrat de société doivent être nécessairement présents à savoir un apport, la volonté de participer aux bénéfices ou de contribuer aux pertes et l'*affectio societatis*.

Les statuts de la SEMOP fixent le nombre de sièges d'administrateurs ou de membre du conseil de surveillance dont dispose chaque actionnaire. Ils sont attribués en proportion du capital détenu comme dans une SA de droit commun, ainsi la collectivité territoriale ou le groupement détient 34 % au moins des voix dans les organes délibérants avec obligatoirement le poste de président. Ces éléments sont connus en amont par l'opérateur privé intéressé puisqu'ils figurent dans le document de préfiguration de la future SEMOP au moment de l'avis d'appel public à concurrence. Le candidat sait qu'il devra intégrer une SEM et il en connaît les principales caractéristiques (montant et répartition du capital, règles de gouvernance, modalités de contrôle, règles d'évolution de l'actif et du passif lors de la dissolution de la société).

La société est ensuite dissoute de plein droit au terme du contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

Si en cours d'exécution du contrat il survient une modification dans la situation juridique de la collectivité ou du groupement (transformation, fusion, rattachement différent, transfert de la compétence, objet du contrat) les actions correspondantes sont cédées à la valeur nominale à la nouvelle collectivité territoriale ou au nouveau groupement. Ainsi, la collectivité ou le groupement bénéficiaire de la cession est substitué au cédant dans tous les actes, délibérations, contrats et décisions en lien avec l'objet de la SEMOP.

- La SEMOP, un pouvoir adjudicateur

La SEMOP sera qualifiée de pouvoir adjudicateur lorsqu'elle va passer des contrats pour exécuter l'opération que lui a confiée la collectivité territoriale ou le groupement. Ainsi échappe-t-elle au droit de la mise en concurrence pour le contrat initial mais pas au droit de la concurrence pour la réalisation de ses activités. L'inclusion de la SEMOP dans les pouvoirs adjudicateurs est expressément prévue par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumis au code des marchés publics, complétée par le décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005. La question de la mise en concurrence se déplace...

- Les contrôles

Comme les SEM locales, la SEMOP est soumise à divers contrôles, parce qu'elle est une société anonyme de droit privé et une entreprise publique.

En qualité de SA, elle est soumise aux contrôles d'un commissaire aux comptes conformément aux articles L.820-1 et suivants du code de commerce. Il vérifie chaque année les comptes de la société et certifie qu'ils sont bien réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de l'exercice. Il dispose d'une obligation d'alerte qui lui permet de demander des explications au président du conseil d'administration ou du directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

En qualité d'entreprise publique, elle est soumise à un double contrôle, sans même parler de celui des assemblées délibérantes des collectivités ou groupements actionnaires.

D'une part, le préfet vérifie la légalité des actes de la société. L'article L.1524-1 du CGCT organise même une procédure spécifique de transmission obligatoire de certains actes et ce contrôle peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale et territoriale des comptes par le préfet s'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une collectivité actionnaire ou à accroître le risque encouru par la collectivité qui a accordé sa garantie à un emprunt contracté par ladite société.

D'autre part, celui des chambres régionales des comptes qui, en application des articles L.211-4 et suivants du code des juridictions financières peuvent vérifier les comptes de la SEMOP et sa gestion. Elles peuvent également assurer ces vérifications sur demande motivée, soit du représentant de l'État, soit de l'autorité territoriale. L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations.

Annexe n° 8 : La société publique locale d'aménagement d'intérêt national

L'article 47 de la loi n°2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain a créé une nouvelle catégorie d'entreprises publiques, les sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLA-IN), qui s'ajoute aux SPLA dont le régime juridique reste inchangé.

Les SPLA-IN sont régies par des dispositions communes aux SPLA, fixées à l'article L.327-1 du code de l'urbanisme, et par des dispositions propres déterminées à l'article L.327-3 du même code. À la différence des SPLA, leur capital serait partagé entre les collectivités territoriales, leurs groupements et l'État selon la clef de répartition suivante :

a) au moins une collectivité territoriale ou un groupement devrait participer à la SPLA-IN et détenir 35 % au moins de son capital et des droits de vote. Dans l'hypothèse où l'une des collectivités actionnaires fusionnerait avec une autre, ses actions dans la SPLA-IN seraient cédées à leur valeur nominale à la nouvelle collectivité ;

b) l'État, ses établissements publics d'aménagement (EPA) ou Grand Paris Aménagement détiennent la totalité du capital de la SPLA-IN.

Les SPLA-IN doit permettre ainsi à l'État de participer à des opérations d'aménagement en collaboration avec les collectivités territoriales. En effet, d'après l'étude d'impact, « certaines opérations conduites à l'échelle d'un territoire élargi nécessitent une mobilisation conjointe des collectivités locales (...) et de l'État ou de leurs établissements publics sur la durée, de par leur complexité et des intérêts en cause dépassant le cadre local ».

Ainsi, les SPLA et les SPLA-IN poursuivraient des objectifs comparables mais sur un périmètre différent :

- les SPLA conservent leur caractère strictement local et réalisent des opérations pour le compte et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements actionnaires ;

- les SPLA-IN peuvent réaliser, organiser ou contrôler des opérations d'aménagement relevant de la compétence des collectivités territoriales actionnaires, de leurs groupements mais également de l'État.

En l'absence de précisions complémentaires, le périmètre d'intervention des SPLA-IN serait donc relativement large : il pourrait concerner les projets d'intérêts majeurs mais également toute opération d'aménagement d'envergure locale ou nationale.

Ces deux outils pourraient collaborer, une SPLA pouvant intervenir pour le compte d'une SPLA-IN si une même collectivité territoriale est actionnaire de ces deux structures. Dans la même logique, les SPLA et les SPLA-IN pourraient collaborer avec les sociétés publiques locales (SPL).

Comparaison entre le régime des SPLA et celui des SPLA-IN

	SPLA - (sociétés déjà existantes)	SPLA-IN - (sociétés créées - par le projet de loi)
Actionnaires	Collectivités territoriales - et leurs groupements	Collectivités territoriales, leurs groupements, l'État - ou ses établissements publics d'aménagement ou Grand Paris Aménagement
Pourcentage minimal des droits de vote détenue - par la collectivité territoriale - « chef de file »	50 %	35 %
Application du principe -du « in-house »	Oui	
Missions	Missions de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme - (Cf. le tableau supra)	
Droit de préemption - et de procéder - à des expropriations	Oui	
Périmètre d'intervention	Opérations pour le compte - et sur le territoire des collectivités territoriales - et des groupements actionnaires	Opérations d'aménagement relevant de la compétence - des collectivités territoriales et des groupements actionnaires ; Opérations relevant de la compétence de l'État
Activité	Réalisation des opérations	Organisation, réalisation et contrôle des opérations

Source : Commission des lois du Sénat

Annexe n° 9 : Panorama du contrôle exercé par le juge financier sur les EPL

Le juge financier exerce un contrôle étendu sur les EPL

Les Chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) peuvent, sur le fondement de l'article L.211-4 du code des juridictions financières (CJF), assurer la vérification des comptes des SEML²¹² et des SPL/SPLA²¹³ et examiner leur gestion. Cet examen porte, selon l'article L.211-8 du même code, sur « *la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée ou l'organe délibérant* ». À la différence des contrôles exercés par les CRTC sur les collectivités territoriales, ce contrôle revêt un caractère facultatif. Pour autant, les CRTC intègrent de plus en plus les EPL dans leur programmation, et tentent au surplus souvent de mener de front le contrôle d'une collectivité territoriale et des EPL dont cette dernière est actionnaire majoritaire. Entre 2001 et 2011, les CRTC ont contrôlé 418 sociétés, soit environ 40 % du nombre total des EPL, selon les données fournies par les rapports publics annuels de la Cour des comptes. Ces interventions sont donc de nature globale et sont susceptibles de porter sur toutes les dimensions de l'activité des EPL et de leurs relations avec leurs actionnaires.

Les chambres régionales des comptes peuvent, par ailleurs, être saisies par le préfet²¹⁴, si celui-ci estime, au vu des documents qui lui sont transmis, qu'une délibération du conseil d'administration de la société est de nature à augmenter la charge financière des collectivités actionnaires²¹⁵, ou le risque encouru par des collectivités ayant apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société. Cette disposition s'applique également aux SPL/SPLA²¹⁶. Cette attribution n'est que rarement exercée, faute de saisines des préfets (12 saisines par exemple entre 1997 et 2009²¹⁷).

L'encadré ci-après dresse la typologie des contrôles exercés par les CRTC sur les EPL.

Typologie des contrôles des CRTC sur les EPL²¹⁸

1- Observations d'ordre statutaire

- cas d'une collectivité détenant une part supérieure au maximum légal, de manière directe (CRC PACA, *SEM Martigues communication*, 22 mars 2004, ou au moins transparente avec l'immixtion d'une association sportive largement subventionnée par la commune actionnaire (CRC Ile-de-France, 27 août 2007, *SEMSL US Créteil*) ;
- cas d'une commune actionnaire d'une SEM dont l'objet social correspondait à une compétence transférée par ladite commune à un EPCI ; et qui omet de céder une partie de ses parts à cet EPCI en violation de l'article L.1521-1 du CGCT (CRC Bourgogne, 10 nov. 2006, *SEM Loire et Nohain*) ;
- situation d'un représentant d'une collectivité ayant approuvé une modification statutaire (objet social, composition du capital) sans l'accord de l'assemblée délibérante contrairement aux dispositions de l'article L.1524-1 du CGCT (2 févr. 2006, *SEM de la Butte-Monceau*).

2- Observations sur le fonctionnement des instances dirigeantes

²¹² Cf. l'article L.211-4 du CJF : « *La chambre régionale et territoriale des comptes peut assurer la vérification des comptes des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales, leurs établissements publics ou les établissements publics nationaux dont le contrôle leur a été délégué en application de l'article L.111-9 apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou dans lesquelles ils détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.* ».

²¹³ Le dernier alinéa de l'article L.1531-1 du CGCT soumet les SPL aux dispositions régissant le contrôle des SEML (« *Sous réserve des dispositions du présent article, elles sont soumises au titre II du présent livre* »).

²¹⁴ Gilles Miller et Alain Levat, « Les chambres régionales des comptes et le contrôle des SEML », *AJDA*, 28 sept.2009, p.1708.

²¹⁵ Cf. les dispositions combinées de l'article L.235-1 du CJF et de l'article L.1524-2 du CGCT.

²¹⁶ Cf. le dernier alinéa de l'article L.1531-1 du CGCT, *op-cit.*

²¹⁷ Gilles Miller et Alain Levat, « Les chambres régionales des comptes et le contrôle des SEML », *op-cit.*

²¹⁸ *Ibid.* pp.1701-1709.

Augmentation de capital par le conseil d'administration en l'absence de délégation (CRC Poitou-Charentes, 4 sept.2007, *SEM Golf de Loudun-Roiffé*).

3- Observations sur le contrôle exercé par les collectivités actionnaires et l'État

- défaut d'information chaque année du conseil municipal sur la situation de la société (CRC Nord-Pas-de-Calais, 21 juin 2005, *Mareis*) ;
- défaut de transmission des délibérations du conseil d'administration et de l'assemblée générale au préfet dans les quinze jours suivant leur adoption en violation de l'article L.1524-1 du CGCT (CRC Aquitaine, 22 juin 2007, *Sémitour-Périgord*).

4- Observations sur les comptes

Elle porte sur la fiabilité des comptes :

- imprécision des notions employées : chiffre d'affaires, contenu des rubriques du compte de résultat ;
- données comptables ne correspondant pas au bilan de l'exercice (CRC Pays-de-la-Loire, 19 déc. 2006, *SEM Vendée expansion*) ;
- absence de comptabilité distincte par opération de la part des SEM d'aménagement ou encore de montants distincts à l'actif et au passif des comptes de bilan de la convention d'aménagement, de la convention de mandat et des opérations (CRC Nord-Pas-de-Calais, 10 avril 2007, *SEM Delta*).

5- Observations sur la situation financière

- prévisions trop optimistes sur l'activité de la société, les ventes de biens immobiliers par exemple ;
- des charges financières élevées grevant les capacités d'investissement ou faussées par des subventions d'équilibre (CRC Midi-Pyrénées, 13 sept. 2006, *SEMTAX*).

6- Observations sur les aides publiques

- avances en compte courant accordées alors que les capitaux propres de la société étaient devenus inférieurs à la moitié du capital social en contradiction avec l'article L.1522-5 du CGCT selon lequel aucune avance ne peut être accordée si les capitaux propres d'une société, du fait des pertes constatées, sont devenues inférieures à la moitié du capital social ou encore des parts en compte courant d'associés dépassant la période de deux ans, éventuellement renouvelable une fois. Une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance (CRC Réunion, 11 oct. 2004, *SEMITTEL*).

7- Observations sur la gestion des SEML

- tardiveté à conclure sur l'insuffisance d'activité de la société ;
- augmentation excessive des dépenses de personnel sans rapport avec l'évolution de la société²¹⁹ (CRC Île-de-France, 8 mars 2006, *Sté nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel*) ;
- caractère excessif des primes allouées au personnel, indemnités transactionnelles de départ des cadres très élevées²²⁰ ;
- manque de maîtrise des frais généraux (dépense de communication, frais professionnels, CRC Île-de-France, 22 sept.2006, *SAEMES*).

²¹⁹ V. aussi le rapport de la CRC d'Île-de-France, *Semeco*, 25 septembre 2015 (en ligne), qui pointe la faiblesse des marges de manœuvre de la société d'exploitation d'équipements collectifs (SEMECO), adossée à la commune de Bobigny, du fait de l'augmentation continue de ses charges de personnel (en 2010 : 57,8 % des charges de personnel sur les charges de gestion et 63,5 % en 2014).

²²⁰ CRC Rhône-Alpes, 26 nov. 2010, rapport d'observations définitives sur la *SEM du domaine thermal d'Allevard*, Exercices 2007 à 2009 : cas d'une SEM qui a majoré, sans délibération correspondante de son conseil d'administration, de 33 % le traitement mensuel de son directeur malgré la dégradation de sa situation financière, en ligne. V. aussi le cas de la rémunération du directeur général de la SEMARDEL qui a perçu en 2014 près de 581 000€, soit un dépassement de 29 % par rapport au plafond de 450 000 € de rémunération fixe et variable applicable depuis 2012 aux dirigeants des entreprises et établissements publics nationaux (décret n°2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants des entreprises publiques relevant de l'État). Cf. CRC d'Île-de-France, *Société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (Semardel)*, Exercices 2011 à 2015, – Observations définitives, 16 déc.2016, p.10.

8- Observations sur les opérations conduites par les sociétés en tant que mandataires ou délégataires

- durée excessivement longue des DSP (CRC Île-de-France, 22 sept.2006, *SAEMES*) ;
- mise à la charge de la collectivité de tous les risques d'exploitation (CRC Île-de-France, 8 mars 2006, *Sté nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel*) ;
- défaut de mise en concurrence et de publicité préalable des DSP en violation de la loi Sapin 1 (art.48-1, CRC Pays-de-la-Loire, 14 avril 2008, *Sacola*) ;
- commission d'appel d'offres écartant des offres sur le motif de l'éloignement géographique d'un candidat (CRC Île-de-France, 11 mai 2006, *Semmodev*) ;
- défaut de maîtrise des opérations d'aménagement (CRC Île-de-France, 19 févr. 2007, *SEMVHER*).

En cas d'irrégularités et d'anomalies, la CRC a la faculté de saisir le Parquet²²¹ ou la Cour de discipline budgétaire et financière²²² par l'organe du ministère public. Ainsi la Chambre territoriale des comptes de Polynésie a-t-elle préconisé au Territoire de la Polynésie, qui avait créé une SEM chargée du traitement des déchets ménagers, alors que cette compétence appartenait aux communes, de régulariser cette situation, et le Territoire a suivi ces recommandations²²³.

La Cour des comptes s'appuie enfin sur les travaux des chambres, soit pour les relayer, soit pour leur donner une amplification, notamment par des insertions dans son rapport public ou dans des rapports thématiques²²⁴.

Un exemple de contrôle d'une entreprise publique locale par les CRC :

la société d'économie mixte de Paul Armagnac (SEMPA)²²⁵

Achévé en 1960, le circuit automobile Paul Armagnac de Nogaro appartient au département du Gers. Il a fait l'objet d'un contrat d'affermage, d'une durée de 10 ans à compter du 1^{er} janvier 2008, avec la SEMPA. Cette société, dont le capital est détenu majoritairement par le département du Gers, a développé son activité dans quatre directions, la location du circuit, l'école de pilotage, la publicité et la vente de prestations (restauration, hébergement, structures et chapiteaux, services sous-traités). Elle a confié à l'association sportive automobile Armagnac Bigorre (ASAAB), subdélégataire du contrat d'affermage, l'organisation des compétitions sportives. Le contrôle de la chambre régionale et territoriale des comptes d'Occitanie a mis en évidence la situation financière particulièrement difficile de la SEMPA, du fait d'une activité en régression (chiffre d'affaires en diminution de 23,5 % en 2014 comparé à 2008), d'une exploitation déficitaire et d'une absence de stratégie claire d'investissement. Le fermier a reporté sur le département ses difficultés de gestion, puisqu'il a bénéficié de sensibles diminutions de la redevance et fait supporter au délégant des différés de paiement de la redevance résiduelle. Après trois exercices déficitaires, la SEMPA s'est séparée en décembre 2011 de son directeur général recruté en 2008, avec une indemnité de rupture conventionnelle de 190 000 €, soit 19 mois de salaire net. Un tel montant apparaît disproportionné à la fois avec la faible ancienneté de l'intéressé et les résultats de la SEM sous sa direction (tous déficitaires).

La Cour s'attache à pointer certaines dérives de l'économie mixte locale. Par exemple reprenant les observations de la CRC du Nord-Pas-de-Calais en 2002, la Cour s'est intéressée aux développements de la réalisation de la ligne maritime entre Dieppe et le port de Newhaven, qui avait donné lieu à la création d'une SEML. En 2009, elle a relevé que le Département de la Seine-Maritime était « *appelé à supporter seul*

²²¹ Art.150 du CJF, cf. Cass. crim, 17 nov.2004, *M. Louis X Pierre et Eliane Z*, dans laquelle le commissaire du gouvernement près la CRC de Lyon avait saisi le parquet de Grenoble de faits ayant entraîné l'ouverture d'une information à l'issue de laquelle ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel des chefs de faux aggravés, détournement de fonds publics, abus de confiance et escroquerie Pierre Y, gérant de la société Y à laquelle une SEML avait confié divers travaux.

²²² Art. 314-1 du CJF.

²²³ CTC Polynésie française, ROD, 24 août 2010, *Sté Environnement Polynésien*, n°1.1 et 5.

²²⁴ S. Brameret, *op-cit*, p.211.

²²⁵ Cf. le rapport public annuel 2017 de la Cour des comptes, 7 février 2017, p.58.

essentiel d'un déficit d'exploitation, assumant seul les conséquences d'une décision qu'il a prise sans analyse sérieuse préalable²²⁶ ».

Les démembrements de la Ville de Levallois-Perret²²⁷

- Une commune concédante des opérations d'aménagement à la SEMARELP, SEM d'aménagement, qui possède deux filiales qu'elle contrôle à 100 % pour le stationnement en voirie et pour la promotion immobilière ;
- la hausse de la dette de la commune est liée à la souscription par cette dernière d'emprunts bancaires, en contrepartie des prêts qu'elle a accordés à la SEMARELP ; la participation communale évaluée à 89 M€ en 2009 s'établit à 273 M€ fin 2014, en raison de l'opération « Front de Seine » ;
- manquements aux modalités d'administration et de contrôle d'une SEM par une collectivité actionnaire, telles des modifications entre les rapports de gestion de la SEM et celles des rapports d'activité soumis au conseil municipal, absence de délibérations de ce conseil et de bilan annuel des acquisitions et cessions, absence d'annexes obligatoires des conseils d'administration sur ses engagements externes hors bilan, ou encore opacité dans les attributions de logements du domaine privé de la commune ;
- des pratiques contraires au droit de la commande publique : marché relatif à la gestion du patrimoine privé de la commune passé sans allotissement ; gestion du stationnement urbain assurée par une filiale de la SEMALREP avec un soutien de la commune par la hausse des tarifs usagers pour compenser les pertes occasionnées par la gestion des parcs souterrains.

Lors de son examen de gestion de la SEM du grand projet de territoire de VO-Koné-Pouembout (SAEM VKP²²⁸), compétente en matière d'aménagement et d'habitat et réunissant la province Nord et trois communes, la Chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie a souligné la nécessité de refonder la gouvernance d'entreprise : Les comptes sociaux ne sont pas déposés et les instances de pilotage prévues par le pacte d'actionnaires ne sont pas mises en place, tel le comité d'engagement. La stratégie de la société est à redéfinir, du fait que les mandats publics confiés par les collectivités ne lui permettent pas de couvrir ses coûts de structure et qu'elle est handicapée par la concurrence d'autres SEML intervenant dans le domaine de l'aménagement, de la construction publique dans la Province Nord. La CTC a relevé aussi l'absence d'un document décrivant les procédures et l'organisation comptable prévu par l'article R.123-72 du code de commerce²²⁹, la nécessité de fiabiliser les processus de gestion et d'instaurer un contrôle interne.

De même, dans son rapport sur la SEM immobilière de Vichy²³⁰, la CRC d'Auvergne-Rhône-Alpes a noté que la société composée des deux principaux actionnaires, la Ville de Vichy et la Caisse des dépôts et consignations remplissait le rôle dévolu aux actionnaires, avec un processus d'information régulier au profit du conseil municipal.

L'examen de la gestion de la SEM intercommunale d'amélioration et de la circulation et du stationnement entre les villes de Nice et de Cagnes (SEMIACS²³¹) par la CRC PACA résume toutes les dérives de gestion auxquelles sont exposées les SEML : absence de contrôle interne et externe, déficit de contrôle des deux communes actionnaires, élus membres du conseil d'administration de la SEM ne recevant pas d'informations des services de la ville de Nice, les informations en leur possession souffrant parfois d'un défaut de fiabilité important, rareté des réunions de la commission d'appel d'offres même pour les marchés importants passés par la SEMIACS ces dernières années, attribution de contrats importants dans

²²⁶ CRC Haute-Normandie, ROD, 13 déc. 2002, *Département de la Seine-Maritime*, et Cour des comptes, rapport public annuel pour 2008, pp.363-385.

²²⁷ *Ibid.*, le rapport public annuel de la Cour des comptes 2017 « *La commune de Levallois-Perret et ses démembrements, une gestion imbriquée et opaque* », p.489-522.

²²⁸ CTC de Nouvelle-Calédonie, *Rapport d'observations définitives à la suite de l'examen de gestion de la SAEM VKP*, ROD n°2016-0002 du 10 mars 2016, pp.1-84.

²²⁹ *Ibid.*, p.25.

²³⁰ CRC d'Auvergne, *Société d'économie mixte immobilière de Vichy (SEMIV)*, 26 août 1994, en ligne.

²³¹ CRC PACA, *SEMIACS*, exercice 2008 et suivants, 21 sept.2015, en ligne.

des conditions juridiquement très contestables et financièrement très défavorables aux intérêts de la SEMIACS, masse salariale importante, en progression rapide, avec des avantages collectifs importants, et des rémunérations individuelles dynamiques ainsi que de nombreux recrutements et promotions marqués par les liens familiaux et personnels. Exemple rarissime, du fait de l'ampleur et de la récurrence des irrégularités constatées, la chambre ne formule aucune recommandation ponctuelle. Elle se borne à appeler les collectivités à la reprise du contrôle de la société par son actionnaire principal et son conseil d'administration.

Les chambres régionales des comptes sont également attentives au respect des obligations d'information des collectivités actionnaires.

Le code de commerce (article L.225-100) prévoit le principe et le contenu du rapport annuel de gestion présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires et le code général des collectivités territoriales (article L. 1524-5) prescrit, par ailleurs, l'établissement d'un compte rendu de leurs représentants au sein des conseils d'administration ou aux conseils de surveillance des SEM.

Dans l'espèce *Allevard*²³², la CRC de Rhône-Alpes relevait que le conseil municipal de cette commune se bornait à examiner un rapport du délégataire de service public, relevant de l'article L.1411-3 du CGCT, ce qui constituait une base légale manifestement erronée, en l'absence de toute délégation de service public liant la commune à la SEM. En effet, le rapport des représentants des actionnaires aux assemblées délibérantes qui les ont désignés ne doit pas être confondu avec celui présenté par le président du conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires de la société. La Chambre relevait aussi que les rapports annuels de gestion présentés par le président du conseil d'administration à l'assemblée générale restaient, en matière comptable et financière, trop peu précis.

Un autre risque est patent, celui de la confusion des genres entre collectivité actionnaire et SEM.

C'était le cas de la de SEM de Maurepas²³³, dont la commune de Maurepas dispose de 80 % du capital et de la majorité absolue des administrateurs, avec pour président-directeur-général le maire de cette commune. Les relations entre la SEMAU et la commune de Maurepas sont caractérisées par une confusion de leurs intérêts qui s'exprime notamment dans une rédaction des contrats parfois ambiguë, entraînant une interprétation des clauses tantôt au détriment de la commune, tantôt à celui de la SEMAU. Cette confusion est accentuée par un manque de transparence dans le calcul des coûts des différentes catégories de prestations, comme de rigueur d'imputation des charges entre la SEM et la commune.

Dans l'affaire de la SAEM du Lioran²³⁴, détenue à 69,5 % de son capital par le département du Cantal, qui détient 69,5 % de son capital, afin qu'elle exploite le domaine skiable de la station du Lioran, la Chambre régionale et territoriale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes a relevé que le choix de la SAEM, seul candidat à la reprise du contrat en 2014, n'a pas permis au département de transférer les risques d'exploitation et d'endettement à une entité juridique réellement distincte de lui-même. Ainsi, compte tenu de l'importance historique de la station pour la collectivité, en cas de défaillance de la SAEM, son engagement irait sans doute au-delà des seules garanties d'emprunts apportées et du capital souscrit dans la société. La gestion de la SEM est marquée également par l'absence de contrôle interne et une organisation en matière de commande publique peu formalisée, la société cultivant des relations de gré à gré et réservant en conséquence ses achats à quelques fournisseurs et prestataires de longue date.

²³² CRC de Rhône-Alpes, 26 nov.2010, *SEM du Domaine thermal d'Allevard*, exercice 2007 à 2009, en ligne.

²³³ CRC d'Île-de-France, *Sem de Maurepas*, 6 novembre 2009, en ligne.

²³⁴ CRC Auvergne-Rhône-Alpes, 20 janvier 2016, *Rapport d'observations définitives sur la SAEM Super Lioran Développement*, en ligne.

Un autre risque est celui de la filialisation en cascade

La CRC de l'Île-de-France a appelé l'attention de la mission sur le cas de la Société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales de l'Essonne, la Semardel²³⁵, devenue un groupe public de sociétés de services aux collectivités et aux entreprises dans le domaine du déchet, avec huit filiales et sous filiales et une société conjointe constituée en 2014 en partenariat avec une société filiale d'une SEM allemande. Le modèle économique d'origine de la société reposait sur la valorisation des déchets ménagers avec des appels d'offres d'exploitation d'incinérateurs sur un marché français caractérisé par un faible degré de concurrence. Si la chambre valide le pilotage intégré du groupe, de son rôle de holding d'animation, elle pointe l'insuffisance des mesures de mise en concurrence et une publicité, (absence de transparence des décisions du bureau de la SEML Semardel, pour lesquelles aucun procès-verbal de décision n'est disponible). De plus, la Chambre relève un contrôle défaillant d'une majorité de collectivités et groupements actionnaires : 7 des 11 organes délibérants des collectivités territoriales et groupements actionnaires de la société, représentant 38,1 % des 72,34 % de son actionnariat public, n'ont jamais délibéré sur le rapport de leur mandataire, ce qui devrait conduire la société à recomposer son actionnariat public.

La rigueur doit présider dans l'application des règles de concurrence dans les procédures d'aménagement. À propos de l'aménagement du nouveau quartier parisien, Claude Bernard, par la société d'économie mixte d'aménagement de la Ville de Paris (SEMAVIP²³⁶), la CRC d'Île-de-France a relevé le caractère irrégulier du lancement d'une procédure de mise en concurrence en vue de confier à un aménageur une opération d'aménagement qui n'avait, à la date de l'appel à candidatures, aucune existence juridique. En effet, les jurisprudences communautaire et française mettent en évidence que les conditions, très largement formelles, dans lesquelles l'aménageur a été désigné ne mettaient pas la procédure à l'abri de contestations quant à l'application du droit de la concurrence. En outre, les dispositions financières du traité de concession mettent en lumière que le risque de l'opération est entièrement assumé par la collectivité. En cas de solde d'exploitation négatif, c'est la ville de Paris qui prendra en charge son montant en versant une subvention qui couvrira le déficit.

L'exercice du contrôle analogue est vérifié par les CRTC, s'agissant des sociétés publiques locales (SPL)

Il en fut ainsi pour la société d'économie mixte d'aménagement Cergy-Pontoise aménagement (Sem CPa) qui avait opté en 2009 pour le statut de SPLA. La CRC d'Île-de-France relève :

- la tardiveté de l'adoption d'un règlement intérieur, deux ans après le changement statutaire, alors que dans cet intervalle, la communauté d'agglomération avait confié à la SPLA sept nouvelles concessions d'aménagement selon le dispositif in house, faisant apparaître des griefs sur la régularité de cette absence de mise en concurrence ;
- la circonstance que les organismes ad hoc ainsi créés, tel le comité de gestion, amoindrissent les pouvoirs que les organes de direction tiennent du droit des sociétés. Le contrôle analogue ne doit pas porter atteinte au rôle des organes sociaux de l'EPL.

Le risque de requalification en marché public doit faire l'objet d'une certaine vigilance : Il en est ainsi lorsqu'une SPL est composée d'un nombre important de collectivités membres qui ne disposent pas d'un représentant direct au sein du conseil d'administration et de la SPL. Leurs relations contractuelles réalisées sans mise en concurrence, présentent un risque de requalification en marché public, en raison de

²³⁵ CRC d'Île-de-France *Semardel, op-cit.*

²³⁶ CRC d'Île-de-France, *Semavip- ZAC Claude Bernard* – Exercices 2005 et suivants – observations définitives, 5 déc. 2016. En ligne.

l'importance du critère de l'influence décisive que doivent exercer ces collectivités sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la société pour la reconnaissance de la quasi-régie²³⁷.

Suivant les recommandations la CRC d'Auvergne-Rhône-Alpes²³⁸, la SPL Montélimar Sésame Développement (PL MSD), détenue par la commune de Montélimar (40 %) et la communauté d'agglomération, avait accepté de réunir trimestriellement son conseil d'administration, d'instaurer des commissions de finances et foncières, en vue d'assurer une direction plus collégiale et le rapport annuel aux actionnaires prévu à l'article 1524-5 du CGCT, ainsi qu'un rapport d'activité. Les opérations d'aménagement sont réalisées aux seuls risques financiers des autorités concédantes, avec des participations supérieures aux prévisions du taux de commercialisation décevants et une garantie de dette présentant une durée très courte de 2,5 années, ce qui expose les autorités concédantes à un double risque budgétaire et de liquidité.

La CRC Auvergne-Rhône-Alpes note, à titre de **bonne pratique**, les dispositions prises en matière de contrôle effectif des collectivités actionnaires²³⁹, équivalent à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, conformément à la législation européenne et à la jurisprudence européenne²⁴⁰, ainsi qu'à la jurisprudence des juridictions financières qui met en évidence que l'existence d'un faible nombre d'actionnaires ainsi qu'une répartition équilibrée du capital (pas d'actionnaire hégémonique) favorisent l'exercice effectif de ce contrôle, mais fait ressortir que le contrôle analogue ainsi mis en place n'est pas le fait des élus.

C'est ainsi que les statuts de la SPL prévoient explicitement l'exercice du contrôle analogue par les actionnaires et plus spécifiquement sur trois niveaux de fonctionnement de la société : les orientations stratégiques, la vie sociale et les activités opérationnelles. Outre la présence des représentants des actionnaires dans les instances de direction (conseil d'administration), le contrôle est opéré lors des réunions hebdomadaires ayant pour thématique l'économie et regroupant la directrice de la SPL et les directeurs généraux des services des deux entités, réunions qui font l'objet de relevés de décision. La directrice de la SPL est intégrée dans plusieurs instances et groupes de travail, participant aux commissions économie, au pôle « politiques territoriales » piloté par le directeur général des services aux côtés des trois autres responsables des politiques. Ce dispositif souffre toutefois d'un défaut majeur. La chambre note en effet l'absence de communication aux actionnaires du compte-rendu du mandataire, pourtant prévue par les statuts et sur le fondement de l'article L.1524-5 du CGCT²⁴¹. Ces rapports, sollicités auprès des actionnaires, n'ont pu être produits. Les assemblées délibérantes sont ainsi privées de leurs prérogatives d'information et de contrôle de la SPL. Le contrôle de la SPL par les actionnaires est en fait davantage exercé par l'administration de la communauté d'agglomération que par des élus. Pour qu'il soit considéré comme parfaitement analogue à celui exercé sur les propres services des collectivités actionnaires, il serait nécessaire que soit prévue une réunion *a minima* trimestrielle du conseil d'administration avec les élus et que soit effective la remise du compte-rendu du mandataire.

²³⁷ Cf. CRC Midi-Pyrénées, Rapport d'observations définitives, n° GR/16/1372 du 9 Août 2016, *SPL Midi-Pyrénées construction*, exercices 2011 et suivants : La SPL Midi Pyrénées Construction avait été créée au mois de juillet 2011 par le conseil régional de Midi-Pyrénées, principal actionnaire, et 16 autres collectivités. Le nombre des actionnaires est passé à 28 collectivités dès l'année suivant la création de la société anonyme (SA) portant les parts de la région à 73 % et celles des autres collectivités à 1 % chacune. Son statut de société publique locale lui imposait d'intervenir uniquement pour ses actionnaires et dans les champs de compétence de ces derniers. Les activités exercées par la SPL sont réalisées sous mandats, sans mise en concurrence, dans le cadre juridique de l'« in house » et correspondent à celles assurées historiquement par la SEM COGEMIP1, à savoir principalement la construction, l'extension, la rénovation et la modernisation des lycées de la région, et à un moindre degré la réalisation d'équipements publics.

²³⁸ CRC d'Auvergne-Rhône-Alpes, *SPL Montélimar Développement*, exercices 2001 à 2014, 6 oct.2016, en ligne.

²³⁹ *Ibid.*, pp.14-15.

²⁴⁰ CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11, cons. 33.

²⁴⁰ Article 12.1 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et CJUE, 29 novembre 2012, *Econord SpA*, C-182/11, cons. 33.

²⁴¹ Article L.1524-5 du CGCT : « les organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leurs représentants au conseil d'administration ».

Un exemple probant de bonnes pratiques est fourni par l'examen de gestion de la SPL « EURALILLE » par la Chambre régionale et territoriale des comptes Nord-Pas-de-Calais-Picardie²⁴². Le contrôle analogue a fait l'objet d'un règlement intérieur, adopté par le conseil d'administration de la société. Il repose notamment au sein de cette SPL sur la mise en place d'un comité de liaison, chargé du contrôle des orientations stratégiques de la société. Les membres de ce comité de liaison sont des élus représentant les collectivités actionnaires, accompagnés, le cas échéant, de personnels de leurs services et le directeur général délégué de la SPL et de ses collaborateurs. Le comité a vocation à se réunir au moins deux fois par an. Dans les faits, le comité de suivi se réunit en moyenne à neuf reprises par an. L'examen des comptes rendus des réunions du comité a montré que l'information destinée aux collectivités est assez détaillée, prenant la forme d'une revue de projet en cours ou à venir. Le règlement intérieur prévoit un contrôle rigoureux par les collectivités actionnaires des opérations de mandats ou de concessions qu'elles ont confiées à la SPL.

Dans ces conditions, la chambre estime que l'organisation de la gouvernance prévue par les statuts de la SPL et le dispositif créé par le règlement intérieur permettent de garantir *a priori* le respect du critère de contrôle analogue et d'offrir ainsi un cadre juridique solide, propice pour réduire le risque de contentieux liés à la requalification des contrats de prestations intégrées passés entre la SPL et ses actionnaires.

²⁴² Chambre régionale et territoriale des comptes Nord-Pas-de-Calais-Picardie, *SPL EURALILLE, exercice 2006 et suivants*, 9 déc. 2014, en ligne.

Annexe n° 10 : Liste des risques potentiels susceptibles d'impacter les EPL

- Risques portés lors de la constitution de la SEM/SPL ou après celle-ci :
 - mauvais diagnostic initial (besoins actuels et futurs des collectivités et identification des acteurs publics et privés susceptibles d'intervenir dans son secteur) ou absence de cohérence du projet de développement local ;
 - objet(s) non autorisé(s) par la loi (ne pouvant être délégué(s)), mauvais choix de type de SEM/SPL ou défaut de complémentarité des activités et non inscription dans l'objet social, atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie/libre ou égale concurrence ;
 - nature du contrat liant la SEM/SPL à la ou les collectivités ;
 - procédure de dévolution du service public ;
 - mauvais montant de capital sociétal²⁴³ au regard de l'activité à porter et des objectifs fixés (la charge à porter ne peut excéder la capacité financière des acteurs publics locaux et les perspectives commerciales de l'activité doivent être porteuses, les résultats prévisionnels doivent permettre l'ajustement des fonds propres, la couverture des risques et le maintien des capacités d'investissement) ;
 - nature de l'actionariat (collectivités locales et leurs groupements, partenaires autres, publics et privés, solidité de la motivation de leur participation)²⁴⁴ ;
 - nombre d'actionnaires (au moins 7 ?) et existence de pacte d'actionnaire ;
 - risques liés à la désignation des représentants aux instances de gouvernance en fonction du type de SEM/SPL et de choix d'organisation (conseil d'administration ou directoire + conseil de surveillance) ;
 - risque de dépassement de la durée normale des mandats ;
 - existence d'un ou plusieurs délégués spéciaux (nommés suite à décision de leur collectivité, non membre de la SEM/SPL, de garantir un emprunt de celle-ci)
 - mauvaise répartition de la propriété du capital, impacts négatifs d'une répartition discutable du capital ;
 - mauvaise répartition des sièges ;
 - changement de portage par les CT (par ex. suite à la création d'une intercommunalité) ;
 - réunion des parts dans un nombre de plus en plus réduit de mains ;
 - transfert de SEM/SPL d'un département (est-ce que ça existe ?) à une commune ou à un regroupement de communes, à un EPCI à fiscalité propre ou à la Région - et préservation de la continuité de l'action publique ;

²⁴³ A minima, respect du seuil de capital social exigé pour le type de SEM/SPL.

²⁴⁴ Les SPLA sont des SA dont le capital est à 100 % public, détenues par 2 actionnaires ou plus.

- risque lié au dépôt des statuts au centre des impôts du siège social et dépôt des actes constitutifs de la SEM/SPL et de la demande d'immatriculation au RC auprès du centre de formation des entreprises (ou ?).
- Organisation des trois lignes de maîtrise et modalités de gestion des risques
 - contrôle interne (première et deuxième ligne de maîtrise dont existence d'une cartographie des risques), existence d'un responsable de la coordination des actions de contrôle interne, connaissance par ce responsable de la démarche de *reporting* intégré et du rôle du contrôle interne dans sa préparation ;
 - 2^{ème} ligne autre : contrôle de gestion/gestion de la performance, gestion des risques (existence d'un responsable de la gestion des risques/opportunités²⁴⁵), démarche assurantielle ;
 - référentiels mis en œuvre (COSO 1 et 2, ISO 9001, ISO 31000, ISO 14000, ISO 26000, ISO 27000, AMF...) et prévention des difficultés ;
 - démarches d'autoévaluation ;
 - audit interne : modalités d'organisation, réalité et profondeur des activités ; existence et solidité de l'opinion de l'AI sur la fidélité de l'image donnée par les comptes annuels des activités et du patrimoine de la SEM/SPL et/ou du groupe et quant aux aspects RSE – gouvernance ;
 - audits externes (financier et opérationnel, techniques) ;
 - identification des difficultés (naissance, domaines touchés) ;
 - modalités d'évaluation des difficultés ;
 - préparation d'une liquidation.
- Risques de gouvernance :
 - incapacité technique du président du conseil d'administration ou du directoire à diriger la SEM/SPL ;
 - mésentente entre actionnaires (représentés par les membres du conseil d'administration ou de surveillance/comité exécutif) ;
 - membre du conseil ne respectant pas le mandat qui lui a été donné par son organisation d'appartenance ;
 - risque d'enrichissement personnel (déclaration de patrimoine au début et après), abus de biens sociaux, emploi de moyens ruineux, détournements d'actifs, trafic d'influence, délit de corruption, détournement de fonds publics, délit de concussion, prise illégale d'intérêt, délit de favoritisme... ;
 - risques de mauvaise communication entre conseil d'administration et directeurs ;
 - risques liés aux actions de gouvernance des directeurs ;

²⁴⁵ Capable de donner immédiatement à la mission les risques et opportunités significatifs se présentant à sa société et non limités au futur immédiat

- risques liés à la mauvaise identification des parties prenantes et de leurs attentes (existence d'une cartographie des attentes des parties-prenantes clés) et à une mauvaise communication avec elles, a fortiori si essentielles ;
 - risques liés au formalisme des fonctionnements de la gouvernance (respect des périodicités minimum, régularité de la convocation et de la tenue des réunions, de leur ordre du jour et des résolutions présentées au vote, des prises de décision, non respect du quorum) ;
 - risques liés au respect des délégations faites aux directeurs et aux différents niveaux de responsabilité ;
 - non identification des opportunités et des voies d'innovation.
- Risques liés aux principes d'existence des SEM/SPL :
- persistance de l'intérêt général comme finalité ;
 - persistance de la priorité des enjeux territoriaux ;
 - pérennité discutable ou non perceptible de l'action ;
 - transparence des fonctionnements ;
 - effectivité et efficacité du contrôle des élus (y compris l'opposition) ;
 - respect du territoire prévu de l'action (en principe, le territoire n'a pas de limite, mais le statut de la SEM/SPL peut lui en donner) ;
 - respect du délai prévu de l'action ;
 - réalité de l'esprit d'entreprise.
- **Risques liés aux interventions des SEM/SPL** (respect des seuils financiers réglementaires à toutes les phases de l'action et quel que soit le rôle de la SEM/SPL) :
- pour les actionnaires ;
 - pour les non actionnaires ;
 - pour leur propre compte ;
 - en tant que prestataires : liés à la convention signée avec les collectivités, aux contrats : marchés publics (aucune dérogation par rapport au droit commun), contrats in house (question de la réalité des contrôles des collectivités sur la SEM/SPL exécutante, analogue à ceux exercés sur leurs propres services et essentiel de l'activité de la SEM/SPL exercé au profit des collectivités ;
 - qui la détiennent, sans qu'une entreprise privée intervienne de façon aussi minoritaire que ce soit dans la SEM/SPL à laquelle participe le pouvoir adjudicateur), délégations de SP (en régie intéressée, en affermage, sous concession de SP), mandats et concessions d'aménagement, dont mandats²⁴⁶ ; Loi MOP (les collectivités conservent la responsabilité des opérations) ; gérance, bail emphytéotique - y compris hospitalier, PPP... ;

²⁴⁶ L'omission de certaines mentions dans ces contrats entraîne leur nullité.

- en tant que donneur d'ordres, selon un régime unique (ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2006 et ses décrets d'application). Une SEM/SPL ne peut, en tant que donneur d'ordres, accorder des conventions de délégations de service public, mais, avec l'accord de son délégant, elle peut sous-traiter une partie de la réalisation de l'ouvrage sans mise en concurrence (sauf si le sous-traitant se rémunère ensuite sur l'exploitation de l'ouvrage).
- Spécificité des risques encourus par les élus locaux représentant des CL au sein des organes dirigeants
- Risques liés à la GRH :
 - tensions liées à la proximité de RH de droit public et de droit privé (impact sur le plan relationnel et sur le plan de la gestion économique et administrative comme des opérations) ;
 - statut et fonction des administrateurs (conseil d'administration ou de surveillance) ;
 - responsabilités relatives des administrateurs représentants des élus et de la SEM/SPL ;
 - GRH du personnel d'administration et du personnel technique (recrutement, dont personnes immigrées non régularisées, qualification inexistante ou insuffisante, statuts, effectifs, formation initiale et continue, congés dont maladie, salaires, promotions, sanctions, primes, retraites, recours temporaires à expertise externe...) ; cas particuliers des fonctionnaires territoriaux et d'État, de la fonction publique hospitalière (et modalités du détachement ou de la mise à disposition) ;
 - risques liés à l'assainissement des lieux de travail, à l'emploi de personnes et à leur comportement (ergonomie des postes, harcèlement et tensions au travail, alcoolisme, maladies professionnelles...) ;
 - risques liés au non respect du droit du travail : dont compte personnel de formation, droits liés à la dangerosité des activités.
- Risques liés aux finances : budget et comptabilité :
 - application des règles comptables (comptabilité finances et comptabilités matières) ;
 - équilibre de la balance et risque de trésorerie ;
 - faillite... ;
 - non séparation de l'ordonnateur et du comptable ;
 - garanties de financement ou de remboursement du financement des « clients » non actionnaires (si pas prestations de service) ou respect des exceptions par dispositif d'autorisation (majorité des 2/3 dont au moins le moitié des représentants des collectivités) ;
 - concours financiers et aides diverses reçues par la SEM/SPL (*a fortiori* si dérogatoires) en tant qu'entreprise ; en tant que structure ; pour ses opérations, notamment de la part de ses actionnaires (ou de la part du département, ce qui pourrait revêtir un caractère illégal dans le cadre de la nouvelle répartition des responsabilités au niveau territorial de la loi NOTRe) ; respect des modalités d'octroi et (au dessus de 100 000 € sur 3 ans) de l'obligation de déclaration et des catégories d'aides autorisées sans notification à la Commission européenne, respect de cette obligation pour les autres ;

- charges et garanties d'emprunt (dont éventuels emprunts à taux variables voire toxiques) ; respect des trois ratios financiers (ratio limitant le montant des annuités garanties, ratio de division du risque, ratio de partage du risque) ;
- plan d'épargne d'entreprise et augmentations du capital réservé aux adhérents ; accords d'intéressement des salariés ; participation aux résultats ;
- concours financiers et aides diverses apportées à des structures tierces par la SEM/SPL ;
- défaut d'intégration des opérations et des résultats des actes comptables et financiers des filiales (solidité-validité de la comptabilité du groupe) ;
- engagements non immédiatement lisibles au bilan et au compte de résultats : cautions et garanties de tiers ;
- réalité et efficacité de l'exercice des contrôles par les commissaires aux comptes et retour des commissaires ;
- CA (correspond aux prévisions ou non), bénéfice et sa répartition, pertes, reports à nouveaux...).
- Risques liés à la fiscalité et aux droits sociaux (URSSAF, inspection du travail) :
 - permanence de la capacité à s'acquitter des taxes, impôts (IS) et droits divers ;
 - existence, montants et modalités de gestion d'arriérés ou d'amendes ;
 - existence de crédits d'impôts, modalités d'obtention et d'exercice ;
 - collecte et restitution TVA.
- **Existence de filiales**, risques liés à leur création, à leur fonctionnement et à leur disparition :
 - objet de la filiale en accord avec l'objet de la SEM/SPL ;
 - accord express de la ou des collectivités et de leurs groupements actionnaires dotés d'un siège au conseil d'administration ;
 - constitution du tour de table des actionnaires ;
 - modalités de contrôle des actionnaires sur les filiales de la SEM/SPL ;
 - existence de charges non inscrites liées aux filiales (inscriptions en garanties d'activités ou d'emprunts par ex.) ;
 - absence de pratiques anticoncurrentielles entre la SEM/SPL et sa filiale ;
 - validité des comptes consolidés du « groupe » ;
 - qualité de l'information donnée aux organes de gouvernance et, finalement, au citoyen-actionnaire de fait, sur les filiales et sur le groupe ;
 - disparition par privatisation ou par suppression.

- Risques liés à la responsabilité environnementale et sociale/sociétale :
 - rejets de l'activité et protection de l'environnement ;
 - assainissement des lieux anciens d'exercice de l'activité, remise en état ;
 - exposition du personnel et des populations environnantes à des produits dangereux ;
 - démarche écologique appliquée à tous les aspects de la vie de la SEM/SPL : véhicules verts, isolation des bâtiments, éclairage et chauffage, production-récupération d'énergie, élimination des moyens de production dont réservoirs de produits, moyens SI, recyclages... ;
 - risques liés à une communication extra-financière insuffisante ou défailante.
- Gestion des moyens immobiliers et techniques :
 - comptabilité matières (moyens de production et stocks) et réalité-efficacité des contrôles de sa fiabilité, délégations de signatures pour les décisions touchant aux commandes et aux mouvements d'entrée-sortie de matériels et de matières, modalités de valorisation ;
 - amortissements, maintenance, réparations, frais d'utilisation (énergie et assurances) ;
 - existence des capacités requises pour la mise en œuvre de matériels spécialisés ;
 - contrôles de sécurité (ascenseurs, échelles et moyens de levage, machines à découper-forer...), respect de la périodicité des contrôles, respect des consignes d'interdiction d'emploi et réactivité aux corrections demandées à leur suite ;
 - systématisme de l'analyse des accidents et incidents et de la communication interne (voire externe) devant y faire suite ;
 - dommages et intérêts courants et encourus suite à accidents internes et externes.
- Risques liés à la sécurité des installations et des personnes (sécurité du travail, incendie, HACCP...) :
 - conscience des points de réglementation nécessitant un alignement et des impacts financiers, opérationnels et autres de cet alignement.
- Risques liés aux opérations et au respect des règles de concurrence :
 - réalité de la démarche qualité mise en œuvre (dont éventuelles certifications et choix, ou non, de leur maintien) ;
 - existence de contrats *in-house* ;
 - marchés publics lancés par la SEM/SPL et ses filiales (solidité et caractère inattaquable de ces démarches).
- Risques liés aux SI et aux données :
 - risques SSI traditionnels ;
 - risques liés à l'existence de programmes non convergents entre la SEM/SPL et ses satellites, entre la SEM/SPL et son actionnaire principal ;

- risques liés à l'absence de préparation à l'obligation à venir de mise en ligne des informations financières (1^{er} janvier 2020 si les obligations des SEM/SPL sont identiques à celles des entreprises privées) ;
- risques liés à des SI ne facilitant pas le dialogue avec les parties prenantes ;
- risque de non valorisation des données.
- Risque de non production de la valeur ajoutée attendue :
 - modalités de création prévues de la VA à court, moyen et long terme via sa stratégie, sa gouvernance, sa performance et ses perspectives ;
 - constat et sources d'improductivité (dont l'engagement des parties prenantes et disponibilité, accès et évolutions des capitaux clés) ;
 - démarche de *reporting* intégré (*business model*, écosystème et stratégie de la SEM/SPL ; données fournies au conseil d'administration pour remplir son rôle d'orientation stratégique ; vision de la gestion et du renforcement ou de la destruction relatives des 7 capitaux²⁴⁷ – impact des résultats sur ces capitaux ; clarification des leviers de création de valeur pour le Conseil vs cloisonnement de la SEM/SPL ; niveau d'engagement vis-à-vis des investisseurs ; esprit d'innovation...) ; qualité de l'opinion de l'audit interne sur ces éléments.
- Risques liés à la réputation et gestion des contentieux :
 - provisions pour pertes et charges ;
 - contentieux en cours et contentieux dont l'apparition est envisagée (nature, sensibilité sociale et montants concernés, autres impacts envisagés, modalités de prévention et de réduction des impacts...).
- SEM/SPL en difficulté et disparition de la SEM/SPL – moyens de prévention et d'évaluation associés :
 - difficulté résultant de la diversification des activités ;
 - difficulté résultant de la faiblesse de l'actionnariat ;
 - fonds propres insuffisants ;
 - résultat net très faible ou déficitaire ;
 - recours excessif à des avances de trésorerie externes ;
 - contrats mal évalués ou incorrectement exécutés ;
 - budget prévisionnel, contrôle budgétaire, bilan et compte de résultat ;
 - intégration du principe de disparition dans les fonctionnements (a fortiori si SEM/SPL destinée à la réalisation d'une opération unique) ;
 - arrivée du terme ou réalisation ou extinction de l'objet ;

²⁴⁷ Financier, manufacturier, intellectuel, humain, social, sociétal, environnemental.

- procédures de conciliation ; de sauvegarde ; de redressement ; de liquidation ;
 - dissolution judiciaire pour justes motifs ;
 - annulation du contrat de société ;
 - dissolution judiciaire suite à réunion des parts en une seule main ;
 - dissolution anticipée par décision des associés ;
 - transformation en SPLA ;
 - mise en redressement judiciaire et liquidation ;
 - disparition pour causes propres aux SA (nombre d'actionnaires inférieur à 7 ; réduction du capital en deçà du minimum légal ; capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social).
- Risques de contrôle :
- contrôle des collectivités et groupements actionnaires ;
 - contrôles du commissaire aux comptes ;
 - contrôles du représentant de l'État ;
 - contrôle de légalité ;
 - contrôle de la CRC de rattachement.

Sources : IGA, groupe référent « collectivités territoriales »

Annexe n° 11 : Le risque pénal pour les dirigeants d'entreprises publiques locales

Le risque pénal pour les dirigeants d'entreprises publiques locales

Trois grands types de risques peuvent être distingués :

- ceux qui découlent de l'appartenance au service public (achat et mise en concurrence, prise illégale d'intérêt) ;
- ceux qui consistent en l'application du droit commun des sociétés (abus de bien social et corruption) ;
- celui qui peut naître d'un mode particulier de gestion des personnels des EPL (le prêt de main d'œuvre et ses dangers).

Un effort de clarification des textes, d'une part, et d'information et de prévention, d'autre part, devrait être fourni en conséquence.

Les risques découlant de l'appartenance au service public

Les entreprises publiques locales (EPL) interviennent dans des domaines très divers qui ont pour point commun de se situer à la charnière de l'intérêt général et des intérêts privés. Leurs activités représentent des enjeux financiers considérables (opérations d'aménagement et de construction, gestion de marchés et de parcs de stationnement, gestion de systèmes de transports urbains, gestion portuaire, gestion d'équipements culturels et sportifs, etc.), exposant leurs dirigeants, mais aussi les élus et fonctionnaires des collectivités actionnaires, au risque d'atteintes à la probité, comme l'avait souligné en 2013 le Service central de prévention de la corruption. Les sociétés publiques locales (SPL), comme les sociétés d'économie mixte locales (SEML), sont considérées comme des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit européen et national, et doivent donc, pour leurs besoins propres, respecter le principe général de transparence et de mise en concurrence dans l'attribution de leurs contrats onéreux. Bien plus, elles sont tenues de respecter les règles du code des marchés publics quand elles agissent dans le cadre d'un mandat régi par la loi « MOP ».

Les textes ont toutefois apporté une certaine sécurisation aux élus

Si les élus administrateurs des EPL sont protégés en matière civile par la règle de transfert de responsabilité aux collectivités territoriales, il n'en est pas de même en matière pénale. Selon la Cour de cassation, « Les administrateurs des sociétés d'économie mixte (...) sont soumis, quant à leur responsabilité éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes ». Lorsque les élus locaux représentent des collectivités actionnaires, ils ne bénéficient d'aucune protection en cas d'infraction pénale et leur responsabilité pénale peut être engagée s'ils ont personnellement commis des infractions. Mandataires, ils exercent des missions d'administration ou de surveillance, et sont responsables comme les dirigeants d'entreprises publiques nationales. Ils sont ainsi exposés aux risques d'homicide involontaire, d'escroquerie, d'abus de confiance, de trafic d'influence, banqueroute, d'abus de biens sociaux et de crédits.

Ils bénéficient toutefois d'une protection spéciale fondée sur leur qualité d'élus locaux, qui se manifeste notamment par un soutien financier, dès lors qu'ils n'ont pas commis de fautes détachables de l'exercice de leurs fonctions.

En outre, le législateur a pris la précaution de prendre des mesures protectrices pour les élus siégeant en qualité de mandataires dans les organes de direction des sociétés, telles les SEML, les SPL ou même tout récemment dans les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) compte tenu de la nature même des sociétés, créées à l'initiative des collectivités dans leur champ de compétence. L'intention du

législateur, au travers de la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, a été de limiter l'application du délit de prise illégale d'intérêt dans les relations institutionnelles et d'encourager les élus à la constitution de ces sociétés. En effet, dans ce le cadre légal institué par la loi, les élus ne doivent pas être regardés comme « intéressés à l'affaire » lorsque la collectivité délibère sur ses relations avec la société. Avec cette mesure, le législateur a entendu limiter le risque d'engagement de la responsabilité pénale des élus.

Dans les EPL, les élus agissent comme mandataires des collectivités ou de leurs groupements au sein des conseils d'administration ou de surveillance. L'interdiction fixée par l'article 1524-5 al.12 du CGCT selon lequel les élus mandataires des collectivités dans les conseils d'administration ou de surveillance d'une SEML « ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public » a pour effet d'écartier le risque pénal auquel pourrait être exposé l' élu mandataire lorsque la SEML est candidate à l'attribution de tels contrats administratifs.

Le risque pénal n'est pas complètement à écarter

La responsabilité pénale des élus locaux est susceptible d'être engagée au titre d'infractions spécifiques, tenant généralement aux manquements au devoir de probité dans l'exercice de leur mandat électif. Ces manquements peuvent conduire à la mise en cause des élus pour des délits de corruption passive, de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêts, de favoritisme ou d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (DSP). Il est rappelé également que l'autorité judiciaire et les juridictions financières ont renforcé leur coopération dans l'appréhension du manquement au devoir de probité des décideurs publics.

La responsabilité pénale des décideurs publics peut, en premier lieu, être mise en cause du chef du délit de favoritisme ou d'octroi d'avantage injustifié, prévu à l'article 432-14 du code pénal qui réprime le fait « de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Il concerne les personnes dépositaires de l'autorité publique, investies d'un pouvoir de décision ou de contrainte, ce qui vise les agents des collectivités territoriales, les personnes chargées d'une mission de service public, c'est-à-dire, au sens du code pénal, toute personne chargée directement ou indirectement d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire l'intérêt général même si elle ne dispose pas d'un pouvoir de décision au nom de la puissance publique, ainsi que les personnes investies d'un mandat public électif.

L'élément matériel du délit suppose la réunion de deux éléments cumulatifs : le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié et la méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

L'élément intentionnel est, quant à lui, caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. Cette intention coupable est souvent présumée par les juges, du fait de la qualité de l'auteur du manquement qui « ne saurait se prévaloir d'une ignorance de ces dispositions pour justifier son comportement ».

Le délit de favoritisme s'applique à l'ensemble des marchés et vise toute personne qui intervient à n'importe quel moment de la procédure et sous n'importe quelle forme.

Exemples jurisprudentiels de violation des règles relatives aux marchés publics pouvant constituer un délit de favoritisme

- fractionnement d'un marché pour être en dessous des seuils réglementaires (Cass. crim. 11 déc. 2002) ;
- insertion de clauses techniques très spécifiques dans le cahier des charges afin de favoriser nettement un candidat (CA Bordeaux, 17 mars 1997) ;
- déclaration d'urgence non justifiée (CA Rennes, 25 juillet 1996) ;
- réduction des délais d'appel d'offres (CA Orléans, 3 mars 1998) ;
- mise à l'écart d'un candidat sans motivation alors qu'il était le moins disant, c'est-à-dire celui qui proposait l'offre financière la plus basse (CA Grenoble, 27 août 1997) ;
- recours à des avenants bouleversant l'économie du marché initial (CA Chambéry, 10 mai 2000) ;
- régularisation du marché après son exécution (Cass. crim 2 avril 1998).

Le juge pénal applique l'incrimination aux marchés et aux contrats passés par des SEML. Selon la doctrine, l'article 432-14 du code pénal devrait s'étendre aux marchés passés par des SPL et des SPLA. Dans cette hypothèse, la situation de l'élu intervenant dans une SPL ou une SPLA serait plus risquée que celle de l'élu intervenant dans une SEML, qui, de son côté, ne peut participer aux commissions d'appel d'offres ni aux commissions d'attribution de DSP lorsque la société, dans laquelle il est mandataire, est candidate. D'ailleurs, la circulaire de la DGCL relative au régime juridique des SPL et des SPLA (2011) fait valoir que : « La protection apportée aux élus mandataires lorsqu'une SEML est candidate ne trouvera pas à s'appliquer pour les SPL et les SPLA puisque par principe elles n'auront pas été mises en concurrence ». Dès lors, si une SPL ne respecte pas les critères du « in-house », l'élu mandataire qui aura été associé aux délibérations confiant à la société la gestion d'un service public serait exposé au risque d'être poursuivi pour délit de favoritisme.

Dans son un arrêt du 17 février 2016, la Cour de cassation a remis en cause la conception selon laquelle l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics n'entrait pas dans le champ d'application du délit de favoritisme. Elle a opéré un revirement de jurisprudence en considérant désormais que la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal.

La responsabilité pénale des décideurs publics peut, en second lieu, être mise en cause du chef du délit de prise illégale d'intérêt, réprimé par l'article 432-12 du code pénal. Il consiste pour une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat à « prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

L'article L.432-12 du code pénal dispose que le délit est susceptible de se réaliser « directement ou indirectement » ce qui rend ouvert les modes opératoires incriminés.

L'élément matériel de l'infraction, pour être caractérisé, requiert la réunion de trois conditions :

- être en présence d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou d'une délégation de service public...

- ...qui assure la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de cette entreprise ou de cette opération au moment de l'acte...
- ...et qui prend, reçoit ou conserve un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération.

S'agissant de l'élément moral, la prise illégale d'intérêts est une infraction à caractère objectif dont la réalisation ne nécessite aucune intention frauduleuse. Dès lors, il suffit que le prévenu ait accompli en connaissance de cause l'acte constituant l'élément matériel du délit, même s'il n'a pas cherché à tirer profit de son immixtion. Le caractère intentionnel de l'infraction peut ainsi être constitué dans le fait, pour un maire président une SEML, de conclure des opérations immobilières au profit d'une société, dont il s'avérait être le dirigeant de fait.

Des dispositions dérogatoires existent pour les communes de moins de 3 500 habitants. Elles concernent les élus communaux engagés dans des transferts de biens mobiliers ou immobiliers ou de prestations de service dans la limite d'un montant annuel fixé à 16 000 euros, ainsi que dans des actes permettant l'accès à la propriété à des fins professionnelles ou d'habitation personnelle. Dans une telle hypothèse, les actes doivent être autorisés par une délibération motivée du conseil municipal. En outre, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération publique du conseil relative à l'approbation du contrat.

La seconde dérogation est prévue à l'article L.1524-5 du code général des collectivités territoriales. Cette disposition autorise, sous certaines conditions, les élus représentant une collectivité territoriale à exercer des fonctions au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société d'économie mixte, entraînant la perception de rémunérations ou d'avantages particuliers. Il convient, toutefois, que l'élu concerné ait été autorisé à cette fin par l'assemblée délibérante. Il faut, en outre, qu'une délibération de l'assemblée fixe le montant maximal des rémunérations ou avantages reçus et précise la nature des fonctions qui les justifient.

Le risque du délit de prise illégale d'intérêt, s'il se trouve limité, n'est cependant pas à exclure. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la commission de ce délit est constituée dès lors que l'agent a pris ou reçu, en connaissance de cause, des intérêts dans les actes dont il avait l'administration ou la surveillance. La prise illégale d'intérêt répond à toute prise effective d'intérêt mais aussi au fait de se placer dans une situation pouvant laisser accroire qu'il y a intérêt, sans qu'il soit nécessaire de prouver un gain matériel quelconque. L'incrimination consiste par exemple, pour un élu municipal, à participer au vote d'une subvention à une association qu'il préside, peu important que cette association ait un caractère d'intérêt général.

La Cour de cassation a, par ailleurs, considéré que le caractère intentionnel de l'infraction peut être constitué dans le fait, pour un maire président une SEML, de conclure des opérations immobilières au profit d'une société, dont il s'avérait être le dirigeant de fait.

La chambre criminelle a également reconnu que le PDG d'une SEML pouvait, en sa qualité de maire, et malgré le bénéfice de non intéressement à l'affaire, se rendre coupable de prise illégale d'intérêt. De même, la participation d'élus locaux mandataires aux délibérations des actionnaires publics visant à accorder des subventions à la société dont ils sont membres, est regardée, comme une « confusion de fonctions », répréhensible sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal et de l'article L.2131-11 du CGCT. À cet égard, la direction des affaires criminelles et des grâces regarde le délit de prise illégale d'intérêt comme l'une des principales infractions susceptibles d'être commises par les dirigeants de SEML, et ce, que l'on se place du côté des relations entre la collectivité, ses élus et la SEML, ou du côté des relations de cette dernière avec ses propres contractants.

Hors achat public, les élus sont exposés aux risques de droit commun encourus par les chefs d'entreprise au titre de leur activité (abus de bien social et corruption).

De même, des poursuites sont envisageables, au titre du délit d'abus de biens sociaux, lorsque des dirigeants d'EPL ont un usage des biens sociaux allant dans un sens contraire aux intérêts de la société. L'abus de biens sociaux doit être regardé comme un délit qui consiste, pour un dirigeant de société commerciale, à utiliser en connaissance de cause les biens, le crédit, les pouvoirs ou les voix d'une société à des fins personnelles, directes ou indirectes.

L'abus de biens sociaux, puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros, se caractérise par un élément matériel, qui consiste en un usage contraire à l'intérêt social des biens ou du crédit de la société. L'élément moral se caractérise par la mauvaise foi de l'auteur qui agit à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est directement ou indirectement intéressé.

D'une manière générale, les actes contraires à l'intérêt social se divisent en deux catégories :

- les actes sans aucune contrepartie : dans cette hypothèse, le dirigeant fait réaliser par la société des actes dont la nature peut être très variée (cautionnement, cession, dons, acquisition, prêt...), mais qui ne peuvent trouver aucune justification économique ;
- les actes faisant courir à la société un risque disproportionné : ces actes ont une contrepartie prévisible, mais font courir à la société un risque disproportionné. Un dirigeant qui conclut pour sa société une affaire excédant ses capacités ou pouvant de manière prévisible remettre en cause son existence commet un délit.

Le contrôle de l'absence d'abus de bien social devrait s'appuyer sur les rapports des contrôles des commissaires aux comptes, qui sont tenus de certifier la régularité et la sincérité des comptes annuels, et aussi de faire jouer éventuellement leur devoir d'alerte.

En cas de procédure collective, le dirigeant d'EPL défaillant est justiciable du délit de banqueroute, comme il en a été jugé pour un soutien prolongé pour assurer la survie d'une société au-delà du raisonnable.

En matière de rémunération, les élus de ces sociétés peuvent percevoir des rémunérations, sans qu'ils soient justiciables du délit de concussion. Toutefois, en cas de prélèvement indu, comme par exemple la perception d'indemnités de fonctions par un élu au-delà du plafond légal peut être qualifiée de concussion, ainsi que l'a admis la Cour de cassation à propos d'un maire ayant perçu des indemnités pour services rendus à une SEML au-delà du plafond admis.

Doivent être appréhendés également les faits de corruption.

Le risque de corruption et d'autres atteintes à la probité dans les EPL est comparable à celui qui existe dans le cadre des marchés publics passés directement par les collectivités territoriales. La corruption doit être regardée comme un « comportement pénalement répréhensible par lequel une personne (le corrompu) sollicite, agréé ou accepte un don, une offre ou une promesse, des présents ou des avantages quelconques en vue d'accomplir, de retarder ou d'omettre d'accomplir un acte entrant d'une façon directe ou indirecte dans le cadre de ses fonctions ».

L'infraction revêt une double portée puisqu'elle recouvre l'existence d'un corrompu et d'un corrupteur. Le code pénal distingue ainsi la corruption active, qui désigne les actes du tiers qui s'efforce d'obtenir, moyennant don ou promesse d'une personne chargée d'une fonction qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte de sa fonction, de la corruption passive, qui désigne les actes de la personne investie d'une fonction et qui sollicite ou accepte par faiblesse ou par intérêt un don ou une offre.

Les fonctions du corrompu peuvent être aussi bien publiques que privées mais leur caractère public va entraîner une peine plus lourde que celle prévue pour la corruption privée.

Une préoccupation nouvelle apparaît, celle de la prévention des risques de conflit d'intérêt

La loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a introduit une définition du conflit d'intérêt, constitué par « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Un conflit d'intérêts apparaît quand un individu ou une organisation est impliquée dans de multiples intérêts, l'un d'eux pouvant corrompre la motivation à agir sur les autres. Tel est par exemple le cas chez une personne physique ayant à accomplir une fonction d'intérêt général et dont les intérêts personnels sont en concurrence avec la mission qui lui est confiée par son administration ou son entreprise.

Le conflit d'intérêts n'est pas, en droit français, un délit civil ou un délit pénal. Ce sont le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêt, qui peuvent en découler, qui revêtent un caractère délictueux.

Les conflits d'intérêt peuvent se produire au niveau des conseils d'administration, à celui des personnels des organismes ainsi qu'aux parties prenantes des organisations via les comités consultatifs scientifiques, comités d'experts, forums et autres lieux et processus d'expertise. Ce sont alors des dispositifs de plus grande transparence, voire d'éthique, qui peuvent être mobilisés (chartes de déontologie, déclaration d'intérêts) en vue de prévenir les situations de conflits d'intérêt au sein de l'entreprise.

Enfin, un mode de gestion particulier des personnels des EPL, qui mettent des salariés en commun, oblige à certaines précautions au regard des textes relatifs au prêt de main d'œuvre.

À cet égard, les dirigeants sont exposés au risque pénal du fait de leur statut d'employeur. On sait que les SPL peuvent recruter librement aussi bien des salariés de droit privé que des fonctionnaires en détachement ou en disponibilité, sans contrainte autre que celle du code du travail (qui n'impose pas de plafond de rémunération). La doctrine a ainsi pointé mis en exergue le risque que les SPL ne deviennent des sortes d'agences d'intérim.

Le prêt de main d'œuvre à but lucratif est encadré par des dispositions du code du travail pénalement sanctionnées (Article L.8211-1). Pour échapper à ce risque pénal, le prêt d'un salarié par une SEM doit être non lucratif. L'article L.8241-1 du code du travail dispose ainsi que « l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition ».

Un effort de clarification des textes, d'une part, et d'information et de prévention, d'autre part, devrait être fourni en conséquence.

- La mission a noté que la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML n'avait pas été actualisée et ne traitait pas de la situation des SPLA et des SPL. Lors de sa séance de travail, avec la mission, cette direction a convenu de la nécessité de procéder à l'extension du champ d'application de cette circulaire.
- La mission a pris également en compte l'arrivée sur la scène publique de la nouvelle Agence française anticorruption, instituée par la loi Sapin II. Lors de l'entretien accordé à la mission par le directeur de cette Agence, celui-ci a mis l'accent sur le rôle de prévention de ce service à compétence nationale, sujet problématique susceptible d'intéresser les dirigeants des EPL.

L'encadré ci-après résume les missions de cette agence.

Missions dévolues à l'Agence française anticorruption (AFA)

- L'AFA est un service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, se substituant à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et au Service central de prévention de la corruption.

Missions :

- 1) La centralisation des informations, devant permettre la réalisation à terme d'une cartographie des risques concernant les marchés publics et les transactions commerciales internationales suspectes ;
- 2) Le soutien aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale, en assurant notamment des actions de formation et de sensibilisation sur la problématique de la lutte contre la corruption ;
- 3) L'élaboration de recommandations destinées à aider les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte dans la mise en œuvre de procédures internes de prévention et de détection d'atteintes à la probité ;
- 4) La réalisation de missions de contrôle et de conseil auprès des acteurs publics, notamment des autorités de l'État (...), des collectivités territoriales (...) et sociétés d'économie mixte (...) pour réaliser un audit de la qualité et de l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein de ces entités pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ;
- 5) Des missions spécifiques vis-à-vis des acteurs économiques, par l'élaboration de recommandations destinées à aider les sociétés dans l'élaboration de dispositifs permettant de se conformer aux nouvelles obligations, notamment de prévention anticorruption.

Les mesures préconisées à l'issue de l'entretien sont les suivantes :

- L'alinéa 3 de l'article 3 de la loi Sapin II relatif à la mission de contrôle de l'AFA en matière d'efficacité des procédures mises en œuvre pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme limite son champ d'intervention aux SEML. Des éléments fournis par les responsables de la DACG et de l'AFA, il ressort que cette mise à l'écart des sociétés publiques locales résulte d'un simple oubli. On chercherait en vain les raisons qui s'opposeraient à ce que l'AFA ne puisse pas opérer son contrôle sur celles-ci. Un vecteur législatif devrait donc procéder à cette extension ;
- la direction de l'AFA insiste sur sa mission d'information et de sensibilisation. Elle a marqué son intérêt pour mener à terme une action d'information en faveur des dirigeants des EPL, en lien avec la DACG et la DGCL. Cette initiative opportune devrait être faite en lien avec la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL), qui dispense une offre de formation aux élus et administrateurs d'EPL, avec notamment un volet concernant « les événements engageant la responsabilité individuelle ou collective, civile ou pénale ».

L'ensemble des revues de dépenses est disponible sur :
www.performance-publique.budget.gouv.fr/