

G U I D E S J U R I D I Q U E S

Jean-Claude Michel

Vade-mecum du créateur de Sem

RÉGLEMENTATION ET CONSEILS PRATIQUES

ÉTAPES ET PROCÉDURES

EXEMPLES ET MODÈLES DE FORMULAIRES

RÉFLEXIONS PRÉALABLES À TOUTE CONSTITUTION DE SEM

Préalablement à la constitution de toute Sem, il convient de s'assurer du réalisme économique de l'opération envisagée tout en s'efforçant de circonscrire les besoins et, s'ils sont multiples, de leur complémentarité. Puis vient le moment délicat de la composition de l'actionnariat et de l'organisation du fonctionnement futur de la Sem.

- 2.1 Le réalisme économique**
- 2.2 L'objet social**
- 2.3 L'actionnariat**
- 2.4 Les règles de capital**
- 2.5 La représentation des collectivités territoriales dans les organes sociaux**
- 2.6 L'assemblée spéciale**
- 2.7 L'organisation de la Sem**

2.1 Le réalisme économique

Le réalisme économique n'est pas toujours présent dans les projets de création de Sem. Certes, l'intérêt général est bien évidemment primordial et nécessaire mais l'on ne saurait méconnaître que les Sem relèvent également d'une logique économique qui est celle du droit commun. Toute finalité de société commerciale – et les Sem ne sauraient déroger à ce principe – est le profit. Bien évidemment, il convient d'atténuer le propos. Ce qui est valable pour une Sem de services ne l'est pas nécessairement pour une Sem immobilière ou d'aménagement. Mais, en règle générale, ce concept qui choque parfois, est conforme au vœu du législateur qui, dès 1983, a voulu l'alignement du régime des Sem sur celui des sociétés commerciales.

Dès lors, un déséquilibre économique structurel est de nature à déconseiller le recours à la Sem, de même qu'un pari trop audacieux sur d'espérées ressources. C'est ainsi que certains projets, dont l'intérêt général n'était pas en cause, ont dû être vivement déconseillés (en Bretagne, en Champagne-Ardenne, en Languedoc-Roussillon, en Poitou-Charente, en Rhône-Alpes...) en raison même de l'absence de réalisme économique. Dans d'autres cas, rarissimes il est vrai, la Sem a également dû être déconseillée formellement à des élus qui pensaient pouvoir y loger « toutes les activités déficitaires » de la collectivité territoriale !

L'expérience montre, en effet, que nonobstant le fait que, tous les jours, des sociétés anonymes déposent leur bilan – telle est la règle économique – on n'a jamais remis en cause le statut même de ces sociétés et leur légitimité, pas davantage que l'on ne dit que la société anonyme est une mauvaise formule. Une telle tolérance n'existe pas à l'égard des Sem. On parle assez peu, en effet, des Sem qui réussissent (ou alors, on se garde de relever leur statut) alors qu'il suffit qu'une Sem soit amenée à déposer son bilan pour que l'on jette le discrédit sur toute l'économie mixte. Pourquoi ? Au moins deux raisons peuvent être avancées : d'une part une « tolérance zéro » en la matière et, d'autre part, une certaine suspicion contre les entreprises publiques locales dont on attend vertu, exemplarité et résultats probants même si ceux-là mêmes qui sont si prompts à dénoncer les contre-performances de certaines Sem ne sont pas pour autant enclins à admettre le fait que d'autres – soit qu'il s'agisse de sociétés particulièrement bien gérées, soit qu'elles interviennent dans des secteurs considérés comme « porteurs » –, pratiquent une politique de dividendes stables. Il y a là, pour le moins, un paradoxe qui fait partie d'un contexte dont il faut tenir le plus grand compte.

C'est pourquoi, pour éviter toute mésaventure fâcheuse, tout projet de Sem devra nécessairement s'appuyer sur un certain réalisme économique. Même si la loi ne l'a pas envisagé, un « business plan » s'impose préalablement à la constitution de la Sem pour établir un certain nombre de paramètres économiques tels que : le temps de retour sur investissement, le besoin en fond de roulement, le seuil de rentabilité et, partant

de là, le niveau de capitalisation nécessaire et les tarifs susceptibles d'être pratiqués par la Sem.

2.2 L'objet social de la Sem

Aux termes de la loi, les Sem peuvent intervenir, dans le cadre des compétences des collectivités territoriales actionnaires, dans trois domaines d'activités spécifiques :

- les activités d'aménagement ;
- les activités immobilières ;
- les services publics à caractère industriel et commercial (SPIC) et les activités d'intérêt général.

2.2.1 Les activités d'aménagement

Sont définies comme des actions ou des opérations d'aménagement, les activités ou l'ensemble des actes des collectivités territoriales qui portent sur la mise en œuvre ou l'harmonisation :

- d'un projet urbain ;
- d'une opération locale de l'habitat ;
- du maintien, de l'extension ou de l'accueil des activités économiques ;
- du développement des loisirs et du tourisme ;
- de la réalisation d'équipements collectifs ;
- d'une politique de lutte contre l'insalubrité ;
- de programmes de sauvegarde ou de mise en valeur du patrimoine bâti ou non bâti ;
- d'activités concernant les espaces naturels.

EXEMPLE

À titre illustratif, on évoquera l'objet social d'une Sem bretonne, récemment constituée en vue d'opérations d'aménagement :

« La société a pour objet de réaliser, principalement sur le territoire de la ville de ... toutes opérations, actions et programmes d'aménagement et de renouvellement urbain et de construction et toutes actions de valorisation territoriale et de développement économique et, notamment :

- de réaliser ou de faire réaliser toutes études concernant l'aménagement, le développement et le renouvellement urbains ;
- de procéder à toutes études foncières préalables ;
- de réaliser toutes opérations d'aménagement ayant trait notamment aux zones d'aménagement concerté (ZAC), aux lotissements, au renouvellement urbain, à l'action sur les quartiers dégradés, à la restauration immobilière et à l'implantation d'activités économiques telles que prévues à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme et à l'article L. 301-1 du code de la construction et de l'habitation ;

- de réaliser des opérations de construction et de restauration pouvant bénéficier de la réglementation sur le logement social ;
- de faire réaliser tous travaux au nom et pour le compte des collectivités publiques dans le cadre de la loi du 12 juillet 1985 ;
- de mettre en place des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique, sociale et culturelle du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises ;
- et, plus généralement, l'équipement et la construction d'ouvrages nécessaires au développement de la vie économique et sociale des collectivités territoriales, ainsi qu'au renouvellement urbain, principalement sur des opérations de reconversion de friches industrielles...

Elle exercera l'ensemble de ses activités tant pour son propre compte que pour celui d'autrui ; en particulier, elle pourra exercer ses activités dans le cadre de conventions passées dans les conditions définies aux articles L. 1523-2 à L. 1523-4 du code général des collectivités territoriales.

À cet effet, la société effectuera toutes opérations mobilières, immobilières, commerciales, industrielles et financières se rapportant aux objets définis ci-dessus, ou a des objets similaires ou connexes. Elle pourra notamment créer et animer toute filiale d'étude, en y associant sous la forme juridique appropriée, les partenaires futurs des opérations envisagées.

Elle pourra, en outre, réaliser de manière générale toutes les opérations qui sont compatibles avec cet objet ou qui contribuent à sa réalisation. »

2.2.2 Les activités immobilières

Il s'agit de la construction d'opérations neuves, de rénovation ou de réhabilitation, ayant pour objet la réalisation de logements, de bureaux, de bâtiments à usage industriel ou commercial ainsi que de la location, la vente, la location-vente, la gestion, l'entretien et la mise en valeur des immeubles.

Le code de l'urbanisme, dans son article L. 540-2 envisage le cas particulier de Sem dans des zones souffrant de sous emploi grave et permanent et d'un développement économique insuffisant (zones éligibles aux aides publiques dans le cadre de l'aménagement du territoire), disposant à la fois d'un objet social relatif, d'une part, à la construction et, d'autre part à l'aménagement dans lesquelles l'État peut être amené à prendre une participation. On rappellera toutefois que, ce cas précis ne saurait constituer une dérogation à la règle de détention majoritaire du capital par les seules collectivités territoriales.

EXEMPLE

À titre illustratif on évoquera l'objet social d'une Sem à vocation immobilière :

« La société a pour objet :

- la construction ou l'acquisition de tous immeubles ou parties d'immeubles à usage principal d'habitation, à usage de travailleurs saisonniers ou à vocation d'intérêt général, notamment dans le domaine de l'économie locale, du tourisme, de la santé, de l'action sociale, de la culture, des sports et des loisirs ;
- la location ou la vente de ces immeubles ;
- la gestion, l'entretien et la mise en valeur par tous moyens des immeubles construits ou acquis.

Elle pourra réaliser toutes les opérations qui sont compatibles avec cet objet, s'y rapportent et contribuent à sa réalisation. »

2.2.3 Les services publics à caractère industriel et commercial et les activités d'intérêt général

Pour ce qui est des services à caractère industriel et commercial on citera, sans que cela ne soit exhaustif eu égard à leur grande diversité, les domaines d'activités suivants : le transport urbain, les remontées mécaniques, la production et la distribution d'eau, l'assainissement, la production et la distribution d'énergie, le chauffage urbain, le service extérieur des pompes funèbres, la gestion d'abattoirs...

Il pourra également s'agir de certains services publics à caractère administratif (SPA). C'est ainsi que le Conseil d'État a admis la possibilité pour une Sem de gérer des services, tels que le ramassage des ordures ménagères, la restauration scolaire, le stationnement sur voirie ou encore la gestion d'une pépinière d'entreprises.

Cette faculté est toutefois limitée aux services publics à caractère administratif susceptibles d'être délégués à une personne privée, sous réserve que le service ne soit pas au nombre de ceux qui par leur nature même ou par la volonté du législateur ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même (état civil, police...).

Un problème particulier s'est posé pour la gestion des musées. À juste titre, de nombreuses collectivités estiment que la gestion d'une telle structure a évolué et qu'à sa vocation patrimoniale traditionnelle s'est adjoint un rôle de promotion culturelle. Le ministère de l'intérieur a reconnu que rien ne s'opposait à ce qu'une Sem puisse gérer un musée local mais préconise en ce cas la formule duale (conseil de surveillance et directoire) pour « préserver l'indépendance de la fonction de conservateur ».

À l'inverse, la profession de taxi ne saurait pouvoir être confiée à une Sem, ladite profession ne figurant pas au nombre des activités susceptibles d'entrer dans le champ de compétences des collectivités territoriales.

Par ailleurs, depuis la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, les Sem peuvent intervenir pour effectuer des opérations de conception, de réalisation, d'entretien, de maintenance et, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médicaux-sociaux.

En outre, en cas de carence de l'initiative privée, une Sem pourra, au nom de l'intérêt général, avoir une activité sans faire obstacle au principe tricentenaire de la liberté du commerce et de l'industrie. Encore faudrait-il soigneusement démontrer la carence ou la défaillance de l'initiative privée. Ceci n'est pas toujours aisé d'autant que la notion d'intérêt général est définie, au cas par cas, par la jurisprudence et qu'elle s'apprécie au regard de l'existence d'un intérêt public local et par rapport à des circonstances de temps et de lieu. Ainsi, dans deux cas spécifiques, le Conseil d'État a refusé de retenir comme activité d'intérêt général d'une part, la production et la distribution de fleurs, d'autre part la production, la fabrication et la mise en œuvre de matériaux en vue de la construction ou de l'entretien de routes (CE 10 octobre 1994, Préfet de la région Lorraine ; CE 23 décembre 1994, Cne de Clairvaux d'Aveyron).

EXEMPLE

À titre illustratif, on évoquera trois exemples pratiques :

Objet social d'une Sem de développement économique récemment constituée

« La société a pour objet, dans l'intérêt général du bassin économique de :

- la coordination et la mise en œuvre de la stratégie de développement économique durable du territoire, dans le respect des politiques définies par les collectivités territoriales ;
- l'expertise sur les projets économiques structurants ;
- la promotion de l'offre territoriale auprès des milieux d'affaires et des porteurs de projets ;
- la prospection, l'accueil et l'accompagnement des porteurs de projets et des investisseurs dans une logique de guichet unique, en coordination avec les acteurs institutionnels et privés concernés.

D'une manière générale, elle pourra accomplir toutes les actions nécessaires dans le cadre d'études, de conseils et d'ingénierie des projets permettant le renforcement de l'attractivité du territoire et l'enrichissement du tissu économique.

De manière non exhaustive, la société pourra ainsi se consacrer aux projets suivants : intelligence économique, préconisations en matière d'immobilier d'entreprise, développement de l'offre de formation, accompagnement des cadres nouvellement implantés, évènementiel d'entreprise...

Les interventions de la société seront toujours organisées en complémentarité avec les autres organismes de développement économique intervenant sur le bassin, en fonction des compétences des différents intervenants. »

Objet social d'une Sem intervenant dans le domaine touristique

« La société a pour objet :

- la promotion du tourisme dans la commune de par des actions d'accueil, d'information et de communication et des actions de type office de tourisme ;
- l'organisation et la promotion d'évènements ;
- la création et la gestion des équipements touristiques et culturels ;
- le développement de nouveaux produits touristiques : tourisme d'affaire, grande plaisance...

D'une manière plus générale, elle pourra accomplir toutes les opérations financières, commerciales, industrielles, civiles, immobilières ou mobilières qui sont compatibles avec cet objet, s'y rapportent et contribuent à sa réalisation. »

Objet social d'une Sem intervenant dans le domaine de l'énergie

« La société a pour objet :

- la gestion du réseau d'électricité et la fourniture d'électricité dans la commune de..... ;
- la gestion du réseau de distribution de gaz et la fourniture de gaz dans la commune de..... ;
- la gestion de réseaux de distribution de gaz et d'électricité dans le cadre de délégations de service public consentie par toute autre collectivité territoriale disposant du pouvoir concédant ;
- la fourniture de gaz et d'électricité à tout client éligible sur le territoire national ;
- l'achat pour revente du gaz et de l'électricité ;
- la production d'électricité ;
- l'exploitation de tous services publics complémentaires à ceux exercés dans le domaine énergétique ;
- l'exploitation et l'entretien de réseaux d'éclairage public ;
- la promotion et la commercialisation des énergies renouvelables et de toute opération concourant au développement durable ;
- la mise en valeur, l'ingénierie et l'entretien dans le domaine énergétique ;

- et, plus généralement, toute opération financière, commerciale, industrielle, mobilière et immobilière se rattachant directement ou indirectement à l'objet social défini ci-dessus, soit directement, soit indirectement, par des prises de participation dans des sociétés commerciales, celles-ci étant soumises aux dispositions de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales. »

2.2.4 La pluriactivité des Sem

L'article L. 1521-1 du CGCT dispose que « lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires ». À défaut de définition plus précise de la notion de complémentarité on peut penser que celle-ci recouvre la connexité d'activités qui sont liées entre elles par la recherche d'un même objet. Au demeurant, le Conseil d'État a admis que les activités complémentaires d'un service public étaient légales dès lors que ces activités constituaient un accessoire nécessaire au fonctionnement du service. Mais, la théorie de l'accessoire connaît des limites et, en particulier, la Haute Juridiction a refusé de justifier les interventions des services publics des collectivités territoriales sur le marché concurrentiel dès lors que ces interventions étaient effectuées dans le seul souci d'équilibrer financièrement un service public déficitaire.

À cet égard, la circulaire du 16 juillet 1985 a apporté quelques timides précisions sur la notion de complémentarité. Ainsi, des activités d'aménagement et de construction d'équipements publics peuvent être confiées à la même société. La même circulaire évoque également le cas d'une opération de construction d'un parking et sa gestion qui peuvent également être assurées par la même Sem.

Pour autant cette énumération, au demeurant fort limitée, n'est pas satisfaisante et laisse place à des incertitudes, dans la mesure où elle ne permet pas de cerner la notion de complémentarité.

Il existe toutefois, en pratique, de nombreuses Sem pluriactivités dont la complémentarité déborde largement le cadre réglementaire sans que l'on puisse toutefois s'en prévaloir, l'appréciation du contrôle de légalité n'étant pas toujours géographiquement uniforme.

2.2.5 La filialisation d'activités

L'article L. 1524-5 du CGCT dispose, dans son dernier alinéa : « toute prise de participation d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès de la ou des collectivités territoriales et de leurs groupements actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration, en application du premier alinéa du présent article [...] ». Voilà pour le principe qui découle directement des dispositions de la loi du 29 janvier 1993 (loi Sapin). On rappellera qu'antérieurement, les prises de participation découlaient du droit commun des sociétés commerciales, la loi du 7 juillet 1983 n'ayant pas prévu de dispositions particulières dans ce domaine, ce qui avait pu conduire certaines Sem à pratiquer une filialisation à outrance.

Toutefois, le même article du CGCT prévoit des exceptions : « [...] Les sociétés d'économie mixte locales mentionnées à l'article L. 1522-6 ne sont pas autorisées à prendre des participations dans le capital d'une société commerciale. » Il s'agit, limitativement des Sem intervenant dans

le domaine de la santé et ayant pour objet exclusif la conception, la réalisation, l'entretien ou la maintenance ainsi que, le cas échéant, le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux » (loi n° 2004-806 du 9 août 2004).

On observera que les prises de participation sont donc désormais légitimées ce qui, au demeurant, met fin à une longue controverse entre auteurs, certains estimant que celles-ci étaient possibles, d'autres que celles-ci n'étaient pas possibles et d'aucuns, enfin, qu'elles étaient « juridiquement possibles mais déontologiquement non acceptables ».

Mais, qu'entend-on par « prises de participation » ? À cet égard, le code de commerce ne définit que deux seuils :

- est réputée filiale, toute société dont plus de la moitié du capital appartient à une autre société (article L. 233-1) ;
- il y a participation lorsqu'une société détient dans une autre société une fraction de capital comprise entre dix et cinquante pour cent (article L. 233-2).

Néanmoins, au-delà de ces seuils, le code de commerce accorde une place toute particulière à la notion de contrôle d'une société sur une autre. Ainsi, une Sem sera considérée comme contrôlant une autre société :

- lorsqu'elle détient, directement ou indirectement, une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales ;
- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société (en vertu par exemple d'un accord avec les autres actionnaires) ;
- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales.

On retiendra que ce contrôle est présumé dès lors que la société dispose, directement ou indirectement, de 40 % au moins des droits de vote et qu'aucun autre associé ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure.

Au surplus, point n'est besoin qu'une société dispose même directement d'actions de la société contrôlée dès lors qu'elle contrôle directement des sociétés tierces qui elles-mêmes détiennent la majorité des droits de vote dans la société dont il s'agit.

Ainsi, si une Sem A contrôle à hauteur de 51 % une société B laquelle dispose de 30 % des droits de vote dans une société D et de 30 % des droits de vote d'une société C ayant également 30 % des droits de vote de D, A sera considérée comme contrôlant la société D.

Pour autant, la prise de participation majoritaire ou minoritaire, ne peut intervenir qu'à l'égard de sociétés ayant un objet similaire ou complémentaire avec celui de la société « mère ». Cela pourra être, par exemple, le cas d'une Sem ayant dans son objet social la distribution et la production d'électricité et qui déciderait de filialiser cette dernière activité ou encore d'acquérir plus de 50 % du capital d'une société commerciale de production d'électricité.

Curieusement, la loi Sapin et l'article L. 1524-5 qui en est sa transposition, ne visent que les prises de participations dans des sociétés *commerciales*. Nonobstant une position un peu outrancière prise il y a quelques années par le ministère de l'intérieur et visant à laisser croire que le législateur avait entendu inclure également dans cette acception les sociétés *civiles*, force est de reconnaître que les prises de participation dans des sociétés civiles restent libres. Ainsi, une Sem de construction pourra librement constituer une SCI ou prendre une participation dans une SCI sans formalisme particulier. Néanmoins on ne pourra qu'encourager, dans un tel cas, l'information des collectivités territoriales, fût-ce *a posteriori*.

Par ailleurs, on précisera que les participations dites « croisées » sont réglementées. En effet si une Sem A détient plus de 10 % du capital d'une Sem B (ou d'une quelconque société commerciale), cette dernière ne pourra détenir aucune action de la Sem A.

Au-delà des prises de participation, les règles comptables devront être observées et conduiront, d'une part à une consolidation des comptes de la filiale dans ceux de la « mère » ainsi qu'à la désignation d'un second commissaire aux comptes titulaire si, durant deux exercices sociaux, l'ensemble « mère-fille(s) » dépasse deux des trois seuils suivants :

- total du bilan : 15 millions d'euros ;
- chiffre d'affaires (hors taxes) : 30 millions d'euros ;
- nombre de salariés permanents : 250.

► **Attention**

On ajoutera que les élus auront garde de n'être ni administrateur, ni président d'une filiale de Sem, la loi ne leur reconnaissant pas alors le bénéfice des dispositions de l'article L. 1524-5 alinéa 9 ce qui revient à dire que, ce faisant, ils seraient considérés comme entrepreneurs de services municipaux et, dès lors, risqueraient l'inéligibilité.

2.3 **Actionnariat des Sem**

La loi dispose que les collectivités territoriales et leurs groupements doivent détenir au minimum 50 % et une action du capital des Sem et au maximum 85 % du même capital.

Par voie de conséquence, la participation minimale des autres actionnaires (dont au moins une personne privée, physique ou morale) doit être de 15 %.

Sachant que, par stricte application du droit commun des sociétés commerciales, la Sem devra comporter au moins 7 actionnaires, on se trouve donc, le plus souvent, en présence de trois types d'actionnariat :

- les collectivités territoriales et leurs groupements ;

- les autres actionnaires publics ;
- les actionnaires privés.

2.3.1 Les collectivités territoriales et leurs groupements

Au titre de ce premier groupe d'actionnaires, on comptabilisera les actions détenues limitativement par les entités suivantes : les communes, les départements, les régions et les établissements de coopération intercommunale (communautés de communes, communautés d'agglomération, communautés urbaines...), interdépartementale ou interrégionale ainsi que les syndicats mixtes. Ce principe est d'application stricte et, de ce fait, s'il advient que l'État soit actionnaire d'une Sem, sa participation ne pourra être comptabilisée dans ce collège puisque l'État n'est pas une collectivité territoriale.

Est-ce à dire que n'importe quelle collectivité territoriale peut prendre n'importe quelle participation dans une Sem ? Certainement pas. Ainsi, une commune membre d'un syndicat communautaire ou d'une intercommunalité ne pourra participer à l'actionnariat d'une Sem dès lors que l'objet de la société s'inscrit dans le cadre de compétences transférées par la commune au syndicat ou à l'intercommunalité dont il s'agit. Deux exemples récents (en Rhône-Alpes et en Auvergne) ont amené le contrôle de légalité à rappeler ce point fondamental. Néanmoins, dans le cas où l'objet de la Sem concerne à la fois des compétences transférées et des compétences maintenues, les collectivités concernées (commune et syndicat ou groupement de communes) pourront néanmoins être actionnaires de la Sem.

La loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite « loi SRU ») et la loi du 2 janvier 2002 portant modernisation du statut des Sem ont assoupli les conditions de participation des collectivités locales étrangères au capital des Sem. Rendues possibles dès la loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (dite « loi ATR »). Ces participations sont désormais incluses dans le calcul de la détention des collectivités territoriales appartenant à un pays membre de l'Union européenne sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un accord préalable de réciprocité. En outre, elles peuvent détenir, séparément ou à plusieurs, jusqu'à la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants détenus par l'ensemble des collectivités territoriales.

2.3.2 Les autres actionnaires publics

Aux termes de l'article L. 1521-1 du CGCT les sociétés d'économie mixte locales doivent associer les collectivités territoriales susvisées « à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques ».

En ce qui concerne ces dernières, il pourra s'agir de l'État, d'un établissement public national, d'un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), d'une chambre consulaire ou encore d'un établissement public local ne constituant pas un groupement tel qu'un OPHLM, un OPAC ou encore une régie dotée de la personnalité morale.

Depuis la loi n° 2004-806 du 9 août 2004, les établissements de santé, les établissements médico-sociaux et les groupements de coopération sanitaire peuvent également participer au capital des Sem à objet social consacré à la conception, la réalisation, l'entretien, la maintenance ou le financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux.

2.3.3 Les actionnaires privés

Ce dernier type d'actionnariat est extrêmement varié, à tel point qu'un « club des actionnaires » a été créé par la Fédération des Sem avec les plus importants d'entre eux. Il rassemble l'Agence française de développement, le groupe Caisse des dépôts et consignations, le Crédit Foncier, la Caisse nationale des Caisses d'Épargne et de Prévoyance, la Caisse nationale du Crédit Agricole, le Crédit coopératif, Dexia Crédit local, Électricité de France, France Télécom, Gaz de France, GFF habitat et ICADE CITES (filiales de la CDC), la Poste, la RATP, Réseau Ferré de France, la SCET, la SNCF et TRANSDEV.

À titre illustratif, on donnera quelques exemples de ces partenariats. Ainsi, dans des Sem d'aménagement trouvera-t-on couramment :

- des chambres consulaires ;
- des chambres syndicales (géomètres experts...) ;
- des ordres professionnels (architectes...) ;
- des comités d'expansion économique ;
- des entreprises du BTP ;
- des syndicats d'initiative...

Dans des Sem immobilières :

- des bailleurs publics (OPHLM, OPAC...) ;
- des bailleurs privés ;
- des Sem d'État (SONACOTRA...) ;
- des CIL...

Dans des Sem de services :

- des opérateurs privés (Lyonnaise des Eaux, Vivendi, Suez, Elyo, Sita, Dalkia, la SAUR, Bouygues, Total, Cegelec, Spie Trindell, Michelin, Air France, Renault, Schneider Electric, des sociétés de casinos...) ;
- des opérateurs publics (CNRS, EDF, Gaz de France, la SNCF, des Universités...) ;
- des professionnels en relation avec l'objet de la Sem (hôteliers, prestataires...) ;
- des associations ;
- des réseaux (Transdev, la SCET...).

De manière générale les banques et établissements financiers sont fréquemment présents dans le capital des Sem :

- des établissements d'État (Caisse des dépôts et consignations ou ses filiales...);
- des établissements spécialisés (Dexia, Crédit local de France...);
- des établissements bancaires privés (Banque Populaire, BNP Paribas, Banque de Savoie, Caisse d'Épargne, Crédit Agricole, Crédit Lyonnais, Crédit du Nord, Crédit Mutuel, Crédit commercial et industriel, Lyonnaise de Banque, Société Générale...);
- des banques étrangères (Banca Commerciale Italiana, Monte Paschi Bank...).

De même que des opérateurs de tous horizons :

- Météo France ;
- le Groupe Barrière ;
- le Club Méditerranée ;
- des sociétés de courses ;
- le Groupe Casino ;
- Pierre et Vacances ;
- des médias (*L'Équipe, Le Dauphiné libéré...*), etc.

Plus particulièrement, dans des Sem gérant des services funéraires on pourra trouver, au-delà d'autres actionnaires, des mutuelles, et/ou dans des Sem gérant des abattoirs, des coopératives de bouchers et de charcutiers...

Une analyse de la typologie de l'actionnariat dans un secteur particulier, celui des parcs des expositions, montre que sur un échantillonnage d'une vingtaine de Sem, on peut relever l'actionnariat suivant :

- la Caisse des dépôts et consignations (dans 14 cas) ;
- les chambres consulaires (dans 12 cas) ;
- la Caisse d'Épargne (dans 9 cas) ;
- le Crédit Agricole (dans 4 cas) ;
- d'autres établissements bancaires (dans 5 cas) ;
- des assureurs : UAP, Groupama, GAM, GMF (dans 4 cas) ;
- des offices du tourisme, des syndicats d'initiatives, des actionnaires divers (Promodès, la Fédération du BTP, des journaux...).

On n'omettra pas de préciser que dans certains cas de Sem mono-collectivité on trouvera également, afin de respecter la règle des 7 actionnaires dont au moins une personne privée, des personnes physiques et, dans certaines Sem importantes, le personnel des sociétés (ce point particulier est traité en 2.7.6).

Ainsi, ce qui pourrait laisser penser à un « inventaire à la Prévert » n'est, en fait, que la preuve de la diversité des partenariats publics privés et de la vitalité de l'économie mixte locale.

2.4 Règles de capital

2.4.1 Règles générales

Les apports en capital pourront se faire par deux moyens, exclusifs l'un de l'autre ou combinés : l'apport en numéraire et l'apport en nature.

L'apport en numéraire

Il s'agit de l'apport de sommes d'argent versées par les souscripteurs. L'apport pourra être soit total, soit partiel. La fraction immédiatement libérable (au moins 50 %) est fixée d'un commun accord entre les actionnaires. Le surplus devra être versé, en une ou plusieurs fois, dans le délai de cinq ans sur appels de fonds du conseil d'administration.

S'agissant de la libération minimale originelle du capital, une ambiguïté juridique existe entre l'article L. 225-3 alinéa 2 du code de commerce, qui dispose que celle-ci ne peut être inférieure à la moitié du montant nominal des actions et l'article L. 242-1 qui ne prévoit de sanctions pénales qu'en cas de libération inférieure au quart de la valeur nominale. Bien qu'il s'agisse manifestement d'une omission d'harmonisation du législateur, on pourrait admettre de pouvoir continuer à s'en tenir à une libération minimale du quart, conformément au principe d'interprétation stricte des dispositions pénales.

Néanmoins on se gardera bien de préconiser un tel usage dans les Sem où la libération partielle du capital n'est pas à encourager sauf à permettre à des collectivités territoriales de pouvoir procéder à l'acquisition d'actions de capital sur deux exercices budgétaires proches l'un de l'autre et dans la mesure où la capitalisation nécessaire est importante.

L'apport en nature

On entend par là tout apport d'un bien autre que de l'argent. Il peut s'agir de biens immeubles (terrains, bâtiments...), comme de biens meubles, tant corporels (mobilier, matériel, outillage...) qu'incorporels (brevets, licences, logiciels...).

Les collectivités territoriales peuvent procéder à des apports en nature sous réserve que les biens apportés appartiennent à leur domaine privé et après délibération expresse de celles-ci.

Dans tous les cas, quelle que soit sa provenance, publique ou privée, l'apport doit faire l'objet d'une évaluation par un commissaire aux apports que l'on fera nommer par requête présentée au président du tribunal de commerce du ressort.

Modèle de requête pour la désignation d'un commissaire aux apports

Requête à Monsieur le Président du tribunal de commerce de

M..... (Maire de, Président de la communauté de communes de) a l'honneur de vous exposer qu'il a l'intention de constituer avec d'autres personnes une société anonyme d'économie mixte locale dénommée, en vue de (objet) et qu'il est prévu de faire à ladite société un apport en nature consistant en (désignation précise).

C'est pourquoi, conformément aux dispositions légales en vigueur le requérant demande qu'il vous plaise de bien vouloir désigner un commissaire aux apports qui aura pour mission d'apprécier et d'évaluer l'apport en nature envisagé et d'établir un rapport qui sera soumis aux futurs actionnaires de la société d'économie mixte locale

Présentée à, le

2.4.2 Particularités

Par rapport au droit commun des sociétés commerciales, il existe deux dérogations fondamentales :

Dérogation à la règle du capital minimum

La constitution d'une société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne suppose la fixation d'un capital social minimum de 37 000 €. Il en va de même pour les Sem de services.

Par contre, dès la loi du 7 juillet 1983 deux limitations à ce principe ont été introduites. Ce capital minimum doit s'établir :

- à 225 000 € pour les Sem ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitations, de bureaux ou de locaux industriels destinés à la vente ou à la location ;
- et à 150 000 € pour les Sem ayant dans leur objet l'aménagement.

Lorsqu'une Sem a pour objet social à la fois l'aménagement et la construction, les deux montants indiqués ci-avant ne se cumulent pas mais la société doit constituer le capital social équivalent au plus élevé des deux seuils. Il en irait de même pour une Sem d'aménagement qui viendrait, par décision de l'assemblée générale extraordinaire, de décider d'étendre son objet social à des opérations immobilières.

Par ailleurs, on précisera que dans l'hypothèse où la Sem ferait appel à l'épargne publique (le cas s'est parfois produit), son capital doit obligatoirement s'établir au minimum à 225 000 €.

Nonobstant ces seuils légaux, on rappellera que la capitalisation doit, avant toute autre considération, être fonction de la consistance du projet, de l'importance des investissements à réaliser et du besoin en fond de roulement. La plupart du temps ces éléments conjugués montrent que le seuil légal de capitalisation est insuffisant par rapport aux nécessités économiques et financières.

Dérogation à la règle de répartition du capital

La loi du 2 janvier 2002 a désormais fixé le seuil maximum de participation des collectivités territoriales au capital des Sem à 85 %, le minimum restant, par ailleurs, établi à « plus de la moitié du capital, c'est-à-dire au moins 50 % du capital et une action (et non 51 % comme on l'entend dire fréquemment). Cela vaut pour les seules collectivités territoriales dont il n'est pas inutile de rappeler (la question étant souvent posée) qu'il s'agit limitativement des communes, des départements, des régions et de leurs groupements (communautés de communes, communautés d'agglomération...). Les collectivités territoriales étrangères peuvent être incluses dans le calcul de cette participation sous réserve d'un accord préalable entre les États concernés et dans la limite d'une participation n'excédant pas la moitié du capital. Il faut ajouter qu'en cas de participation de l'État, celle-ci ne saurait être comptée dans la part des collectivités territoriales puisque l'État n'est pas, au plan juridique, une collectivité territoriale.

Ce niveau important de détention imposé aux collectivités territoriales peut surprendre. On rappellera à cet égard que la loi du 7 juillet 1983 avait fixé à 80 % le seuil maximum tandis que la législation antérieure (décret-loi Poincaré du 28 décembre 1926 et décret du 20 mai 1955) limitait à 40 % puis à 65 % la participation maximale des collectivités.

Cette évolution inversée interpelle. Alors que dans la plupart des pays de l'Union européenne la composition du capital des entreprises publiques locales n'est soumise à d'autres contraintes que celles du droit des sociétés, on ne peut que s'étonner du durcissement de la position du législateur français. Car s'il est aisé de prétendre que dans une répartition 50/50 du capital on est dans une parfaite mixité, dans quel type de relation se trouve-t-on lorsque le ratio est de 85 pour 15 ?

Ceci masque pourtant une tentative louable de modification des règles de capital. En effet, le rapporteur à l'assemblée nationale du projet de loi relative à la modernisation du statut des Sem avait proposé, fin 2001, avec l'accord de la commission des lois, deux amendements tendant à permettre aux collectivités de détenir une participation comprise entre 34 % et 100 % (au lieu de respectivement 50 % et 80 %, sous l'emprise de la loi de 1983).

Le premier de ces amendements avait pour objet de réduire de 50 à 34 % le seuil minimal de participation des collectivités territoriales de manière à « instaurer des conditions de participation suffisamment attractives pour les partenaires privés, notamment dans le secteur des services, tout en laissant aux collectivités locales une minorité de blocage dans les assemblées générales extraordinaires, indispensable pour leur permettre de veiller au respect de l'intérêt général. »

Le second amendement prévoyait de porter de 80 à 100 % le plafond de participation des collectivités afin de leur permettre « d'utiliser seules, sans partenariat privé, le cadre juridique des sociétés commerciales [...] dans le cadre d'opérations d'aménagement ou d'intérêt public pour lesquelles, compte tenu de leur rentabilité incertaine, les acteurs publics peinent à trouver des capitaux privés. »

Le gouvernement s'est montré défavorable aux deux amendements au double motif que l'abaissement du seuil à 34 % était de nature à priver les collectivités territoriales du contrôle effectif de la Sem et que la détention à 100 % du capital par les collectivités remettait en cause la notion même de mixité et « pouvait conduire à une nouvelle forme de concession des services publics dépourvue des garanties de procédures instituées par la loi du 19 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. »

Bien évidemment, face à une telle position, le rapporteur ne pouvait que retirer ses amendements. Mais, ce qui s'est passé en 2001, montre que l'on peut s'attendre, dans un avenir que l'on peut souhaiter proche, à ce que les règles de capital évoluent encore. Seule l'impréparation des mesures proposées lors de la discussion parlementaire de la loi du 2 janvier 2002 peut expliquer la position gouvernementale qui, au demeurant, est fort mal étayée.

Car de quoi parle-t-on en fait ? Sans vouloir ouvrir ici de débat particulier on rappellera simplement un certain nombre d'évidences :

- il existe déjà de nombreuses exceptions à la participation majoritaire des collectivités territoriales dans le capital des Sem, résultant soit de la loi du 7 juillet 1983, soit de dispositions spécifiques ;
- la détention de 34 % du capital d'une société permet son parfait contrôle dans la mesure où le reste de l'actionariat est fractionné ;
- la détention à 100 % du capital remet bien évidemment en cause le principe même de la mixité mais l'on pourrait concevoir alors qu'il s'agisse d'une SASU (société anonyme simplifiée unipersonnelle), telle que le permet le droit commun.

2.5 Représentation des collectivités territoriales dans les organes sociaux

2.5.1 Règle

Aux termes de l'article L. 1522-1, 2° du CGCT, « les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés *et des voix dans les organes délibérants.* »

Le nombre de sièges qui leur est réservé obéit à des modalités précises. Tout d'abord, toute collectivité actionnaire a droit au moins à un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante (CGCT, article L. 1524-5 alinéa 1^{er}). Il en résulte donc que les représentants des collectivités territoriales *ne*

peuvent être que des élus. À la question, parfois posée, de la désignation éventuelle d'un directeur général des services (DGS), d'un ancien élu ou d'une « personne qualifiée », la réponse est donc négative.

Ensuite les collectivités actionnaires disposent d'un nombre de sièges « dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales par rapport au capital de la société, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure ».

Dans le cas où certaines collectivités ne peuvent pas obtenir de siège, soit en raison du nombre important de collectivités publiques actionnaires, soit en raison de leur faible participation, celles-ci seront indirectement représentées par une « assemblée spéciale » (voir ci-après point 2.6).

2.5.2 Répartition des sièges

On sait que ce sont les statuts qui fixent librement la composition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance dans les limites légales (3 au minimum et 18 au maximum).

Dans le cas d'une Sem mono-collectivité, la répartition sera donc aisée. Supposons une Sem dont le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) est composé de 10 administrateurs. Dans l'hypothèse d'une participation de la collectivité publique correspondant à 50 % et 1 action, celle-ci disposera de 6 sièges (soit plus de la moitié des voix de l'organe délibérant). Dans le cas d'une participation de 66 % et 1 action (niveau minimum de participation requis pour qu'il ne puisse exister de « minorité de blocage »), le nombre de sièges détenu par la collectivité sera de 7. Il s'établira à 8 sièges pour une participation de 80 % et à 9 sièges pour une participation de 85 %.

Dans le cas d'une Sem pluri-collectivité, la répartition des sièges se fera de la manière suivante. Dans un premier temps on calculera l'ensemble des sièges revenant aux collectivités territoriales en additionnant leurs participations et en procédant comme indiqué ci-dessus. Puis on calculera le nombre de sièges revenant à chaque collectivité actionnaire. Ainsi, chaque collectivité détenant une fraction de capital au moins égale au rapport de 1 sur l'effectif du conseil disposera d'un siège.

Prenons un exemple concret. Le capital d'une Sem est réparti comme suit :

- collectivité A : 30 % ;
- collectivité B : 20 % ;
- collectivité C : 10 % ;
- collectivités D, E, F, G : 2,5 % chacune ;
- autres actionnaires publics et privés : 30 %.

En gardant l'exemple précédent d'un conseil composé de 10 membres, la répartition sera donc la suivante :

- ensemble des collectivités : 70 % soit 7 sièges ;
- autres actionnaires : 30 % soit 3 sièges ;

La répartition des sièges entre collectivités se fera comme suit :

- collectivité A : 4 sièges ;
- collectivité B : 2 sièges ;
- collectivité C : 1 siège ;
- collectivités D, E, F et G : 1 siège commun au titre de l'assemblée spéciale ;
- autres actionnaires : 3 sièges.

Mais il arrive fréquemment que le calcul soit plus complexe.

Reprenons l'exemple évoqué sur d'autres bases :

- collectivité A : 34 % ;
- collectivité B : 15 % ;
- collectivité C : 10 % ;
- collectivités D, E, F, G : 2,5 % chacune ;
- autres actionnaires : 31 %.

Le conseil comporte 12 sièges. La répartition sera donc la suivante :

- ensemble des collectivités : 69 % soit 8 sièges ;
- autres actionnaires : 31 % soit 4 sièges.

La répartition des sièges entre collectivités se fera comme suit :

- collectivité A : 4 sièges ;
- collectivité B : 2 sièges ;
- collectivité C : 1 siège ;
- collectivités D, E, F, et G : 1 siège commun au titre de l'assemblée spéciale ;
- autres actionnaires : 4 sièges.

2.6 L'assemblée spéciale

La loi a posé pour principe, on l'a vu, que toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales a droit au moins à un représentant au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance pour les sociétés duales). Mais il peut advenir qu'une ou plusieurs collectivités, en raison de leur participation réduite au capital ne puissent disposer d'un siège chacune. En ce cas, par application de l'article L. 1524-5 alinéa 3 du CGCT on les réunit dans une assemblée dite spéciale, un siège au moins leur étant alors réservé.

EXEMPLE

Prenons un exemple pratique : une Sem est constituée entre 5 collectivités territoriales et 3 partenaires privés. Une collectivité locale dispose de 60 % du capital, les trois autres collectivités de 2 % chacune et les actionnaires privés de 34 %. Le conseil d'administration est composé de 10 sièges. La collectivité disposant de 60 % du capital aura droit à 6 sièges d'administrateurs, les actionnaires privés à 3 sièges et le représentant de l'assemblée spéciale qui groupera les trois collectivités disposant chacune de 2 % du capital aura droit au dixième siège.

L'assemblée spéciale se réunit pour la première fois à l'initiative d'au moins une des collectivités concernées. Cette assemblée comprend un délégué de chaque collectivité territoriale actionnaire ne disposant pas d'un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Dans le silence de la loi on préconisera de réunir cette assemblée avant la constitution de la Sem pour éviter de doubler les formalités de publicité légale et d'immatriculation.

Cette assemblée élit son président et désigne en son sein le ou les représentants communs au conseil d'administration ou de surveillance. Une représentation « à tour de rôle » peut être instituée. Pour ce faire, il importe que l'assemblée établisse un règlement de fonctionnement. Chaque collectivité territoriale dispose au sein de cette assemblée d'un nombre de voix proportionnel au nombre d'actions dont elle dispose. Traditionnellement, un seul représentant de l'assemblée est désigné mais, la loi ayant utilisé une formule permettant une pluralité de représentants, on pourra utiliser cette faculté, pour autant que la composition du conseil d'administration le permette. Ainsi, dans une Sem normande constituée en 2004, deux délégués ont été désignés par quatre collectivités territoriales à participation réduite.

Le délégué ou, s'il y a lieu, les délégués sont obligatoirement des représentants des collectivités territoriales participant à l'assemblée spéciale. Leur responsabilité éventuelle incombe « solidairement aux collectivités territoriales ou aux groupements membres de cette assemblée ».

En pratique, l'assemblée spéciale doit se réunir au moins une fois par an pour entendre le rapport de son représentant (ou de ses représentants) au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Cette réunion a lieu sur convocation de son président et, à défaut, du ou des délégués ou encore à la demande de membres disposant au moins du tiers des actions regroupées dans l'assemblée spéciale.

Le ou les représentants de l'assemblée spéciale peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment. En ce cas, ladite assemblée est tenue de pourvoir simultanément à leur remplacement et d'en informer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance.

On précisera qu'outre la représentation de l'assemblée spéciale, un délégué spécial peut être également désigné dans le cas où une collectivité non actionnaire ou non représentée directement au sein des organes dirigeants a accordé une garantie d'emprunt à la Sem et souhaite, à ce titre, être en mesure d'exercer un contrôle direct sur la société. Il en irait de même si une collectivité territoriale non actionnaire acquérait des obligations émises par une Sem chargée d'exploiter un service public à caractère industriel et commercial (CGCT, art. L. 2253-2 et art. L. 1524-6 dernier alinéa).

2.7 Organisation de la Sem

Comme toute société anonyme, la Sem peut être organisée selon deux modes :

- le mode moniste ;
- le mode dualiste.

2.7.1 La Sem de type moniste

La Sem de type moniste est dotée d'un conseil d'administration, lequel élit en son sein un président.

Composition du conseil d'administration

Le conseil doit comprendre au moins 3 membres et au plus 18. Les administrateurs sont nécessairement actionnaires de la société et doivent détenir – hormis les représentants des collectivités territoriales – autant d'actions que l'ont prévu les statuts (le nombre peut être égal à un). Soit ces actions, dites de garantie, auront été acquises par les administrateurs lors de la constitution de la société s'ils font partie des actionnaires fondateurs, soit ceux-ci devront les acquérir dans les trois mois de leur nomination. En ce qui concerne les représentants d'associations ou de sociétés, on peut également recourir à la mise à disposition d'action(s). Une telle précaution est de nature à faciliter la restitution de l'action ou des actions de garantie en cas de démission, révocation ou encore décès.

Sur le plan juridique, cette mise à disposition s'assimile à un prêt de consommation et non un prêt d'usage.

Modèle de convention de mise à disposition d'action(s)

Entre les soussignés :
(Société, Association, Groupement...)

d'une part,
et,
M.....

d'autre part,
Il a été arrêté et convenu ce qui suit :

1 – met à la disposition de M..... 1 action (ou x actions) de la société, société anonyme d'économie mixte locale au capital de €, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de sous le numéro et dont le siège social est à

2 – M..... s'oblige à restituer cette action (ou ces actions) ainsi que toutes celles qui pourraient en provenir par voie d'attribution gratuite ou qui pourraient lui être substituées par suite de regroupement ou de division des actions existantes, de fusion, d'échange ou de toute autre opération.

3 – La restitution de l'action (ou des actions) objet de la présente mise à disposition devra intervenir de plein droit et sans délai à la date effective de cessation des fonctions de membre du conseil d'administration de M..... pour quelque cause que ce soit, démission, décès, révocation ou non renouvellement de son mandat social.

4 – L'action mise à disposition (ou les actions) seront inscrites au nominatif dans le registre des titres de la société

5 – Les droits et obligations résultant pour M..... de la présente lieront ses héritiers et ayants droit.

Fait à en double exemplaire, le

(Société, Association, Groupement)

M.....

Depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, assouplie par la loi du 29 octobre 2002 dite « loi Houillon », une même personne physique ne peut détenir simultanément plus de cinq mandats de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français, outre, le cas échéant, quatre mandats dans des sociétés non cotées. Cette règle n'est toutefois pas applicable aux mandats des représentants des collectivités territoriales (voir *infra* 4.1.1). Une personne morale peut être désignée administrateur mais, en ce cas, elle doit nommer un représentant permanent, le mandat de celui-ci ne comptant pas dans le calcul du cumul. Par ailleurs, si les salariés détiennent au moins 3 % du capital social (le cas existe dans au moins une Sem), ils ont obligatoirement droit à un siège d'administrateur.

On précisera que, dans le cas de désignation statutaire, les administrateurs sont nommés pour 3 ans alors que dans le cas de nomination par l'assemblée générale ordinaire ils le sont pour 6 ans.

Fonctionnement du conseil d'administration

Le conseil d'administration est un organe collégial, ce qui signifie que, pris individuellement, les administrateurs ne détiennent aucun pouvoir.

Les modes et délais de convocation du conseil d'administration, de même que la fréquence des réunions sont librement fixés dans les statuts. Bien qu'il n'y ait aucune règle stricte autre que la tenue d'un conseil pour arrêter les comptes sociaux dans les trois mois de la clôture des comptes, on préconisera la tenue de trois à quatre conseils d'administration dans l'année, afin de permettre un suivi régulier des grands dossiers et une bonne information des administrateurs.

Pouvoirs du conseil d'administration

Le conseil d'administration a pour principale mission de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs spécifiquement attribués par la loi aux assemblées générales et dans la limite de l'objet social, il peut se saisir de toutes les questions intéressant la bonne marche de la société et régler les affaires qui la concernent. Il s'agit donc de pouvoirs très larges.

Au-delà de cette formulation générale, le conseil d'administration tient de la loi certaines attributions précises :

- la convocation des assemblées générales ;
- l'établissement des comptes sociaux et du rapport annuel de gestion ;
- dans les sociétés employant au moins 300 salariés et ayant réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 18 millions d'euros, l'établissement des documents de gestion prévisionnelle et des rapports correspondants ;
- l'autorisation des conventions passées entre la société et l'un de ses dirigeants, administrateurs ou actionnaires disposant de plus de 5 % du capital ;
- la cooptation d'administrateurs ;
- la nomination et la révocation du président du conseil d'administration, du directeur général, du ou des directeurs généraux délégués et la fixation de leur rémunération ;
- la répartition des jetons de présence.

2.7.2 La Sem de type dualiste

Elle est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

Dans tous les actes et documents émanant de la société il conviendra d'indiquer, outre le fait qu'il s'agit d'une société d'économie mixte locale, que celle-ci est à directoire et à conseil de surveillance.

Le directoire

Composition

Il doit comporter un membre au minimum et cinq au maximum, appelés « directeurs », nommés par le conseil de surveillance dont l'un, *primus inter pares*, aura le titre de président du directoire. Généralement, le nombre de membres du directoire est fixé statutairement. À défaut, cette fixation relève des pouvoirs du conseil de surveillance. Lorsque le capital social est inférieur à 150 000 €, le directoire peut ne comporter qu'une seule personne qui prend alors le titre de « directeur général unique ». *A contrario*, dans les sociétés ayant un capital égal ou supérieur à 150 000 € le directoire doit comprendre au moins deux membres.

Les membres du directoire sont obligatoirement des personnes physiques. On insistera sur le fait qu'il ne peut s'agir d'élus car, nonobstant le fait que l'article L. 2253-5 du CGCT ait prévu qu'une commune puisse être membre du directoire (alors même que l'on ne peut, à la fois, être membre

du conseil de surveillance et du directoire), ceux-ci seraient considérés comme intervenant à titre personnel et non en qualité de représentant de la collectivité territoriale et perdraient alors les protections légales accordées aux administrateurs et aux membres du conseil de surveillance.

Les membres du directoire peuvent cumuler leur mandat avec un contrat de travail ; ainsi, un salarié peut devenir membre du directoire et, inversement, un membre du directoire peut devenir salarié.

La durée des fonctions du directoire peut être fixée statutairement, dans les limites comprises entre deux et six ans. À défaut de disposition statutaire, cette durée est de quatre ans.

La loi ne contient aucune disposition relative aux délibérations du directoire mais les statuts peuvent fixer un cadre précis de périodicité de réunion, de quorum, de majorité et imposer la tenue d'un registre des délibérations. Ceci est largement conseillé.

La rémunération des membres du directoire est librement fixée par le conseil de surveillance. Leur responsabilité est la même que celle des administrateurs.

Cumul de mandats

La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 avait limité à un le nombre de mandat pouvant être exercé par un membre du directoire et à un second mandat éventuel dans une société cotée. La loi Houillon du 29 octobre 2002 a admis la possibilité de deux mandats simultanés, même dans des sociétés sans lien direct, sous réserve que celles-ci ne soient pas cotées.

Rôle

Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, dans les limites de l'objet social et des pouvoirs expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Plus spécialement, il est investi des pouvoirs spécifiques suivants :

- la convocation des assemblées générales ;
- l'établissement des comptes annuels et, s'il y a lieu, des comptes semestriels (si la Sem emploie plus de 300 salariés et réalise un chiffre d'affaires égal à 18 millions d'euros) ;
- la réalisation d'augmentation ou de réduction de capital sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire.

La répartition des tâches entre membres du directoire est possible avec l'accord du conseil de surveillance. Néanmoins, les membres sont réputés agir collégialement en toutes circonstances. La présidence du directoire ne confère pas à son titulaire un pouvoir de direction plus étendu mais seulement la mission de représenter la société dans ses rapports avec les tiers. Le conseil de surveillance peut toutefois décider de conférer ce pouvoir de représentation à d'autres membres du directoire. En ce cas, la loi stipule qu'ils ont alors le titre de « directeurs généraux ».

► **Obligations du directoire à l'égard du conseil de surveillance :**

Elles sont assez contraignantes :

- au moins une fois par trimestre, le directoire doit présenter au conseil de surveillance un rapport écrit sur la marche de la société ;
- dans le délai de trois mois à compter de la clôture de l'exercice, le directoire doit arrêter les comptes annuels et les transmettre au conseil de surveillance ;
- le directoire doit également communiquer au conseil de surveillance le rapport annuel de gestion présenté à l'assemblée générale ordinaire.

Le conseil de surveillance

Composition

Comme le conseil d'administration, il doit être composé de 3 membres au moins et de 18 au plus, choisis obligatoirement parmi les actionnaires. Chaque membre du conseil de surveillance (hormis les représentants des collectivités territoriales) doit détenir un nombre d'actions fixé statutairement (au minimum une action).

Les premiers membres du conseil de surveillance peuvent, tout comme les administrateurs, être nommés statutairement (pour une durée de trois ans) ou par l'assemblée générale des actionnaires (pour une durée de six ans).

On précisera que le cumul des mandats s'applique dans des conditions identiques à celles des administrateurs (*voir supra* 2.7.1).

Fonctionnement

Comme le conseil d'administration, le conseil de surveillance est un organe collégial. Mais à la différence du conseil d'administration, il se réunit obligatoirement au moins quatre fois dans l'année pour examiner le rapport trimestriel du directoire et une fois de plus au besoin pour vérifier et contrôler les comptes sociaux établis par le directoire.

Le conseil de surveillance élit en son sein un président et un vice-président compétents pour convoquer le conseil de surveillance et diriger ses débats.

Le conseil de surveillance ne peut valablement délibérer que si la moitié au moins de ses membres sont effectivement présents.

Rôle

Le conseil de surveillance exerce un contrôle permanent de la gestion du directoire et, formellement, prend connaissance des rapports trimestriels du directoire et vérifie les comptes annuels.

Chaque année, il doit présenter à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires un rapport contenant ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice.

Pouvoirs

Le conseil de surveillance est spécifiquement investi des pouvoirs suivants :

- la nomination des membres du directoire et la fixation de leur rémunération ;
- la nomination du président du directoire ;
- la cooptation des membres du conseil de surveillance ;
- l'autorisation des conventions réglementées ;
- la répartition des jetons de présence.

Les membres du conseil de surveillance peuvent percevoir des jetons de présence et le président peut être rémunéré.

La responsabilité des membres du conseil de surveillance est limitée aux seules fautes personnelles qu'ils pourraient commettre dans l'exercice de leur mandat.

2.7.3 Choix entre la formule moniste et la formule dualiste

Au titre des avantages de la formule dualiste, on peut mentionner :

- la stricte séparation de la direction et du contrôle de la société ;
- la possibilité, en cas de pluralité de directeurs, d'aboutir à une meilleure répartition du travail et des attributions entre eux ;
- la responsabilité atténuée des membres du conseil de surveillance par rapport à celle des administrateurs ;
- la facilité de choix des membres du directoire qui, à la différence des administrateurs, peuvent être choisis en dehors des actionnaires ;
- la sécurité des fonctions de membre du directoire (la révocation *ad nutum* ⁽¹⁾ n'est pas possible et doit se faire « pour justes motifs »).

Au titre des inconvénients que ne présente pas le système moniste :

- une évidente lourdeur des procédures (rapport trimestriel) ;
- la nécessité de venir devant l'assemblée générale des actionnaires pour dénouer les conflits susceptibles d'opposer le directoire au conseil de surveillance ;
- les prérogatives restreintes du président du conseil de surveillance.

Au demeurant, depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques qui permet la dissociation des fonctions de présidence et de direction générale, même en système moniste, la formule dualiste a perdu une partie de son attractivité originelle.

Cette formule est assez peu répandue dans le monde des Sem. Sur 1 158 sociétés, on ne recense que 43 Sem fonctionnant selon le mode dualiste. Cela est manifestement dû à deux faits essentiels : la lourdeur du système et la relative perte de pouvoir des élus par rapport au système moniste.

(1) Littéralement : « d'un signe de tête ».

2.7.4 **Présidence et direction générale : association ou dissociation des fonctions ?**

La loi du 24 juillet 1966 prévoyait que le président d'une société commerciale était également directeur général. Ce principe intangible valait pour les Sem, bien qu'il ait été largement méconnu.

Depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques le président n'assume plus automatiquement la direction générale de la société. Si les statuts doivent nécessairement prévoir les deux hypothèses (association ou dissociation des deux fonctions), c'est le seul conseil d'administration qui décide de la formule. Celle-ci, au demeurant, est réversible à tout moment par décision du même organe.

Dans le cas de dissociation des fonctions, deux autorités cohabitent : le président du conseil d'administration et le directeur général.

Le président du conseil d'administration

Il doit obligatoirement être choisi parmi les administrateurs. La loi n'impose pas que le président d'une Sem soit nécessairement un représentant des collectivités territoriales.

Ses pouvoirs sont extrêmement limités. La loi lui reconnaît pour seules prérogatives la présidence du conseil d'administration, la présidence des assemblées générales d'actionnaires et, depuis la loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, l'établissement d'un rapport annuel sur le contrôle interne et la gouvernance de la société. C'est dire qu'en cas de dissociation des fonctions le véritable pouvoir appartient non au président de la société mais au directeur général. Or, la loi ne permet pas à un élu d'assumer la seule fonction de directeur général. Au-delà de la perte de contrôle évidente la dissociation est donc de nature à annihiler la suprématie de la représentation des collectivités territoriales au sein du conseil d'administration. C'est ce qui explique sans doute que, dans la majorité des cas, l'association des fonctions ait été mise en œuvre dans les Sem.

REMARQUE

En cas de dissociation des fonctions on prendra le plus grand soin à éviter toute rémunération spécifique d'un élu disposant du seul pouvoir de présidence du conseil, sa fonction ne justifiant pas une rémunération.

Le directeur général

Il peut être choisi soit parmi les membres du conseil d'administration, soit en dehors d'eux. C'est obligatoirement une personne physique. Le directeur général est nommé par le conseil d'administration et non par son président. Il est révoqué, le cas échéant, par le même organe. Depuis la loi du 15 mai 2001 susvisée, il ne peut y avoir qu'un seul directeur général.

Pouvoirs

Le directeur général tient de la loi des pouvoirs propres :

- il représente la société dans ses rapports avec les tiers ;

- il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, dans la limite de l'objet social et sous réserve des pouvoirs expressément réservés aux assemblées d'actionnaires.

Ces pouvoirs peuvent être limités par les statuts ou, ce qui est le plus fréquent en pratique, par le conseil d'administration. Si ces limitations sont licites elles sont toutefois inopposables aux tiers. Leur violation n'entraînera donc que des effets à l'égard de l'intéressé. Par ailleurs, lorsqu'elles existent, ces limitations ne doivent pas aboutir à priver le directeur général de ses pouvoirs de direction. De manière réciproque, le directeur général ne saurait déléguer l'essentiel de ses pouvoirs.

Responsabilités

Le directeur général est responsable individuellement ou solidairement avec le conseil d'administration des infractions aux dispositions légales ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes.

À l'égard des tiers, sa responsabilité personnelle ne peut être engagée que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions.

Cumul de mandats

La loi sur les nouvelles régulations économiques avait limité à un le nombre de mandat de directeur général. La loi Houillon du 29 octobre 2002 a admis la possibilité d'un second mandat, tant dans une société contrôlée que dans une tierce société sous réserve que les titres de celles-ci ne soient pas admis aux négociations sur un marché boursier.

Le directeur général délégué

Le directeur général délégué est appelé à exercer auprès du directeur général la même mission d'assistance qui était avant 2001 celle du directeur général auprès du président. Il n'a donc qu'un rôle d'auxiliaire du directeur général auquel il est subordonné même si, à l'égard des tiers, il dispose des mêmes pouvoirs que le directeur général.

Lorsque le président du conseil d'administration cumule ses fonctions de président du conseil d'administration avec celles de directeur général et prend, de ce fait, le titre de président-directeur général, la ou les personnes appelées à l'assister doivent obligatoirement prendre le titre de directeur général délégué. En effet, il ne saurait y avoir qu'un seul directeur général dans la même société.

Comme le directeur général, le directeur général délégué peut être choisi soit parmi les membres du conseil d'administration (en dehors des élus), soit en dehors d'eux. Il s'agit obligatoirement d'une personne physique.

Sa nomination relève du conseil d'administration sur proposition du directeur général. Ceci montre que, dans le cas de dissociation de fonctions, sa nomination échappe au seul pouvoir des élus. La durée de ses fonctions est fixée par le conseil d'administration en accord avec le directeur général.

Sa responsabilité est analogue à celle du directeur général.

Sous réserve que les statuts l'aient prévu, plusieurs directeurs généraux délégués (dans la limite de cinq) peuvent être désignés.

Enfin, en l'absence de disposition législative propre, une même personne peut exercer simultanément plusieurs mandats de directeur général délégué.

2.7.5 Ce qu'il faut savoir sur les assemblées d'actionnaires

La question est fréquemment posée : à quoi correspondent les assemblées d'actionnaires, dans quels cas doit-on les réunir, et quelles sont leurs compétences ?

L'assemblée générale des actionnaires est, dans la Sem comme dans la société anonyme, l'organe souverain.

Sa convocation relève du pouvoir du conseil d'administration (ou du directoire dans les sociétés de type dualiste) et, à défaut, des commissaires aux comptes ou encore d'actionnaires réunissant au moins 5 % du capital. Le délai de convocation ne peut jamais être inférieur à quinze jours francs. La convocation doit être écrite, comporter un ordre du jour exhaustif et être accompagnée d'un rapport du conseil d'administration, d'un rapport du commissaire aux comptes (pour certaines assemblées extraordinaires) et d'un formulaire de pouvoir.

Modèle de convocation d'une assemblée générale

J'ai l'honneur de vous informer que Messieurs les actionnaires de notre société sont convoqués à une assemblée générale (*ordinaire, extraordinaire, mixte*) qui se tiendra

le

à heures

(*Lieu de la réunion*)

à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

Pour une assemblée générale ordinaire annuelle, par exemple :

- rapport de gestion du conseil d'administration sur les activités de la société pendant l'exercice et rapport du président du conseil d'administration ;
- rapport général du commissaire aux comptes sur les comptes de l'exercice ;
- rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions réglementées ;
- approbation des comptes et quitus aux administrateurs ;
- affectation du résultat ;
- (*s'il y a lieu*) nomination d'administrateur(s) ou ratification de cooptation(s) d'administrateur(s) ;
- vote des résolutions ;
- pouvoirs à donner ;
- questions diverses.

Pour une assemblée générale extraordinaire, par exemple :

- rapport du conseil d'administration sur des modifications statutaires,
- ou
- rapport du conseil d'administration sur une augmentation du capital social ;

- rapport du commissaire aux comptes ;
- vote des résolutions ;
- questions diverses.

Tout actionnaire, quel que soit le nombre de ses actions, sera admis à cette assemblée sur simple justification de son identité. Il pourra aussi se faire représenter par un mandataire habilité.

Tout actionnaire pourra aussi voter par correspondance en demandant que lui soient adressés les formulaires prévus à cet effet. Ceux-ci ne seront pris en compte que s'ils sont dûment remplis et parviennent à la société trois jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale.

En aucun cas il ne faudra retourner à la société à la fois la formule de procuration et le formulaire de vote par correspondance.

Comptant sur votre présence,
.....

- PJ :
- rapport du conseil d'administration ;
 - rapport(s) du Commissaire aux comptes ;
 - projets de résolution ;
 - pouvoir.

Nota : Les projets de résolution sont arrêtés par l'auteur de la convocation (conseil d'administration ou directoire) mais les actionnaires représentant plus de 5 % du capital peuvent également déposer, en application de l'article L. 225-105 du code de commerce, des projets de résolution.

Modèle d'un formulaire de pouvoir

Je, soussigné (nom, prénom, adresse et qualité pour les personnes physiques, raison sociale, siège social pour les personnes morales et qualité du signataire),

Agissant en qualité de propriétaire de actions de capital de la société d'économie mixte locale dont le siège social est immatriculée au registre du commerce et des sociétés de sous le numéro

Donne pouvoir à (nom, prénom, qualité) à l'effet de me représenter à l'assemblée générale (ordinaire, extraordinaire, mixte) convoquée le, à heures, (lieu), à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

..... (rappeler l'ordre du jour de la convocation),

En conséquence,

assister à la réunion de cette assemblée, émarger toute feuille de présence, prendre part à toutes les délibérations et à tous les votes sur les questions à l'ordre du jour,

aux effets ci-dessus, signer tous procès-verbaux et toutes pièces et, en général, faire le nécessaire.

Bon pour pouvoir donné le (mention manuscrite)

(signature)

- Il existe quatre types d'assemblées générales d'actionnaires :

Les assemblées générales ordinaires (AGO)

Celles-ci sont compétentes pour prendre toutes les décisions qui ne relèvent ni du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) ni des assemblées extraordinaires ou spéciales et, notamment :

- l'approbation annuelle des comptes dans les six mois de la clôture de l'exercice social ;
- la nomination des administrateurs (ou des membres du conseil de surveillance) et la ratification des cooptations faites à titre provisoire par le conseil d'administration (ou de surveillance) ;
- la fixation des jetons de présence ;
- la nomination des commissaires aux comptes (mais pas leur révocation qui ne peut résulter que d'une décision de justice) ;
- l'approbation des conventions normales et réglementées ;
- la ratification du transfert de siège social dans un même département ou dans un département limitrophe ;
- l'autorisation de « quasi apports », c'est-à-dire d'apports de biens au moins égaux à 10 % du capital social par l'un des actionnaires dans les deux ans de l'immatriculation de la société.

L'assemblée générale ordinaire doit *obligatoirement* être réunie une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice social.

Les assemblées générales extraordinaires (AGE)

Elles sont seules habilitées à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions (à l'exception du transfert du siège social dans le même département ou dans un département limitrophe qui est de la compétence du conseil d'administration). Ce pouvoir est d'ordre public, c'est-à-dire que toute clause contraire éventuelle est réputée non écrite.

On observera que la modification éventuelle de l'objet social de la Sem ne peut intervenir que dans la limite des compétences des collectivités territoriales actionnaires.

Elles sont également compétentes pour décider :

- d'une augmentation du capital social (par incorporation de réserves ou par augmentation en numéraire ou en industrie, avec ou sans suppression du droit préférentiel de souscription) ;
- d'une diminution du capital social (par exemple pour absorber des pertes antérieures) et sous réserve que les règles de capital minimum soient respectées ;
- d'une réduction de capital suivie d'une augmentation de capital (c'est ce que l'on appelle un « coup d'accordéon ») ;
- d'une modification des engagements des actionnaires (élévation du nominal des actions, transformation de la société...).

Cette dernière éventualité nécessite l'unanimité des actionnaires.

Les assemblées générales mixtes

Ce sont celles qui comportent, à la fois, des décisions relevant à la fois de l'assemblée ordinaire et de l'assemblée extraordinaire.

En pratique, lorsqu'une modification statutaire est envisagée on attendra, si cela est possible, l'assemblée générale ordinaire pour éviter d'organiser deux assemblées distinctes et celle-ci sera alors dite « mixte ».

Les assemblées spéciales

Celles-ci sont compétentes pour modifier les droits de vote (sous réserve que les statuts aient prévu l'éventualité).

On ne confondra pas ces assemblées avec celles de même nom qui concernent la représentation des collectivités territoriales qui ne disposent pas d'un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance qui sont traitées dans un chapitre distinct (voir *supra* 2.6).

Ces différentes assemblées doivent, pour leur validité, répondre à des conditions de quorum et de majorité.

Quorum

Assemblée générale ordinaire

- 1/4 des actions présentes ou représentées sur première convocation ;
- sans quorum sur seconde convocation (ce qui, au demeurant, ne saurait s'appliquer aux Sem car on imagine mal qu'une assemblée générale puisse se tenir hors la présence des collectivités territoriales, lesquelles disposent nécessairement de plus de la moitié des actions).

Assemblée générale extraordinaire

- 1/3 des actions présentes ou représentées sur première convocation ;
- 1/4 des actions sur seconde convocation ou sur convocations ultérieures.

Assemblée générale mixte

Les différents quorums indiqués ci-avant devront être respectés pour les décisions ordinaires et pour les décisions extraordinaires.

Assemblée spéciale

- 1/2 des actions présentes ou représentées sur première convocation ;
- 1/4 des actions sur seconde convocation ou sur convocation ultérieure.

On observera qu'il paraît assez improbable que les collectivités territoriales ne soient pas présentes (ou représentées) lors d'une assemblée générale mais, curieusement, l'article L. 1522-1-2° du CGCT n'a prévu aucune disposition imposant la présence ou la représentation desdites collectivités à peine d'entraîner l'irrégularité ou la nullité de l'assemblée.

Pour éviter une situation de fait qui pourrait conduire à ce que des décisions contraires aux intérêts des collectivités soient prises par une assemblée générale on conseillera vivement d'inclure dans les statuts une disposition précisant que la tenue des assemblées est subordonnée à la présence au quorum d'une majorité des actions détenues par les collectivités territoriales.

Majorité

Assemblée générale ordinaire

Majorité absolue des actions présentes ou représentées (c'est-à-dire 50 % et une action).

Assemblée générale extraordinaire

Majorité des 2/3 des actions présentes ou représentées (hormis le cas de modification des engagements des actionnaires qui nécessite l'unanimité).

C'est dans le cadre de ces assemblées qu'intervient la notion dite de « minorité de blocage », puisque aucune décision à caractère extraordinaire ne peut intervenir contre l'avis des actionnaires représentant 1/3 du capital et une action.

Assemblée générale mixte

Les différents rapports indiqués ci-avant devront être respectés pour les décisions ordinaires et pour les décisions extraordinaires.

Assemblée spéciale

2/3 des actionnaires présents ou représentés.

Les votes exprimés lors de ces assemblées intègrent les éventuels votes par correspondance (sous réserve qu'ils soient parvenus à la société au moins trois jours avant l'assemblée). Ils interviennent généralement à mains levées ou par la méthode dite du « debout assis ». Ils peuvent également intervenir par bulletin secret si le bureau de l'assemblée le décide.

► On trouvera ci-après un modèle de procès-verbal d'assemblée générale pouvant être utilisé pour les différents types d'assemblées.

Modèle de procès-verbal d'assemblée générale

(Société..... adresse..... capital.... RCS.....)

Assemblée générale (ordinaire, extraordinaire ou mixte)

PROCÈS-VERBAL

L'an et le à heures, les actionnaires de la Société d'économie mixte locale se sont réunis en assemblée générale sur la convocation qui leur en a été faite par le conseil d'administration dans les délais prescrits par la loi.

Il a été établie une feuille de présence qui a été émargée par chaque membre de l'assemblée en entrant en séance, tant en son nom personnel que comme mandataire.

L'assemblée est présidée par M..... en sa qualité de Président-directeur général (*ou de Président du conseil d'administration, ou encore de Président du conseil de surveillance*).

M..... représentant et M..... représentant sont appelés comme scrutateurs. (*L'usage veut que l'on prenne les actionnaires représentant tant par eux-mêmes que comme mandataires le plus grand nombre de voix sont appelés comme scrutateurs*).

M..... est désigné comme secrétaire par les membres du bureau ainsi constitué.

M..... Commissaire aux comptes, régulièrement convoqué, est (*présent ou excusé*).

La feuille de présence, certifiée sincère et véritable par les membres du bureau permet de constater que des actionnaires possédant actions sont présents ou représentés.

Nota : Les pouvoirs ne sont pas limités. Les pouvoirs en blanc sont inscrits au nom du président. Quorum : pour les AGO = 25 % du capital, pour les AGE = 33 % du capital.

Monsieur le Président déclare alors que l'assemblée est régulièrement constituée et peut valablement délibérer.

Il rappelle l'ordre du jour de l'assemblée :

-
-
-

Monsieur le Président dépose ensuite sur le bureau et met à la disposition des actionnaires :

- les statuts de la société ;
- la copie de la lettre de convocation adressée aux actionnaires et au Commissaire aux comptes ;
- la liste des actionnaires ;
- la feuille de présence certifiée exacte par les membres du bureau ;
- le rapport du conseil d'administration ;
- le rapport du président du conseil d'administration ;
- le(s) rapport(s) du commissaire aux comptes ;
- le texte des résolutions proposées à l'assemblée.

Puis, Monsieur le Président déclare que le rapport du conseil d'administration, le texte des résolutions ainsi que tous autres documents (*par exemple, pour une AGO, les comptes sociaux*) ont été régulièrement adressés aux actionnaires ou tenus à leur disposition au siège social dans les quinze jours qui ont précédé l'assemblée.

L'assemblée donne acte à Monsieur le Président de cette déclaration.

Monsieur le Président donne ensuite lecture du rapport du conseil d'administration.

.....

Puis, il fait donner lecture du (ou des) rapport(s) du Commissaire aux comptes.

.....

Ensuite, il déclare ouverte la discussion.

.....

On n'a pas à relater les débats.

La discussion étant close et plus personne ne demandant la parole, Monsieur le Président met successivement aux voix les résolutions suivantes :

Première résolution

Reproduire le texte intégral du projet de résolution. Par exemple :

L'assemblée générale, après avoir pris connaissance du rapport de gestion du conseil d'administration, du rapport du président du conseil d'administration et des rapports du commissaire aux comptes, approuve ces documents dans tous leurs termes ainsi que les comptes sociaux de l'exercice clos le tels qu'ils résultent du bilan, du compte de résultat et des annexes et donne quitus au conseil d'administration de sa gestion pendant ledit exercice.

Cette résolution, mise aux voix, est adoptée par voix.

Nota : 1 voix = 1 action

Deuxième résolution

Par exemple :

L'assemblée générale nomme M..... comme administrateur (ou comme membre du conseil de surveillance) pour une durée de six ans, soit jusqu'à l'issue de l'assemblée générale ordinaire qui statuera sur les comptes de l'exercice

.....

La dernière résolution, formelle, est toujours identique :

« L'assemblée générale donne tous pouvoirs au porteur d'une copie ou d'un extrait certifié conforme des présentes à l'effet d'accomplir toutes formalités légales ou réglementaires ».

L'ordre du jour étant épuisé et personne ne demandant la parole, la séance est levée à heures.

De tout ce que dessus, il a été dressé le présent procès-verbal qui a été signé, conformément à la loi, par les membres du bureau.

Le Président,

Les scrutateurs,

Le secrétaire,

2.7.6 Le personnel

Règles générales

Le régime juridique des personnels des Sem obéit aux règles du droit commun. Les contrats de travail sont soumis au droit privé et les litiges éventuels nés des rapports de travail relèvent donc de la compétence des juridictions judiciaires.

En cas de transformation d'un mode de gestion (par exemple le transfert de gestion d'une régie à une Sem), l'article L. 122-12 du code du travail impose la reprise du personnel.

Eu égard au nombre important de métiers développés par les Sem, il n'existe pas de convention collective qui soit propre à l'économie mixte. La convention applicable sera celle qui correspond au secteur d'activité

concerné. En cas de pluralité d'objet social une convention collective spécifique pourra être mise en œuvre afin d'éviter l'application simultanée et problématique de plusieurs accords collectifs.

En pratique, une question se pose fréquemment : celle du détachement ou de la mise à disposition éventuels de fonctionnaires. Il convient de distinguer les deux cas.

Le détachement de fonctionnaires

On rappellera tout d'abord que les fonctionnaires ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. De ce fait, le cumul de fonctions rémunérées est impossible. Même si le cumul d'emploi n'est pas formellement interdit, dès lors qu'il s'agit d'une Sem locale et qu'il n'y a pas cumul de rémunération, on déconseillera vivement ce type de montage susceptible de constituer une prise illégale d'intérêt sanctionnée par l'article 432-12 du code pénal si la réelle indépendance d'exercice des différentes fonctions n'est pas établie.

Le détachement de fonctionnaires au profit d'une Sem est quant à lui possible dans deux cas prévus par l'article 2 du décret n° 86-68 du 9 janvier 1986 :

- le « détachement auprès d'une entreprise privée assurant des missions d'intérêt général, notamment auprès d'une entreprise titulaire d'un contrat de concession, d'affermage, de gérance ou de régie intéressée d'un service public d'une collectivité publique [...] » ;
- le « détachement auprès d'un organisme privé ou d'une association dont les activités favorisent ou complètent l'action d'une collectivité publique [...] ».

Lorsqu'il est en position de détachement, le fonctionnaire est lié à la Sem par un contrat de travail et se trouve alors soumis au droit commun du travail. Mais ceci ne saurait s'appliquer à tous les emplois de la Sem. Il y a, en particulier, incompatibilité entre la qualité de fonctionnaire et les fonctions de directeur général (ou de directeur général délégué), puisque ce dernier est un mandataire social.

Le fonctionnaire détaché se trouve alors placé hors de son cadre d'emploi ou corps d'origine, tout en continuant néanmoins à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. Sa rémunération dans la Sem ne pourra excéder « la rémunération totale perçue dans l'emploi d'origine, majorée, le cas échéant, de 15 % ».

On notera que le détachement ne peut s'entendre que pour un temps complet.

La mise à disposition

La mise à disposition est définie comme étant la situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'origine alors qu'il travaille au sein d'un autre organisme.

Elle ne saurait s'appliquer dans le cas des Sem, eu égard à leur caractère lucratif. À cet égard, certains auteurs ont estimé qu'il pouvait y avoir débat sur ce point, si la Sem s'est privée statutairement de la possibilité de distribuer des dividendes. Mais un tel raisonnement est juridiquement fragile et l'on déconseillera bien évidemment, de la manière la plus formelle, de prendre de tels risques.

Par contre, la mise à disposition d'un salarié d'une Sem au profit d'une collectivité territoriale actionnaire n'est pas théoriquement impossible. Mais celle-ci doit être ponctuelle et limitée car, si la refacturation de rémunération revêt un caractère permanent, le contrat correspondant est susceptible de constituer un marché de définition nécessitant une mise en concurrence préalable.

L'actionnariat des salariés de la Sem

Le cas n'est pas fréquent mais il se rencontre quelquefois, surtout dans des structures importantes et la question est de plus en plus posée lors de la constitution de Sem.

Rien n'interdit à un salarié de détenir des actions de la Sem qui l'emploie. Cela est même plutôt bénéfique pour les deux parties. Pour autant, les salariés ne disposent d'aucun droit particulier ni en matière de dividende, ni en matière de représentation au conseil d'administration ou de surveillance, sauf, dans ce dernier cas, si la détention globale d'actions atteint 3 % du capital. Mais rien ne s'opposera à ce qu'un représentant des salariés actionnaires soit nommé censeur, pour autant que les statuts aient prévu l'éventualité d'un collège de censeurs (voir chapitre 8.1).

Par ailleurs, si l'émission d'actions s'adresse à plus de 300 salariés, l'opération ne sera possible que si la Sem a au moins deux ans d'existence. En outre, elle devra nécessiter un visa préalable de la Commission des opérations de Bourse.

Le décret n° 2005-112 du 10 février 2005 impose, lorsque l'actionnariat salarié est inférieur à 3 % du capital, de convoquer désormais tous les trois ans une assemblée générale extraordinaire pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés dans le cadre d'un plan d'épargne d'entreprise. Naturellement, les actionnaires peuvent rejeter une telle résolution.