

Ministère de l'Intérieur
et de l'Aménagement du territoire

Le guide des sociétés d'économie mixte locales



Guides pratiques

Direction générale des collectivités locales

La **documentation** Française



L'édition 2007 du Guide des sociétés d'économie mixte locales
a été élaborée par Florence MOURAREAU adjointe au chef du bureau
des interventions économiques et de l'aménagement du territoire.

Directeur de la publication :
Edward JOSSA,
directeur général des collectivités locales

Remerciements à Yann-Florent FOUGERES,
Farah LEHBILI, Julia VESENTINI, stagiaires, pour leur contribution.

© La Documentation française Photo : Danièle Taulin-Hommell
Courbevoie (92). Chantier de construction à l'Ouest de la Défense.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété
intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif
de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.
Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger
l'équilibre économique des circuits du livre. »

© La Documentation française - Paris, 2007
ISBN : 9978-2-11-006227-7
DF : 5GP00540

Préface

Conçues dans le contexte de la décentralisation comme des outils destinés à permettre aux collectivités locales d'exercer pleinement leurs nouvelles compétences, dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'intérêt général, les sociétés d'économie mixte locales ont, depuis la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, un véritable statut.

Plusieurs lois l'ont récemment aménagé. On peut citer notamment la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et surtout la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

Ces lois ont permis de moderniser les relations financières entre les SEML et les collectivités, de sécuriser le statut des élus siégeant dans les conseils d'administration de ces sociétés, et enfin d'attribuer de nouvelles compétences aux SEML.

Le présent ouvrage fait donc le point sur l'état du droit, tel qu'il résulte des textes, de la jurisprudence nationale et européenne et de la doctrine administrative, tout en apportant un éclairage sur le droit européen.

Il retrace les conditions de création des SEML, leur mode d'administration et le rôle des élus dans les instances dirigeantes, le régime juridique de leurs activités ainsi que les obligations et contrôles auxquels elles sont assujetties.

Alors que le droit européen prend une influence considérable dans le domaine de la concurrence et que l'environnement juridique devient sans cesse plus complexe, l'ambition de ce guide est d'apporter un éclairage le plus complet possible pour contribuer à la sécurisation des interventions des collectivités locales dans le champ économique.



Edward JOSSA

Directeur général des collectivités locales

Sommaire

HISTORIQUE 7

Le contexte de la Première Guerre mondiale	7
Après la Seconde Guerre mondiale	8
La crise des années soixante-dix	8
La définition d'un cadre législatif pour les SEML : la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983	9
Évolutions du régime juridique des SEML au cours des années quatre-vingt-dix	10
La réforme du régime des SEML : la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002	11
L'intégration dans la loi des enjeux juridiques et économiques pour les SEML	12
Le bilan des SEML au début des années 2000	13

PARTIE 1 – L'OBJET SOCIAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES 15

Forme juridique : une SEML est une société anonyme (SA)	15
Un objet social limité aux compétences des collectivités territoriales	16
L'intervention des SEML dans le secteur hospitalier	33
Les nouveaux secteurs d'intervention des SEML	34
Les SEML multi-activités	36
Les SEML ayant des régimes spécifiques	37

PARTIE 2 – LE CAPITAL SOCIAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES 43

Le montant du capital	43
Composition du capital social	44
La qualité des associés	46
Les modifications du capital des SEML	52
Application aux SEML du régime des entreprises en difficulté	54
Prises de participations et filialisation des SEML	55
Le régime fiscal et comptable	58

PARTIE 3 – L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES 61

Les assemblées d'actionnaires	61
Les organes de direction	63
Composition du conseil d'administration ou de surveillance	66
Les représentants des collectivités territoriales	67
Le mandat des représentants des collectivités territoriales	69
Le statut des élus mandataires des collectivités territoriales	71

Responsabilité des élus mandataires des collectivités territoriales	74
Le personnel des SEML	77

PARTIE 4 – LES RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES AUX ACTIVITÉS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES	79
--	-----------

Les personnes susceptibles de missionner les SEML	79
Les contrats des SEML.....	81
Les relations financières avec les collectivités territoriales.....	95

PARTIE 5 – LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES	105
---	------------

Les contrôles internes	105
Les contrôles externes.....	109

PARTIE 6 – LES AUTRES SOCIÉTÉS RELEVANT DU RÉGIME DE L'ÉCONOMIE MIXTE	121
--	------------

Sociétés exclues du champ d'application du régime juridique général des SEML	121
Sociétés implicitement exclues du champ d'application du régime juridique général des SEML	123
Les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)	128

Historique

L'existence juridique des sociétés d'économie mixte locales résulte d'une succession de circonstances historiques poussant les collectivités territoriales à intervenir dans le domaine économique pour satisfaire les besoins de la population, dont l'origine remonte au début du XX^e siècle.

L'histoire de l'économie mixte est liée à celle des interventions économiques des collectivités territoriales. Jusqu'au début du XX^e siècle, le juge admettait peu, ou pas du tout, l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine économique, et ce pour trois motifs. D'abord, en raison du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, car les aides financières publiques faussent les règles de la concurrence. Ensuite, parce qu'il fallait assurer la protection des collectivités publiques contre le risque de faillite auquel s'expose tout opérateur privé. Enfin, parce qu'il était nécessaire de préserver les finances des collectivités territoriales, et donc les deniers publics, des risques financiers de ces interventions.

Sous l'effet conjugué de la guerre et de la crise économique, cette interdiction de principe s'est progressivement assouplie.

■ LE CONTEXTE DE LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE

La situation résultant de la Première Guerre mondiale avait conduit les communes à intervenir en matière économique, notamment pour assurer le ravitaillement des populations. Deux dispositions des décrets-lois Poincaré des 5 novembre et 28 décembre 1926 ont consacré cette faculté d'intervention, sous réserve de l'approbation de l'autorité de tutelle.

La première autorise l'« intervention des communes, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale, ou la réalisation d'améliorations urbaines ».

La seconde leur permet d'« acquérir des actions ou des obligations des sociétés chargées d'exploiter les services communaux », c'est-à-dire des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial.

De son côté, le Conseil d'État a admis, aux termes d'un arrêt resté célèbre (Conseil d'État, 30 mai 1930, chambre syndicale du commerce de détail de Nevers), que les collectivités territoriales puissent, lorsque des circonstances particulières de temps et de lieu le nécessitent, et lorsqu'un intérêt public local le justifie, ériger des entreprises en services publics. Pour le Conseil d'État, ces circonstances s'apprécient au regard de la carence, de la défaillance ou de l'insuffisance de l'initiative privée et de la nécessité de pourvoir à la satisfaction des besoins de la population.

■ APRÈS LA SECONDE GUERRE MONDIALE

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, une période de reconstruction s'est ouverte, pendant laquelle les interventions économiques des collectivités territoriales se sont développées. Le décret n° 55-579 du 20 mai 1955, relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique, consacre l'élargissement des interventions des collectivités territoriales et marque l'acte de naissance des sociétés d'économie mixte locales.

En effet, il autorise les communes à intervenir dans le domaine économique et social, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière dans des organismes ou entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet la mise au point de projets, l'exécution de travaux présentant un caractère d'intérêt public ou l'exploitation de services publics, le ravitaillement ou le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale ainsi que la réalisation d'améliorations urbaines et rurales.

Il permet également aux départements d'intervenir dans ce domaine, lorsqu'un intérêt local le justifie, et de participer dans les mêmes conditions que les communes à des sociétés ou organismes, ou de créer des régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière.

Les prises de participations sont soumises à approbation ministérielle et ne doivent pas dépasser 65 % du capital de l'entreprise ou de l'organisme. Si la collectivité détient un capital majoritaire, un commissaire du gouvernement, le préfet de département, est désigné par arrêté interministériel.

Cette période a marqué un grand essor de l'économie mixte. Beaucoup de sociétés se sont en effet créées, notamment dans le domaine de l'aménagement et de la construction. Par la suite, celles-ci ont dû subir les effets de la crise des années soixante-dix.

■ LA CRISE DES ANNÉES SOIXANTE-DIX

Au cours des années soixante-dix, les difficultés financières rencontrées par un certain nombre de sociétés d'économie mixte de construction, dues en partie à la dépression du marché immobilier, ont incité les pouvoirs publics à interdire aux SEML de réaliser elles-mêmes les études préalables à leurs interventions.

La multiplication des SEML a aussi révélé les risques qu'il y avait à utiliser cet outil, destiné à associer des capitaux publics et privés au service de l'intérêt général, comme moyen de s'affranchir des règles du droit et de la comptabilité publics.

Un certain désengagement des collectivités territoriales, qui n'exerçaient plus leurs prérogatives d'actionnaires en contrôlant étroitement les activités de leurs SEML, est aussi apparu, malgré la présence, au sein du conseil d'administration, d'un commissaire du gouvernement disposant d'un droit de veto.

■ LA DÉFINITION D'UN CADRE LÉGISLATIF POUR LES SEML : LA LOI N° 83-597 DU 7 JUILLET 1983

La mise en œuvre au début des années quatre-vingt du processus de décentralisation entraîne une évolution fondamentale du cadre juridique des sociétés d'économie mixte locales.

L'article 6 de la loi du 2 mars 1982, portant droits et libertés des communes, des départements et des régions, a posé le principe de l'élaboration d'un projet de loi relatif aux sociétés d'économie mixte locales. Cette disposition s'inscrit dans le prolongement du processus de décentralisation engagé par le gouvernement. En effet, la suppression de la tutelle imposait de donner aux sociétés d'économie mixte un cadre juridique conforme aux compétences reconnues aux collectivités territoriales.

Le texte proposé en première lecture au Sénat poursuivait la double ambition de conférer aux sociétés d'économie mixte un statut législatif, tirant les conséquences de la décentralisation, et de doter les collectivités territoriales d'un instrument privilégié d'intervention économique.

La loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, relative aux sociétés d'économie mixte locales, renforce le contrôle exercé par les collectivités territoriales. Pour donner aux collectivités territoriales la maîtrise de leur outil en consacrant leur prépondérance au sein du conseil d'administration de la SEML, la loi leur impose d'y détenir, seules ou conjointement, la majorité du capital et des voix. Les représentants des collectivités territoriales sont tenus de rendre compte de leur mandat en adressant au moins une fois par an un rapport sur les activités de la SEML à la collectivité dont ils relèvent.

Les relations entre les collectivités territoriales actionnaires et les SEML sont définies par des contrats afin d'assurer une meilleure transparence et un contrôle régulier et efficace de la SEML par la collectivité mandante, cliente ou concédante.

La loi aligne par ailleurs le régime juridique des SEML sur les règles du droit des sociétés commerciales régies par la loi du 24 juillet 1966. Cette mesure constitue le principe fondamental de cette loi.

Le principe de spécialité qui s'appliquait aux SEML est atténué puisque leur objet social pourra comprendre plusieurs activités, sous réserve toutefois qu'elles soient complémentaires.

Les SEML pourront également, et sous réserve que certaines garanties soient prises, intervenir pour des personnes publiques ou privées qui ne participent pas à leur capital.

Enfin, la loi fait disparaître la fonction de commissaire du gouvernement, conséquence logique de la suppression de la tutelle administrative sur les collectivités territoriales. Il lui est substitué un contrôle spécifique *a posteriori* exercé par le préfet sur les comptes de la société et les délibérations du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, qui peut saisir pour avis la Chambre régionale des comptes.

La réforme engagée par la loi du 7 juillet 1983 a donné un essor considérable aux SEML : un peu plus de la moitié des sociétés existantes ont été créées depuis cette date. Le succès de cette formule, lié au rôle croissant des collectivités territoriales dans le domaine économique, ne doit cependant pas dissimuler les difficultés financières de certaines SEML.

■ ÉVOLUTIONS DU RÉGIME JURIDIQUE DES SEML AU COURS DES ANNÉES QUATRE-VINGT-DIX

À mesure qu'augmentait le nombre des SEML, des dysfonctionnements sont apparus, qui ont rendu nécessaires de nouvelles modifications de leur cadre juridique.

Ces dispositions visent à donner aux collectivités territoriales actionnaires des moyens juridiques supplémentaires destinés à permettre un meilleur contrôle et une meilleure maîtrise de ces sociétés.

La loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, étend aux Chambres régionales des comptes la vérification des comptes et le contrôle de la gestion des SEML. La Chambre procède à ces contrôles de sa propre initiative dans le cadre de son activité normale et régulière de contrôle des structures caractérisées par une participation financière publique ou sur demande motivée du préfet ou de l'autorité territoriale concernée et peut étendre ses vérifications aux filiales de ces sociétés ou organismes.

La loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République clarifie le régime de responsabilité des élus administrateurs de SEML en les soustrayant au risque d'inéligibilité, détermine les conditions dans lesquelles ils peuvent se voir verser des rémunérations et renforce le contrôle des juridictions financières.

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, comporte également plusieurs dispositions destinées à améliorer la transparence des activités des SEML.

Certains contrats conclus par les SEML, pour l'exécution ou les besoins du service public, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis à des principes de publicité et de mise en concurrence inspirés du Code des marchés publics. Les cessions de terrains ou de droits à construire des SEML doivent également faire l'objet de publicité préalable.

Les SEML qui exercent une prérogative de puissance publique doivent établir chaque année un rapport sur les conditions d'exercice de cette prérogative, transmis à l'organe délibérant de la collectivité déléguante et au préfet. Les décisions relatives à l'exercice de ces prérogatives sont soumises au contrôle de légalité.

Les prises de participations des SEML dans le capital d'une société commerciale sont encadrées. Elles sont subordonnées à un accord exprès de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires.

Enfin, la loi n° 96-142 du 21 février 1996, relative à la partie législative du Code général des collectivités territoriales, a codifié le corpus normatif applicable aux

SEML en créant les articles L. 1521-1 à L. 1525-3. Ces articles regroupent désormais l'ensemble des dispositions relatives à l'objet des SEML, la composition de leur capital, les modalités d'intervention des SEML, l'administration des SEML ainsi que les contrôles auxquels elles peuvent être soumises.

■ LA RÉFORME DU RÉGIME DES SEML : LA LOI N° 2002-1 DU 2 JANVIER 2002

Au début des années 2000, forts d'un bilan largement positif, les élus dirigeants de SEML issus de toutes les formations politiques représentées au Parlement ont néanmoins réclamé une modernisation du cadre juridique de l'économie mixte locale. Ils estimaient, en effet, que les SEML se heurtaient à des difficultés économiques, juridiques et administratives qui ont contrecarré leurs missions d'intérêt général et remis en cause les principes de leur statut.

L'expérience a fait ressortir la nécessité de renforcer le contrôle démocratique des assemblées délibérantes des collectivités territoriales sur les opérations confiées aux SEML et sur les sociétés elles-mêmes. L'évolution du cadre juridique et de la doctrine administrative a également créé une contradiction entre le droit et la volonté politique des élus locaux, sur trois points : les relations financières entre les collectivités territoriales et les SEML, le droit de la concurrence, le statut de l'élu administrateur de SEML.

En ce qui concerne les relations financières, le Conseil d'État avait considéré dans deux arrêts (préfet des Alpes-de-Haute-Provence du 17 janvier 1994/ Commune de Villenave d'Ornon du 6 novembre 1995) que si les collectivités territoriales peuvent participer librement au capital des SEML et souscrire à d'éventuelles augmentations de capital, elles ne pouvaient, en revanche, accorder légalement d'aides directes ou indirectes à ces sociétés qu'en respectant les conditions fixées par la loi sur les aides des collectivités locales aux entreprises privées.

S'agissant des participations financières, le Conseil d'État, dans sa décision du 13 septembre 1995, département des Alpes-Maritimes, n'avait retenu comme aide légale que les avances de trésorerie pour l'exécution d'une mission confiée à une SEML.

Pour ce qui est du respect du droit de la concurrence, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, dite « loi Sapin », a soumis les SEML, au même titre que les sociétés privées fermières ou concessionnaires de services publics mais contrairement aux établissements publics, à un régime de mise en concurrence pour les délégations de service public. Cette loi a placé les collectivités locales dans la situation de devoir mettre en compétition des sociétés dont elles sont les actionnaires majoritaires, constituées expressément et préalablement pour exploiter le service qui fait l'objet de l'appel à concurrence et qui, quelques semaines après leur création, n'offrent naturellement pas les garanties professionnelles et financières exigées par la loi.

Enfin, en ce qui concerne le statut des élus administrateurs de SEML, les parlementaires estimaient que les risques liés aux délits de prise illégale d'intérêt et

de favoritisme tels que les définit le Code pénal, justifiaient un renforcement de la protection juridique des élus désignés comme mandataires de leur assemblée délibérante dans les conseils d'administration des SEML.

Dans ce contexte, afin de sécuriser l'action des collectivités territoriales et de clarifier le régime juridique des SEML, les sénateurs ont déposé une proposition de loi qui a abouti au vote de la loi du 2 janvier 2002. Cette loi a fait évoluer les relations financières entre les SEML et les collectivités territoriales, a clarifié le statut des représentants élus des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance de ces sociétés, notamment en vue de leur assurer une meilleure sécurité juridique. En outre, plusieurs autres mesures tendent à favoriser les obligations de transparence et de communication attachées aux SEML.

Le régime juridique des SEML a également évolué à la suite de l'adoption de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains qui prévoit de nouvelles mesures en faveur de ces sociétés, dans les domaines de l'aménagement, de la construction et la gestion de logements sociaux et de la coopération décentralisée.

Enfin, revêtant la forme juridique de sociétés anonymes, les SEML se voient appliquer, en ce qui concerne leurs règles de fonctionnement interne, plusieurs mesures adoptées dans le cadre de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

■ L'INTÉGRATION DANS LA LOI DES ENJEUX JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES POUR LES SEML

Au cours des trois dernières années, plusieurs lois ont élargi les domaines d'intervention des SEML.

En vertu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les collectivités territoriales auront vocation, sous certaines conditions, à exercer des compétences d'opérateur de réseaux de télécommunication, voire de services de télécommunication, et à en confier la gestion à des SEML. De même, la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle élargit les capacités d'intervention des SEML en matière de télévision locale.

Les SEML peuvent également intervenir dans le domaine de l'investissement hospitalier depuis l'adoption de l'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé.

En décentralisant de nouvelles compétences aux collectivités territoriales, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a également étendu les possibilités d'intervention des SEML. Dans le domaine des infrastructures de transport, l'entretien et la gestion d'aérodromes et de ports pourraient être confiés à des SEML. Dans le domaine de la culture, il pourrait être envisagé la constitution de SEML en charge de la gestion et de la valorisation du patrimoine local.

Une mention particulière revient à la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement. Cette loi a mis en conformité le droit national avec le droit communautaire puisque désormais les nouvelles « concessions d'aménagement » sont ouvertes indistinctement aux personnes publiques et privées et sont soumises à des procédures de publicité et de mise en concurrence.

Au total, l'ensemble de ces dispositions a pour objet de permettre aux collectivités territoriales et à leurs groupements de disposer d'un cadre juridique en matière d'économie mixte, s'articulant autour de mesures destinées à améliorer l'efficacité, la sécurité juridique et la transparence du mode d'intervention des SEML.

■ LE BILAN DES SEML AU DÉBUT DES ANNÉES 2000

En 2006, la Fédération nationale des SEML recense 1 130 SEML soit une baisse de 2 % par rapport à 2005. Cette évolution s'explique par la progression de l'intercommunalité, source de regroupements entre opérateurs, la poursuite des mouvements de fusions entre SEML et la concentration des acteurs dans le secteur de l'habitat social. Les SEML sont donc moins nombreuses mais dotées, dans l'ensemble, de capacités d'intervention renforcées.

Les SEML représentent un volume de 11 milliards d'euros d'investissement, 13,8 milliards d'euros de chiffre d'affaire et 2,65 milliards d'euros de capitalisation. Elles génèrent 65 500 emplois directs.

À l'échelle européenne, les entreprises publiques locales sont au nombre de 16 000 et génèrent 1,1 million d'emplois directs et 140 milliards d'euros de chiffre d'affaire.

Les principaux secteurs d'intervention sont les services (577 SEML soit 51 %), l'immobilier (269 SEML soit 24 %) et l'aménagement (près de 284 SEML).

Le secteur des services, en plein essor, compte 577 SEML, lesquelles emploient 50 400 personnes. Les SEML de services exercent 33 métiers différents, dont le dénominateur commun est la gestion d'équipements ou de services publics. Les secteurs d'activité sont principalement le tourisme de loisirs et d'affaires pour 30 % de leur activité, la gestion des transports, le développement économique local (services aux entreprises, agences de développement économique...) et enfin l'environnement et les réseaux (eau, énergie...) ainsi que la culture (animation et équipements culturels).

Les 269 SEML immobilières gèrent un parc de 522 000 logements, dont 78 000 sont situés en zones urbaines sensibles (ZUS). Cette activité génère 10 100 emplois directs. Après le ralentissement des exercices 2001 et 2002, elles ont mis en chantier en 2004, 7 301 logements locatifs, 620 logements en accession et en ont acquis 665 autres transformés en logements sociaux.

Outre le logement, les SEML immobilières diversifient leurs activités vers l'immobilier d'entreprises, la conduite d'opérations de renouvellement urbain et le traitement des copropriétés dégradées.

Les 284 SEML d'aménagement emploient 5 000 personnes. Ce secteur recouvre également une multitude de domaines d'activités : aménagement de parcs d'ac-

tivités, réalisation d'équipements structurants, traitement des friches industrielles, opérations de renouvellement urbain, spécialement dans les centres anciens, études urbaines et économiques, résorption de l'habitat insalubre mais également construction et gestion de logements constituent les principales missions des SEML d'aménagement. Dans ce secteur, la plupart de ces SEML sont mono-communales.

La répartition des SEML sur le territoire est encore assez inégale malgré une meilleure distribution territoriale opérée au cours la période 1990 à 2000. La moitié de ces sociétés est concentrée dans quatre zones (Île-de-France : 209, Rhône-Alpes : 158, Bretagne – Pays de Loire : 92, Provence-Alpes-Côte d'Azur : 87).

La composition du capital social des SEML fait toujours apparaître une large prépondérance des communes (41,75 %) même si la tendance est à la baisse de leur participation compensée par une implication croissante des structures intercommunales, départementales et régionales. Ce mouvement est particulièrement lisible dans la structure du capital des 50 dernières SEML créées : les communes y participent à hauteur de 31 %, contre 42 % sur l'ensemble des SEML. Parallèlement, les intercommunalités qui détiennent en moyenne 30 % de ces SEML récentes se hissent au niveau des communes.

L'observation plus précise de la répartition du capital social fait apparaître que la part des collectivités territoriales est de 65 % et celle des entreprises de 8,7 %. Les parts restantes sont détenues par les organismes financiers (6,1 %), les chambres consulaires et organisations professionnelles (2,8 %), l'État et/ou les organismes publics (2 %), les constructeurs sociaux (2,2 %) et les autres SEML (1,3 %).

La part du groupe « Caisse des dépôts et consignations » est en baisse continue depuis le début des années 2000. Elle n'est plus que de 6,6 % contre 12 % en 1993

PARTIE

1

L'OBJET SOCIAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

■ FORME JURIDIQUE : UNE SEML EST UNE SOCIÉTÉ ANONYME (SA)

L'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1983, désormais codifié à l'article L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales, dispose que les sociétés d'économie mixte locales revêtent la forme juridique de sociétés anonymes, régies par le livre II du Code de commerce.

Aux termes de l'article L. 225-1 du Code de commerce, une société anonyme est une société commerciale dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Il convient d'ajouter que le nombre des associés au sein d'une société anonyme ne peut être inférieur à sept.

La gestion de la SEML peut être assurée à partir d'une structure moniste (président et conseil d'administration), ou d'une structure dualiste (directoire et conseil de surveillance). La structure moniste est néanmoins la plus souvent retenue car elle permet une représentation plus large des actionnaires dans les organes de gestion.

Pour la formation du capital, la SEML peut être constituée avec appel public à l'épargne. Dans la pratique, la majorité des SEML emprunte la forme « fermée », c'est-à-dire sans appel public à l'épargne.

L'organisation et le fonctionnement de ces sociétés doivent donc être conformes au droit commun des sociétés dans la limite des dispositions spécifiques aux SEML contenues dans le Code général des collectivités territoriales.

La délibération d'une collectivité territoriale approuvant les statuts d'une SEML ne revêtant pas la forme juridique d'une société anonyme serait en conséquence entachée d'illégalité.

L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés

Les sociétés commerciales n'acquièrent la personnalité morale et les droits qui en découlent qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés dans les conditions fixées par le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés.

Tant que cette formalité n'est pas satisfaite, les représentants légaux de la société ne peuvent accomplir aucun acte en son nom, à moins d'un mandat exprès et pour un objet déterminé. Après son enregistrement, l'acte constitutif de la société doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales.

Toutefois, les actes conclus avant la signature des statuts peuvent être transférés automatiquement à la société lorsqu'ils ont été conclus pour le compte de celle-ci et qu'ils ont fait l'objet d'un état présenté aux associés avant la signature des statuts ou lors de l'assemblée constitutive, ou bien annexés aux statuts lorsque la société ne fait pas appel public à l'épargne (art. 67 et 74 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales). En l'absence d'un mandat ou d'un tel état, le conseil d'administration ne détient pas de compétence de principe pour statuer sur la reprise des actes passés avant l'immatriculation. Dans ce cas, la décision doit être prise à la majorité des associés.

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sans que celle-ci ait acquis la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes accomplis. Toutefois la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, peut reprendre les engagements souscrits lors de la première réunion du conseil d'administration. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société.

Les statuts

Depuis les lois de décentralisation, il n'existe plus de statuts types auxquels les SEML seraient tenues de se conformer réglementairement. En revanche, des modèles de statuts existent et sont proposés sur le site de la Fédération des SEM. Les associés peuvent déterminer en conséquence librement les clauses de leurs statuts dans le respect du Code du commerce et du Code général des collectivités territoriales.

■ UN OBJET SOCIAL LIMITÉ AUX COMPÉTENCES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

L'article L.1521-1 du CGCT autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à créer des SEML dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi et pour la réalisation d'opérations limitativement énumérées qui sont l'aménagement, la construction, l'exploitation de services publics à caractère

industriel ou commercial et les activités d'intérêt général. En outre, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a élargi le domaine de l'objet social des SEML à la réalisation des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'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.

L'aménagement et la construction constituent des secteurs traditionnels de l'intervention des SEML. La gestion d'activités d'intérêt général en revanche n'est pas aisée à définir puisqu'elle fait appel à des notions plus larges dont l'intérêt local à agir et la carence de l'initiative privée. Dans cette perspective, l'objet social des SEML doit également être examiné au regard des règles relatives à leurs interventions dans le domaine économique.

Enfin, l'objet social peut inclure plusieurs activités appartenant à ces catégories à la seule condition qu'elles soient complémentaires.

L'aménagement

Les opérations d'aménagement pouvant être confiées à des SEML sont celles définies par le Code de l'urbanisme. Il peut s'agir de procédures déterminées (de type zone d'aménagement concerté ou lotissement) ou de toute opération s'inscrivant dans le cadre de l'article L.300-1 du même code précisant les objectifs que peuvent poursuivre les collectivités publiques qui les engagent :

« mettre en œuvre un projet urbain, une politique de l'habitat, organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, favoriser le développement des loisirs et du tourisme, réaliser des équipements collectifs, lutter contre l'insalubrité, permettre le renouvellement urbain, sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti ».

Il en résulte que les missions confiées par les collectivités territoriales à une SEML d'aménagement peuvent être diverses.

Les collectivités territoriales peuvent concéder à une SEML la réalisation d'opérations d'aménagement dans le cadre de concessions d'aménagement telles que définies par l'article L.300-4 du Code de l'urbanisme. Les concessions d'aménagement ont pour objet de confier à l'aménageur la réalisation d'un projet d'urbanisme, soit sur des terrains non encore urbanisés, soit sur des quartiers existants à rénover ou à restructurer. En pratique, ces opérations sont souvent menées dans le cadre d'une ZAC.

La notion d'aménagement a été précisée par le ministère de l'Équipement dans le cadre d'un argumentaire adressé en février 2002 à la Commission européenne défendant le dispositif juridique de non mise en concurrence des contrats dit de « convention publique d'aménagement ».

Cet argumentaire visait à démontrer que les conventions publiques d'aménagement n'étaient pas de simples marchés de travaux au sens du droit communautaire. Afin de faire ressortir le caractère « complexe » des opérations d'aménagement, le texte précisait qu'« une convention publique d'aménagement consiste à acquérir tout ou partie des terrains et immeubles inclus dans le périmètre concerné, à

remodeler la structure foncière en fonction du parti d'aménagement retenu, à faire réaliser les travaux de viabilisation (voies et réseaux), à procéder aux démolitions nécessaires et à vendre les terrains ainsi aménagés à des constructeurs. La convention peut également prévoir des missions annexes, d'animation de quartiers, en attendant la remise définitive de tous les équipements à la commune, mais ces missions sont très limitées par rapport à la mission principale ».

Il découle de cette définition que, pour ce type de marchés, la mission de l'aménageur est limitée. Elle n'englobe pas la construction de bâtiments autres que ceux correspondant aux superstructures, c'est-à-dire les équipements publics répondant aux besoins de la population locale tels que les écoles, les crèches ou encore les salles de sport municipales.

La construction

Les activités de construction des SEML s'exercent essentiellement dans le domaine du logement social. À ce titre, leurs activités sont également soumises à certaines dispositions du Code de la construction et de l'habitation.

Les SEML peuvent également assurer la construction de bâtiments destinés à être mis à la disposition des entreprises. En principe, la construction de ces bâtiments est réalisée par les collectivités territoriales, qui agissent en qualité de maître d'ouvrage de l'opération au sens des dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. En application de cette loi, les SEML peuvent se voir confier, au nom et pour le compte des collectivités, la construction des bâtiments dans le cadre d'un contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Par ailleurs, ces activités peuvent également s'inscrire dans le cadre des aides à l'immobilier d'entreprise que les collectivités territoriales peuvent accorder aux entreprises. Dans ce cas, les SEML agissent alors comme organismes relais des collectivités territoriales.

Antérieurement à l'adoption de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, cette intervention en qualité d'organisme relais n'était fondée que sur la base réglementaire de l'ancien article R. 1511-22 du CGCT qui prévoyait que « les dispositions de la présente sous-section (aides à l'achat et à la location de bâtiments) s'appliquent également aux aides attribuées par les collectivités territoriales et leurs groupements, seuls ou conjointement, aux entreprises par l'intermédiaire d'organismes relais ».

Désormais ce type d'interventions a été réaffirmé et consolidé juridiquement. Ces interventions reposent sur la base législative de l'article L. 1511-3 du CGCT qui dispose que les aides à l'immobilier d'entreprise peuvent être attribuées de manière indirecte par l'intermédiaire d'un maître d'ouvrage public ou privé, dans le cadre d'une convention.

Les organismes relais peuvent être selon le type de montage envisagé une société de crédit-bail immobilier, une société d'économie mixte locale (SEML) ou une société civile immobilière (SCI).

Dans ce cas, la SEML est chargée d'acquiescer, de construire ou de faire construire le bâtiment et de le mettre ensuite à la disposition de l'entreprise, utilisatrice finale. L'organisme relais doit intégralement répercuter la subvention reçue de la collectivité territoriale sur le prix de mise à disposition du bâtiment auprès de l'entreprise, en diminuant ce prix du montant de la subvention reçue.

Sur le plan de la procédure, il est nécessaire que la SEML, organisme relais, soit un véritable intermédiaire entre la collectivité territoriale et l'entreprise, ce qui implique l'existence d'un lien juridique entre ces deux dernières. Il est nécessaire qu'une convention soit signée entre la collectivité, la SEML et éventuellement le bénéficiaire final. Cette convention identifie l'entreprise bénéficiaire, fixe le montant de l'aide qui lui est accordée par la collectivité, et précise les obligations de la SEML en matière de répercussion de l'aide publique sur le coût de mise à disposition des biens immobiliers (bâtiments et terrains) à leur utilisateur final.

L'exploitation de services publics à caractère industriel et commercial

Une SEML peut avoir pour objet l'exploitation d'un service public industriel et commercial dans le cadre d'une délégation de service public. Il s'agit de secteurs très diversifiés : par exemple, les transports publics d'intérêt local, les abattoirs publics, les remontées mécaniques, les réseaux d'eau et d'assainissement, les parcs de stationnement public, le service extérieur des pompes funèbres, la distribution de gaz et d'électricité, etc.

Toutefois, ainsi que l'a précisé le Conseil d'État dans un avis du 7 octobre 1986, par leur nature ou par la volonté du législateur, certains services publics ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même. Ainsi, les collectivités territoriales ne peuvent-elles confier à des personnes privées les tâches exécutées au nom de l'État, les missions relevant d'une prérogative de puissance publique ou celles que des dispositions législatives ou réglementaires interdisent de déléguer. Parmi les missions insusceptibles d'être délégués, peuvent être cités : l'exercice du pouvoir réglementaire, le recouvrement des impositions de toute nature, l'organisation des élections, l'état civil, les pouvoirs de police.

Par ailleurs, dans ce même avis, le Conseil d'État a admis que les SEML pouvaient également gérer un service public administratif, sous réserve que celui-ci ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité locale elle-même.

Dans ces conditions, il convient ici de préciser, en fonction principalement de critères jurisprudentiels, dans quel cas un service public peut être qualifié d'industriel et commercial (SPIC) ou d'administratif (SPA). Un service public est qualifié de SPIC par la loi, comme pour l'assainissement ou les remontées mécaniques ; ou par la jurisprudence, qui se fonde sur un faisceau d'indices (objet, ressources, mode de fonctionnement). Les trois critères doivent être réunis pour qu'il y ait SPIC, sinon il s'agit d'un SPA. Ainsi, une activité exercée habituellement par le secteur privé sera généralement qualifiée de SPIC.

Sont ainsi considérés comme des SPIC ou SPA par le juge selon le cas d'espèce : un camping municipal ou une école de danse, qui exercent leurs activités de

façon commerciale, fonctionnent de fait comme des entreprises privées, se rémunèrent sur les usagers ou sont susceptibles de concurrencer des campings privés ou des écoles privées de danse situés à proximité.

Au-delà du choix de gestion directe ou déléguée et à défaut (pour l'instant du moins) d'une mise en concurrence des modes de gestion eux-mêmes, il convient d'ajouter que le droit communautaire encadre de plus en plus strictement les collectivités territoriales lorsque ces dernières recourent à un tiers (public ou privé) pour assurer l'exercice de ces modes de gestion. La classification organique SPIC/SPA opérée en droit national ne trouve pas de correspondance exacte en droit communautaire. Celui-ci recourt pour qualifier ces prestations à l'expression, qui n'est pas neutre, de service d'intérêt général (SIG) ou de service d'intérêt économique général (SIEG).

Une SEML peut donc au titre des activités d'intérêt général assurer l'exploitation d'un service public administratif dans les limites fixées par le juge administratif. Cette question est détaillée dans le chapitre suivant.

Exemples d'exploitation de services publics à caractère industriel et commercial

Le stationnement sur la voie publique

Le stationnement payant au moyen de parcmètres ou d'horodateurs est un stationnement sur la voie publique qui doit être distingué du stationnement hors voirie, souterrain ou en élévation, car le mode de passation des contrats et le mode de gestion sont différents.

Le maire exerce, en vertu de l'article L. 2213-1 du CGCT, la police de la circulation sur les routes nationales, les routes départementales et les voies de communication à l'intérieur des agglomérations. En outre, le maire peut réglementer l'arrêt et le stationnement des véhicules. Il peut également, moyennant le paiement de droits fixés par un tarif dûment établi, donner des permis de stationnement sur la voie publique.

En conséquence, ainsi que le précisait déjà la circulaire du 15 juillet 1982, relative au stationnement payant, le stationnement équipé en parcmètres sur la voie publique revêt à titre principal le caractère d'une mesure de police administrative. Il n'est de ce fait pas possible de faire application de l'article L. 1411-1 du CGCT qui organise la délégation des services publics locaux.

Une SEML ne peut donc pas se voir confier la gestion d'un parc de stationnement sur la voie publique.

En revanche, la jurisprudence considère que le stationnement payant hors voirie est un service public à caractère industriel et commercial. Ce service peut donc être exploité en régie ou dans le cadre d'une délégation de service public. Ainsi, une SEML peut se voir déléguer la gestion d'un parc de stationnement hors voirie.

La distribution de gaz et d'électricité

La distribution de gaz et d'électricité constitue un service public à caractère industriel et commercial susceptible d'être géré par une SEML. Cependant, celle-ci est alors soumise aux dispositions particulières régissant ces activités.

Ainsi, l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz reconnaît la qualité de « distributeur non nationalisé » aux « sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques possèdent la majorité » et « aux régies ou services analogues constitués par les collectivités locales ».

En outre, il convient de relever qu'aux termes de ce même article, les distributeurs non nationalisés sont « maintenus dans leur situation actuelle, le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs ». Ces dispositions ont eu pour effet d'exclure de la nationalisation de l'électricité et du gaz conférée à EDF et Gaz de France, les organismes de distribution constitués par les communes sous forme de régie ou de SEML, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 8 avril 1946.

L'intention du législateur de l'époque était bien de cristalliser les droits acquis par les distributeurs à la date de la nationalisation. Cette situation a été confirmée au fil du temps.

Aux termes d'un arrêt du 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, le Conseil d'État a estimé que la portée de l'article 23 réside dans l'interdiction de transférer au secteur privé les distributeurs non nationalisés. Ainsi cette disposition revient à prescrire un contrôle réel de l'entreprise par les collectivités publiques. Ce point a été confirmé plus récemment dans un avis du Conseil d'État, n° 372428 du 17 janvier 2006 relatif à la demande du ministère de l'Industrie sur la participation des collectivités locales dans le capital des SEML de distribution d'énergie en Alsace-Moselle.

L'article 11 de la loi 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, qui modifie l'article 23, a préservé l'alinéa 1^{er} de la loi de 1946 dans sa version initiale. Le législateur a par conséquent réitéré son souci de maintenir les distributeurs non nationalisés dans leur situation actuelle.

Cependant, depuis plusieurs années, le secteur de l'énergie en Europe a connu des évolutions importantes qui auront un impact certain sur leur mode de gestion.

En France, ces évolutions ont pris la forme suivante.

L'article 88 de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, a d'abord permis aux distributeurs non nationalisés gaziers (dont les SEML) de la loi de 1946 d'étendre leur activité aux communes connexes à celles qu'ils desservent, dès lors que ces communes ne disposent pas d'un réseau public de gaz naturel.

Puis, l'article 50 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a rendu possible, pour les communes non desservies en gaz, le recours à l'entreprise de leur choix, qui peut être une SEML, pour

mettre en place une distribution publique de gaz, sous réserve que cette entreprise soit agréée par le ministre chargé de l'Énergie. Cette disposition a été codifiée à l'article L. 2224-31 III du CGCT, alignant ainsi la distribution gazière pour les communes non-desservies dans le champ du droit commun (appel à candidature pour le choix d'une gestion déléguée au moyen d'un contrat de concession).

Ainsi une collectivité territoriale peut décider de gérer elle-même en régie la distribution de gaz ou d'en confier la gestion par la voie d'une délégation de service public à une personne morale de droit public ou privée comme par exemple une SEML.

Ces deux dispositions législatives constituent une ouverture dans le monopole de Gaz de France institué par la loi de 1946.

L'ouverture du marché de l'électricité, opéré par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et celle de l'ouverture du marché du gaz par la loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003, ouvrent à la concurrence les activités de commercialisation de l'électricité (la production et la vente) et celles de la fourniture du gaz naturel. Ces ouvertures sont néanmoins progressives puisque la directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et la directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE imposent une éligibilité (possibilité pour un client de choisir son fournisseur) progressive.

Depuis le 1^{er} juillet 2004, les professionnels peuvent choisir leurs fournisseurs. Il convient de noter également que la comptabilité des activités de gestion de réseaux de distribution, qui demeure des activités régulées, et celle des activités de commercialisation et de fourniture, devenues concurrentielles, doivent être séparées.

L'organisation interne des sociétés intégrées doit également être modifiée afin que les coûts de chaque activité soient clairement identifiés et que les fournisseurs aient accès au réseau sans discrimination.

À l'horizon du 1^{er} juillet 2007, l'ouverture du marché de l'énergie sera totale. À cette date, les particuliers auront également librement accès au marché de l'énergie et pourront choisir leur fournisseur d'énergie. À cette échéance, la séparation entre les activités de gestion de réseaux de distribution et celles de fourniture sera obligatoire. Elle entraînera la scission des activités en deux entités distinctes en particulier pour les entreprises comportant plus de 100 000 clients. L'acheminement de l'électricité et du gaz demeure cependant dans le champ du monopole de la distribution.

À ces évolutions s'ajoutent deux événements majeurs. Le principe de spécialité est supprimé, c'est-à-dire que les énergéticiens peuvent désormais sur autorisation ministérielle commercialiser indifféremment du gaz ou de l'électricité voire tout autre produit (dont des produits financiers ou encore de télécommunications). Une commission de régulation de l'énergie (CRE), régulateur indépendant, a été mise en place, chargée de contrôler les conditions d'exercice des missions de service public.

Il existe donc trois modes de gestion de la distribution d'électricité ou du gaz.

Les régies de distribution d'électricité ou de gaz constituées jusqu'au 18 février 1930 sont des régies personnalisées placées sous le régime du décret du 8 octobre 1917 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 15 juin 1906 et fixant les conditions de l'exploitation en régie des distributions d'énergie électrique par les communes ou les syndicats de communes. Cette catégorie de régie est particulière puisqu'elle ne jouit que d'une autonomie financière limitée. En effet, bien qu'elle soit dotée d'un budget distinct, un certain nombre de dépenses (travaux neufs par exemple) doit être inscrit au budget de la commune.

Les régies de distribution d'électricité constituées après le 18 février 1930 en revanche sont placées sous le régime de droit commun des régies municipales défini par le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public.

Enfin, le régime applicable aux SEML de distribution de gaz et d'électricité est le régime de droit commun des SEML même si ce type de société présente un caractère historique particulier aujourd'hui.

Transformation d'une régie d'électricité en SEML

Ces différents statuts ne sont pas intangibles puisque le Conseil d'État a admis la possibilité de transformation d'une régie en SEML conformément au principe de cristallisation mis en œuvre par l'article 23 de la loi de 1946 précitée qui exclut la nationalisation des distributeurs non nationalisés.

En effet aux termes de l'arrêt du 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble* cité plus haut, le Conseil d'État a eu l'occasion de trancher un litige relatif à la transformation d'une régie d'électricité en SEML. Par une délibération du 22 mars 1985, la ville de Grenoble a en effet décidé de substituer à la régie municipale d'électricité et de gaz une SEML. La question que le juge administratif avait à résoudre était de savoir si les régies municipales d'électricité ou de gaz constituées avant la loi de 1946 et visées par l'article 23 devaient rester figées dans leur forme juridique. Pour le Conseil d'État, ainsi qu'il a été indiqué plus haut, il est interdit de transférer au secteur privé des services de distribution d'énergie. Le caractère particulier dont la loi prescrit la conservation n'est donc rien d'autre que le contrôle réel de l'entreprise par les collectivités publiques. En retenant la formule de la SEML, dont le capital est majoritairement détenu par des collectivités territoriales, la ville de Grenoble n'a pas porté atteinte à ce caractère particulier et n'a fait que choisir la forme d'exploitation la plus adaptée à ses besoins et à ses contraintes.

Ce principe est également valable dans le cas d'une transformation d'une régie de statut de 1917 à une régie de statut de 2001. Selon les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt précité, l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 « n'a nullement entendu figer la forme juridique des distributions publiques. Dès lors que le contrôle public est préservé, la transformation d'un service en régie ou une SEML en régie, voire l'inverse, est sans conséquence sur le caractère particulier de l'entreprise, à savoir sa vocation de service public dont l'objet n'est pas purement lucratif ».

Saisi par le ministre de l'Industrie, le Conseil d'État a, par ailleurs, le 28 janvier 1992 rendu un avis sur la compatibilité de la transformation de dix régies municipales d'électricité en une SEML avec l'article 23 de la loi du 8 avril 1946. Il introduit dans cet avis le critère de territoire dans la définition de la cristallisation.

La Haute juridiction estime que cet article permet aux communes de choisir librement, entre la régie et la SEML, le mode d'exploitation de leurs services de distribution d'électricité et de gaz, à condition que cette organisation n'entraîne pas une extension du réseau de distribution au territoire de communes qui ne seraient pas concernées par le maintien de la situation existant en 1946. Cependant, comme précédemment indiqué, cette position est à nuancer, tout au moins pour le gaz, depuis l'article 88 de la loi du 6 février 1992.

Procédure à respecter lors du transfert de gestion d'une régie à une SEML

Le transfert de gestion d'un service public local d'une régie à une SEML doit respecter des règles de procédure. Saisi par des élus municipaux, le tribunal administratif de Marseille a eu ainsi l'occasion de se prononcer sur les conditions dans lesquelles la commune d'Avignon a décidé de confier la gestion du Palais des papes et des caves du rocher des Doms à la société d'économie mixte Réalisations municipales gestion (RMG).

Par délibération du 27 juin 1991, le conseil municipal d'Avignon a en effet décidé de déléguer à la société RMG la gestion du Palais des papes et a autorisé le maire à signer la convention correspondante. De son côté, le conseil d'administration de la société RMG, tout en acceptant la proposition de la commune, approuve la passation d'une convention d'assistance technique, commerciale, administrative et financière pour l'ensemble des activités RMG avec une société privée dénommée Cultures Espaces.

Aux termes d'un jugement en date du 29 octobre 1991, le tribunal relève que la décision du conseil municipal avait pour effet de transformer le mode de gestion du Palais des papes, en passant de la régie directe à la concession. Il a estimé que « la convention de concession de service public à RMG prévoit que la SEML s'engage à reprendre la totalité du personnel en fonction au Palais des papes ; que cette opération intéresse l'organisation des services communaux, les conditions de fonctionnement de l'un des services, et traduit une grande orientation de la municipalité en ce qui concerne l'accomplissement d'une tâche de l'administration concernée ; qu'ainsi elle devait être soumise pour avis au comité technique paritaire du personnel communal ».

Le tribunal administratif de Marseille a, par ailleurs, considéré que le conseil municipal doit, en vertu de l'article L. 121-26 du Code des communes (article L. 2121-29 du CGCT), disposer d'une information exacte et suffisante sur les points inscrits à l'ordre du jour. Au cas d'espèce, les élus municipaux n'avaient pas été tenus informés du projet de convention entre la SEML RMG et la société Cultures Espaces, alors qu'« il ressort des dispositions de ce texte que le directeur général de RMG sera désigné par le conseil d'administration, sur proposition de Cultures Espaces, et sera rémunéré, comme l'ensemble des cadres de direction générale de RMG, par Cultures Espaces ; que cette société devra bénéficier d'une autonomie suffisante pour atteindre les objectifs de gestion fixés en annexe du contrat et qu'elle sera rémunérée d'une part par des honoraires repré-

sentant 7 % des recettes d'exploitation, d'autre part par un intéressement égal à 10 % des résultats bénéficiaires de l'ensemble des activités RMG (...); qu'eu égard aux modifications substantielles apportées par cette convention aux conditions de fonctionnement administratif, technique et financier de RMG, le conseil municipal ne pouvait être tenu dans l'ignorance de ces dispositions au moment d'approuver la concession à RMG du service public de gestion du Palais des papes ».

Pour le tribunal, il est donc clair que l'organe délibérant de la collectivité concédante doit disposer de l'ensemble des éléments d'information nécessaires avant de se prononcer sur le choix du mode de gestion d'un service public, *a fortiori* lorsque celui-ci a des incidences sur le fonctionnement de ce service.

Enfin, s'agissant en réalité de la création d'une SEML, la procédure spécifique prévue à la fois par le Code général des collectivités territoriales et le Code du commerce doit être respectée (délibération autorisant la collectivité à prendre des actions dans la SEML, élaboration des statuts, inscription sur le registre du commerce et des sociétés, etc.).

La question de l'application du droit de la concurrence doit également être considérée. L'article L. 1411-12 a) du CGCT dispose que sont exonérés de mise en concurrence les contrats de délégation de service public lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise. Or, les régies ou SEML d'électricité sont des entreprises qui bénéficient du monopole décrit ci-dessus au titre de leur statut de DNN. Les contrats de concession devraient être transférés sans mise en concurrence à la SEML lors de la transformation d'une régie en SEML.

Cette analyse ne préjuge toutefois pas des évolutions récentes du droit communautaire. Une objection pourrait être soulevée à l'attribution de la DSP sans mise en concurrence à la SEML suite à l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), dit arrêt Coname, du 21 juillet 2005. La CJCE a été saisie d'une question préjudicielle par une juridiction italienne dans le cadre d'un litige. La question portait sur le point de savoir si le droit communautaire s'oppose à l'attribution directe, par une commune, d'une concession relative à la gestion du service public de distribution du gaz à une société à capitaux publics dont cette commune détient une participation dans le capital à hauteur de 0,97 %. La CJCE a estimé que le principe de libre établissement et de libre prestation de services à l'intérieur de la communauté s'opposent à une attribution directe de concession de service public dès lors que l'entité prestataire ne saurait être considérée comme une structure de gestion interne de l'entité adjudicatrice, c'est-à-dire dès lors que les caractéristiques de la gestion *in house* ne sont pas présentes. Dans cette situation, la règle pour l'attribution de la DSP est la mise en concurrence.

Transformation d'une SEML d'électricité en société commerciale : 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.

L'ouverture du marché de l'énergie, en cours, comporte le risque de faire perdre des clients aux distributeurs non nationalisés, qu'ils aient le statut de régie ou de SEML, puisque les entreprises peuvent d'ores et déjà changer de fournisseur. Dans ce contexte, ces organismes se trouvent devant le défi de devoir trouver de nouvelles parts de marché.

Par ailleurs, le principe de spécialité territoriale des régies et des SEML limite également leur capacité d'intervention. S'affranchir de ce principe leur permettrait de gagner de nouveaux clients implantés hors de la zone qu'elles couvrent actuellement.

Dans cette perspective et afin d'assurer la poursuite de l'activité des entreprises de ce secteur d'activité, l'article 29 de la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ouvrent de nouvelles possibilités aux distributeurs non nationalisés.

Désormais, les distributeurs non nationalisés peuvent constituer entre eux des groupements d'intérêt économique ou participer à des groupements d'intérêt économique avec Électricité de France et Gaz de France. Ils peuvent également, même lorsque leurs zones de desserte ne sont pas limitrophes, fusionner au sein d'une régie, d'une SEML ou d'une société d'intérêt collectif agricole d'électricité.

Par ailleurs, les SEML concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz, ou celles qui assurent la fourniture d'électricité ou de gaz pour le compte d'un distributeur non nationalisé, et par dérogation, les régies de distribution d'électricité ou de gaz dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, peuvent, à la condition de lui transférer l'ensemble de leurs contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à des clients qui ont exercé leur droit à l'éligibilité, créer une société commerciale ou entrer dans le capital d'une société commerciale distincte. L'objet statutaire de la société est néanmoins limité aux activités de production et de fourniture d'électricité ou de gaz et aux prestations complémentaires.

Une SEML peut-elle exercer l'activité de taxi ?

L'activité de taxi ne peut être assimilée à un service public à caractère industriel et commercial. Elle ne figure pas non plus au nombre des activités d'intérêt général susceptibles d'entrer dans le champ de compétence des collectivités territoriales.

L'activité de taxi est régie par la loi n° 95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi et son décret d'application du 17 août 1995. La circulaire du ministère de l'Intérieur du 27 décembre 1995 précise cette législation spécifique.

Il s'agit d'une activité commerciale réglementée. En effet, le taxi se définit comme un véhicule automobile de neuf places au plus, y compris celle du chauffeur, dont le propriétaire ou l'exploitant est titulaire d'une autorisation de stationnement sur la voie publique en attente de clientèle afin d'effectuer à la demande de celle-ci et à titre onéreux, le transport des personnes et de leurs bagages. Le maire ou le préfet de police à Paris est l'autorité compétente de droit commun pour délivrer les autorisations, fixer le nombre d'autorisations de taxis admis à être exploités et délimiter les zones de prise en charge.

Ce cadre réglementaire spécifique est distinct des dispositions relatives aux modalités d'organisation et de fonctionnement des transports publics de personnes, qui relèvent de la compétence des collectivités territoriales.

C'est ainsi que la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation sur les transports intérieurs, modifiée à plusieurs reprises, prévoit que l'État et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales et leurs groupements organi-

sent les transports publics réguliers de personnes. L'exécution du service public industriel et commercial est assurée soit en régie par une personne publique, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente.

Le décret n° 85-891 du 16 août 1985, relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, pris en application de la loi précitée, également modifiée à plusieurs reprises, exclut très explicitement de son champ d'application « les transports effectués par les taxis, les voitures de petite et de grande remise ».

En conséquence, une collectivité territoriale n'est pas compétente pour exercer, directement ou par l'intermédiaire d'une SEML, la profession de taxi.

Quant aux motifs d'intérêt général qui pourraient le cas échéant justifier la création d'une SEML ayant pour objet l'exercice de la profession de taxi, ils ont été précisés par le juge. L'intervention de la collectivité doit reposer sur l'existence d'un intérêt public local dicté par la carence de l'initiative privée et la nécessité de satisfaire un besoin impérieux de la population (voir le chapitre Les SEML d'intérêt général).

Une collectivité locale d'Île-de-France peut-elle créer une SEML de transport de voyageurs ?

En application de l'article 46 de la loi d'orientation sur les transports intérieurs déjà citée, le régime juridique applicable aux transports urbains ou non urbains de voyageurs en Île-de-France est dérogatoire au droit commun. Cette spécificité a été confirmée par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. En effet, le nouveau dispositif assure la continuité du fonctionnement du système d'organisation existant.

La loi d'orientation sur les transports intérieurs avait en effet prévu des dispositions législatives spécifiques d'adaptation pour l'Île-de-France. Celles-ci n'étant pas intervenues, l'organisation des transports publics de voyageurs en Île-de-France restait définie par l'ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959. À cet égard, l'autorité compétente pour organiser les transports en Île-de-France était le Syndicat des transports parisiens, transformé par la suite en Syndicat des transports d'Île-de-France (STIF).

Or, la loi du 13 août 2004 a mis fin à la situation particulière réservée jusqu'à présent à l'Île-de-France. Si la région est devenue responsable de la définition de la politique régionale des déplacements, l'organisation des transports de voyageurs en Île-de-France demeure une compétence du STIF.

En effet, la loi a modifié l'ordonnance du 7 janvier 1959 en transformant le STIF en un établissement public local *sui generis* auquel est confiée la pleine responsabilité de l'organisation et du fonctionnement des réseaux de transports.

Le STIF regroupe ainsi la région d'Île-de-France, la ville de Paris et les départements des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis, du Val-de-Marne, de l'Essonne, des Yvelines, du Val d'Oise et de la Seine et Marne. Le nouvel établissement public territorial issu de cette transformation sera subrogé à l'ensemble des biens, droits et obligations du STIF dans son statut antérieur. Les compétences de cet établis-

sement se trouvent néanmoins étendues. Outre ces compétences traditionnelles, il disposera ainsi d'une capacité de maîtrise d'ouvrage en matière de réalisation d'infrastructures de transports dans la limite des attributions reconnues au Réseau Ferré de France (RFF), de la capacité de fixer les taux de versement de transport dans le respect des taux plafonds fixés par la loi, de la compétence en matière d'élaboration et de révision du plan de déplacements urbains, de la compétence en matière d'organisation du transport public fluvial régulier.

De même en ce qui concerne les transports scolaires, l'article 31 de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, avait également prévu une adaptation législative qui n'était pas encore intervenue. Or, l'article 41 de la loi du 13 août 2004 fixe les modalités d'organisation et de financement des services de transports scolaires en Île-de-France, désormais également pris en charge par le STIF. Cette nouvelle organisation remplace les anciens décrets en vigueur en Île-de-France devenus obsolètes.

L'ensemble de ces nouvelles dispositions confirme la situation antérieure et est donc de nature à écarter la possibilité pour une collectivité territoriale d'Île-de-France de confier à une SEML l'exercice d'une activité qui, étant expressément réservée à une autre autorité publique, ne s'inscrit pas dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues par la loi.

La gestion d'un casino par une SEML

Cette question doit être examinée au regard des règles de constitution des SEML et de la législation spécifique applicable au fonctionnement des casinos, c'est-à-dire la loi du 15 juin 1907 modifiée.

Si l'article 12 de l'arrêté n° 59-1489 du 23 décembre 1959, dans sa partie relative à la réglementation des jeux dans les casinos, admet l'exploitation d'un casino par une société anonyme, ce qu'est juridiquement une SEML, il prévoit également que « le directeur et les membres du comité de direction sont agréés par le ministère de l'Intérieur, sous réserve de ne pas remplir des fonctions électives dans la commune siège de l'établissement ».

Or, dans une SEML, les collectivités territoriales doivent détenir la majorité du capital et des voix dans les organes de direction, et les représentants des collectivités actionnaires au sein du conseil d'administration ou de surveillance sont obligatoirement des élus membres des assemblées délibérantes.

La gestion d'un casino par une SEML aurait donc pour conséquence d'associer directement la commune, par l'intermédiaire de ses représentants au conseil d'administration et de surveillance, à l'exploitation de l'établissement. Une telle situation serait contraire aux dispositions de l'arrêté du 23 décembre 1959.

Ce motif rend juridiquement impossible l'exploitation d'un casino par une SEML dont l'actionnaire majoritaire serait la commune d'implantation de l'établissement.

En outre, même si le Conseil d'État, dans un avis rendu le 4 avril 1995, a considéré que l'exploitation d'un casino avait le caractère d'une concession de service public, il semble difficilement envisageable, notamment au regard des disposi-

tions de l'article L. 1521-1 du CGCT qui prévoit que les collectivités locales et leurs groupements créent des SEML dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, de déléguer cette activité à une SEML sans pouvoir y associer la commune siège de l'établissement.

Enfin, un casino ne peut être regardé comme un service public local, dont la gestion est susceptible d'être confiée à une SEML, fût-ce pour des considérations d'intérêt général, en application de l'article L. 1521-1 du CGCT.

La gestion d'un abattoir par une SEML

Si les SEML ont vocation à exercer des activités correspondant à des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales, elles ne peuvent en revanche remplir des missions qui ne relèvent pas des attributions des collectivités locales actionnaires.

Ainsi, selon un avis du Conseil d'État, en date du 19 décembre 1995, une SEML créée pour assurer le service des pompes funèbres doit « obéir au principe posé par l'article 1^{er} de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 susvisée selon lequel les collectivités territoriales ne peuvent créer des sociétés d'économie mixte locales que dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi ».

S'agissant de l'activité d'abattage, il y a lieu de distinguer, selon qu'elle est mise en œuvre dans un abattoir public ou dans un abattoir privé.

Au regard de l'article L. 2224-30 du CGCT, constituent des abattoirs publics les établissements dont la collectivité locale assume la maîtrise d'ouvrage. En référence à une décision du tribunal des conflits en date du 8 novembre 1982, ces établissements assurent une mission de service public industriel et commercial (SPIC).

L'article L. 654-2 du Code rural prévoit la création d'« abattoirs privés de type industriel ». Leur activité correspond à une activité commerciale relevant du secteur concurrentiel.

Il ressort des dispositions combinées de ces deux articles et de l'article L. 1521-1 du CGCT, qu'une SEML ne peut intervenir que dans le cadre d'un abattoir public, lequel constitue un service public local.

Dans cette hypothèse, lorsqu'une collectivité locale souhaite concéder ou affermer la gestion d'un abattoir public à une SEML, elle doit alors se conformer à la procédure de la délégation de service public.

Les activités d'intérêt général

La dernière catégorie de SEML est celle des SEML d'« intérêt général ».

Pour apprécier dans quelle mesure une SEML peut se voir confier, dans le cadre d'une délégation de service public, la gestion d'un service d'intérêt général, il s'agit de déterminer ce service. Or, la notion « d'intérêt général » est définie au cas par cas par la jurisprudence et s'apprécie au regard de l'existence d'un intérêt public local, lui-même dicté par des circonstances particulières de temps et de lieu. Le juge administratif prend également en considération les principes qui régissent l'intervention des collectivités publiques dans le domaine industriel et commercial.

La compétence générale d'intervention des collectivités territoriales constitue le socle de l'intérêt à agir. La jurisprudence précise également que les compétences expressément attribuées aux collectivités territoriales, soit par les dispositions du CGCT, soit par des dispositions législatives particulières, confèrent à l'objet considéré un caractère d'intérêt public local, indépendamment de toute autre considération. Cependant, cette compétence générale est néanmoins limitée par le respect de compétences dévolues par les textes à d'autres personnes que ce soit l'État, les autres collectivités territoriales ou les établissements publics. Enfin, la notion d'intérêt local se comprend dans le cadre territorial de la collectivité.

Par ailleurs, il apparaît que le domaine industriel et commercial est réservé à l'initiative privée, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré par la loi du 14 juin 1791, dite « loi Le Chapelier », de nature constitutionnelle désormais, faisant obstacle à la prise en charge par les collectivités publiques d'activités industrielles et commerciales.

Cependant, la jurisprudence administrative a admis qu'il pouvait être dérogé à ce principe d'interdiction lorsqu'« en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifiait l'intervention des collectivités locales » (Conseil d'État, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers). Dans tous les cas, il doit s'agir d'un intérêt général dicté par des circonstances socio-économiques particulières, de façon à ce que cette intervention ne porte pas atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ainsi, quand une SEML est créée pour des motifs d'intérêt général et lorsqu'elle exerce ses activités dans un secteur concurrentiel, le juge n'admet de telles interventions que si elles ont pour objet la satisfaction des besoins de la population et si l'initiative privée est défaillante ou absente.

Ainsi, la Haute Assemblée a admis que la carence de l'initiative privée et la satisfaction des besoins de la population pouvaient être de nature à justifier l'intervention d'une commune en faveur d'un bar-restaurant (Conseil d'État, 25 juin 1986, commune de Mercœur). Le Conseil d'État a considéré que la cession par la commune d'un bâtiment à usage de commerce d'alimentation, bar-restaurant, destiné à être loué à une personne qui en assurerait l'exploitation, ne portait pas atteinte au principe de la liberté de commerce et de l'industrie, dans la mesure où cette intervention répond à un besoin de la population et qu'elle contribue à préserver l'animation de la vie locale.

Le respect de la liberté de commerce et de l'industrie demeure un principe intangible à prendre en considération.

En effet, dans un jugement du 27 janvier 1988, le tribunal administratif de Toulouse a annulé deux délibérations de conseils municipaux qui ont décidé de leur participation à une SEML dénommée Enrobés et Liants aveyronnais, au motif qu'elles violaient le principe de la liberté de commerce et d'industrie.

Le tribunal a estimé en l'espèce que la SEML, dont l'objet social était « la production, la fabrication et la mise en œuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers divers pour toute clientèle publi-

que ou privée», ne pouvait être considérée ni comme une SEML d'aménagement et de construction, ni comme une SEML d'exploitation d'un service public industriel et commercial.

Le juge administratif précise que, « en admettant même que la création de la société d'économie mixte Enrobés et Liants aveyronnais réponde au vœu des communes participantes de mettre à la disposition des collectivités locales, compte tenu de leurs besoins en matière de construction et d'entretien de la voirie communale et rurale, des produits routiers d'une qualité adaptée à des prix compétitifs, et qu'une telle activité puisse être regardée comme une activité d'intérêt général au sens de l'article 1 de la loi du 7 juillet 1983, il ne résulte pas de l'instruction que l'initiative privée soit défailante ou absente ».

Ainsi, la notion d'activité d'intérêt général exclut la création d'entreprises strictement destinées à l'enrichissement des collectivités. A été jugée de ce fait illégale la création d'un complexe comprenant dans une station de sports d'hiver un hôtel et un centre de remise en forme. « La commune avait créé des conditions de concurrence favorables au détriment des autres hôteliers de la station » (tribunal administratif de Grenoble, 27 janvier 1988, Ruphy). De même, la création d'une SEML pour mettre à la disposition d'entreprises privées divers avantages et facilités (contrats de prestations de service) n'ayant qu'un caractère commercial dans un but principalement lucratif a été jugée illégale (CAA Paris, 11 mai 2004, Cne Ozoir-la-Ferrière). A également été déclarée illicite la création par une commune d'une SEML ayant une activité d'horticulture dans le but de participer à la reconversion du bassin sidérurgique lorrain (Conseil d'État, 10 octobre 1994, Préfet de la Moselle c/ Cne d'Amneville).

En revanche, a été considérée comme constituant une activité d'intérêt général, la possibilité de confier à une SEML la gestion d'une pépinière d'entreprises. (Réponse du ministère de l'Intérieur n° 54473 : JOAN Q, 4 mai 1994, p. 2051).

Le Conseil d'État rappelle néanmoins que les interventions des administrations locales destinées à satisfaire les besoins essentiels de la population en cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée doivent demeurer exceptionnelles (Conseil d'État, 4 juillet 1984, Département de la Meuse c/ Poilera et autres).

Enfin, le principe de la liberté de commerce et de l'industrie étant conforté de surcroît par les règles communautaires en matière de droit de la concurrence, les collectivités doivent donc veiller, lorsqu'elles créent des SEML pour des considérations d'intérêt général, à respecter les règles qui régissent les interventions économiques des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État a rappelé que ces critères s'appliquaient pleinement à l'action des collectivités au travers des SEML (Conseil d'État, 10 octobre 1994, Préfet de la région Lorraine, Préfet de la Moselle ; Conseil d'État, 23 décembre 1994, Commune de Clairvaux d'Aveyron et autres).

Une SEML peut-elle gérer un service public administratif ?

Au titre des activités d'intérêt général, une SEML peut assurer l'exploitation d'un service public administratif dans les limites fixées par le juge.

La gestion d'un musée

De nombreuses collectivités estiment que la régie n'est pas adaptée à la gestion des musées et sont tentées de recourir à la structure des SEM. Il est indéniable que la fonction du musée a considérablement évolué et qu'à sa vocation patrimoniale traditionnelle s'adjoint maintenant un rôle de promotion culturelle.

Malgré cette évolution, le musée constitue, en raison de son objet, de ses ressources et de son mode de fonctionnement, un service public administratif.

Compte tenu de l'avis rendu par le Conseil d'État en 1986, rien ne s'oppose à ce qu'une SEM puisse, dans le cadre d'une activité d'intérêt général, se voir confier la gestion d'un musée local. Toutefois, dans cette hypothèse, certains aspects spécifiques aux musées doivent être pris en considération.

Il en est ainsi de la place du conservateur, qui joue un rôle éminent dans la direction scientifique du musée. On peut ainsi se demander si les rapports de subordination qu'implique la gestion par un conseil d'administration ne sont pas de nature à nuire à l'éthique de la profession. Le rôle du conservateur pourra sans doute davantage être préservé dans une structure dualiste, avec directoire et conseil de surveillance, mais cette formule peut se heurter à la réticence de certaines collectivités territoriales qui craindraient de ne plus être véritablement associées aux décisions.

La domanialité des collections est une question essentielle dans le droit des musées et, de ce point de vue, il convient de rappeler le principe intangible de l'inaliénabilité du domaine public. En cas de mise en liquidation judiciaire de la société, l'article L. 1523-4 du CGCT prévoit que les contrats de délégation de service public sont automatiquement résiliés. Dans ce cas, il est fait retour gratuit aux collectivités des biens apportés par ces dernières et inclus dans le domaine de la concession.

Or, la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales a introduit une disposition concernant les biens acquis par le concessionnaire pendant l'exercice de son mandat. Cette disposition a corrigé l'insuffisance de la législation antérieure.

Désormais, en vertu de l'article L. 1523-4 du CGCT, à peine de nullité, le contrat de délégation de service public comprend une clause prévoyant les conditions d'indemnisation par la collectivité territoriale de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par la société et affectés au patrimoine du service, sur lesquels la collectivité exerce son droit de retour ou de reprise. Le montant de l'indemnité en résultant est versé à la société, déduction faite, le cas échéant, des participations financières de la collectivité territoriale pour la partie non utilisée de celles-ci et des paiements correspondant à l'exécution d'une garantie accordée pour le financement de l'opération.

Cette disposition s'applique de la même manière aux biens acquis par la société dans le cadre d'une concession d'aménagement.

Une dernière difficulté concerne les personnels des musées, qui relèvent pour la plupart de la filière culturelle de la fonction publique territoriale et ne peuvent donc exercer leurs tâches auprès d'une personne privée que sous certaines conditions. Le décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 modifié, relatif aux positions de

détachement, hors cadres, de disponibilité et de congé parental des fonctionnaires territoriaux, autorise dans certaines conditions le détachement, avec leur accord, de ces agents auprès « d'un organisme privé ou d'une association dont les activités favorisent ou complètent l'action d'une collectivité publique (...) ». La SEML relève incontestablement de cette catégorie d'organismes privés.

Toutefois, une banalisation de la gestion des musées par les SEML ne manquerait pas d'avoir des conséquences graves pour la fonction publique territoriale. En effet, le caractère systématique du détachement qu'impliquerait cette formule serait de nature à détourner de leur sens les statuts des cadres d'emplois de la filière culturelle de la fonction publique territoriale. Le ministère de l'Intérieur s'est en conséquence montré réservé sur la généralisation de la formule.

Une SEML peut-elle se voir confier la reconstruction d'une cité mixte scolaire ?

Pour construire une cité scolaire regroupant un lycée et un collège, une région a mandaté un département pour assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux dans les conditions prévues par l'article 4 de la loi du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique.

Le conseil général a ensuite confié à une SEML départementale la maîtrise d'ouvrage unique pour l'ensemble de l'opération, ce qui constitue une subdélégation de maîtrise d'ouvrage, procédure contraire à la loi car le mandataire (le département) ne saurait se dessaisir des attributions que lui a confiées le mandant (la région).

En revanche, rien ne s'oppose à ce que la région, pour la partie lycée, et le département, pour la partie collège, délèguent chacun une maîtrise d'ouvrage à la SEML.

Le rôle de la SEML ne peut cependant pas s'étendre au-delà de la construction de la cité scolaire. En effet, conformément à l'avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986, la SEML ne pourra s'en voir confier la gestion car les missions relevant traditionnellement de la puissance publique, hormis la restauration scolaire, ne peuvent être déléguées à une personne privée.

■ L'INTERVENTION DES SEML DANS LE SECTEUR HOSPITALIER

Sur l'initiative du ministère de la Santé et selon le souhait de la fédération nationale des SEML et des fédérations hospitalières, les collectivités territoriales peuvent déroger au principe selon lequel elles ne peuvent créer des SEML qu'au regard des compétences qu'elles détiennent. Les collectivités territoriales peuvent désormais intervenir dans le domaine de l'investissement hospitalier.

Cette mesure s'inscrit dans les objectifs du plan « Hôpital 2007 ». Dans ce cadre, le ministère de la Santé estime que l'extension du champ d'intervention des SEML aux investissements hospitaliers apparaît déterminante pour amener les collectivités territoriales à intervenir davantage dans la réalisation et le financement de ces investissements. En effet, constatant que les SEML possèdent une expérience importante en matière de construction, d'aménagement et de maintenance

d'équipements publics, elles peuvent être le bon vecteur d'association des collectivités territoriales qui participent à leur capital.

Dans cette perspective, l'article 21 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit permet « l'intervention des sociétés d'économie mixte locales, des sociétés anonymes et des offices publics d'habitations à loyer modéré et des offices publics d'aménagement et de construction dans la conception, la réalisation, l'entretien et la maintenance d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux ainsi que le cas échéant, leur financement par des sociétés d'économie mixte locales, pour les besoins des établissements publics de santé ».

En application de ce texte, l'article 22 de l'ordonnance du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé a complété une première fois l'article L. 1521-1 du CGCT. Ainsi, était-il prévu que « les SEML peuvent réaliser des opérations de conception, de réalisation ou de maintenance, ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement public de santé (EPS) ». Il ressort de ce dispositif que les collectivités territoriales, par l'intermédiaire de leurs SEML, peuvent désormais participer à la construction, la rénovation, l'équipement et au financement d'établissements publics hospitaliers.

Sur amendement introduit à l'occasion des débats sur la loi du 2 juillet 2003, les EPS, pour le compte desquels les SEML peuvent intervenir, ne s'étaient pas vus autorisés à participer au capital desdites SEML (afin de les protéger de tout risque financier en tant qu'actionnaires de SEML).

Toutefois, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique est revenue sur ce dernier point. Ainsi, l'article 26-II de cette loi prévoit que les établissements de santé, les établissements sociaux ou médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire (soit les structures publiques et privées) peuvent désormais participer au capital de SEML dédiées à l'investissement hospitalier.

En outre, à la suite de l'adoption d'un amendement parlementaire, la capacité d'intervention des SEML a été étendue du secteur public à des projets hospitaliers privés ou mixtes, l'article L. 1521-1 du CGCT étant complété à cette fin (article 26-I) : « pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire ».

■ LES NOUVEAUX SECTEURS D'INTERVENTION DES SEML

Plusieurs lois récentes ouvrent de nouvelles perspectives d'intervention pour les SEML en adaptant l'actuel à l'élargissement des compétences des collectivités territoriales dans plusieurs domaines.

La gestion des ports, des aéroports et du patrimoine local

Amorcée par la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, qui transfère l'aménagement et l'exploitation des ports de commerce et de pêche aux départements, la

décentralisation des ports s'est poursuivie avec la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

L'article 30 de cette loi confie aux collectivités territoriales ou à leurs groupements la propriété, l'aménagement, la gestion et l'entretien des ports non autonomes relevant de l'État, dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures.

Dans la perspective de ces transferts, les SEML seront désormais susceptibles de gérer ces équipements, qui jusqu'à présent le sont généralement par les chambres de commerce et d'industrie, à travers un contrat de délégation de service public les liant aux collectivités territoriales.

Dans le domaine des infrastructures de transports, l'article 28 de la loi relative aux libertés et responsabilités locales transfère aux collectivités territoriales ou à leurs groupements la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des aéroports civils appartenant à l'État, à l'exception des aéroports relevant d'Aéroports de Paris, des plates-formes d'intérêt national et des aéroports indissociables des précédents.

De la même manière que pour les ports, les SEML seront également susceptibles de gérer ces équipements

Par ailleurs dans le domaine de la culture, l'article 97-I prévoit que l'État ou le Centre des monuments nationaux transfèrent aux collectivités territoriales, ou à leurs groupements, qui en font la demande, sous réserve du respect des clauses des dons et legs, la propriété des immeubles classés ou inscrits au titre du Code du patrimoine figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État, ainsi que la propriété des objets mobiliers qu'ils renferment appartenant à l'État ou au Centre des monuments nationaux. Cette liste peut également prévoir le transfert d'objets mobiliers classés ou inscrits appartenant à l'État. Ces transferts sont effectués à titre gratuit et ne donnent lieu au paiement d'aucune indemnité, droit, taxe, salaire ou honoraires.

L'article 97-II précise quant à lui que les collectivités territoriales ou leurs groupements propriétaires d'immeubles classés ou inscrits au titre du Code du patrimoine ont pour mission d'assurer la conservation du monument et, lorsqu'il est ouvert au public, d'en présenter les collections, d'en développer la fréquentation et d'en favoriser la connaissance.

Dans ce domaine également, les SEML pourraient se voir confier la gestion et la valorisation du patrimoine local.

La construction et l'exploitation d'un réseau de télécommunications

Lors du Comité interministériel de l'aménagement et du développement du territoire (CIDAT) du 13 décembre 2002, le Gouvernement avait décidé de reconnaître aux collectivités territoriales la possibilité d'exercer des fonctions d'opérateurs de télécommunications.

Dans cette optique, l'article 50 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique confère le caractère de service public à cette activité.

Ainsi, le nouvel article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales reconnaît aux collectivités territoriales et à leurs groupements la compétence, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) d'établir et d'exploiter sur leur territoire, à destination des opérateurs, des infrastructures et des réseaux de télécommunications ouverts au public.

De plus, les collectivités territoriales pourront fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finaux en cas de constat d'insuffisance de l'initiative privée propre à satisfaire les besoins de ces derniers.

Les collectivités auront donc vocation, sous certaines conditions, à exercer des compétences d'opérateurs de réseaux de télécommunications, voire de services de télécommunications.

Dès lors, la mise en œuvre d'un réseau de télécommunications et son exploitation pourra faire l'objet d'une gestion directe par les collectivités territoriales mais aussi d'une gestion déléguée, notamment dans le cadre d'une délégation de service public au profit d'une SEML.

La gestion d'une télévision locale

La loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a élargi les capacités d'intervention des SEML en matière de télévision locale.

En effet, antérieurement à son adoption, si l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoyait expressément une compétence des communes et des groupements de communes pour l'édition d'une chaîne locale distribuée sur un réseau câblé, dont la gestion pouvait être notamment attribuée à une SEML, en revanche aucune disposition n'autorisait l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine de la diffusion de services de télévision par voie hertzienne. En effet, l'article 30 de cette loi prévoyait que les candidatures à l'attribution d'une fréquence hertzienne de télévision étaient déposées soit par des sociétés commerciales soit par des associations.

Aussi, dans l'optique d'élargir le choix des montages possibles pour la création de télévisions locales, les articles 51 et 52 de la loi du 9 juillet 2004 autorisent désormais expressément le recours aux SEML s'agissant de la télévision locale diffusée par voie hertzienne en mode analogique et en mode numérique.

■ LES SEML MULTI-ACTIVITÉS

L'article L. 1521-1 prévoit que l'objet social d'une SEML peut inclure plusieurs activités complémentaires.

La loi du 7 juillet 1983 et la circulaire du 16 juillet 1985 avaient abordé cette notion de complémentarité. La complémentarité vise essentiellement les activités d'aménagement et de construction qui peuvent être exercées par une société unique. Dans le cas d'une opération de construction nécessitant la réalisation

d'un parking par exemple, la construction et la gestion de ce parking peuvent être assurées par la société chargée de la construction.

Cependant, la notion de complémentarité s'apprécie par référence à la jurisprudence. Les travaux préparatoires de la loi du 7 juillet 1983 précisaient déjà que pour apprécier cette notion de complémentarité le juge devait se référer à la jurisprudence classique (Conseil d'État, 18 décembre 1959, Delansorne : Rec. CE 692 ; D. 1960. 371, note Lesage ; AJDA 1960. 213, concl. Mayras).

Une conception purement financière du principe de complémentarité, qui conduirait à une réunion d'activités au sein d'une même société dans le seul but de parvenir à un équilibre financier, serait illicite. Ainsi, la réalisation d'opérations de construction et l'exploitation d'un cinéma ont pu être considérées comme des activités trop éloignées pour être complémentaires.

■ LES SEML AYANT DES RÉGIMES SPÉCIFIQUES

Les sociétés d'économie mixte sportives locales

Aux termes de l'article 11 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 modifiée, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, les groupements sportifs, affiliés à une fédération sportive et organisant des manifestations payantes, devaient, pour l'exercice de leurs activités, s'ériger en sociétés à objet sportif, soumises au livre II du Code du commerce, ou en sociétés d'économie mixte sportives locales, régies par le Code général des collectivités territoriales.

Ces SEML sportives avaient pour objet la gestion et l'animation d'activités sportives organisées par les fédérations sportives. Elles pouvaient en outre mener toutes actions en relation avec leur objet social, et notamment des actions de formation au profit des sportifs participant à leurs activités.

Ces SEML n'étaient pas soumises au régime juridique de droit commun des SEML prévu par le Code général des collectivités territoriales. Leurs statuts devaient être conformes à des statuts types prévus par le décret n° 86-408 du 11 mars 1986. En outre, le capital de ces SEML devait être détenu majoritairement soit par l'association sportive, soit conjointement par l'association et les collectivités territoriales.

Or, la constitution de ces sociétés d'économie mixte sportives locales n'est plus autorisée depuis la publication de la loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives. Ainsi, seules les SEML constituées antérieurement peuvent continuer leur activité.

Les collectivités territoriales ne peuvent donc plus entrer directement au capital d'une société sportive sauf dans le cadre des augmentations de capital réalisées par les SEML à objet sportif qui ont été créées antérieurement à la loi du 28 décembre 1999.

Les particularités de la constitution de SEML en Alsace-Moselle

En Alsace-Moselle, les résurgences du droit local sont fréquentes et ont des incidences sur les structures d'économie mixte.

Depuis la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du Code général des collectivités territoriales, les dispositions relatives aux communes des départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin ont été intégrées dans ce code aux articles L. 2542-1 à L. 2544-18. Les interventions en matière économique et sociale figurent plus précisément aux articles L. 2542-28 à L. 2542-30.

Ainsi, en application du principe de droit commun fixé par l'article L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales, le capital des sociétés d'économie mixte locales est majoritairement détenu par les collectivités territoriales ou leurs groupements.

Or l'article L. 2542-28 du même code reconnaît le particularisme des sociétés d'économie mixte locales d'Alsace ou de Moselle. En effet, « les sociétés d'économie mixte existant dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin et créées en application de la loi locale du 6 juin 1895 sur l'organisation municipale en Alsace-Lorraine peuvent déroger aux dispositions de l'article L. 1522-1, concernant la participation majoritaire des collectivités territoriales au capital et à la forme de société anonyme ».

Ce régime dérogatoire n'a pas été remis en question par la loi du 7 juillet 1983 et reste toujours en vigueur. Mais, il convient de préciser qu'il ne concerne que les SEML existant à la date de publication de la loi du 7 juillet 1983. Un arrêt du tribunal administratif de Strasbourg du 23 février 1992 a confirmé cette situation (tribunal administratif de Strasbourg, 23 février 1992, préfet de la Moselle c/ Commune d'Amnéville).

Ce régime dérogatoire ne s'applique pas aux SEML créées en Alsace-Moselle après la loi du 7 juillet 1983. La jurisprudence constante du Conseil d'État relative à la question de savoir dans quelle mesure le droit général prévaut admet d'ailleurs que les lois de portée générale s'appliquent à l'ensemble du territoire métropolitain, qu'elles comportent ou non la mention de leur application dans les départements d'Alsace-Moselle. (Conseil d'État, 26 mars 1911, sieur Miller ; Conseil d'État, 10 juin 1949, ville de Colmar et autres).

Cependant, dans certains cas, il peut être difficile de définir lequel du droit local ou du droit général prévaut.

En effet, saisie d'une demande d'avis de la part du ministre délégué à l'Industrie relative à la participation des collectivités locales dans le capital des sociétés d'économie mixte locales de distribution d'énergie en Alsace et en Moselle, la Haute Assemblée a considéré, dans son avis du 17 janvier 2006, que la loi du 8 avril 1946 modifiée prévalait sur la loi locale de 1895.

De façon plus précise, le ministère délégué à l'Industrie avait posé deux questions au Conseil d'État. Une collectivité locale d'Alsace ou de Moselle qui détient une participation majoritaire dans une société d'économie mixte locale de distribution de gaz constituée en application de la loi locale de 1895 peut-elle, dans le respect des dispositions de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz transférer sa participation majoritaire à une société holding dont elle détiendrait la majorité du capital, le solde du capital pouvant être détenu par des actionnaires privés ? Cette même collectivité peut-elle céder, sans que soit remis en cause son caractère particulier au sens de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946, tout ou partie de sa participation à une entité du secteur privé ou du secteur public, pour autant qu'à l'issue de cette cession sa participation rési-

duelle, cumulée à celle détenue par Gaz de France ou d'autres entités du secteur public, assure le maintien de la société de distribution dans le secteur public ?

Or, aux termes de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946, « les sociétés de distribution à économie mixte, dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques possèdent la majorité, les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales sont maintenus dans leur situation actuelle, le statut de ces entreprises devant toujours conserver le caractère particulier qui leur a donné naissance d'après les lois et décrets en vigueur ou futurs ». Le Conseil d'État a considéré qu'il résultait de ces dispositions que les services de distribution de gaz constitués lors de la publication de la loi du 8 avril 1946 sous la forme de sociétés d'économie mixte n'ont été exclus de la nationalisation et maintenus dans leur situation antérieure que lorsque l'État ou les collectivités publiques, c'est-à-dire des collectivités territoriales ou leurs groupements détenaient plus de la moitié de leur capital. Ainsi « toute opération, notamment la constitution d'une société holding, qui aboutirait à ce que la majorité du capital d'un distributeur non nationalisé constitué sous la forme d'une SEML ne soit plus détenu par l'État ou les collectivités publiques méconnaîtrait directement ces dispositions et n'est pas légalement possible ».

Les SEML en Outre-mer

La SEML la plus ancienne créée en Outre-mer, la SIDR de La Réunion, a été créée en 1949 après que la loi n° 46-860 du 30 avril 1946, relative à l'établissement, au financement et à l'exécution des plans d'équipement et de développement des territoires d'Outre-mer, ait autorisé l'État à créer des sociétés d'économie mixte dans lesquelles lui-même, les collectivités publiques et leurs établissements publics détiennent le capital majoritaire.

L'État demeure l'un des principaux actionnaires et partenaires de ces SEML créées après la loi de 1946 via l'AFD, l'Agence française de développement.

Les SEML de la deuxième génération sont nées avec la décentralisation. Elles relèvent de la loi du 7 juillet 1983 relative aux SEML. La participation du niveau départemental (19 %) et du niveau régional (16 %) est plus importante dans les SEML en Outre-mer que dans les SEML de métropole qui sont le plus souvent communales.

Les 87 SEML en Outre-mer interviennent dans les domaines du logement, de l'aménagement et du renouvellement urbain, du développement économique et touristique, des transports, du stationnement, des services urbains et depuis quelques années de l'environnement, de l'agroalimentaire, de la culture et des loisirs.

En 2006, elles affichent un chiffre d'affaires de près d'1,2 milliards d'euros et 5800 emplois directs.

Les SEML en Outre-mer ouvrent souvent la voie à de nouvelles expérimentations comme en matière d'agroalimentaire, de capital développement et d'audiovisuel.

Ces sociétés fonctionnent selon les dispositions spécifiques qui leur sont applicables. Il convient de rappeler l'évolution récente du panorama institutionnel pour comprendre les spécificités relatives aux SEML en Outre-mer.

La réforme de la Constitution du 28 mars 2003 a profondément modifié l'architecture de l'outre-mer français. Cette réforme se traduit par une diversité accrue des statuts et une complexité croissante du droit applicable outre-mer.

L'architecture institutionnelle de l'outre-mer français est désormais présentée, de manière exhaustive à l'article 72-3 de la Constitution dont le premier alinéa rappelle que la « République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

Les alinéas suivants de la Constitution énumèrent la liste des collectivités territoriales d'outre-mer : « La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis-et-Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités. Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII. La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises ».

Les départements et régions d'outre-mer

Les départements et régions d'outre-mer sont régis par l'article 73 de la Constitution. Le régime législatif et réglementaire applicable dans les départements et les régions d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion) est celui de la métropole. Il peut faire l'objet d'adaptations. Les départements et régions d'outre-mer peuvent également se voir reconnaître le droit de fixer les règles applicables sur leur territoire.

Ainsi les règles générales définies au titre II du livre V de la première partie du Code général des collectivités locales concernant les SEML s'appliquent dans les départements et régions d'outre-mer pour les SEML créées postérieurement au 8 juillet 1983, date de publication de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales. En revanche, ces dispositions ne s'appliquent pas aux sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 précitée, à l'exception des articles L. 1523-5 et L. 1523-6 relatifs aux aides accordées par les collectivités territoriales ou leurs groupements aux SEML exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux.

Les autres collectivités d'outre-mer

Les autres collectivités d'outre-mer se substituent aux anciens territoires d'outre-mer (TOM) et aux collectivités *sui generis*. Cette catégorie comprend quatre collectivités dont chacune a un statut, désormais fixé par une loi organique. Coexistent au sein de cette catégorie des collectivités régies par le principe de spécialité législative – c'est-à-dire que les lois et règlements ne s'y appliquent que sur mention expresse –, ou par le principe de l'assimilation législative, ou encore par un principe mixte.

Ainsi des collectivités sont régies par le principe de la spécialité législative, telles la Polynésie française dont le statut d'autonomie a été adopté par la loi organique du 27 février 2004 ou Wallis-et-Futuna qui reste régi par la loi du 29 juillet 1961. En Polynésie française l'ancien Code des communes est toujours applicable, mais un projet d'ordonnance prévoit d'étendre les dispositions du CGCT relatives aux SEML aux communes de Polynésie afin de remplacer l'ancien Code des communes. L'examen de l'article 29 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française conduit à opérer une distinction juridique entre les SEML créées par la Polynésie française et celles auxquelles

pourraient participer les communes ou leurs groupements. L'approche retenue est de proposer d'étendre les dispositions de droit commun au SEML auxquelles participent les communes et leurs groupements.

Une collectivité est régie par le principe de l'assimilation législative, hormis en matière fiscale et douanière. Il s'agit de Saint-Pierre-et-Miquelon, dont le statut actuel est fixé par la loi du 11 juin 1985. Les règles définies pour les SEML en métropole s'y appliquent intégralement.

Une collectivité est soumise aux deux régimes, Mayotte, dont l'actuel statut a été fixé par la loi du 11 juillet 2001. Pour Mayotte, les règles relatives aux SEML ont été étendues par les articles L. 1762-1 et L. 1762-2 du CGCT. Sont applicables toutes les dispositions relatives à l'objet, la composition du capital, les modalités d'intervention sauf celles relatives à la promotion économique du territoire, l'administration et le contrôle.

Quelques spécificités demeurent néanmoins. Ainsi par exemple, les dispositions du L. 1524-6 relatives à la représentation par un délégué spécial de la collectivité territoriale ayant accordé une garantie d'emprunt ne sont applicables qu'à la collectivité départementale de Mayotte, et non aux communes ou groupements de communes qui en sont exclus. Par ailleurs, le 5° de l'article L. 1791-2 prévoit que l'article 1524-2 sur la saisine de la chambre régionale des comptes ne sera applicable qu'au renouvellement du conseil régional en 2007.

Les cas particuliers

Deux collectivités ne relèvent ni de l'article 73 ni de l'article 74 de la Constitution. Il s'agit en premier lieu des Terres australes et antarctiques françaises dont le statut est défini par la loi du 6 août 1955. Le dernier alinéa de l'article 72-3 de la Constitution réserve à la loi le soin de déterminer le régime législatif et l'organisation particulière de cette collectivité qui présente la double caractéristique de n'avoir ni population ni assemblée locale.

Enfin, la Nouvelle-Calédonie possède un statut à part relevant depuis la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, du titre XIII de la Constitution pour la période transitoire de 20 ans ouverte par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. Son statut est fixé par la loi organique du 19 mars 1999. Ce pays d'outre-mer, doté d'une large autonomie, est régi par la spécialité législative.

La Nouvelle-Calédonie dispose de son propre Code des communes, créé par l'article 4 de la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et publié par le décret n° 2001-579 du 29 juin 2001. Pour les règles de participation des communes aux SEML, le Code des communes de la Nouvelle-Calédonie s'applique donc. Cependant certaines dispositions législatives applicables dans les communes de métropole et des départements d'outre-mer n'ont pas été intégrées dans ce code, soit pour des raisons techniques, soit parce qu'il n'avait pas été estimé indispensable, au moment des travaux de codification, de les intégrer. Un projet d'ordonnance prévoit à terme d'étendre dans le CGCT le régime de droit commun des sociétés d'économie mixte locales applicables aux SEML auxquelles participent la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes de Nouvelle-Calédonie.



PARTIE

2

LE CAPITAL SOCIAL DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

En leur qualité de sociétés anonymes, les SEML répondent aux règles de droit commun définies par le Code du commerce. Leur capital est divisé en actions et constitué entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Pour la formation du capital, la SEML peut être constituée avec appel public à l'épargne. Dans la pratique, la majorité des SEML emprunte la forme « fermée », c'est-à-dire sans appel public à l'épargne.

Des règles spécifiques, prévues par le Code général des collectivités territoriales s'appliquent néanmoins pour la constitution du capital en raison de la participation de capitaux publics.

■ LE MONTANT DU CAPITAL

Un montant minimum

Par référence à l'article L.224-2 du Code de commerce, le montant du capital social doit être au minimum de 37 000 euros pour les sociétés anonymes ne faisant pas un appel public à l'épargne et de 225 000 euros pour celles qui y font appel.

Les SEML étant des sociétés anonymes doivent respecter ces montants de capital social minimum.

En outre, compte tenu de leur spécificité et de l'importance financière de leurs opérations, les SEML d'aménagement et les SEML de construction se voient

appliquer des seuils plus importants soit respectivement 150 000 euros et 225 000 euros.

Lorsque l'objet social d'une SEML comporte à la fois des activités d'aménagement et de construction, ces montants minimum ne se cumulent pas. Le capital social doit être au moins de 225 000 euros. Toute extension de l'objet social au secteur de l'aménagement, par exemple, doit donc s'accompagner d'une augmentation du capital social.

Les montants minimum visent à doter les SEML d'une base financière minimale, leurs fonds propres devant être dimensionnés en fonction du besoin de financement initial mais également en fonction du besoin de financement durable.

La sous-capitalisation des SEML

La Cour des Comptes a constaté, à plusieurs reprises, une sous-capitalisation des SEML, en particulier d'aménagement. Dans son rapport public annuel pour 2001 (Les collectivités locales et la gestion des aménagements urbains) en particulier, la Cour soulève les difficultés financières rencontrées dans le cadre de la mise en œuvre d'opérations d'aménagement. Ainsi, en fixant le montant de leur capital au minimum légal, elles ne prenaient pas suffisamment en compte les risques financiers liés à l'exercice de leur activité, c'est-à-dire la réalisation d'opérations d'aménagement de grande envergure.

■ COMPOSITION DU CAPITAL SOCIAL

Le principe de la participation majoritaire des collectivités territoriales et de leurs groupements

Si la règle de la détention majoritaire du capital des SEML par les collectivités territoriales et leurs groupements est maintenue, l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 2002, codifié au L. 1522-2 du Code général des collectivités territoriales, augmente en revanche le plafond de leur participation, qui passe de 80 % à 85 % du capital social.

Par voie de conséquence, la participation minimale des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements (dont au moins une personne privée, physique ou morale) est diminuée de 20 % à 15 % du capital.

Lors des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi du 2 janvier 2002, des amendements parlementaires visaient à élargir les seuils de participation des collectivités territoriales (entre 34 %, la minorité de blocage, et 100 %). Le gouvernement y avait été cependant défavorable.

La Cour des comptes a également déploré l'insuffisance des capitaux privés dans les SEML. Elle a en effet observé que la quasi-totalité des fonds est d'origine publique (collectivités territoriales, établissements publics) et que cette situation est préjudiciable aux SEML qui, en se privant d'un partenariat privé doté d'une expérience de gestion, s'engagent dans des opérations mal maîtrisées (mauvaises prévisions financières, conditions de rentabilité et de commercialisation mal étu-

diées) et prennent des risques financiers considérables dont les conséquences peuvent être lourdes pour le budget des collectivités actionnaires.

Exceptions à la règle de détention du capital majoritaire

Sociétés constituées antérieurement au 8 juillet 1983

La règle de la participation majoritaire des collectivités territoriales et de leurs groupements ne s'applique pas aux sociétés d'économie mixte constituées antérieurement au 8 juillet 1983, date de la publication de la loi du 7 juillet 1983. La loi du 2 janvier 2002 n'a pas modifié la liste de ces exceptions.

C'est le cas des SEML constituées en application des décrets – lois des 5 novembre et 28 décembre 1926, sous réserve qu'elles ne modifient pas leur objet social, des SEML d'équipement et d'exploitation de remontées mécaniques constituées antérieurement au 8 juillet 1983 et des SEML constituées en Alsace-Moselle en application de la loi municipale locale du 6 juin 1895 (*cf.* la partie relative à la constitution des SEML en Alsace-Moselle).

Sociétés d'économie mixte sportives

Dans les sociétés d'économie mixte locales sportives, constituées en application de la loi n° 84-610 modifiée et relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, le capital majoritaire peut être détenu par les collectivités territoriales seules ou conjointement avec l'association sportive. Ce qui signifie que les collectivités territoriales peuvent être minoritaires dans les SEML sportives.

Il convient de rappeler que la constitution de ces sociétés d'économie mixte sportives locales n'est plus autorisée depuis la publication de la loi n° 99-1124 du 28 décembre 1999 portant diverses mesures relatives à l'organisation d'activités physiques et sportives (*cf.* p. La constitution de sociétés d'économie mixte sportives locales).

Les sociétés d'exploitation du câble

La loi n° 84-743 du 1^{er} août 1984, relative à l'exploitation des services de radiotélévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, prévoit la possibilité de confier la gestion de ces services à une SEML. Ce texte n'oblige pas les collectivités territoriales à détenir le capital majoritaire mais impose qu'un tiers du capital soit détenu par des personnes publiques.

La loi du 1^{er} août 1984 a été abrogée par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relative à la communication audiovisuelle. Cependant, les sociétés locales d'exploitation du câble existantes peuvent, sur leur demande, continuer à relever du régime de 1984.

Autres exceptions

La règle de détention du capital majoritaire ne s'applique pas aux sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et aux sociétés de crédit immobilier, visées

par les articles L. 422-2 et L. 422-4 du Code de la construction et de l'habitation, au capital desquelles participent des départements ou des communes.

Cette règle ne s'applique pas non plus aux sociétés de financement régionales ou interrégionales ainsi qu'aux sociétés de développement régional au capital desquelles participent, en application de l'article L. 4211-1 du CGCT, une ou plusieurs régions.

Enfin, en vertu de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains et de son article 63, les sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de l'Outre-mer ne sont pas soumises à la règle de participation majoritaire des collectivités territoriales.

■ LA QUALITÉ DES ASSOCIÉS

Les collectivités territoriales : personnes publiques majoritaires

L'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer des SEML qui les associent, éventuellement, à d'autres personnes publiques. La notion de personne publique n'a pas été définie avec précision, et la question s'est ainsi posée d'une éventuelle participation de l'État au capital d'une SEML.

Cette hypothèse paraît toutefois peu envisageable car la participation de l'État au capital d'une SEML ne serait pas compatible avec sa fonction de contrôle de ces organismes. Par ailleurs, en s'associant à l'exercice d'une activité ou d'une compétence d'intérêt local, cette hypothèse remet implicitement en cause le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales. Il semble, en réalité, que la notion de « personne publique » vise essentiellement les établissements publics locaux.

En revanche, rien n'interdit à l'État de constituer des sociétés d'économie mixte d'intérêt général *sui generis* et d'autoriser les collectivités territoriales à y participer, par voie de décret.

Participation des communes ou des EPCI dans le capital social d'une SEML

Des conflits sont survenus lors de la création d'établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) et de leur souhait de participer à des SEML dont le capital avait été constitué par les communes membres de ces EPCI.

Une disposition législative s'est avérée nécessaire pour articuler les dispositions issues de la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale avec celles du droit commercial portant sur la propriété d'actions dans les sociétés anonymes.

En effet, en application de la loi du 12 juillet 1999 précitée, les transferts de compétences des communes au profit des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) entraînent de plein droit la mise à disposition de ces derniers des biens, équipements et services publics nécessaires à leur exercice. De plus, les

EPCI sont substitués de plein droit aux communes qui les créent dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes.

En outre, aux termes de l'article L. 1521-1 du CGCT, l'objet social des SEML doit être rattaché aux compétences des collectivités locales ou groupements actionnaires.

Selon ces dispositions, il appartiendrait donc aux communes membres de se retirer du capital d'une SEML dont l'objet social correspond à une compétence transférée à l'EPCI.

Toutefois, en droit commercial, la notion de mise à disposition des EPCI des biens nécessaires à l'exercice des compétences transférées ne peut s'appliquer au cas particulier de l'actionnariat social : une simple mise à disposition d'actions conduirait à dissocier totalement le droit de vote de la propriété du capital alors que les SEML sont des sociétés anonymes dans lesquelles les droits de vote sont liés et proportionnels au montant du capital détenu et que seuls les actionnaires peuvent siéger dans les organes de direction.

De même, au regard du Code de commerce, la substitution de l'EPCI aux communes n'est pas de droit. Autrement dit, dans l'hypothèse où les communes ne souhaiteraient pas lui vendre leurs actions, aucune disposition ne pourrait les contraindre à une substitution d'office.

Dans ces conditions et dans un souci de coordination entre le droit administratif et le droit des sociétés, l'article 13 de la loi du 2 janvier 2002 a complété l'article L. 1521-1 précité du CGCT. Il permet aux communes de rester actionnaires de SEML dont l'objet social correspond à une compétence transférée à un EPCI, à condition toutefois que celles-ci cèdent plus des deux tiers des actions qu'elles détenaient antérieurement au transfert de compétences (c'est-à-dire qu'elles ne peuvent plus conserver une minorité de blocage au sein des organes de direction de la société).

La cession des actions se réalise selon les modalités du droit commun des sociétés, le prix devant normalement être fixé après accord entre les parties. Il convient cependant de porter une attention particulière aux questions de fraction fiscale en cas de plus-value à l'occasion de ces cessions.

Participation des autres personnes publiques

Les autres personnes publiques françaises

La possibilité de création de SEML par des établissements publics locaux comme actionnaires majoritaires se pose.

Or, en vertu des articles L. 1521-1 et L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales, seuls les collectivités locales et leurs groupements peuvent créer des SEML dont ils détiennent plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants.

En vertu de l'article L. 1522-2 du même code, la part minoritaire du capital des SEM est constituée par d'autres partenaires publics et privés.

Il en résulte que les actionnaires d'une SEM comptent deux types de personnes :

- les actionnaires collectivités territoriales et leurs groupements, obligatoirement majoritaires au capital,
- les actionnaires publics ou privés, autres que les collectivités territoriales et leurs groupements, obligatoirement minoritaires au capital.

Enfin, l'article L.5111-4 du CGCT précise les compétences en matière d'intervention économique et sociale des groupements de collectivités et les autres établissements publics locaux (EPL). Par un renvoi à l'article L.2253-2 du CGCT, il est prévu que les groupements des collectivités et les EPL peuvent acquérir des actions dans des SEML répondant aux conditions des articles L. 1521-1 et L. 1522-1 précités.

Ces dispositions en faveur des participations des établissements publics locaux au capital social de SEML n'exonèrent pas ces établissements du respect de celles fixées à l'article L.1521-1 sur les règles de répartition du capital entre collectivités territoriales et autres personnes publiques et privées.

En conséquence, un établissement public local ne peut être comptabilisé que dans la part minoritaire du capital.

Les chambres de commerce et d'industrie

En vertu de l'article L.711-1 du Code du commerce, les chambres de commerce et d'industrie (CCI) sont des établissements publics économiques. La loi du 9 avril 1898 les avait qualifiés d'établissements publics. La loi du 8 août 1994 les a rebaptisés en établissements publics économiques.

Cette définition n'est pas suffisamment précise. La question de savoir s'il s'agit d'un type d'établissement public *sui generis* se pose. L'autre question soulevée est celle de savoir s'il s'agit d'établissements publics à caractère industriel et commercial ou d'établissements publics administratifs.

La jurisprudence concernant la nature juridique des CCI est déjà ancienne (1885), mais une évolution s'est manifestée depuis un peu plus d'une vingtaine d'années. Dans une décision du 30 décembre 1987, le Conseil Constitutionnel qualifie les CCI d'établissements publics administratifs (EPA). Dans son arrêt du 29 novembre 1991 (arrêt Crépin), le Conseil d'État indique que les chambres d'agriculture et les chambres consulaires de même nature sont des établissements publics administratifs de l'État. Par la suite, deux arrêts du Conseil d'État de 1995 concluent précisément que les CCI sont des établissements publics de l'État (arrêt CCI de la Vienne du 13 janvier 1995 et arrêt CCI de Tarbes et des Hautes Pyrénées du 3 novembre 1995). Enfin dans une décision récente du 28 janvier 1999, le Conseil Constitutionnel confirme que les CCI ont le caractère d'établissements publics de l'État.

Au terme de cette évolution jurisprudentielle, il ressort que les chambres de commerce et d'industrie sont, sans ambiguïté, qualifiées d'établissements publics administratifs de l'État. Cependant, par nature, elles présentent plusieurs caractéristiques originales qui en font des entités uniques dans l'ordonnancement institutionnel national.

Si elles exercent des activités de services à caractère industriel et commercial, leur activité principale consiste à représenter et défendre les intérêts des com-

merçants et des industriels. Elles ont pour vocation première d'assurer un service public administratif qui a conduit à les qualifier d'établissements publics administratifs.

Dans ces conditions, la participation des chambres de commerce et d'industrie au capital de SEML ne peut que revêtir un caractère public, eu égard à leur statut. En revanche, si les capitaux détenus par les chambres de commerce et d'industrie doivent être rangés dans la catégorie des capitaux publics, ils ne sauraient en aucun cas concourir à la satisfaction de la règle de la détention du capital majoritaire par les collectivités territoriales et leurs groupements.

Participation d'une université au capital d'une SEML

Une université relève de la catégorie des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel soumis aux dispositions du Code de l'éducation.

Au terme de l'article L. 711-1 du Code de l'éducation de tels établissements constituent des « établissements nationaux d'enseignement supérieur et de recherche jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière (...) ». Dans le cadre des missions qui leur sont dévolues par le présent code et afin de faire connaître leurs réalisations, tant sur le plan national qu'international, ces établissements peuvent assurer, par voie de convention, des prestations de services à titre onéreux, exploiter des brevets et licences et commercialiser les produits de leurs activités. Ils peuvent créer à cette fin des services d'activités industrielles et commerciales, dans les conditions prévues à l'article L. 123-5. Dans la limite des ressources disponibles dégagées par ces activités, les établissements peuvent prendre des participations, participer à des groupements et créer des filiales dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Le décret en Conseil d'État n° 2000-1264 du 26 décembre 2000 fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent prendre des participations et créer des filiales, qui abroge le décret n° 85-1298 du 4 décembre 1985, facilite et élargit les possibilités de coopération entre les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les sociétés et les groupements de droit privé. Ce texte allège également les procédures d'approbation tacite applicables aux prises de participations et aux créations de filiales.

Afin de faciliter les coopérations et de limiter la portée des engagements financiers des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, le seuil minimum de prise de participation, fixé au cinquième du capital social par le décret de 1985, est supprimé. En outre, ces établissements peuvent créer des filiales et prendre des participations notamment dans des sociétés par actions, des sociétés civiles ou des groupements d'intérêt économique.

La procédure d'approbation tacite est allégée. Le ministre chargé de l'Enseignement supérieur et le ministre chargé du Budget disposent de deux mois, à compter de la réception de la délibération du conseil d'administration de l'établissement concerné et de ses annexes, pour instruire la demande.

Lorsque le ministre chargé de l'Enseignement supérieur et le ministre chargé du Budget demandent des informations ou des documents complémentaires, ils disposent d'un délai d'un mois supplémentaire pour instruire la demande.

La liste des annexes à la délibération de l'établissement est fixée par arrêté du ministre chargé de l'Enseignement supérieur et du ministre chargé du Budget.

L'ouverture d'un compte courant d'associé est quant à elle soumise à autorisation du ministre chargé du Budget.

L'établissement désigne un ou plusieurs représentants pour siéger au sein de sa filiale, de la société ou du groupement dans lequel il détient une participation. Ce ou ces représentants doivent adresser chaque année à l'établissement un rapport sur l'activité et la gestion de sa filiale, de la société ou du groupement.

La participation d'une université au capital d'une SEML, qui est une société commerciale, est donc juridiquement possible, sous réserve de l'autorisation des ministères intéressés (ministère du Budget et de l'Éducation nationale). Cette participation revêt un caractère public, eu égard au statut public des universités.

En revanche, si les capitaux détenus par les universités doivent également être rangés dans la catégorie des capitaux publics, ils ne sauraient non plus en aucun cas concourir à la satisfaction de la règle de la détention du capital majoritaire par les collectivités territoriales et leurs groupements.

Un cas particulier : la participation des collectivités territoriales étrangères au capital des SEML

Initialement, les dispositions de l'article 132 de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, codifiées à l'article L. 1522-1 du Code général des collectivités territoriales, ont organisé la possibilité pour des collectivités territoriales étrangères de participer au capital des SEML.

Elles subordonnaient cette participation à quatre conditions essentielles :

- la conclusion d'un accord préalable entre les États concernés (y compris avec les pays membres de l'Union européenne) ;
- la présence de règles de réciprocité dans cet accord ;
- la limitation de l'objet social de la SEML à une activité d'exploitation de services publics d'intérêt commun ;
- la comptabilisation de la participation des collectivités territoriales étrangères dans la fraction minoritaire du capital non détenue par les collectivités locales françaises et leurs groupements.

L'article 2 de la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU), puis l'article 11 de la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales ont successivement assoupli les conditions de participation des collectivités locales étrangères au capital des SEML.

À la suite de l'entrée en vigueur de la loi SRU, ce régime a été modifié sur trois points :

- la nécessité de conclure un accord préalable entre les États concernés est maintenue mais n'est plus assortie de l'obligation d'y inclure des conditions de réciprocité au profit des collectivités territoriales françaises;
- l'objet social de la SEML n'est plus limité à la seule exploitation de services publics d'intérêt commun, c'est-à-dire essentiellement des services de proximité tels que l'adduction d'eau ou les transports collectifs. Par conséquent, les collectivités territoriales françaises et étrangères peuvent désormais créer des SEML dont l'objet social s'inscrit dans le cadre de la définition de droit commun énoncée par l'article L. 1521-1 du CGCT : réalisation d'opérations d'aménagement, de construction, exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial ou encore exercice de toute autre activité d'intérêt général;
- la participation des collectivités territoriales étrangères n'est plus comprise dans la fraction minoritaire du capital de la SEML (représentant entre 15 % et 49 % du capital) mais dans la part revenant aux collectivités locales et à leurs groupements (représentant entre 51 % et 85 % du capital). En effet, elles peuvent dorénavant détenir jusqu'à la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants détenus par l'ensemble des collectivités territoriales.

L'article 11 de la loi du 2 janvier 2002, modifiant l'article L. 1522-1 du CGCT, a complété le nouveau dispositif sur deux points :

- la suppression de la condition d'un accord préalable entre les États concernés lorsque les collectivités locales étrangères appartiennent à un pays membre de l'Union européenne;
- le rétablissement de la référence aux « collectivités territoriales étrangères » à la place de la référence aux seules « collectivités territoriales des États limitrophes » qui avait été précédemment introduite par la loi SRU.

Les personnes privées

Les personnes privées de nationalité française

L'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales exige au moins une personne privée présente dans le capital d'une SEML. Il est dit en effet : « une ou plusieurs personnes privées ». Il ne s'agit en conséquence que d'un minimum, et il est tout à fait souhaitable que les collectivités territoriales recherchent un ou plusieurs partenaires privés substantiels, fiables et compétents. Ces partenaires privés peuvent être des personnes physiques ou morales.

Deux rapports annuels de la Cour de comptes, en 1990 et en 2001, ont souligné la très nette insuffisance des capitaux privés dans le capital des SEML. En effet, dans la composition du capital des SEML, on retrouve très souvent les chambres de commerce et d'industrie, des offices HLM, des sociétés de développement régional ou encore d'autres SEML. Or, ainsi que cela a été décrit plus haut, la présence de ces organismes ne constitue pas un véritable partenariat privé susceptible de donner un sens à la notion d'économie mixte. De plus, les participations croisées des SEML entre elles ne peuvent pas être vraiment considérées comme des apports de capitaux privés, puisque leur capital est majoritairement détenu par des collectivités territoriales (*cf.* la partie relative aux participations croisées des SEML).

Les personnes privées étrangères

Les SEML sont soumises, sauf dispositions contraires du Code général des collectivités territoriales, à la législation relative aux sociétés commerciales qui autorise les personnes privées étrangères à participer au capital des sociétés commerciales.

Or l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales ne comporte en effet aucune précision sur la nationalité des personnes privées autorisées à prendre des participations au capital des SEML.

Le législateur n'a, semble-t-il, pas entendu réserver cette faculté aux seules personnes privées françaises. Aucune disposition ne s'oppose en conséquence à ce qu'une personne privée étrangère prenne une participation dans le capital d'une SEML.

■ LES MODIFICATIONS DU CAPITAL DES SEML

La participation des collectivités aux modifications du capital

L'article 2 de la loi du 2 janvier 2002, qui insère un article L. 1522-4 dans le CGCT, précise désormais expressément que les collectivités locales actionnaires, outre leur apport initial en capital au moment de la création de la SEML, peuvent prendre part aux modifications de capital de ces sociétés, notamment aux augmentations.

Cette disposition confirme la position du Conseil d'État qui, dans son arrêt du 17 janvier 1994, Préfet des Alpes-de-Haute-Provence, avait admis que les collectivités locales pouvaient acquérir des actions émises par les SEML au moment de la souscription au capital initial mais également lors d'augmentations de capital ultérieures.

Toute recapitalisation doit naturellement s'opérer dans la limite des planchers et plafonds de capitaux détenus par les collectivités territoriales et leurs groupements, fixés par les articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT.

Sortie d'une collectivité du capital d'une SEML

Une collectivité peut, pour diverses raisons, et notamment lorsque sa présence au capital d'une SEML ne se justifie plus, décider de se désengager en cédant ses actions ou en dissolvant la SEML.

La cession d'actions

Bien que le CGCT ne l'ait pas explicitement prévu, une collectivité territoriale peut vendre tout ou partie des actions qu'elle détient. En général, les statuts des SEML, inspirés de ceux des sociétés anonymes, prévoient une telle clause. Cependant, dans une SEML, la cession des actions n'emporte pas les mêmes effets selon qu'elle soit totale ou partielle.

Cession totale d'actions

La collectivité territoriale cède la totalité de ses parts à un repreneur qui peut être un des associés. S'il s'agit de la seule collectivité territoriale et qu'elle détient le

capital majoritaire, sa sortie du capital fait perdre son statut de SEML à la société, qui devient alors une société anonyme de droit commun.

S'il s'agit d'une collectivité territoriale ne détenant qu'une partie du capital public, par exemple dans le cas des SEML pluricommunales, et si sa sortie n'a pas pour effet de remettre en cause la règle de détention du capital majoritaire, la société conserve son statut de SEML.

Cession partielle d'actions

La collectivité territoriale ne souhaite céder qu'une partie de ses parts. Deux hypothèses sont alors possibles. Si, tout en cédant une partie de ses actions, la collectivité conserve le capital majoritaire, il n'y a pas de difficultés. Si, en revanche, la cession partielle d'actions a pour effet de rendre la collectivité territoriale minoritaire au sein de la SEML, celle-ci perd alors son statut pour devenir une société anonyme de droit commun.

Dans cette dernière éventualité, la participation de la collectivité au capital de la société n'est possible qu'après une autorisation accordée par décret en Conseil d'État, conformément aux articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4211-1 du Code général des collectivités territoriales.

Les dossiers de demande d'autorisation présentés par les collectivités territoriales font l'objet d'une instruction conjointe de la part du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et du ministère chargé des Collectivités territoriales avant d'être soumis à l'examen de la Haute Assemblée si ces deux départements ministériels le jugent nécessaire.

Il est à noter que le Conseil d'État lorsqu'il autorise ce type de participation, plafonne l'engagement cumulé des collectivités locales qui sollicitent cette autorisation à 33 %.

Le principe d'interdiction de la participation d'une collectivité territoriale dans le capital de sociétés commerciales, posé à l'origine par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, départements et régions, repose sur trois fondements : protéger les deniers publics en évitant que le risque financier inhérent aux sociétés commerciales ne pèse trop sur les finances des collectivités territoriales, respecter le principe de la libre concurrence et faire en sorte que les collectivités territoriales n'interviennent que dans des domaines en lien avec l'intérêt général.

La limitation à 33 % de la participation des collectivités territoriales dans le capital de sociétés commerciales découle directement de ce principe d'interdiction de participer au capital de sociétés commerciales.

Elle correspond en réalité au seuil immédiatement inférieur au seuil de la minorité de blocage de 34 % (33 % +1) au sein des sociétés commerciales prévu par l'article L. 225-96 du Code de commerce. En effet, cet article prévoit que les assemblées générales extraordinaires des sociétés commerciales statuent à la majorité des deux tiers, ces assemblées étant les seules habilitées à modifier les statuts de ces sociétés, c'est-à-dire leur objet social, les augmentations ou réductions de capital, les modifications relatives à l'administration ou à la direction de la société ou encore le changement de nationalité de la société.

Il s'agit de protéger l'initiative privée et, dans cette perspective, de limiter la responsabilité des collectivités territoriales au sein des sociétés commerciales.

Transformation d'une SEML en société anonyme de droit commun

Si la modification de la répartition du capital social conduit à réduire le montant du capital détenu par les collectivités territoriales et leurs groupements à moins de 50 %, la condition *sine qua non* de l'existence d'une SEML disparaît.

Or, selon le Conseil d'État, une autorisation de participation minoritaire d'une collectivité dans le capital social d'une société ne peut être autorisée que si la SEML a été préalablement dissoute et que la dissolution débouche sur la création d'une nouvelle société commerciale de droit commun.

Pour ce qui concerne les sociétés d'économie mixte locales concessionnaires de la distribution d'électricité ou de gaz, l'article 29 de la loi n° 2004-803 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières assouplit la loi de 1946 en autorisant, par dérogation aux dispositions de l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales, les créations de sociétés commerciales ou l'entrée dans le capital d'une société commerciale existante, à la condition de transférer l'ensemble des contrats de fourniture d'électricité ou de gaz à des clients qui ont exercé leur droit à l'éligibilité. L'objet statutaire de la société est limité aux activités de production et de fourniture d'électricité ou de gaz et aux prestations complémentaires.

La dissolution

Cette procédure est en règle générale prévue par une clause statutaire. Elle s'effectue par accord avec les associés. Dans ce cas l'assemblée générale détermine, sur proposition du conseil d'administration, le mode de liquidation et nomme un ou plusieurs liquidateurs dont elle fixe les pouvoirs. La dissolution amiable entraînera le cas échéant, pour la collectivité territoriale, l'obligation de participer au comblement d'un éventuel passif, au prorata du capital détenu.

■ APPLICATION AUX SEML DU RÉGIME DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Agissant selon les règles du droit du commerce applicables aux entreprises, une SEML peut également être confrontée à des difficultés structurelles ou conjoncturelles susceptibles de lui voir appliquer des procédures de redressement, de dépôt de bilan voire de mise en liquidation judiciaire.

À ce titre, la SEML est soumise de plein droit aux dispositions de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, et de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, modifiée par la loi du 10 juin 1994, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. Ainsi, l'article L. 620-2 du Code de commerce précise que « le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables... à toute personne morale de droit privé ».

Le règlement amiable

Lorsque la situation financière d'une entreprise rend nécessaires des mesures de redressement, elle peut demander au président du tribunal de commerce de désigner un conciliateur qui aura pour mission de favoriser le redressement par la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, sur des délais de paiement ou des remises de dettes.

L'accord amiable conclu, en présence du conciliateur, entre le débiteur et ses créanciers suspend pendant la durée de son exécution toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur.

Le redressement judiciaire

La procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise placée dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. L'ouverture de la procédure peut être demandée par les représentants légaux de la SEML, le tribunal de commerce, le débiteur, ou sur l'assignation d'un créancier auprès du tribunal de commerce.

Le jugement de redressement judiciaire ouvre une période d'observation, limitée à trois mois, destinée à permettre l'élaboration d'un bilan économique et social et de propositions tendant à la continuation ou à la cession de l'entreprise. Le tribunal arrête le plan ou prononce la liquidation judiciaire avant l'expiration de la période d'observation, et fixe, s'il y a lieu, la date de cession des paiements.

La liquidation judiciaire

Le tribunal qui prononce la liquidation judiciaire désigne le liquidateur, soit parmi les représentants des créanciers, soit parmi les autres mandataires-liquidateurs. Celui-ci établit l'ordre des créanciers et procède aux opérations de liquidation par la réalisation de l'actif et l'apurement du passif.

Dans le cas d'une SEML, la participation de la ou des collectivités territoriales actionnaires au comblement du passif se fera au prorata du capital détenu. La prise en charge de la totalité du passif d'une SEML par une collectivité territoriale ne serait donc pas légale, car elle s'analyserait comme une forme d'aide directe non autorisée par la loi.

■ PRISES DE PARTICIPATIONS ET FILIALISATION DES SEML

Principe

L'article L. 1524-5 du CGCT reconnaît aux SEML la possibilité de prendre des participations dans le capital des sociétés commerciales. Cependant, quel que soit le niveau de cette participation, la SEML doit recueillir l'accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration ou de surveillance de ladite société.

Cette disposition exclut donc l'obligation d'une consultation des collectivités qui ne détiennent qu'une part réduite du capital et qui sont indirectement représentées au capital par un mandataire commun, pour éviter les minorités de blocage dans les SEML multipartenariales.

L'autorisation par la loi des prises de participations ne doit pas masquer les risques liés à ces pratiques qui ont connu une certaine ampleur. Ainsi, lors des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 29 janvier 1993, dite « loi Sapin », qui a autorisé ces prises de participations, le gouvernement a précisé que les prises de participations sont des procédures dangereuses susceptibles d'exposer les actionnaires publics que sont les collectivités locales à de nombreux risques juridiques et financiers.

Par ailleurs, la Cour des comptes a relevé à maintes reprises dans ses rapports que les prises de participations peuvent aboutir à de véritables démembrements des activités de la SEML, notamment à travers les créations de structures filiales successives.

La fréquence des prises de participations par des SEML, où les collectivités territoriales sont par définition majoritaires, ne doit pas non plus constituer un détournement des dispositions des articles L.2253-1, L.3231-6 et L.4111-1-6° du CGCT, qui interdisent toute prise de participation d'une collectivité territoriale dans le capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation accordée par décret en Conseil d'État. De telles procédures doivent rester exceptionnelles.

En conséquence, si une prise de participation s'avère utile pour la stratégie de développement de la SEML, un débat devra avoir lieu au sein de l'organe délibérant de la ou des collectivités actionnaires, qui aura à se prononcer en toute connaissance de cause. Il est en outre impératif que l'objet social de la société dans laquelle est prise la participation soit complémentaire ou comparable à celui de la SEML.

Par extension on peut considérer que l'article L.1524-5 du CGCT est également applicable aux prises de participations des SEML dans les sociétés civiles immobilières qui, aux termes d'un arrêt du Conseil d'État, sont considérées comme organismes à but lucratif (Conseil d'État, 24 novembre 1989, Commune d'Iffendic).

En tout état de cause, il appartient au représentant de l'État de veiller au respect de ces nouvelles dispositions. Il aura à apprécier si une prise de participation décidée par une SEML est susceptible de faire naître un risque financier grave pour la collectivité actionnaire et pourra le cas échéant saisir la chambre régionale des comptes conformément aux dispositions de l'article L. 1524-1 du CGCT.

Le cas des filiales

Comme le définit l'article L.233-1 du Code de commerce, la filiale d'une société est une société dont plus de la moitié du capital est détenue par celle-ci. Ce dispositif est directement applicable aux SEML. En l'état actuel du droit, aucun texte n'interdit donc à une SEML de créer une filiale.

Pour la création d'une filiale, la SEML doit toutefois réunir deux conditions. En premier lieu et conformément à l'article L. 1524-5 du CGCT, toute prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale, quel que soit le niveau de cette participation, et donc pour une participation supérieure à 50 %, doit recueillir l'accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration ou de surveillance de la société filiale.

En second lieu, l'activité de la filiale doit être sinon comparable, au moins complémentaire à celle de la SEML.

Aux termes de la loi du 7 juillet 1983, les SEML exercent leurs activités, dans le cadre des compétences reconnues par la loi aux collectivités locales actionnaires, en réalisant notamment des opérations d'aménagement ou de construction ou en exploitant des services publics à caractère industriel et commercial. Il s'agit donc, en règle générale, de missions de service public ou présentant un intérêt public. Or la création d'une société filiale par une SEML conduit inévitablement à un démembrement des activités de celle-ci. La société filiale pourra ainsi être amenée à exercer tout ou partie des activités de la société mère.

Plus généralement, une SEML ne doit pas se comporter comme une société holding, se limitant à gérer les participations financières dans ses filiales car cela aboutirait à lui faire perdre son objet social initial et serait contraire à l'esprit de la loi de 1983 qui fait de ces sociétés des « outils » à disposition des collectivités territoriales pour la mise en œuvre de leurs compétences.

Cette pratique, serait également de nature à engendrer de réels risques financiers pour les collectivités territoriales concernées. La vigilance doit donc être de mise.

La société filiale serait par ailleurs soustraite à la fois au contrôle du représentant de l'État et à celui des collectivités territoriales actionnaires, qui ne seraient plus directement représentées dans les instances dirigeantes de la société.

En revanche, en application de l'article L. 211-4 du Code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes peut procéder à la vérification des comptes des organismes et des filiales des organismes dont les collectivités territoriales détiennent plus de la moitié du capital. Les SEML et leurs filiales sont donc directement concernées.

En ce qui concerne le fonctionnement de la filiale, la SEML, société mère, peut détenir directement ou par personne interposée la majorité des postes dans les organes d'administration de la société filiale. Il est donc possible que des élus administrateurs de SEML occupent des fonctions similaires au conseil d'administration de la filiale.

Dans ce cas, les élus membres de ses sociétés filiales ne peuvent plus être considérés comme les mandataires des collectivités actionnaires de la SEML mère et donc ne peuvent être protégés par les dispositions prévues à l'article L. 1524-5 du CGCT. Ils deviennent donc des administrateurs de droit commun et seront donc soumis au même régime de responsabilité civile et pénale.

Ces élus sont donc particulièrement exposés au risque d'une mise en cause de leur responsabilité civile et pénale et notamment s'agissant de la prise illégale

d'intérêt ou de la qualification d'entrepreneur de service local laquelle entraîne des peines d'inéligibilité.

Enfin, si la société mère et sa filiale sont juridiquement des personnes morales distinctes, il peut se produire des assimilations ou des confusions de fait susceptibles d'exposer la société mère à des dangers particuliers.

Les participations croisées entre SEML

Rien ne s'oppose *a priori* aux participations croisées, c'est-à-dire à ce qu'une SEML prenne une participation dans le capital d'une autre SEML, sous réserve que la ou les collectivités actionnaires de la SEML se prononcent sur le principe de cette prise de participation dans les mêmes conditions qu'indiqué précédemment. Il est également nécessaire que la SEML dans laquelle est prise la participation ait un objet comparable ou complémentaire à celui de la SEML qui envisage de prendre la participation.

Par ailleurs, la présence d'une SEML dans le capital d'une autre SEML, où les capitaux publics sont par définition prépondérants, risque de vider de son sens la notion d'économie mixte, qui suppose un réel partenariat privé. On peut en effet hésiter à ranger dans la catégorie des capitaux privés les apports d'organismes contrôlés par les collectivités publiques.

En outre, les participations croisées de SEML contrôlées par le même actionnaire public peuvent fausser les règles de détention du capital majoritaire en accroissant indirectement le montant du capital détenu par la collectivité et aboutir, dans certains cas, à dépasser le plafond de 85 % susceptible d'être détenu par les collectivités territoriales et leurs groupements, ce qui serait contraire à la loi.

Il faut enfin souligner, comme l'ont relevé certaines chambres régionales des comptes, que les participations croisées de SEML créent des imbrications de structures nuisant à la transparence et à la lisibilité de leurs activités.

■ LE RÉGIME FISCAL ET COMPTABLE

La fiscalité des SEML

À titre préliminaire, il convient d'observer que l'article 1042-II du Code général des impôts (CGI) exonère les acquisitions d'actions effectuées par les collectivités territoriales dans le cadre de l'article L. 1522-1 du CGCT de toute imposition, à condition que la délibération de l'organe délibérant de la collectivité territoriale décidant de ces acquisitions fasse explicitement référence à cet article du CGI, et soit annexée à l'acte.

Sous réserve des dispositions particulières examinées ci-dessous, les SEML sont soumises à la fiscalité de droit commun des entreprises.

L'impôt sur les sociétés

Conformément à l'article 206 du CGI, la SEML est assujettie au droit commun de l'impôt sur les sociétés.

Toutefois, le CGI exonère dans certains cas les SEML d'aménagement et de construction du paiement de cet impôt.

Il s'agit d'abord, en application de l'article 207-6°bis du CGI, des SEML concessionnaires d'opérations d'aménagement, sur le fondement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, pour les résultats provenant d'opérations réalisées dans le cadre d'une ZAC, de lotissements, de zone de restauration immobilière, de zones de résorption de l'habitat insalubre et les opérations de rénovation urbaine.

Par ailleurs, et en vertu de l'article 207-7° du CGI, sont également exonérées les SEML de construction qui procèdent, sans but lucratif, au lotissement et à la vente de terrains leur appartenant, à condition toutefois que leurs statuts soient conformes aux clauses types prévues par le décret n° 69-295 du 24 mars 1969 (bien que ces statuts types ne soient plus aujourd'hui que de simples modèles).

Le régime de la TVA

En principe, la nature des activités des SEML les assujettit à la TVA dans les conditions prévues par les articles 256 et suivants du CGI.

Toutefois, pour les SEML d'aménagement, l'administration fiscale admet, depuis la jurisprudence du Conseil d'État du 7 mai 1986 (ministre de l'Économie, des Finances et du Budget c/ société Terrabâtir), la déductibilité de la TVA ayant grevé les équipements de la zone d'aménagement remis gratuitement à la collectivité territoriale, dès lors que cette remise gratuite est prévue dans le cadre de la convention d'aménagement.

Éligibilité des SEML au fonds de compensation de la TVA (FCTVA)

Les SEML ne figurent pas au nombre des personnes ou organismes susceptibles de bénéficier du FCTVA, tels qu'ils sont énumérés à l'article L. 1615-2 du CGCT.

Cependant, les opérations réalisées par l'intermédiaire des SEML, mandataires de collectivités territoriales, peuvent ouvrir droit au bénéfice du FCTVA pour les collectivités locales mandantes dans les conditions de droit commun.

En effet, les opérations réalisées dans le cadre d'une convention de mandat, au nom et pour le compte des collectivités territoriales et des établissements bénéficiaires du FCTVA, ouvrent pour ces derniers le droit au bénéfice du fonds, lorsqu'elles sont réalisées dans les conditions prévues par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

En outre, l'article 4 de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des SEML, codifié à l'article L. 1615-11 du CGCT, permet aux collectivités locales et à leurs groupements de bénéficier du FCTVA, dans les conditions de droit commun, au titre des équipements publics au financement desquels elles ont participé et qui ont intégré effectivement leur patrimoine.

La comptabilité des SEML

La soumission au régime comptable de droit commun

Comme toute société anonyme, la SEML est soumise dans l'exercice de ses activités aux règles de la comptabilité privée, en l'occurrence au plan comptable général élaboré sous l'égide du conseil national de la comptabilité.

Les SEML doivent, à ce titre et conformément à l'article L. 123-12 du Code de commerce, produire chaque année des comptes sociaux comportant un bilan, un compte de résultat et une annexe.

Règles applicables à la SEML mandataire

Lorsque la SEML agit en qualité de mandataire d'une collectivité locale, ce sont les règles de la collectivité mandante qui s'imposent à elle. Pour les opérations effectuées sous mandat, la SEML est tenue de se conformer aux règles de la comptabilité publique.

Il en est ainsi notamment lorsque la SEML se voit confier la réalisation d'opérations d'aménagement en vertu de l'article L. 1523-2 du CGCT, ou qu'elle bénéficie d'une délégation de maîtrise d'ouvrage dans le cadre de la loi du 12 juillet 1985.

Encaissement de recettes publiques par une SEML

Les comptables des collectivités et établissements publics locaux sont seuls habilités à manier les fonds appartenant à ces collectivités et à recouvrer leurs recettes.

Il est rappelé à cet égard qu'une collectivité ou un établissement public local ne peut confier, dans le cadre d'une convention de prestation de service, le recouvrement de ses recettes à une personne privée ni même à une SEML dont elle est actionnaire. Tel est le cas par exemple, des loyers.

Une SEML ne peut valablement encaisser des recettes publiques que dans le cadre d'un contrat de gestion déléguée d'un service public local et pour les seules recettes qui sont prévues par la convention.

En revanche, lorsque la SEML agit dans le cadre d'un contrat de mandat, conclu notamment en application de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique, dite « loi MOP », elle n'est pas habilitée à encaisser des recettes pour le compte de la collectivité.

PARTIE

3

L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

Les règles de droit commun des sociétés commerciales s'appliquent à l'organisation administrative des SEML.

Les principaux organes de cette organisation administrative sont les assemblées d'actionnaires ordinaires et extraordinaires, le conseil d'administration, ou le conseil de surveillance et le directoire, suivant que la société est de type moniste ou dualiste et enfin le directeur général.

■ LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Les assemblées générales réunissent l'ensemble des actionnaires de la société et constituent en quelque sorte l'« organe souverain ». Il y a deux types d'assemblées d'actionnaires, l'assemblée générale ordinaire et l'assemblée générale extraordinaire, chacune étant dotée de pouvoirs spécifiques.

L'assemblée générale ordinaire (AGO)

L'assemblée générale ordinaire prend toutes les décisions autres que celles prises par l'assemblée générale extraordinaire. Pour l'essentiel, elle nomme, révoque ou remplace les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et désigne les commissaires aux comptes. Elle statue sur les comptes annuels, entend les rapports des commissaires aux comptes et du conseil d'administration qui portent sur le fonctionnement de la société et sur les résultats financiers de l'exercice.

Conformément à l'article L. 225-100 du Code du commerce, l'assemblée générale ordinaire se réunit au moins une fois par an, dans les six mois de clôture de l'exercice, sous réserve de la prolongation de ce délai par décision de justice.

Elle ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant droit de vote. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis.

Elle statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

La réunion annuelle obligatoire de cette assemblée permet à l'ensemble des actionnaires de faire entendre leur voix auprès des actionnaires majoritaires.

L'assemblée générale ordinaire, bien qu'étant un organe intermittent, constitue le moyen d'expression privilégié des actionnaires minoritaires non représentés dans les organes de gestion.

L'assemblée générale extraordinaire (AGE)

L'assemblée générale extraordinaire se réunit lorsque les associés souhaitent modifier les statuts de la société.

En effet, en application de l'article L. 225-96 du Code de commerce, elle seule est habilitée à modifier les statuts de la société.

Elle est seule compétente pour, par exemple, décider d'une augmentation ou d'une réduction du capital social, d'une modification de l'objet social ou de la dénomination sociale de la société, du transfert de son siège social et de la dissolution de la société.

Elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers des actions ayant le droit de vote et, sur deuxième convocation, le quart des actions ayant droit de vote. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

Toutefois, les règles particulières applicables aux SEML viennent diminuer la marge de manœuvre de cette assemblée.

En effet, l'assemblée générale extraordinaire devra nécessairement respecter les principes généraux de l'économie mixte et, par conséquent, ne pourra pas décider d'une augmentation ou d'une réduction de capital lorsque cette opération aurait pour conséquence de dépasser les seuils de répartition de capital prévu aux articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT.

La modification de l'objet social doit également s'effectuer conformément au principe de complémentarité évoqué précédemment, et dans le respect des compétences des collectivités actionnaires.

Par ailleurs, afin d'améliorer la transparence des relations entre les collectivités locales et les SEML, l'article 8 de la loi du 2 janvier 2002 a complété l'article L. 1524-1 du CGCT. Désormais, l'accord d'un élu mandataire sur une modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes

dirigeants ne peut plus intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification.

Il convient de souligner que seules les modifications substantielles, ayant un effet structurel sur les statuts de la SEML, telles que limitativement énumérées par l'article L. 1524-1 du CGCT (soit la modification de l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants de la société) sont soumises à ce formalisme, étant par ailleurs considéré que l'opposition d'une collectivité locale à une évolution statutaire n'a d'effet que proportionnellement aux parts sociales qu'elle détient.

S'agissant en particulier de l'objet social de la SEML, l'assemblée délibérante de la collectivité locale ne pouvait auparavant se prononcer sur son contenu qu'au moment de la création de la société, lorsque était décidée la participation à son capital.

Toute modification ultérieure de la définition des activités de la SEML s'opérait uniquement en application des dispositions du droit commun des sociétés, de sorte que celle-ci échappait au contrôle de l'assemblée délibérante elle-même, qui n'était informée qu'*a posteriori*, par l'intermédiaire de son mandataire.

Dès lors, pour permettre à cette dernière de pouvoir éventuellement s'opposer à ce qu'elle estimerait être une dérive de la SEML par rapport à ses statuts fondateurs, l'accord de son représentant ne peut désormais plus intervenir sans qu'elle se soit préalablement prononcée favorablement. Dans ce cadre, le représentant de la collectivité locale a un mandat impératif et ne peut que suivre les conclusions de l'assemblée délibérante.

■ LES ORGANES DE DIRECTION

Le recours à une structure dualiste (directoire et conseil de surveillance) ou à une structure moniste (conseil d'administration) pour la société a des incidences sur l'organisation administrative des SEML.

En outre, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) a apporté plusieurs modifications notables à l'organisation des organes de direction des sociétés commerciales en général et donc des SEML.

La structure à directoire et conseil de surveillance

Le choix de régime à directoire et conseil de surveillance résulte des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire.

Le directoire assume la direction de la société et les membres du conseil de surveillance ont essentiellement pour fonction de nommer les membres du directoire et d'exercer le contrôle de la gestion sans s'immiscer dans la conduite des affaires. L'article L. 225-74 du Code de commerce prévoit qu'aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire.

En outre, les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, ainsi que, si les statuts le prévoient, par le

conseil de surveillance. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi NRE, le directoire était désigné par le conseil de surveillance, mais ce dernier n'avait pas le pouvoir de le révoquer. Son seul pouvoir était de proposer la révocation du directoire à l'assemblée générale.

Désormais, il est donc possible de prévoir dans les statuts que l'organe de nomination sera aussi organe de révocation.

La réforme introduite par la loi NRE est double :

- d'une part, la révocation peut être le fait de l'assemblée générale sans que le conseil de surveillance ait à en faire la proposition ;
- d'autre part, cette même révocation peut être le fait du conseil de surveillance.

Ainsi, chacun des organes, assemblée générale et conseil de surveillance, peut révoquer un membre du directoire sans avoir à obtenir l'accord de l'autre. Le législateur a affirmé ainsi en 2001 la prééminence du conseil de surveillance sur le directoire.

Le conseil d'administration

Organe de gestion de la société

Le conseil d'administration, organe de gestion de la société, détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil sont inopposables aux tiers.

En outre, le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles.

Ainsi, la loi NRE a redéfini le rôle du conseil d'administration. Il a pour mission de définir les orientations de l'activité de la société et de les contrôler.

Séparation des pouvoirs de président du conseil d'administration et de directeur général

En vertu de l'article L. 225-47 du Code du commerce, le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique.

Le président assure la bonne marche du conseil d'administration. Il représente le conseil, il organise et dirige ses travaux et en rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement de la société et s'assure, en particulier, que les

administrateurs sont en mesure de remplir leur mission, notamment par la qualité de l'information dont ils sont destinataires.

La loi NRE a créé un mode d'exercice de la direction générale qui peut être qualifié de dissocié. En effet, le conseil d'administration peut confier l'exercice de la direction générale à une autre personne physique que le président du conseil d'administration.

Antérieurement à cette loi, l'article L. 225-51 du Code du commerce prévoyait que « le président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société ».

La loi NRE a entrepris de réformer ce système en permettant aux sociétés de dissocier les rôles de président du conseil d'administration et celui de directeur général. Dans cette optique, l'article L. 225-51-1 du Code du commerce issu de l'article 106 de la loi, dispose que « la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général. Dans les conditions définies par les statuts, le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale... ».

Dès lors la société peut comporter soit un président qui concentre les pouvoirs de président du conseil d'administration (article L. 225-51 issu de l'article 106 de la loi NRE) et ceux de directeur général (article L. 225-56 issu de l'article 107 de la loi NRE), soit un président aux attributions limitées, avec des missions recentrées sur la direction de la société et de la représentation de celle-ci dans ses rapports avec les tiers.

Les conseils d'administration des SEML doivent, comme ceux de toutes les sociétés anonymes, opter pour le cumul ou la séparation des fonctions de président et de directeur général.

Pour mémoire, il est admis que les collectivités territoriales, par dérogation au droit commun des sociétés commerciales, peuvent exercer, en tant que personnes morales, des fonctions de membre ou président de conseil d'administration ou de conseil de surveillance des SEML (article L. 2253-5 du CGCT pour les communes, article L. 3231-8 pour les départements et article L. 4253-4 pour les régions). Dans cette hypothèse, les collectivités territoriales désignent celui de leurs représentants qui exercera effectivement les fonctions de président ou de membre.

Cas particulier : représentation des établissements publics de santé

Ainsi qu'il a été décrit dans la première partie du présent guide, la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique autorise les établissements de santé, les établissements sociaux ou médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire à participer au capital de SEML dédiées à l'investissement hospitalier.

Dans ces conditions, l'article L. 1524-5 du CGCT prévoit que ces différents types d'établissements ont droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des SEML dont ils sont actionnaires. Ces représentants sont désignés en leur sein par le conseil d'administration de l'établissement ou du groupement concerné.

■ COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION OU DE SURVEILLANCE

Principes

La composition du conseil d'administration ou de surveillance figure parmi les clauses statutaires sur lesquelles doit se prononcer l'assemblée générale lors de la constitution de la société. Aux termes des articles L. 225-17 du Code du commerce pour le conseil d'administration et L. 225-69 du même code pour le conseil de surveillance, l'effectif du conseil doit être compris entre 3 et 18 membres.

Dans cette limite, certaines dispositions particulières aux SEML sont prévues par le CGCT.

La représentation des collectivités actionnaires aux conseils d'administration des SEML

Il convient d'observer en premier lieu que la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements aux conseils d'administration des SEML est encadrée par les dispositions de l'article L. 1522-1 du CGCT aux termes desquelles « les communes, les départements, les régions et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital des SEML et des voix dans les organes délibérants ».

En second lieu, l'article L. 1524-5 du CGCT précise que toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaires a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance.

Les statuts fixent le nombre de sièges réservés aux collectivités territoriales.

En effet, dans les limites prévues par le Code du commerce, l'article L. 1524-5 réserve un certain nombre de sièges dans l'effectif total au profit des collectivités et de leurs groupements actionnaires. Le nombre ainsi réservé est fixé dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires par rapport au capital total de la société, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure. Par ailleurs, les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement actionnaire.

La part du capital nécessaire à un actionnaire pour bénéficier d'un siège au sein du conseil d'administration ou de surveillance varie donc en fonction de l'effectif du conseil concerné.

Ainsi, toute collectivité ayant une fraction du capital au moins égale au rapport de 1 sur l'effectif du conseil peut disposer d'un siège.

Par exemple, lorsque l'effectif du conseil est fixé à 18, toute collectivité détenant au minimum 1/18 du capital bénéficie d'un siège. Les actionnaires disposant d'une part de capital multiple de 1/18 bénéficient d'un nombre de sièges égal au nombre de dix-huitièmes détenus.

Ainsi, l'article L. 1524-5 ne fixe qu'une proportion maximale de nombre de sièges pouvant être attribués aux représentants des collectivités locales et de leurs groupements. Il n'existe pas de disposition juridique empêchant que ce nombre soit éventuellement proportionnellement inférieur au capital que ces derniers détiennent.

La représentation indirecte : l'assemblée spéciale

Si le nombre des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance ne suffit pas à assurer, en raison de leur nombre, la représentation directe des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales ayant une participation réduite au capital de la SEML, ils sont réunis au sein d'une assemblée spéciale, un siège au moins leur étant réservé au conseil d'administration ou au conseil de surveillance.

L'assemblée spéciale est chargée de désigner parmi les élus des collectivités ou groupements non directement représentés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, le ou les représentants communs qui siègeront au conseil d'administration ou au conseil de surveillance.

L'assemblée spéciale est réunie pour la première fois à l'initiative d'au moins une des collectivités territoriales ou d'un des groupements de collectivités territoriales actionnaires non directement représentés au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société d'économie mixte.

Elle comprend un délégué de chaque collectivité ou groupement ne disposant pas d'un représentant direct au conseil. Chaque collectivité territoriale ou groupement dispose d'un nombre de voix proportionnel au nombre d'actions qu'il possède. Elle élit son président et vote son règlement.

Elle se réunit ensuite au moins une fois par an pour entendre le rapport spécial de ses représentants au conseil. Elle se réunit sur convocation de son président à l'initiative soit de ce dernier, soit à la demande de l'un de ses représentants au conseil, soit à la demande d'un tiers au moins de ses membres ou de membres détenant au moins le tiers des actions des collectivités territoriales ou groupements de l'assemblée spéciale.

■ LES REPRÉSENTANTS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Procédure de désignation

Les représentants des collectivités locales et groupements actionnaires au conseil d'administration et au conseil de surveillance doivent être désignés par les assemblées délibérantes dont ils sont eux-mêmes obligatoirement membres.

En application de l'article R. 1524-4 du CGCT, ces représentants peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment par l'assemblée qui les a désignés, celle-ci devant alors pourvoir simultanément à leur remplacement et en informer le conseil d'administration ou de surveillance.

Limites d'âge

La loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des SEML a introduit de nouvelles dispositions concernant la limite d'âge des élus mandataires.

Initialement, l'article R.381-24 du Code des communes prévoyait explicitement, pour les mandataires des collectivités territoriales au sein des SEML, des dispositions dérogatoires aux limites d'âge imposées par le droit commun des sociétés, pour les membres ou président du conseil d'administration ou les membres du conseil de surveillance

La codification de la partie réglementaire du Code général des collectivités territoriales n'avait pas repris ces dispositions dérogatoires.

Aussi, dans le souci de prendre en compte la situation particulière des élus locaux qui, dans le cadre de leur mandat électoral, ne se voient pas imposer de limites d'âge, l'article 5-1° de la loi du 2 janvier 2002 établit un nouveau régime dérogatoire. Cette disposition est reprise à l'article L. 1524-4 du CGCT

– Au moment de leur désignation, les élus qui assurent la représentation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une SEML doivent respecter la limite d'âge fixée par le Code de commerce.

Ainsi, en vertu des articles L. 225-19 et L. 225-70 de ce code, les statuts doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions d'administrateur, une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des administrateurs, soit à un pourcentage déterminé d'entre eux. À défaut, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de 70 ans ne peut être supérieur au tiers des administrateurs en fonction.

Lorsque les élus locaux assument les fonctions de président du conseil d'administration, ils doivent, de la même manière, respecter les règles prévues par l'article L. 225-48 du Code de commerce qui impose que les statuts doivent prévoir pour l'exercice de cette fonction une limite d'âge, laquelle à défaut d'une disposition expresse, est fixée à 65 ans.

Toute nomination intervenue en violation de ces dispositions serait donc nulle.

– Après la désignation, le dépassement de la limite d'âge n'interrompt pas le mandat.

Les représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein des SEML ne peuvent être déclarés démissionnaires d'office, si postérieurement à leur nomination ils dépassent la limite d'âge statutaire ou légale.

Cependant, il n'est pas tenu compte de ces personnes pour le calcul du nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance qui peuvent demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge, en vertu soit des statuts de la société, soit à défaut de dispositions expresses dans les statuts, des limites d'âge prévu par le Code de commerce.

Rien n'est précisé concernant le président du conseil d'administration. Celui-ci ne doit simplement pas avoir atteint la limite d'âge prévue soit par les statuts, soit, à défaut de précision dans les statuts, des limites d'âge prévues par le Code

du commerce. Après sa désignation, il peut continuer à exercer ses fonctions de président.

Au total, le nouveau régime, dérogatoire aux dispositions de droit commun des sociétés commerciales, apparaît limité dans la mesure où il ne porte que sur l'âge atteint par les élus locaux au cours du mandat et non au moment de leur désignation.

■ LE MANDAT DES REPRÉSENTANTS DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

La durée du mandat

L'article R. 1524-3 du CGCT fixe la durée du mandat des représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Cette durée suit celle de leur mandat électif et prend fin :

- lors du renouvellement intégral du conseil municipal, pour le représentant d'une commune ;
- lors du renouvellement triennal du conseil général pour le représentant d'un département ;
- lors du renouvellement intégral du conseil régional pour le représentant d'une région ;
- lors du renouvellement partiel ou intégral de l'assemblée délibérante pour le représentant d'un groupement.

La prorogation du mandat

La loi du 2 janvier 2002 a également introduit de nouvelles dispositions concernant la prorogation du mandat des représentants des collectivités territoriales.

Dans un arrêt du 30 janvier 2001, Société d'équipement de l'Auvergne c/ commune de Thiers, la Cour de Cassation a rendu une interprétation stricte des motifs de prorogation des mandats des représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein des organes dirigeants des SEML.

Se fondant notamment sur les dispositions de l'article 3 du décret n° 85-491 du 9 mai 1985, relatif aux modalités de représentation des communes, des départements, des régions et de leurs groupements au conseil d'administration ou au conseil de surveillance des SEML, codifiées à l'article R. 1524-4 du CGCT, elle a jugé que les mandats considérés ne pouvaient être prorogés jusqu'à la désignation de nouveaux représentants qu'en cas de démission ou de dissolution de l'assemblée délibérante ou encore d'annulation définitive de l'élection de l'ensemble de ses membres, la prorogation ne pouvant être étendue au cas où il est mis fin par la loi au mandat de cette assemblée.

À la suite de cette interprétation et afin de faciliter le fonctionnement des SEML au moment des élections locales, l'article 5-4° de la loi du 2 janvier 2002 prévoit

dorénavant qu'en cas de fin légale du mandat de l'assemblée délibérante, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la SEML est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée. Dans cette hypothèse, leurs pouvoirs se limitent à la gestion des affaires courantes de la société (13^e alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT).

La loi ne précise pas la notion d'affaires courantes. Toutefois, il semble que celle-ci renvoie essentiellement à des actes de gestion, de nature administrative ou financière (tels que la rémunération des salariés de la société, le paiement de factures...), permettant d'assurer la continuité du fonctionnement de la SEML. Ces actes de gestion englobent également la convocation du conseil d'administration par le président pour la désignation du nouveau président.

Le cumul des mandats exercés au sein des SEML

Il est admis que les collectivités locales, par dérogation au droit commun des sociétés commerciales, peuvent assurer, en tant que personnes morales, des fonctions de membre ou président de conseil d'administration ou de conseil de surveillance des SEML (article L. 2253-5 du CGCT pour les communes, article L. 3231-8 pour les départements et article L. 4253-4 pour les régions). En leur qualité de personnes morales, elles peuvent détenir ces fonctions au sein d'un nombre illimité de sociétés anonymes et donc de SEML.

Il convient de noter que les règles relatives au cumul des mandats applicables aux élus locaux mandataires des collectivités au sein des SEML ont récemment évolué. En effet, ceux-ci se voient appliquer le régime fixé par la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 modifiant certaines dispositions du Code de commerce relatives aux mandats sociaux.

L'article 2 de ce texte, complétant l'article L. 225-95-1 du Code de commerce, prévoit que « par dérogation aux articles L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67 et L. 225-94-1, les mandats de président, de directeur général, de directeur général unique, de membre du directoire ou d'administrateur d'une société d'économie mixte locale, exercés par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, ne sont pas pris en compte pour l'application des règles relatives au cumul des mandats sociaux ».

Le dispositif antérieur découlait de la loi NRE. Il en ressortait que les règles relatives au cumul des mandats exercés au sein des sociétés anonymes s'appliquaient aux élus représentant les collectivités territoriales dans les organes délibérants des SEML. En effet, les dérogations aux règles de cumul des mandats qui existaient auparavant pour les représentants permanents des personnes morales avaient été supprimées.

L'article 2 de la loi du 29 octobre 2002 rétablit donc la situation antérieure à la loi NRE pour les élus locaux mandataires au sein des SEML. L'un des arguments visant à soutenir cette mesure consistait à relever que dans la mesure où un certain nombre d'élus locaux exerce des fonctions au sein de conseils d'administration de sociétés privés, au titre de leur activité professionnelle, la limitation du cumul des mandats, prévue par la loi NRE, était susceptible de les priver d'une partie des prérogatives liées à leur mandat électif.

Toutefois, s'agissant spécifiquement des fonctions exercées au sein des SEML, nonobstant l'énumération figurant à l'article 2 précité, il importe de souligner que seules celles énumérées à l'article 5-2° de la loi du 2 janvier 2002 restent protégées au regard de la qualification d'entrepreneur de service local. En particulier, les fonctions de membre de directoire ou de directeur général unique ne sont pas protégées, de même que celle de directeur général lorsqu'elle ne se cumule pas avec la fonction de président du conseil d'administration.

Le délégué spécial, désignation et durée du mandat

L'article L.1524-6 du CGCT prévoit que lorsqu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales a accordé sa garantie à un ou des emprunts contractés par une SEML, elle ou il a le droit, à condition de ne pas en être un actionnaire directement représenté au sein du conseil d'administration ou de surveillance, d'être représenté(e) auprès de la SEML par un délégué spécial.

Le délégué spécial est désigné en son sein par l'assemblée délibérante de la collectivité locale ou du groupement concerné.

Il doit être entendu, sur sa demande, par tous les organes de direction de la SEML. Il peut procéder à la vérification des livres et documents comptables et s'assurer de l'exactitude de leurs mentions.

Le délégué spécial rend compte de son mandat dans les mêmes conditions que celles prévues pour les autres représentants des collectivités territoriales au conseil d'administration.

Le mandat du délégué spécial suit celui de l'assemblée délibérante à laquelle il appartient. Il y est mis fin dans les mêmes conditions et circonstances que pour les autres représentants des collectivités locales.

■ LE STATUT DES ÉLUS MANDATAIRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Des dispositions particulières prévues par le Code général des collectivités territoriales, notamment en matière de rémunérations, visent à assurer aux élus mandataires une certaine sécurité juridique attachée aux fonctions exercées au sein des organes dirigeants des SEML.

À cet égard, la loi du 2 janvier 2002, dans l'optique de sécuriser encore davantage la situation des élus mandataires, a apporté des éléments de clarification sur plusieurs points.

La définition des fonctions exercées par les élus mandataires au regard de la qualification d'entrepreneur de service local

Les dispositions de l'article 5-2° de la loi du 2 janvier 2002 réaffirment, à l'article L. 1524-5 du CGCT, le principe selon lequel les élus locaux, agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein des

organes dirigeants des SEML, ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services locaux, au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du Code électoral.

Surtout, ces dispositions complètent ce principe puisque celui-ci s'accompagne désormais d'une définition précise des fonctions ainsi protégées. Ces fonctions sont limitées à celles de président, de président-directeur général ou de membre des conseils d'administration ou de surveillance des SEML.

Cette nouvelle rédaction tient compte des évolutions de la jurisprudence en la matière. Ainsi, le Conseil d'État a antérieurement jugé que la dérogation à la qualification d'entrepreneur de services locaux ne s'applique pas à l'exercice de fonctions au sein du directoire (Conseil d'État, 18 décembre 1996, élections municipales de Gérardmer) et a considéré, de manière générale, que les fonctions salariées justifient l'inéligibilité de leurs titulaires si elles confèrent à ces derniers un rôle prépondérant dans la société (Conseil d'État, 31 juillet 1996, élections municipales d'Orcières Merlette).

En précisant explicitement les fonctions protégées que les élus peuvent exercer au sein des SEML, ces dispositions excluent par voie de conséquence l'exercice de toute autre fonction dans la société, notamment celles de membre ou de président du directoire, de directeur général et plus généralement, l'exercice de toute fonction salariée, permanente ou non.

Il en découle que le non-respect de cet encadrement ferait perdre à l'élu le bénéfice de la dérogation issue de l'article L. 1524-5 du CGCT, à l'inéligibilité et aux incompatibilités touchant les entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, au sens du Code électoral.

La participation des élus mandataires aux délibérations de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale

Les dispositions de l'article 5-4° de la loi du 2 janvier 2002, également codifiées à l'article L. 1524-5 du CGCT, ont pour objet de permettre aux élus mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements, ayant qualité de membre ou de président du conseil d'administration, de président assurant les fonctions de directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, de prendre part au vote des délibérations de l'assemblée délibérante appelée à se prononcer sur ses relations avec la SEML, sans pour autant être considérés comme « intéressés à l'affaire » au sens de l'article L. 2131-11 du CGCT.

Ce dernier article prévoit en effet que sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil municipal intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires.

Ces dispositions qui excluent la qualification de « conseiller intéressé à l'affaire » pour les élus représentant les collectivités territoriales au sein des SEM et donc le risque d'illégalité des délibérations intéressant ces SEML, ont conféré une portée législative à ce qui était déjà admis par la jurisprudence. En effet, le Conseil d'État, dans un arrêt du 22 mars 1978, Groupement foncier agricole des Cinq Ponts, a jugé que la présidence d'une société d'économie mixte en tant que mandataire de la commune n'était pas en elle-même constitutive d'un « intérêt à l'affaire » au sens des dispositions de l'article

L.2131-11 du CGCT (*cf.* rapport n° 77 en date du 15 novembre 2000, de M. Paul Girod, au nom de la commission des lois du Sénat).

En ce qui concerne le champ d'application de l'article L. 1524-5, il apparaît que le législateur n'a pas défini la notion de « relation de la collectivité territoriale avec la SEML ». Pour autant, sur le plan du contrôle de légalité, il semble que les élus locaux mandataires peuvent prendre part aux délibérations de l'assemblée délibérante qui approuvent par exemple le choix de cette SEML comme délégataire d'un service public, en tant qu'il peut être considéré que cette délibération s'inscrit effectivement dans le cadre des relations entre la collectivité territoriale et cette société.

L'encadrement de la participation des élus mandataires aux commissions d'appel d'offres et aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité

Aux termes de l'article 5-4° de la loi du 2 janvier 2002, les élus mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SEML ne peuvent participer ni aux commissions d'appel d'offres ni aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque cette société est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public (douzième alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT).

Cette mesure vise à renforcer la sécurité juridique des élus mandataires, en particulier au regard du risque de délit de favoritisme, réprimé par l'article L. 432-14 du Code pénal qui fait mention des atteintes à l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics et aux délégations de service public.

La rémunération des élus mandataires des collectivités territoriales

Les conditions dans lesquelles les élus locaux administrateurs de SEML peuvent percevoir des rémunérations ont été fixées par l'article 42-II de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République.

Afin de favoriser une complète information des collectivités territoriales et de leurs groupements, l'article 5-3° de la loi du 2 janvier 2002 a réaffirmé ce principe.

Désormais, l'article L. 1524-5 du CGCT prévoit que les représentants des collectivités territoriales et de leurs groupements peuvent percevoir une rémunération ou des avantages particuliers à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée délibérante qui les a désignés.

La délibération prise à cet effet fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages particuliers susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.

En ce qui concerne le montant des rémunérations, il peut être utile de rappeler que les sommes allouées aux élus mandataires au titre des fonctions exercées au sein des SEML sont soumises au plafond du cumul des rémunérations que peu-

vent percevoir les élus locaux. Ainsi, la loi n° 92-108 du 3 février 1992 modifiée et relative aux conditions d'exercice des mandats locaux a limité le montant total des rémunérations et indemnités de fonction des élus locaux à une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire, telle qu'elle est définie par l'ordonnance n° 58-1210 du 13 décembre 1958, portant loi organique relative à l'indemnité des membres du Parlement. Ce plafonnement est inscrit aux articles L. 2123-20, L. 3123-18, L. 4135-18 et L. 5211-12 du CGCT.

Ainsi, le représentant de l'État aura à veiller au respect des règles de cumul des indemnités des élus administrateurs de SEML, notamment lors de la transmission des délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la SEML et des délibérations des collectivités territoriales prises sur le fondement de l'article L. 1524-5 du CGCT.

■ RESPONSABILITÉ DES ÉLUS MANDATAIRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

La responsabilité des élus locaux mandataires peut être mise en cause à différents niveaux.

La responsabilité civile des élus administrateurs

Par dérogation au droit commun des sociétés anonymes, la loi sur les nouvelles régulations économiques avait défini le principe selon lequel lorsqu'une collectivité a la qualité de membre ou de président du conseil d'administration, de membre du directoire, de membre ou président du conseil de surveillance, dans une société anonyme, la responsabilité civile résultant de l'exercice du mandat des représentants de cette collectivité repose en réalité sur la commune et non sur ses représentants (articles L. 2253-5, L. 3231-8 et L. 4253-4 du CGCT), c'est-à-dire la personne morale de droit public qu'ils représentent.

La loi du 2 janvier 1982 a précisé ce principe en ce qui concerne les SEML. En effet, l'article L. 1524-5 du CGCT définit de façon plus large la responsabilité civile des élus représentants de collectivités territoriales actionnaires au sein des SEML. La responsabilité civile des élus représentants de collectivités territoriales actionnaires, qui résulte de l'exercice de leur mandat, incombe à la collectivité territoriale ou au groupement qui les a désignés. Lorsqu'il s'agit de représentants désignés par une assemblée spéciale, la responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales et groupements membres de cette assemblée.

Ce régime s'applique de la même manière à l' élu local président de SEML. Dans son arrêt du 25 juin 1991 (Cass. Com. 25 juin 1991. Lebas, req. n° 88-14323 m), la Cour de Cassation a estimé que le représentant d'une commune au conseil d'administration ou de surveillance d'une SEML conserve cette qualité dans les fonctions de président de ce conseil.

En conséquence, l'action entreprise contre lui, en raison de son comportement en tant que représentant de la commune dirigeant de la SEML, doit être dirigée contre la commune.

Dès lors, en cas de faute commise par l'élu dans l'exercice de son mandat, qu'il soit administrateur ou président de la SEML, seule la responsabilité civile de la collectivité territoriale peut être recherchée.

Toutefois, ce principe a des limites, notamment si le mandataire outrepassé ses fonctions s'il agit en dehors du champ des activités reconnues et autorisées par la loi aux SEML. Dans ce cas, sa responsabilité personnelle pourra être recherchée dans la mesure où il pourra lui être reproché un fait personnel se détachant de l'exercice de ses fonctions et considéré comme cause d'un dommage. Il doit alors s'agir d'une faute lourde et inexcusable.

La responsabilité pénale des élus administrateurs

Si l'élu dirigeant, administrateur ou membre du conseil de surveillance d'une société d'économie mixte locale mandataire d'une collectivité territoriale ou d'un groupement bénéficie d'une protection particulière organisée par la loi en matière de responsabilité civile, tel n'est cependant pas le cas pour sa responsabilité pénale.

En leur qualité d'administrateurs, les élus locaux peuvent donc encourir une responsabilité pénale dans les cas applicables au droit commun, conformément aux dispositions de l'article L. 225-20 du Code de commerce : « Une personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ».

Les membres du conseil de surveillance sont également visés par ce régime.

La responsabilité pénale des élus administrateurs de SEML peut être recherchée sur le fondement de trois grandes catégories d'incriminations :

- les incriminations fondées sur les dispositions pénales classiques applicables à l'ensemble des justiciables : atteintes à l'intégrité de la personne, atteintes à des activités réprimées par des textes spécifiques (environnement, construction...);
- les incriminations fondées sur les dispositions pénales propres au droit des sociétés : la Cour de Cassation, dans un arrêt du 16 février 1971, a posé le principe que « les administrateurs de SEML (...) sont soumis, quant à leur responsabilité pénale éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes »;

Les délits les plus fréquents sont l'abus de biens sociaux (art L. 242-6 3° du Code de commerce) et le délit de banqueroute (art L. 626-2 du même code).

- les incriminations fondées sur les dispositions propres aux élus locaux : il s'agit essentiellement de la prise illégale d'intérêt et du délit de favoritisme.

La prise illégale d'intérêt, prévue à l'article 432-12 du Code pénal, consiste dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de « 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 ».

L'exercice d'une fonction de président ou d'administrateur dans une SEML n'est pas en lui-même constitutif d'un tel délit : en tant que mandataire de la collectivité ou du groupement, l' élu représente celui-ci au conseil d'administration de la société et peut, à ce titre, prendre part à toutes ses délibérations. Ce principe est illustré par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 août 1996 – Malabave et Burg – qui indique que cette qualité de mandataire est de nature à exonérer les élus en cause d'un délit d'ingérence, si une délibération expresse d'une commune les désignait en cette qualité.

Néanmoins, il convient d'observer que le risque pénal pour un élu mandataire n'est pas totalement exclu, cela d'autant plus que la Cour de Cassation retient une conception très large de l'intérêt susceptible de caractériser ce délit : celui-ci peut être constitué par « la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect » (Cass. Crim 5 novembre 1998, Bull n° 289).

Notamment, l' élu mandataire est susceptible de commettre le délit de prise illégale d'intérêt s'il participe à la délibération qui le désigne comme mandataire de la collectivité au sein de la société ou encore à la délibération de la collectivité à laquelle il appartient qui autorise la rémunération ou les avantages dont il doit bénéficier. Il peut en aller de même s'il perçoit une rémunération ou un avantage qui excède les limites fixées par l'autorisation de la collectivité. Le risque existe aussi dans l'hypothèse où l' élu mandataire établirait des rapports d'affaires entre la société d'économie mixte locale et une entreprise dans laquelle lui-même et/ou des membres de sa famille ont des intérêts (cf. circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, en date du 12 février 2003, relative aux principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML – bulletin officiel du ministère de la Justice, n° 89).

Le délit de favoritisme, prévu par l'article 432-14 du Code pénal, consiste dans le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public 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 et conventions de délégation de service public ».

Si l'interdiction posée par l'article L. 1524-5, alinéa 12, du CGCT écarte désormais le risque pour l' élu mandataire lorsque la SEML est candidate, le risque pénal demeure toutefois lorsque c'est la SEML qui organise une mise en concurrence.

La responsabilité devant la cour de discipline budgétaire et financière

Selon l'article L. 312-1, II du Code des juridictions financières, les élus locaux ne sont pas justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière « à raison d'actes accomplis dans leurs fonctions », cette immunité étant étendue « aux fonctions accessoires obligées de leur fonction principale ».

Mais, dans plusieurs arrêts, la Cour a estimé que la fonction de président ou de président-directeur général n'était pas l'accessoire obligé du mandat local.

Dès lors, les élus mandataires au sein des SEML sont justiciables devant la Cour. Ils peuvent se voir infliger des amendes ou faire l'objet de poursuites pénales, notamment en cas de manquement aux règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de ces sociétés.

■ LE PERSONNEL DES SEML

Principes généraux

Le personnel des SEML est en règle générale un personnel de droit privé, soumis aux conditions de recrutement de droit commun prévues par le Code du travail. Les contrats de travail sont donc des contrats de droit privé, et les litiges qui en résultent relèvent des juridictions judiciaires. Les conventions collectives du secteur d'activité de la société s'appliquent le cas échéant.

Les recrutements de fonctionnaires territoriaux par les SEML sont possibles, par la voie du détachement, dans les limites et conditions fixées par le décret n° 86-68 du 13 janvier 1986, modifié et relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité et de congé parental, des fonctionnaires territoriaux.

Il convient de souligner que les fonctionnaires en position de détachement au sein d'une SEML sont liés à cette société par un contrat de travail de droit privé au même titre que les salariés recrutés directement par la SEML. Ces fonctionnaires relèvent également, pendant leur détachement, du même régime que les agents recrutés directement par la SEML, à l'exception de l'affiliation aux régimes de retraite. Ils continuent à cotiser à la caisse de retraite de leur corps d'origine. Enfin, en cas de révocation ou de licenciement par la SEML, ils sont réintégrés dans leur statut initial.

Ainsi, les sociétés d'économie mixte peuvent recruter directement leur personnel ou bénéficier de mises à disposition.

Une autre société privée peut mettre à disposition de la société d'économie mixte une partie de son personnel dans les conditions de droit commun prévues par le Code du travail.

À titre de précaution et afin de prévenir une éventuelle qualification de délit de marchandage, il convient que la société d'économie mixte prenne en charge et rémunère directement le salarié mis à disposition, ou qu'elle rembourse son salaire et les charges sociales à l'employeur d'origine.

Le ministère de l'Intérieur a été interrogé par la Cour des comptes en 2006 sur le cas de sociétés d'économie mixte liées par des contrats à des sociétés commerciales, actionnaires et administratrices des SEML concernées, ces contrats étant complétés par des contrats de mise à disposition de personnel. Ces contrats obligeaient de surcroît les SEML à réserver les fonctions de directeur général et de directeur ainsi qu'une part importante des emplois de direction à des salariés des sociétés commerciales en question. Enfin, aux termes des conventions de mise à disposition, les deux sociétés d'économie mixte remboursaient à leurs cocontractants le coût salarial des personnels mis à disposition augmenté d'une marge et des éventuelles indemnités de licenciement.

Dans ce cas, il est apparu que le délit de prêt illégal de main-d'œuvre, défini à l'article L. 125-3 du Code du travail, était effectivement constitué.

En effet, ce délit est effectivement constitué dès lors que trois éléments sont réunis : la mise à disposition de personnels par une entreprise qui n'a pas le statut d'entreprise de travail temporaire, le caractère lucratif de l'opération et le caractère exclusif de la mise à disposition.

Les mises à disposition de personnels de sociétés commerciales dans des sociétés d'économie mixte dont elles sont actionnaires engendrent un risque pénal de délit de prêt illégal de main-d'œuvre mais aussi celui de prise illégale d'intérêt ou encore de délit de favoritisme.

En revanche, aucun texte n'autorise la mise à disposition d'agents territoriaux auprès d'une SEML. En conséquence, hormis dans la position de détachement, les fonctionnaires territoriaux ne peuvent exercer leurs fonctions après des SEML.

Cumul d'un emploi de fonctionnaire territorial avec des fonctions salariées dans une SEML

En vertu de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dite « Loi Le Pors », modifiée et portant droits et obligations des fonctionnaires (article 25), définissant le statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées et aux fonctions qui leur sont conférées.

Il est interdit aux fonctionnaires de cumuler plusieurs emplois publics ou d'exercer une quelconque activité privée lucrative. Ainsi, un fonctionnaire territorial en fonction dans une collectivité ne peut occuper un emploi rémunéré dans une SEML. Celle-ci ne peut, par ailleurs prendre en charge le versement d'indemnités ou de rémunérations à des fonctionnaires territoriaux.

Un fonctionnaire ne peut donc simultanément exercer ses fonctions publiques et percevoir une rémunération au titre d'un emploi privé. Les exceptions prévues par la loi du 13 juillet 1983 précitée, c'est-à-dire la production d'œuvres scientifiques, littéraires et artistiques, les expertises et les consultations, l'exercice de certaines professions libérales par des enseignants, ne peuvent être utilisées dans l'hypothèse d'un emploi au sein d'une société d'économie mixte locale.

PARTIE 4

LES RÉGIMES JURIDIQUES APPLICABLES AUX ACTIVITÉS DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

Les lois du 7 juillet 1983 et du 2 janvier 2002 ont défini le cadre général de l'intervention des SEML. Une fois créées par les collectivités territoriales, selon des procédures spécifiques de publicité et de mise en concurrence et avec un objet circonscrit aux compétences exercées par ces collectivités (*cf.* chapitre I), les SEML sont susceptibles d'intervenir pour le compte de diverses personnes dans un cadre contractuel.

■ LES PERSONNES SUSCEPTIBLES DE MISSIONNER LES SEML

Dans l'exercice de leurs missions, les SEML ont la faculté d'intervenir pour le compte de leurs actionnaires, pour le compte de tiers non-actionnaires ou encore pour leur propre compte.

L'intervention pour le compte de leurs actionnaires

L'objet même de la création des SEML est d'intervenir au profit de leurs actionnaires qui peuvent être des collectivités territoriales ou des groupements mais également d'autres actionnaires publics ou privés.

Lorsque les SEML agissent pour le compte de collectivités territoriales ou de groupements plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

Les interventions en matière d'aménagement nécessitent la signature d'une « concession d'aménagement », forme de contrat défini par les dispositions des

articles L. 1523-2 du CGCT et L. 300-4 et 5 du Code de l'urbanisme. Les concessions d'aménagement doivent être approuvées par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la SEML.

Les interventions en matière de construction nécessitent également la signature d'une convention pour fixer les obligations contractées par la société en contrepartie des financements accordés pour les logements. Les collectivités peuvent participer financièrement par le biais de subventions ou d'avances à la réalisation ou à la gestion de logements dont les financements sont subordonnés à des maxima de loyers ou de ressources des occupants, conformément aux dispositions de l'article L. 1523-5 du CGCT. Cette convention doit également faire l'objet d'un accord du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la SEML.

Les interventions en matière de gestion de service public sont soumises aux dispositions relatives aux délégations de service public ou au Code des marchés publics.

Lorsque les SEML agissent pour le compte d'un autre actionnaire public ou privé, cette intervention fait l'objet d'une convention qui doit être autorisée par le conseil d'administration (article L. 225-38 et suivants du Code de commerce) ou par le conseil de surveillance (article L. 225-86 et suivants du Code de commerce) si l'actionnaire est administrateur ou s'il détient une fraction des droits de vote supérieur à 10 %.

Une SEML peut donc intervenir à la demande d'un de ses actionnaires privés, par exemple dans le cadre d'une opération d'aménagement ou de construction immobilière, d'une mission de gestion d'un parc immobilier voire pour assurer la gestion de l'une des activités de cet actionnaire. Ces interventions doivent cependant être réalisées dans le respect des règles du droit de la concurrence.

De la même manière lorsqu'un actionnaire public confie une mission à une SEML, cette mission doit correspondre à l'objet social de la SEML et au domaine de compétence de cet actionnaire, tout en tenant compte des règles de mise en concurrence qui s'imposent à lui.

L'intervention pour le compte de personnes publiques ou privées non-actionnaires

Les SEML ont aussi la possibilité d'intervenir pour des personnes publiques ou privées non-actionnaires et doivent, dans ce cas, respecter les règles établies à l'article L. 1523-1 du CGCT.

Ainsi, hormis les opérations portant sur des prestations de services, les personnes non-actionnaires doivent apporter la totalité du financement, si ce sont des personnes privées, ou garantir la totalité du remboursement du financement, si ce sont des personnes publiques. À défaut, les interventions des SEML pour le compte de ces tiers non-actionnaires doivent recueillir préalablement l'accord du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, pris à la majorité des deux tiers comprenant la moitié au moins des représentants des collectivités territoriales. Dans le cas particulier d'un investissement immobilier, doit également être recueilli l'accord de la collectivité sur le territoire de laquelle il est prévu.

L'intervention pour leur propre compte

Enfin, les SEML ont également la faculté d'intervenir pour leur propre compte en assurant le risque financier de telles opérations. En effet, la SEML, comme toute autre société anonyme, dispose de la possibilité de satisfaire ses propres objectifs pour ses besoins propres sans pour cela avoir été préalablement missionnée par une autre personne morale publique ou privée. Ces opérations sont soumises au contrôle des chambres régionales des comptes lesquelles peuvent être saisies par le représentant de l'État de décisions prises par les SEML de s'engager dans de telles opérations (études diverses, construction d'un siège social, réalisation d'un système informatique pour son fonctionnement propre...).

Hormis le cas d'opérations propres, les SEML ont pour objet principal de réaliser des missions conformes à leur objet social pour le compte de personnes publiques ou privées actionnaires ou non.

■ LES CONTRATS DES SEML

Les missions ainsi confiées comme l'aménagement, la construction, la réalisation de travaux d'études ou de prestations de services ou encore la gestion d'un service public, le sont dans un cadre contractuel.

Ces contrats sont soit passés et rédigés directement soit soumis à des règles de procédure de passation et des obligations imposées par la loi ou les règlements. Cet encadrement juridique intervient pour les contrats lorsque la mission est confiée à une SEML par une personne publique, notamment en matière de marchés publics, de délégation de service public, de concession d'aménagement ou de mandats.

La SEML répondant ainsi à la demande d'une personne morale est considérée comme son prestataire.

Mais la SEML peut également pour ses opérations propres ou pour réaliser les missions et prestations qui lui ont été confiées par une personne morale avoir recours à d'autres prestataires en tant que maître d'ouvrage pour réaliser des travaux, des études ou des prestations de services. Dans ce cas, la SEML agit comme un donneur d'ordres.

Selon qu'elles agissent comme prestataires de services ou comme donneurs d'ordres, le régime juridique applicable aux contrats que les SEML exécutent ou passent diffère.

Règles applicables aux SEML dans leurs activités de prestataire

Les activités de prestataire des SEML sont couvertes par quatre catégories de contrats : les marchés publics, les délégations de service public, les mandats, les concessions d'aménagement. Un nouveau type de contrat a vu le jour, il s'agit des contrats de partenariat.

Les marchés publics

Dans l'hypothèse où une SEML est candidate à un marché public, notamment de prestation de services, celle-ci est assimilée à une entreprise de droit commun et ne bénéficie donc d'aucune dérogation dans le processus de mise en concurrence ou dans l'exécution du marché.

Elle doit donc satisfaire aux obligations prévues par le Code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

Les contrats « in-house » : une relation contractuelle impossible entre la collectivité et la SEML

Le Code des marchés publics prévoit une exception à la mise en œuvre des principes de publicité et mise en concurrence dans les relations entre les collectivités territoriales et leurs SEML. Néanmoins rien n'empêche la collectivité ou les SEML de mettre en œuvre ces principes dans leurs relations habituelles.

En effet, l'article 3-1° du Code des marchés publics précise que « Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : 1° Aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ;... ».

Cet article vise les contrats dits *in house* dont la détermination est d'origine jurisprudentielle.

En effet, la notion de *in house* vise à qualifier les relations contractuelles entre d'une part, un pouvoir adjudicateur et d'autre part, une entité qui en est distincte au plan organique mais proche comme le serait un service interne du pouvoir adjudicateur. Les contrats *in house* sont soustraits du champ d'application des directives communautaires relatives aux marchés publics et au Code des marchés publics.

La notion de *in house* a été progressivement édifiée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) afin d'en circonscrire le champ d'application, l'objectif étant de limiter les dérogations aux règles de la concurrence en matière contractuelle.

La CJCE a posé les critères de base de la notion de « in house » dans l'arrêt Teckal C-107/98 du 18 novembre 1999.

Selon la Cour, la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, tel une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel mais proche comme le serait un service interne du pouvoir adjudicateur, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits.

A contrario, le juge déclare qu'« il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle

analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ». Dans ce cas, il s'agit d'un contrat dit « in house ».

À partir de 2005, plusieurs nouveaux arrêts sont venus affiner la notion de « in house ».

L'arrêt Stadt Halle C-26/03 du 11 janvier 2005 opère une nette réduction des cas de contrats concernés par le concept de « in house ».

En effet, la CJCE prescrit que, dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur ses services avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics doivent toujours être appliquées.

Ainsi, dès lors qu'il y a une participation privée dans le capital d'une société dont une collectivité est actionnaire, cette dernière ne peut pas exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

L'arrêt Coname C-231/03 du 21 juillet 2005 énonce d'autres exigences, notamment en matière de concession de service public.

Il précise que l'attribution directe par une commune d'une concession relative à la gestion d'un service public à une société à capitaux majoritairement publics doit répondre à des exigences en matière de transparence, afin de permettre aux entreprises intéressées d'accéder aux informations adéquates.

En outre, il précise également la notion de contrôle de l'autorité publique sur l'entité juridiquement distincte. Ainsi, dans le cas d'une société dont le capital est détenu par plusieurs collectivités dont aucune ne détient la majorité, il ne peut être considéré que ces collectivités exercent un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Cela exclut également ce type de société du « in house ».

Par conséquent, pour être conforme à la définition du « in house » et pour que le contrôle de l'autorité publique soit effectif, il faut qu'une des collectivités détienne la majorité du capital de la société en question.

Dans l'arrêt Brixen C-458/03 du 13 octobre 2005, le juge communautaire rappelle l'obligation de respecter les exigences de transparence et d'égalité de traitement dans l'attribution des concessions de service public, déjà contenues dans l'arrêt Coname.

S'agissant de la notion de contrôle analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services, évoquée auparavant par les arrêts Stadt Halle (exclusion des entreprises comportant des actionnaires privés) et Coname (détention de la majorité du capital de l'entreprise par le pouvoir adjudicateur), il est précisé que ce contrôle doit permettre à l'autorité publique d'influencer de façon déterminante les décisions de la société en question, par exemple en désignant la majorité des membres du conseil d'administration de la société. En réalité, le contrôle exercé par la collectivité est quasiment assimilé à celui qu'elle exerce sur ses services internes. En conséquence, les sociétés concernées ne bénéficient d'aucune marge de manœuvre.

Par ailleurs, une société est effectivement contrôlée par les collectivités si ses activités se limitent aux territoires de ces collectivités.

Enfin, l'arrêt Carbotermo C-340-04 du 11 mai 2006 reprend les termes de l'arrêt Teckal, en détaillant la condition selon laquelle l'essentiel de l'activité de l'entreprise adjudicataire doit être réalisé avec le détenteur des participations.

La Cour précise que « pour apprécier si une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, aux fins de décider de l'applicabilité de la directive 93/36, il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entreprise réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'usager des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence ».

En conséquence, la détention de la totalité du capital par le pouvoir adjudicateur, seul ou avec d'autres pouvoirs publics, n'est pas, à elle seule décisive pour échapper à la mise en concurrence. Il faut de plus que l'essentiel de l'activité de l'entreprise soit exercé pour le pouvoir adjudicateur.

Désormais, en l'état actuel du droit interne et du droit communautaire, le concept de « in house » déterminé de manière restrictive ne concerne plus que certaines structures.

Peuvent être considérés comme réalisant des prestations « in house » les établissements publics locaux, parce qu'ils sont directement rattachés à une commune, un département ou une région, et les sociétés publiques locales d'aménagement telles que définies à l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme, c'est-à-dire des sociétés anonymes dont la totalité du capital est détenue par une ou plusieurs collectivités ou groupements (voir chapitre sur les Sociétés publiques locales d'aménagement).

Il découle de ce qui précède que les sociétés d'économie mixte locales (SEML) sont exclues du champ d'application du « in house » en raison de la présence d'actionnaires non publics.

Les délégations de service public

Cas général

Aux termes de l'article L. 1411-1 du CGCT, une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire les ouvrages ou d'acquérir les biens nécessaires au service.

Il paraît utile de rappeler ici les trois modes de gestion déléguée qui sont qualifiés aujourd'hui de délégation de service public ainsi que la procédure de passation de ces contrats.

La concession de service public

La concession de service public est un contrat par lequel une personne publique charge une autre personne d'assurer l'exploitation d'un service public tout en réalisant les investissements nécessaires à cette exploitation.

La SEML est alors maître d'ouvrage des constructions à réaliser.

La SEML concessionnaire se rémunère par la perception d'une redevance sur les usagers. Le tarif de cette redevance est fixé dans la convention.

Le concessionnaire assume le risque d'investissement et le risque d'exploitation.

L'affermage

L'affermage est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un service public en conservant toutefois à sa charge l'investissement qui s'y rapporte.

Ainsi, la collectivité délégante met à la disposition du fermier les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service, moyennant en général une redevance qui permet l'amortissement du bien ou, si celui-ci est amorti, un loyer.

Le fermier assume l'exploitation du service en se rémunérant par des redevances perçues sur les usagers, le tarif étant fixé dans la convention.

Il assume le risque d'exploitation.

La régie intéressée

La régie intéressée est un contrat par lequel le régisseur (la SEML) assure l'exploitation du service pour le compte de la collectivité, moyennant une rémunération versée par la collectivité et qui varie en fonction des résultats de l'exploitation.

Cette rémunération est basée sur la satisfaction d'un certain nombre d'obligations déterminées par le contrat, tendant à permettre de mesurer l'amélioration apportée à la gestion du service et à la qualité de l'exploitation.

Concernant les règles applicables à la candidature, l'article L. 1411-1 du CGCT, issu de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite « loi Sapin », impose que les délégations de service public soient soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Le même article prévoit que la collectivité publique « dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public ».

Ce dispositif est pleinement applicable aux SEML, même lorsqu'une collectivité a entendu créer une SEML spécialement pour lui attribuer la gestion d'un service public (décision n° 93-216 DC du 20 janvier 1993 du Conseil constitutionnel).

L'obligation d'un débat au sein de la collectivité

L'article L. 1411-1 du CGCT impose aux organes délibérants des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics de se prononcer sur le principe de toute délégation de service public local.

L'organe délibérant statue, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux, sur la base d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

La procédure de publicité

L'article R.1411-2 du CGCT prévoit que l'autorité responsable de la collectivité territoriale doit satisfaire à l'exigence de publicité par une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Cette insertion doit mentionner le délai de présentation des offres de candidature qui ne peut être inférieur à 15 jours à compter de la date de publication. Elle précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature.

L'examen des offres et la commission consultative des services publics locaux

La collectivité délégante dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Elle adresse à chacun d'eux un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification des services rendus à l'utilisateur.

L'article 6 de la loi du 2 janvier 2002 a complété ces dispositions sur deux points.

Les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes. La loi ne précise pas la notion de société en cours de constitution. Toutefois, s'agissant des SEML, il peut être fait référence à la délibération des collectivités locales approuvant, sur la base d'un projet de statuts, la création de la société dont elles seront actionnaires. Cette délibération constitue en effet l'acte officiel préalable autorisant la collectivité à participer au capital de la SEML. Cette dernière, qui revêt la forme juridique de société anonyme, est ensuite définitivement créée au terme d'une procédure imposée par le droit commun des sociétés, comportant principalement la signature des statuts puis l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (formalité qui permet à la SEML d'acquérir la personnalité morale et donc la capacité juridique).

Les garanties professionnelles des candidats sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein. Cette disposition introduit un critère de choix *intuitu personae* qui permet d'évaluer les garanties professionnelles de l'ensemble des sociétés présentant une candidature, dont les SEML, « notamment dans la personne des associés ». Elle s'applique indifféremment pour les sociétés en cours de constitution ou déjà créées.

S'agissant spécifiquement des sociétés non encore constituées et de celles nouvellement créées, ce critère peut leur permettre de se porter valablement candidates, malgré l'absence de références professionnelles propres, en faisant état des

références et du savoir-faire de leurs associés fondateurs. En outre, elles peuvent étayer leur candidature en faisant mention des capacités professionnelles du personnel qu'elles auront recruté ou des personnes qualifiées dont elles se seront adjointes les services en vue de l'exercice de la délégation à laquelle elles sont candidates.

Les plis contenant les offres sont ouverts par la commission consultative des services publics locaux, prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT. Cette commission est composée, lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département ou d'une commune de 3 500 habitants et plus, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou de son représentant et cinq membres de l'assemblée délibérante, élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Pour les communes de moins de 3 500 habitants, la commission est composée du maire ou de son représentant, qui en assure la présidence, et de trois membres du conseil municipal, élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la Concurrence siègent également au sein de cette commission avec voix consultative.

Lorsque la commission a rendu son avis, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement la discussion avec la ou les entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé, et lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des candidats admis à soumissionner et l'analyse de leurs propositions.

L'article L. 1411-7 du CGCT prévoit que l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et le contrat de délégation, deux mois au moins après la saisine de la commission consultative des services publics locaux.

L'article L. 1411-8 prévoit que la négociation directe avec une entreprise déterminée n'est possible que dans le cas où, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée, ni acceptée par la collectivité publique.

Durée de la délégation

L'article L. 1411-2 du CGCT dispose que les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est fixée par la collectivité délégante en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge de ce dernier, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations.

Une délégation de service public ne peut en principe être prolongée que dans deux hypothèses :

- pour des motifs d'intérêt général, et dans ce cas la prolongation ne peut excéder un an ;
- lorsque le délégataire est contraint de réaliser des travaux, non prévus au contrat initial, modifiant l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir sans une augmentation excessive du prix.

Rapport annuel sur l'exécution de la délégation de service public

Par ailleurs, l'article L. 1411-3 du CGCT impose au délégataire d'un service public, chaque année avant le 1^{er} juin, la remise d'un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service.

Dans le but de favoriser la transparence liée aux opérations, l'article 10 de la loi du 2 janvier 2002 précise les suites à donner à ce document. Ainsi, dès sa communication, l'examen du rapport doit désormais être mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante de l'autorité délégante. Celle-ci, éventuellement à l'issue d'un débat, doit alors en prendre acte, sans être toutefois tenue de se prononcer par un vote.

Cette mesure s'applique à toutes les délégations de service public, qu'elles soient ou non gérées par une SEML.

Les exceptions

L'article L. 1411-12 du CGCT prévoit, à titre d'exception, que soient exonérées des obligations inscrites aux articles L. 1411-1 à L. 1411-11 du CGCT les délégations de service public :

- lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 € ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 € par an. Toutefois, dans ce cas, le projet de délégation est soumis à une publicité préalable prévue à l'article R. 1411-2 ainsi qu'aux dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT.
- lorsque ce service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement.
- lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise.

Cette dernière exception concerne notamment les SEML de distribution de gaz et d'électricité. L'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz avait prévu que n'entraient pas dans le champ du secteur nationalisé les services de distribution possédant à l'époque la forme de SEM à participation publique majoritaire, de régie municipale ou de service analogue. Ce régime a été confirmé par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité. Les distributeurs non nationalisés (DNN) bénéficient ainsi d'un territoire exclusif et figé sur lequel ils exercent leurs activités ; le monopole découle de cette exclusivité (voir chapitre consacré aux SEML de distribution du gaz et de l'électricité).

Les mandats

Une convention de mandat passée entre une collectivité territoriale et une SEML permet à cette dernière d'intervenir au nom et pour le compte de ladite collectivité. Dans le cadre du mandat, la collectivité est engagée par l'opération et en assure donc les conséquences financières.

La dévolution des contrats de mandat est soumise aux obligations de mise en concurrence et de publicité prévues au Code des marchés publics. S'agissant plus particulièrement de la procédure de passation du contrat de mandat, il est possible d'appliquer une procédure adaptée conformément à l'article 28 du Code des

marchés publics dans la mesure où les prestations concernées par le contrat de mandat ne figurent pas sur la liste des prestations mentionnées par l'article 29 du même code.

Le mandat tacite

Dès lors que le mandat n'est pas exprès et lorsqu'il est confronté aux difficultés de la qualification juridique de certains contrats passés entre une SEML et une autre personne morale de droit privé, le juge recherche un mandat implicite.

En droit les contrats passés entre une SEML et une autre entreprise privée ne peuvent être de nature administrative dans la mesure où aucun des cocontractants ne détient la qualité de personne publique.

Cependant, aux termes d'un arrêt de section (Conseil d'État, 30 mai 1975 Société d'équipement de la région montpelliéraine ; section, rec. Lebon, p. 326), le Conseil d'État a qualifié de marchés publics les marchés de travaux conclus entre des SEM concessionnaires d'opérations d'aménagement urbain, et des entrepreneurs, en reconnaissant par voie de conséquence la compétence du juge administratif pour connaître des litiges liés à l'exécution de ces contrats.

Le tribunal des conflits a suivi le Conseil d'État dans cette analyse lors d'une décision rendue la même année (TC, 7 juillet 1975, commune d'Agde, rec. Lebon p. 798).

Pour déterminer si une société concessionnaire agit en qualité de mandataire d'une collectivité publique, le juge utilise la méthode du « faisceau d'indices ».

Parmi ceux-ci figurent notamment :

- l'octroi de subventions ou d'avances à des conditions privilégiées ;
- la remise des ouvrages, dès leur achèvement, à la collectivité pour le compte de laquelle ils ont été construits ;
- la substitution de plein droit de la collectivité à l'aménageur, pour la mise en jeu des actions en responsabilité post-contractuelle, en particulier pour les actions décennales des articles 1792 et 2270 du Code civil ;
- éventuellement la soumission du marché à un cahier des charges à caractère administratif ;
- le contrôle exercé par la collectivité sur l'exécution du contrat.

La présence de plusieurs ou de tous ces éléments conduit le juge à considérer que la société concessionnaire a agi au nom et pour le compte de la collectivité concédante, et révèle l'existence d'un mandat, ce qui permet de qualifier de contrats administratifs des contrats conclus entre des personnes de droit privé. Le critère organique des contrats administratifs est respecté, du fait de la représentation juridique de la personne publique à travers le mandat.

Cette jurisprudence a donné lieu à des développements notamment illustrés par deux décisions (Conseil d'État, 13 novembre 1987, Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos ; section, 27 novembre 1987, Société provençale d'équipement, commune d'Aubagne et autres) aux termes desquels le Conseil d'État a fait à nouveau application de la théorie du mandat.

Aux termes de ces arrêts, le Conseil d'État a considéré que les sociétés d'aménagement urbain, chargées de construire des ouvrages ou de réaliser des travaux

publics pour le compte de collectivités locales ou de leurs groupements, dans le cadre de concessions ou de conventions plus larges, sont le plus souvent dans la situation juridique de mandataires.

Les marchés conclus, en cette qualité, avec d'autres personnes privées présentent le caractère de marchés publics et leurs litiges relèvent de la compétence du juge administratif.

En conclusion, les contrats conclus entre une SEML et une autre personne privée ne sont donc pas nécessairement des contrats de droit privé. Une analyse au cas par cas s'impose, notamment lorsque la SEML est bénéficiaire d'une concession.

Il doit en être ainsi en particulier pour les concessions de ZAC confiées à une SEML, qui, sans traduire nécessairement un régime de mandat, conduisent les SEML à agir assez fréquemment pour le compte d'une collectivité publique.

Si l'examen d'un acte de concession effectué au profit d'une SEML, et du cahier des charges s'y rapportant, révèle l'existence d'un mandat, il y a alors de fortes probabilités pour que les contrats conclus par la SEML, en qualité de mandataire, avec d'autres personnes privées soient des contrats administratifs, soumis aux dispositions du Code des marchés publics.

Les conventions de mandat loi MOP

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite « loi MOP » précise les conditions dans lesquelles les maîtres d'ouvrages publics, dont les collectivités locales, peuvent confier certaines de leurs attributions à un mandataire, une SEML par exemple, qui intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

L'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 est venue compléter la loi du 12 juillet 1985. Elle a notamment étendu l'exercice du mandat de maîtrise d'ouvrage et de conduite d'opérations à toute personne publique ou privée. L'indépendance et l'impartialité des personnes titulaires du mandat ou de la conduite d'opérations sont assurées par l'incompatibilité entre ces missions et toute mission de maîtrise d'œuvre, de réalisation des travaux ou contrôle technique portant sur les ouvrages auxquels se rapporte le mandat, exercé par cette personne ou par une entreprise liée.

Le mandat doit porter sur la maîtrise d'ouvrage d'une opération relative à la réalisation d'ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation.

Sont toutefois exclues d'un contrat de mandat les opérations suivantes :

- les ouvrages d'infrastructures ou de bâtiments destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation ;
- les ouvrages d'infrastructures (voies et réseaux) réalisés dans le cadre d'une ZAC ou d'un lotissement ;
- les ouvrages de bâtiments acquis par les organismes d'HLM, par un contrat de vente d'immeubles à construire.

L'article 3 de la loi MOP modifiée précise les attributions qui peuvent être confiées au mandataire, en l'espèce une SEML, dans le cadre du mandat :

- la définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;

- la préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître d'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- l'approbation des avant-projets et accords sur le projet ;
- la préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
- le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;
- la réception de l'ouvrage et l'accomplissement de tous les actes afférents aux actes mentionnés ci-dessus.

Sur la forme, les rapports entre le mandataire et le maître d'ouvrage sont réglés par un contrat écrit qui doit comporter, à peine de nullité, un certain nombre de mentions obligatoires :

- l'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;
- le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'accomplissement du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies ;
- les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître de l'ouvrage ;
- les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage.

Le mandataire est soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat et doit appliquer pour la réalisation des opérations de ce mandat les dispositions du Code des marchés publics.

Les concessions d'aménagement

Dans le cadre de la concession d'aménagement, l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme prévoit que le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévue dans la concession, ainsi que la réalisation des études. Le concédant peut ainsi charger le concessionnaire d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ou de préemption. Le concessionnaire assure la vente, la location ou la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.

L'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme précise les dispositions devant impérativement figurer dans un contrat de concession quel que soit l'aménageur. Des dispositions spécifiques et supplémentaires prévues aux articles L. 1523-2 à L. 1523-4 du CGCT sont applicables aux SEML.

L'article L.300-5 du Code de l'urbanisme prévoit également la possibilité pour la collectivité concédante de participer à l'opération d'aménagement sous forme d'apports financiers ou de terrains quel que soit l'aménageur.

Le montant de cette participation devra être mentionné dans le contrat de concession et sa répartition éventuelle en tranches annuelles. En cas de révision du montant, un avenant devra être signé et approuvé par l'organe délibérant du concédant.

Il convient également de noter que l'article L. 1523-2 du CGCT offre la possibilité à la collectivité concédante de verser aux seules SEM des avances financières.

L'article L.300-5 du Code de l'urbanisme dispose que l'opération d'aménagement peut bénéficier, avec l'accord préalable du concédant, de subventions versées par l'État, des collectivités territoriales et leurs groupements ou des établissements publics. Le traité de concession doit obligatoirement faire mention de ces financements et le concessionnaire rendre compte de leur utilisation. Dans ce cas, l'article L. 1523-2 du CGCT dispose qu'un accord spécifique doit être conclu entre le concédant et la collectivité qui accorde la subvention. Enfin, le concessionnaire doit rendre compte de l'utilisation de ces subventions aux personnes publiques qui les ont allouées.

Il convient de noter ici qu'à la suite de remarques faites par la Commission européenne sur la nature des conventions publiques d'aménagement, il est apparu nécessaire de clarifier les règles de mise en concurrence de ces contrats. Afin de se conformer à la doctrine dégagée par la Commission européenne en matière de concession d'aménagement, le Parlement a adopté la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement.

La distinction entre conventions privées et conventions publiques d'aménagement disparaît. Désormais, les nouvelles « concessions d'aménagement » sont ouvertes indistinctement aux personnes publiques et privées dont les SEML et sont soumises à des procédures de publicité et de mise en concurrence définies par le décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006.

Ainsi, l'article L.300-4 du Code de l'urbanisme prévoit que l'« attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ».

En revanche, pour passer leurs propres marchés dans le cadre de l'exécution de leur mission d'aménagement, les SEML, sont soumises aux mesures de mise en concurrence prévues par 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.

L'unique possibilité pour les collectivités territoriales d'écarter l'application des règles de mise en concurrence pour l'attribution d'une concession d'aménagement est de constituer une société publique locale d'aménagement pour lui confier cette concession d'aménagement (cf. le chapitre sur les sociétés publiques locales d'aménagement).

Les contrats de partenariat

Partant du concept de « partenariat public-privé » (PPP), l'ordonnance du 17 juin 2004 a institué une nouvelle catégorie de contrats administratifs dénommés « contrats de partenariat ». Cette formule s'est inspirée d'expériences conduites à l'étranger, notamment au Royaume Uni. Elle a également été utilisée, en France, à travers des textes récents (loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice) dans le cadre de la mise en œuvre de compétences régaliennes relevant de l'État, dans les domaines de la police ou de la justice.

Le contrat de partenariat est un contrat de droit public qui vise à confier à des entreprises privées, par un contrat global, la conception, la réalisation, le financement et la gestion de certains équipements publics. Il s'agit d'un contrat de droit public original qui n'est ni un marché public ni une délégation de service public ; ces deux catégories de contrat restant régies par les textes qui leur sont propres.

Toutes les administrations publiques, c'est-à-dire l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ainsi que les personnes privées chargées d'un service public ont vocation à mettre en œuvre ce dispositif.

Quatre motifs principaux visent à la conclusion d'un contrat de partenariat :

- lorsque le projet du partenaire public implique des investissements d'un prix élevé ;
- lorsque le projet implique un degré élevé de technicité ;
- lorsque le projet doit être financé par le contribuable plus que par l'utilisateur ;
- lorsque le secteur privé est mieux à même d'assurer la qualité du service à l'utilisateur que la collectivité publique concernée.

Ces quatre critères peuvent se combiner indifféremment, mais doivent tous au moins inciter l'administration à examiner et justifier l'intérêt de conclure un partenariat avec le secteur privé.

À l'instar des dispositions particulières relatives à l'intervention des SEML dans le secteur hospitalier, les contrats de partenariat « de droit commun » passés par les collectivités territoriales peuvent ainsi potentiellement intéresser les SEML.

En ce qui concerne la procédure, l'article L. 1414-3 du CGCT, précise que « la passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures ».

Sur ce fondement, le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004, codifié aux articles D. 1414-1 à D. 1414-4 du CGCT, détermine les modalités de publicité et de transparence liées à ces contrats, dispositions applicables aux SEML comme à toutes sociétés privées candidates.

À l'issue d'un dialogue avec chacun des candidats qu'elle aura préalablement retenus, portant sur les moyens techniques et le montage juridique et financier, la collectivité attribuera le contrat au candidat qui aura présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Règles applicables aux SEML dans leurs activités de donneur d'ordres

Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

Lorsqu'une SEML, personne morale de droit privé, contracte avec une autre personne, elle n'est pas soumise au Code des marchés publics mais aux dispositions de 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.

Cette ordonnance réunit en un seul corpus trois lois : la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, ainsi que quatre décrets pour les organismes non soumis au Code des marchés publics mais entrant dans le champ des directives communautaires « marchés publics ».

L'ordonnance du 6 juin 2005 a également transposé, pour les organismes concernés, les deux nouvelles directives communautaires « marchés publics » du 31 mars 2004 qui contiennent des dispositions permettant de simplifier les procédures d'achat.

Les marchés de travaux, de fournitures ou de services passés les SEML sont soumis à ce nouveau dispositif depuis le 1^{er} septembre 2005.

Dans ce sens, l'ordonnance a abrogé à compter de cette date les dispositions particulières à ces marchés contenus dans la loi du 3 janvier 1991. En outre, l'article L.481-4 du Code de la construction et de l'habitat (article 48-III de la loi Sapin) est modifié pour prévoir explicitement que les contrats des SEML de construction ou de gestion de logements sociaux seront soumis aux dispositions de l'ordonnance.

Enfin, il faut ajouter qu'une SEML a toujours la possibilité d'appliquer si elle le décide le Code des marchés publics en lieu et place de l'ordonnance du 6 juin 2005. L'article 3-II de cette ordonnance prévoit, en effet, que les pouvoirs adjudicateurs, que sont les SEML, ont toujours la possibilité d'« appliquer volontairement les règles prévues par le Code des marchés publics ». Dans ce cas, la SEML devra suivre dans sa plénitude la procédure prévue par le Code des marchés publics.

Les marchés réalisés dans le cadre d'un mandat

Comme le prévoit l'article 48-I de la loi du 29 janvier 1993, les contrats de travaux, d'étude et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les SEML, en leur nom et pour le compte de personnes publiques, sont soumis aux dispositions du Code des marchés publics.

Plus spécifiquement, lorsqu'une SEML, agit au nom et pour le compte d'une personne publique, dans le cadre d'un mandat tel que prévu par la loi du 12 juillet 1985 (cf. ci-dessus), cette SEML est alors soumise, pour la passation des contrats en tant que mandataire, aux règles applicables à cette personne, c'est-à-dire au Code des marchés publics.

Pour la passation de ces marchés, la commission d'appel d'offres compétente est celle du maître d'ouvrage.

Cas particulier où la SEML délivre un mandat

Le 4° de l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1985 soumet aux dispositions de cette même loi, la réalisation de tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures ainsi que celle des équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont des SEML, pour les logements à usage locatif aidés par l'État et réalisés par ces organismes et sociétés.

Ainsi, la loi précise les conditions dans lesquelles les SEML, maîtres d'ouvrage publics, et lorsqu'elles réalisent des logements à usage locatif aidés par l'État, peuvent confier leurs attributions à un mandataire qui intervient au nom et pour le compte de la SEML.

■ LES RELATIONS FINANCIÈRES AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Le risque SEML

La défaillance d'une SEML constitue un risque financier majeur pour les collectivités territoriales actionnaires. Les pertes subies par la SEML peuvent en effet se reporter sur celles-ci, essentiellement de trois manières.

Tout d'abord, dans l'hypothèse d'une liquidation, les collectivités territoriales en tant qu'actionnaires sont susceptibles de faire l'objet d'une action en comblement de passif de la société.

Ensuite, l'insolvabilité de la SEML à l'égard des banques créancières peut aboutir à la mise en jeu des garanties d'emprunt accordées par les collectivités.

Enfin la cessation d'activités de la SEML peut conduire à l'interruption d'un service public concédé ou d'une opération réalisée sous mandat. Dans ce dernier cas, la collectivité peut être placée en situation de reprendre elle-même le service public ou l'opération inachevée, générant ainsi d'importantes charges financières.

Par ailleurs, l'article L. 1524-4 du CGCT prévoit qu'aucune subvention exceptionnelle de l'État ne peut être attribuée à une commune en cas de difficultés financières nées de sa participation au capital d'une SEML ou de la garantie qu'elle a pu accorder aux emprunts contractés par une telle société.

La soumission au droit des interventions économiques

La présence de collectivités territoriales dans le capital des SEML ne leur confère aucune prérogative particulière pour soutenir financièrement leurs activités.

Les SEML, sociétés commerciales, sont soumises au régime général des aides aux entreprises, codifié dans les articles L. 1511-1 et suivants du CGCT. Ce principe a été confirmé à plusieurs reprises par le Conseil d'État qui a précisé que les aides allouées aux SEML par les collectivités territoriales devaient respecter ces disposi-

tions (Conseil d'État, 17 janvier 1994, Préfet des Alpes-de-Haute-Provence ; Conseil d'État, 6 novembre 1995, Commune de Villenave d'Ornon).

Les aides aux entreprises en difficulté

Aucune disposition n'exclut les SEML du champ d'application du régime juridique des aides des collectivités territoriales en faveur des entreprises en difficulté.

Cette compétence est néanmoins limitée aux seuls départements et régions. En effet, l'article L. 3231-3 prévoit que lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population départementale l'exige, le département peut accorder des aides aux entreprises en difficulté pour la mise en œuvre de mesures de redressement prévues par une convention et l'article L. 4211-1 reprend cette disposition pour les régions.

En ce qui concerne la mise en œuvre du dispositif, la protection des intérêts économiques et sociaux de la population doit s'apprécier notamment à travers les conséquences de la disparition de l'entreprise sur la vie locale. La notion d'entreprise en difficulté n'est pas définie par les textes et n'a pas été précisée par la jurisprudence. Elle doit donc s'apprécier à travers des critères juridiques ou économiques.

Enfin, dans le domaine du droit communautaire, il convient de respecter les régimes notifiés et approuvés par la Commission européenne, voire les règlements d'exemption, ou le cas échéant de notifier à la Commission le projet d'aide envisagé.

Or, dans ce secteur, la Commission a adopté le 1^{er} octobre 2004 les lignes directrices relatives aux aides d'État relatives au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté. Si ces lignes directrices n'autorisent pas les pouvoirs publics à accorder des aides, elles indiquent toutefois les conditions dans lesquelles la Commission autorisera des aides dans ce domaine. Plus spécifiquement, les aides relatives au sauvetage doivent toutes être notifiées individuellement sauf si elles peuvent bénéficier de l'exemption de notification en application de la règle « de minimis » dans les conditions prévues par le règlement communautaire correspondant.

Le régime des garanties d'emprunts

Les collectivités territoriales peuvent accorder leur garantie aux emprunts contractés par les SEML dans les conditions prévues par les articles L. 2252-1, L. 3231-4, L. 4253-1 et L. 5111-4 du CGCT.

Ainsi, le montant total des annuités d'emprunts garanties par la collectivité, majoré du montant net des annuités de la dette et de la première annuité de l'emprunt auquel la collectivité envisage d'apporter sa caution, ne doit pas dépasser 50 % des recettes réelles de fonctionnement.

En outre, le montant des emprunts garantis pour un même débiteur ne peut dépasser 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties (ratio de division du risque).

La garantie de la ou des collectivités territoriales ne peut porter que sur 50 % de l'emprunt.

Lorsqu'une collectivité accorde sa garantie à une SEML dont elle n'est pas actionnaire, elle a le droit de se faire représenter au conseil d'administration de la société.

L'article D.1511-35 du CGCT prévoit également que les collectivités territoriales peuvent cautionner à hauteur de 80 % les emprunts souscrits par les SEML qui réalisent des opérations d'aménagement comportant la construction de logements menées en application des articles L.300-1 à L.300-4 du Code de l'urbanisme.

Les articles L.2252-2, L.3231-5 et L.4253-2 précisent toutefois que les dispositions précédentes ne s'appliquent pas pour les garanties d'emprunts accordées par une collectivité pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisées par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les SEML et pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements bénéficiant d'une subvention de l'État ou réalisés avec le bénéfice de prêts aidés par l'État ou adossés en tout ou partie à des ressources défiscalisées.

Ces mesures ont été précisées dans la circulaire NOR/INT/B/06/00041 C du 26 avril 2006 relative aux garanties d'emprunts.

Il n'existe pas *a priori* de régime autorisé qui permette de fonder spécifiquement au niveau communautaire les interventions sous forme de garanties d'emprunts.

Les conditions dans lesquelles les garanties d'emprunts peuvent être accordées conformément au droit communautaire ont été précisées par la Commission européenne dans une communication 2000/C 71/07 du 11 mars 2000 (JOCE C 071 du 11 mars 2000 p.14 à 18). Il convient de préciser que suite à la révision des encadrements communautaires relatifs aux aides à finalité régionale et aux règlements d'exemption des aides à finalité régionale et de minimis approuvés fin 2006 au moment de la parution de ce guide, la Commission impose de notifier dorénavant des règles de calcul d'équivalent-subvention pour les aides dites « non transparentes » auxquelles renvoient les garanties d'emprunts. Le ministère de l'Intérieur prépare des règles de calcul qui pourraient être notifiées dans le courant de l'année 2007.

Les garanties ne sont en effet qu'une forme d'aide pour laquelle la seule difficulté est d'estimer l'avantage procuré au bénéficiaire. Elles ne constituent pas en elles-mêmes une finalité d'aide régie par un règlement ou un encadrement particulier. Il faut donc examiner leur compatibilité avec le droit communautaire au regard des autres encadrements ou règlements applicables, selon le type d'entreprise aidée ou la localisation.

La communication précitée présente notamment les conditions dans lesquelles une garantie peut n'être pas qualifiée d'aide d'État, c'est-à-dire, quand l'entreprise, qui n'est pas en difficulté, l'obtient aux conditions du marché.

Les conditions d'éligibilité aux fonds structurels européens des opérations portées par les SEML

Aux termes des règlements des fonds structurels du 21 juin 1999 et de ceux du règlement n° 1145/2003 du 27 juin 2003 sur l'éligibilité des dépenses, aucune disposition ne permet d'écarter les SEML du bénéfice des fonds structurels dès lors que leurs projets répondent aux conditions d'intervention prévues dans les

DOCUP régionaux ou nationaux ainsi que dans les programmes d'initiatives communautaires (PIC) et que les opérations réalisées répondent à certaines conditions.

Lorsqu'une SEML agit pour le compte d'une collectivité territoriale dans le cadre d'un conventionnement en vue d'une mission d'intérêt général, le projet doit donc être instruit et, le cas échéant, subventionné, dans les mêmes conditions que les projets sous maîtrise d'ouvrage publique.

Lorsque la SEML agit pour son propre compte, son projet doit être instruit dans le respect des règles de concurrence applicables aux aides publiques aux entreprises. Dans ce cas, la SEML peut solliciter une subvention au titre de l'aide à la formation ou au conseil, dans la mesure où les gestionnaires et partenaires régionaux du programme ont prévu d'ouvrir le bénéfice de ces mesures d'aide aux SEML.

La circulaire du Premier ministre du 5 février 2004 rappelle les conditions d'éligibilité des SEM aux financements des fonds structurels communautaires 2000-2006.

Dérogations au droit des interventions économiques

Les apports en capital et les avances en compte courant d'associés

Aux termes de l'article L. 1522-4 du CGCT introduit par la loi du 2 janvier 2002, la collectivité actionnaire peut procéder à des augmentations de capital. Cette faculté avait été reconnue par le Conseil d'État dans un arrêt du 17 janvier 1994 mais elle ne figurait pas explicitement dans ledit code.

Toute recapitalisation doit cependant s'opérer dans les limites des planchers et plafonds de capitaux détenus par les collectivités territoriales et leurs groupements. En cas de dépassement de ces plafonds, une participation des actionnaires minoritaires serait obligatoire afin de respecter les règles de répartition du capital.

La loi du 2 janvier 2002, à travers l'article L. 1522-5, permet désormais aux collectivités territoriales d'allouer, sous certaines conditions, des apports en compte courant. L'actionnariat public, dans ce nouveau contexte, pourra aider les SEML à surmonter des difficultés provisoires de trésorerie.

L'article L. 1522-5 fixe cependant des conditions à ces avances. Une convention expresse entre la collectivité territoriale et la SEML est obligatoire. Elle doit préciser la nature, l'objet et la durée de l'apport ainsi que le montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en capital dudit apport.

Une limite dans la durée de ces apports est également imposée. Elle est fixée à deux ans, éventuellement renouvelable une fois. Au terme de ces deux ans, l'avance est obligatoirement remboursée ou transformée en augmentation de capital (dans la limite des plafonds imposés). Une collectivité ou un groupement ne peut accorder un nouvel apport avant que le précédent apport accordé n'ait été remboursé ou incorporé au capital. Enfin, il est établi qu'une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance.

L'article L. 1522-5 entend également prévenir tout risque financier excessif pour les collectivités territoriales. Il prévoit qu'une collectivité ou un groupement ne peut consentir une avance à une SEML si la totalité des avances déjà consenties à des SEML excède, avec cette nouvelle avance, 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité territoriale ou du groupement.

En outre, aucune avance ne peut être accordée par les collectivités territoriales ou leurs groupements si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la SEML sont devenus inférieurs à la moitié du capital social.

La collectivité a la possibilité d'allouer des avances non rémunérées ou rémunérées au taux légal en vigueur.

Enfin, sur le plan comptable, les apports en compte courant d'associés, qui constituent des avances, doivent figurer au budget des collectivités territoriales ou des établissements qui les consentent, dans un compte de prêt.

Les SEML délégataires de services publics à caractère industriel et commercial (SPIC)

En application des articles L. 2224-1 et L. 2224-2 du CGCT, le budget des SPIC exploités en régie, affermés ou concédés par les communes doit être équilibré par les recettes tirées de leur exploitation. La collectivité concédante ne peut donc prendre en charge aucune dépense de ce service.

L'article L. 3241-4 du CGCT reproduit, pour les départements, ces dispositions selon lesquelles les budgets des SPIC exploités en régie, affermés ou concédés doivent être équilibrés en recettes et en dépenses.

La portée de l'interdiction contenue dans l'article L. 2224-2 de prendre en charge dans le budget de la commune des dépenses au titre des SPIC s'étend au cas du département (Conseil d'État, 9 novembre 1988, Cne de Piseux c/ M. et Mme Dulière).

En revanche, les raisons définies à l'article L. 2224-2 et justifiant une prise en charge dans le budget propre de la commune de dépenses au titre des SPIC résultent des dispositions de la loi du 5 janvier 1988 et ne s'appliquent qu'aux communes, à l'exclusion des départements.

En ce qui concerne les régions, il n'existe pas de dispositions écrites sur le sujet, les subventions ne sont donc pas autorisées.

En effet, par dérogation à cette règle, la commune peut allouer une subvention lorsque :

- des contraintes particulières de fonctionnement sont imposées par les collectivités.

Ces contraintes doivent trouver leur fondement dans les exigences du service public et non dans les aléas de gestion, se traduisant par des sujétions particulières en termes d'organisation et de fonctionnement du service. Tel serait le cas de l'obligation d'assurer le service dans certains secteurs ou à certaines périodes (ouverture d'un parking à des périodes de très faible affluence ou situé dans un secteur moins attractif pour des raisons liées à des opérations d'urbanisme, par exemple).

Il appartient au préfet de vérifier le caractère exorbitant de ces contraintes par rapport aux modalités de fonctionnement habituelles du service, de manière à éviter une prise en charge systématique par la collectivité concédante des aléas liés à l'exploitation du service public.

– le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des prix.

Cette dérogation vise principalement les SPIC dont l'exploitation nécessite la réalisation d'investissements lourds (station d'épuration, usine d'incinération des ordures ménagères, parc de stationnement hors voirie, par exemple), dont la charge financière peut se révéler difficile à assumer pendant les premiers exercices avec les seules redevances perçues auprès des usagers.

Dans une telle hypothèse, l'intervention financière de la collectivité doit avoir un caractère exceptionnel et porter sur un nombre limité d'exercices budgétaires. Le représentant de l'État aura à apprécier le caractère excessif de l'augmentation des tarifs qui résulterait d'une stricte application du principe d'équilibre des SPIC.

Quand la SEML concessionnaire de SPIC se trouve dans l'un des cas mentionnés précédemment, la collectivité territoriale peut prendre en charge une partie des dépenses du service. L'organe délibérant de la collectivité devra motiver sa décision en s'appuyant sur des éléments chiffrés, tirés notamment du compte d'exploitation du service, fixer le montant de sa participation ainsi que la durée de son intervention. Il ne peut en aucun cas s'agir pour la collectivité de prendre en charge un déficit d'exploitation résultant d'une mauvaise gestion du service.

Par ailleurs, l'hypothèse dans laquelle la collectivité locale contractante serait amenée à prendre en charge des besoins de financement en raison de contraintes de fonctionnement ou du coût excessif d'investissements nécessités par le service public peut paraître assez théorique dans le cas de services publics assurés dans un cadre contractuel. En effet, dès lors qu'intervient une modification substantielle des obligations de service public ou des ouvrages ou équipements à exploiter, il devient en principe nécessaire de procéder au renouvellement du contrat. À l'occasion de ce renouvellement, les subventions publiques viendront compenser le surcoût de fonctionnement ou d'investissement engendré par les nouvelles obligations de service public, dans le cadre d'un nouvel équilibre économique du contrat.

En tout état de cause, une subvention publique intervenant en dehors de la conclusion d'un contrat ou d'un avenant, même nécessitée par les contraintes de service public, serait susceptible de se voir qualifiée d'aide d'État au regard de l'article 87 du traité Conseil d'État.

En effet, la CJCE a jugé dans son arrêt «ALTMARK» du 24 juillet 2003 qu'échappent à la qualification d'aides d'État les seuls financements publics qui se bornent à compenser les coûts occasionnés par l'exécution d'une mission de service d'intérêt économique général. Cet arrêt précise que pour répondre à cette définition, les financements doivent satisfaire aux quatre critères suivants :

– l'entreprise est effectivement chargée d'obligations de service public (OSP), clairement définies ;

- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente.

Ainsi, le tribunal administratif de Montpellier (30 septembre 2005, Assoc. Contribuables de l'Hérault) a appliqué les critères «ALTMARK» en annulant une délibération du conseil général de l'Hérault qui fixait une subvention en cours de négociation d'une DSP.

- La compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des OSP, en tenant compte des recettes qui y sont liées ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations

- L'entreprise est choisie dans le cadre d'une procédure de marché public ou la compensation est fixée sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, et adéquatement équipée aurait encourus.

Le respect des conditions relatives au caractère préalable de la fixation des paramètres de calcul de la compensation et à la fixation définitive de cette compensation dans le cadre d'une procédure de marché public ou sur la base d'une analyse précise des coûts ne paraît donc pas pouvoir être assuré dans le cas de subventions accordées en cours de contrat.

Les SEML concessionnaires d'opérations d'aménagement

Avant l'adoption de la loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, l'article L.300-5 du Code de l'urbanisme prévoyait que, lorsqu'une collectivité ou un groupement voulait participer financièrement aux opérations d'aménagement confiées à un établissement public ou à une SEML, elle le faisait dans le cadre d'une convention publique d'aménagement.

Depuis l'adoption de cette loi, la participation financière n'est plus réservée aux seules SEML ou établissements publics (*cf.* partie sur les concessions d'aménagement).

Lorsqu'une collectivité ou un groupement décide de participer au coût d'une opération, les traités de concession d'aménagement doivent comporter obligatoirement un plan de financement global de l'opération faisant apparaître les modalités de la participation financière (apports de terrains par exemple) et le montant total et sa répartition en tranches annuelles.

En outre, le traité doit prévoir les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par la collectivité ou le groupement cocontractant impliquant la fourniture par la SEML du bilan prévisionnel actualisé des activités, du plan de trésorerie actualisé et d'un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la période de l'exercice.

Ces nouvelles exigences contractuelles doivent permettre à l'assemblée délibérante de disposer, au moment où elle se prononce sur le principe de l'opération, d'une vision globale du coût du projet et de la part que la collectivité aura à financer. De plus, la moindre révision du montant de cette participation en cours d'exécution de l'opération doit faire l'objet d'un avenant soumis également à l'approbation de l'assemblée délibérante.

Désormais ce dispositif suggère que la participation financière de la collectivité a un caractère facultatif et ce, même pour les opérations concernant les ZAC. Le décret du 27 mars 2001 relatif aux ZAC avait en effet supprimé l'obligation faite aux collectivités ayant pris l'initiative de créer une zone de ce type, d'en assumer les conséquences financières.

En plus d'un assouplissement du critère de participation financière, le dispositif de financement a été élargi. En effet, la loi du 20 juillet 2005, reprenant les dispositions de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 « urbanisme et habitat », a complété l'article L. 1523-2 du CGCT. L'opération d'aménagement peut bénéficier, avec l'accord préalable du concédant, de subventions versées par l'État, d'autres collectivités territoriales ou groupements ou des établissements publics. Le traité de concession est alors soumis aux dispositions de l'article L. 1523-3 du CGCT, qui prévoit l'établissement d'un compte financier annuel, soumis à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale concédante.

Enfin, le même article L. 1523-3, issu de la loi du 2 janvier 2002, autorise un nouveau mode de financement. La collectivité publique peut désormais consentir des avances justifiées par un besoin temporaire de l'opération. Elles doivent s'inscrire dans le cadre de besoins réels de l'opération mis en évidence par le compte rendu financier annuel.

Les SEML délégataires d'une maîtrise d'ouvrage publique

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, a fixé les conditions dans lesquelles les maîtres d'ouvrage publics pouvaient confier à un mandataire certaines de leurs attributions.

La SEML figure parmi la liste des mandataires à qui une collectivité territoriale peut confier une mission de réalisation d'ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures ainsi que d'équipements industriels destinés à leur exploitation.

L'article 5b de la loi du 12 juillet 1985, modifié par l'article 3 de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, permet aux collectivités territoriales d'accorder à leurs SEML mandataires des avances destinées à leur permettre de remplir leur mission.

Les SEML de construction et de gestion des logements

En application de l'article L. 1523-5 du CGCT, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder aux SEML exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux, des subventions, notamment d'investissement, ou des avances destinées à des programmes de logements dont les financements sont assortis de maxima de loyers ou de ressources des occupants, déterminés par l'autorité administrative. Cet article prévoit également la possibilité de consentir des apports de terrains ou de constructions, la valeur attribuée aux constructions cédées ne pouvant être inférieure à la valeur fixée par le service des domaines, quel que soit le prix de cession effectivement retenu.

Sur le plan de la procédure, une convention fixe les obligations contractées par la SEML en contrepartie des financements accordés pour les logements.

Elle peut notamment identifier des réservations de logements obtenues en contrepartie du financement en application de l'article R. 441-5 du Code de la construction et de l'habitation.

L'article L. 1523-6 du CGCT permet, quant à lui, aux départements et aux communes, seuls ou conjointement, d'accorder des subventions exceptionnelles à ce type de SEML en cas de difficultés dues à des déséquilibres graves et durables des programmes immobiliers.

Par difficulté durable, on entend tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation à partir des critères fondés sur la situation financière ou sur l'exploitation de la société.

La procédure est de nature contractuelle. La convention doit obligatoirement prévoir la nature, le montant et la durée des subventions attribuées.

Afin d'informer l'assemblée délibérante avant tout vote, un rapport doit être établi par la SEML auquel est annexé un rapport du commissaire aux comptes validant les observations de la SEML.

Les SEML de développement économique local

L'article L. 1523-7 du CGCT, introduit par l'article 3 de la loi du 2 janvier 2002, précise que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder aux SEML des subventions ou des avances destinées à des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises. Une convention fixe les obligations contractées par les SEML en contrepartie de ces aides.

Toutefois, il ne peut être entendu comme permettant aux SEML d'accorder elles-mêmes des aides financières à des entreprises. Il n'a pas pour objet un transfert de compétences des collectivités territoriales vers les SEML en matière d'action économique. La jurisprudence du tribunal administratif d'Amiens, 1^{er} décembre 1987, Braine et Vantomme, s'oppose à l'exercice des compétences des collectivités territoriales en matière de développement économique par un organisme de droit privé.

Cependant, l'article L. 1511-3 du CGCT a prévu la possibilité pour un tiers privé, dont une SEML, qui joue alors un rôle d'intermédiaire, de répercuter sur les bénéficiaires finaux les aides à l'immobilier accordées par les collectivités territoriales. Les modalités d'application de ces dispositions sont précisées dans la circulaire du ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire n° NOR MCTB 06 00060C du 3 juillet 2006.

PARTIE

5

LE CONTRÔLE DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

■ LES CONTRÔLES INTERNES

Le rôle du commissaire aux comptes

L'article L. 225-218 du Code de commerce dispose que le contrôle est exercé, dans chaque société, par un ou plusieurs commissaires aux comptes. Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou des sociétés, constituées entre elles sous quelque forme que ce soit (article L. 822-9 du même code).

L'article L. 225-228 du Code de commerce précise que les commissaires aux comptes sont proposés à la désignation de l'assemblée générale par un projet de résolution émanant du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou des actionnaires. Lorsque la société fait appel public à l'épargne, le conseil d'administration choisit, sans que prennent part au vote le directeur général et le directeur général délégué, s'ils sont administrateurs, les commissaires aux comptes qu'il envisage de proposer.

Aux termes de l'article L. 820-4 du Code de commerce, tout dirigeant de personne ou de l'entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes qui n'en aurait pas provoqué la désignation ou ne les aurait pas convoqués à une assemblée d'actionnaires est passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

Les commissaires aux comptes des SEML disposent des mêmes pouvoirs que dans les sociétés anonymes et sont soumis au même régime de responsabilité.

La certification des comptes

Les articles L.823-9 et L.823-10 du Code de commerce confient aux commissaires le soin de vérifier les comptes de la société. Ils certifient que les comptes annuels sont réguliers et 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 cet exercice. Ils procèdent aux mêmes vérifications lorsque la société présente ses comptes consolidés.

Ils examinent également la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire, et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels.

Des prérogatives élargies

La loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, a renforcé les prérogatives des commissaires aux comptes. Ils peuvent en effet à tout moment effectuer toutes vérifications et tous contrôles jugés opportuns et se faire communiquer toutes les pièces nécessaires à l'exercice de leurs missions.

Ils peuvent également, dans l'exercice de leur contrôle, se faire assister ou représenter par des experts ou des collaborateurs de leur choix qui disposeront des mêmes droits d'investigation, auprès tant de la société mère que de ses filiales.

Ils peuvent aussi recueillir des informations auprès de tiers ayant accompli des opérations pour le compte de la société, sans toutefois exiger la communication de pièces ou de documents détenus par ces tiers.

Le commissaire aux comptes dispose, en vertu de l'article L.234-1 du Code de commerce, d'un pouvoir d'alerte qui lui permet de demander des explications au président du conseil d'administration ou au directoire, qui est tenu de répondre dans un délai d'un mois, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans sa réponse, le président du conseil d'administration ou le directoire donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées.

En cas d'absence de réponse, ou si celle-ci ne lui paraît pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou de surveillance sur les faits relevés. Si, malgré les décisions prises, la continuité de l'exploitation reste compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à l'assemblée générale suivante.

Selon l'article L.820-4 2° du Code de commerce, les dirigeants d'une personne morale, ou toute personne ou entité au service d'une personne ou entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes qui auraient sciemment fait obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou qui auraient refusé la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission sont passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros.

La responsabilité du commissaire aux comptes

La responsabilité du commissaire aux comptes est à la mesure de ses prérogatives. En application de l'article L.822-17 du Code de commerce, il est responsable à l'égard de la société, comme des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences commises dans l'exercice de ses fonctions.

En application de l'article L.820-7 du Code de commerce, un commissaire aux comptes qui aurait sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société, ou qui n'aurait pas révélé au procureur de la République des faits délictueux dont il aurait eu connaissance, peut être puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros.

Cependant, la responsabilité du commissaire aux comptes ne saurait être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles il procède dans le cadre de ses missions de contrôle.

Il n'est pas non plus civilement responsable des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire sauf si, en ayant eu connaissance, il ne les a pas révélées à l'assemblée générale dans son rapport.

Le contrôle par les collectivités locales actionnaires

Le rapport annuel du mandataire

L'article L.1524-5 du CGCT prévoit que les organes délibérants des collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins une fois par an par leur(s) représentant(s) au conseil d'administration ou de surveillance.

Les administrateurs désignés par l'assemblée spéciale sont soumis aux mêmes obligations. L'assemblée spéciale, saisie du rapport annuel, en assure la communication immédiate aux organes délibérants des collectivités et groupements qui en sont membres afin que ceux-ci se prononcent sur ce document.

La loi n'a pas prévu la forme selon laquelle doivent se prononcer les collectivités territoriales; mais il ne peut s'agir en tout état de cause que d'une délibération, prise au terme d'un débat au sein de l'organe délibérant.

D'une manière générale, il revient aux collectivités actionnaires et majoritaires de veiller, par l'intermédiaire de leurs représentants au sein du conseil d'administration ou de surveillance, à ce que les activités de la SEML soient conformes aux objectifs qui lui ont été assignés afin de garder, selon le vœu du législateur, la maîtrise de leur outil.

Dans la pratique, force est de constater que cette obligation d'élaborer un rapport sur l'activité de la SEML est peu respectée par les administrateurs que désignent les assemblées locales. Une telle situation, outre qu'elle n'est pas conforme à la loi, prive les collectivités actionnaires de l'exercice du contrôle sur les activités de la société.

Le défaut de transmission du rapport du mandataire n'est pas sanctionné par la loi, mais l'insuffisance du contrôle des activités de la SEML par la collectivité

actionnaire est susceptible d'engager sa responsabilité. Il lui appartient donc de veiller à ce que ses représentants s'acquittent de leurs obligations.

Il est également nécessaire de préciser que rien n'interdit au mandataire d'une collectivité actionnaire de saisir l'organe délibérant de la collectivité dont il relève d'autant de rapports qu'il lui semble nécessaire.

Le contrôle du délégué spécial

Le délégué spécial peut faire des observations qui seront consignées au procès-verbal du conseil d'administration ou de surveillance. Il peut procéder à la vérification des livres et des documents comptables, et rend compte de son mandat à la collectivité qu'il représente dans les mêmes conditions que les mandataires des collectivités actionnaires.

Ce contrôle est la contrepartie du risque pris par la collectivité non-actionnaire en accordant sa caution financière.

Le contrôle des SEML signataires d'une convention

En application des articles L. 1523-2 du CGCT, et L. 300-5 du Code de l'urbanisme, les SEML doivent soumettre chaque année à l'examen des assemblées délibérantes des collectivités territoriales un compte rendu financier des activités qu'elles conduisent dans le cadre de conventions passées avec elles pour réaliser des opérations d'aménagement.

Ce compte rendu d'activité doit comporter en annexe la production et l'actualisation annuelle d'un bilan prévisionnel des opérations et d'un plan de trésorerie faisant apparaître l'échéance des recettes et des dépenses. L'assemblée délibérante de la collectivité à laquelle sont transmis ces documents a le droit de contrôler les renseignements fournis, les agents accrédités de la collectivité pouvant se faire présenter toutes les pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification.

Le contrôle des SEML exerçant une prérogative de puissance publique

L'article L. 1524-3 du CGCT impose aux SEML exerçant des prérogatives de puissance publique, pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un groupement, d'élaborer chaque année un rapport spécial sur les conditions de leur exercice, présenté à l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement.

Il en sera ainsi notamment lorsque la SEML se verra déléguer l'exercice d'un droit de préemption en application de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme. Bien que la loi ne le précise pas, il va de soi que l'organe délibérant de la collectivité aura à se prononcer sur ce rapport de la même manière que sur le rapport du mandataire.

■ LES CONTRÔLES EXTERNES

Le contrôle du représentant de l'État

Le préfet exerce deux types de contrôles sur les SEML : d'une part, le contrôle de légalité de droit commun sur les actes des collectivités territoriales actionnaires, d'autre part, le contrôle spécifique, plus restreint, sur les activités de la société.

Le contrôle de légalité

Les actes concernés

Le contrôle de légalité porte :

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

La transmission de ces actes au préfet est une condition de leur caractère exécutoire. En outre, et conformément à la décision du Conseil d'État du 13 janvier 1998 (Mutuelle générale des personnels des collectivités locales), les délibérations transmises au représentant de l'État doivent être accompagnées des documents qui leur sont annexés. En l'occurrence, les délibérations susmentionnées doivent être accompagnées des statuts de la SEML, des décisions soumises aux assemblées générales ordinaires ou extraordinaires, ainsi que des conventions passées avec la SEML.

Saisi d'un litige portant sur l'illégalité d'une SEML, le tribunal administratif de Toulouse, dans une décision en date du 27 janvier 1988 (COREP de l'Aveyron), a estimé que de tels statuts avaient le caractère d'actes de droit privé dont le contentieux ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Le contrôle de légalité du préfet porte donc principalement sur la délibération approuvant les statuts de la SEML. En cas d'annulation de la délibération par le juge administratif, l'existence juridique de la SEML serait remise en cause.

Portée du contrôle

Le préfet doit d'abord vérifier la conformité de l'objet social de la SEML avec les dispositions de l'article L. 1521-1 du CGCT. Les activités exercées par la SEML doivent se rattacher aux compétences reconnues par la loi aux collectivités actionnaires, et s'apprécier aussi au regard des règles relatives au régime juridique des interventions économiques des collectivités territoriales.

Quand un motif d'intérêt général est invoqué pour justifier la création d'une SEML, le représentant de l'État devra également vérifier que l'intervention de la SEML répond à l'existence d'un intérêt public local dicté par la nécessité de satisfaire les besoins de la population.

La délibération d'une collectivité territoriale approuvant la création d'une SEML dont l'objet social n'est pas conforme à l'article L. 1521-1 du CGCT est donc enta-

chée d'illégalité et doit à ce titre être déférée au juge administratif. En effet, l'acquisition par une collectivité territoriale d'actions d'une société exerçant des activités n'entrant pas dans ses compétences est soumise au droit commun des prises de participations dans le capital des sociétés commerciales, défini par les articles L. 2253-1, L. 3231-6 et L. 4253-3 du CGCT, qui subordonne ces prises de participations à une autorisation préalable par décret en Conseil d'État.

Par ailleurs, le contrôle des concessions conclues entre les collectivités territoriales et les SEML, en vertu de l'article L. 1523-2 du CGCT, doit porter sur le respect des clauses obligatoires énoncées par cet article. Toute omission de ces clauses est une cause de nullité de ces conventions, et le préfet serait donc fondé à les déférer devant le juge administratif pour ce motif.

Conséquences juridiques de l'annulation de la délibération décidant la création d'une SEML

Saisi par un élu du conseil municipal de Sanary-sur-Mer, le tribunal administratif de Nice, au terme de trois jugements en date du 3 décembre 1992, a annulé, pour vice de forme, trois délibérations de la commune portant respectivement sur :

- la création d'une SEML, la Séminary, dont l'objet est l'exploitation du port, des équipements touristiques et des parcs de stationnement de la commune ;
- l'approbation d'une convention par laquelle la commune a confié la concession du port de plaisance de Sanary-sur-Mer à la SEML ;
- l'ouverture de crédits destinés à la réalisation des études concernant la construction du domaine public maritime.

Anticipant la décision du tribunal, la commune a, par délibérations des 1^{er} et 8 décembre 1992, de nouveau procédé à la création de la SEML et autorisé la signature des conventions annulées.

Or, l'annulation de la délibération autorisant la commune à participer au capital de la SEML a remis en cause la création de la SEML, qui n'a plus d'existence juridique en tant que telle, rendant *ipso facto* caduques les conventions passées par la Séminary dans le cadre de la concession des activités portuaires.

Les régularisations opérées par la commune sont de ce point de vue purement formelles et ne tirent pas toutes les conséquences de l'annulation. La commune doit donc en toute logique recommencer l'ensemble de la procédure. En revanche, les jugements du tribunal administratif de Nice n'ont pas d'incidence sur l'immatriculation de la société au registre du commerce car, si son existence en tant que SEML est remise en cause du fait de l'invalidation des participations publiques, celle de la société anonyme subsiste dans la mesure où il y a d'autres associés au capital.

Les décisions des SEML exerçant une prérogative de puissance publique

L'article 82 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, soumet les décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, prises par les SEML pour le compte des collectivités territoriales ou de leurs groupements, au contrôle de légalité du préfet.

La loi ne définit pas la notion de prérogative de puissance publique. Certains juristes l'analysent comme un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général ou les besoins du service public assuré. Mais le juge est chargé, à titre principal, de déterminer si une personne agit dans le cadre d'une prérogative de puissance publique.

Sont ainsi considérées par le juge comme constituant la manifestation d'une prérogative de puissance publique :

- la décision d'une association communale de chasse agréée relative à la délimitation de son périmètre d'activité (Conseil d'État, 7 juillet 1978, Vauxmoret) ;
- la décision d'une fondation rattachée à la Cité universitaire de Paris d'expulser un résident (Conseil d'État, 15 octobre 1992, Melle Mardirossian)
- la décision d'une SAFER de préempter un bien agricole mis en vente par son propriétaire (Conseil d'État, 13 juillet 1968, sieur Capus)

La prérogative de puissance publique majeure susceptible d'être exercée par les SEML sera essentiellement le droit de préemption qui peut leur être délégué dans les conditions prévues par l'article L. 213-3 du Code de l'urbanisme. Seront donc concernées, à titre principal, les SEML d'aménagement titulaires d'une concession d'aménagement en application de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme.

L'exercice du droit de préemption comporte en effet un certain nombre de risques et peut, quand il est détourné de ses objectifs, donner lieu à des abus. Il peut dans certains cas conduire au gel systématique de toute transaction immobilière et foncière, à des préemptions spoliatrices effectuées au détriment de personnes âgées, ou à des préemptions mises en œuvre sans véritable intention d'acquérir, dans le seul but d'exercer des pressions sur le marché foncier.

Si pour l'essentiel de leurs activités les SEML restent régies par les règles du droit privé, il ne peut en être de même lorsqu'elles exercent une prérogative de puissance publique en lieu et place d'une collectivité territoriale. En effet, l'exercice d'une telle prérogative, surtout lorsqu'il s'agit de la délégation du droit de préemption, peut être lourd de conséquences pour les usagers et la collectivité.

Il est donc normal que les décisions de la SEML soient soumises au même régime juridique que celui qui se serait appliqué à la collectivité délégante si elle avait exercé directement cette prérogative, c'est-à-dire au contrôle *a posteriori* du représentant de l'État et au contrôle juridictionnel du juge administratif. Cette disposition s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante du Conseil d'État (Conseil d'État, 31 juillet 1942, Montpeurt; Conseil d'État, 13 janvier 1961, Magnier).

Le régime des actes sous mandat

Les contrats conclus par les SEML avec des personnes de droit privé dans le cadre d'un mandat exprès ou implicite reçu d'une collectivité locale sont des actes soumis au contrôle de légalité. Les dispositions des articles L. 2131-1, L. 3132-1 et L. 4142-1 du CGCT s'appliquent donc aux actes pris au nom des collectivités locales par leurs mandataires, et tout particulièrement les dispositions relatives à l'obligation de transmission au représentant de l'État.

La charge matérielle de la transmission au préfet dans le département peut être confiée par la collectivité territoriale à son mandataire, pour autant que la

convention de mandat, et notamment celle qui est prévue à l'article 5 de la loi du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, le stipule.

Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand, aux termes d'un jugement en date du 13 mai 1986 (COREP de la Région Auvergne c/ conseil régional), a ainsi prononcé le sursis à exécution d'un marché conclu entre la société d'équipement de l'Auvergne et l'entreprise SOCAE en invoquant l'article 4 de la loi du 12 juillet 1985, selon lequel « les règles de passation applicables aux contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître d'ouvrage ».

Pour le juge, le mandataire se trouve soumis à l'ensemble des obligations qui pèsent sur le mandant, et notamment aux règles relatives au contrôle de légalité. Il en a logiquement déduit que la transmission au représentant de l'État d'un marché conclu pour le compte d'une autorité régionale constituait une condition de son caractère exécutoire.

La transmission, au titre du contrôle de légalité, d'une convention de mandat conclue entre une collectivité territoriale et une SEML ne se confond cependant pas avec la transmission des actes de la SEML, au titre du contrôle spécifique prévu par l'article L. 1524-1 du CGCT.

Le contrôle spécifique

La fonction de commissaire du gouvernement, exercée par le préfet au sein des conseils d'administration ou de surveillance des SEML, a été supprimée par la loi du 7 juillet 1983. Toutefois, l'article L. 1524-1 du CGCT donne au préfet un droit d'information en organisant une procédure de transmission obligatoire de certains actes des SEML.

Actes soumis à l'obligation de transmission

Doivent être communiquées au représentant de l'État les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, accompagnées des rapports établis en vue de leur adoption, ainsi que les décisions des assemblées générales ordinaires et extraordinaires et des pièces qui s'y rapportent.

Doivent également être transmis les contrats visés à l'article L. 1523-2 du CGCT, c'est-à-dire les concessions d'aménagement conclues entre une collectivité territoriale et une SEML. Ces actes doivent être adressés au préfet du département où est situé le siège social de la SEML. Cette obligation concerne l'ensemble des contrats passés par la SEML, et non les seuls contrats passés avec les collectivités territoriales du ressort du département où est situé le siège social.

Le budget, le compte de résultat, l'annexe qui constituent les comptes annuels, ainsi que le rapport général et le rapport spécial sur ces comptes établis annuellement par le commissaire aux comptes font aussi l'objet d'une transmission au représentant de l'État.

Modalités de transmission

Les activités des SEML, notamment les contrats, n'étant pas liées aux limites territoriales d'un département ou d'une région, c'est le préfet du département où est

situé le siège social de la société ou son délégué dans l'arrondissement qui est destinataire des actes de la société.

Les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance doivent être transmises dans un délai de quinze jours suivant la date de réunion desdits conseils, sans que puisse être invoqué le caractère non définitif du procès-verbal dont l'approbation n'intervient généralement qu'au cours de la séance suivante.

Les comptes annuels doivent, quant à eux, être transmis dans un délai de quinze jours suivant la séance du conseil d'administration ou de surveillance au cours de laquelle ils ont été approuvés.

Conséquences du défaut de transmission des actes des SEML

L'absence de transmission des actes mentionnés à l'article L. 1524-1 du CGCT n'est pas sanctionnée par la loi. Elle est cependant, et sous réserve de l'appréciation des tribunaux de commerce, susceptible d'engager la responsabilité du président du conseil d'administration de la société vis-à-vis des tiers. Dans le cas des SEML, si la collectivité détient la présidence de la société (*cf.* la partie relative à la responsabilité des élus mandataires des collectivités territoriales), sa responsabilité pourra être recherchée.

Les collectivités territoriales actionnaires doivent également prendre conscience que le défaut de transmission des actes des SEML au préfet est de nature à rendre inopérantes des dispositions législatives qui visent principalement à protéger leurs intérêts financiers. Il leur revient donc d'agir, par la voie de leurs représentants au conseil d'administration, afin que cette transmission soit effective.

Une délibération du conseil d'administration préalable à la passation d'un contrat est-elle nécessaire ?

L'article L. 225-38 du Code de commerce dispose que « toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée. Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ».

Dans cette hypothèse, l'article L. 225-40 du Code de commerce prévoit que « l'intéressé (administrateur ou directeur général) ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ».

L'article L. 225-39 précise par ailleurs que « les dispositions de l'article L. 225-38 du Code de commerce ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ».

En donnant à cette notion une acception très large, certaines SEML considèrent que la plupart de leurs activités relèvent de la catégorie des opérations courantes pour lesquelles une autorisation préalable du conseil d'administration n'est pas exigée. Un tel raisonnement ne peut cependant être suivi, et le ministère de l'Intérieur a adopté sur ce point une position très claire lors d'une réponse à une question écrite d'un parlementaire (JOAN 1^{er} décembre 1986, p. 4606).

Les dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 du Code de commerce ont pour objet d'éviter qu'une convention ne soit passée au nom d'une société avec l'un de ses administrateurs au bénéfice personnel de ce dernier. Dans les sociétés anonymes de droit commun, cette disposition se justifie car les intérêts de l'administrateur, en sa qualité de personne physique, ne sauraient être poursuivis dans l'exercice du mandat qu'il détient pour l'administration de la société.

Il en est autrement pour les SEML, dans lesquelles les représentants des collectivités territoriales actionnaires, amenés au sein du conseil d'administration à se prononcer sur la conclusion d'un contrat avec la collectivité qu'ils représentent, ne sont, à titre personnel, détenteurs d'aucune part de la SEML et n'ont aucun intérêt financier à retirer de l'action de la collectivité locale qui les a délégués.

L'application aux SEML des dispositions prévues par les articles L. 225-38 à L. 225-40 du Code de commerce conduirait à priver les collectivités territoriales de la possibilité de défendre leurs intérêts au sein du conseil d'administration ou de surveillance de la SEML. Une telle situation serait contraire à l'esprit et à la lettre de la loi et rendrait nulles les garanties qu'elle institue au profit des collectivités locales et de leurs groupements.

Le contrôle des chambres régionales des comptes

La notion de risque

Conformément à l'article L. 1524-2 du CGCT, le contrôle spécifique peut déboucher sur la saisine de la chambre régionale des comptes par le préfet lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements actionnaires, ou à accroître le risque encouru par une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupements qui ont accordé leur garantie à un emprunt contracté par la société.

La loi ne fixe pas de critères pour apprécier le risque financier entraîné par une délibération du conseil d'administration ou de l'assemblée générale de la SEML. La circulaire du 16 juillet 1985 recommande au préfet d'examiner l'incidence financière des délibérations au regard de l'ensemble des actes de la SEML dont il a été destinataire, en particulier les comptes annuels qui présentent un état ponctuel de la situation financière de la société et qui permettent ainsi d'apprécier ses possibilités d'intervention.

Dans la pratique, les chambres régionales des comptes apprécient diversement la recevabilité des saisines des préfets, certaines ayant une conception restrictive de la notion de risque financier, d'autre une interprétation plus large. Il faut cependant observer que, dans le cadre de cette saisine, la chambre régionale des comptes agit non comme juge des comptes, mais comme autorité administrative, et qu'en consé-

quence le rejet d'une demande d'avis formulé par le préfet peut, en principe, faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif (Conseil d'État, 23 mars 1984, *Organisme de gestion des écoles du Couëron*, Lebon, p. 126).

Le conseil d'administration ou de surveillance d'une part, et les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires d'autre part, doivent simultanément être avisés et procéder à une seconde lecture par le conseil d'administration ou l'assemblée générale.

La chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois à compter de la saisine pour faire connaître son avis au préfet, à la SEML, ainsi qu'aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires. La circulaire du 16 juillet 1985 recommande au préfet d'assurer la diffusion de l'avis de la chambre tant auprès des sous-préfets d'arrondissement que des préfets des départements limitrophes, compte tenu de l'étendue géographique des interventions des SEML.

La procédure engagée devant la chambre régionale des comptes n'entraîne cependant aucune sanction juridique puisque celle-ci n'émet qu'un avis.

Le contrôle financier des chambres régionales des comptes

La vérification des comptes

En application de l'article L.211-4 du Code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes peut procéder à la vérification des comptes des établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales ou leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou dans lesquels ils détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix au sein des organes délibérants desdites filiales, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

La chambre peut étendre ces vérifications aux filiales des mêmes établissements, sociétés, groupements et organismes, lorsque ceux-ci détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix au sein des organes délibérants desdites filiales, ou y exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion.

Ces dispositions s'appliquent donc en conséquence aux SEML et à leurs filiales. Les observations de la chambre régionale des comptes, formulées dans le cadre de ce contrôle, sont transmises non seulement à la société qui a fait l'objet des vérifications, mais aussi à la collectivité ou à l'établissement public qui apporte son concours à la SEML ou qui y exerce un contrôle prépondérant.

Le contrôle de gestion

Il peut être exercé à l'initiative de la chambre ou sur demande du préfet.

L'article L.211-8 du Code des juridictions financières habilite les chambres régionales des comptes à procéder, de leur propre initiative, à l'examen de la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, ainsi que de l'ensemble des établissements, sociétés, groupements et organismes qui leur sont liés. Les SEML sont donc concernées par ces dispositions.

La procédure d'examen des comptes en application des dispositions précitées doit respecter le principe du contradictoire, la chambre ne pouvant, en particulier, arrêter définitivement ses observations avant que l'ordonnateur de l'organisme n'ait été à même d'apporter une réponse écrite.

L'article L.211-8 du Code des juridictions financières prévoit également que le préfet peut saisir la chambre d'une demande motivée tendant à l'examen de la gestion soit d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public territorial, soit de l'un des organismes, sociétés ou groupements en dépendant financièrement, ce qui est le cas des SEML.

La procédure engagée devant la chambre, en application de ces dispositions, devra également respecter le principe du contradictoire. Les observations de la chambre sont communiquées aux représentants des organismes soumis au contrôle ainsi qu'au représentant de l'État. L'exécutif local destinataire des observations de la chambre doit les porter à la connaissance de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou de l'établissement public.

Une chambre régionale des comptes, après avoir exercé un contrôle sur les comptes et la gestion d'une SEML, dans le cadre de l'article L.211-8 du Code des juridictions financières, peut notamment être amenée, si la gravité de la situation financière de la société le justifie, à transmettre l'ensemble du dossier dont elle a été saisie au procureur de la République, en sa double qualité de ministère public auprès du tribunal de commerce et de responsable de l'action publique auprès des juridictions pénales.

L'annexion des comptes de la SEML au budget de la collectivité actionnaire

L'article L.2313-1 du CGCT prévoit que, dans les communes de 3500 habitants et plus, les documents budgétaires sont assortis en annexe, du bilan certifié conforme du dernier exercice connu des organismes dans lesquels la commune détient une part de capital ou au bénéfice desquels la commune a garanti un emprunt ou versé une subvention supérieure à 75 000 euros ou représentant plus de 50 % du budget de l'organisme.

Cette disposition résulte du souci d'accroître l'information des assemblées locales et des citoyens sur la situation financière des organismes liés d'une façon ou d'une autre à la collectivité territoriale.

Dans une réponse à une question écrite d'un parlementaire (JOAN 28 septembre 1992, p.4517), le ministre de l'Intérieur a indiqué que le législateur n'a pas souhaité imposer la consolidation des budgets des collectivités territoriales avec ceux des SEML, des associations, ni même avec ceux des organismes de regroupement.

Le ministre justifie le choix qui a été fait en précisant que, dans l'hypothèse d'une extension de son périmètre, la consolidation deviendrait une opération relativement lourde, entraînant une charge de travail importante pour les services administratifs de la collectivité, et vraisemblablement plus complexe en raison des retraitements nécessaires avec les documents de synthèse des organismes appliquant des plans comptables différents. Rien n'interdit néanmoins aux collectivités qui le souhaitent de procéder à une telle consolidation.

Le contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés

La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, a créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés. Cette mission dispose de pouvoirs étendus d'enquête dans les administrations, établissements publics, collectivités territoriales, SEML, pour la recherche et la constatation du délit de favoritisme dans l'attribution des marchés publics. L'article 7 de la loi précise que ce délit consiste à procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté et l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics.

L'article 1^{er} de cette même loi élargit le champ d'investigation de la mission aux contrats de délégation de service public, désormais soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence, notamment ceux passés entre les collectivités locales et les SEML et aux marchés conclus par les SEML.

Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre des Finances, ou de tout ministre pour les services placés sous sa tutelle, ou du chef de la mission lorsque le marché ou la convention de délégation fait présumer des irrégularités dans d'autres marchés ou conventions. Elles sont diligentées à la demande du préfet lorsqu'elles concernent des conventions de délégation de service public ou des marchés passés par les collectivités locales ou leurs SEML.

Les membres de la mission disposent pour les besoins de l'enquête de pouvoirs d'investigation très larges, et peuvent notamment procéder à des contrôles sur pièces et sur place. Les enquêtes peuvent donner lieu à l'élaboration de rapports, qui sont transmis au représentant de la collectivité ainsi qu'au préfet.

Le référé précontractuel

L'article 551-1 du Code de justice administrative met en place le référé précontractuel devant le président du tribunal administratif.

En vertu de ces dispositions, le président du tribunal administratif peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de certains marchés publics de fournitures et de travaux. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.

Le président du tribunal administratif est saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Le référé précontractuel a une portée assez étendue.

En effet, le président du tribunal peut être saisi des contrats de délégation de service public des collectivités territoriales. Les contrats conclus avec les SEML sont donc concernés par ces dispositions. Toute entreprise intéressée peut, dès avant

la conclusion de la convention, saisir le président du tribunal d'une procédure non conforme.

Le référé peut également se fonder sur les manquements à toutes les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis les marchés, et non pas seulement celles qui sont d'origine communautaire.

Enfin, les personnes habilitées à saisir le juge administratif sont non seulement les tiers lésés, mais aussi le préfet lorsque le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le contrôle des corps d'inspection de l'État

Les dispositions de l'ordonnance de 1958

L'Inspection générale de l'administration (IGA) peut procéder, en application de l'article 31-2 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958, à l'examen, sur pièces et sur place, de la gestion des sociétés, syndicats, associations ou entreprises de toute nature qui ont fait appel ou font appel au concours des collectivités territoriales, dans ses parties relatives à la gestion et à l'emploi de l'aide accordée. Ces dispositions sont incontestablement applicables aux SEML, puisque les collectivités territoriales et leurs groupements y détiennent nécessairement plus de la moitié du capital social.

L'IGA peut être naturellement saisie par le ministre de l'Intérieur mais également par le préfet, qui peut solliciter son intervention aux fins d'examen de la gestion d'une SEML.

Les mêmes prérogatives sont dévolues à l'Inspection générale des finances.

Par ailleurs, les SEML ayant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux sont soumises au contrôle de la mission interministérielle d'inspection du logement social (décret n° 93-236 du 22 février 1993).

Les dispositions du Code général des collectivités territoriales

Les articles R.2222-1 et R.2222-2 du CGCT prévoient que toute entreprise liée à une commune ou à un établissement public communal par une convention financière comportant des règlements de comptes périodiques communique aux agents désignés par le maire avec l'agrément du préfet, aux agents désignés par le préfet ainsi qu'à l'Inspection générale des finances et à l'Inspection générale de l'administration au ministère de l'Intérieur, tous livres et documents nécessaires à la vérification des comptes.

La communication est faite sur place au siège de l'entreprise aux époques et aux délais qui sont fixés d'un commun accord. Ces délais ne peuvent toutefois être inférieurs à ceux que la loi accorde aux commissaires aux comptes des sociétés anonymes.

Communication des actes des SEML

Une SEML est-elle soumise aux dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et

le public, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005, qui, dans son article 2, prévoit que « les autorités mentionnées à l'article 1^{er} sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent titre » ?

Plus précisément, une SEML qui réalise sur des terrains lui appartenant une opération concourant à la création de commerces et de logements financés par des prêts locatifs aidés, alors qu'aucun contrat, mandat ou concession n'a été conclu entre elle et la collectivité sur le territoire de laquelle l'opération est effectuée, peut-elle être regardée comme gérant un service public au sens de la loi du 17 juillet 1978 ?

Dans cette hypothèse, un document provisoire établi par cette SEML dans le cadre de l'opération, et non encore transmis au conseil d'administration, doit-il être considéré comme un document administratif et, à ce titre, communicable à toute personne en faisant la demande ?

Dans une réponse à une question écrite d'un parlementaire (JOAN 30 mars 1987, p. 1803), le ministre de l'Intérieur a apporté des précisions sur tous ces points.

Tout d'abord, une SEML n'est pas investie d'une mission générale de service public pour l'ensemble des opérations qu'elle réalise. Les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication au public des documents administratifs, ne sont donc applicables aux SEML que pour les opérations qui se rattachent à la gestion d'un service public.

De ce point de vue, l'existence d'un mandat, d'un contrat ou d'une concession entre la SEML et la collectivité locale constitue un critère important mais non déterminant. Il convient donc de rechercher pour chaque opération si les objectifs et les moyens utilisés pour la réalisation lui confèrent le caractère d'une opération de service public.

Dans un cas identique à celui évoqué précédemment, la commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a émis un avis favorable à la communication à un demandeur d'une étude d'amortissement et de rentabilité d'une opération de construction de logements et de commerces. Même si aucun contrat, mandat ou concession n'a été conclu entre la SEML conduisant l'opération et la collectivité territoriale sur le territoire de laquelle a été réalisé l'aménagement, il apparaît, d'une part, que les terrains en cause ont été payés par la SEML à la ville sous forme d'une augmentation de capital entièrement souscrite par celle-ci et, d'autre part, que l'opération dont il s'agit constitue une reconstruction d'un quartier sinistré. Dans de telles circonstances, la CADA, saisie d'une demande d'avis sur le refus de communication opposé par la SEML, a estimé que la société devait être considérée comme chargée de la gestion d'un service public au sens des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978.

Par ailleurs, la loi du 17 juillet 1978 s'applique uniquement à des documents achevés, et non aux états partiels ou provisoires d'un document en cours d'élaboration. En conséquence, ne peuvent être communiqués que les documents qui présentent un caractère achevé alors même qu'ils n'auraient pas encore été transmis au conseil d'administration de la SEML.

PARTIE

6

LES AUTRES SOCIÉTÉS RELEVANT DU RÉGIME DE L'ÉCONOMIE MIXTE

■ SOCIÉTÉS EXCLUES DU CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME JURIDIQUE GÉNÉRAL DES SEML

L'article 14 de la loi du 7 juillet 1983 énumère la liste des sociétés auxquelles ne s'appliquent pas les dispositions de la loi. Dans la plupart de ces sociétés, les collectivités territoriales ne détiennent pas systématiquement une part majoritaire du capital et leur représentation au sein des organes de direction s'effectue dans les conditions du droit commun des sociétés.

Les sociétés HLM

Il s'agit de sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré visées à l'article L. 422-2 du Code de la construction et de l'habitation. Ces sociétés ont pour vocation de réaliser des opérations de construction de logement, principalement en vue de la location.

Les sociétés de crédit immobilier

Les sociétés anonymes de crédit immobilier sont celles qui sont visées à l'article L. 422-4 du Code de la construction et de l'habitation. Elles ont pour objet de consentir des prêts hypothécaires destinés à la construction, l'acquisition, l'aménagement, l'assainissement et la réparation d'habitations, de réaliser des constructions destinées à l'accession à la propriété, d'accorder des prêts aux sociétés d'HLM.

Conditions de participation des collectivités territoriales

Les communes et les départements peuvent, en application de l'article L. 431-4 du Code de la construction et de l'habitation, souscrire ou acquérir des actions de sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré ou de crédit immobilier, lesdites actions devant être entièrement libérées et ne devant pas dépasser les deux tiers du capital social.

Les sociétés de financement régionales

L'article L. 4211-1-8° du CGCT prévoit que les régions peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés de développement régional (SDR) et de « sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer ».

Les sociétés de développement régional représentent une forme particulière de société de capital-investissement.

Les sociétés de financement à vocation régionale ou interrégionale, même s'il n'existe pas de définition précise de ces sociétés, sont elles aussi des sociétés de capital-investissement.

Ces sociétés, en tant que sociétés de capital-investissement ont pour objet d'apporter des fonds propres aux petites et moyennes entreprises non cotées, afin d'en favoriser la création ou le développement.

Elles ne sont pas soumises à un régime juridique particulier, mais peuvent, lorsqu'elles remplissent certaines conditions, bénéficier d'un statut fiscal spécifique prévu par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985, qui est attaché à la reconnaissance de la qualité de société de capital-risque (SCR).

Les sociétés de développement régional (SDR) ont été créées par les décrets-lois de 1955 relatifs à la politique d'action régionale et leur vocation est de concourir au financement des investissements productif dans leur ressort géographique.

Les SDR sont des établissements de crédit qui relèvent de la catégorie des institutions financières spécialisées disposant d'un certain nombre de privilèges et d'obligations, du fait d'une convention passée avec l'État : garantie d'un dividende minimal pour leurs actionnaires, exonération fiscale pour leurs produits financiers et leurs plus-values.

Les SDR peuvent apporter aux entreprises l'ensemble des produits financiers à moyen et long terme : interventions en fonds propres, prêts à long terme, crédit-bail immobilier, cautionnement de crédits bancaires à moyen terme.

Si les régions peuvent participer de plein droit au capital des SDR et des sociétés de financement régionales ou interrégionales en application de l'article L. 4211-1-8° du CGCT, les départements et les communes qui souhaitent participer au capital de ces sociétés doivent solliciter une autorisation préalable par décret en Conseil d'État, conformément aux dispositions des articles L. 2253-1 et L. 3231-6 du CGCT.

Les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie

Les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie (Sicomi) sont des sociétés anonymes créées par l'ordonnance du 28 septembre 1967. Elles ont pour objet exclusif la construction et la location aux industriels et commerçants de bâtiments à usage professionnel. Elles peuvent, à ce titre, jouer le rôle d'organismes relais d'opérations de mise à disposition de bâtiments industriels par les collectivités territoriales, en application du décret du 22 septembre 1982.

■ SOCIÉTÉS IMPLICITEMENT EXCLUES DU CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME JURIDIQUE GÉNÉRAL DES SEML

Sociétés où la participation des collectivités territoriales est complémentaire

Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER)

Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) ont été instituées par l'article 15 de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole.

Après avoir été modifiés à plusieurs reprises, le régime juridique et les modalités d'intervention des SAFER sont définis aux articles L. 141-1 à L. 144-7 du Code rural.

Les SAFER sont des sociétés anonymes. Toutes les collectivités publiques ainsi que les personnes morales représentatives des intérêts économiques, environnementaux et sociaux, à caractère rural peuvent participer à leur capital social. Elles ont été dotées d'un droit de préemption pour les aliénations à titre onéreux de biens à vocation agricole.

En effet, les SAFER sont constituées pour contribuer, en milieu rural, à la mise en œuvre du volet foncier de la politique d'aménagement et de développement durable du territoire. Elles ont pour mission d'améliorer les structures foncières par l'installation ou le maintien d'exploitants agricoles ou forestiers, par l'accroissement de la superficie de certaines exploitations agricoles ou forestières, par la mise en valeur des sols et, éventuellement, par l'aménagement et le remaniement parcellaires.

Les SAFER ont également vocation à :

- effectuer pour le compte de tiers toutes études liées à l'aménagement foncier et à la mise en valeur du sol et être associées à la réalisation des travaux correspondants ;
- concourir dans le cadre de conventions à des opérations d'aménagement foncier rural ;
- conduire des opérations destinées à faciliter la réorientation des terres, bâtiments ou exploitations vers des usages non agricoles en vue de favoriser le développement rural ainsi que la protection de la nature et de l'environnement ;

– apporter leur concours technique aux collectivités territoriales et aux établissements publics qui leur sont rattachés, pour la mise en œuvre d'opérations foncières, et notamment des droits de préemption dont ces collectivités ou ces établissements sont titulaires.

Agréées par arrêté conjoint des ministères de l'Agriculture et des Finances, qui fixe leur zone d'intervention, les SAFER sont des sociétés à but non lucratif. L'extension de leurs compétences a conduit les pouvoirs publics à accentuer le poids des collectivités territoriales au sein de leurs conseils d'administration (un quart de leurs membres doivent être des représentants des conseils régionaux, généraux et municipaux de leur zone d'action).

Toutes les acquisitions effectuées par les SAFER et celles de leurs cessions ayant pour objet le maintien, la création ou l'agrandissement d'exploitations agricoles sont assorties, pour l'acquéreur et ses ayants droit, d'un engagement de conserver la destination des immeubles acquis pendant dix ans.

Les sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA)

Les sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA) sont soumises aux dispositions des articles L. 531-1 et suivants du Code rural. Elles revêtent la forme de sociétés coopératives auxquelles peuvent participer :

- les personnes membres d'une collectivité agricole ;
- celles dont l'activité est de nature à faciliter la réalisation de l'objet social. Les collectivités publiques peuvent se rattacher à cette catégorie et donc participer à une SICA, mais leur présence n'est pas imposée par les textes ;
- les caisses de crédit agricole et les groupements et collectivités susceptibles d'y être affiliés.

Les SICA ont vocation à gérer des installations, des équipements collectifs, ou à effectuer des services soit dans l'intérêt des agriculteurs d'une région rurale, soit dans celui des habitants de cette région. Leurs activités portent tout à la fois sur l'habitat rural, l'exécution de travaux collectifs agricoles et la commercialisation de produits agricoles.

Sociétés exerçant une mission d'intérêt national

Les sociétés d'aménagement régional (SAR)

Les sociétés d'économie mixte pour la mise en valeur des régions ont été instituées par la loi n° 51-592 du 24 mai 1951, relative aux comptes spéciaux du Trésor, et sont créées conformément à des statuts types approuvés par le décret n° 55-253 du 3 février 1955.

Quand le développement d'une région nécessite l'exécution de travaux concernant plusieurs départements ministériels et requérant plusieurs sources de financement, l'État peut confier à une société d'économie mixte, créée pour la circonstance, l'étude, la réalisation et l'exploitation des ouvrages nécessaires.

Ces sociétés exercent leurs activités en vertu d'une concession accordée par l'État, qui leur apporte des concours financiers sous forme d'avances sans intérêts et de subventions allouées dans le cadre de programmes d'investissements.

C'est la plupart du temps le ministère de l'Agriculture qui a pris l'initiative de créer ces sociétés. La plus représentative est sans doute la Compagnie nationale d'aménagement du Bas Rhône et du Languedoc (BRL), créée en application de la loi du 24 mai 1951 précitée et du décret n° 55-254 du 3 février 1955, relatif à l'irrigation, à la mise en valeur et à la reconversion de la région du Bas Rhône et du Languedoc. Les statuts de la Compagnie ont été adoptés par le décret n° 56-807 du 27 juillet 1956.

Malgré son caractère national, l'État n'a jamais participé directement au capital de la BRL, qui est majoritairement détenu par un certain nombre de collectivités territoriales de la région, auxquelles sont associés des partenaires socio-économiques et des organismes financiers comme la Caisse des dépôts et consignations. La BRL n'est donc pas une SEML; c'est une société d'économie mixte à statut particulier, placée sous la tutelle de l'État, puisque le Préfet de Région exerce au sein du conseil d'administration les fonctions de commissaire du gouvernement, comme au sein des conseils de l'ensemble de sociétés chargées de la mise en valeur des régions.

Outre la BRL, il existe deux autres sociétés de ce type : la compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne et la société du canal de Provence.

Il convient de noter que l'article 36 de la loi du 13 août 2004 (loi LRL) ouvre la possibilité pour les régions concernées, de solliciter le transfert des biens de l'État, dont l'exploitation avait été concédée aux SAR, ainsi que la compétence qui y est attachée. Dans ce contexte, si la région opte pour le transfert de compétences, il est prévu que celle-ci se substitue à l'État dans l'ensemble des droits et obligations attachés à ces biens afin d'en assurer l'aménagement, l'entretien, la gestion et le cas échéant, l'extension. Les transferts de biens sont en outre réalisés à titre gratuit.

Ce transfert de compétence a des conséquences sur les statuts des SAR, puisque la tutelle de l'État, au sein de ces sociétés, est amenée à disparaître. En particulier, la présence du commissaire du gouvernement et le contrôle économique et financier de l'État devront être supprimés.

Les sociétés de gestion des marchés d'intérêt national

Les marchés d'intérêt national (MIN) sont régis par les articles L. 730-1 et suivants du Code de commerce et le décret n° 2005-1595 du 19 décembre 2005 relatif aux marchés d'intérêt national.

Les marchés d'intérêt national sont des services publics de gestion de marchés, dont l'accès est réservé aux producteurs et aux commerçants, qui contribuent à l'organisation et à la productivité des circuits de distribution des produits agricoles et alimentaires, à l'animation de la concurrence dans ces secteurs économiques et à la sécurité alimentaire des populations. Communément, il est dit qu'il s'agit de marchés en gros de produits agricoles ou alimentaires.

Le régime juridique de ces marchés d'intérêt national a évolué ces dernières années, dans le sens de la simplification des procédures administratives et aussi de la décentralisation des décisions.

En effet, désormais, le classement des marchés de produits agricoles et alimentaires comme marchés d'intérêt national est prononcé sur proposition des conseils régionaux par décret. Le conseil régional délibère sur la demande de classement ou de déclassement d'un marché d'intérêt national après avoir recueilli l'avis de la (ou des) commune(s), du (ou des) établissement(s) public(s) de coopération intercommunale sur lesquels le marché est implanté.

Cependant, il convient de noter que la liste des marchés d'intérêt national dont l'État entend organiser l'aménagement et la gestion est fixée par décret. Pour les autres marchés d'intérêt national, les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale sur le territoire desquels le marché est implanté déterminent eux-mêmes, ou délèguent à la région le pouvoir de déterminer les modalités d'aménagement et de gestion du marché.

Un périmètre de référence peut être institué autour du marché d'intérêt national par décret en Conseil d'État. Le périmètre de référence comporte l'application d'interdictions concernant les commerces de gros.

Les modalités d'aménagement et de gestion du marché peuvent être assurées en régie ou déléguées.

Dans ce dernier cas, la personne morale délégataire est désignée après mise en concurrence dans les conditions fixées pour la délégation de service public (article L. 1411-1 du CGCT). Les SEML peuvent se porter candidates pour ces délégations de service public.

Le préfet exerce les pouvoirs de police à l'intérieur du marché d'intérêt national. Ainsi, dans l'étendue du périmètre de référence, il veille à l'application des lois et règlements intéressant le marché et dénonce à cet effet au procureur de la République les infractions commises.

Jusqu'à l'adoption de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, les statuts des SEM gestionnaires de MIN répondaient à un régime spécifique. En effet, leurs statuts étaient approuvés par décret en Conseil d'État. L'État exerçait un contrôle direct sur ces sociétés au travers de la désignation d'un commissaire du gouvernement du comité de tutelle composé des représentants des ministères de tutelle (Finances, Agriculture et Intérieur). En outre, s'agissant des règles de répartition du capital des sociétés, la majorité des actions devait appartenir à des personnes de droit public.

Depuis l'adoption de l'ordonnance citée ci-dessus, seul le MIN de Rungis conserve ces statuts particuliers. Pour les autres SEM gestionnaires de MIN, ces spécificités ont été supprimées. Les SEM sont désormais, des sociétés d'économie mixte locales de droit commun régies par le CGCT, la tutelle de l'État ayant disparu et la composition du capital étant majoritairement détenue par les collectivités territoriales.

Les sociétés portuaires et les sociétés aéroportuaires

Ainsi qu'il a été indiqué dans la première partie de ce guide, la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a poursuivi la décentralisation des ports et aéroports. En effet, l'article 30 de cette loi confie aux collectivités territoriales ou à leurs groupements la propriété, l'aménagement, la gestion et l'entretien

des ports non autonomes relevant de l'État, dans le ressort géographique desquels sont situées ces infrastructures.

Dans le domaine des infrastructures de transports, l'article 28 de la loi transfère aux collectivités territoriales ou à leurs groupements la propriété, l'aménagement, l'entretien et la gestion des aérodromes civils appartenant à l'État, à l'exception des aérodromes relevant d'Aéroports de Paris, des plates-formes d'intérêt national et des aérodromes indissociables des précédents. Deux lois récentes permettent aux collectivités de créer des sociétés pour gérer ces équipements.

Les sociétés portuaires

Applicable uniquement aux ports décentralisés par la loi du 13 août 2004, l'article 35 de la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports autorise les collectivités territoriales à prendre des participations dans des sociétés portuaires dont l'activité principale est d'assurer l'exploitation commerciale d'un ou plusieurs ports lorsqu'au moins l'un d'entre eux se trouve dans leur ressort géographique.

La collectivité territoriale nouvellement propriétaire du port peut jusqu'au 17 août 2007, à la demande du concessionnaire du port, autoriser la cession ou l'apport de la concession à cette société portuaire.

Le capital initial est détenu entièrement par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie dans le ressort géographique de laquelle est situé ce port.

Les sociétés aéroportuaires

L'article 7 de la loi n° 2005-357 relative aux aéroports permet de mettre en œuvre une réforme du régime de gestion des 12 grands aéroports régionaux non décentralisés (Nice, Lyon, Marseille, Toulouse, Bordeaux, Strasbourg, Nantes, Montpellier, Fort de France, Pointe à Pitre, Saint-Denis, Cayenne).

Cet article de loi autorise ainsi chaque chambre de commerce et d'industrie concernée à transférer, à son initiative, le contrat de concession dont elle est actuellement titulaire, avant son terme, à une société spécialement constituée.

Le capital initial de cette société est intégralement détenu par des personnes publiques, dont la chambre de commerce et d'industrie titulaire de la concession cédée. Les collectivités territoriales intéressées et leurs groupements peuvent prendre des participations dans cette société. Les montants de répartition du capital ne sont pas précisés dans la loi.

Une mission interministérielle d'animation du processus de création des sociétés portuaires, dirigée par M. DURET a été créée pour l'occasion. La répartition envisagée du capital des sociétés aéroportuaires conduirait à une participation minoritaire des collectivités territoriales. En effet, si le texte de la loi reste muet sur le sujet, la volonté du Gouvernement (formulée dans une lettre du Premier ministre du 14 mars 2005 adressée au président du Comité d'action pour les sociétés aéroportuaires (CASA), organisme regroupant les CCI potentiellement concernées par la réforme) est de répartir le capital initial entre l'État à hauteur de 60 % des participations, de 25 % pour les CCI et de 15 % pour les collectivités territoriales.

■ LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES D'AMÉNAGEMENT (SPLA)

L'article 20 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, codifié à l'article L.327-1 du Code de l'urbanisme, prévoit la création des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

Il s'agit d'un nouvel outil juridique à destination des collectivités territoriales visant à surmonter les difficultés liées à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) portant sur les limites du *in house*.

Ainsi, pour être conforme à la jurisprudence communautaire relative au *in house*, seules les relations entre les collectivités territoriales et des structures juridiques qui en seraient des émanations et dont le capital serait entièrement public échapperaient aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La création de SPLA, dont le capital est entièrement détenu par des collectivités territoriales, permet donc d'atteindre l'objectif poursuivi, c'est-à-dire d'autoriser les collectivités territoriales à recourir à une société commerciale sans publicité et mise en concurrence.

Les missions d'une SPLA

Les sociétés publiques locales d'aménagement ont, comme leur dénomination l'indique, pour unique objet l'aménagement au sens de l'article L.300-1 du Code de l'urbanisme : « les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ».

Cette compétence exclusive posée par le législateur doit ainsi permettre la création d'une SPLA à partir d'une SEML d'aménagement préexistante.

La composition du capital et le périmètre

Si le caractère *in house* des relations entre la SPLA et la collectivité de tutelle laquelle détient au moins la moitié du capital, ne fait aucun doute, en revanche il n'en est pas de même pour les autres collectivités détentrices du capital de la SPLA.

En effet, les autres collectivités territoriales (autres que la collectivité de tutelle) seront soumises, s'agissant des interventions de la SPLA à leur profit, aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans la mesure où ces collectivités ne pourront prétendre exercer sur ladite SPLA un contrôle analogue à celui qu'elles exerceraient sur leurs propres services. Dès lors, il apparaît que les principes établis par la jurisprudence Teckal du 18 novembre 1999 de la CJCE ne seront pas appliqués pour ces collectivités.

Il en résulte donc une difficulté sérieuse quant à la constitution de la SPLA, dans la mesure où le droit actuel des sociétés commerciales qui lui est applicable néces-

site la réunion d'au moins 7 actionnaires, sachant qu'un seul de ces actionnaires peut en définitive tirer bénéfice de sa création.

Cette difficulté originelle disparaît cependant dans le cas où la collectivité de tutelle est un groupement, un département ou une région car son champ de compétence s'étend sur l'ensemble de son territoire et donc l'ensemble des communes et groupements le composant sont dès lors susceptibles de participer au capital de la SPLA.

Une expérimentation

La création des SPLA revêt un caractère expérimental d'une durée de cinq ans. Au terme de ce délai, le Parlement, notamment au vu d'un rapport que le Gouvernement doit lui transmettre, décidera, le cas échéant, de la pérennisation ou non de ce nouvel outil d'aménagement créé au bénéfice des collectivités territoriales.

Les modalités de création d'une SPLA ?

En réalité une SPLA ne diffère d'une SEML d'aménagement que par la composition de son capital. En effet, ce dernier est composé pour 100 % de collectivités territoriales ou de leurs groupements au lieu de 85 % au plus pour les SEML. En outre, une des collectivités ou groupements de collectivités doit détenir au moins la moitié du capital, condition étrangère à la composition du capital d'une SEML.

Il en résulte donc que les SPLA, à l'instar des SEML revêtent la forme de sociétés anonymes régies par le livre II du Code de commerce et par le chapitre IV du titre II du livre V du Code général des collectivités territoriales.

Plusieurs procédures peuvent présider à la constitution d'une SPLA.

La création *ex nihilo*

Les sociétés publiques locales d'aménagement peuvent être créées directement dans les conditions de l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme par des collectivités territoriales et leurs groupements.

Sous réserve des différences exposées ci-dessus, leurs modalités de constitution sont proches de celle des SEML. Les modalités de création d'une SEML sont transposables à la constitution d'une SPLA à l'exception des dispositions suivantes :

- le capital est détenu dans son intégralité par des collectivités territoriales ou par des groupements de collectivités territoriales ;
- l'une des personnes susmentionnées participant au capital de la SPLA en détient au moins la moitié des droits de vote. Il s'agit de la collectivité dite de tutelle de la SPLA seule habilitée à bénéficier de la nature *in house* de la SPLA ;
- le montant du capital d'une SPLA doit être au moins égal, à l'instar des SEML d'aménagement à 150 000 € et 225 000 € dans le cas d'un appel public à l'épargne.

La création d'une SPLA à partir d'une SEML préexistante

La transformation d'une SEML en SPLA par modification des statuts

Conformément au droit commun, les sociétés publiques locales d'aménagement peuvent être créées par voie de transformation d'une SEML en SPLA.

La transformation de la SEML est soumise aux modalités du livre II du Code de commerce notamment prévues aux articles L.225-243 et suivants du Code de commerce.

La décision de transformation de la SEML en SPLA implique la modification des statuts de la SEML. Cette décision devra donc être prise selon les modalités prévues pour la modification des statuts.

Toutefois, s'agissant d'une expropriation, il y aura lieu d'obtenir l'accord de tous les actionnaires, en particulier, de ceux qui ne pourront pas, par construction, participer à la SPLA.

Cette modification devra notamment prévoir :

- les modalités de rachat des actions détenues par les investisseurs privés ;
- la participation au capital de la SPLA d'au moins 7 actionnaires de droit public dont l'un devra disposer d'au moins la moitié des droits de vote.
- la cession des parts du capital des actionnaires de droit privé qui devra être opérée pour tirer les conséquences de la modification des statuts pourra s'effectuer soit par rachat de ces parts par la société (dans les limites prévues par la loi), soit par leur rachat par les autres actionnaires ou nouveaux actionnaires (prise de participation).
- les assemblées délibérantes des collectivités territoriales concernées devront s'être toutes favorablement prononcées sur ces modifications statutaires et capitalistiques préalablement à la convocation de l'assemblée générale extraordinaire de la SEML appelée à approuver ces modifications.

La création d'une SPLA par fusion absorption ou dissolution

La création d'une SPLA peut également résulter d'une fusion absorption. Cette hypothèse implique qu'une SPLA préalablement constituée absorbe une SEML selon les modalités prévues par le livre II du Code de commerce.

Le traité de fusion devra régler le sort des investisseurs privés de la SEML qui ne pourront pas, par construction, être associés dans la SPLA. L'accord des actionnaires « expropriés » devra donc être obtenu.

Cette opération peut également être effectuée par dissolution de la SEML résultant de la réunion de toutes les actions en une seule main, en l'espèce la SPLA, en vertu de l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil. Dans ce cas, il convient toutefois de créer préalablement une SPLA.

En définitive, il convient de préciser que la création d'une SPLA par fusion absorption ou par dissolution de la SEML d'aménagement préexistante s'avère particulièrement complexe et lourde dans sa mise en œuvre. Il est donc hautement préférable pour créer une SPLA de privilégier la procédure visant à modifier les statuts de la SEML préexistante.

Le guide des sociétés d'économie mixte locales, un ouvrage de référence

Conçues comme des outils destinés à permettre aux collectivités territoriales d'exercer pleinement leurs compétences, dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'intérêt général, les sociétés d'économie mixte locales (SEML) ont été dotées par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 d'un véritable statut.

Les 1 130 sociétés existantes gèrent un chiffre d'affaires de 13,8 milliards d'euros. Depuis quelques années d'importants aménagements législatifs ont permis de moderniser les relations financières entre les SEML et les collectivités et de sécuriser le statut des élus siégeant dans les conseils d'administration de ces sociétés.

Le présent ouvrage fait le point sur les règles de constitution des sociétés d'économie mixte locales l'état du droit, tel qu'il résulte des textes, de la jurisprudence nationale et européenne et de la doctrine administrative tout en apportant un éclairage sur le droit européen.

Ce guide aborde successivement :

la constitution des SEML ;

leur administration ;

les régimes juridiques applicables à leurs activités ;

le contrôle de leur activité ;

les autres sociétés d'économie mixte.

Cet ouvrage s'adresse aux élus locaux, aux dirigeants et aux salariés des SEML, ainsi qu'aux agents de l'état en charge du suivi et du contrôle de ces sociétés.



La Documentation française
29, quai Voltaire 75344 Paris cedex 07
Tél : 01 40 15 70 00
Télécopie : 01 40 15 72 30
www.ladocumentationfrancaise.fr

Imprimé en France
ISBN 9978-2-11-006227-7
DF 5GP00540
Prix : 12 €

9 782110 062277

