

Le 15 juin 2017

Le Premier président

à

Monsieur Édouard Philippe
Premier ministre

Objet : Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales.

En application des dispositions de l'article L. 211-3 du code des juridictions financières, les chambres régionales et territoriales des comptes ont contrôlé depuis 2015 plus d'une cinquantaine d'entreprises publiques locales, dont quarante-neuf sociétés d'économie mixte locales.

À l'issue de ces contrôles et après prise en compte des réponses apportées dans le cadre de la procédure contradictoire, les rapports d'observations définitives ont été publiés. À l'initiative de la chambre régionale des comptes d'Île-de-France, une synthèse des principales lacunes et insuffisances relevées à l'occasion de ces travaux a été établie et cette synthèse m'a été communiquée en application des dispositions de l'article R. 243-19 du code des juridictions financières.

En application de l'article R. 143-11 du même code, il a été décidé de porter à votre connaissance les observations ci-après développées et les recommandations formulées.

Nées au lendemain du premier conflit mondial en lien avec l'intervention économique et sociale croissante des collectivités territoriales et de leurs groupements pour assurer notamment « le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale »¹, les entreprises publiques locales sont devenues, après la décentralisation, l'un des outils majeurs des collectivités territoriales et de leurs groupements dans l'exercice de leurs compétences et la production de services publics locaux.

¹ Source : Décret-loi du 5 novembre 1926 relatif à la décentralisation et déconcentration administrative.

Depuis 1983, leur régime juridique a été aligné sur celui des sociétés commerciales (ce sont des sociétés anonymes à conseil d'administration ou conseil de surveillance), sous réserve des dispositions spécifiques inscrites dans le code général des collectivités territoriales (CGCT).

Ces particularités concernent les conditions de leur création, leur administration, le rôle des élus, le régime juridique de leurs activités, leurs obligations et les contrôles qui pèsent sur elles. Indépendamment de leurs spécificités, ces sociétés publiques doivent respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et elles sont également soumises aux exigences croissantes du droit européen en matière de commande publique, de droit de la concurrence et d'aides d'État, notamment.

Ces entreprises publiques locales relèvent aujourd'hui principalement de trois grandes familles², chacune répondant à un modèle juridique et économique différent. Aux sociétés d'économie mixte locales dont le statut créé en 1983³ a été notamment modernisé en 2002⁴, se sont ajoutées les sociétés publiques locales mises en place entre 2006⁵ et 2010⁶, puis enfin les sociétés d'économie mixte locales à opération unique créées en 2014⁷, ces deux dernières familles agissant pour le compte de leurs seuls actionnaires contrairement aux sociétés d'économie mixte locales.

La récente loi relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain a créé une nouvelle forme de sociétés publiques locales d'aménagement, les sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national⁸.

En 2016, la France métropolitaine et ses Outre-mer comptaient 1 243 entreprises publiques locales, dont 78,1 % de sociétés d'économie mixte et 21,6 % de sociétés publiques locales, représentant un chiffre d'affaires de 12,2 Md€ et 63 455 emplois. Cinquante et une entreprises publiques locales ont été créées en 2015 et 204 étaient, à cette date, en projet⁹.

Les sources d'information dont disposent les services de l'État pour connaître de façon globale ce secteur d'activité résultent principalement des enquêtes effectuées et des données publiées par la fédération nationale des entreprises publiques locales. Elles ne permettent d'évaluer le dispositif juridique existant que de façon partielle.

Dans le cadre de l'article 22 de la loi de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019, le gouvernement a engagé, il y a quelques semaines, une revue des dépenses en matière de maîtrise des risques des entreprises publiques locales, qui doit faire l'objet d'une communication au Parlement¹⁰.

² Des statuts spécifiques subsistent, notamment, pour les sociétés d'économie mixte en Alsace-Moselle, et en Outre-mer.

³ Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

⁴ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

⁵ Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

⁶ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

⁷ Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

⁸ Article 47 de la loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain.

⁹ Sauf mention contraire, toutes les données statistiques citées sont celles rendues publiques par la fédération nationale des entreprises publiques locales pour les années 2016 (synthèse) et 2015 (données plus détaillées).

¹⁰ Annexe relative aux revues des dépenses pour la loi de finances pour 2017.

Dans cette perspective notamment et à la suite des travaux conduits par les juridictions financières, la Cour souligne que ces instruments essentiels pour les collectivités territoriales ne sont pas suffisamment maîtrisés mais également que les mécanismes de leur contrôle, de leur transparence et d'évaluation de leur contribution à l'action publique territoriale devraient être repensés.

1. LE CADRE D'INTERVENTION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES DOIT ÊTRE RÉEXAMINÉ

Dans le contexte des lois de décentralisation, le champ d'intervention des entreprises publiques locales a été élargi afin de permettre aux collectivités d'exercer leurs nouvelles compétences et les règles relatives à leur actionnariat ont été redéfinies afin de leur en assurer le contrôle.

Il importe aujourd'hui de réexaminer leur périmètre d'action et les dispositions concernant leur actionnariat.

1.1. Le champ d'intervention des entreprises publiques locales devrait être précisé

Au titre « des compétences qui leurs sont reconnues par la loi » et sous contrôle du juge, les collectivités et leurs groupements peuvent depuis 1983 créer des sociétés d'économie mixte locales 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 »¹¹. Depuis 2010, ces collectivités peuvent également créer des sociétés publiques locales pour « réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général »¹².

En 2016, plus des trois quarts des entreprises publiques locales exerçaient dans quatre secteurs d'activité économique : l'aménagement pour un quart (25,1 %), le tourisme, la culture et les loisirs pour près d'un quart également (23,73 %), l'habitat et l'immobilier pour 16,25 %, enfin l'environnement et les réseaux pour 14,48 %. En matière de commande publique, ces sociétés disposaient d'un carnet de commandes de 11 100 contrats, dont 6 700 étaient exécutés pour un montant de 5,6 Md€.

Leur particularité est que leurs actionnaires publics locaux peuvent leur confier des marchés et concessions sans publicité et mise en concurrence dès lors que les critères d'une relation de quasi régie ou « *in house* », récemment rénovés, sont satisfaits. Il n'est cependant pas possible aujourd'hui d'évaluer les contrats de toute nature dont ces entreprises bénéficient dans ce cadre particulier. Or le non-respect des critères applicables à la relation de quasi-régie peut être sanctionné par le délit de favoritisme.

Aussi, par une évolution de la réglementation, la mission obligatoire pourrait être confiée aux commissaires aux comptes de ces sociétés de certifier chaque année que les conditions d'une relation de quasi-régie sont bien satisfaites.

¹¹ Article L. 1521-1 du CGCT.

¹² Article L. 1531-1 du CGCT. En 2004, le législateur a étendu expressément le champ d'intervention des sociétés d'économie mixte locales au secteur hospitalier - Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

De même, il est tout aussi difficile d'apprécier de manière globale les modalités de publicité et de mise en concurrence mises en place par ces entreprises publiques locales dans le choix de leurs fournisseurs. Pour les entreprises publiques locales d'aménagement, il est très délicat également d'évaluer les conditions globales de cession des charges foncières, domaines dans lesquels les contrôles des juridictions financières mettent en évidence des pratiques variables.

S'agissant des modalités d'intervention des entreprises publiques d'aménagement, leur environnement juridique a été profondément rénové depuis 1983. Les concessions publiques d'aménagement doivent désormais faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence selon des modalités qui diffèrent en fonction du niveau de risque transféré au concessionnaire sauf lorsqu'elles sont en situation de relation « de quasi-régie » avec leurs actionnaires.

Dans ce contexte, la faiblesse des fonds propres des entreprises publiques locales pose question au regard des risques qu'elles sont amenées à prendre. De la même façon, l'attention est appelée sur la nature de l'endettement inscrit au passif de leur bilan, notamment en présence d'opérations d'aménagement au risque du seul concédant. De façon plus générale, les chambres régionales des comptes soulignent les engagements juridiques et financiers complexes qui découlent de ces opérations. Elles relèvent notamment les participations « d'équilibre » versées par les collectivités concédantes. Celles-ci sont retracées dans un simple compte-rendu financier (le compte-rendu annuel à la collectivité - CRAC) et ne sont pas reprises dans les annexes des budgets et comptes de ces collectivités.

Fin 2014, la société anonyme d'économie mixte d'aménagement de la Nièvre (Saeman) avait ainsi la responsabilité de 23 concessions au seul risque financier des concédants pour lesquelles la société était endettée à hauteur de 10,2 M€. Cette dette peut être regardée comme une dette des collectivités concédantes, déconsolidée dans les comptes de la société. Le montant des budgets de ces concessions avait augmenté de 84 % en moyenne entre leur début et fin 2014, majorant de 78 % le montant des participations financières des collectivités concédantes. Ces participations sont autant d'engagements hors bilan des collectivités et groupements concédants.

De la même manière en 2015, le contrôle de Séquano Aménagement, société d'économie mixte locale du département de la Seine-Saint-Denis, a mis en lumière qu'elle portait une dette de 47 M€ liée à des opérations d'aménagement réalisées pour le compte des collectivités sans risque pour la société et traitées comme telles dans ses comptes. En 2016, les opérations d'aménagement portées par la société publique locale Montélimar Sésame Développement (Drôme) étaient exécutées aux seuls risques financiers des concédants, également ses actionnaires. À ce titre, la société était endettée à hauteur de 13,4 M€.

S'agissant du champ d'intervention des entreprises publiques locales, la loi de 1983 a supprimé expressément le principe de spécialité qui régissait jusqu'alors leur activité. Une même entreprise publique locale est ainsi autorisée à exercer plusieurs activités, sous réserve que celles-ci soient complémentaires. Il s'agissait alors principalement, dans l'esprit du législateur, de permettre à une même société d'exercer des activités d'aménagement et de construction.

La possibilité de cumuler plusieurs activités a été pleinement utilisée et très au-delà de l'intention initiale. Ainsi, en juin 2016, 57 % des entreprises publiques locales étaient engagées dans une stratégie multi-activités, dont 19 % dans un secteur autre que leur cœur de métier et 31 % de ces entreprises prévoyaient de diversifier leurs activités à court et à moyen terme.

L'exercice d'activités économiques diverses n'est pas en soi contestable dès lors qu'elles demeurent justifiées par l'intérêt public à agir des collectivités et groupements actionnaires et qu'elles reposent sur un modèle économique avéré et soutenable.

Lorsqu'elles exercent plusieurs activités, les entreprises publiques locales peuvent ainsi dégager des synergies entre différents métiers proches ou contra-cycliques, amortir les frais de structure et améliorer leur compétitivité sur les prix. Mais une conception purement financière du principe de complémentarité qui conduirait à une réunion d'activités au sein d'une même société dans le seul but de parvenir à un équilibre financier serait illicite¹³. Le droit européen exige également que l'étanchéité des conditions de financement de certaines activités puisse être assurée.

Or, la complémentarité des activités exercées par une entreprise publique locale n'est pas toujours avérée. Ainsi, la société anonyme d'économie mixte Orléans gestion (Loiret) a été créée en 1974 pour étudier, construire et exploiter des parcs de stationnement ou toutes installations qui y seraient rattachées. Elle est désormais également en charge de l'exploitation d'un parc des expositions et des congrès et d'un centre de conférences.

Des logiques de complémentarité d'activité, purement financières, sont relevées parfois au préjudice direct des intérêts des usagers des services publics locaux. Ainsi, la société d'économie mixte pour l'étude et l'exploitation d'équipements collectifs (Semeco) dispose d'un modèle économique de ce type, organisé à dessein par son actionnaire public unique, la commune de Bobigny (Seine-Saint-Denis). Il repose sur une compensation réalisée entre les marges financières dégagées par l'unité de cogénération du service public du chauffage urbain de la commune de Bobigny, concédée à l'entreprise par la commune, pour financer d'autres activités déficitaires, également concédées par la commune, le cas échéant depuis plusieurs années sans publicité ni mise en concurrence. Ces marges permettent également de ne pas répercuter sur les usagers les coûts réels des services concernés et à financer, par exemple, des équipements qui devraient relever du domaine public et d'un financement par le budget de la collectivité. Un tel modèle aboutit, pour les usagers, à une surfacturation (de 18 à 23 %) du service public du chauffage. Cette stratégie financière est d'autant moins admissible que la société n'exploite pas elle-même l'unité de cogénération et qu'elle ne dispose d'aucune compétence interne en ce domaine.

Sous le contrôle du juge, certaines activités ne peuvent être exercées par une entreprise publique locale dès lors que par leur nature même ou la volonté du législateur elles ne peuvent être assurées que par la collectivité locale elle-même. Certaines entreprises se sont vues pourtant confier des missions en dehors de ce cadre. On relève ainsi l'exemple de la société d'économie mixte des pompes funèbres intercommunales de la région grenobloise (Sem PFI) en Isère, qui a assuré pendant plusieurs années la gestion d'un cimetière.

En matière de création de filiales et de prise de participations, la loi du 29 janvier 1993¹⁴ impose qu'elles donnent lieu, de façon préalable, à une décision expresse des collectivités et groupements disposant d'un siège au conseil d'administration des sociétés d'économie mixte locales¹⁵. Limitée aux seules sociétés commerciales, cette disposition ne couvre pas nécessairement de façon explicite toutes les entités à but non lucratif que peut

¹³ Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, *le Guide des sociétés d'économie mixte locales*, édition 2007, pages 36 et 37.

¹⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹⁵ Au regard des spécificités de leurs statuts, les sociétés publiques locales peuvent difficilement prendre de participations ou créer des filiales. Réponse à la question parlementaire n° 82271 publiée au Journal officiel de la République française (JORF) le 13 décembre 2011, page 13047.

créer une société d'économie mixte locale, comme un groupement d'intérêt économique par exemple, dont les contrôles des juridictions financières relèvent le développement.

Cette liberté a été pleinement utilisée par les collectivités locales, puisqu'en juin 2016, les 971 sociétés d'économie mixte locales recensées détenaient 301 filiales et 429 participations.

Il est certain qu'une prise de participation comme la création d'une filiale peuvent répondre au besoin de développement de ces sociétés. C'est par exemple le cas lorsque le concédant d'une délégation de service public impose la création d'une société dédiée. Mais ces diversifications demeurent encadrées. Ainsi une diversification ne saurait conduire à détourner les règles du code général des collectivités territoriales qui interdisent toute prise de participation d'une collectivité territoriale dans le capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation accordée par décret en Conseil d'État¹⁶. Ce cadre s'est assoupli puisque les régions peuvent désormais prendre librement des participations dans des sociétés commerciales. Cette faculté leur est reconnue par les 8°, 9° et 11° de l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), tel que modifié par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, dite « loi NOTRÉ », et complété par le décret n° 2016-807 du 16 juin 2016 créant les articles R. 4211-1 à R. 4211-8 du même code. Ces textes fixent toutefois des limites à la capacité d'investissement dans ces sociétés.

De la même façon, la création de filiales ne saurait conduire à un démembrement de la société d'économie mixte locale dont l'objet social serait réalisé par ses seules filiales, la société se comportant alors comme une société *holding* gérant les participations financières dans ses filiales¹⁷. Enfin, les filiales et participations détenues ne sauraient s'éloigner, dans leurs activités, des compétences attribuées par la loi aux collectivités et à leurs groupements qui en sont les actionnaires indirects.

Plusieurs contrôles mettent en lumière que les pratiques s'écartent parfois sensiblement de ce cadre et qu'en cas de difficultés financières ou économiques, le risque devra être assumé par les collectivités actionnaires.

Ainsi, la société d'économie mixte de la commune de Bobigny, la Semeco, a été, entre 1987 et 2002, l'actionnaire majoritaire d'une société de gardiennage avant de la céder et elle a développé depuis lors une activité de vidéo-surveillance.

En Seine-Maritime, la société d'économie mixte locale de coopération transmanche (Seml Transmanche), majoritairement détenue par le syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, a été constituée afin de développer les échanges maritimes transmanche. Elle l'a surtout été en vue de racheter la société de droit britannique exploitant l'activité portuaire de New Haven, dans le sud de l'Angleterre, qui constitue actuellement son seul actif et sa seule activité. De la même façon, l'activité de la Sematra, société d'économie mixte détenue majoritairement par la région Réunion, se limite, comme le ferait une *holding*, à la gestion des sociétés et participations qu'elle détient dans le secteur aérien et aéroportuaire.

La société d'économie mixte d'actions pour la revalorisation des déchets et des énergies locales (Semardel), créée en 1984 pour réaliser et exploiter le centre intégré de traitement des déchets (CITD) de Vert-le-Grand en Essonne, constitue aujourd'hui un groupe de dix sociétés de services aux collectivités et aux entreprises avec trois niveaux de filiales et

¹⁶ Articles L. 2253-1, pour les communes L. 3231-6 pour les départements et L. 4111-1-16 pour les régions, supprimé par la loi NOTRÉ.

¹⁷ Ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, *le Guide des sociétés d'économie mixte locales*, édition 2007, page 57.

sous filiales. Ce groupe, actif dans tous les métiers du traitement des déchets, réalise un chiffre d'affaires de plus de 90 M€ et compte 565 collaborateurs.

Il s'est constitué à partir de 2001 à la demande de son principal actionnaire public, le syndicat intercommunal pour le recyclage et l'énergie par les déchets et ordures ménagères (Siredom). La Semardel a racheté des sociétés appartenant au consortium de réalisation des actifs du Crédit Lyonnais (CDR) qui étaient alors ses fournisseurs et ceux des collectivités membres du Siredom. Depuis lors, la Semardel a notamment créé quatre filiales, racheté les parts de son partenaire dans l'une d'elle, créé une société conjointe avec un partenaire étranger pour répondre à des appels d'offre au niveau national et pris une participation dans une société coopérative d'intérêt collectif. Toutes ces créations et prises de participation l'ont été sans que les assemblées délibérantes des collectivités et groupements membres du conseil d'administration de la Semardel l'aient décidé.

De surcroît, toutes les activités opérationnelles relevant de l'objet social de la société d'économie mixte sont aujourd'hui réalisées par l'intermédiaire de ses filiales. La Semardel, elle-même, est devenue une société *holding* d'animation d'un groupe d'entreprises et elles entrent en concurrence avec les grands opérateurs privés en matière de traitement des déchets. Pourtant ses coûts de traitement des ordures ménagères (32 % du chiffre d'affaires du groupe) étaient supérieurs en 2013 de 8,5 % aux meilleures performances enregistrées en Île-de-France alors que l'intention initiale des créateurs de la société d'économie mixte locale était de disposer d'un outil public permettant de garantir le meilleur prix aux collectivités et aux usagers.

Depuis 2011, la société d'études pour l'aménagement et l'équipement de la Bretagne (Semaeb) est devenue à la demande de son actionnaire majoritaire, la région Bretagne, l'actionnaire prépondérant (42,86 %) d'une société dédiée au financement de projets dans le domaine des énergies renouvelables. Celle-ci prend des participations dans les sociétés porteuses de projets. À la fin 2016, cette société dédiée était devenue actionnaire à hauteur de 23 % d'un producteur d'énergies renouvelables par méthanisation et elle envisageait d'intervenir dans un autre projet.

1.2. L'actionnariat des entreprises publiques locales devrait être redéfini

Depuis 1983, le capital social des sociétés d'économie mixte locales doit être majoritairement contrôlé par les collectivités et leurs groupements avec un plafond limite de 85 %. Le capital et l'actionnariat des sociétés publiques locales relèvent, eux, totalement des collectivités territoriales et de leurs groupements, conduisant ainsi *in fine* à faire supporter aux contribuables les risques économiques et financiers résultant d'une défaillance de gestion.

En juin 2016, le capital social des 1 243 entreprises publiques locales représentait un montant immobilisé de 4,3 Md€. Ces capitaux présentent la double caractéristique d'être à la fois rarement rémunérés sous forme de dividendes mais aussi composés d'actions peu liquides. En juin 2016, le capital social des 971 sociétés d'économie mixte locales recensées était détenu à 62 % par les collectivités et leurs groupements et à 38 % par d'autres actionnaires.

Pour les sociétés d'économie mixte locales, la mixité de l'actionnariat est très relative. Si les autres actionnaires peuvent effectivement être des actionnaires privés, on relève également d'autres personnes morales de droit public¹⁸, soit, en pratique, d'autres sociétés d'économie mixte locales, la Caisse des dépôts et consignations, les chambres consulaires ou bien les offices publics de l'habitat.

¹⁸ Article L. 1521-1 du CGCT.

Tous ces actionnaires relèvent donc de la sphère publique à raison de leur statut, de leur actionnariat ou encore de leur mode de financement. Ainsi, le premier actionnaire « privé » de la Semeco, société d'économie mixte de Bobigny, dont l'activité principale est le chauffage urbain est, avec 31 % du capital, une autre société d'économie mixte, Séquano Aménagement, dont l'activité principale est l'aménagement. Plusieurs bailleurs sociaux, dont l'office municipal de l'habitat, sont également actionnaires.

Au nombre des actionnaires « privés » de la société d'économie mixte d'aménagement de Peyragudes (Semap), dans les Hautes-Pyrénées, on relève une association de la loi de 1901 comptant parmi ses seuls cinq membres fondateurs à titre privé et principaux dirigeants, des agents ou anciens agents des collectivités et groupements actionnaires.

La mixité de l'actionnariat des sociétés d'économie mixte locales est d'autant plus incertaine que les actionnaires « privés » sont rarement conviés à assumer financièrement les conséquences financières des difficultés rencontrées par une entreprise publique locale, comme l'illustrent les difficultés de la société anonyme d'économie mixte locale du circuit Paul Armagnac, dans le Gers et de la société d'économie mixte Tahiti Nui Rava'ai (Sem TNR).

En juin 2016, le capital social des sociétés d'économie mixte locales était détenu à hauteur de 18 % par une institution financière publique, 10 % par une entreprise, 4 % par l'État et ses organismes publics, 1 % par un acteur du logement, 1 % par un organisme professionnel et consulaire, 0,2 % par une association et 4 % pour d'autres.

La cohérence et le bien-fondé des participations des actionnaires de la sphère publique devraient être mieux évalués.

Malgré le développement de l'intercommunalité depuis 1999, les communes demeurent les actionnaires de référence des sociétés d'économie mixte locales (36 %), devant les groupements, (27 %), les départements (20 %), les collectivités à statut spécial (10 %) et les régions (7 %). En revanche, les groupements de communes sont les principaux actionnaires des sociétés publiques locales, de création plus récente, à hauteur de 43 % contre 29 % pour les communes, 21 % pour les départements, 7 % pour les régions et 0,1 % pour les collectivités à statut spécial¹⁹.

Alors que depuis 2002, une disposition légale²⁰ permet d'organiser les évolutions de l'actionnariat des entreprises publiques locales pour tenir compte des transferts de compétences entre ses actionnaires, celle-ci, récemment modifiée, pose plusieurs difficultés.

Par dérogation au droit commun applicable en la matière, une commune, en cas d'un transfert de compétence peut demeurer actionnaire d'une société d'économie mixte locale, *« dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale à condition qu'elle [lui] cède (...) plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences »*²¹.

En 2014, la loi²² a notamment précisé que ce mécanisme n'intervient plus qu'en cas de transfert intégral d'une compétence et qu'il s'applique également aux groupements.

¹⁹ Données de 2015.

²⁰ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

²¹ Article L. 1521-1 du CGCT dans sa version antérieure à 2014.

²² Article 61 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

En 2015, l'article 133 (VII) de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République a retenu, pour les départements, après la suppression de la clause de compétence générale, un mécanisme similaire. Ainsi un département ayant une participation dans le capital d'une société d'économie mixte locale ou d'une société publique locale d'aménagement²³ sur le fondement de la clause de compétence générale doit céder dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la loi plus des deux tiers de ses actions à la collectivité territoriale ou au groupement qui détient la compétence.

En présence de compétences partagées et avec le développement des entreprises publiques locales multi-activités, le dispositif actuel contribue plus à figer l'actionnariat existant d'une entreprise publique locale qu'à assurer sa mise en cohérence avec les objectifs de la réforme territoriale. Il permet à des collectivités et des groupements de continuer à participer à la gestion d'une entreprise publique locale intervenant en dehors de leur champ de compétence.

Par ailleurs, il conduit à émietter l'actionnariat et il rend plus difficile la mise en œuvre des règles strictes de représentation des différentes catégories d'actionnaires et des collectivités et groupements au conseil d'administration au *pro rata* du capital détenu, dont peuvent s'affranchir sans sanction les acteurs locaux. En outre, il accentue les risques de création d'une assemblée spéciale « fantôme », jamais réunie, comme l'a montré le contrôle de la société Séquano Aménagement en Seine-Saint-Denis.

Enfin, cette dispersion de l'actionnariat accroît les risques de conflits d'intérêts, tels qu'ils sont définis par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Les acteurs locaux n'ont pas encore pris la pleine mesure de ces risques en présence de cumuls de mandats notamment et de multiplicité des niveaux d'actionnariat. Cette situation a pu être mise en évidence en examinant la composition respective du conseil d'administration de la Semardel et de ses principales filiales et du comité syndical du Siredom, à la fois premier actionnaire et premier client de la société.

Autre lacune, les dispositions relatives aux modalités de cessions d'actions en cas de transfert de compétences, trop peu contraignantes, font courir le risque d'une disparition de l'entreprise publique locale²⁴.

Depuis 2002, en effet, dans le silence de la loi, la cession d'actions relève du droit commun des sociétés commerciales et, par conséquent, d'un accord entre le vendeur et l'acheteur sur le prix. Il n'y a pas d'obligation pour l'organisme public, bénéficiaire d'un transfert de compétence de reprendre les dites-actions. Ainsi s'explique l'incohérence possible entre la composition des actionnaires et les collectivités ayant bénéficié des transferts de compétences réalisés, comme l'illustrent les exemples de la Semardel (Essonne) ou de la société d'économie mixte de la ville du Lamentin (Semavil) en Martinique.

Dans la continuité des principes définis en 1983, il conviendrait que le champ d'intervention des entreprises publiques locales, de leurs filiales et participations détenues directement ou indirectement ne dépassent pas les seules « compétences qui [...] sont reconnues par la loi », aux collectivités et groupements actionnaires et que leur intérêt à agir soit précisé.

²³ Les SPL ne sont pas visées expressément par le texte.

²⁴ Circulaire du 22 décembre 2015 relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales et circulaire du 26 janvier 2017, Instruction du Gouvernement relative à l'exercice du contrôle de légalité sur les actions territoriales en matière de développement économique et d'aides aux entreprises.

De même, la loi devrait conduire à ce que l'actionnariat de ces sociétés soit cohérent avec les compétences transférées. Si un actionnariat conjoint peut être souhaitable en cas de compétences partagées entre collectivités, il n'est pas cohérent qu'une collectivité ou un groupement puisse être actionnaire d'une entreprise publique locale dont l'objet social excède ses compétences²⁵. Dans le cas plus spécifique de la métropole du Grand Paris, ces principes doivent permettre de clarifier l'actionnariat des entreprises publiques locales d'aménagement et immobilières au regard du partage des compétences organisé par la loi.

En cas de transfert de compétences, un mécanisme automatique de transfert des actions valorisées au coût historique inscrit dans les comptes de la collectivité ou du groupement cédant pourrait être créé par la loi²⁶ au bénéfice du nouveau titulaire de la compétence. Ultérieurement, le cédant pourrait prétendre, en cas de vente des actions transférées, à une partie de la plus-value réalisée.

2. LES DISPOSITIFS DE CONTRÔLE DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES DOIVENT ÊTRE RÉNOVÉS

Si le code général des collectivités territoriales retient, en plus des dispositifs du code de commerce, un ensemble de mesures visant à assurer le contrôle des entreprises publiques locales, certaines lacunes, liées à leur développement récent, ont été mises en lumière.

2.1. Les rémunérations et avantages de toute nature devraient être mieux contrôlés

Depuis 1992²⁷, les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires sont compétentes pour fixer, par une délibération expresse et préalable, le montant maximal des rémunérations ou avantages particuliers que peuvent percevoir les élus qui les représentent au sein de la société et la nature des fonctions qui les justifient. Ces rémunérations sont soumises aux règles d'écèlement des indemnités que doivent respecter les élus. Il n'existe aucune statistique publique sur le montant moyen des rémunérations et autres avantages particuliers servis par les entreprises publiques locales.

En outre, dans le silence de la loi, les dispositions du code de commerce trouvent à s'appliquer. Toutefois, il ressort des contrôles effectués que des incertitudes persistent sur le champ et la nature des fonctions et des rémunérations entrant dans le champ de l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante, notamment pour la fonction de président-directeur général et l'octroi de jetons de présence. La question de leur écèlement se pose également par conséquent. Ainsi, au moment de son contrôle et alors que ces sommes étaient autorisées par la collectivité, le président du conseil d'administration de la société anonyme d'économie mixte d'aménagement, de rénovation et d'équipement de Levallois-Perret (Semarelp), dans les Hauts-de-Seine, pouvait bénéficier annuellement d'un montant maximal de 60 000 € de jetons de présence. Pour les deux vice-présidents de cette société et alors même que cette fonction n'est pas prévue par le code de commerce pour une société anonyme, le maximum annuel était de 24 000 €.

Par ailleurs, en l'état du droit, rien n'interdit à un élu d'être membre des instances de direction des filiales d'une société d'économie mixte locale dès lors notamment que tout risque d'incompatibilité et d'inéligibilité au sens du code électoral et de conflits d'intérêt dorénavant inscrit par la loi est écarté. Mais leurs rémunérations et les avantages de toute nature dans ces filiales ne font l'objet d'aucun encadrement par les collectivités et groupements

²⁵ Cf. dans ce sens, la jurisprudence exposée dans la circulaire du 26 janvier 2017 précitée.

²⁶ Sauf situation de moins-value non constatée dans les comptes du cédant.

²⁷ Loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République.

actionnaires de la société d'économie mixte locale. De surcroît, ces rémunérations dans les filiales ne sont pas écrêtées comme le sont les rémunérations reçues au sein de la société d'économie mixte locale.

Or la création de multiples filiales ne saurait avoir pour objet et finalité de permettre à ses dirigeants de multiplier leurs sources de revenus²⁸.

Ainsi, les règles de gouvernance de la Semardel, non approuvées par les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires de la société, retiennent une présence systématique des élus dans les filiales et sous filiales qu'ils président de droit, sauf exception. À la fin 2014, les rémunérations annuelles reçues par un nombre restreint d'élus étaient comprises entre 24 000 € brut et 53 000 € brut, hors jetons de présence, selon le nombre de filiales et sous filiales qu'ils présidaient sans aucun contrôle des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires. Aucune des filiales et sous filiales créées depuis 2010 n'avait par ailleurs été autorisée par les collectivités et groupements représentés au conseil d'administration de la Semardel. Accessoirement, la gouvernance mise en place par la Semardel permet au travers d'un autocontrôle de son capital par ses filiales à d'anciens élus de continuer de siéger au sein de son conseil d'administration et le cas échéant présider la société d'économie mixte sans non seulement disposer d'aucun mandat électoral local pour ce faire mais ni même disposer d'une seule action à titre privé.

Enfin, les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires ne disposent pas d'informations spécifiques sur les salaires, primes et autres avantages octroyés aux mandataires sociaux d'une entreprise publique locale et de ses filiales directes ou indirectes. Il n'existe au demeurant aucune donnée statistique publique sur ce sujet.

Ainsi l'ancien 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. Cette situation est à rapprocher des évolutions législatives récentes tendant à renforcer le poids des actionnaires dans le contrôle des rémunérations des mandataires des sociétés cotées (mécanismes permettant aux actionnaires de se prononcer sur la rémunération des dirigeants ou *say on pay*). En outre, le montant de cette forte rémunération est à rapprocher de la politique salariale en vigueur dans le secteur public national²⁹. De surcroît, à l'heure actuelle, faute de disposition législative spécifique suite à une décision du Conseil constitutionnel³⁰, les déclarations d'intérêts des dirigeants d'une entreprise publique transmises à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ne sont pas rendues publiques.

Sur tous ces sujets, des dispositifs plus transparents doivent être mis en place.

En effet, il peut aujourd'hui paraître surprenant qu'une assemblée délibérante élue d'une collectivité ou d'un groupement actionnaire d'une entreprise publique locale dispose en matière de rémunération de ses dirigeants de moins d'information qu'un épargnant individuel ou qu'un fonds de pension étranger concernant la rémunération des dirigeants d'un groupe privé coté à la bourse de Paris dont ils sont actionnaires.

²⁸ Circulaire n° 2003-02 G3/12-02-2003 - Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixtes locales - Orientation de politiques pénales.

²⁹ Décret n° 2012-915 du 26 juillet 2012 relatif au contrôle de l'État sur les rémunérations des dirigeants d'entreprises publiques.

³⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 2013-676 DC en date du 9 octobre 2013.

2.2. Le rôle des commissaires aux comptes devraient être renforcé

Les collectivités et groupements actionnaires disposent de l'ensemble des droits conférés aux actionnaires habituels d'une société anonyme pour contrôler leurs entreprises publiques locales.

En raison de la nature particulière de leurs actionnaires publics locaux, les entreprises publiques locales et, dans une moindre mesure leurs filiales, sont soumises à des contrôles spécifiques visant à prévenir les risques financiers. Un certain nombre de décisions de leurs représentants au sein de l'entreprise publique ne peuvent être prises sans l'autorisation préalable de leurs assemblées délibérantes. Ces assemblées doivent être destinataires chaque année d'un rapport, dit « du mandataire », pour les éclairer sur la situation de l'entreprise. Dans les faits, cette disposition est appliquée de manière très variable.

Les juridictions financières, et particulièrement la Cour de discipline budgétaire et financière, n'ont pas compétence pour sanctionner les administrateurs mandataires des collectivités et groupements actionnaires, au regard de la nature de leur mandat. Seuls peuvent être sanctionnés les élus agissant en dehors de leurs fonctions ou dans des fonctions qui ne sont pas l'accessoire obligé de leur fonction principale. Les juridictions financières ne peuvent pas non plus sanctionner le défaut de contrôle des collectivités et groupements actionnaires sur ces entreprises publiques locales alors mêmes que ce défaut de contrôle est souvent relevé.

Depuis 1983 et la suppression du commissaire du gouvernement, le préfet demeure destinataire des délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et des assemblées générales des entreprises publiques locales (mais pas de leurs filiales directes ou indirectes). Le représentant de l'État peut également saisir la chambre régionale des comptes en cas de risque financier pour les collectivités et leurs groupements actionnaires. Enfin, dans les conditions du droit commun, une chambre régionale des comptes peut contrôler une entreprise publique locale ainsi que ses filiales directes ou indirectes.

À l'occasion des contrôles exercés par les chambres régionales des comptes, les commissaires aux comptes de ces sociétés sont déliés de leur secret professionnel dans les conditions de droit commun.

En revanche, ils n'ont aucune obligation d'information particulière dans le cadre de leur mission de certification des comptes à l'égard du préfet comme des chambres régionales des comptes s'ils détectent des irrégularités entrant dans le champ des dispositions spécifiques applicables à ces entreprises prévues par le code général des collectivités territoriales ou à l'occasion de leurs diligences en matière de contrôle des rémunérations des dirigeants ou des conventions réglementées.

Pourtant ce dernier dispositif, dont les juridictions financières relèvent une mise en œuvre variable, permettrait de s'assurer que les relations entre une entreprise publique locale et ses actionnaires publics s'inscrivent dans le cadre d'opérations courantes conclues à des conditions normales. Dans cette perspective, un rapport annuel spécial du commissaire aux comptes sur l'ensemble des conventions et contrats de toute nature et leurs dispositions financières liant une entreprise publique locale à ses actionnaires pourrait être institué. Ce rapport concernerait également les filiales directes et indirectes d'une entreprise publique locale.

Les commissaires aux comptes n'ont pas d'obligations, non plus, à l'égard des mêmes autorités lorsqu'ils mettent en œuvre une procédure d'alerte sur les comptes d'une entreprise publique locale ou de l'une de ses filiales directes ou indirectes.

Ils ne sont pas non plus justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière pour les diligences intéressant les juridictions financières dans le cadre des missions qui leurs sont dévolues par la loi.

*
* * *

En conclusion, plus de trente années après la loi de 1983, le cadre légal des entreprises publiques locales ne paraît plus adapté au développement de ce secteur.

Les mécanismes actuels de contrôle, de transparence et d'évaluation de leur contribution à l'action publique territoriale ne paraissent plus adaptés. Ils ne permettent plus de s'assurer que la création, la pérennisation et le développement des entreprises publiques locales répondent à des objectifs d'efficacité et d'efficience. Ils ne donnent plus la garantie qu'ils préservent les intérêts des contribuables et des usagers des services publics locaux et qu'ils assurent aux citoyens une participation transparente des élus à leur gestion.

Au regard de ces constats et de ces objectifs, la Cour formule les six recommandations suivantes :

- **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 fondées 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.

Je vous serais obligé de me faire connaître, dans le délai de deux mois prévu à l'article L. 143-4 du code des juridictions financières, la réponse que vous aurez donnée à la présente communication³¹.

Je vous rappelle qu'en application des dispositions du même code :

- deux mois après son envoi, le présent référé sera transmis aux commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat. Il sera accompagné de votre réponse - sous votre signature personnelle exclusivement - si elle est parvenue à la Cour dans ce délai ; à défaut, votre réponse leur sera transmise dès réception par la Cour (article L. 143-4) ;
- dans le respect des secrets protégés par la loi, la Cour pourra mettre en ligne sur son site internet le présent référé, accompagné de votre réponse (article L. 143-1).
- l'article L. 143-9 prévoit que, en tant que destinataire du présent référé, vous fournissiez à la Cour un compte rendu des suites données à ses observations, en vue de leur présentation dans son rapport public annuel. Ce compte rendu doit être adressé à la Cour selon les modalités de la procédure de suivi annuel coordonné convenue entre elle et votre administration.

Signé le Premier président

Didier Migaud

³¹ La Cour vous remercie de lui faire parvenir votre réponse, sous forme dématérialisée, via *Correspondance JF* (<https://correspondancejf.ccomptes.fr/linshare/>) à l'adresse électronique suivante : greffepresidence@ccomptes.fr (cf. arrêté du 8 septembre 2015 portant application du décret n° 2015-146 du 10 février 2015 relatif à la dématérialisation des échanges avec les juridictions financières).