



LES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE LOCALES

Un outil des collectivités
à sécuriser

Communication à la commission des finances, de l'économie générale
et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale

Mai 2019

Sommaire

PROCÉDURES ET MÉTHODES.....	5
SYNTHÈSE	7
LISTE DES RECOMMANDATIONS	11
INTRODUCTION.....	13
CHAPITRE I LA SEM, UN OUTIL DU DÉVELOPPEMENT LOCAL, QUI S’EST ÉLOIGNÉ DE SA VOCATION INITIALE	15
I - LA SEM A PROFONDÉMENT CHANGÉ DANS LES ANNÉES RÉCENTES	15
A - Un outil ancien lié à la décentralisation	15
B - Deux évolutions majeures ont éloigné les SEM de leur modèle originel.....	18
II - UN MODÈLE QUI A ATTEINT SES LIMITES	24
A - Un modèle peu attractif pour les partenaires privés.....	24
B - Une intervention étendue au champ concurrentiel	30
C - Un statut fragilisé par l’évolution du droit communautaire	32
D - Un modèle remis en question par les dernières évolutions de la décentralisation	34
CHAPITRE II RÉFORMER POUR PRÉVENIR LES RISQUES QUI PÈSENT SUR LE CONTRIBUABLE LOCAL	41
I - MIEUX CONNAÎTRE ET MIEUX SUIVRE LES SEM.....	41
A - La nécessité d’un outil de suivi exhaustif, fiable et indépendant	41
B - L’absence de cartographie des risques et de cotation financière des SEM	42
II - REFONDER LE MODE DE CONTRÔLE ET DE RÉGULATION DES SEM.....	44
A - Le contrôle du représentant de l’État doit réinvestir le sujet des SEM	44
B - Le suivi des contrôles des CRC pourrait être renforcé.....	47
C - Les contrôles des commissaires aux comptes restent trop éloignés des spécificités des SEM.....	48
D - Renforcer le contrôle des SEM par les actionnaires	49
III - SÉCURISER LE CADRE JURIDIQUE DES ACTIVITÉS CONFIÉES AUX SEM	52
A - Le cadre national.....	52
B - Le cadre communautaire	55
C - Des outils alternatifs à la SEM : la SPL et la SEMOP	58
LISTE DES ABRÉVIATIONS	65
ANNEXES	69

Procédures et méthodes

En application du 2° de l'article 58 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, le Président de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale a demandé, le 19 juillet 2018, au Premier président de la Cour des comptes la réalisation d'une enquête sur les « sociétés d'économie mixte locales ».

Après une rencontre entre le président de la formation Inter-juridictions *Finances publiques locales*, auquel a été confié le rapport, et le Président de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, le Premier président, dans sa réponse du 5 septembre 2018, a précisé les axes de réflexions et les modalités de l'enquête :

- il a été convenu d'inscrire les travaux de la Cour dans le prolongement de ceux ayant donné lieu, notamment, à un référé de la Cour des comptes de juin 2017¹ et sur la base des rapports administratifs récents, particulièrement d'un rapport publié en 2017 dans le cadre de la revue des dépenses² ;
- l'enquête devait analyser le développement actuel des sociétés d'économie mixte (SEM) locales et l'évolution de leurs missions : créations et suppressions par champ d'activité (aménagement, gestion d'équipements, énergie, logement, développement économique, etc.) en tentant de cerner des bonnes pratiques ainsi que d'éventuelles pratiques abusives. Ce diagnostic devait être établi à partir des rapports définitifs des chambres régionales des comptes et l'examen d'un échantillon représentatif de SEM, comprenant notamment des SEM créées par des communes moyennes ou leurs groupements intercommunaux d'appartenance ;
- elle devait également porter une appréciation sur la situation financière globale des SEM, dans la limite des données accessibles³, mesurer l'importance des principaux risques inhérents à leur fonctionnement (risque de contournement des règles de la concurrence ou des dispositifs de régulation de la dépense, risques financiers pour les collectivités actionnaires, risque de probité, etc.) et analyser les différents dispositifs de suivi de l'activité des SEM et de contrôle de leurs gestion, susceptibles de limiter les risques précités.

L'instruction a porté sur les seules SEM, excluant de ce fait les SPL et les SEMOP, et s'est limitée aux SEM du territoire métropolitain.

Les rapporteurs de la Cour ont mené une instruction sur pièces et sur place principalement auprès des différents détenteurs de statistiques permettant de documenter l'évolution du secteur des sociétés d'économie mixte locales et d'illustrer ses problématiques. Les outils existants n'ont pas permis de constituer d'échantillons représentatifs au sein de la population des SEM. L'instruction s'est aussi appuyée sur les rapports d'observations définitives des chambres régionales des comptes (CRC) métropolitaines, soit près de 90 rapports rendus publics sur la période 2016 / 2018 ou cités dans le référé de la Cour des comptes et le rapport de la revue des dépenses de juin 2017.

¹ Cour des comptes, référé, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales*, 15 juin 2017.

² IGA et CGEFI, revue des dépenses, *La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales*, juin 2017.

³ Insee, DGFIP, Caisse des dépôts et consignation, Fédération des entreprises publiques locales.

La contradiction a été menée avec :

- La direction générale des finances publiques ;
- La direction du budget ;
- La direction générale des collectivités locales ;
- La direction du Trésor ;
- L'Institut national de la statistique et des études économiques (Insee) ;
- La Caisse des dépôts et consignations ;
- La société Services Conseil Expertises Territoires (SCET) ;
- La Fédération des entreprises publiques locales (FEPL) ;
- L'Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité (AMF) ;
- L'Association des communautés de France (AdCF) ;
- France urbaine ;
- Villes de France ;
- L'Association des départements de France ;
- Régions de France ;
- Ainsi que les 15 SEM en activité citées dans le rapport.

En complément, des auditions ont été menées, à l'initiative de la formation inter-juridictions *Finances publiques locales*, avec la FEPL, la DGCL et l'ensemble des principales associations d'élus, à l'exception de Villes de France.

Le projet de rapport a été délibéré, le 29 avril 2019, par la formation inter-juridictions présidée par M. Jean-Michel Thornary, conseiller maître, et composée de MM. Christian Martin, président de la CRC Île-de-France, Géraud Guibert, conseiller maître, Mme Catherine Démier, conseillère maître, M. Jean-François Monteils, président de la CRC Nouvelle-Aquitaine, MM. Jean-Louis Sciacaluga, conseiller maître et Zian Roch, premier conseiller à la CRC Île-de-France, rapporteurs, et en tant que contre-rapporteur, Thierry Vught, conseiller maître.

Il a ensuite été examiné et approuvé le 7 mai 2019 par le comité du rapport public et des programmes de la Cour des comptes, composé de M. Migaud, Premier président, M. Briet, Mme Moati, M. Morin, Mme Pappalardo, rapporteure générale du comité, Mme de Kersauson, M. Andréani et M. Terrien, présidents de chambre, et M. Johanet, procureur général, entendu en ses avis.

Synthèse

Nées avec la Première Guerre mondiale de la nécessité pour les communes d'intervenir dans le champ économique pour assurer le ravitaillement des populations, les sociétés d'économie mixte locales⁴ (SEML, plus communément appelées SEM) sont depuis les lois de décentralisation un outil privilégié par les collectivités pour l'exercice de leurs compétences. Ce sont des sociétés anonymes à capitaux publics et privés, contrôlées et dirigées par les collectivités.

Les SEM sont régies par les dispositions du code de commerce applicables aux sociétés anonymes. Leur statut d'acteur de l'économie mixte a conduit le législateur à compléter le code de commerce par des dispositions dérogatoires, inscrites dans le code général des collectivités territoriales (CGCT), concernant : la composition de l'actionnariat et des conseils d'administration ou de surveillance, le régime de protection juridique et de responsabilité des élus mandataires ou dirigeants, le rôle des collectivités actionnaires dans la prise de certaines décisions et les contrôles exercés notamment par le représentant de l'État.

925 SEM, 11,6 Md€ de chiffre d'affaires

En 2018, 925 SEM étaient recensées parmi les 1 300 entreprises publiques locales (EPL), constituées également des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Si le nombre total de ces trois catégories d'entreprises publiques locales (EPL) varie peu ces cinq dernières années (2014-2018), en son sein, les SEM sont en voie de diminution. Leur nombre se réduit de 7,22 % sur la période, passant de 997 à 925 au total. De leur côté, les SPL, créées en 2010, connaissent un succès certain (+ 50,85 %) même si elle reste minoritaire au sein de cet ensemble (359 SPL). Les SEMOP ont été créées trop récemment (2014) pour qu'il soit possible de disposer d'un réel retour d'expérience. Les SEM représentent donc aujourd'hui 71 % des entreprises publiques locales.

Le capital social consolidé des SEM est de 4,6 Md€. Elles génèrent un chiffre d'affaires cumulé de 11,6 Md€ et salarient 53 447 personnes.

⁴ Article L. 1521-1 du CGCT : Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

Ces sociétés de droit privé mobilisent essentiellement des capitaux d'origine publique ou relevant de la sphère publique : en 2018, le capital social des SEM est détenu à 79 % par des actionnaires relevant de la sphère publique (63 % par des collectivités territoriales et leurs groupements et 16 % par d'autres acteurs, en particulier la Caisse des dépôts et consignations). Cette situation tient à leurs règles de gouvernance, très protectrices des intérêts des collectivités et des élus qui y participent, mais peu favorables à la constitution d'un véritable *affectio societatis* entre partenaires publics et privés.

Extension du domaine de l'intervention des SEM

Si les SEM sont traditionnellement présentées comme des sociétés très contrôlées, l'effectivité et la portée de ces contrôles doivent être relativisées : ils sont peu assortis de sanctions et ne sont plus adaptés au fonctionnement actuel des SEM. Ainsi, **le manque de transparence à l'égard des assemblées délibérantes des collectivités actionnaires est patent**, alors même que les SEM développent de plus en plus leurs activités en dehors du cadre et des objectifs qui avaient présidé à leur création.

Depuis 1983, le législateur a strictement encadré l'objet social d'une SEM en n'autorisant leur création que dans le cadre des seules compétences reconnues par la loi aux collectivités actionnaires et pour la réalisation d'opérations limitativement énumérées (aménagement, construction, exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial et les activités d'intérêt général), dans le respect d'un intérêt public local. Progressivement, la dynamique de développement des SEM les a éloignées de leurs finalités d'origine et les a conduites à intervenir de manière croissante comme des opérateurs privés, s'ouvrant ainsi à de nouvelles et multiples activités. Celles-ci prennent la forme d'opérations pour des tiers non actionnaires, d'opérations pour compte propre, parfois en dehors du ressort territorial de leurs collectivités actionnaires, et de recours à des filiales ou à des prises de participations dans des entreprises privées ou d'autres SEM. Elles sont devenues un moyen pour les collectivités d'intervenir dans le champ concurrentiel.

Cette évolution a trouvé des limites, d'abord dans la réglementation et la jurisprudence européennes du droit de la concurrence, du droit des marchés publics et des concessions, puis des partenariats publics privés institutionnalisés, qui définissent les conditions dans lesquelles des entreprises à capitaux publics et privés peuvent bénéficier de contrats publics en évitant toute distorsion de concurrence ou toute qualification d'aide d'État.

Le législateur, prenant acte de l'évolution du droit européen, a créé au bénéfice des collectivités deux outils alternatifs à la SEM : la société publique locale⁵ (SPL), qui fonctionne en quasi-régie à l'égard des collectivités actionnaires sans participation d'actionnaires privés, et la société d'économie mixte à opération unique⁶ (SEMOP). Ces deux formes d'entreprise publique locale réduisent **le risque juridique** pesant sur les SEM.

Alors que la pluriactivité avait un caractère exceptionnel dans l'esprit du législateur de 1983, aujourd'hui 67 % des SEM déclarent exercer dans plusieurs domaines et 43 % des SEM en pluriactivités ont trois activités ou plus. Aussi, l'articulation entre le principe de complémentarité des activités inscrit dans la loi et la pluriactivité constatée des SEM demande à être strictement encadrée. La pluriactivité, dans une société qui globalise les ressources, permet en effet la compensation financière entre activités, avec le risque que les prix facturés aux collectivités et aux usagers soient déconnectés de leurs coûts de production. Dans un tel schéma, des activités structurellement déficitaires peuvent être prises en charge par les revenus générés au titre d'autres activités structurellement bénéficiaires. Le développement de la pluriactivité s'opère également par le biais de filiales et de prises de participations. D'ailleurs, environ 300 SEM, soit un peu moins d'un tiers du nombre total des SEM recensées, disposent d'au moins une filiale (301 recensées) et/ou d'une participation (429 recensées). Ces filiales sont mal connues des collectivités actionnaires et sont potentiellement porteuses de risques financiers. En général, les SEM interviennent de manière croissante pour des tiers non actionnaires et pour leur compte propre, avec pour conséquence de modifier la nature du risque porté *in fine* par les collectivités actionnaires.

Des risques juridiques et financiers à mieux maîtriser

En novembre 2018, le Conseil d'État a rappelé que ces entreprises ne peuvent être créées par les collectivités que dans le champ « des compétences qui leur sont reconnues par la loi ». Ce principe, posé par le législateur en 1983, est protecteur des intérêts financiers des collectivités, en ce qu'il limite leur intervention financière au capital des seules SEM nécessaires à l'exercice de leurs compétences.

⁵ Article L 1531-1 du CGCT : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou toute autre activité d'intérêt général. Elles exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités et des groupements qui en sont membres. Elles revêtent la forme de sociétés anonymes ».

⁶ Article L 1541-1 du CGCT : « Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de CT peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence [...] une société d'économie mixte à opération unique. La société est constituée, pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité ou le groupement de collectivité dont l'objet unique est soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités. Cet objet unique ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat. ... La société est dissoute de plein droit au terme du contrat ... ou dès que l'objet du contrat est réalisé ou a expiré ».

Cette décision du Conseil d'État, conjuguée aux effets de la réforme territoriale, a mis en évidence la fragilité des SEM en situation de pluriactivité ou réunissant plusieurs niveaux de collectivités et groupements actionnaires (40% des entreprises publiques locales seraient concernées). Le législateur a donc adopté en mai 2019 une loi « tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales » qui autorise les collectivités à participer au capital d'une SEM dès lors qu'elles détiennent une des compétences correspondant à l'objet social de la SEM.

Toutefois, leur situation reste encore à clarifier, notamment au regard du droit européen. Dans ce contexte et en complément du référé qu'elle a publié en 2017, la Cour recommande de compléter de nombreux aspects du droit en vigueur afin de mieux maîtriser les risques juridiques et financiers qui demeurent. La Cour estime aussi que les collectivités doivent privilégier, autant que faire se peut, le recours aux SPL et aux SEMOP pour porter leurs projets.

Liste des recommandations

1. Mettre en place, sur le plan national, un dispositif statistique indépendant de suivi et d'évaluation des SEM, de leurs filiales, directes et indirectes, et de leurs participations, fondé sur des obligations déclaratives dont la méconnaissance serait sanctionnée (recommandation déjà formulée dans le référé de la Cour de 2017, non mise en œuvre, ne peut donc qu'être réitérée).
2. Aligner le régime juridique de transmission des actes des SEM relevant du droit à l'information de l'autorité préfectorale sur celui des actes de leurs collectivités ou groupements actionnaires afin que ces actes ne soient exécutoires que s'ils ont été transmis au représentant de l'État.
3. Prévoir que les actes pris par le conseil d'administration ou de surveillance d'une SEM, en l'absence des délibérations préalables des collectivités et groupements actionnaires prévues par le CGCT, soient dépourvus d'effet juridique à l'identique de la disposition déjà prévue pour les statuts (article L. 1524-1 du CGCT).
4. Rendre obligatoire la présentation au conseil d'administration ou de surveillance d'une SEM du rapport d'observations définitives d'une CRC sur le modèle en vigueur pour les collectivités territoriales.
5. Étendre aux SEM l'obligation de compte rendu des actions entreprises à la suite des observations formulées par une CRC, établie par l'article L. 243-9 du code des juridictions financières, et rendre obligatoire la transmission de ce compte-rendu aux collectivités et groupements actionnaires de la SEM avec obligation pour leur assemblée délibérante de délibérer sur celui-ci et d'adresser cette délibération à la chambre régionale des comptes.
6. Modifier le CGCT en vue d'enrichir le rapport du mandataire à l'assemblée qui l'a désigné, de données relatives à l'activité passée et à venir de la SEM ainsi que sur les risques correspondants pesant sur la collectivité actionnaire, et de l'intégrer au rapport d'orientations budgétaires de la collectivité ou du groupement actionnaire.
7. Prévoir, dans la mesure où les SEM ou leurs filiales, par leurs missions et par la structure de leur capital sont comparables aux entreprises publiques, un régime de plafonnement similaire à celui de l'État pour les titulaires des postes dirigeants non élus (recommandation déjà formulée dans le référé de la Cour du 15 juin 2017).
8. Ouvrir, par une disposition au CGCT, les droits d'information et de contrôle de l'actionnaire, prévu par le code de commerce, aux membres des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires, ou, en cas de secret protégé par la loi, aux membres d'une commission constituée à cette fin. Dans ce cas, elle pourrait être exercée individuellement par les membres d'une commission spéciale chargée du contrôle des SEM dont la collectivité est actionnaire. Cette commission serait alors composée de l'ordonnateur de la collectivité, ou de son représentant, et de membres de l'assemblée délibérante de telle sorte que chaque groupe politique y soit représenté.

9. Utiliser, à l'issue de son analyse, à plein les possibilités offertes par les statuts de SPL et de SEMOP, dans la mesure où ils ont été créés pour tenir compte du droit européen en conservant la souplesse d'utilisation qui était celle des SEM à l'origine. Toutefois, pour transformer une SEM en SPL, il convient d'envisager un dispositif législatif qui permette de valoriser le transfert d'actions entre collectivités évitant tout blocage (*cf. supra* chapitre I – II.D). Un tel dispositif est prévu s'agissant de transformations en SEMOP ; il peut être étendu ou adapté au cas des SPL.

Introduction

Depuis la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 réformant leur statut, les sociétés d'économie mixte (SEM) locales font partie des outils à la disposition des collectivités pour l'exercice de leurs compétences.

Ce sont des sociétés anonymes à capitaux publics et privés. Elles peuvent faire appel public à l'épargne.

Les SEM, objet du présent rapport, constituent l'une des trois principales catégories des 1 300 entreprises publiques locales dénombrées en 2018 par la Fédération des entreprises publiques locales (FEPL)⁷ : outre les 925 SEM, on recense 359 sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPL/A), dont le capital est entièrement détenu par des collectivités locales ou leurs groupements, ainsi que 16 sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) dédiées à la réalisation d'un contrat associant une collectivité locale, ou un groupement, à un opérateur privé choisi pour exécuter ce contrat.

Les SEM sont actives principalement dans les secteurs du tourisme, de la culture et des loisirs (216), de l'habitat et de l'immobilier (180), de l'aménagement (172), de l'environnement et des réseaux (163) et du développement économique (116 sociétés).

Ces SEM détiennent 301 filiales et plus de 400 participations recensées.

En 2018 leur capital social consolidé était de 4,6 Md€, détenu en moyenne à hauteur de 63 % par les collectivités locales et leurs groupements. Elles généraient un chiffre d'affaires cumulé de 11,6 Md€ et salariaient 53 447 personnes.

Dans son rapport public annuel de 2001⁸, la Cour des comptes avait déjà identifié la sous-capitalisation des SEM d'aménagement. En 2010, à la demande du Sénat, elle a réalisé un rapport concernant le pilotage des participations de la Caisse des dépôts et consignations au capital des SEM, dont les préconisations ont été largement suivies.

Enfin, en juin 2017 :

- un référé de la Cour des comptes, en date du 15 juin 2017 relatif aux insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales, formulait six recommandations pouvant être regroupées en trois axes : mieux connaître et évaluer les entreprises publiques locales ; redéfinir leur champ d'action dans le cadre de la réforme territoriale ; rendre plus effectifs leurs contrôles par les collectivités et les pouvoirs publics ;

⁷ Les principales autres catégories d'entreprises publiques locales sont les sociétés d'économie mixte locale ayant des régimes spécifiques : les sociétés d'économie mixte sportives locales créées en application de l'article 11 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984, les sociétés d'économie mixte de Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin créées en application de la loi locale du 6 juin 1895 sur l'organisation municipale en Alsace-Lorraine et les sociétés d'économie locales en outre-mer créées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 relative à l'établissement, au financement et l'exécution des plans d'équipement et de développement des territoires d'Outre-mer.

⁸ Les collectivités locales et la gestion des aménagements urbains.

- et un rapport de l'inspection générale de l'administration (IGA) et du contrôle général économique et financier (CGEFI) portait sur la maîtrise des risques par les entreprises publiques locales. Ce rapport formulait 18 recommandations portant globalement sur la maîtrise des risques.

Les deux documents diffèrent dans leur approche. Alors que la mise en œuvre des recommandations du référé impliquaient l'intervention du législateur, celles du rapport IGA/CGEFI se situaient plutôt à droit constant⁹. L'un et l'autre convergeaient pour souligner la faiblesse des outils de recensement, de suivi et d'évaluation des SEM, ainsi que de leurs contrôles. Cette situation est aggravée pour ce qui concerne leurs filiales et leurs prises de participations.

Moins de deux ans après ces publications, saisie d'une demande émanant du président de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, en application du 2° de l'article 58 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)¹⁰, et dans le délai de huit mois fixé par cet article, la Cour des comptes actualise le diagnostic.

À ce titre, ce rapport présente les faiblesses du dispositif existant et en souligne les risques, en illustrant chacun d'entre eux par un ou plusieurs cas significatifs tirés des travaux des CRC (I). Il précise ensuite ce en quoi pourraient consister des mesures permettant de prévenir les risques inhérents à l'organisation et au fonctionnement des SEM (II).

⁹ Ces différentes recommandations sont rappelées en annexe.

¹⁰ Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

Chapitre I

La SEM, un outil du développement local, qui s'est éloigné de sa vocation initiale

I - La SEM a profondément changé dans les années récentes

A - Un outil ancien lié à la décentralisation

L'économie mixte apparaît avec la Première Guerre mondiale qui conduit les communes à intervenir en matière économique pour assurer le ravitaillement des populations, faculté d'intervention que consacrent les décret-loi dits « Poincaré » des 5 novembre et 26 décembre 1926. Par la suite, notamment dans le contexte de reconstruction de l'après Seconde Guerre mondiale, l'intervention économique des communes se développe. Le décret du 20 mai 1955 relatif aux interventions des collectivités territoriales dans le domaine économique consacre un nouvel élargissement du champ d'intervention des collectivités territoriales et marque formellement l'acte de naissance des SEM.

Mais c'est la mise en œuvre de la décentralisation, à partir de 1982, qui a fait des SEM un outil important à la disposition des collectivités pour exercer leurs compétences. Deux idées directrices ont présidé à cette réforme :

- inscrire les SEM dans le giron des collectivités territoriales, en posant le principe d'une détention du contrôle effectif de leur capital (50 % plus une action au minimum et 85 % au maximum¹¹) ;
- conférer aux SEM une plus grande souplesse de fonctionnement, en alignant leur statut sur le droit commun des sociétés anonymes soumises au code de commerce¹², sous réserve de certaines spécificités inscrites dans le code général des collectivités territoriales (CGCT). Ce statut particulier d'acteur de l'économie mixte a ainsi conduit le législateur à compléter le code de commerce par des dispositions dérogatoires concernant la composition de l'actionnariat et des conseils d'administration ou de surveillance, le régime de protection juridique et de responsabilité des élus mandataires, le rôle des collectivités actionnaires

¹¹ Plafond fixé à 85 % par la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

¹² Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

dans la prise de certaines décisions des instances dirigeantes de la société et les contrôles externes exercés par le représentant de l'État et les chambres régionales des comptes.

À cette occasion, les régions ont été autorisées à créer ou à rentrer au capital des SEM, faculté jusqu'alors réservée aux communes et départements. Pour autant, les SEM demeurent une exception législative au principe général des lois de décentralisation d'interdiction de la participation d'une collectivité territoriale au capital d'une société commerciale, sauf autorisation accordée par décret en Conseil d'État. Celle-ci est alors plafonnée à un engagement cumulé des collectivités à hauteur de 33 % du montant du capital social de la société. Cette interdiction repose sur trois principes fondamentaux : protéger les deniers publics en évitant que le risque financier inhérent aux sociétés commerciales ne pèse 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 leurs domaines de compétence et avec l'intérêt général¹³.

En 1983 et dans les textes modificatifs intervenus jusqu'en mai 2019, le législateur a encadré l'objet social des SEM en n'autorisant leur création par des collectivités ou groupements que dans le cadre des compétences qui leurs sont reconnues par la loi et pour la réalisation d'opérations limitativement énumérées : l'aménagement, la construction, l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial et toute autre activité d'intérêt général (article L. 1521-1 du CGCT)¹⁴.

De plus, si l'objet de la SEM inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

Ces deux dispositions cumulatives imposent que les compétences de chacune des collectivités actionnaires correspondent à l'ensemble des domaines couverts par l'objet social de la SEM.

Outre les limites posées relatives aux compétences des collectivités et groupements qui en sont actionnaires, l'objet social et les activités des SEM ne peuvent porter sur des tâches qui, par nature ou par la loi, ne peuvent être déléguées par une collectivité (police administrative)¹⁵, ou pour lesquelles la loi a prescrit un autre mode d'exercice particulier (création d'un établissement public par exemple).

Les exceptions à ces principes sont rares. Dans le cadre du plan hôpital 2007¹⁶, et par dérogation au principe selon lequel elles ne peuvent être actionnaires de SEM qu'au regard des compétences qu'elles détiennent, les collectivités peuvent en créer pour « *réaliser 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* ».

¹³ Cf. CGCT : articles L. 2253-1, pour les communes, L. 3231-6 pour les départements et L. 4211-1-8bis pour les régions (introduit par la loi NOTRe) ainsi que le « Guide des sociétés d'économie mixte locales » (ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire – DGCL), édition 2007, p. 57.

¹⁴ Étendue en 1986 à la gestion d'une télévision locale (Article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle).

¹⁵ CE, avis, section de l'intérieur, 7 octobre 1986.

¹⁶ Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Direction générale des collectivités locales, Le guide des sociétés d'économie mixte locales, édition 2007, p. 33.

de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire ».

En dehors de ce cadre strict, l'objet social et les activités d'une SEM doivent être considérés comme illicites.

Une SEM exerçant des activités qui ne correspondent pas à son objet social

La SEM Épicure, en Haute-Garonne, a été créée à l'initiative de la commune de Saint-Gaudens, pour porter la construction d'un institut médico-éducatif à vocation hôtelière, établissement médico-social au sens de l'article L. 312 1 du code de l'action sociale et des familles (CASF) et d'une clinique de réadaptation fonctionnelle et de rééducation basse vision, établissement de santé au sens de l'article L. 6111-1 du code de la santé publique (CSP). Or, dans son activité, la SEM a débordé de son objet social et s'est engagée dans la gestion des activités médico-sociales et de santé correspondantes, jusqu'à sa mise en liquidation en 2016. En ces domaines, si la loi autorise l'intervention d'une SEM en qualité de financeur d'équipement, elle ne lui permet pas d'assurer l'exploitation d'un établissement médico-social. Cette situation, non conforme au CGCT a porté préjudice aux collectivités qui en étaient actionnaires.

Le développement des SEM qui a suivi la décentralisation (74 % des SEM existantes ont été créées après les lois de décentralisation) a conduit le législateur à intervenir à plusieurs reprises, notamment pour assurer un meilleur contrôle de ces sociétés et sécuriser la présence des élus au sein de leurs instances décisionnelles¹⁷.

Selon la FEPL, en 2018, 925 SEM étaient recensées parmi 1 300 entreprises publiques locales, constituées également des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Si le nombre global des entreprises publiques locales a peu varié au cours des cinq dernières années (2014-2018), la part des SEM diminue. Leur nombre se réduit de 7,22 % sur la période, passant de 997 à 925. Les SEM représentent aujourd'hui 71 % des entreprises publiques locales.

D'après la FEPL, sur la même période, la part des SPL augmente de 51 %, et on en compte désormais 359.

Les SEMOP, au nombre de 16 en 2018, ont été créées trop récemment pour qu'il soit encore possible de disposer d'un réel retour d'expérience.

Les 925 SEM génèrent un chiffre d'affaires cumulé de 11,6 Md€ et salarient 53 447 personnes. Elles sont aujourd'hui actives principalement dans les secteurs du tourisme, de la culture et des loisirs (216), de l'habitat et de l'immobilier (180), de l'aménagement (172), de l'environnement et des réseaux (163) et du développement économique (116 sociétés).

¹⁷ La dernière loi significative sur ces questions est la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

En 2015¹⁸, la FEPL estimait le nombre de contrats publics en cours d'exécution par des EPL¹⁹ à 11 000, dont 1 300 délégations de service public (DSP), 3 100 concessions d'aménagements et 6 700 marchés, représentant un volume d'affaires de 5,6 Md€. En 2015, les EPL se sont vues attribuer 1,9 Md€ de nouveaux marchés publics soit 7 % de la valeur des achats publics effectués par les collectivités et groupements.

En 2018, la FEPL estime que 258 SEM disposaient d'un portefeuille total de 621 DSP, soit 2,4 DSP par SEM²⁰ en moyenne.

B - Deux évolutions majeures ont éloigné les SEM de leur modèle originel

1 - Du principe de spécialité à la pluriactivité

Jusqu'en 1983, l'objet social des SEM était soumis au principe de spécialité.

Depuis cette date, il peut inclure plusieurs activités, sous réserve que celles-ci soient complémentaires.

Article L. 1521-1 du CGCT : « Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; **lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.** En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser 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 ».

À l'origine, l'introduction de cette notion visait principalement les activités d'aménagement et de construction, alors les plus nombreuses²¹, afin qu'elles puissent être exercées par une même SEM.

Cette complémentarité s'apprécie par référence à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État : une activité est dite complémentaire dès lors qu'elle constitue un complément normal à l'activité principale de la SEM, sans pour autant que cette activité soit le complément nécessaire de son activité principale²².

¹⁸ Date du dernier recensement exhaustif sur ce sujet.

¹⁹ En 2015, les SEM locales représentaient 78 % des entreprises publiques locales. Les données de 2015 concernent l'ensemble des EPL (SEM, SPL et SEMOP) pour la métropole et l'outre-mer.

²⁰ Le chiffre d'affaires généré par ces contrats dans le chiffre d'affaires total des SEM n'est pas disponible. Le poids des SEM dans le marché des DSP et concessions n'est pas disponible.

²¹ Les SEM d'aménagement et de logement représentaient alors 80 % de l'ensemble des SEM contre 33 % aujourd'hui (Source : FEPL).

²² CE, 18 décembre 1959, *Delansorne* ; CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*.

Ce principe jurisprudentiel ne permet pas de réunir dans une même société d'économie mixte des activités n'ayant aucun point commun entre elles ou sans rapport les unes avec les autres. Par ailleurs, elles doivent être conformes à l'objet social de la SEM. Pour autant, il subsiste des marges d'interprétation sur la définition de la complémentarité au sens du CGCT.

Dès l'origine il a été souligné qu'une conception purement financière du principe de complémentarité, qui conduirait à une mutualisation d'activités au sein d'une même société dans le seul but de parvenir à un équilibre financier, pourrait être regardée comme illicite²³. Ceci permet d'éviter :

- que la SEM prenne en charge des activités dans des conditions financières qu'aucune autre entreprise n'accepterait ;
- qu'une activité finance de manière structurelle et pérenne une autre activité déficitaire (plus particulièrement, une délégation de service public ne doit pas conduire à une surfacturation des usagers destinée à financer d'autres activités déficitaires prises en charge par la SEM) ;
- ou que les prix facturés aux usagers ou aux clients de la SEM soient déconnectés de leurs coûts de production.

A contrario, ce principe prudentiel permet de s'assurer que :

- le fonctionnement d'une SEM repose sur un modèle économique viable et soutenable ;
- les sommes versées par les contribuables, au titre d'un service public, ne viennent pas compenser le déficit d'autres activités, sans lien avec celui-ci ;
- la SEM s'inscrit dans les principes de transparence et d'information des collectivités et du contribuable local.

De manière dérogatoire, certains secteurs d'activités, le logement social par exemple, sont soumis à une réglementation plus contraignante conduisant à l'interdiction de toute compensation financière entre les différentes activités exercées par une SEM²⁴.

Au vu des statistiques de la FEPL, le développement de la pluriactivité est aujourd'hui une tendance lourde, revendiquée comme un axe majeur de développement par les professionnels du secteur. En 2018, 67 % des SEM se déclaraient en situation de pluriactivité.

²³ Circulaire DGCL du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire. Citée par *Le guide des sociétés d'économie mixte locales* de la direction générale des collectivités locales, édition 2007, p. 37.

²⁴ Article L. 481-8 du code de la construction et de l'habitation. : « Les sociétés d'économie mixte agréées en application de l'article L. 481-1 sont tenues d'adresser annuellement un compte rendu de l'activité concernée par l'agrément et leurs comptes financiers au ministre chargé du logement. Un décret précise les documents administratifs à fournir et leurs modalités de transmission. Elles enregistrent les résultats de l'activité relevant de l'agrément sur un compte ne pouvant être utilisé qu'au financement de cette activité ou à la distribution d'un dividende, qui ne peut être supérieur à un pourcentage de la valeur nominale des actions égal ou inférieur au taux d'intérêt servi au détenteur d'un livret A au 31 décembre de l'année précédente, majoré de 1,5 point. Ces sociétés d'économie mixte peuvent accorder des avances et des prêts financés par des ressources de l'activité agréée dans les conditions prévues aux articles L. 423-15 et L. 423-16 ».

Tableau n° 1 : évolution de la proportion des SEM en pluriactivité

	2015	2016	2017	2018
<i>SEM mono activité</i>	46 %	44 %	48 %	33 %
<i>SEM pluriactivité</i>	52 %	56 %	52 %	67 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

43 % des SEM cumulent trois activités ou plus et 10 % des SEM exercent six activités ou plus.

Tableau n° 2 : répartition des SEM par nombre par secteur d'activité en 2018

	1	2	3	4	5	6	7 et +
<i>Ensemble</i>	33 %	24 %	15 %	11 %	7 %	3 %	7 %
<i>Aménagement</i>	16 %	15 %	22 %	19 %	10 %	4 %	13 %
<i>Développement économique</i>	46 %	38 %	6 %	4 %	4 %	0 %	2 %
<i>Environnement et réseaux</i>	41 %	18 %	15 %	9 %	7 %	3 %	7 %
<i>Habitat et immobilier</i>	24 %	21 %	16 %	11 %	9 %	7 %	12 %
<i>Mobilité</i>	33 %	31 %	18 %	10 %	4 %	2 %	2 %
<i>Services à la personne</i>	41 %	44 %	15 %	0 %	0 %	0 %	0 %
<i>Tourisme, culture et loisirs</i>	40 %	25 %	13 %	11 %	6 %	2 %	4 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Les secteurs de l'aménagement et de l'immobilier sont ceux disposant du nombre le plus important de SEM cumulant plusieurs activités. Ce sont des domaines où les marges sont réputées faibles, ce qui peut conduire les SEM à rechercher des activités rémunératrices, au risque d'investir le champ concurrentiel ou de développer des activités dans une logique de complémentarité financière.

L'exercice de plusieurs activités n'est pas contestable dès lors qu'il satisfait aux critères suivants :

- intérêt public local ;
- complémentarité entre activités posé par le CGCT ;
- correspondance entre l'objet social de l'entreprise et les compétences détenues par l'ensemble des collectivités et groupements actionnaires ;
- individualisation comptable des opérations pour les SEM immobilières ;
- soutenabilité du modèle économique ne reposant pas sur une logique purement financière de compensation entre les différentes activités d'une SEM.

Ce dernier critère est important et ne doit pas être détourné. Ainsi, en exerçant plusieurs activités, une SEM peut dégager des synergies entre différents métiers proches ou contra-cycliques, ce qui lui permet d'amortir ses frais de structure et d'améliorer sa compétitivité. Mais la multiplication des activités ne doit pas se traduire par des prestations rendues aux usagers de moins bonne qualité ou à un prix plus élevé, destinées à en compenser financièrement d'autres. Une telle pratique, outre ses inconvénients techniques, peut soulever des difficultés en terme de transparence de la démocratie locale.

La pluriactivité : les dérives d'une SEM

La chambre régionale des comptes Île-de-France a souligné les dérives de la pluriactivité de **la société d'économie mixte pour l'étude et l'exploitation d'équipements collectifs (SEMECO)** de la commune de Bobigny (Seine-Saint-Denis). Son modèle économique repose sur une compensation financière entre des activités ne présentant ni synergie ni complémentarité entre elles.

La SEMECO a pour objet social l'exploitation, la gestion et l'entretien de tout patrimoine immobilier ou foncier appartenant à toute personne physique ou morale, actionnaire ou non de la société, l'étude, la réalisation et l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial, l'étude et tous actes nécessaires aux missions d'aménagement, l'étude, la réalisation et l'exploitation de toute activité d'intérêt général. Son objet social ainsi défini est suffisamment large pour lui permettre de répondre à des appels d'offre dans tous les champs de compétences des collectivités, du chauffage urbain à la gestion d'une piscine en passant par le gardiennage par l'intermédiaire d'une filiale.

Elle a été créée par la commune de Bobigny pour assurer la gestion de 35 000 m² de dalles ouvertes au public, de 50 000 m² d'espaces verts ainsi que de 4 400 places de parkings non transférés dans le domaine public de la commune de Bobigny, son unique actionnaire, ou celui de bailleurs sociaux à l'issue des opérations d'aménagement ayant créé ces équipements.

À l'initiative de cette commune, la SEMECO a également géré un temps son patrimoine immobilier privé, son stationnement urbain de surface, son centre aquatique et la gestion de l'unité de cogénération de son service public de chauffage urbain. La SEMECO, ne disposant d'aucune expertise en cette dernière matière, a contracté un marché d'exploitation avec un professionnel du secteur, par ailleurs actionnaire de la SEM. Au moment de son contrôle par la chambre régionale des comptes Île-de-France, la société avait également réalisé une opération d'aménagement, pour le compte de la commune de Bobigny, avec un promoteur via une filiale conjointe et était engagée dans la construction d'une cité des fêtes, opération que la société conduisait en compte propre.

L'activité de cogénération génère 87 % des revenus de la société ; elle est ainsi appelée à financer la quasi intégralité des charges fixes et directes d'autres activités ou les pertes générées par les autres contrats dont la société est titulaire. De fait, le profit tiré de la cogénération à Bobigny couvre le déficit de gestion de plusieurs parkings dont certains sont situés sur des communes voisines. Cette situation se traduit notamment pour les usagers du service public du chauffage urbain de la commune de Bobigny par un prix moyen de facturation supérieur de 18 à 23 % aux prix moyens nationaux. Ils financent ainsi anormalement l'ensemble des autres activités de la SEM et ses charges de structure. Sans la gestion de l'unité de cogénération, la viabilité financière de la SEMECO n'est pas assurée et son existence compromise.

La transparence dans les activités d'une SEM est donc une nécessité et les actionnaires devraient disposer d'une présentation des comptes permettant de distinguer :

- les différentes activités en lien avec leurs compétences ;
- la nature et les résultats de chacune de ses activités (activités pour chacune des collectivités et groupements actionnaires, pour les autres collectivités et groupements non actionnaires, activités en compte propre pour d'autres clients non actionnaires).

Cette présentation des comptes devrait également permettre aux collectivités et groupements actionnaires de s'assurer que le modèle économique de la SEM ne repose pas sur une complémentarité purement financière entre ces différentes activités. Le modèle financier et comptable appliqué aux SEM intervenant dans le secteur du logement social, qui conduit à isoler comptablement les opérations et à individualiser les reports, pourrait être utilement étendu aux autres SEM pour garantir l'information des collectivités actionnaires et des contribuables.

2 - La filialisation

La création de filiales et les prises de participations sont expressément ouvertes aux SEM par l'article 76 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 I »). Cet article prévoit que « *toute prise de participation d'une société d'économie mixte locale dans le capital d'une société commerciale doit faire 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* »²⁵. Pour autant, si un tel avis formel est prévu, aucun outil indiscutable de suivi et de recensement des filiales et des participations des SEM n'a été mis en place.

Selon les données collectées par la FEPL pour 2018, un peu moins d'un tiers du total des SEM recensées (300), disposent au moins d'une filiale, au nombre de 301, ou d'une participation, au nombre total de 429.

²⁵ Article L. 1524-5 du CGCT. Cette disposition ne s'applique qu'aux entités présentant un caractère commercial. La situation des sociétés civiles immobilières (SCI) et des groupements d'intérêts économiques (GIE) demande notamment à être clarifiée. La DGCL relève que « par extension on peut considérer que l'article L. 1524-5 du CGCT est également applicable aux prises de participations des SEM dans les sociétés civiles immobilières qui, aux termes d'une décision du Conseil d'État, sont considérées comme organismes à but lucratif (CE, 24 novembre 1989, *Commune d'Iffendic*) ».

**Tableau n° 3 : nombre de filiales et participations des SEM
par secteur d'activité en 2018**

	Filiales	Prises de participation	Total
<i>Aménagement</i>	63	119	182
<i>Développement économique</i>	52	46	98
<i>Environnement et réseaux</i>	41	64	105
<i>Habitat et immobilier</i>	101	129	230
<i>Mobilité</i>	18	26	44
<i>Services à la personne</i>	2	8	10
<i>Tourisme, culture et loisirs</i>	24	37	61
TOTAL	301	429	730

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Les motivations des SEM quand elles créent des filiales sont très variables.

Il peut s'agir du développement d'une activité « complémentaire », de la mobilisation de financements ou du partage du risque d'investissement avec des partenaires, de l'individualisation d'une activité ou d'un risque dans une société dédiée, du développement d'un outil dont les objectifs et la durée du projet sont différents de celui des membres fondateurs, du renforcement de l'expertise au travers de partenariats avec des acteurs ayant des compétences techniques dont la SEM elle-même n'est pas dotée, de la création de structures avec des partenaires différents des membres fondateurs ou encore de la volonté d'expérimenter des activités innovantes dans le cadre de sociétés de projet.

Les filiales sont traditionnellement présentes dans les secteurs de l'immobilier et de l'aménagement. Les filiales de SEM immobilières sont principalement des sociétés civiles immobilières (SCI) constituées sur une opération donnée avec des promoteurs privés et des établissements bancaires, dans le but de partager les risques et les investissements. Les filiales de SEM d'aménagement sont plus généralement des sociétés par action simplifiée (SAS) ayant une activité énergétique ou dédiées à un projet d'aménagement.

Dans ce dernier secteur, il convient de souligner que la loi 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, par dérogation aux dispositions précitées de droit commun interdisant aux collectivités de prendre des participations dans des sociétés commerciales, leur permet d'entrer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire.

De même, la loi NOTRe autorise les régions à prendre des participations « *au capital de sociétés commerciales pour la mise en œuvre [de leur] schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation* », renforçant ainsi leur rôle central dans le développement économique du tissu local²⁶.

²⁶ Article L. 4211-1-8bis (introduit par la loi NOTRe) du CGCT.

Ces deux dispositifs constituent une alternative à la constitution d'une SEM intervenant dans ces domaines.

II - Un modèle qui a atteint ses limites

A - Un modèle peu attractif pour les partenaires privés

1 - Une mixité toute relative du capital social des SEM

Derrière l'appellation « d'économie mixte », la mixité effective du capital des SEM est très relative.

Par dérogation aux dispositions du code de commerce applicable aux sociétés anonymes, l'actionnariat d'une SEM se compose de deux catégories d'actionnaires : à titre principal, les collectivités ou groupements à l'initiative de sa création, qui disposent nécessairement de « *plus de la moitié du capital* »²⁷, soit 50 % de son capital social plus une action, et au maximum, depuis 2002, de 85 %²⁸ de ce capital ; à titre secondaire, « *d'autres actionnaires* », publics ou privés.

La catégorie des « *autres actionnaires* » est composée au minimum d'une « *personne privée* » à laquelle peuvent « *éventuellement* » être associées d'autres « *personnes publiques* »²⁹.

Cette définition de la mixité, retenue par le législateur, a pour effet d'accorder une place prépondérante aux acteurs publics. En pratique, rien n'interdit que le capital d'une SEM soit composé à 99,99 % de personnes publiques, ni même que la personne privée actionnaire soit une société de droit privé à capitaux publics. Une SEM peut être ainsi une entreprise relevant directement ou indirectement entièrement de la sphère publique et, de manière générale, la place des acteurs privés reste marginale.

La composition constatée de l'actionnariat des SEM reflète la faible présence d'actionnaires privés dans ce secteur. Ainsi, en 2018, le montant consolidé du capital social des 925 SEM, qui s'élève à 4,6 Md€, est détenu à 79 % par des actionnaires relevant de la sphère publique : 63 % par des collectivités et leurs groupements, 16 % par d'autres acteurs relevant de la sphère publique comme la Caisse des dépôts et consignations ou les organismes consulaires, voire même d'autres SEM.

En regard, la part laissée au secteur privé est modeste pour une économie à caractère mixte, de l'ordre de 20 %.

²⁷ Article L. 1522-1 du CGCT.

²⁸ Article L. 1522-2 du CGCT.

²⁹ Article L. 1521-1 du CGCT.

Tableau n° 4 : les actionnaires des SEM

	2015	2016	2017	2018
<i>Collectivités territoriales et groupements</i>	63 %	62 %	62 %	63 %
<i>Autres actionnaires</i>	37 %	38 %	38 %	37 %
<i>Dont État et organismes publics</i>	4 %	4 %	4 %	4 %
<i>Dont Institutions financières</i>	13 %	12 %	12 %	12 %
<i>Dont Caisse des dépôts et consignations</i>	7 %	6 %	6 %	7 %
<i>Dont Entreprises</i>	8 %	10 %	6 %	5 %
<i>Dont Sem</i>	ND	ND	4 %	4 %
<i>Dont Acteurs du logement</i>	1 %	1 %	1 %	1 %
<i>Dont Organismes professionnels et consulaires</i>	1 %	1 %	1 %	1 %
<i>Dont Autres</i>	3 %	4 %	4 %	3 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Le capital des SEM est donc constitué très majoritairement, directement ou indirectement, des fonds d'origine publique ou relevant d'acteurs de la sphère publique.

Une autre forme d'intervention du secteur privé: le cas de la SEM Le Phénix théâtre de Valenciennes

La chambre régionale des comptes des Hauts-de-France a relevé que la ville de Valenciennes, lors de la mise en service de son théâtre, avait considéré que le recours à une SEM permettrait d'impliquer les entreprises privées dans le financement de ce projet culturel. Toutefois, si en 1998 les actionnaires privés représentaient 11,5 % du capital, depuis 2000, leur part s'est progressivement réduite pour se limiter à 3,44 % aujourd'hui. Le projet porté par cette SEM n'a donc pas été en mesure d'attirer puis de retenir des investisseurs privés.

La société fait cependant valoir que la participation des investisseurs privés se matérialise dorénavant plutôt par des opérations de mécénat, illustrant ainsi que l'actionnariat n'est pas le seul moyen dont dispose une SEM et son actionnaire principal pour associer des partenaires privés au développement et à la gouvernance d'un tel équipement.

2 - Une gouvernance qui fait peu de place aux partenaires privés

Par dérogation aux dispositions du code de commerce, le législateur a garanti à chaque collectivité publique actionnaire une représentation directe ou indirecte dans les instances de gouvernance d'une SEM, quel que soit son niveau d'actionnariat. Cette garantie est cohérente avec l'objet même de la SEM, qui est un outil au service des collectivités ou groupements pour l'exercice de leurs compétences.

Toutefois, les autres actionnaires de la société ne bénéficient pas du même régime dérogatoire au droit commun des sociétés, ce qui ne permet pas la mise en place d'une gouvernance équilibrée entre tous les partenaires. En effet, dans ce cadre, une collectivité actionnaire d'une SEM à hauteur de 1 % de son capital social peut disposer d'un siège à son

conseil d'administration au même titre, par exemple, qu'un actionnaire privé détenant 10 % du capital.

La composition du conseil d'administration ou de surveillance des SEM

Les articles L. 1524-5 et L. 1534-6 CGCT prévoient que dans les limites prévues par le code de commerce³⁰ :

- toute collectivité ou groupement dispose au minimum d'un représentant ;
- dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires par rapport au capital de la société, les statuts fixent le nombre de sièges dont ils disposent au conseil d'administration ou de surveillance, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure ;
- les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement ;
- 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 ayant une participation réduite au capital, ils sont alors réunis en assemblée spéciale où un siège au moins leur est réservé. L'assemblée spéciale désigne parmi les élus de ces collectivités ou groupements le ou les représentants communs qui siégeront au conseil d'administration ou de surveillance.

En dépit de leur caractère protecteur pour les collectivités, ces dispositions très contraignantes, ne sont pas toujours appliquées au risque de fragiliser les décisions prises par les instances dirigeantes des SEM en cas de contentieux.

Des cas de non-respect des règles de gouvernance des SEM

Dans le cas de la **société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (SEMARDEL)**, la chambre régionale des comptes Île-de-France a relevé que la répartition des sièges entre collectivités et groupements n'est pas conforme à la règle de proportionnalité prévue par l'article L. 1524-5 du CGCT. Le dispositif profite aux collectivités très minoritaires, une commune détenant 0,21 % du capital de la SEM disposant d'un siège au même titre qu'une autre en détenant 9,57 %. La SEMARDEL ne le conteste pas mais renvoie à une interprétation de la DGCL qui l'autoriserait. Elle fait aussi valoir le pacte d'actionnaires entre les communes-membres qui le prévoit.

Dans le cas de la **société d'économie mixte d'aménagement du département de la Seine-Saint-Denis, SEQUANO Aménagement**, la même chambre régionale a relevé, en 2015, que l'assemblée spéciale ne se réunit jamais. Depuis ce contrôle, la société indique réunir cette assemblée spéciale au moins une fois par année.

³⁰ Articles L. 225-17 et L. 225-69 du code de commerce.

Les spécificités des SEM permettent, en outre, qu'une collectivité publique qui n'est pas actionnaire, mais ayant accordé sa garantie à un emprunt contracté par la société ou détenant des obligations³¹ dispose d'un délégué spécial, désigné par son assemblée délibérante, pour la représenter au conseil d'administration ou de surveillance de la société, disposant de pouvoirs étendus³². Ce régime ne bénéficie pas aux actionnaires privés.

3 - Le régime de protection particulier des élus locaux administrateurs

En application des dispositions du code de commerce, le représentant d'une personne morale est soumis aux mêmes conditions et obligations et 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.

Par dérogation à ce principe, et en application des dispositions du CGCT³³, l' élu mandataire représentant une collectivité ou un groupement dans les instances d'une SEM bénéficie d'une responsabilité personnelle limitée aux infractions qu'il commettrait portant atteinte à l'ordre public économique ou à la probité publique³⁴.

De même, en raison de son statut d' élu et de son rôle au sein de la collectivité actionnaire et de la SEM elle-même, le législateur est intervenu pour organiser un régime spécifique visant à sécuriser la situation de l' élu mandataire :

- il n'est pas considéré comme entrepreneur de services municipaux, départementaux ou régionaux (la loi prohibant, sous peine d'inéligibilité ou d'incompatibilité, le cumul de cette qualité avec le mandat respectif³⁵) ;
- par dérogation aux dispositions de l'article L. 2131-11 du CGCT, il peut prendre part à un vote « *lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale* », sans pour autant être considéré comme « *intéressé à l'affaire* »³⁶. En revanche, il ne peut pas participer aux commissions d'appels d'offres et d'attributions de contrats de toute nature au bénéfice de la SEM³⁷ afin de le prémunir du risque de délit de favoritisme réprimé par l'article L. 432-14 du code pénal.

Aussi dérogatoires et protectrices qu'elles soient, ces dispositions laissent subsister des situations comportant des risques pour les élus du fait, par exemple, de l'éclatement de l'actionnariat d'une SEM et du cumul des mandats.

³¹ Article L. 2253-2 du CGCT.

³² Il doit être entendu à sa demande, ses observations étant consignées au procès-verbal, et il peut procéder à la vérification des livres et des documents comptables et s'assurer de l'exactitude des leurs mentions.

³³ Article L. 1524-5 du CGCT.

³⁴ Circulaire n° 2003-02 G3/12-02-2003 du 12 février 2003 de la direction générale des affaires criminelles et des grâces - Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixtes locales - Orientation de politique pénale.

³⁵ Articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral.

³⁶ Article L. 1524-5 du CGCT.

³⁷ Article L. 1524-5 du CGCT.

Un régime favorable qui ne prévient pas tous les risques pour les élus

En examinant les relations entre **la société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locale (SEMARDEL)** et son actionnaire principal, le Syndicat intercommunal pour la revalorisation et l'élimination des déchets et des ordures ménagères (SIREDOM), qui est également son principal client, la chambre régionale des comptes Île-de-France a relevé que certains des membres communs au comité syndical du SIREDOM et au conseil d'administration de la SEMARDEL n'étaient pas des administrateurs représentant le SIREDOM au conseil d'administration de la SEMARDEL : les intéressés ne bénéficient donc pas des dispositions protectrices du CGCT. La SEMARDEL ne le conteste pas mais renvoie à la responsabilité des collectivités dans la nomination de leurs mandataires.

En définitive, si le législateur est intervenu pour sécuriser le statut de l'élu local au sein d'une SEM, son intervention n'a pas épuisé l'ensemble de la problématique du positionnement de cet élu au sein de la société.

En outre, la mise en place de l'ensemble de ces dispositifs de protection amène à placer l'élu dans une situation plus protégée que celle du mandataire de droit commun, ce qui peut affecter le fonctionnement de la SEM.

4 - Une sous-capitalisation qui fait porter le risque par les collectivités actionnaires

En application du code de commerce³⁸, le capital social d'une SEM est fixé au minimum à 37 000 € lorsque la société ne fait pas appel à l'épargne. Ce principe connaît deux exceptions justifiées par la nature des activités concernées : une SEM intervenant dans le secteur de l'aménagement ou de la construction doit disposer d'un capital social minimum porté à, respectivement, 150 000 € et à 225 000 €³⁹.

Comme toute société anonyme, une SEM ne doit pas disposer de capitaux propres inférieurs à la moitié de son capital social sous peine de devoir être recapitalisée. Elle est également soumise au droit commun en matière d'équilibre financier et aux procédures de redressement, de dépôt de bilan ou de mise en liquidation judiciaire.

Il appartient aux actionnaires de déterminer le niveau de capital social adéquat au regard de la nature de ses activités et des besoins d'investissement.

L'insuffisante capitalisation des SEM est régulièrement soulignée. La Cour des comptes l'a relevé dans des insertions au rapports public en 1990, en 2001 et en 2015. Elle l'a rappelé dans son référé de juin 2017. Le rapport de la revue des dépenses relatif à la maîtrise des risques par les entreprises publiques locales souligne également ce point.

³⁸ Article L. 224-2 du code de commerce.

³⁹ Article L. 1522-3 du CGCT.

Bien que les systèmes d'information existants ne permettent pas d'apprécier globalement le montant du capital social des SEM au regard de la structure de leur bilan et des risques portés, les données financières collectées par la FEPL permettent d'estimer un montant moyen de capitalisation par SEM et par secteur d'activité. De manière paradoxale, le secteur de l'aménagement, pourtant risqué, apparaît moins capitalisé que d'autres, tels que celui de l'« environnement et réseaux » ou du « développement économique ».

Tableau n° 5 : capitalisation des SEM par domaine d'activité

<i>Capital social en millions d'euros</i> <i>Nombre de sociétés</i> <i>Capital social moyen en millions d'euros</i>	2014	2015	2016	2017	2018
Tourisme, culture et loisirs					
Capital social cumulé	311	356	348	289	292
Nombre	233	227	227	216	216
Capital social moyen	1,33	1,57	1,53	1,34	1,35
Aménagement					
Capital social cumulé	565	552	628	570	591
Nombre	212	205	196	175	172
Capital social moyen	2,67	2,69	3,20	3,26	3,44
Environnement et réseaux					
Capital social cumulé	497	516	543	567	712
Nombre	142	142	146	152	163
Capital social moyen	3,50	3,63	3,72	3,73	4,37
Habitat et immobilier					
Capital social cumulé	1 520	1 442	1 592	1 625	2 129
Nombre	213	199	199	190	180
Capital social moyen	7,14	7,25	8,00	8,55	11,83
Développement économique					
Capital social cumulé	467	508	599	625	637
Nombre	114	113	119	113	116
Capital social moyen	4,10	4,50	5,03	5,53	5,49
Mobilité					
Capital social cumulé	316	315	315	315	302
Nombre	62	61	60	57	51
Capital social moyen	5,10	5,16	5,25	5,53	5,92
Service à la personne					
Capital social cumulé	18	20	22	23	23
Nombre	21	23	24	26	27
Capital social moyen	0,86	0,87	0,92	0,88	0,85
Total capital social	3 693	3 709	4 047	4 014	4 687
Total nombre de Sem	997	970	971	929	925
Capital social moyen	3,70	3,82	4,17	4,32	5,07

Source : Cour des comptes à partir des données de la Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer

La nature de leur objet social et la part prépondérante d'actionnaires publics à leur capital, conjuguées à la possibilité pour ces sociétés de bénéficier de garanties d'emprunts, peut expliquer le faible niveau de capitalisation des SEM au regard de l'importance des opérations qu'elles portent et du chiffre d'affaires qu'elles génèrent.

Les collectivités territoriales actionnaires, qui jouent *de facto* le rôle de garant en dernier ressort des SEM, et qui leur viennent en aide en cas de difficulté en leur offrant certaines facilités, ont permis jusqu'à présent d'assurer la stabilité du système sans immobiliser un capital important.

B - Une intervention étendue au champ concurrentiel

Les activités d'une SEM dans le champ concurrentiel doivent respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui limite l'intervention des collectivités publiques en matière d'activités industrielles ou commerciales.

La jurisprudence administrative autorise qu'il soit dérogé à ce principe lorsque, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public suffisant justifie l'intervention de la collectivité. Désormais, le juge reconnaît que la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une SEM sur un marché⁴⁰ mais il y met des limites.

Ainsi, dans le cadre du contrôle de l'intérêt public local, le juge administratif a pu annuler les délibérations créant une SEM ayant pour objet la production de matériaux et produits pour la voirie⁴¹, ou une activité d'horticulture destinée à participer à la revitalisation d'un bassin d'emploi⁴², ou encore pour mettre à disposition d'entreprises privées divers avantages et facilités dans un but principalement lucratif, tels que des contrats de prestations de service⁴³.

Au-delà de ces principes, le développement des activités des SEM dans le champ concurrentiel est une réalité qui ne saurait être sous-estimée, avec l'ambition pour certaines d'entre elles de se positionner en concurrence directe avec les opérateurs privés sur les marchés dans et en dehors des territoires de leurs collectivités actionnaires. Dans ce dernier cas de figure, la dimension géographique de l'intérêt public local a disparu.

⁴⁰ CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*.

⁴¹ TA de Toulouse, 27 janvier 1988, *SEML Enrobés et Liants Aveyronnais*.

⁴² CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle c./ Commune d'Amnéville*.

⁴³ CAA Paris, 11 mai 2004, *Commune Ozoir-la-Ferrière*.

Des SEM intervenant dans le champ concurrentiel en dehors du territoire de ses collectivités actionnaires

La **société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (SEMARDEL)** a été créée en 1984 pour répondre aux besoins de 119 communes de l'Essonne en matière de traitement des déchets ménagers et assimilés (DMA). La volonté de doter ces collectivités d'un outil public pour maîtriser la filière des déchets dans le département a conduit à la création du Centre intégré de traitement des déchets (CITD) de Vert-le-Grand (Essonne), exploité par la SEMARDEL. Après avoir étendu ses activités à l'ensemble des métiers du déchet et créé une société de conseil, cette SEM s'est rapprochée, en 2014, de la société MVV Umwelt GmbH, filiale de la société d'économie mixte allemande MVV Energie, avec laquelle elle a créé une société conjointe ayant pour objectif de répondre à des appels d'offres d'exploitation d'incinérateurs sur l'ensemble du marché français. Au moment de son contrôle, en 2016, par la chambre régionale des comptes Île-de-France, la SEMARDEL était un groupe constitué de 10 sociétés réalisant 92,6 M€ de chiffre d'affaires et comptant 565 collaborateurs. Elle ne réalisait plus que 32,6 % de son chiffre d'affaires consolidé avec le CITD de Vert-le-Grand et 65,7 % dans son département d'origine, l'Essonne. Son dernier plan de développement prévoyait des investissements à hauteur de 127 M€. La SEMARDEL ne distribuait aucun dividende. Elle comptait comme second plus important actionnaire la commune de Grigny, qui bénéficie d'un soutien financier spécifique de l'État en raison de sa situation financière dégradée. Trente années après sa création, la SEMARDEL est devenue une entreprise ambitionnant de concurrencer à l'échelle nationale les acteurs traditionnels du secteur des ordures ménagères, caractérisé par un faible degré de concurrence.

Créée en 1991 à l'initiative du département de la Savoie, qui en demeurait l'actionnaire majoritaire à hauteur de 74 % de son capital, au nomment de son contrôle par la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes, la **société d'économie mixte Savoie Stations Participations (SSP)**, renommée en 2017 Savoie Stations Participations Ingénierie Tourisme, avait pour objectif initial l'aménagement du territoire par le soutien aux acteurs économiques des stations de moyenne montagne. Elle a dans un premier temps investi dans quatorze sociétés exploitant des remontées mécaniques, en particulier des sociétés d'économie mixte ayant connu une situation financière fragile avant de diversifier ses interventions en acquérant des participations dans trois sociétés immobilières afin de dynamiser la fréquentation des stations. Les revenus de la SSP sont essentiellement constitués des dividendes perçus de ses participations. En 2015, la SEM s'est dotée d'une stratégie d'investissement reposant sur trois axes : une gestion non plus seulement patrimoniale mais également économique de ses participations, le développement des investissements immobiliers dans les stations où la SEM détient des participations et la création d'activités de conseil en matière immobilière. La SEM justifie son intervention dans ce dernier secteur d'activités pour des opérations où l'intervention du secteur privé est insuffisante ou bien n'obéit pas à une logique d'intégration. En 2016, elle a ainsi modifié ses statuts pour ajouter à son objet social « *l'assistance administrative, technique, commerciale et financière* », tout en étendant son champ d'action à l'ensemble du territoire national. Début 2017, elle est intervenue dans les autres départements alpins (Haute-Savoie, Isère et Hautes-Alpes), dans le Jura et dans les Pyrénées. Elle dispose pour cela d'une filiale dans le secteur du conseil.

En ce qui concerne la **société anonyme d'économie mixte locale (SAEML) des pompes funèbres des communes associées (PFCA) de la région de Saint-Brieuc**, la commune de Saint-Brieuc a motivé la délibération portant création d'une SEM destinée à succéder à une régie publique gérant le service extérieur des pompes funèbres, comme permettant d'exercer « *l'activité de marbre, activité lucrative du secteur concurrentiel* », qu'elle estimait ne pas pouvoir réaliser par l'intermédiaire de sa régie. La SEM a été constituée au niveau intercommunal.

Les chambres régionales des comptes, dans leurs contrôles, constatent de manière générale une extension du champ d'intervention des SEM, alors que la réglementation de l'intervention des collectivités territoriales dans le champ concurrentiel n'a pas évolué. Le développement des SEM en ce domaine demande dès lors à être mieux encadré, surtout lorsque leur champ d'intervention ne se fait plus dans une logique d'ancrage territorial ou d'intérêt public local mais dans une démarche de concurrence avec le secteur privé.

C - Un statut fragilisé par l'évolution du droit communautaire

Dans le modèle de 1983, les SEM avaient vocation à travailler exclusivement pour leurs collectivités actionnaires : elles lui confiaient des contrats sans mise en concurrence et sans publicité, dans un cadre de quasi-régie.

Le schéma économique⁴⁴, mis en place à la même date, repose toujours sur le principe selon lequel une intervention au profit de tiers non actionnaires, pour des opérations autres que des prestations de services, est encadrée afin que son développement n'aboutisse pas à une prise de risque excessive, assumée *in fine* par ses collectivités et groupements actionnaires en cas de défaillance.

Si, en application de l'article L. 1523-1 du CGCT, les SEM peuvent intervenir pour des personnes qui ne participent pas à leur capital, toute intervention au profit d'un tiers est subordonnée à la condition qu'il apporte la totalité du financement nécessaire si ce tiers est privé ou, s'agissant d'un tiers public, qu'il garantisse la totalité du financement nécessaire.

À défaut, cette intervention est soumise à l'accord préalable du conseil d'administration ou de surveillance de la SEM pris dans des conditions strictes (majorité des deux tiers comprenant la moitié, au moins, des représentants des collectivités actionnaires) mais le respect de ces conditions est très rarement contrôlé. Sous l'influence du droit européen⁴⁵, mais également du juge constitutionnel⁴⁶, ce modèle a été progressivement remis en cause.

À partir de 1993, les SEM ont été progressivement soumises aux procédures d'appel à la concurrence (tout d'abord en matière de délégation de service public⁴⁷ puis pour leurs prestations de services⁴⁸, les opérations sous mandat⁴⁹ et enfin les conventions

⁴⁴ Article L. 1523-1 du CGCT : « Les sociétés d'économie mixte locales peuvent intervenir pour des personnes qui ne participent pas à leur capital. Pour les opérations autres que des prestations de services, cette intervention est subordonnée à la condition que ces personnes apportent préalablement la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes privées, ou garantissent la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes publiques ; à défaut, ces interventions sont soumises à l'accord préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, pris à une majorité des deux tiers comprenant la moitié, au moins, des représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements, actionnaires, ainsi, s'il y a lieu, qu'à l'accord de la collectivité territoriale sur le territoire de laquelle l'investissement immobilier est prévu ».

⁴⁵ Directive 92/50/CEE du conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services modifiée par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997.

⁴⁶ Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993.

⁴⁷ Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

⁴⁸ Conseil d'État, 30 décembre 2002, *Préfet des Côtes-d'Armor*.

⁴⁹ CE, 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*.

d'aménagement⁵⁰). De même, sous l'effet de la jurisprudence de la CJCE et des directives européennes relatives à la commande publique, il a été considéré que la présence d'actionnaires privés au sein de leur capital conduisait à leur retirer toute possibilité de qualification de quasi-régie. Aujourd'hui, au terme d'un long parcours, les SEM sont systématiquement mises en concurrence, quel que soit leur domaine d'activité, y compris l'aménagement.

Il s'agit d'un changement majeur par rapport à la place initialement confiée à ces sociétés par les lois de décentralisation qui a conduit à faire évoluer leur modèle économique, en les incitant à développer leurs activités avec des tiers non actionnaires, au sens de l'article L. 1523-1 du CGCT. En effet, comme toute société anonyme, une SEM peut également avoir une activité pour compte propre qui n'est pas encadrée.

En effet, comme toute société anonyme, une SEM peut également avoir une activité pour compte propre qui n'est pas encadrée.

Ces évolutions modifient non seulement le fonctionnement des SEM mais également la nature des risques portés par les collectivités actionnaires.

L'évolution du modèle économique d'une SEM soumise à concurrence

L'exemple de la **TERACTEM** illustre l'impact de cette évolution de la réglementation sur leur activité. TERACTEM est la **SEM d'aménagement et de construction de la Haute-Savoie**. Créée dans les années soixante pour réaliser les opérations de zone à urbaniser en priorité (ZUP), elle a développé à partir de 1990 d'autres missions pour le compte des collectivités locales (gestion des procédures foncières, protection des sources et des captages, construction d'équipements publics, réalisation d'études territoriales et urbanistiques voire même commercialisation de logiciels de gestion). Fragilisée par la concurrence importante dans son cœur de métier d'aménageur et par la fin de sa situation de quasi-régie, la SEM a développé des opérations de promotion immobilière pour compte propre et a créé un ensemble de filiales et d'entreprises liées lui permettant d'assurer un rôle d'ensemblier sur les opérations d'aménagement. Elle intervient également dans les projets de réseaux de chauffage à énergies renouvelables et d'énergie photovoltaïque.

Les opérations pour compte propre de la SEM représentent en moyenne près d'un tiers de son chiffre d'affaires. Leur taux de rémunération⁵¹ est en moyenne de 23,21 % contre 5,42 % pour les opérations sous mandat et 9,05 % pour les concessions d'aménagement. La chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône-Alpes a constaté que le dispositif d'autorisation d'opérations à risque est « globalement rigoureux », mais que le conseil d'administration et, au-delà, les actionnaires ne disposent pas d'une information satisfaisante sur le déroulement effectif des opérations correspondantes.

Placée dans un environnement concurrentiel, une SEM n'a plus de marché protégé et son modèle économique se révèle plus fragile dès lors qu'elle n'a pas le soutien de ses actionnaires (parce que son activité ne correspond plus à leurs besoins) ou n'est pas en capacité de répondre aux besoins du marché.

⁵⁰ CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *SODEGIS*.

⁵¹ Montant de la rémunération rapportée au chiffre d'affaires.

Une SEM ne disposant pas d'un modèle économique efficace

La **SEM Aménageons, Construisons Ensemble Durablement (ACED)**, créée en 2009 en réaction à la fusion, au sein de la société ADEVIA, de la société d'équipement du Pas-de-Calais (SEPAC) qui assurait les fonctions d'aménagement et de développement dans le département du Pas-de-Calais et d'Artois-Développement, une autre SEM centrée sur le bassin minier, n'a pas été à même de se développer dans un environnement de forte concurrence entre outils d'aménagement et a fini par être dissoute en 2016.

La société n'a jamais disposé d'un plan d'affaires, chiffré et suivi. Seules cinq concessions d'aménagement, une opération de mandat pour des travaux d'un giratoire et quelques missions accessoires ont été signées en 2010. La société a répondu à près de dix consultations, sans succès. Au surplus, l'absence de participation au capital de la société des organismes financiers et de la Caisse des dépôts et consignations, traduisait, dès sa création, les limites de l'intérêt des partenaires financiers potentiels pour ce nouvel outil de développement local.

D - Un modèle remis en question par les dernières évolutions de la décentralisation

1 - Les risques induits par la pluriactivité

En application de l'article L. 1521-1 du CGCT, l'objet social des SEM doit s'inscrire impérativement dans le champ des compétences des collectivités et groupements qui en sont les actionnaires, et ses différentes activités doivent être complémentaires.

La loi NOTRe prévoit que les régions et les départements ne peuvent intervenir que dans le champ de leurs compétences d'attribution. Les communes, dorénavant seules collectivités à disposer d'une clause de compétence générale, ont toujours une capacité d'intervention générale, sans qu'il soit nécessaire que la loi procède à une énumération de leurs attributions, sous réserve de l'existence d'un intérêt public local et de l'absence d'une compétence exclusive relevant de l'État ou d'une autre collectivité territoriale. Ces deux conditions sont cumulatives.

Au sein du bloc communal, la répartition des compétences entre les communes et leurs groupements est soumise aux principes jurisprudentiels de spécialité et d'exclusivité, qui impliquent qu'une commune, dessaisie d'une compétence, ne puisse plus intervenir dans le champ de celle-ci, y compris financièrement⁵².

⁵² Un EPCI n'a pas, contrairement à ses communes-membres, de compétence générale. Il ne peut donc exercer que les compétences qui lui ont été explicitement transférées soit par la loi, soit par ses communes-membres et qui, de ce fait, figurent dans les statuts (CE, 23 octobre 1985, *commune de Blaye les Mines*). Le transfert d'une compétence donnée à un EPCI par l'une de ses communes membres entraîne le dessaisissement corrélatif et total de cette dernière, en ce qui concerne ladite compétence (CE, 16 octobre 1970, *commune de Saint-Vallier*). Il résulte de ce principe que la commune dessaisie ne peut plus exercer elle-même la compétence, ni verser de subventions à l'EPCI au titre de cette compétence. En outre, elle ne peut plus la transférer à un autre EPCI, sauf à se retirer préalablement de l'EPCI dont elle est membre. (CE, 28 juillet 1995, *district de l'agglomération de Montpellier*).

Sur le plan financier, les moyens des collectivités sont censés être en adéquation avec leurs attributions et ne sont pas destinés à financer, même indirectement, d'autres activités. Leurs budgets servent à mettre en œuvre des compétences propres et n'ont pas vocation à assumer des risques financiers induits, notamment, par l'activité d'une SEM œuvrant en dehors des attributions de sa collectivité actionnaire.

Des aménagements à ces principes ont été mis en place pour tenir compte des transferts de compétences entre collectivités et groupements.

Avec le développement de l'intercommunalité et les transferts de compétence qu'il implique, un dispositif de mise en cohérence de l'actionnariat des SEM avec les compétences effectivement détenues par les communes et leurs groupements a été prévu. L'article 13 de la loi du 2 janvier 2002 a ainsi complété l'article L. 1521-1 du CGCT en permettant aux communes de rester actionnaires d'une SEM dont l'objet social correspond à une compétence transférée à un EPCI, à condition qu'elles cèdent plus des deux tiers des actions qu'elles détenaient antérieurement (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 parties⁵³. En 2014, cette disposition a été étendue aux groupements de toute nature⁵⁴ puis, en 2015, à la métropole de Lyon⁵⁵.

Depuis la loi NOTRe⁵⁶, un mécanisme financier identique a été mis en place pour que les départements se désengagent des SEM dont l'objet social n'entraîne plus dans le champ de leurs compétences d'attribution. L'article 133 (VII) de cette loi dispose ainsi que « *le département actionnaire d'une société d'économie mixte locale (...) dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la loi attribue à un autre niveau de collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'il cède, dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi, à la collectivité territoriale ou au groupement de collectivités territoriales bénéficiaire de cette compétence, plus des deux tiers des actions qu'il détenait antérieurement* ».

Pour autant, si le principe est clair, toutes les modalités pratiques de ces transferts de participations financières ne sont pas précisées ; des situations de blocage peuvent en résulter :

- si la collectivité qui n'est plus compétente a l'obligation de céder plus des deux tiers de ses actions au nouveau titulaire de cette compétence, ce dernier n'est pas contraint de les acquérir ;
- la cession nécessite un accord entre les parties, notamment sur le prix, accord qui n'est pas acquis *a priori*.

⁵³ L'article L. 1521-1 du CGCT dispose que « la commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a intégralement transférée à un établissement public de coopération intercommunale (...) peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale ou à la métropole de Lyon plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences ».

⁵⁴ Loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

⁵⁵ Ordonnance du 19 décembre 2014 portant diverses mesures relatives à la création de la métropole de Lyon.

⁵⁶ Loi du 7 août 2015, dite NOTRe.

Les insuffisances de ce mécanisme expliquent souvent que les effets des différentes réformes territoriales n'ont pas encore été entièrement retranscrits dans la composition du capital des SEM. Ainsi, nombre de communes demeurent les actionnaires prépondérants des SEM du bloc communal alors même que la majeure partie de leurs compétences a été transférée aux intercommunalités. La même remarque vaut pour les départements actionnaires de SEM dans le domaine du développement économique et de l'appui aux entreprises.

Tableau n° 6 : répartition de l'actionnariat des SEM par niveau de collectivité ou groupement prépondérant

	2015	2016	2017	2018
<i>Collectivités territoriales et groupements</i>	63 %	62 %	62 %	63 %
<i>Dont Commune</i>	21 %	20 %	20 %	18 %
<i>Dont EPCI et autres groupements</i>	16 %	15 %	15 %	16 %
<i>Dont Département</i>	17 %	16 %	16 %	14 %
<i>Dont Région</i>	4 %	4 %	4 %	7 %
<i>Dont Collectivité à statut spécial</i>	5 %	7 %	7 %	8 %
<i>Autres actionnaires</i>	37 %	38 %	38 %	37 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer

Dans le cas spécifique de la métropole du Grand Paris, les enjeux de recomposition de l'actionnariat des SEM d'aménagement entre les communes, départements, établissements publics territoriaux et la métropole sont considérables puisque seuls la métropole du Grand Paris et ses établissements publics territoriaux sont dorénavant compétents en matière d'aménagement.

De telles situations, qui se traduisent par le maintien de la collectivité ne disposant pas de la compétence adéquate au sein du capital de la SEM, créent une insécurité juridique majeure sur les actes des collectivités et des SEM concernées par l'évolution des compétences.

2 - Les risques inhérents à la filialisation et aux prises de participations

Le développement des filiales fait peser un risque d'actionnaire sur les collectivités membres sans qu'elles en aient pleinement la connaissance ou même la conscience. Ce risque nécessite que les collectivités et groupements se dotent des compétences et des moyens suffisants pour suivre et expertiser les projets portés par leurs SEM. C'est une condition essentielle pour qu'elles jouent leur rôle d'actionnaire actif et vigilant.

Les filiales et participations génèrent potentiellement un risque de contournement de la réglementation existante applicable aux collectivités comme à la SEM elle-même.

En effet, les filiales et participations ne sont pas soumises aux dispositions du CGCT, qui visent à limiter les risques supportés par les collectivités et groupements actionnaires d'une

SEM du fait de ses contrats avec une personne privée ou une personne publique non actionnaire en les soumettant à des règles de décision spécifiques⁵⁷.

Par ailleurs, la création de filiales permet un contournement du principe législatif d'interdiction de 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 la loi ou par décret en Conseil d'État⁵⁸. Au travers de la SEM qu'elle contrôle, une collectivité peut obtenir ce résultat (cas de la **SEMARDEL**, déjà cité).

Ensuite, le développement d'activités par le biais de filiales ou de participations peut conduire une SEM à intervenir en dehors du champ des compétences de ses collectivités et groupements actionnaires, contournant ainsi le CGCT (cas de la **SEMECO**, déjà cité).

Du reste, les filiales peuvent permettre d'échapper aux règles d'écêtement des rémunérations des élus locaux. Ainsi, la réglementation n'interdit pas à un élu mandataire d'une collectivité au sein d'une SEM d'être également administrateur ou mandataire social rémunéré de filiales de cette SEM. Ces désignations ne nécessitent pas l'intervention des collectivités et groupements actionnaires et les rémunérations correspondantes ne sont pas encadrées par leurs assemblées délibérantes. Ainsi, la création de filiales peut être le moyen de multiplier les sources de revenus de ses dirigeants élus. Ce risque avait conduit la Cour dans son référé du 15 juin 2017 à recommander « *d'étendre le pouvoir de décision des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires à l'ensemble des rémunérations, avantages et moyens de travail de toute nature perçus par les élus d'une entreprise publique locale et de ses filiales directes et indirectes, quelle que soit leur fonction ainsi que leur écêtement dans les conditions de droit commun* ».

En revanche, les élus assumant des responsabilités dans les filiales sont pleinement responsables sur le plan civil et pénal. Ils sont en outre susceptibles d'être considérés comme des entrepreneurs de service public au titre de leur action, ce qui est une situation incompatible avec l'exercice d'un mandat local.

Une filialisation permettant de contourner des règles applicables aux collectivités et groupements actionnaires ou à une SEM

La **SEMARDEL** a racheté l'intégralité du capital de quatre sociétés, au nombre desquelles certains de ses fournisseurs, après que les conseils des collectivités et groupements actionnaires ont conclu à l'impossibilité de racheter directement ces sociétés en raison de la réglementation et de la jurisprudence en matière d'intervention dans le champ concurrentiel des collectivités territoriales. Les présidences des filiales directes et indirectes, intégralement détenues par la SEM, donnaient lieu à la rémunération non écêtée d'élus locaux.

De 1997 à 2002, la **SEMECO**, SEM de la commune de Bobigny, a été actionnaire majoritaire d'une société de gardiennage, en l'absence de toute compétence municipale.

⁵⁷ Article L. 1523-1 du CGCT.

⁵⁸ Article L. 2253-1 du CGCT (commune), L. 3231-6 du CGCT (département) et L. 4211-1 du CGCT (région), modifié par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, dite NOTRÉ.

La création de filiales peut également conduire à un démembrement de l'exercice de l'objet social d'une SEM et à la création d'une société *holding*, soit d'animation, soit purement financière. Dans ce dernier cas, son objet social consiste à porter des participations pour le compte de ses collectivités actionnaires.

Une telle situation pose problème : une SEM ne doit pas se comporter comme une société holding se limitant à gérer des participations financières ; cela est contraire à la lettre et 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 compétences⁵⁹.

Des filialisations de SEM pour des raisons fiscales

Les chambres régionales des comptes Bretagne et Normandie soulignent que les filiales des SEM bretonne et normandes (**société anonyme bretonne d'économie mixte d'armement naval – SABEMEN**, **société d'économie mixte d'équipement naval de la Manche – SENAMANCHE**, et **société d'économie mixte d'équipement naval du Calvados – SENACAL**), constituées pour contribuer aux financements des navires exploités par la compagnie Brittany Ferry, ont été créées pour des raisons d'optimisation juridique et fiscale, les SEM ne pouvant avoir le statut d'armateur. Le rôle des SEM consiste simplement à porter les participations des collectivités dans les filiales détenant effectivement les navires et les instruments de leur financement.

Le développement insuffisamment contrôlé des filiales et des participations permettant le cas échéant de contourner la réglementation applicable aux collectivités et à la SEM elle-même conduit à s'interroger sur le principe même d'autoriser les SEM à constituer des filiales et prendre des participations.

Le risque induit par la pluriactivité et par le développement des filiales des SEM a déjà été relevé par la Cour dans son référé du 15 juin 2018, ce qui l'a conduit à recommander de « *préciser le champ d'intervention des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations au regard des dernières réformes de l'action territoriale* ».

⁵⁹ Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Direction générale des collectivités locales, Le guide des sociétés d'économie mixte locales, édition 2007, p. 57.

CONCLUSION

Nées avec la Première Guerre mondiale de la nécessité pour les communes d'intervenir dans le champ économique pour assurer le ravitaillement des populations, les sociétés d'économie mixte locales sont depuis les lois de décentralisation un outil à la disposition des collectivités pour l'exercice de leurs compétences. Ce sont des sociétés anonymes à capitaux publics et privés, contrôlées et dirigées par les collectivités.

74 % des SEM existantes ont été créées depuis 1983, dans le cadre des lois de décentralisation. En 2018, selon la FEPL, elles représentent 925 sociétés au capital social de 4,6 Md€ générant un chiffre d'affaires de 11,6 Md€ et salariant 53 447 personnes. Elles composent 71 % de l'ensemble des entreprises publiques locales, qui comprennent également des sociétés publiques locales et des sociétés d'économie mixte à opération unique, de création plus récentes.

Malgré son succès apparent, le modèle de la SEM présente des faiblesses et est porteur de risques. Les SEM sont peu attractives pour les actionnaires privés et sont sous capitalisées. Du reste, elles se sont éloignées de leur modèle initial sans que les collectivités territoriales actionnaires en soient pleinement conscientes. Elles leur font courir des risques juridiques et financiers avérés, notamment en cas d'opérations qui ne concerneraient ni leur compétence ni leur territoire et qui, pourtant, pourraient nécessiter un soutien financier des actionnaires.

Chapitre II

Réformer pour prévenir les risques qui pèsent sur le contribuable local

I - Mieux connaître et mieux suivre les SEM

A - La nécessité d'un outil de suivi exhaustif, fiable et indépendant

Si le champ de l'économie mixte est ancien, il reste mal connu en l'absence de vision d'ensemble du secteur. La loi du 7 juillet 1983 réformant le statut des sociétés d'économie mixte locale n'a pas été accompagnée d'un dispositif permettant d'en suivre les effets.

En juin 2017, le référé de la Cour des comptes et le rapport de la revue des dépenses IGA/CGEFI convergeaient pour souligner la faiblesse des données, concernant les SEM, à la disposition de l'État et de ses services.

La revue des dépenses relevait que le recensement de ces sociétés par l'Insee dépend de la qualité des enregistrements effectués par les greffes des tribunaux de commerce, alors que ceux-ci ne disposent pas des moyens de vérifier l'exacte utilisation de la nomenclature Insee. Ainsi, les SEM sont suivies au titre des sociétés anonymes, mais ne sont pas identifiées en tant que catégorie propre à l'économie mixte locale.

De son côté, le référé recommandait de « *mettre en place, sur le plan national, un dispositif statistique de suivi et d'évaluation des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations, fondé sur des obligations déclaratives pouvant être sanctionnées* ».

Du point de vue de la comptabilité publique, les nomenclatures budgétaires et comptables applicables aux collectivités et groupements ne prévoient pas l'individualisation des écritures concernant les SEM au sein de leurs immobilisations financières. Celles-ci sont uniquement mentionnées dans des annexes qui ne font pas l'objet d'un enregistrement informatisé. En conséquence, le montant agrégé des participations des collectivités et groupements au capital des SEM et inscrites dans leurs comptes n'est pas disponible. Il en est de même du montant de la dette portée par les SEM, qui fait ou non l'objet d'une garantie juridique de la part des collectivités et groupements.

Enfin, les SEM étant connues sous leur statut de sociétés anonymes, leur particularité de société d'économie mixte n'est pas identifiable au sein des différentes bases de données fiscales, statistiques ou administratives.

Seul le secteur du logement social prévoit un recensement des SEM : la FEPL répertorie pour le compte de l'État les sociétés relevant de la catégorie « SEM immobilières » et procède à leur suivi financier dans le cadre d'un dispositif d'autocontrôle du secteur.

Les données annuelles publiées par la FEPL, association qui représente les intérêts des SEM auprès des pouvoirs publics⁶⁰, permettent cependant de disposer d'un panorama important mais non exhaustif du secteur. Elles sont utilisées par les services de l'État ou le Parlement dans leurs rapports et analyses. Elles présentent néanmoins deux limites : tout d'abord, elles sont déclaratives et se fondent sur un questionnaire adressé aux SEM adhérentes à la fédération ou qu'elle a identifiées ; ensuite, si la fédération a compté 1 300 EPL, sous divers statuts, il n'y a pas de garantie que l'ensemble des SEM soient recensées. Malgré le grand intérêt de ces données, elles demeurent sans doute incomplètes et donc insuffisantes pour évaluer le dispositif législatif existant et apprécier de manière objective la situation économique du secteur.

Une meilleure identification des SEM permettrait de mobiliser les informations existantes et de limiter les nouvelles obligations déclaratives aux informations nécessaires pour prendre en compte les spécificités des SEM et mieux les évaluer.

Cette mission doit être confiée à une administration ou à un acteur indépendant du secteur de l'économie mixte pour garantir l'impartialité des données produites.

B - L'absence de cartographie des risques et de cotation financière des SEM

S'il n'a pas été constaté de vagues de défaillances de SEM à l'occasion des récentes crises économiques, comme cela a pu être le cas par le passé, notamment lors des années 1970-1980, il faut souligner qu'il n'existe pas de statistiques globales relatives aux liquidations ou aux défaillances financières des SEM, pas plus que sur leurs pertes, directes ou indirectes, assumées par leurs actionnaires.

Au sein des SEM, les risques sont pourtant multiples en raison de la nature même de leurs activités et de leur statut de société anonyme à régime dérogatoire.

Parmi les risques recensés par le rapport de la mission IGA-CEGEFI de juin 2017, quatre doivent être plus particulièrement soulignés :

⁶⁰ Article 2 des statuts de la FEPL – « 2. *Objet* : Cette association a pour objet de regrouper les entreprises publiques locales, qui sont des moyens d'intervention au service des collectivités territoriales en associant généralement, sous l'autorité et la tutelle de ces collectivités, les capitaux publics et privés. Cette association a pour objet notamment : de représenter et de défendre les intérêts généraux de ses adhérents auprès des pouvoirs publics et de tous organismes intéressés par leur activité ; de conseiller les collectivités territoriales susceptibles d'avoir recours à une entreprise publique locale ; d'une façon générale, de faire tout ce qui peut favoriser l'activité des entreprises publiques locales ».

- la SEM peut être un moyen de déconsolider certaines dépenses et l'endettement des collectivités et de contourner les règles d'équilibre budgétaire strictes ou les normes d'évolution de leurs dépenses. Le suivi de la norme d'évolution des dépenses des collectivités ne tient pas plus compte des SEM que des budgets annexes ou des régies ⁶¹ ;
- la SEM, en tant que forme particulière d'organisation d'un service public, est susceptible d'entraîner des risques financiers pour la collectivité, agissant en tant qu'actionnaire ou comme garante d'emprunt. La maîtrise de ce risque tient à la capacité de la collectivité à en contrôler l'activité et les enjeux. En cas de difficultés, la collectivité actionnaire en est *in fine* comptable sans pouvoir recourir à une aide budgétaire de la part de l'État. En effet, l'article L. 1524-4 du CGCT exclut qu'une commune bénéficie d'une subvention exceptionnelle de l'État en cas de difficultés financières nées de sa participation au capital d'une SEM ou de la garantie qu'elle a accordée aux emprunts contractés par une telle société ;
- le développement des activités pour compte propre des SEM et/ou de filiales et de prises de participations, qui concerne plus d'un tiers des SEM, rend plus difficile l'exercice de contrôle des risques par les collectivités actionnaires. C'est un facteur d'aggravation des risques financiers potentiels pesant sur les collectivités actionnaires ;
- pour les élus, les risques de participation au sein des instances de gouvernance des SEM ont été minimisés par des dispositions législatives mais cette protection relative ne vaut pas pour leur participation à la gouvernance de filiales. Les conditions financières de leur participation à la gestion des filiales ne font également l'objet d'aucun encadrement.

Le rapport de la revue des dépenses de juin 2017 indiquait que « *le recensement des EPL est imparfait et, en conséquence, l'appréciation exacte de leur situation financière est hors de portée* ».

Près de deux ans plus tard, à défaut de tout outil statistique de suivi et d'évaluation, la démarche de cartographie des risques induits par les SEM pour les collectivités et groupements actionnaires n'a nullement progressé.

⁶¹ Circulaire du 16 mars 2018 relative à la mise en œuvre des articles 13 et 29 de la loi du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques pour 2018-2022 (Contrat financier État-collectivités locales).

II - Refonder le mode de contrôle et de régulation des SEM

A - Le contrôle du représentant de l'État doit réinvestir le sujet des SEM

1 - Un contrôle par l'État théoriquement omniprésent

La réforme de 1983 distingue, au profit du représentant de l'État :

- le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales en tant qu'actionnaires des SEM et des actes d'une SEM agissant pour le compte des collectivités et de leurs groupements⁶²,
- le droit à l'information sur les activités des SEM⁶³, permettant de prévenir des situations à risque pour les collectivités actionnaires.

Le contrôle de légalité porte sur les délibérations des collectivités territoriales décidant la création d'une SEM, fixant le montant de leur participation au capital social et approuvant les statuts de la société, mais également sur les délibérations relatives aux conventions passées entre les SEM et les collectivités territoriales ainsi que sur les marchés et contrats conclus entre les collectivités territoriales et les SEM.

Les décisions des SEM relevant de prérogatives de puissance publique, prises pour le compte d'une collectivité ou d'un groupement, de même que les actes passés au nom et pour le compte d'une collectivité ou d'un groupement, notamment les marchés, sont également soumis au contrôle de légalité du Préfet. Ce contrôle est sanctionné par :

- l'absence de caractère exécutoire des actes non transmis,
- leur défaut de légalité s'agissant des décisions soumises au code de l'urbanisme⁶⁴.

Un droit à l'information du préfet, exercé *via* une procédure de transmission obligatoire de certains actes des SEM, a été instauré en 1983 à l'occasion de la suppression de la fonction de commissaire du gouvernement qu'il exerçait précédemment au sein de leurs conseils d'administration ou de surveillance. Ce droit doit permettre au préfet de s'assurer que la situation financière ou les opérations réalisées par une SEM ne compromettent pas les équilibres budgétaires des collectivités actionnaires, à court et moyen terme. En cas de doute, le préfet peut saisir pour avis la chambre régionale des comptes (*cf infra*).

Doivent ainsi 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. Le budget, le compte de résultat et 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.

⁶² Articles L. 2131-2, 3131-2 et 4141-2 du CGCT.

⁶³ Article L. 1524-1 du CGCT.

⁶⁴ Article L. 213-2 du code de l'urbanisme.

En l'état du droit, le défaut de transmission de ces actes par une SEM n'est assorti d'aucune sanction au titre du code de commerce⁶⁵ comme du code général des collectivités territoriales alors que pour les collectivités territoriales, dont les SEM sont l'émanation, ce défaut de transmission est sanctionné par l'absence de caractère exécutoire.

2 - Une pratique défaillante

Les contrôles exercés par les préfetures sont soumis à plusieurs limites, qui contraignent leur portée effective :

- l'absence de garantie que la transmission des actes au représentant de l'État par la SEM soit effective. En effet, même si elle est susceptible d'engager la responsabilité du président du conseil d'administration de la SEM vis-à-vis des tiers, l'absence de transmission au Préfet des actes n'est pas en tant que telle sanctionnée par la loi ;
- la transmission limitée aux seuls comptes sociaux de la SEM, qui n'intègrent aucun élément de consolidation, notamment des filiales éventuelles ;
- le fait que les filiales et sous-filiales, quelle que soit leur forme juridique (SA, SAS, SARL, SCI, GIE), ne sont pas soumises à l'obligation de transmission des actes au représentant de l'État ;
- la faiblesse des moyens affectés au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire dans les préfetures ;
- la question de la formation et de la compétence des agents pour exploiter des documents financiers, relevant de la comptabilité générale et du droit des sociétés qui peuvent se révéler complexes.

Une SEM qui méconnaît l'obligation de transmission au préfet au titre du droit à l'information

La chambre régionale des comptes des Pays de Loire a constaté, en 2015, que **la société d'économie mixte de gestion pour la mise en valeur de Saint Gilles Croix de Vie (SEMVIE)**, créée le 1^{er} janvier 1981, chargée de la gestion de ports de plaisance, du dragage de ports et d'activités nautiques, ne transmettait pas les délibérations de son conseil d'administration et de ses assemblées générales au représentant de l'État. Ce dernier n'a d'ailleurs jamais relevé cette défaillance avant le contrôle de la chambre et n'a donc pas pu exercer ses attributions.

Pour venir à l'appui de ce contrôle spécifique effectué par le représentant de l'État, certaines DR/DDFiP ont signé une convention de partenariat avec le préfet en matière de contrôle budgétaire, définissant des thématiques de contrôle partagées et un plan d'actions pluriannuel. Dans ce cadre, depuis 2016, seulement 9 directions locales ont été sollicitées par les préfetures pour des questions ou des avis relatifs au contrôle de légalité des SEM, notamment sur :

- les comptes rendus des conseils d'administration ;

⁶⁵ Soit pénalement en cas de non production des actes dans le cadre d'un contrôle par le commissaire aux comptes par exemple, soit par l'opposabilité des actes devant être soumis à publicité, si cette formalité n'a été remplie, à l'égard des tiers et des administrations publiques.

- la création d'une SEM dont l'actionnaire principal est une commune ;
- l'analyse des comptes annuels ;
- des projets de recapitalisation ;
- des demandes de prêts bancaires ;
- la santé financière des SEM après la reddition des comptes annuels ;
- des demandes d'analyses financières.

Cette démarche montre l'intérêt de la coopération entre les services déconcentrés pour l'exercice des contrôles qui incombent au représentant de l'État.

Il a fallu attendre l'instruction du 26 janvier 2017 relative à l'exercice du contrôle de légalité sur les actions des collectivités territoriales en matière de développement économique et d'aide aux entreprises⁶⁶ pour que soient précisées les priorités assignées au contrôle de légalité, avec une attention particulière sur les entreprises publiques locales, sans évolution significative des moyens humains qui y sont consacrés.

Pour que le droit d'information institué par le CGCT soit effectif, au-delà des nécessaires efforts de formation des agents en charge, il conviendrait de prévoir une sanction. Comme pour les collectivités, dont elles sont l'émanation, les actes des SEM soumis à transmission au titre du droit à l'information, pourraient n'être exécutoires qu'après avoir été effectivement transmis au préfet. Il s'agit là d'une dérogation au code de commerce permettant d'adapter la situation particulière des SEM à la nécessité de disposer d'un contrôle externe effectif par le représentant de l'État qui n'est pas prévu actuellement par le droit des sociétés ni par le CGCT.

3 - Des accords préalables d'assemblées délibérantes des actionnaires qui font défaut

Dans certains domaines, les décisions des instances dirigeantes et de l'assemblée générale de la SEM nécessitent une délibération préalable des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires, dans les conditions dérogatoires au code de commerce prévues par le CGCT :

- les représentants d'une collectivité au sein d'une SEM ne peuvent percevoir une rémunération ou des avantages de celle-ci, qu'à la condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ; cette délibération fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient⁶⁷ ; cette rémunération est écartée⁶⁸ ;
- toute prise de participation d'une SEM dans le capital d'une société commerciale doit faire au préalable l'objet d'un accord exprès de la collectivité territoriale disposant d'un siège au conseil d'administration ou de surveillance de la SEM⁶⁹.

⁶⁶ Dite « circulaire Baylet ».

⁶⁷ Article L. 1524-5 du CGCT.

⁶⁸ Articles L. 2123-20, L. 3123-18, L. 4135-18 et L. 5211-12 du CGCT.

⁶⁹ Article L. 1524-5 du CGCT.

Enfin, à peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une SEM ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification⁷⁰. En dépit de la précision de ces dispositions, les chambres régionales des comptes relèvent fréquemment que des conseils d'administration de SEM ont pris des décisions relevant de ce régime en l'absence de délibérations de leurs collectivités ou groupements actionnaires mais aucune sanction n'est actuellement prévue par la loi.

Dans cette perspective, en l'absence de délibération préalable de la collectivité ou du groupement actionnaire, les actes pris par le conseil d'administration d'une SEM pourraient être dépourvus d'effet juridique.

B - Le suivi des contrôles des CRC pourrait être renforcé

Les CRC sont compétentes pour contrôler les SEM, dans le cadre de la programmation de leurs travaux sur les comptes et la gestion des collectivités publiques de leur ressort territorial.

Les dispositions générales du code des juridictions financières relatives aux SEM

Article L. 211-8 : « La chambre régionale des comptes peut contrôler les organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales, les établissements publics locaux ou les autres organismes relevant de sa compétence 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 dans les organes délibérants, ou sur lesquels ils exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion ».

Article L. 211-9 : « La chambre régionale des comptes peut contrôler les filiales des établissements, sociétés, groupements et organismes visés à l'article L. 211-8, lorsque ces organismes détiennent dans lesdites filiales, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion ».

Article L. 211-10 : « La chambre régionale des comptes peut contrôler les comptes que les délégataires de service public ont produits aux autorités déléguées ».

Pour autant, un certain nombre de dispositions récentes concernant les collectivités locales ne sont pas applicables aux contrôles conduits sur les SEM. Ainsi, le I de l'article 107 de la loi « NOTRe » a institué l'obligation⁷¹ pour les exécutifs des collectivités locales et des EPCI de faire rapport devant l'organe délibérant des actions entreprises à la suite des observations formulées par une CRC, et ceci dans le délai d'un an suivant ces observations.

⁷⁰ Article L. 1524-1 du CGCT : « À peine de nullité, l'accord du représentant d'une collectivité territoriale, d'un groupement ou d'un établissement public de santé, d'un établissement public social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire sur la modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants d'une société d'économie mixte locale ne peut intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification. Le projet de modification est annexé à la délibération transmise au représentant de l'État et soumise au contrôle de légalité dans les conditions prévues aux articles L. 2131-2, L. 3131-2, L. 4141-2, L. 5211-3, L. 5421-2 et L. 5721-4 ».

⁷¹ Qui figure à l'article L. 243-9 du code des juridictions financières.

Cette disposition a le double intérêt de renforcer la portée des observations formulées et de fournir à tous les élus une information sur les réponses qui y ont effectivement été apportées.

Pour renforcer le contrôle des comptes et de la gestion des SEM, la Cour recommande que cette disposition soit étendue aux SEM, avec l'obligation pour le conseil d'administration ou le conseil de surveillance d'une SEM de rendre compte des actions mises en œuvre à la suite des observations et recommandations d'une CRC à l'assemblée générale de ses actionnaires. Les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires seraient également les destinataires de ce rapport, avec l'obligation d'en délibérer et de transmettre cette délibération à la CRC.

Par ailleurs, si, à l'occasion de l'examen des actes qui lui sont transmis par une SEM, le préfet estime qu'une délibération du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou des assemblées générales d'une SEM est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires, ou le risque encouru par la ou les collectivités territoriales ou leurs groupements qui ont apporté leur garantie à un emprunt contracté par la société, il peut en saisir la CRC, dans le délai d'un mois suivant la date de réception⁷².

La saisine de la CRC entraîne une seconde lecture par le conseil d'administration ou de surveillance ou par les assemblées générales de la délibération contestée.

La CRC dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son avis au préfet, à la société et aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements, actionnaires ou garants.

Cette procédure souffre de plusieurs lacunes :

- elle n'entraîne aucune sanction directe puisque la juridiction n'émet qu'un avis non contraignant, destiné au préfet ;
- elle ne concerne que la SEM elle-même. Une décision prise dans une filiale de la SEM ou dans une entité dans laquelle elle détient une participation de nature à faire courir un risque à la SEM, et au-delà à ses collectivités actionnaires, échappe au contrôle effectué par le représentant de l'État et, par suite, à la procédure d'avis de la chambre régionale des comptes ;
- enfin, elle ne joue que rarement. Sur les dix dernières années, on recense moins de cinq cas de saisine sur ce fondement⁷³.

C - Les contrôles des commissaires aux comptes restent trop éloignés des spécificités des SEM

En sa qualité de société anonyme, une SEM est soumise au contrôle d'un ou plusieurs commissaires aux comptes dès lors que les seuils sont atteints et que les conditions prévues par la réglementation sont satisfaites.

⁷² Articles L. 241-14 du code des juridictions financières et L. 1524-2 du code général des collectivités territoriales.

⁷³ Article L. 211-3 §4 : « La chambre régionale des comptes peut également assurer ces contrôles sur demande motivée, soit du représentant de l'État dans la région ou le département, soit de l'autorité territoriale ».

Ils exercent leurs diligences dans les conditions de droit commun. À cet égard, ils ont l'obligation de signaler toute infraction au procureur de la République et de saisir, le cas échéant, le tribunal de commerce en cas de difficultés rencontrées par la société.

En revanche, ils n'ont aucune obligation d'informer le préfet ou la chambre régionale des comptes, pour ce qui concerne les risques financiers que fait peser une SEM sur les collectivités et groupements actionnaires. Ils n'ont pas non plus d'obligation de signaler au préfet les décisions prises par les élus mandataires au sein du conseil d'administration ou de surveillance en l'absence d'autorisation des assemblées délibérantes les ayant désignées, notamment en matière de rémunération et de prises de participations.

Dans son référé de juin 2017, au regard des spécificités des SEM, la Cour des comptes avait recommandé de responsabiliser les commissaires aux comptes à l'égard des préfets et des juridictions financières⁷⁴.

Dans sa réponse au référé de juin 2017, le Premier ministre n'écarterait pas cette hypothèse, faisant le parallèle avec l'obligation d'information, déjà énoncée à l'article 12 du règlement UE 537/2014 du 16 avril 2014, qui contraint les commissaires aux comptes à signaler aux autorités chargées de la surveillance d'une entité publique toute information pouvant entraîner une violation significative des dispositions normatives régissant la poursuite des activités de l'entité, un risque ou un doute sérieux concernant la continuité d'exploitation ou encore un refus de certification ou une certification assortie de réserves.

Force est de constater que, malgré cette absence d'objection de principe, aucune évolution n'est intervenue depuis juin 2017. La Cour rappelle donc sa recommandation selon laquelle il convient de « *renforcer les obligations d'information des commissaires aux comptes des entreprises publiques locales et de leurs filiales directes et indirectes à l'égard des Préfets et des juridictions financières* ».

D - Renforcer le contrôle des SEM par les actionnaires

1 - Compléter le rapport du mandataire à destination des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires

L'élu mandataire a peu d'obligations envers l'assemblée délibérante qui l'a nommé. 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 ou à l'assemblée spéciale de la SEM. Bien que son contenu soit peu normé, notamment en matière de maîtrise des risques, il doit porter « *notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte* ».

Pour autant, le défaut de transmission du rapport du mandataire n'est pas sanctionné par la loi.

⁷⁴ Recommandation n° 6 du référé de juin 2017, voir en annexe au présent rapport.

En 2007, la direction générale des collectivités locales relevait déjà que l'obligation d'élaborer ce rapport était peu respectée⁷⁵. Ce constat a été rappelé en 2017 par le référé de la Cour des comptes et le rapport de la revue des dépenses de l'IGA/CGEFI. Cette situation pourrait être vue comme témoignant d'une autonomisation croissante des SEM à l'égard des collectivités et groupements qui en sont les actionnaires.

Dans cette perspective, il apparaît souhaitable que le contenu de ce rapport soit enrichi des éléments juridiques et financiers permettant aux collectivités actionnaires d'apprécier la situation financière d'une SEM et de ses filiales directes ou indirectes, consolidées ou non, et de ses participations, et d'évaluer les risques qu'elles encourent.

2 - Faire la transparence sur la rémunération des dirigeants non élus des SEM et de leurs filiales

En l'état de la réglementation, et comme le soulignait le référé de la Cour du 15 juin 2017, les collectivités actionnaires d'une SEM n'ont aucune information spécifique et ne disposent d'aucun pouvoir de contrôle spécifique sur les rémunérations des dirigeants non élus d'une SEM ou de ses filiales.

Les postes de dirigeants sont notamment ouverts aux agents de la fonction publique d'État ou de la fonction publique territoriale. Cette disposition de droit commun s'applique d'ailleurs à l'ensemble du personnel. Il est fréquent que du personnel communal, préalablement affecté dans des régies ayant le statut de service public industriel et commercial et transformées en SEM, soit transféré au sein de la SEM qui en reprend l'activité.

Lorsqu'un cadre de la fonction publique d'État ou territoriale est détaché dans des fonctions de directeur et de mandataire social, il bénéficie, de manière contractuelle, des avantages et émoluments liés à ses nouvelles fonctions au sein de la société, notamment pour ce qui concerne la fin de son contrat de travail. Ainsi, son contrat couvre les risques de révocation et ouvre le droit, en fonction de la qualification du poste, à un régime d'indemnisation ou au bénéfice de l'assurance chômage. Pour autant, l'agent détaché conserve tous ses droits statutaires, notamment en matière de garantie d'emploi, ce qui le préserve de tout risque de chômage. Par ailleurs, il n'est pas prévu de plafonnement des rémunérations des directeurs des SEM.

En comparaison, pour les entreprises publiques nationales, l'État a prévu que les éléments de rémunération d'activité des présidents du conseil d'administration, des directeurs généraux, des directeurs généraux délégués, des présidents-directeurs généraux, des présidents et membres de directoire, des présidents du conseil de surveillance, des présidents, des gérants et, d'une manière générale, des personnes qui, quel que soit leur titre, exercent des fonctions équivalentes, ne dépassent pas dépasser un montant brut annuel de 450 000 €⁷⁶.

⁷⁵ Source : Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, Direction générale des collectivités locales, *Le guide des sociétés d'économie mixte locales*, édition 2007, p. 107.

⁷⁶ Décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social.

Des illustrations de dérive dans la rémunération ou les conditions d'emploi d'un directeur de SEM

Analysé par la chambre régionale des comptes Bretagne, le cas de la **SEM Pompes funèbres des communes associées de la région de Saint-Brieuc**, dont la directrice est un cadre de la fonction territoriale détaché auprès de la SEM, est éclairant. Son cadre d'emploi prévoit, en tant que mandataire social, qu'elle bénéficie d'une assurance perte d'emploi et perçoive une indemnité en cas de révocation ou de non-renouvellement de son mandat (en cas de révocation, l'indemnité est équivalente à l'indemnité conventionnelle de licenciement ou à l'indemnité de fin de carrière ; en cas de non-renouvellement, l'indemnité est de 12 mois de traitement brut). Mais, en tant que fonctionnaire territoriale détachée, elle aura la possibilité d'être réintégrée dans son administration d'origine lors de son départ de la SEM. La SEM indique aujourd'hui qu'elle a mis fin au contrat d'assurance « perte d'emploi de dirigeant d'entreprise » de son mandataire social.

De même, la chambre régionale des comptes Île-de-France a constaté que le directeur général de la **SEMARDEL** a pu recevoir, au cours d'une année, plus de 580 000 € de rémunération (dont une prime exceptionnelle de près de 300 000 €) sans que les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires de la société n'en aient été informées. La société a indiqué que les conditions de rémunération de son directeur général sont à présent en dessous de la moyenne de SEM similaires.

Dans la mesure où les SEM ont leurs filiales, par leurs missions et par la structure de leur capital sont comparables à ces entreprises publiques, un régime de plafonnement similaire à celui de l'État devrait être prévu pour les titulaires des postes dirigeants non élus comme le recommandait déjà la Cour dans son référé du 15 juin 2017.

3 - Adapter le droit d'information des actionnaires à la situation des collectivités et groupements actionnaires

En tant que société anonyme, une SEM est également soumise aux dispositions du code de commerce qui permettent à ses actionnaires d'être informés de la situation financière de la société et de contrôler ses actes de gestion.

De manière permanente, tout actionnaire peut ainsi disposer, des documents concernant la gestion de la SEM, principalement de nature financière, notamment, les comptes annuels, les rapports de gestion et les projets de résolution⁷⁷. La production de ces documents est garantie par un droit d'injonction au profit des actionnaires⁷⁸.

À l'occasion de la tenue d'une assemblée générale des actionnaires, chacun d'eux a accès à la liste des actionnaires⁷⁹ et peut communiquer sous la forme de questions écrites, en rapport avec l'ordre du jour, avec les dirigeants de la société⁸⁰.

⁷⁷ Article L. 225-117 du code de commerce.

⁷⁸ Article L. 238-1 du code de commerce.

⁷⁹ Article L. 225-116 du code de commerce.

⁸⁰ Article L. 225-108 du code de commerce.

En cas de difficultés, « *un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social*⁸¹ *peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*⁸² ». Au titre de ce droit de la minorité, les intéressés peuvent également poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire « *des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3* » et, à défaut de réponse, demander la désignation d'un expert pour examiner les actes de gestion en cause⁸³.

Les conditions d'utilisation de ces dispositions de droit commun du code de commerce par la collectivité ou un groupement actionnaire n'ont pas été reprises par le CGCT pour préciser la manière dont son assemblée délibérante peut être associée au contrôle d'une SEM, notamment lorsque que la collectivité ou le groupement ne dispose que d'un seul représentant au sein de la société.

Au-delà de l'enrichissement du rapport du mandataire, évoqué *supra*, sans modification des droits ouverts aux actionnaires par le code de commerce, il apparaît souhaitable que le CGCT prévoit une disposition spécifique permettant d'organiser la reddition d'information à l'assemblée délibérante par son ou ses représentant(s) au sein de la SEM.

III - Sécuriser le cadre juridique des activités confiées aux SEM

A - Le cadre national

1 - La décision du Conseil d'État du 14 novembre 2018

En novembre 2018, le Conseil d'État⁸⁴ a rappelé la portée de l'article L. 1521-1 du CGCT en jugeant que l'objet social d'une SEM ne pouvait s'inscrire que dans l'ensemble des compétences exercées par ses collectivités et groupements actionnaires, sauf lorsque la loi prévoit que ses actionnaires peuvent conserver une fraction de ses actions à l'occasion d'une réattribution de compétence⁸⁵.

⁸¹ Ou une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du code de commerce.

⁸² Article L. 225-232 du code de commerce.

⁸³ Article L. 225-231 du code de commerce.

⁸⁴ CE, 14 novembre 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles (SMADC)*.

⁸⁵ « *Hormis le cas, prévu par l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale, qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* ».

Cette solution vaut aussi pour les SEM dans la mesure où l'article L. 1531-1 du CGCT prévoit l'application des mêmes règles aux SPL et aux SEM en ce qui concerne le lien entre l'objet social et la compétence des collectivités actionnaires.

Le Conseil d'État a ainsi mis fin à un débat jurisprudentiel. Comme le Premier ministre l'avait rappelé dans sa réponse au référé de la Cour des comptes, sur la période récente, avant cette décision, « *deux décisions de cours administratives d'appel [avaient] retenu des positions différentes* :

- la Cour administrative d'appel de Nantes [qui] a retenu une position stricte [considérant qu']une collectivité ne peut participer à une société publique locale que si elle détient toutes les compétences correspondant à son objet social⁸⁶ ;
- la Cour administrative d'appel de Lyon [qui a] opté pour une approche un peu moins stricte, [considérant qu']une collectivité ne peut participer à une SPL que si la partie prépondérante des missions de la société n'excède pas ses compétences⁸⁷ ».

La décision du Conseil d'État a rappelé le principe fondateur énoncé par le législateur en 1983, puis confirmé par les lois ultérieures, selon lequel les SPL et par extension les SEM, par effet de l'article L. 1531-1 du CGCT, ne peuvent être créées et fonctionner que dans le champ « *des compétences qui (...) sont reconnues par la loi* » aux collectivités. Ce principe, protecteur des intérêts financiers des collectivités et des contribuables locaux, limite l'intervention financière des collectivités locales au capital des seules SEM nécessaires à l'exercice de leurs compétences, sous réserve de l'exception législative existante en cas de transfert de compétence, mise en place progressivement à compter de 2002.

Les conséquences de la décision du Conseil d'État, conjuguées aux effets de la réforme territoriale, fragilisent tout particulièrement les SEM qui sont en situation de pluriactivité et qui disposent, à leur capital, de plusieurs niveaux de collectivités et groupements actionnaires. En effet, l'état du droit rappelé par le Conseil d'État :

- exclut la possibilité que l'objet social d'une SEM comporte des activités ne relevant pas des compétences de chacune des collectivités locales et groupements actionnaires, comme l'indiquait déjà une circulaire de la DGCL de 1985 relative aux conditions de création d'une SEM⁸⁸ ;
- ne permet pas à une SEM d'avoir comme actionnaire une collectivité ou un groupement ne disposant pas de l'ensemble des compétences constituant son objet social, ce qui exclut les possibilités de création d'une SEM entre différents niveaux de collectivités.

La DGCL estime que 40 % des entreprises publiques locales ne respectent pas les exigences posées par cette décision, témoignant à la fois de l'ampleur du développement incontrôlé du secteur des entreprises publiques locales depuis plusieurs années et de l'absence

⁸⁶ CCA Nantes, 19 septembre 2014, Syndicat intercommunal de la Brie, n° 13NT91683.

⁸⁷ CAA Lyon, 4 octobre 2016, SEMERAP, n° 14LY02753.

⁸⁸ « *Les sociétés d'économie mixte locales (...) ne peuvent remplir des missions qui ne relèvent pas des attributions des collectivités actionnaires* ». Circulaire de la DGCL du 16 juillet 1985 relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locales, JORF du 24 août 1985, page 9785.

de prise en compte des conséquences des lois MAPTAM et NOTRé sur les compétences des collectivités.

2 - La loi « tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locale » de mai 2019

Le texte récent, adopté par le Sénat puis par l'Assemblée nationale, dans les mêmes termes, le 9 mai 2019, a pour objet, explicitement énoncé par ses initiateurs, de remettre dans la légalité, en urgence, les situations qui s'en étaient éloignées. Ce faisant, il modifie les principes fondateurs de l'économie mixte posés par le législateur en 1983 dans le cadre de la décentralisation et revient, implicitement, sur nombre de textes plus récents, notamment les lois MAPTAM et NOTRé.

En effet, cette loi de mai 2019 dissocie la participation des collectivités au capital des SEM de leurs compétences et des moyens financiers dont elles disposent pour les exercer. Ainsi, l'article 2 du texte qui prévoit que *« la réalisation de l'objet de ces sociétés concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacune des collectivités actionnaires »*, permet désormais à celles-ci de porter des risques financiers induits par des activités n'entrant pas dans le champ de leurs compétences. En cas de difficulté financière de la SEM, elle contraint ces collectivités à solliciter leurs contribuables, en application de l'article L. 1524-4 du CGCT, alors même que les opérations à l'origine de ses difficultés ne les concernent pas nécessairement.

Elle autorise ainsi une collectivité ou un groupement à participer au capital et à la gouvernance d'une SEM dont l'essentiel des activités seraient en dehors de son champ de compétence, en contradiction avec le principe de spécialisation posé la loi NOTRé.

Pour autant, si cette loi répond aux inquiétudes des SEM, notamment en régularisant celles d'entre elles qui ne respectaient pas le CGCT⁸⁹, aucune disposition ne vient apporter de réponses aux défauts du dispositif actuel en matière de maîtrise des risques, de caractère insuffisant des informations fournies aux collectivités actionnaires, de défaillance ou d'insuffisance des contrôles, alors même que ces défauts sont reconnus par tous les acteurs, au point que la FEPL en ferait le sujet de son prochain « Livre blanc de l'économie mixte locale ».

⁸⁹ Article 4 de la loi tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales : *« Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les dispositions de la présente loi s'appliquent aux sociétés mentionnées aux articles L. 1521-1 et L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales et à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme constituées antérieurement à sa date de publication »*.

B - Le cadre communautaire

Les relations financières entre une collectivité et sa SEM doivent respecter la réglementation européenne en matière d'aides d'État, les collectivités actionnaires devant se comporter en investisseurs avisés⁹⁰.

Les participations publiques dans le capital d'une entreprise constituent une aide lorsqu'elles sont apportées dans des circonstances qui ne seraient pas celles d'un investissement privé. Le critère de l'investisseur avisé s'applique également aux aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté.

De même, si une collectivité ou un groupement actionnaire d'une SEM peut souscrire à une augmentation de son capital⁹¹ ou lui accorder des avances en compte courants d'associés⁹², son intervention ne peut dissimuler une aide économique.

En revanche, comme tout autre opérateur économique, une SEM peut bénéficier de l'ensemble des aides compatibles avec le droit européen. Comme toute société anonyme, elle est éligible aux aides aux entreprises en difficulté octroyées par les départements ou les régions et peut également bénéficier de garanties d'emprunts dans les conditions posées par les articles L. 2252-1 (commune), L. 3231-4 (département), L. 4253-1 (région) et L. 5111-4 (groupements) du CGCT. Dans ce cadre, une SEM peut obtenir d'une ou de plusieurs collectivités une garantie plafonnée pour un emprunt, jusqu'à 50 % de son montant ou à 80 % pour les opérations d'aménagement⁹³. Les collectivités sont parallèlement soumises à des règles prudentielles limitant leur exposition totale et interdisant un soutien abusif.

Cette évolution de l'environnement juridique européen ne permet plus de considérer une SEM comme le simple prolongement des services des collectivités qui doivent dorénavant considérer leur participation à son capital comme un investissement dans une entreprise au même titre que le ferait un investisseur avisé.

L'examen des relations financières entre les SEM et leurs actionnaires, met en lumière des situations de confusion entre ce rôle et celui de client.

⁹⁰ Un investisseur avisé est un investisseur suffisamment qualifié pour avoir une connaissance claire des risques et implications de ses opérations, ce qui dégage la responsabilité de son intermédiaire financier en matière de conseil et d'information.

⁹¹ Article L. 1522-4 du CGCT.

⁹² Article L. 1522-5 du CGCT.

⁹³ Article D. 1511-35 du CGCT.

Des collectivités actionnaires qui ne se comportent pas en investisseur avisé

La **société anonyme d'économie mixte du Pas-de-Calais Ouest (SEMPACO)** a été créée en 2003 pour reprendre les activités relevant du budget annexe de l'eau du syndicat intercommunal d'adduction et de distribution d'eau de Quesques.

Les factures des syndicats clients, par ailleurs actionnaires et membres du conseil d'administration de la SEM, ne sont pas honorées ou avec un délai particulièrement long. L'absence d'encaissement est compensée par un découvert de trésorerie de l'ordre de 400 000 € en 2014, soit un tiers du chiffre d'affaires. La continuité de l'exploitation se trouve fragilisée par l'absence de politique de recouvrement rigoureuse et la forte hausse des en-cours de production depuis 2009.

Afin d'améliorer la situation de trésorerie, une partie des clients actionnaires a versé en apport au compte courant un montant global de 156 150 €. Contrairement à ce que prévoit l'article L. 1522-5 du CGCT, les conventions d'apport en compte courant signées ne comportent pas de modalités de remboursement. En l'absence de cette mention, les versements en question pourraient être assimilés à une subvention, qui n'est pas autorisée. Aucun élément de régularisation n'a été porté à la connaissance de la Cour.

Le processus de création ou d'extension de l'objet social d'une SEM est devenu doublement fragile au regard du droit européen en raison de la perte du statut de quasi-régie et de la présence d'autres actionnaires – publics et privés – au capital de la société, aux côtés des collectivités et groupements donneurs d'ordre en termes de commande publique.

Une mise en concurrence formelle

La **SEM « pompes funèbres des communes associées » (PFCA) de la région de Saint-Brieuc** a été créée fin 2011 à l'initiative de la commune qui souhaitait, *via* une procédure de délégation de service public (DSP), confier la gestion de son service extérieur des pompes funèbres à un opérateur extérieur.

Les motifs avancés par la commune pour transformer son service, précédemment géré en régie, sont la volonté d'inter-communaliser le service, de développer l'offre et l'activité commerciale de marbrerie. De fait, aujourd'hui, la SEM propose la gamme complète des services ainsi que la plupart des activités complémentaires. S'agissant des tarifs, ils sont largement inférieurs à ceux des concurrents, sans que cela porte atteinte à la rentabilité de la SEM.

Création préalable *ad hoc*, la SEM s'est vue confier la DSP sous la forme d'un affermage concessif pour une durée de 15 ans, à compter du 1er janvier 2013 et jusqu'au 31 décembre 2028. Lors de la passation de la DSP, deux candidats, la SEM et un entrepreneur du secteur, ont manifesté leur intérêt et ont été autorisés à candidater, mais seule la SEM a effectivement déposé un dossier. A raison, la CRC Bretagne a regretté que la procédure de mise en concurrence soit ainsi restée très formelle.

Dans une communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)⁹⁴, la Commission européenne définit comme PPPI « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions. L'apport privé aux travaux du PPPI consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte. En revanche, un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique ne constitue pas un PPPI* ».

Cette définition du PPPI, appliquée au fonctionnement d'une SEM, nécessite de distinguer deux catégories d'actionnaires aux côtés des collectivités et de leurs groupements :

- ceux qui participent de manière active à l'exécution des tâches attribuées à la SEM par un contrat en fournissant des moyens et des prestations ;
- les autres qui ne fournissent ni moyens ni prestations.

En présence d'un PPPI, la Commission considère « *qu'une double procédure (la première pour la sélection du partenaire privé du PPPI, et la seconde pour l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte) est difficilement praticable* ». Elle recommande une procédure unique : « *le partenaire privé est sélectionné dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle, l'objet de laquelle est le marché public ou la concession, qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité à capital mixte. La sélection du partenaire privé s'accompagne par la création du PPPI et l'attribution du marché public ou de la concession à l'entité à capital mixte* ».

Des SEM fonctionnent actuellement comme des PPPI sans satisfaire aux exigences posées par la recommandation de la Commission européenne.

Un cas de PPPI

La **société anonyme d'économie mixte locale des chemins de fer de la Corse (CFC)**, créée en décembre 2011 par la Collectivité territoriale de Corse (CTC), a repris en délégation de service public l'exploitation du transport ferroviaire en Corse après que l'offre initiale de la Société nationale des chemins de fer (SNCF) ait été qualifiée d'inacceptable.

Présente au capital de la SEM, la SNCF lui fournit pourtant, par ailleurs, une partie de ses moyens sous couvert d'une convention d'assistance technique représentant 15 % des charges courantes (hors personnel et dotations). Cette SEM fonctionne ainsi comme un PPPI.

Au regard de l'évolution de la réglementation européenne, le statut actuel de la SEM mériterait d'être réexaminé sur deux points :

- le processus de création d'une SEM et/ou d'extension de son objet social, suivi de l'attribution d'un contrat de commande publique, qui peut aboutir à des mises en concurrence purement formelles des SEM ;

⁹⁴ Communication interprétative de la commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions public-privé institutionnalisés (PPPI), 2008/C 91/02, 12 avril 2008.

- les conditions de participation des autres actionnaires de la SEM à sa gestion apparaissent fragiles dès lors qu'ils participent par leurs moyens et prestations à l'exécution des contrats de commande publique qui sont attribués à la SEM.

En l'état actuel du droit, la situation des SEM à l'égard des obligations européennes n'apparaît pas pleinement sécurisée.

C - Des outils alternatifs à la SEM : la SPL et la SEMOP

1 - Des formules alternatives conformes à l'environnement juridique

Dans l'objectif de conserver aux collectivités la possibilité du travail en quasi-régie en conformité avec les évolutions du droit européen, deux catégories d'entreprises publiques locales ont été créées : les sociétés publiques locales (SPL)⁹⁵ et les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)⁹⁶.

Comme les SEM, ces nouvelles catégories de sociétés sont des outils à disposition des collectivités pour l'exercice de leurs compétences. Leur objet social repose sur les mêmes principes et elles peuvent prendre en charge les mêmes types d'opérations qu'une SEM sur le seul territoire des collectivités ou groupements de collectivités qui en sont les actionnaires⁹⁷. D'ailleurs, les SPL et les SEMOP se développent dans les mêmes secteurs d'activités que les SEM.

Tableau n° 7 : nombre de SPL par secteur d'activité

	2013	2014	2015	2016	2017	2018
<i>Ensemble des SPL</i>	157	217	238	269	318	359
<i>Dont aménagement</i>	88	105	111	117	125	129
<i>Dont développement économique</i>	8	10	13	17	18	20
<i>Dont environnement et réseaux</i>	10	27	28	31	39	43
<i>Dont habitat et immobilier</i>	2	2	1	3	3	3
<i>Dont mobilité</i>	11	15	17	18	21	27
<i>Dont service à la personne</i>	3	9	12	15	21	24
<i>Dont tourisme, culture et loisirs</i>	35	49	56	68	91	113

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer

⁹⁵ L'article 20 de la loi du 13 juillet 2006 relative à l'engagement national pour le logement, codifié à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, a autorisé les collectivités territoriales et leurs groupements à prendre des participations dans des sociétés publiques locales d'aménagement. Ce dispositif, créé initialement à titre expérimental pour 5 ans, a été pérennisé par la loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

⁹⁶ Les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) ont été créées par la loi du 1er juillet 2014, et codifiées dans le CGCT aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3.

⁹⁷ Contrairement aux SEM qui ont la possibilité d'intervenir en dehors du territoire de leurs collectivités et groupements actionnaires.

Tableau n° 8 : évolution du nombre de SEMOP par secteur d'activité

	2016	2017	2018
<i>Ensemble des SEMOP</i>	3	7	16
<i>Dont aménagement</i>	0	1	2
<i>Dont développement économique</i>	0	1	2
<i>Dont environnement et réseaux</i>	3	5	10
<i>Dont habitat et immobilier</i>	0	0	0
<i>Dont mobilité</i>	0	0	0
<i>Dont services à la personne</i>	0	0	0
<i>Dont tourisme, culture et loisirs</i>	0	0	2

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer

Leur gouvernance et leur modèle économique satisfont aux évolutions du cadre réglementaire européen puisqu'elles sont constituées précisément pour fonctionner en quasi-régie pour le compte de leurs collectivités actionnaires.

L'actionnariat d'une **SPL** est composé uniquement de collectivités ou de leurs groupements. Il est conçu pour satisfaire aux critères d'une relation de quasi-régie entre les actionnaires et la société, dès lors que les modalités concrètes de l'organisation de la gouvernance de la société sont conformes à ses critères.

Sur les plans juridique, opérationnel, administratif et financier, la SPL constitue un simple prolongement des collectivités et groupements actionnaires comme l'était la SEM à sa création en 1983. Elle peut se voir attribuer des contrats sans publicité ni mise en concurrence et souffre peu de restrictions sur les champs où elle peut intervenir. Certes, la mise en œuvre d'une SPL limite l'accès à la concurrence mais, en contrepartie, elle n'a vocation à agir que pour le compte de ses actionnaires, sur leur territoire et dans les limites de son objet social.

La **SEMOP** associe la collectivité et l'opérateur qu'elle a choisis pour la réalisation d'une opération unique dans le cadre d'une seule et même procédure de publicité et de mise en concurrence, non pour l'attribution du contrat proprement dit à une structure déjà existante, mais pour le choix de l'actionnaire et opérateur privé d'une structure à créer qui bénéficiera simultanément du contrat. Cette société de projet disparaît de droit à la fin de l'opération. Les activités de la SEMOP sont limitées à l'exécution de ce contrat. Ce partenariat permet d'associer la collectivité donneuse d'ordre à l'exécution d'un contrat, que ce dernier soit un marché ou une concession au sens des directives européennes⁹⁸. Cette procédure satisfait aux dispositions encadrant les partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) posés par la Commission européenne.

⁹⁸ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Au contraire d'une SEM, l'actionnaire public d'une SEMOP est éventuellement minoritaire puisque l'opérateur privé peut détenir jusqu'à 66 % de son capital, limitant les fonds mobilisés par les collectivités et leurs risques financiers. Néanmoins, la présidence du conseil est nécessairement assurée par un représentant de la collectivité ou du groupement actionnaire.

Les principales caractéristiques de ces différentes formes de société sont détaillées dans le tableau ci-après :

**Tableau n° 9 : principales dispositions comparées SEM / SPL / SEMOP
en droit national**

	SEM	SPL	SEMOP
<i>Object social</i>	Opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général	Opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général	OBJET UNIQUE : 1° Réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement ; 2° Gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service ; 3° Toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale
<i>Actionnariat</i>	Collectivités : de 50 % plus une action à 85 % du capital, un actionnaire privé au moins, autres actionnaires publics possibles	Deux collectivités ou groupements au minimum détenant entièrement le capital	La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient au minimum 34 % du capital de la société et au maximum 85 %. 15 % minimum et 66 % maximum réservé aux opérateurs économiques du contra
<i>Gouvernance</i>	Répartition des sièges au prorata des actions détenues par les collectivités et les autres actionnaires, puis au prorata des actions détenues par chaque collectivité		À proportion du capital détenu et au moins 34 % des voix pour la collectivité ou le groupement de collectivités. Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est un élu de la collectivité territoriale
<i>Mise en concurrence</i>	OUI pour le contrat. NON pour les partenaires publics et privés des collectivités au capital	NON Relation de quasi-régie	OUI <i>ab initio</i> - sélection initiale de l'actionnaire/opérateur économique et attribution du contrat à la SEMOP par un appel public à la concurrence
<i>Activités</i>	Pour toute personne physique ou morale, en tout lieu et pour compte propre dans les conditions posées par l'article L. 1523-1 du CGCT	Pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités membres. Pas d'activité pour compte propre	Société dédiée à l'exécution du contrat
<i>Durée de vie</i>	Pas limitée	Pas limitée	Limitée : durée du contrat

Source : Cour des comptes

Depuis la création des statuts de SPL et de SEMOP, les travaux d'analyse menés par les chambres régionales des comptes ont montré que les activités confiées aux SEM par leurs collectivités actionnaires peuvent, dans bien des cas, être assumées par des SEMOP ou des SPL, voire revenir à d'autres modes de gestion, tels que la régie.

Des SEM qui seraient des SPL ou des SEMOP

Analysée par la chambre régionale des comptes Corse, la **société anonyme d'économie mixte locale des chemins de fer de la Corse (CFC)** citée au point précédent, qui associe des collectivités et la SNCF à son capital et à sa gestion aurait pu être créée sous forme de SEMOP.

De son côté, la chambre régionale des comptes Provence-Alpes-Côte d'Azur a constaté que la **SEM Avignon Tourisme** est exclusivement dépendante de son actionnaire, la ville d'Avignon, pour son chiffre d'affaires, et n'a pas développé d'activités avec d'autres partenaires ou pour son propre compte. En ce sens, son fonctionnement est assimilable à celui d'une SPL voire d'une régie. Dans sa réponse aux observations provisoires, la SEM indique d'ailleurs qu'elle a récemment été transformée en SPL.

Dans le domaine particulier de l'aménagement, deux évolutions sont observées :

- soit la SEM se transforme en SPL ;
- soit une SPL est créée au sein ou en adossement à la SEM historique pour reprendre la part d'activité se prêtant au régime de la quasi-régie.

En complément, peut aussi être créé un groupement d'intérêt économique (GIE), destiné à mutualiser les moyens et les coûts, voire une unité économique et sociale (UES) pour la gestion des relations sociales entre toutes les entités. Toutefois, ce type de montage ne doit pas conduire à un soutien financier de la SEM par la SPL et réciproquement.

Ces situations nécessitent toutefois que soient expressément précisées sur le plan financier les modalités de regroupement des EPL au sein d'un GIE.

Un GIE entre une SPL et une SEM

La **SEM de construction de Midi-Pyrénées (COGEMIP)**, devenu depuis SEM ARCEC Occitanie, a été créée en 1989 afin d'assurer la maîtrise d'ouvrage déléguée d'opérations d'investissement dans les lycées. La région en est actionnaire majoritaire. Les activités de la SEM se sont réduites à partir de 2006, sous l'effet de la mise en concurrence pour l'attribution des mandats, puis de nouveau à partir de 2011, sous l'effet de la création de la SPL Midi-Pyrénées Construction (SPL MPC) dont l'objet est la réalisation d'opérations de construction et de maintenance.

Il ressort du rapport d'août 2016 de la chambre régionale Occitanie, que le choix de maintenir la COGEMIP et de l'orienter vers de nouvelles activités n'avait pas été suffisant pour permettre à la SEM d'atteindre et de conserver un équilibre financier. La société peinait à se diversifier et ses opérations en nom propre, relevant du secteur des énergies renouvelables, n'étaient pas suffisamment rentables à court terme pour dégager des marges financières suffisantes. Or, à échéance de deux ans, la majorité des mandats « région » de la SEM arrivait à terme, de sorte que la viabilité de la COGEMIP n'est plus assurée, passé ce délai.

Les interactions entre la COGEMIP et la SPL MPC sont fortes : elles occupent les mêmes locaux, sont dirigées par une même présidence, assistée d'un même directeur, auquel sont adjoints le même directeur opérationnel et le même directeur administratif. Les fonctions transversales communes aux deux structures (gestion administrative, comptable, juridique, ressources humaines et informatique) sont assurées par un GIE dénommé « EPL régionales Midi-Pyrénées », créé au mois d'avril 2012. Une UES a également été créée entre les trois entités (SEM-SPL-GIE).

Si ce dispositif a permis de compenser une partie de la détérioration de la situation financière de la COGEMIP, l'activité de l'ensemble n'avait donc pas été suffisante, au stade du contrôle de la CRC, pour assurer l'équilibre financier de l'UES. En son sein, le chiffre d'affaires de la SPL, fortement soutenu par la région qui peut lui attribuer des contrats sans publicité ni mise en concurrence, représente 79 % du total, tandis que la SEM avait du mal à développer ses activités.

Depuis ce contrôle, la SEM a indiqué à la Cour avoir rétabli sa situation financière.

2 - Des instruments juridiques pour faciliter la transformation des SEM en SPL ou SEMOP

La création et le fonctionnement des SEM s'inscrivent désormais dans le cadre de la nouvelle loi « *tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales* ». Toutefois, nombre d'insuffisances et de défauts de ce mode d'organisation de l'économie mixte persistent.

Les collectivités disposent ainsi d'une palette de statuts d'entreprises d'économie mixte répondant à la variété des situations dans lesquelles elles souhaitent rendre un service marchand à leurs populations.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

La situation du secteur des SEM reste mal connue en l'absence d'outils de suivi et, de ce fait, ni les risques auxquels les collectivités sont exposées en tant qu'actionnaires, ni la situation financière globale de ces sociétés ne sont correctement évalués. Ce secteur, pourtant important pour le développement territorial, constitue ainsi un « angle mort » de la gestion publique.

Les SEM sont traditionnellement présentées comme des sociétés très contrôlées. À l'analyse, l'effectivité et la portée de ces contrôles doivent être relativisées car peu assorties de sanctions et peu adaptées au fonctionnement actuel des SEM. Or leurs évolutions, notamment le développement de la pluriactivité, les pratiques de filialisation ou de prises de participation dans des sociétés commerciales, génèrent des risques de nature financière, juridique ou opérationnelle, susceptibles de les mettre en danger ainsi que, avec elles, les collectivités et groupements de collectivité qui en sont actionnaires.

L'adaptation du droit national au droit européen a abouti à la création des SPL et des SEMOP qui, dans certains domaines, donnent aux collectivités des moyens d'action équivalents et conformes à la réglementation.

Une récente décision du Conseil d'État a rappelé que l'objet social d'une entreprise publique locale est limité aux compétences exercées par chacune de ses collectivités et groupements actionnaires, sauf lorsque la loi prévoit que ceux-ci peuvent conserver leurs actions à l'occasion d'une réattribution de compétence. Nombre de situations ne correspondant

pas à cet état du droit ont été mises au jour à cette occasion, soit qu'elles résultaient d'interprétations abusives, soit que les collectivités n'avaient pas pris la mesure des évolutions relatives à leurs compétences posées par les lois de décentralisation, sans qu'elles ne puissent réellement sortir des SEM.

En réaction à cette jurisprudence, le législateur est intervenu pour régulariser ces situations, ce qui a conduit à modifier de manière importante le statut des SEM de 1983, en distendant le lien entre les compétences des collectivités actionnaires et l'objet social de la société.

Dans ce contexte, la Cour estime que les collectivités ont intérêt à utiliser toute la palette des statuts d'entreprise publique à leur disposition – SEM, SPL et SEMOP – mais à privilégier, partout où leur projet le permet, les statuts de SPL ou de SEMOP, et, le cas échéant, à faire évoluer leurs SEM existantes dans des conditions que le législateur doit préciser.

Ce nouveau cadre juridique ne règle pas pour autant les problèmes que pose le statut des SEM. Il ne traite ni le défaut d'information des actionnaires ni la faiblesse des contrôles des SEM, pas plus qu'il n'évoque les contraintes du droit communautaire.

La Cour formule les recommandations suivantes :

- 1. mettre en place, sur le plan national, un dispositif statistique indépendant de suivi et d'évaluation des SEM, de leurs filiales, directes et indirectes, et de leurs participations, fondé sur des obligations déclaratives dont la méconnaissance serait sanctionnée (recommandation déjà formulée dans le référé de la Cour de 2017, non mise en œuvre, ne peut donc qu'être réitérée) ;*
- 2. aligner le régime juridique de transmission des actes des SEM relevant du droit à l'information de l'autorité préfectorale sur celui des actes de leurs collectivités ou groupements actionnaires afin que ces actes ne soient exécutoires que s'ils ont été transmis au représentant de l'État ;*
- 3. prévoir que les actes pris par le conseil d'administration ou de surveillance d'une SEM, en l'absence des délibérations préalables des collectivités et groupements actionnaires prévues par le CGCT, soient dépourvus d'effet juridique à l'identique de la disposition déjà prévue pour les statuts (article L. 1524-1 du CGCT) ;*
- 4. rendre obligatoire la présentation au conseil d'administration ou de surveillance d'une SEM du rapport d'observations définitives d'une CRC sur le modèle en vigueur pour les collectivités territoriales ;*
- 5. étendre aux SEM l'obligation de compte rendu des actions entreprises à la suite des observations formulées par une CRC, établie par l'article L. 243-9 du code des juridictions financières, et rendre obligatoire la transmission de ce compte-rendu aux collectivités et groupements actionnaires de la SEM avec obligation pour leur assemblée délibérante de délibérer sur celui-ci et d'adresser cette délibération à la chambre régionale des comptes ;*
- 6. modifier le CGCT en vue d'enrichir le rapport du mandataire à l'assemblée qui l'a désigné, de données relatives à l'activité passée et à venir de la SEM ainsi que sur les risques*

correspondants pesant sur la collectivité actionnaire, et de l'intégrer au rapport d'orientations budgétaires de la collectivité ou du groupement actionnaire ;

- 7. prévoir, dans la mesure où les SEM ou leurs filiales, par leurs missions et par la structure de leur capital sont comparables aux entreprises publiques, un régime de plafonnement similaire à celui de l'État pour les titulaires des postes dirigeants non élus (recommandation déjà formulée dans le référé de la Cour du 15 juin 2017).*
 - 8. ouvrir, par une disposition au CGCT, les droits d'information et de contrôle de l'actionnaire, prévu par le code de commerce, aux membres des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires, ou, en cas de secret protégé par la loi, aux membres d'une commission constituée à cette fin. Dans ce cas, elle pourrait être exercée individuellement par les membres d'une commission spéciale chargée du contrôle des SEM dont la collectivité est actionnaire. Cette commission serait alors composée de l'ordonnateur de la collectivité, ou de son représentant, et de membres de l'assemblée délibérante de telle sorte que chaque groupe politique y soit représenté ;*
 - 9. utiliser, à l'issue de son analyse, à plein les possibilités offertes par les statuts de SPL et de SEMOP, dans la mesure où ils ont été créés pour tenir compte du droit européen en conservant la souplesse d'utilisation qui était celle des SEM à l'origine. Toutefois, pour transformer une SEM en SPL, il convient d'envisager un dispositif législatif qui permette de valoriser le transfert d'actions entre collectivités évitant tout blocage (cf. supra chapitre I – II.D). Un tel dispositif est prévu s'agissant de transformations en SEMOP ; il peut être étendu ou adapté au cas des SPL.*
-

Liste des abréviations

AdCF	Association des communautés de France
AMF	Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité
CAA	Cour administrative d'appel
CAC	Commissaire aux comptes
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CE	Conseil d'État
CEE	Communauté économique européenne
CFC	Chemin de Fer Corse
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGEFI	Contrôle général économique et financier
COGEMIP	Société d'économie mixte locale de construction et de gestion de Midi-Pyrénées
CSP	Code de la santé publique
CTC	Collectivité territoriale de Corse
DDFiP	Direction départementale des finances publiques
DG	Directeur général
DGCL	Direction générale des collectivités locales
DGFiP	Direction générale des finances publiques
DOM	Département d'outre-mer
DSP	Délégation de service public
Élan	Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 relative à l'engagement national pour le logement.
EPCC	Établissement public de coopération culturelle
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale

EPL	Entreprise publique locale
ESH	Entreprise sociale pour l’habitat
FEPL	Fédération des entreprises publiques locales
IGA	Inspection générale de l’administration
GIE	Groupement d’intérêt général
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
NOTRé	Loi n° 2015 -9 91 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République
MPC	Midi-Pyrénées Construction (société publique locale)
OPH	Office public de l’Habitat
PDG	Président directeur général
PFCA	Pompes funèbres des communes associées
PPPI	Partenariat public privé institutionnalisé
SA	Société anonyme
SABEMEN	Société anonyme bretonne d’économie mixte d’équipement naval
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SC	Société de coordination
SCET	Société Services Conseil Expertises Territoires
SCI	Société civile immobilière
SCIC	Société coopérative d’intérêt collectif
SCIV	Société civile de construction vente
SCPI	Société civile de placement immobilier
SEM	Société d’économie mixte
SEMARDEL	Société d’économie mixte d’actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales
SEMECO	Société d’économie mixte pour l’étude et l’exploitation d’équipements collectifs
SEMOP	Société d’économie mixte à opération unique
SEMPACO	Société d’économie mixte du Pas de Calais Ouest
SENACAL	Société d’économie mixte d’équipement naval du Calvados
SENAMANCHE	Société d’économie mixte d’équipement naval de la Manche
SEPF	Service extérieur des pompes funèbres

SIREDOM	Syndicat Intercommunal pour la Revalorisation et l'Élimination des Déchets et des Ordures Ménagères
SMCTVPE	Syndicat mixte pour la collecte et le traitement des déchets, leur valorisation et la production d'énergie
SNCF	Société nationale des chemins de fer
SONADEV	Société nazairienne de développement
SPL	Société publique locale
SPLA	Société publique locale d'aménagement
SSP	Savoie Stations Participations
TA	Tribunal administratif
TOM	Territoire d'outre-mer
UES	Unité économique et sociale
ZAC	Zone d'aménagement concertée
ZUP	Zone à urbaniser en priorité

Annexes

Annexe n° 1 : saisine de la Cour des comptes.....	69
Annexe n° 2 : créations et suppressions de SEM par domaine d'activité	75
Annexe n° 3 : recommandations du rapport IGA/CGEFI de juin 2017	77
Annexe n° 4 : recommandations du référé de la Cour des comptes du 15 juin 2017	80
Annexe n° 5 : liste des 83 SEM de l'échantillon.....	82

Annexe n° 1 : saisine de la Cour des comptes

ASSEMBLÉE NATIONALE

COMMISSION DES FINANCES,
DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE
ET DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

LIBERTÉ - ÉGALITÉ - FRATERNITÉ

Le Président

PARIS, le 19 juillet 2018

n° 198

Monsieur le Premier président,

À la suite de nos échanges, j'ai l'honneur de vous confirmer les sujets sur lesquels la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire demande la réalisation d'enquêtes à la Cour des comptes, conformément au 2° de l'article 58 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

Ces demandes portent sur :

- le bilan du transfert aux régions de la responsabilité de la gestion des fonds de cohésion en France (FEDER, en particulier) ;
- les investissements informatiques à la DGFIP et la DGDDI ;
- la réserve opérationnelle de la gendarmerie et de la police ;
- les dépenses fiscales en matière de logement ;
- les sociétés d'économie mixte (SEM).

Par ailleurs, je vous propose de modifier les modalités de diffusion de ces enquêtes qui étaient retenues jusqu'à présent. En effet, compte tenu de la qualité des travaux de la Cour, le bureau de la commission a souhaité que tous les membres puissent en disposer en temps utile. Si vous en étiez d'accord, les commissaires pourraient donc en être destinataires une semaine avant leur présentation en commission par la Cour, étant précisé que leur attention serait attirée sur la nécessité de maintenir un strict embargo jusqu'à cette audition. À l'issue de cette réunion, la commission serait en mesure, conformément aux dispositions de la LOLF, d'autoriser la Cour à les publier, notamment sur son site internet.

Je vous prie de croire, Monsieur le Premier président, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



Éric WOERTH

Monsieur Didier MIGAUD
Premier président
Cour des comptes
13, rue Cambon
75001 PARIS

Cour des comptes

**Le Premier président**KCC D1802700 KZZ
20/07/2018Le **20 JUIL. 2018**

Monsieur le Président,

En réponse à votre courrier en date du 19 juillet dernier concernant la réalisation d'enquêtes en application du 2° de l'article 58 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, j'ai le plaisir de vous confirmer que la Cour sera en mesure de réaliser les travaux que vous avez demandés.

Le rapport sur *le bilan du transfert aux régions de la responsabilité de la gestion des fonds de cohésion en France (FEDER en particulier)* sera réalisé par une formation inter-juridictions présidée par M. Dominique Antoine, conseiller maître.

Celui sur *les investissements informatiques à la DGFIP et à la DGDDI* sera réalisé par la première chambre, présidée par M. Raoul Briet.

Celui sur *la réserve opérationnelle de la gendarmerie et de la police* sera réalisé par la quatrième chambre, présidée par M. Gilles Andréani.

Celui sur *les dépenses fiscales en matière de logement* sera réalisé par la cinquième chambre, présidée par M. Pascal Duchadeuil.

Celui sur *les sociétés d'économie mixte (SEM)* sera réalisé par la formation inter-juridictions sur les finances publiques locales, présidée par M. Christian Martin, conseiller maître.

Le rapport sur *les dépenses fiscales en matière de logement* vous sera remis en février 2019. Les quatre autres vous seront remis en avril 2019.

Je vous propose que, comme les années précédentes, des échanges entre les rapporteurs spéciaux et les présidents de chambre et magistrats concernés puissent avoir lieu très rapidement afin de préciser le champ et l'approche de ces enquêtes.

Monsieur Eric Woerth

Président de la Commission des
finances, de l'économie générale
et du contrôle budgétaire
Assemblée nationale
126 rue de l'Université
75355 PARIS SP 07

En ce qui concerne les modalités de diffusion des rapports aux commissaires, je ne vois pas d'objection à ce qu'ils en soient destinataires une semaine avant leur présentation en commission par la Cour, sous réserve bien entendu que la confidentialité en soit préservée pendant ce délai. Il me semble en outre opportun de maintenir la pratique actuelle de publication par la Cour à l'issue de l'audition de présentation du rapport.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.


Didier Migaud

Cour des comptes



Le 05 SEP. 2018

Le Premier président

1803188

Monsieur le Président,

Comme je vous l'indiquais dans ma lettre du 20 juillet dernier, j'ai le plaisir de vous confirmer que la Cour, à la demande de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, mènera en 2018 une enquête sur les sociétés d'économie mixte (SEM) locales, au titre du 2° de l'article 58 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

Cette enquête sera confiée à la formation inter-juridictions *Finances publiques locales*, présidée par M. Christian Martin, conseiller maître, président de section.

L'entretien que vous avez pu avoir avec celui-ci a permis de préciser le champ des investigations à conduire dans le prolongement des travaux antérieurs des juridictions financières, ayant donné lieu notamment à un référé de la Cour de juin 2017¹, et sur la base des rapports administratifs récents, particulièrement d'un rapport publié en 2017 dans le cadre de la revue des dépenses².

Les travaux de la formation inter-juridictions s'appuieront sur les rapports définitifs des chambres régionales des comptes. Ils porteront aussi sur un échantillon représentatif de SEM, comprenant notamment des SEM créées par des communes moyennes ou leurs groupements intercommunaux d'appartenance.

En premier lieu, la Cour analysera, en exploitant les données existantes³, le développement actuel des SEM et l'évolution de leurs missions : créations et suppressions par champ d'activité (aménagement, gestion d'équipements, énergie, logement, développement économique, etc.) en tentant de cerner des « bonnes pratiques » en la matière ainsi que d'éventuelles pratiques abusives dans le recours à ces sociétés.

Dans la limite des données accessibles, la Cour tentera de porter un diagnostic sur la situation financière globale des SEM.

Monsieur Eric Woerth

Président de la commission des finances, de
l'économie générale et du contrôle budgétaire
Assemblée nationale
126, rue de l'Université
75355 PARIS 07 SP

¹ Cour des comptes, référé, *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales*, 15 juin 2017.

² IGA et CGEFL, revue des dépenses, *La maîtrise des risques par les entreprises publiques locales*, juin 2017.

³ Insee, DGFIP, Caisse des dépôts et consignations, *Fédération des entreprises publiques locales*.

En second lieu, la Cour s'efforcera de mesurer l'importance des principaux risques inhérents au fonctionnement des SEM (risques de contournement des règles de la concurrence ou des dispositifs de régulation de la dépense, risques financiers pour les collectivités actionnaires, risques de probité, etc.).

Enfin, seront analysés les différents dispositifs de suivi de l'activité des SEM et de contrôle de leur gestion, susceptibles de limiter les risques précités.

Un point d'étape sera fait à la fin de l'année 2018 par le président de la formation inter-juridictions, qui permettra de confirmer la date de remise du rapport, prévue pour le mois d'avril 2019.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.


Didier Migaud

Cour des comptes

KCC D1901124 KZ
29/03/2019

Le 29 MARS 2019

Le Premier président

Monsieur le Président,

Comme je vous l'indiquais dans ma lettre du 5 septembre 2018, la Cour vous remettra prochainement son rapport relatif à l'enquête sur les sociétés d'économie mixte locales commandée par la commission que vous présidez, au titre du 2° de l'article 58 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

Ce courrier prévoyait une remise du rapport en avril 2019.

Toutefois, compte tenu de divers aléas survenus lors de l'instruction, un délai supplémentaire apparaît nécessaire.

Comme évoqué avec vos services, le rapport vous sera remis dès que possible et, au plus tard, le mercredi 15 mai 2019, soit une semaine avant l'audition par la commission (le mercredi 22 mai).

Vous remerciant de votre compréhension, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.

Didier Migaud**Monsieur Éric Woerth**

Président de la commission des finances, de
l'économie générale et du contrôle budgétaire
Assemblée nationale
126, rue de l'Université
75355 PARIS 07 SP

Annexe n° 2 : créations et suppressions de SEM par domaine d'activité

Tableau n° 10 : évolution du nombre de création de SEM sur la période 2013-2017

Motif de création	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL	TOTAL en %
<i>Créées ex nihilo</i>	11	11	17	12	10	61	71 %
<i>Créées suite à un changement de mode de gestion</i>	3	2	4	6	6	21	25 %
Dont Succédant à une association	1	0	3	2	3	9	11 %
Dont Succédant à un délégataire privé	2	0	1	0	0	3	3 %
Dont succédant à une régie	0	2	0	4	3	9	11 %
<i>Issues d'un dédoublement</i>	0	0	0	2	0	2	2 %
<i>Autres</i>	0	1	0	0	1	2	2 %
TOTAL	14	14	21	20	17	86	100 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Tableau n° 11 : évolution du nombre de suppression de SEM sur la période 2014-2017

Motif de suppression	2014	2015	2016	2017	TOTAL	TOTAL %
<i>Fin de la mission / du service</i>	2	9	5	13	29	41 %
<i>Changement de mode de gestion</i>	6	3	7	7	23	32 %
Dont reprise de l'activité en régie	1	1	5	3	10	14 %
Dont reprise de l'activité par un opérateur en privé	5	2	2	4	13	18 %
<i>Fusion avec un autre opérateur EPL</i>	3	1	9	6	19	27 %
<i>Autres</i>	0	0	0	0	0	0 %
TOTAL	11	13	21	26	71	100 %

Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Tableau n° 12 : motifs de création par domaine d'activité

	Créées ex nihilo	Succédant à une association	Succédant à un privé	Succédant à une régie	Issues d'un dédoublément	Autres
<i>Ensemble des SEM (n = 89)</i>	69 %	10 %	3 %	15 %	2 %	1 %
<i>SEM d'aménagement</i>	63 %	0 %	0 %	0 %	25 %	13 %
<i>SEM de développement économique</i>	55 %	9 %	18 %	18 %	0 %	0 %
<i>SEM d'environnement et réseaux</i>	89 %	2 %	0 %	9 %	0 %	0 %
<i>SEM d'habitat et immobilier*</i>	100 %	0 %	0 %	0 %	0 %	0 %
<i>SEM de mobilité*</i>	0 %	0 %	0 %	100 %	0 %	0 %
<i>SEM de service à la personne*</i>	67 %	0 %	0 %	33 %	0 %	0 %
<i>SEM de tourisme, culture et loisirs</i>	35 %	35 %	5 %	25 %	0 %	0 %

* Données à interpréter avec prudence en raison de la faiblesse du nombre de cas. Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Tableau n° 13 : motifs de suppression par domaine d'activité

	Fin de la mission / du service	Reprise de l'activité en régie / établissement ou bailleur social	Fusion avec un autre opérateur EPL	Reprise de l'activité par un opérateur privé
Ensemble des SEM (n = 71)	42 %	13 %	27%	18 %
SEM d'aménagement	54 %	0 %	46%	0 %
SEM de développement économique*	50 %	0 %	25%	25 %
SEM d'environnement et réseaux*	17 %	17 %	33%	33 %
SEM d'habitat et immobilier	30 %	30 %	20%	20 %
SEM de mobilité*	67 %	0 %	0%	33 %
SEM de service à la personne*	0 %	0 %	0%	100 %
SEM de tourisme, culture et loisirs	40 %	30 %	0 %	30 %

* Données à interpréter avec prudence en raison de la faiblesse du nombre de cas. Source : Fédération des entreprises publiques locales. Données France métropolitaine et outre-mer.

Annexe n° 3 : recommandations du rapport IGA/CGEFI de juin 2017

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

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

- a) confier à l'observatoire des finances et de la gestion publique locales la collecte et la diffusion des données des EPL: les résultats seraient mis à la disposition de toutes les administrations d'État concernées et des partenaires de l'État. Service responsable : comité des finances locales ; INSEE. DGFIP. DGCL ;
- b) dans l'application de la Charte nationale relative à la fiabilité des comptes publics locaux du 21 mars 2014, proposer de choisir parmi les thèmes de travail en commun : les engagements et participations des collectivités vis-à-vis des EPL (inclus dans la classe 1, 2 et 8). Services responsables : DGFIP et DGCL ;
- c) préciser aux collectivités territoriales et aux SEM les catégories juridiques pertinentes de la nomenclature INSEE qui peuvent être utilisées pour déclarer une EPL aux greffes de tribunaux de Commerce. Service responsable : DGCL ;
- d) réaliser une expérience de normalisation des libellés de dépenses dans les comptes pertinents décrivant les liens financiers et patrimoniaux entre EPL et collectivités, afin de pouvoir évaluer leur importance et leur évolution. Services responsables : DGFIP et DGCL.

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

- a) réaliser une expérience permettant à des préfetures volontaires d'utiliser les listes de SEM que peut dresser l'INSEE pour constituer une base de données simple, au besoin en apportant les corrections nécessaires. Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE ;
- b) se servir des données pour établir une liste des EPL sensibles, devant faire l'objet d'une attention particulière. Services responsables : DGFIP et DGCL ;
- c) si l'expérience est concluante, s'interroger sur la possibilité de créer une nouvelle position dans la nomenclature juridique de l'INSEE pour observer les SPL. Services responsables : DGCL, DGFIP et INSEE.

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

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

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

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

- a) établir, par voie de circulaire, un partenariat entre les représentants de l'État, les directeurs régionaux des finances publiques, auxquels seraient associés les instances régionales de la Caisse des dépôts et consignations aux fins d'assurer la prévention des risques, la veille sur les filiales des entreprises publiques locales et de formuler des préconisations de bonne administration. Services responsables : DGCL et DGFIP, en lien avec la direction du réseau et des territoires de la Caisse des dépôts et consignations ;
- b) afin de sécuriser la gestion des « groupes », conseiller aux collectivités territoriales - de demander à l'EPL « maison mère » de présenter à son conseil d'administration une consolidation des comptes de tout le « groupe » conformément aux textes en vigueur, ou de mettre en œuvre une procédure de transparence comptable dans les autres cas si un risque est détecté. Service responsable : comité des finances locales ;

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

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

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

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

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

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

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

Service responsable : DGCL.

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

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

Recommandation n° 16 : mettre à l'étude en prenant pour base l'article L. 243-7 du code des juridictions financières, la mise en place d'une procédure de compte-rendu par les EPL des suites réservées aux contrôles des CRTC. Services responsables : DGFIP et DGCL, en lien avec la Cour des comptes.

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

Recommandation n° 18 :

- a) étendre aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et aux sociétés publiques locales (SPL) les dispositions de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Services responsables : direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), en lien avec la direction générale des collectivités locales (DGCL)
- b) actualiser la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 12 février 2006 sur les principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEML en l'étendant notamment aux SPLA et aux SPL. Service responsable : DACG.
- c) prévoir une formation sur le risque pénal aux dirigeants d'entreprises publiques locales. Services responsables : DACG, DGCL et l'Agence française anticorruption, en lien avec la FEPL

Annexe n° 4 : recommandations du référé de la Cour des comptes du 15 juin 2017

Recommandation n° 1 : mettre en place, sur le plan national, un dispositif statistique de suivi et d'évaluation des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations fondé sur des obligations déclaratives pouvant être sanctionnées,

Recommandation n° 2 : préciser le champ d'intervention des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations au regard des dernières réformes de l'action territoriale,

Recommandation n° 3 : redéfinir les règles relatives à la composition de l'actionnariat public local dans ces sociétés, en cohérence avec les compétences transférées,

Recommandation n° 4 : étendre le pouvoir de décision des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires à l'ensemble des rémunérations, avantages et moyens de travail de toute nature perçus par les élus d'une entreprise publique locale et de ses filiales directes et indirectes, quelle que soit leur fonction ainsi que leur écrêtement dans les conditions de droit commun,

Recommandation n° 5 : mettre en place une procédure d'information au profit des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires concernant les éléments de rémunération de toute nature des mandataires sociaux des entreprises publiques locales et de leurs filiales directes et indirectes, lorsqu'ils ne sont pas élus

Recommandation n° 6 : renforcer les obligations d'information des commissaires aux comptes des entreprises publiques locales et de leurs filiales directes et indirectes à l'égard des Préfets et des juridictions financières.

Tableau de prise en compte des recommandations du référé du 15 juin 2017 dans le présent rapport :

Recommandations du référés du 15 juin 2018	Prise en compte des recommandations du référé par le présent rapport
1 : Mettre en place, sur le plan national, un dispositif statistique de suivi et d'évaluation des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations fondé sur des obligations déclaratives pouvant être sanctionnées,	Recommandation réitérée (cf. recommandation n°1 du rapport 58-2).
2 : Préciser le champ d'intervention des entreprises publiques locales et de leurs filiales, directes et indirectes, et participations au regard des dernières réformes de l'action territoriale,	Recommandation rappelée dans le chapitre 1 ^{er} , titre 2, paragraphe D.
3 : Redéfinir les règles relatives à la composition de l'actionnariat public local dans ces sociétés, en cohérence avec les compétences transférées,	Recommandation devenue sans objet du fait de la loi « <i>tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales</i> » de mai 2019.
4 : Étendre le pouvoir de décision des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires à l'ensemble des rémunérations, avantages et moyens de travail de toute nature perçus par les élus d'une entreprise publique locale et de ses filiales directes et indirectes, quelle que soit leur	Recommandation rappelée dans le chapitre 1 ^{er} , titre 2, paragraphe D.

fonction ainsi que leur écrêtement dans les conditions de droit commun,	
5 : Mettre en place une procédure d'information au profit des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires concernant les éléments de rémunération de toute nature des mandataires sociaux des entreprises publiques locales et de leurs filiales directes et indirectes, lorsqu'ils ne sont pas élus	Recommandation réitérée et complétée par la recommandation n°7 du rapport 58-2.
6 : Renforcer les obligations d'information des commissaires aux comptes des entreprises publiques locales et de leurs filiales directes et indirectes à l'égard des Préfets et des juridictions financières.	Recommandation rappelée dans le chapitre 2, titre 2, paragraphe C.

Annexe n° 5 : liste des 83 SEM de l'échantillon

Chambre régionale des comptes	Statut	Organisme contrôlé
CRC Bretagne	SEM	SEM Centre d'études et de valorisation des algues
	SEM	SEM Pompes funèbres des communes associées de la région de Saint Brieuc
	SEM	SA bretonne d'économie mixte d'équipement naval (SABEMEN)
	SAS	SOMABRET
	SEM	SA d'économie mixte de gestion d'équipements de l'agglomération rennaise (Citedia)
	SEM	SEM d'aménagement et de développement d'Ille et Vilaine (SADIV)
	SEM	Société d'études pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne (SEMAEB)
	SEM	SEM Sellor
CRC Auvergne Rhône Alpes	SEM	SA d'économie mixte Super Lioran développement
	SEM	SEM Volcans
	SEM	SEM d'aménagement Givors métropole (SAGIM)
	SEM	SAEM Le Parc thermal de Montrond-les-Bains (contrôle de la SCI créée par la SAEM)
	SEM	SEM Énergie Rhône vallée
	SEM	SEM Lyon Parc auto
	SEM	SEM SAGEST Tignes développement
	SEM	SEM Sagets Les Gets
	SEM	SEM de construction du département de l'Ain (SEMCODA)
	SEM	SA immobilière d'économie mixte Privas Ardèche
	SEM	SEM des remontées mécaniques de Megève
	SEM	SEM Savoie stations participations (SEM SSP)
	SEM	SEM d'exploitation du thermalisme de Nérès les bains (SEMETT)
	SEM	Société d'équipement de l'Auvergne (SEAu)
	SEM	SEM TERACTION
	SEM	SAEM sportive du circuit de Nevers Magny Cours
	SEM	SAEM d'aménagement de la Nièvre
	SEM	SEM TANDEM
	SEM	Société de gestion de la station des Rousses (SAEM SOGESTAR)
CRC Corse	SEM	SEM Bastia aménagement
	SEM	SEM locale des chemins de fer de Corse
	SEM	SEML du Port de Toga
CRC Centre Val de Loire	SEM	SEM des pompes funèbres intercommunales de l'agglomération tourangelle
	SEM	SEM Orléans gestion (SEM Gestion Loiret)
	SEM	Office de tourisme Tours Val de Loire

CRC Grand Est	SEM	SEM des Thermes de Vittel
	SEM	Société d'équipement de la région mulhousienne (SERM)
	SEM	SEMHA devenue CIRIVIA SEM
	SEM	SEM Champagne parc auto
CRC Hauts de France	SEM	SAEM de développement dunkerquois (S3D)
	SEM	SEM du Pas de Calais ouest (SEMPACO)
	SEM	SAEM "Aménageons, construisons ensemble durablement"
	SEM	SEML Société d'équipement du département de l'Aisne
	SEM	Société pour l'immobilier d'entreprise de l'Aisne (SIMEA)
	SEM	SEM Amiens aménagement
	SEM	SAEML Prestations funéraires intercommunales du boulonnais
	SEM	SEM Basket club maritime Gravelines Dunkerque Grand Littoral
	SEM	SEML Le phénix théâtre de Valenciennes
CRC Île –de-France	SEM	SAEM des pompes funèbres (SAEMPF)
	SEM	SEM Deltaville
	SEM	SEMAVIP : ZAC Claude Bernard
	SARL	SARL SCRIM Île-de-France (filiale de la SEMARELP)
	SEM	Société d'études, de maîtrise d'ouvrage et d'aménagement parisienne (SEMAPA)
	SEM	SEM d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (SEMARDEL)
	SEM	SAEM d'aménagement, de rénovation et d'équipement de Levallois-Perret (SEMARELP)
	SEM	SEM pour l'exploitation d'équipements collectifs (SEMECO)
	SEM	Sequano aménagement
	SEM	Société immobilière d'économie mixte de Saint Maur des Fossés
	SARL	SARL Levaparc (filiale de la SEMARELP)
CRC Nouvelle Aquitaine	SEM	SAEML d' exploitation de la base de loisirs de plein air de Le Temple-sur-Lot
	SEM	SAEML territoires Charente
	SEM	SEM Deux-Sèvres aménagement
	SEM	SEM d'équipement du pays d'Adour
CRC Normandie	SEM	SEM Caen expo congrès (SEM CEC)
	SEM	SEM Cité de la Mer
	SEM	SEM Eure aménagement (SEMEAD)
	SEM	SEM Mémorial de la bataille de Normandie
	SEM	SEM d'équipement naval du Calvados (SENACAL)
	SEM	SAEML Valenseine (Le Grand Quevilly)
	SEM	SEM sportive ALM Evreux Basket
	SEM	SEM d'équipement naval de la Manche (SENAMANCHE)

CRC Occitanie	SEM	SAEM Sud de France développement
	SEM	SAEML Services funéraires de Montpellier Méditerranée Métropole,
	SEM	SEML d'équipement pour le développement de la Lozère (SELO)
	SEM	SEML Épiqueure
	SEM	Société d'économie mixte de construction et de gestion de Midi-Pyrénées (Cogemip)
CRC PACA	SEM	SEM Avignon tourisme
	SEM	SEM pour les événements cannois (SEMEC)
	SEM	SEM de la Londe-les-Maures
	SEM	SEM SEDEV
	SEM	SEML des Orres (SEMLORE)
CRC Pays de la Loire	SEM	SEM Angers Loire tourisme
	SEM	SAEML Terra Botanica
	SEM	SEM pour la mise en valeur de Saint-Gilles-Croix-de-Vie (SEMVIE)
	SEM	SEM Vendée expansion