

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

**DIRECTION
DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES**
SOUS-DIRECTION DE LA JUSTICE PÉNALE SPÉCIALISÉE
Bureau du droit économique et financier

Paris, le 12 février 2003

Circulaire ☒

Date d'application : immédiate

**Le Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice**

à

- POUR ATTRIBUTION -

- Mesdames et Messieurs les Procureurs Généraux
près les cours d'appel

- Mesdames et Messieurs les Procureurs de la République
près les tribunaux supérieurs d'appel

- POUR INFORMATION -

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation

Monsieur le Procureur Général près la Cour de Cassation

Mesdames et Messieurs les Premiers Présidents de Cours d'appel

N° NOR : JUS-D-03-3002SC

N° Circulaire : CRIM-03-2/G3-12-02-03

Références : SDJPS. 02-DP-81

Mots clés : Sociétés d'économie mixtes locales - Statut de l'élu administrateur - Infractions pénales.

Titre détaillé : Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixtes locales - Orientation de politiques pénales.

Publiée : Bulletin Officiel ; INTRANET DACG.

Annexe : Circulaire du ministre délégué aux libertés locales, en date du 20 novembre 2002, relative au régime juridique des sociétés d'économie mixtes locales (SEML).

Modalités de diffusion

- diffusion aux procureurs généraux, et, par l'intermédiaire de ceux-ci, aux magistrats du parquet et du siège.

Instrument essentiel d'intervention des collectivités locales, les sociétés d'économie mixte locales (SEML) sont régies par la loi n°83-597 du 7 juillet 1983, codifiée aux articles L.1521-1 à L. 1525-3 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT), qui soumet ces sociétés au droit commun des sociétés anonymes tout en assurant aux collectivités locales actionnaires, par des dispositions dérogatoires, un contrôle effectif sur ces dernières.

La loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales a notamment pour objet de renforcer le contrôle des collectivités locales actionnaires sur ces sociétés et sur leurs opérations.

Par ailleurs, elle libéralise le financement des SEML par les collectivités territoriales actionnaires, en portant à 85 % (au lieu de 80 %) le seuil de participation maximale de ces dernières au capital social, en leur permettant, sous certaines conditions, de verser des avances en compte courant d'associés, et en les autorisant à attribuer différents concours financiers (avances et subventions pour des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises, avances aux opérations d'aménagement).

En outre, la loi clarifie, au plan administratif, le statut de l'élu mandataire de sa collectivité locale.

Ces dernières années, divers signalements de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes, ont mis en évidence que la gestion de certaines SEML pouvait être l'occasion de la commission d'infractions mettant gravement en cause l'impartialité de la gestion publique.

Le cadre juridique de la société d'économie mixte, dont le principe n'est évidemment pas mis en cause, a pu être détourné par certains élus pour s'affranchir des règles relatives à la gestion des deniers publics, et opacifier la gestion des collectivités locales actionnaires.

Des errements ont été ainsi relevés et sanctionnés par les juridictions judiciaires et financières.

Afin de mieux appréhender la nature particulière de ce contentieux, la présente circulaire a pour objet de présenter les nouvelles dispositions relatives au statut de l'élu mandataire de sa collectivité locale, dès lors qu'elles sont susceptibles d'influer sur le contentieux pénal (I), de recenser les principales infractions susceptibles d'être commises dans le cadre des SEML, à la lumière de l'expérience acquise par les juridictions (II) et enfin de définir les grandes lignes d'une politique pénale adaptée (III).

I.- Le statut de l'élu mandataire de sa collectivité locale au sein d'une SEML

Tenue de revêtir la forme de société anonyme (art.L1522-1 du CGCT), la SEML peut adopter une structure de type moniste, avec ou non dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (nouvel art.L.225-51-1 du code de commerce) ou de type dualiste, avec directoire et conseil de surveillance. Le choix des structures résulte des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire.

.../...

Par dérogation aux règles du droit commun, et afin d'assurer aux collectivités territoriales et à leur groupement un contrôle effectif de la société, chaque collectivité ou groupement de collectivités territoriales actionnaires doit avoir au moins un représentant au conseil d'administration ou de surveillance de la société. De même, les administrateurs, représentant des collectivités au sein des conseils d'administration ou de surveillance des SEML sont obligatoirement des élus locaux désignés par l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement qu'ils représentent, et non par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires (art.L 1524-5 al 1 et 3 du CGCT).

Les représentants des collectivités au sein des SEML sont dans une situation potentiellement génératrice de conflit d'intérêts.

En effet, en tant que mandataires de la collectivité, ils doivent défendre exclusivement les intérêts de celle-ci alors qu'en tant qu'administrateurs de la SEML, entité juridique distincte de la collectivité, ils peuvent être amenés à poursuivre des objectifs contraires à ceux de la collectivité ou tout au moins différents.

Cette situation de divergence des intérêts se heurte à plusieurs dispositions de droit positif dont le but est d'éviter ce type de situations, dont la plus importante est évidemment l'incrimination de prise illégale d'intérêts (cf. infra).

Afin de sécuriser les élus, l'article 5 de la loi du 2 janvier 2002 précise les fonctions susceptibles d'être exercées par ces derniers au sein des organes dirigeants de la SEML sans risque d'inéligibilité ou d'incompatibilité avec leur mandat local (1), les conditions légales de leur rémunération (2), et prohibe leur participation à certaines décisions des organes délibérants (3).

1.1 : la définition des fonctions de mandataires locaux au regard des fonctions d'entrepreneurs locaux

Le code électoral, en ses articles L.207, L.231 et L.343, prohibe sous peine d'inéligibilité ou d'incompatibilité, le cumul de la qualité d'entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux avec respectivement les mandats de conseiller général, départemental ou régional.

La qualité d'entrepreneurs de services résulte de la participation à titre privé, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un groupement dans lequel l'intéressé joue un rôle prépondérant, à un service public sous le contrôle de la collectivité et donnant lieu à des rapports permanents avec elle.

.../...

Par dérogation, et afin de prendre en compte la double appartenance du mandataire à une collectivité locale et à une société de droit privé, le cinquième alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT prévoyait que *“les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leur groupement au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L.207, L.231 et L.343 du code électoral”*.

Consacrant partiellement l'interprétation jurisprudentielle stricte de cette disposition, l'article 5 de la loi modifie la rédaction de cette disposition afin de préciser clairement que :

- seules les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une SEML (art. L. 225-51-1 du code de commerce) bénéficient des dérogations aux incompatibilités et inéligibilités touchant les entrepreneurs de services locaux ;

- l'exercice par les élus mandataires d'autres fonctions au sein d'une SEML que celles précédemment énumérées est strictement exclu, et notamment le cumul des fonctions de mandataire avec la fonction de membre ou de président du directoire et, de manière générale, avec l'exercice de toute fonction salariée, permanente ou non.

1.2 : la rémunération des mandataires

L'article L.1524-5 modifié du CGCT confirme le droit, déjà inscrit dans la loi, pour certains élus mandataires de leur collectivité de percevoir, en raison des fonctions exercées au sein de la SEML, une rémunération ou des avantages particuliers à 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 ainsi perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.

Ce droit est strictement limité aux mandataires visés à l'alinéa 5 de l'article L. 1524-5, soit aux élus exerçant les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une SEML.

Il convient de noter que les débats parlementaires ont permis de préciser la notion *“ d'avantages particuliers ”* qui doit se comprendre largement comme incluant les moyens de travail (véhicule de fonction notamment) mis à la disposition de l' élu par la SEML.

Tout comme par le passé, le montant total des rémunérations et indemnités de fonction perçues, pour l'ensemble de leurs fonctions, par les élus locaux siégeant dans une société d'économie mixte est plafonné ; en cas de dépassement du plafond, ces rémunérations doivent être écrêtées (art.L. 2123-20, L.3123-18, L.4135-18 et L. 5211-12 du CGCT).

.../...

1.3 : la participation des mandataires aux décisions des organes délibérants

L'article 5 de la loi intègre à l'article L.1524-5 du CGCT deux alinéas 11 et 12 dont l'objet est d'encadrer le rôle de l'élu mandataire dans les relations entre la collectivité territoriale et la société d'économie mixte.

L'alinéa 11 introduit une dérogation à l'article L. 2131-11 du CGCT en vertu duquel sont considérées comme illégales les délibérations des collectivités locales auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres de l'assemblée délibérante intéressés à l'affaire, à titre personnel ou comme mandataires.

Le nouvel alinéa 11 de l'article 1524-5 précité prévoit en effet que *"les élus locaux mandataires de leurs collectivités locales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des SEML et exerçant les fonctions de membre ou président du conseil d'administration, de président directeur général, ou de membre ou de président du conseil de surveillance ne sont pas considérés comme intéressés au sens de l'article L.2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la SEML"*.

En second lieu, le nouvel alinéa 12 de l'article L. 1524-5 prohibe expressément à ces mandataires de participer aux commissions d'appels d'offres ou aux commissions d'attribution de délégation de service public de la collectivité locale ou du groupement lorsque la SEML est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

II.- Les principales infractions

En raison même de la nature juridique des SEML, société anonyme à capital majoritairement public, les infractions pénales susceptibles d'être commises en leur sein peuvent porter atteinte à l'ordre public économique (1) ou à la probité publique (2).

2.1 : Infractions portant atteinte à l'ordre public économique

De façon constante, la Cour de cassation juge que *"les administrateurs des SEML ... sont soumis, quant à leur responsabilité pénale éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes"* (16 février 1971, Bull. n°53).

Ils peuvent donc se rendre coupables de l'ensemble des infractions susceptibles d'être commises dans une société anonyme, ainsi que des infractions de droit commun. Ne seront toutefois abordées que les principales de ces qualifications, et notamment celles ayant donné lieu en pratique à des constatations ou à des condamnations.

.../...

2.1.1 : l'abus des biens ou du crédit (art.L242-6 et L.242-30 du code de commerce)

Cette qualification pénale est, avec la prise illégale d'intérêts, celle la plus souvent relevée à l'occasion de la constatation d'anomalies dans la gestion des SEML.

La caractérisation d'un abus de bien social au sein d'une SEML répond au droit commun de cette infraction, à savoir la preuve d'un élément matériel : un usage des biens contraire à l'intérêt social, et un élément moral qui se dédouble en un dol général : la preuve de la mauvaise foi, et en un dol spécial : la poursuite d'un intérêt personnel.

A titre d'exemples, ont pu ainsi être jugés constitutifs d'abus de biens sociaux dans des SEML les faits suivants marqués, soit par un enrichissement personnel des mandataires, soit par un détournement des actifs de la SEML au bénéfice de structures ou de personnes liées au mandataire:

- prise en charge par la SEM de dépenses purement personnelles au dirigeant;
- versement de rémunérations indues, de façon transparente ou occulte ; ou dont le montant est manifestement excessif au regard de la situation financière de la SEML ;
- octroi de prêts consentis par une SEM à l'un de ses dirigeants soit en dehors de l'activité normale de la SEML soit à des conditions préférentielles;
- réalisation d'opérations immobilières désastreuses par une SEM immobilière aux seules fins de procurer des ressources à un bureau d'études géré par un des dirigeants de la SEML ;
- reprise par une SEML de sociétés privées lourdement déficitaires dirigées par un des responsables de la SEML et comblement du passif de ces entreprises, pour éviter à cette personne la mise en cause de sa responsabilité en raison de sa mauvaise gestion ;
- création de multiples filiales commerciales de la SEML, dans le but de permettre aux dirigeants de la SEML de s'octroyer des salaires et de toucher des jetons de présence et des dividendes dans le cadre de ces filiales ;
- rémunération par la SEML de collaborateurs politiques du dirigeant de la SEML ;
- rémunération par la SEML de personnes n'ayant aucune activité au sein de celle-ci mais au sein d'organismes dépendant de la collectivité publique actionnaire de la SEML ;
- financement par une SEML, en dehors de son objet social, d'un club sportif ou d'une association liés à la collectivité locale actionnaire de la SEM.

2.1.2 : infractions relatives à la tenue des comptes et au capital social

Les infractions prévues et réprimées par les articles L 241-1 et suivants du code de commerce relatives aux dispositions pénales du droit des sociétés peuvent également être commises à l'occasion de la gestion des SEML. Il s'agit tout particulièrement de la publication ou la présentation aux actionnaires des comptes sociaux ne donnant pas une image fidèle de la situation de la SEML pour masquer la situation financière exacte de la société(art.L.242-6 2° du code de commerce).

.../...

2.2 : Infractions portant atteinte à la probité publique

2.2.1 : le délit d'octroi d'avantage injustifié (ou favoritisme) ¹

Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, peut être poursuivie du chef de favoritisme toute "*personne exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent...d'une société d'économie mixte locale* " ainsi que "*toute personne agissant pour le compte de l'une de ces dernières* », à savoir essentiellement les maîtres d'ouvrage délégués et les maîtres d'œuvre.

En principe, les contrats passés par une SEML, personne morale de droit privé, ne sont pas soumis au code des marchés publics (art.2 du code des marchés publics). Néanmoins, dans les hypothèses suivantes, le législateur a soumis la passation de ces contrats soit au code des marchés publics, soit à des obligations de mise en concurrence et de publicité :

- les contrats passés pour la réalisation d'ouvrages publics par une SEML, agissant en qualité de mandataire d'une collectivité locale ou d'une autre personne publique elle-même soumise au code des marchés publics, sont soumis au code des marchés publics en vertu de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite loi MOP ;
- les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus, pour l'exécution ou les besoins du service public, par les SEML, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis au code des marchés publics dans des conditions fixées par le décret n°93-584 du 26 mars 1993 ;
- les contrats passés par des SEML pour des travaux dont le montant est supérieur à 4 985 082,86 euros ou pour des marchés de fourniture ou de services d'un montant supérieur à 198 183,72 euros sont soumis pour leur passation à des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le décret n°92-311 du 31 mars 1993, pris en application de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 ;
- les contrats conclus par les SEML exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux sont soumis, en application de l'article L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation, au code des marchés publics.

Il convient de noter que si l'article 9 de la loi du 2 janvier 2002 a inscrit dans la loi la possibilité pour une entreprise de se porter candidate à un appel d'offres lancé par une société d'économie mixte dont elle est actionnaire, cette disposition, dont l'objet est d'éviter des remises en cause a priori lors du contrôle de légalité, ne saurait interdire au juge pénal de rechercher l'existence d'un éventuel délit de favoritisme (cf les travaux parlementaires et notamment le rapport de la Commission des lois du Sénat n°6 p.42).

¹ v. Ministère de la Justice, "*Politique criminelle et marchés publics*", février 1996, et "*Premier bilan d'application du délit de favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public*", juillet 1998 - Circulaire du 4 mars 2002 relative au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.

Enfin, dès lors que les marchés ou les conventions de délégation de service public passés entre une SEML et une collectivité locale sont soumis respectivement au code des marchés publics ou aux obligations résultant de la loi du 29 janvier 1993, un dirigeant de SEML peut voir sa responsabilité pénale engagée du chef de recel de favoritisme.

2.2.2 :la prise illégale d'intérêts

Compte tenu de la nature même des SEML, le délit de prise illégale d'intérêts peut se trouver caractérisé dans deux situations bien différentes, selon que l'on se place du côté des relations entre la collectivité, son élu et la SEML ou du côté des relations de la SEML avec ses propres co-contractants.

Relations entre la SEML et ses propres co-contractants

Dans les hypothèses où une SEML gère un service public, le président ou le directeur d'une SEML peut être considéré comme une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-12 du code pénal.

Il peut donc encourir des poursuites pénales de ce chef si, dans le cadre des relations contractuelles entre la SEML et des personnes ou entreprises privées, il prend un intérêt personnel.

A cet égard, il convient de rappeler que la Cour de cassation retient une conception très large de l'intérêt susceptible de caractériser le délit ; celui-ci pouvant être constitué par "*la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect*" (Cass.crim 5 novembre 1998, Bull n°289).

Tel serait par exemple le cas si des marchés étaient passés par la SEML avec une société dans laquelle l'élu ou des membres de la famille de l'élu avaient des intérêts (cf notamment en dernier lieu Cass.crim 7 novembre 2001 Lafleur Henri et autres).

Difficultés posées par la rémunération de l'élu

Sans préjudice d'éventuelles poursuites du chef d'abus de biens sociaux, dans l'hypothèse de rémunérations indues ou manifestement excessives au regard de la situation financière de la SEML (cf 2.1.1), le fait pour un élu, en raison des fonctions exercées au sein d'une SEML, de percevoir une rémunération, quelle qu'en soit son montant, est a priori constitutif d'une situation génératrice de conflit d'intérêts.

Dans deux arrêts du 6 août 1996 (Cass. crim. 6 août 1996, Bull n°305) et du 2 juin 1999 (Bull n°118), la Cour de cassation a néanmoins jugé que l'article L.1524-5 alinéa 6 du CGCT permettant à certains élus mandataires de leur collectivité de percevoir une rémunération ou des avantages particuliers, à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés, faisait obstacle à toute poursuite pénale du chef de prise illégale d'intérêts.

Les dispositions de l'article L.1524-5 alinéa 6 ne valent toutefois au bénéfice de l'élu qu'à la triple condition qu'il ait la qualité de mandataire de la collectivité, qu'il exerce les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou de surveillance de la SEML, ou de président assurant les fonctions de directeur général et que sa rémunération ait été autorisée par une délibération de la collectivité.

La Cour de cassation a ainsi jugé que l'approbation des comptes de la SEML par la collectivité locale actionnaire, au demeurant postérieure aux délibérations de la SEML, ne saurait couvrir l'absence d'autorisation expresse de la collectivité fixant le montant maximum de la rémunération et des avantages particuliers de son représentant (Cass.crim 4 avril 2001 Lourec Didier et autres).

Le délit pourrait de même être constitué si l'élu percevait une rémunération ou un avantage qui excède les limites fixées par l'autorisation de la collectivité ou s'il exerçait des fonctions rémunérées au sein de la SEML sans être mandataire de la collectivité tout en étant investi d'un pouvoir de surveillance sur la SEML au titre de ses fonctions municipales.

Un élu qui, quoique mandataire de la collectivité, serait membre du directoire, et non du conseil de surveillance, d'une SEML à structure dualiste, pourrait lui aussi être poursuivi pénalement, sans préjudice de l'inéligibilité encourue en tant qu'entrepreneur de services du fait des dispositions de l'alinéa 5 du même article L. 1524-5.

Participation aux délibérations de la collectivité de l'élu mandaté au sein d'une SEML

En ce qui concerne la participation d'un élu aux délibérations de la collectivité relative à ses relations avec la SEML, deux cas doivent être envisagés selon que la délibération porte sur la situation de l'élu au sein de la SEML ou sur les relations entre la collectivité et la SEML. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, un simple pouvoir de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres vaut surveillance au sens de l'article 432-12 du code pénal, au même titre que la participation à la délibération elle-même (Cass.crim 14 juin 2000, Bull n°221).

a - La délibération porte sur la situation de l'élu au sein de la SEML

Il peut être considéré qu'un élu commet le délit de prise illégale d'intérêts s'il participe à la préparation de la délibération ou à la délibération elle-même qui le désigne comme représentant de sa collectivité au sein de la SEML ou autorise sa rémunération ou lui octroie des avantages particuliers sur le fondement de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, et en fixe le montant (cf notamment Cass.crim 8 juin 1999).

.../...

b - La délibération porte sur les relations entre la collectivité et la SEML

Il va de soi que l'on ne saurait interdire au président, aux administrateurs, au directeur général d'une SEML d'établir des relations d'affaires entre la SEML et la collectivité territoriale puisque cela est en quelque sorte inhérent à la mise en place d'une telle structure juridique.

Dès lors, la question se pose de la légalité, au regard du délit de prise illégale d'intérêts, de la participation d'un élu aux délibérations, ou à la préparation de ces décisions, concernant la gestion de la SEML ou des conventions passées entre la collectivité territoriale et la SEML.

En effet, comme il a été vu précédemment (cf I) , la situation de l'élu mandataire de sa collectivité peut générer un double conflit d'intérêts tenant, d'une part, dans le fait que la personne en cause dispose à la fois de la qualité d'élu d'une collectivité et d'administrateur d'une société qui peuvent avoir des intérêts divergents et, d'autre part, dans le fait qu'en tant qu'administrateur de la société, cette même personne peut avoir des intérêts divergents de ceux de la commune à la décision de laquelle il participe (ainsi, le directeur général d'une SEML pourrait avoir un intérêt personnel et patrimonial à assurer la continuité de l'activité de cette société dont dépend la perception de sa rémunération).

De ce point de vue, le fait de l'autoriser à délibérer ou à participer aux travaux, au sein de la collectivité, sur les relations d'affaires entre la SEML et la collectivité reviendrait à lui offrir la possibilité de favoriser la SEML, ce qu'il peut avoir intérêt à faire. Il serait objectivement placé en situation de faire prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt général et donc en situation d'en être soupçonné, deux situations que l'existence du délit de prise illégale d'intérêts a précisément pour objet d'éviter.

En l'absence de jurisprudence explicite sur ce point de la Cour de cassation, et sous réserve de son appréciation souveraine, les éléments de réponse suivants peuvent néanmoins être proposés:

En premier lieu, en raison de l'autonomie du droit pénal, le fait de ne pas être considéré comme entrepreneur municipal au titre des missions exercées dans la SEML et en conséquence de ne pas être frappé d'inéligibilité, ou de ne pas être intéressé au sens de l'alinéa 7 de l'article L.1524-5 du CGCT ne saurait être interprété comme excluant toute poursuite du chef de prise illégale d'intérêts.

Ces dispositions n'empêchent en effet aucunement d'être placé en situation de conflit d'intérêts et de commettre le délit, ne serait-ce qu'en raison de la conception large retenue par la Cour de cassation sur l'intérêt susceptible d'être pris en compte.

En outre, tel ne semble pas le sens des nouvelles dispositions insérées à l'article L. 1524-5 du CGCT dont les travaux parlementaires précisent qu'elles tendent "*à inverser la logique actuelle, en passant d'une interdiction de principe à la présomption que les élus mandataires ne seront pas intéressés à l'affaire lorsqu'ils délibéreront sur les relations entre la SEML et la collectivité*" (cf notamment rapport de la Commission des lois du Sénat n°6).

.../...

En second lieu, il convient d'observer que dans la décision précitée du 2 juin 1999 (Bull n° 118), la Cour de cassation a cassé un arrêt ayant condamné un conseiller général et maire d'une commune qui, en tant que président d'un syndicat intercommunal, avait fait prendre à celui-ci des décisions favorables à une société d'économie mixte dont il était président du conseil d'administration, au sein duquel il représentait la commune, et qui lui versait des indemnités.

La Cour de cassation a estimé que la juridiction du fond aurait dû examiner les faits poursuivis au regard de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, ce qui pourrait signifier que si la rémunération avait été autorisée dans les conditions légales, le délit aurait pu alors ne pas être constitué.

Aussi pourrait-on considérer que l'élu ne commet pas de délit dès lors qu'il participe aux délibérations de la collectivité concernant les relations entre cette collectivité et la SEML dans la mesure où il n'y prend pas d'autre intérêt personnel que celui qui résulte de l'autorisation de la collectivité accordée dans le cadre des conditions légales fixées par l'article L. 1524-5 alinéa 6 du CGCT.

A contrario, la participation d'un élu, mandataire de sa collectivité au sein d'un organe dirigeant d'une SEML, aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attributions de délégation de service public de sa collectivité, en violation des dispositions du nouvel alinéa 7 dudit article, peut être interprétée comme caractérisant l'élément intentionnel du délit.

III.- Les grandes lignes d'une politique pénale adaptée

Les modalités de signalement aux parquets des affaires mettant en cause la gestion des sociétés d'économie mixte revêtent une importance primordiale, dans la mesure où il n'entre pas dans les attributions de l'institution judiciaire de contrôler ces sociétés et où il s'avère que la justice est rarement saisie par un contribuable local, autorisé à se substituer à la collectivité défaillante par le tribunal administratif (L. 2132-5, L.3133-1 et L. 4143-1 du CGCT) ou sur plainte d'un organisme prêteur, d'une collectivité locale, ou d'une personne privée actionnaire de la SEML.

La mise en œuvre de poursuites (2) nécessite donc une parfaite identification des partenaires de l'institution judiciaire (1).

3.1 : Les partenaires de l'institution judiciaire

3.1.1 : les juridictions financières

Les chambres régionales des comptes sont à l'origine de la majorité des signalements, soit à la faveur du contrôle de la SEML elle-même, soit également à la faveur de celui des collectivités actionnaires de la SEML. Dans leur mission de contrôle, les juridictions financières observent avant tout les conditions dans lesquelles les fonds publics risquent de se trouver engagés à raison des risques auxquels les exposent les actes de gestion des SEML.

Si la procédure financière, qui peut déboucher sur une déclaration de gestion de fait, n'a pas pour but de substituer les juridictions financières au juge pénal qui reste seul compétent pour sanctionner les délits, il est néanmoins tout à fait essentiel qu'un partenariat étroit s'instaure avec les chambres régionales des comptes, dans l'esprit des circulaires des 25 juin 1996 et 27 novembre 1997.

Notamment, il appartient au parquet de veiller, en application des articles L. 140-1-1 et L.241-2-1 du code des juridictions financières, à informer scrupuleusement la Cour des comptes ou la chambre régionale des comptes compétente de toutes anomalies affectant la gestion d'une SEML, susceptibles de lui être utiles dans l'exercice de sa mission et révélées lors des audiences du tribunal de commerce ou par une plainte.

3.1.2.: les tribunaux de commerce, les mandataires judiciaires et les commissaires aux comptes

Les SEM étant, sous certaines réserves, soumises aux procédures collectives, la présence du parquet aux audiences du tribunal de commerce relatives à la gestion des SEML revêt une importance toute particulière.

Il convient, si nécessaire, de rappeler aux mandataires de justice désignés dans ces procédures et aux commissaires aux comptes des SEML qu'ils doivent signaler sans délai au parquet les présomptions d'infractions qu'ils ont pu relever dans l'exercice de leurs missions.

Le partenariat instauré avec les mandataires de justice par la présence du parquet au tribunal de commerce et l'organisation, dans la plupart des ressorts, de réunions de travail avec les commissaires aux comptes, doivent permettre une sensibilisation de ces professionnels.

3.1.3 : les administrations

L'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale est le cadre légal général des signalements des administrations aux parquets, il doit trouver à s'appliquer quant à la gestion des SEML car de nombreux services de l'Etat ont, à un titre ou à un autre, à connaître de l'activité des SEML, qu'il s'agisse des préfets, destinataires de nombreux actes de gestion des SEML, au titre du contrôle de légalité (art.L. 1524-1 et 1524-3 du CGCT) ou du contrôle financier (art.L.1524-2 du CGCT), des trésoriers payeurs généraux en raison des relations financières entre les collectivités actionnaires et les SEML, ou encore des services fiscaux.

Il est donc nécessaire, là encore, de rappeler à ces partenaires leurs obligations en ce domaine, et de les tenir strictement informés de la politique pénale suivie par le parquet et des suites réservées aux transmissions effectuées.

.../...

3.2 : La mise en œuvre des poursuites

Les SEML apportent une contribution importante au développement local. Il convient donc, en cette matière comme en toute autre, de mener une politique pénale adaptée en exerçant l'action publique avec fermeté lorsque les faits commis traduisent une malhonnêteté caractérisée, un mépris des règles de droit, ou jettent le discrédit sur l'impartialité de l'administration, et en faisant preuve de discernement lorsqu'ils s'expliquent par une mauvaise interprétation de la règle de droit qui peut s'avérer complexe.

A cet égard, l'ensemble des infractions susceptibles d'être commises, qu'elles relèvent du droit pénal des affaires ou du droit pénal des atteintes à l'administration publique, peuvent recouvrir des faits de gravité inégale.

Il appartient dans ces hypothèses aux procureurs de la République de distinguer l'infraction purement formelle de l'infraction présentant une certaine gravité, en ayant présent à l'esprit le fait que certains délits sont de véritables délits obstacle et que des infractions apparemment formelles peuvent en réalité dissimuler d'autres délits.

L'exemple du favoritisme dans la dévolution des marchés publics est à cet égard instructif : la violation d'une disposition en apparence anodine du code des marchés publics peut conduire à mettre en place des ententes ou un système népotique.

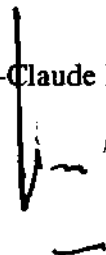
En revanche, la complexité de la réglementation applicable, par exemple en ce qui concerne la participation aux délibérations de la collectivité de l'élu mandaté au sein d'une SEM, ne peuvent être analysées qu'avec circonspection, ce qui ne saurait, par principe, bien évidemment, exclure des poursuites pénales.

Enfin, en cette matière technique, et dès lors que les faits apparaîtront d'une grande complexité, la saisine le plus en amont possible des juridictions spécialisées en matière économique et financière, et tout particulièrement des pôles économiques et financiers, s'impose.

Vous voudrez bien veiller à assurer un suivi régulier des principales prescriptions de cette circulaire en faisant ressortir les conditions de sa mise en œuvre, les difficultés éventuelles rencontrées et les actions les plus significatives. Ces informations feront partie du prochain rapport de politique pénale dont la demande vous parviendra selon les modalités habituelles.

Pour le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice
Le Directeur des Affaires Criminelles et des Grâces

Jean-Claude MARIN





MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR
DE LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE ET DES LIBERTÉS LOCALES

*Direction générale des
collectivités locales
Sous direction des finances locales
et de l'action économique
Bureau des interventions économiques
et de l'aménagement du territoire*

Paris, le 20 NOV 2002

NOR/LBL/B/02/10028/C

Le ministre délégué aux libertés locales

à

Mesdames et messieurs les préfets de région et de département

OBJET : Le régime juridique des sociétés d'économie mixte locales (SEML).

La présente circulaire a pour objet de vous présenter les nouvelles dispositions applicables aux SEML issues de trois lois adoptées récemment par le Parlement.

Pour l'essentiel, ces nouvelles dispositions résultent de l'adoption de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales. Ce texte vise en premier lieu à faire évoluer l'organisation des relations financières entre les SEML et les collectivités territoriales. Un deuxième ensemble de dispositions précise et clarifie le statut des représentants élus des collectivités territoriales et de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance de ces sociétés, notamment en vue de leur assurer une meilleure sécurité juridique. En outre, plusieurs autres mesures tendent à favoriser les obligations de transparence et de communication attachées aux SEML.

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

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

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

I – LES RELATIONS FINANCIERES ENTRE LES COLLECTIVITES TERRITORIALES ET LES SEML

D'une part, les modalités de participation des collectivités locales au capital des SEML sont modifiées. D'autre part, plusieurs dispositions permettent désormais aux collectivités locales d'octroyer, en leur qualité d'actionnaire ou de cocontractant, des concours financiers spécifiques aux SEML, en complément du régime de droit commun des aides aux entreprises codifié dans les articles L. 1511-1 à L. 1511-7 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

1.1 LES REGLES RELATIVES A LA PARTICIPATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES AU CAPITAL DES SEML.

Le dispositif concernant la prise de participation des collectivités locales au capital des SEML a évolué sur plusieurs points.

1.1.1 Le montant des participations.

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

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

Les dispositions spécifiques prévues pour la Polynésie française par l'article 18 de la loi n° 83-597 relative aux SEML sont, pour leur part, supprimées. Elles sont devenues en effet sans objet dans la mesure où elles plafonnaient déjà la participation des collectivités locales à 85% du capital social, seuil de référence dorénavant applicable sur tout le territoire.

1.1.2 La participation des collectivités locales aux modifications du capital des SEML.

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

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

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

1.1.3 La participation des communes au capital des SEML dont l'objet social correspond à une compétence transférée à un établissement public de coopération intercommunale.

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

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

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

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

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

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

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

La cession des actions se réalise selon les modalités du droit commun des sociétés, le prix devant normalement être fixé après accord entre les parties.

1.1.4 Participation des collectivités territoriales étrangères au capital des SEML.

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

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

Elles subordonnaient cette participation à quatre conditions essentielles :

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

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

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

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

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

1.2 LES CONCOURS FINANCIERS DES COLLECTIVITES LOCALES SPECIFIQUES AUX SEML.

Les collectivités locales peuvent attribuer aux SEML des aides financières spécifiques, soit en leur qualité d'actionnaire, soit en leur qualité de cocontractant de ces sociétés.

1.2.1 Les collectivités locales actionnaires des SEML.

Outre la possibilité de procéder à des apports en capital, les collectivités locales et leurs groupements sont désormais autorisés à allouer librement des apports en compte courant d'associés aux SEML dont ils sont actionnaires, en application de l'article L. 1522-4 nouveau du CGCT, inséré par l'article 2 de la loi du 2 janvier 2002.

Les modalités et les conditions dans lesquelles ces concours financiers sont accordés sont déterminées par l'article L. 1522-5 nouveau du CGCT:

- la décision de la collectivité locale ou du groupement actionnaire :

L'assemblée délibérante de la collectivité locale ou du groupement actionnaire ne peut se prononcer sur l'octroi, le renouvellement ou la transformation en capital d'un apport en compte courant d'associés qu'après avoir pris connaissance d'un rapport de l'un de ses représentants au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la SEML ainsi que d'une délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société, exposant les motifs de l'apport, la justification du montant, sa durée ainsi que les conditions de son remboursement, sa transformation en capital et son éventuelle rémunération.

Cette disposition vise à favoriser l'information de la collectivité locale ou du groupement qui doit disposer d'éléments précis lui permettant d'apprécier notamment la réalité du besoin de l'avance.

- l'obligation d'une convention préalable :

Une convention entre la collectivité actionnaire et la SEML bénéficiaire de l'apport est exigée. A peine de nullité, cette convention doit préciser la nature, l'objet et la durée de l'apport ainsi que son montant, les conditions de remboursement, éventuellement de rémunération ou de transformation en capital dudit apport.

La convention doit présenter un caractère équilibré dans les rapports entre les parties qui ne doivent ni l'une ni l'autre tirer un avantage disproportionné.

- La limitation dans le temps des apports en compte courant d'associés :

Destinés à élargir la marge de manœuvre financière des SEML, les apports en compte courant d'associés ont pour finalité de répondre à des besoins en trésorerie conjoncturels de ces sociétés.

Dans cette optique, l'article L.1522-5 du CGCT limite strictement la durée de ces apports en posant le principe que ceux-ci ne peuvent être consentis pour une durée supérieure à deux ans, éventuellement renouvelable une fois.

Au terme, de cette période, l'avance est obligatoirement remboursée par la SEML ou transformée en augmentation de capital. Dans cette dernière hypothèse, la transformation en capital ne peut avoir pour effet de porter la participation des collectivités locales et de leurs groupements au-delà du plafond fixé à 85% du total du capital, fixé par l'article L.1522-2 du CGCT. Si toutefois tel était le cas, il serait alors nécessaire que les actionnaires, comptabilisés dans la fraction minoritaire du capital de la SEML, apportent en complément une participation financière, pour que les règles de répartition du capital social soient respectées.

En application du principe de limitation dans le temps des apports en compte courant d'associés, si l'article L. 1522-5 du CGCT donne la possibilité pour une SEML de se voir accorder, pour une période, un nombre d'apports équivalent au nombre des collectivités locales et groupements actionnaires, il interdit cependant expressément à une collectivité locale ou à un groupement d'accorder un nouvel apport avant que le précédent qu'elle a accordé n'ait été remboursé ou incorporé au capital.

Dans la même perspective, afin que le remboursement ou la capitalisation au bout de la période autorisée soit effectif, il est établi qu'une avance ne peut avoir pour objet de rembourser une autre avance.

- L'encadrement de l'octroi des apports en compte courant d'associés par des règles prudentielles :

Afin de prévenir tout risque financier excessif pour les collectivités locales, le dispositif est également encadré par des règles prudentielles liées aux capacités des budgets locaux et à la santé financière des SEML.

Ainsi, l'article L. 1522-5 du CGCT prévoit qu'une collectivité locale ou un groupement ne peut consentir une avance à une SEML si la totalité des avances déjà consenties à des SEML excède, avec cette nouvelle avance, 5% des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité ou du groupement.

En outre, aucune avance ne peut être accordée par les collectivités locales ou leurs groupements si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la SEML sont devenus inférieurs à la moitié du capital social.

Cette disposition apparaît d'autant plus fondée que le montant des avances qui peuvent être attribuées à une SEML n'est plafonné ni en valeur absolue, ni en pourcentage du capital social. Cette règle prudentielle a, en effet, pour objet de préserver le caractère conjoncturel des avances en compte courant d'associés, en évitant que ces dernières ne viennent pallier des faiblesses structurelles traduites par une sous-capitalisation de la société.

A cet égard, il peut être observé qu'une procédure d'octroi de subventions exceptionnelles aux SEML construisant ou gérant des logements sociaux peut être mise en œuvre (cf. point 1.2.2b).

- La rémunération des apports en compte courant d'associés :

Un décret en Conseil d'Etat déterminera, en application de l'article L. 1522-5 du CGCT, les modalités de rémunération des avances en compte courant d'associés.

Dans l'attente de la parution de ce texte, les collectivités locales ou groupements actionnaires ont toutefois la possibilité d'allouer des avances non rémunérées.

Enfin, sur le plan comptable, les apports en compte courant d'associés, qui constituent des avances, les fonds étant laissés temporairement à disposition des SEML par les collectivités locales ou groupements actionnaires, doivent figurer au budget des collectivités locales ou des établissements qui les consentent, à un compte de prêt.

1.2.2 Les collectivités locales cocontractantes des SEML.

A titre liminaire, je vous rappelle que les collectivités locales peuvent accorder des concours financiers aux SEML en application de textes législatifs de droit commun. Ainsi, ces sociétés peuvent bénéficier d'aides dans le cadre du régime juridique des interventions économiques défini aux articles L. 1511-1 à L. 1511-7 du CGCT.

Par ailleurs, comme tous cocontractants des collectivités territoriales, les SEML peuvent percevoir des concours spécifiques au titre des articles L. 2224-1 et L. 2224-2 concernant la gestion des services publics industriels et commerciaux ainsi qu'au titre de l'article 5-b de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée.

Des dispositions applicables plus particulièrement aux SEML s'ajoutent à ces possibilités de financement.

a) Les concours financiers aux SEML d'aménagement.

La loi SRU a défini un nouveau cadre contractuel que constitue la convention publique d'aménagement, prévue aux articles L. 300-4 et L. 300-5 du code de l'urbanisme, formule utilisable lorsque les collectivités locales confient l'étude ou la réalisation d'opérations d'aménagement à un établissement public ou une SEML.

Les opérations d'aménagement considérées s'inscrivent dans le cadre de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme qui précise les objectifs que peuvent poursuivre les collectivités publiques qui les engagent : *« mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, favoriser le développement des loisirs et du tourisme, réaliser des équipements collectifs, lutter contre l'insalubrité, permettre le renouvellement urbain, sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti. »*

Il en résulte que les missions confiées par les collectivités locales à une SEML peuvent être diverses.

Ainsi, les conventions publiques d'aménagement ont pour objet de confier à l'aménageur la réalisation d'un projet d'urbanisme, soit sur des terrains non encore urbanisés, soit sur des quartiers existants à rénover ou à restructurer. En pratique, ces opérations sont souvent menées dans le cadre d'une zone d'aménagement concertée (ZAC).

Elles consistent essentiellement à acquérir tout ou partie des terrains et immeubles inclus dans le périmètre concerné, à remodeler la structure foncière en fonction du parti d'aménagement retenu, à faire réaliser les travaux de viabilisation (voies et réseaux), à procéder aux démolitions nécessaires et à vendre les terrains ainsi aménagés à des constructeurs.

En application de l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme précité, la participation financière des collectivités territoriales aux opérations d'aménagement confiées aux SEML n'est autorisée que sur le fondement d'une convention publique d'aménagement.

Inspiré du dispositif qui existait depuis la loi du 7 juillet 1983 relative aux SEML, pour les opérations menées par ces sociétés, les conventions publiques d'aménagement, lorsque la collectivité locale ou le groupement cocontractant décide de participer au coût de l'opération, doivent comporter obligatoirement un plan de financement global de l'opération faisant apparaître :

- les modalités de cette participation financière, qui peut prendre la forme d'apports en nature ;
- le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles.

De plus, la convention doit prévoir, à peine de nullité, les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par la collectivité ou le groupement contractant. A cet effet, la SEML doit fournir un compte rendu financier annuel comportant notamment en annexe :

- le bilan prévisionnel actualisé des activités, objet de la convention, faisant apparaître, d'une part, l'état des réalisations en recettes et en dépenses et, d'autre part, l'estimation des recettes et dépenses restant à réaliser ;
- le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses de l'opération ;
- un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice.

Dans l'optique de renforcer l'application des dispositions destinées à permettre aux collectivités de contrôler leurs engagements financiers en faveur des aménageurs, dont les SEML, et d'améliorer la maîtrise du montant de ces engagements, ces nouvelles relations contractuelles doivent permettre à l'assemblée délibérante de disposer, en particulier au moment où elle se prononce sur le principe même de l'opération, d'une vision globale du coût du projet et de la part dont le financement incombera à la collectivité.

En outre, toute révision du montant de cette participation en cours d'exécution de l'opération doit faire l'objet d'un avenant soumis également à l'approbation de l'assemblée délibérante, au vu d'un rapport spécial établi par l'aménageur.

Au total, ce dispositif diffère de celui qui prévalait auparavant et qui, concernant par exemple les ZAC, imposait aux collectivités publiques ayant pris l'initiative de la création d'une zone de ce type, d'en assumer les conséquences financières, conformément à l'article R. 311-13 du code de l'urbanisme dans sa rédaction antérieure au décret du 27 mars 2001 relatif aux ZAC.

Désormais en effet, la participation financière de la collectivité a un caractère facultatif. Destinée à éventuellement prendre en charge, à travers un engagement contractuel révisable, une partie du coût de l'opération (et non la totalité), elle ne constitue plus désormais un engagement a priori à supporter de manière forfaitaire tout déséquilibre éventuel.

Par ailleurs, l'article 7 de la loi du 2 janvier 2002 a introduit un mode de financement supplémentaire au titre des conventions publiques d'aménagement. Il prévoit la possibilité pour la collectivité publique contractante de consentir des avances justifiées par un besoin temporaire de l'opération.

Ces avances, applicables exclusivement au profit des SEML, doivent être en rapport avec les besoins réels de l'opération mis en évidence par le compte rendu financier visé à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme.

Elles sont subordonnées à une convention spécifique approuvée par l'organe délibérant de la personne publique contractante et précisant leur montant, leur durée, l'échéancier de leur remboursement ainsi que leur rémunération éventuelle.

b) Les concours financiers aux SEML construisant ou gérant des logements sociaux.

- Les subventions et avances aux SEML de construction ou de gestion de logements sociaux (article L. 1523-5 du CGCT) :

A l'instar des concours financiers pouvant être alloués aux organismes d'HLM, en application de l'article L. 431-4 du code de la construction et de l'habitation, l'article L. 1523-5 nouveau du CGCT, introduit par l'article 62 de la loi SRU, autorise les collectivités territoriales et leurs groupements à accorder aux SEML exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux, des subventions, notamment d'investissement, ou des avances destinées à des programmes de logements dont les financements sont assortis de maxima de loyers ou de ressources des occupants, déterminés par l'autorité administrative.

Ce dispositif, destiné à faciliter la réalisation de programmes immobiliers à caractère social par les SEML, prévoit également que les collectivités locales peuvent faire apport de terrains ou de constructions, la valeur attribuée aux constructions cédées ne pouvant être inférieure à la valeur fixée par le service des domaines, quel que soit le prix de cession effectivement retenu.

Sur le plan de la procédure, une convention fixe les obligations contractées par la SEML en contrepartie des financements accordés pour les logements.

Elle peut notamment identifier des réservations de logements obtenues en contrepartie du financement en application de l'article R. 441-5 du code de la construction et de l'habitation.

- Les subventions exceptionnelles aux SEML construisant ou gérant des logements sociaux (article L. 1523-6 du CGCT) :

Aux termes de l'article L. 1523-6 nouveau du CGCT, issu de l'article 62 de la loi SRU, les départements et les communes, seuls ou conjointement, peuvent accorder aux SEML construisant ou gérant des logements sociaux des subventions exceptionnelles, dès lors que ces sociétés sont confrontées à des difficultés dues à un déséquilibre grave et durable des programmes immobiliers dont elles ont la charge.

Sans attendre que les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le redressement durable des SEML de logement social en difficultés doit être entrepris. Par difficulté durable, on entend tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation à partir de critères fondés sur la situation financière ou sur l'exploitation de la société. Le caractère récurrent d'avances en compte courant d'associés peut être un élément d'alerte. Il peut justifier la proposition d'inscription de la société au titre de la programmation des contrôles de la Mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS).

Ces aides, destinées à favoriser le redressement de SEML en graves difficultés financières, sont accordées sur la base d'une procédure contractuelle. Ainsi, la convention liant la ou les collectivités locales à la SEML doit obligatoirement prévoir la nature, le montant et la durée des subventions attribuées.

Il est souhaitable que le protocole de redressement interne ou externe mené, le cas échéant, sous l'égide de la Caisse de garantie du logement locatif social (CGLLS), fasse apparaître la corrélation entre les subventions accordées et les engagements pris pour assurer la pérennité de l'exploitation. La vérification de l'intérêt public local portera particulièrement sur le respect des éléments mentionnés dans le rapport des commissaires aux comptes et la recherche d'un effort proportionné des actionnaires, y compris des actionnaires privés.

En outre, afin d'assurer une complète information des collectivités locales, leurs assemblées délibérantes votent ces aides au vu d'un rapport spécial établi par la SEML auquel est annexé un rapport du commissaire aux comptes certifiant que l'ensemble des éléments présentés est conforme à la situation financière actuelle de la société et que les données prévisionnelles sont cohérentes avec l'ensemble des informations disponibles.

- La situation des sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer :

L'article 63 de la loi SRU, qui complète l'article L. 1525-3 du CGCT, rend applicable aux sociétés d'économie mixte d'outre-mer relevant de la loi du 30 avril 1946, les dispositions des articles L. 1523-5 et L. 1523-6 du CGCT.

c) Les concours financiers aux SEML de développement économique local.

L'article 3 de la loi du 2 janvier 2002 a introduit un article L. 1523-7 nouveau dans le CGCT qui permet aux collectivités locales de verser aux SEML des subventions ou des avances destinées à des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises.

A la lumière des débats et des rapports parlementaires, les activités visées par ce nouveau dispositif correspondent essentiellement à des prestations relevant du secteur des services, à caractère collectif (ne visant pas en particulier une entreprise ou un groupe d'entreprises) et au bénéfice direct des entreprises.

Sans en fixer une liste exhaustive, ces activités se regroupent en deux catégories :

- activités de promotion générales en faveur du développement économique des territoires : par exemple, réalisation de rapports, d'études économiques et financières, d'expertise sur des dossiers particuliers d'implantation, prospection d'entreprises, actions de promotion touristique.

- organisation et gestion de services communs en faveur des entreprises : mise en place d'actions collectives telles que, notamment, l'organisation de salons professionnels, de foires, de réunions techniques d'information ; mise à disposition des entreprises d'information juridiques et financières.

A contrario, le champ d'application de cette disposition n'englobe pas la réalisation par les SEML de programmes visant à favoriser l'immobilier d'entreprise, c'est-à-dire la construction et la gestion pour le compte des collectivités locales de bâtiments professionnels destinés à être mis à la disposition d'entreprises.

En effet, ce mode particulier d'intervention relève spécifiquement des articles L.1511-3 et R.1511-19 à R. 1511-23 du CGCT dont les modalités de mise en œuvre ont été précisées dans ma circulaire du 7 janvier 2002.

Par ailleurs, ce nouveau dispositif, d'une manière générale, ne peut être entendu comme permettant aux SEML d'accorder elles-mêmes des aides financières à des entreprises notamment en vue de les inciter à s'implanter sur le territoire d'une collectivité locale. En effet, il n'a pas pour objet de prévoir en la matière de délégation de compétence au profit des SEML pour l'attribution des aides directes et indirectes prévues aux articles L.1511-2 et L. 1511-3 du CGCT. L'exercice des compétences des collectivités locales en matière de développement économique ne peut être délégué globalement à un organisme de droit privé (*Tribunal administratif d'Amiens, 1^{er} décembre 1987, Braine et Vantomme*).

Sur le plan de la procédure, l'attribution de subventions ou avances par la collectivité locale à la SEML, lesquelles ne s'inscrivent pas dans le régime général des aides aux entreprises défini aux articles L. 1511-1 à L. 1511-7 du CGCT, est fondée sur l'existence d'une convention préalable qui fixe les obligations de la SEML en contrepartie de l'aide financière accordée.

Sans que la loi ne fixe de contenu type, il est cependant souhaitable que la convention précise notamment le montant des subventions ou avances, la durée et l'échéancier du remboursement des avances, les activités de la SEML motivant l'aide de la collectivité locale, le plan de financement de l'action soutenue par la collectivité, les modalités du contrôle de l'utilisation des fonds versés par la collectivité et les sanctions en cas d'utilisation des fonds non conforme à leur destination initiale.

La loi ne prévoit pas de limitation de montant des subventions ou avances consenties dans ces conditions. Toutefois, il doit être proportionné aux missions d'intérêt général exercées par la SEML.

II- LE STATUT DES REPRESENTANTS DES COLLECTIVITES LOCALES AU SEIN DES SEML.

Un ensemble de mesures spécifiques adopté dans le cadre de la loi du 2 janvier 2002 vise à préciser le statut des représentants élus des collectivités locales et de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des SEML. Par ailleurs, des dispositions générales modifiant le code de commerce, issues de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (loi NRE), s'appliquent également à eux.

2.1 LES DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX ELUS MANDATAIRES PREVUES PAR LA LOI DU 2 JANVIER 2002.

Plusieurs dispositions ont pour objectif principal d'assurer une meilleure sécurité juridique des élus mandataires. D'autres mesures visent à prendre en compte, dans le fonctionnement interne des SEML, la situation particulière des élus locaux.

2.1.1 Les dispositions visant à assurer une meilleure sécurité juridique des élus mandataires.

La situation des élus mandataires des collectivités territoriales au sein des organes dirigeants des SEML est clarifiée sur plusieurs points, dans le cadre des attributions qu'ils détiennent vis-à-vis de ces sociétés.

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

Les dispositions de l'article 5-2° de la loi du 2 janvier 2002, en introduisant une nouvelle rédaction du cinquième alinéa (devenu neuvième) de l'article L. 1524-5 du CGCT, réaffirment le principe selon lequel les élus locaux, agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein des organes dirigeants des SEML, ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services locaux, au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral.

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

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

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

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

b) La participation des élus mandataires aux délibérations de l'assemblée délibérante de la collectivité locale.

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

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

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

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

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

d) La rémunération des élus mandataires.

Afin de favoriser une complète information des collectivités locales et de leurs groupements, l'article 53° de la loi du 2 janvier 2002, codifié au sixième (devenu dixième) alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT, réaffirme le principe selon lequel la rémunération ou les avantages particuliers accordés par les SEML aux élus mandataires de ces collectivités sont soumis à l'accord préalable des assemblées délibérantes qui les ont désignés.

La délibération prise à cette fin doit fixer le montant maximum des rémunérations ou avantages particuliers susceptibles d'être perçus, ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.

En ce qui concerne le montant des rémunérations, il peut être utile de rappeler que les sommes allouées aux élus mandataires au titre des fonctions exercées au sein des SEML sont soumises au plafond du cumul des rémunérations que peuvent percevoir les élus locaux. Ainsi, la loi n° 92-108 du 3 février 1992 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux a limité le montant total des rémunérations et indemnités de fonction des élus locaux à une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire. Ce plafonnement est inscrit aux articles L. 2123-20, L. 3123-18, L. 4135-18 et L. 5211-12 du CGCT.

2.1.2 Les dispositions prenant en compte la situation particulière des élus locaux.

Ces dispositions portent sur les règles relatives aux limites d'âge attachées aux fonctions exercées par les élus représentant les collectivités territoriales au sein des SEML, ainsi que sur les conditions dans lesquelles leur mandat dans ces sociétés peut être prorogé.

a) Les limites d'âge.

Initialement, l'article R. 381-24 du code des communes prévoyait explicitement, pour les mandataires des collectivités locales au sein des SEML, des

dispositions dérogatoires aux limites d'âge imposées par le droit commun des sociétés, pour les membres ou président du conseil d'administration ou les membres du conseil de surveillance.

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

Aussi, dans le souci de prendre en compte la situation particulière des élus locaux qui, dans le cadre de leur mandat électoral, ne se voient pas imposer de limite d'âge, l'article 5-1° de la loi du 2 janvier 2002 établit un nouveau régime dérogatoire :

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

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

L'article L. 225-70 applique ces mêmes règles aux membres du conseil de surveillance, dans le cadre d'une SEML à structure dualiste.

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

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

- Après la désignation, le dépassement de la limite d'âge n'interrompt pas le mandat :

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

- Les mêmes représentants n'entrent pas dans le décompte du nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance qui peuvent demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge.

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

b) La prorogation du mandat.

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

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

A la suite de cette interprétation et afin de faciliter le fonctionnement des SEML au moment des élections locales, l'article 54° de la loi du 2 janvier 2002 prévoit dorénavant qu'en cas de fin légale du mandat de l'assemblée délibérante, le mandat de ses représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la SEML est prorogé jusqu'à la désignation de leurs remplaçants par la nouvelle assemblée. Dans cette hypothèse, leurs pouvoirs se limitent à la gestion des affaires courantes de la société (neuvième alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT).

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

2.2 LES DISPOSITIONS GENERALES INTRODUITES PAR LA LOI DU 15 MAI 2001 RELATIVE AUX NOUVELLES REGULATIONS ECONOMIQUES.

La loi NRE a modifié sur plusieurs points le fonctionnement des organes dirigeants des sociétés anonymes. En l'absence de dispositions spéciales, un certain nombre de ces nouvelles dispositions s'applique aux SEML et, en particulier, aux élus mandataires des collectivités locales.

2.2.1 La séparation des pouvoirs de président et de directeur général.

La loi NRE a créé un autre mode d'exercice de la direction générale que l'on peut qualifier de dissocié. A cet effet, le conseil d'administration de la société peut confier l'exercice de la direction générale à une autre personne physique que le président du conseil d'administration.

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

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

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

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

En termes de délais, l'article 131 de la loi NRE prévoit que les sociétés anonymes, dont les titres ne sont pas admis sur un marché réglementé et qui étaient immatriculées au registre du commerce et des sociétés avant la date de publication de la loi, peuvent conserver leurs statuts sans délibération particulière de leur assemblée générale, jusqu'à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire quels qu'en soient les motifs, ce point faisant alors l'objet d'une inscription obligatoire à l'ordre du jour.

2.2.2 Le cumul des mandats exercés au sein des SEML.

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

Pour leur part, les élus locaux, mandataires des collectivités territoriales, se voient désormais appliquer le régime issu de la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 modifiant certaines dispositions du code de commerce relatives aux mandats sociaux.

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

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

Le texte qui vient d'être adopté rétablit donc la situation antérieure à la loi NRE pour les élus locaux mandataires au sein des SEML, étant observé que l'un des arguments visant à soutenir cette mesure consiste à relever que dans la mesure où un certain nombre d'élus locaux exerce des fonctions au sein de conseils d'administrations de sociétés privés, au titre de leur activité professionnelle, la limitation du cumul des mandats, prévue par la loi NRE, était susceptible de les priver d'une partie des prérogatives liées à leur mandat électif.

Toutefois, s'agissant spécifiquement des fonctions exercées au sein des SEML, nonobstant l'énumération figurant à l'article 2 précité, il importe de souligner que seules celles énumérées à l'article 5-2° de la loi du 2 janvier 2002 (cf. point 2.1.1 a) restent protégées au regard de la qualification d'entrepreneur de service local. En particulier, les fonctions de membre de directoire ou de directeur général unique ne sont pas protégées, de même que celle de directeur général lorsqu'elle ne se cumule pas avec la fonction de président du conseil d'administration.

2.2.3 Le nombre des membres des conseils d'administration et de surveillance des SEML.

L'article 104 de la loi NRE, qui a modifié les articles L. 225-17 et L. 225-69 du code de commerce, a réduit le nombre maximum des membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance des sociétés anonymes, qui est applicable aux SEML par renvoi de l'article L. 1524-5 du CGCT, de 24 à 18 membres (le nombre minimum de membres étant toujours fixé à trois).

Cette disposition vise à améliorer l'efficacité des travaux de ces organes dirigeants des sociétés.

L'article 129 de la loi NRE précise que les conseils d'administration et conseils de surveillance disposent d'un délai de 3 ans à compter de la date de publication de la loi NRE, soit jusqu'au 16 mai 2004, pour se mettre en conformité avec les nouveaux seuils.

Dans cette perspective, il peut être rappelé, par référence au dispositif décrit à l'article L.1524-5 du CGCT, que si le nombre des membres d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance prévu par le code de commerce ne suffit pas (ou ne suffit plus) à assurer, en raison de leur nombre, la représentation directe des collectivités locales ou groupements ayant une participation réduite au capital de la SEML, ces derniers sont réunis en assemblée spéciale, un siège au moins leur étant réservé. L'assemblée spéciale est chargée de désigner parmi les élus de ces collectivités ou groupements le ou les représentants communs qui siégeront au conseil d'administration ou de surveillance.

III- LES REGLES DE TRANSPARENCE ET DE COMMUNICATION APPLICABLES AUX SEML.

Ces règles s'inscrivent dans le cadre des contrats passés par les SEML et portent, dans un autre domaine, sur les modifications statutaires de ces sociétés. Globalement, elles complètent le contrôle des collectivités locales exercé sur elles.

En outre, des règles de transparence sont spécifiques aux SEML construisant ou gérant des logements sociaux.

3.1 LES REGLES DE TRANSPARENCE ET DE COMMUNICATION ETABLIES DANS LE CADRE DES CONTRATS PASSES PAR LES SEML.

Ces règles s'appliquent dans le cadre des procédures relatives aux contrats que peuvent passer les SEML avec les collectivités territoriales ou avec d'autres sociétés.

3.1.1 Les contrats passés avec les collectivités territoriales.

De nouvelles dispositions complètent le régime juridique des délégations de service public. D'autres mesures visent les conventions publiques d'aménagement.

a) Les règles relatives aux délégations de service public.

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

Pour mémoire, ce dispositif est pleinement applicable aux SEML (*décision n° 93-216 DC du 20 janvier 1993 du Conseil constitutionnel*).

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

- les sociétés en cours de constitution ou nouvellement créées peuvent être admises à présenter une offre dans les mêmes conditions que les sociétés existantes :

La loi ne précise pas la notion de société en cours de constitution. Toutefois, s'agissant des SEML, il peut être fait référence à la délibération des collectivités locales approuvant, sur la base d'un projet de statuts, la création de la société dont elles seront actionnaires.

Cette délibération constitue en effet l'acte officiel préalable autorisant la collectivité à participer au capital de la SEML. Cette dernière, qui revêt la forme juridique de société anonyme, est ensuite définitivement créée au terme d'une procédure imposée par le droit commun des sociétés, comportant principalement la signature des statuts puis l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (formalité qui permet à la SEML d'acquiescer la personnalité morale et donc la capacité juridique).

- les garanties professionnelles des candidats sont appréciées notamment dans la personne des associés et au vu des garanties professionnelles réunies en son sein :

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

S'agissant spécifiquement des sociétés non encore constituées et de celles nouvellement créées, ce critère peut leur permettre de se porter valablement candidate, malgré l'absence de références professionnelles propres, en faisant état des références et du savoir-faire de leurs associés fondateurs. En outre, elles peuvent étayer leur candidature en faisant mention des capacités professionnelles du personnel qu'elles auront recruté ou des personnes qualifiées dont elles se seront adjoint les services en vue de l'exercice de la délégation à laquelle elles sont candidates.

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

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

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

b) Les règles relatives aux conventions publiques d'aménagement.

L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme donne la possibilité aux collectivités locales de confier la réalisation de leurs opérations d'aménagement à divers organismes, dont les SEML, dans le cadre des conventions publiques d'aménagement (cf. point 1.2.2 a).

L'article L. 300-5 dispose en outre que lorsque ces conventions prévoient une participation financière de la collectivité locale cocontractante, elles doivent contenir, à peine de nullité, les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par celle-ci sur la SEML.

La production d'un compte rendu financier annuel par la SEML est par conséquent subordonné à la participation financière de la collectivité locale cocontractante.

Toutefois, l'article L. 1523-3 du CGCT, dans sa rédaction issue de l'article 7 de la loi du 2 janvier 2002, prévoit, s'agissant des SEML, que même en l'absence de participation financière, un compte rendu financier annuel doit être obligatoirement soumis à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale.

3.1.2 Les contrats passés avec d'autres sociétés.

Même si aucun texte ne l'interdisait antérieurement, l'article 9 de la loi du 2 janvier 2002 dispose dorénavant que lors d'un appel d'offre lancé par une SEML, les entreprises présentant une candidature ou une offre ne peuvent être exclues du seul fait qu'elles sont actionnaires de la SEML.

Le règlement de consultation peut toutefois prévoir expressément leur exclusion.

3.2 LES REGLES RELATIVES AUX MODIFICATIONS STATUTAIRES DES SEML.

Afin d'améliorer la transparence des relations entre les collectivités locales et les SEML, aux termes de l'article 8 de la loi du 2 janvier 2002 qui complète l'article L. 1524-1 du CGCT, l'accord d'un élu mandataire sur une modification portant sur l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants ne peut plus

intervenir sans une délibération préalable de son assemblée délibérante approuvant la modification.

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

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

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

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

En outre, la délibération à laquelle doit être annexé le projet de modification des statuts de la SEML est transmise au représentant de l'Etat dans le département qui en contrôle alors la légalité, comme cela est le cas lors de la création de la SEML.

Par ailleurs, l'article 5-5° de la loi du 2 janvier 2002 complète ce nouveau dispositif. En effet, il précise que le rapport écrit, qui est soumis, au moins une fois par an, aux organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements par leurs représentants au conseil d'administration ou de surveillance de la SEML (article L. 1524-5 du CGCT), porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société.

3.3 LES REGLES DE TRANSPARENCE ET DE CONTROLE SPECIFIQUES AUX SEML DE CONSTRUCTION OU DE GESTION DE LOGEMENTS SOCIAUX.

Dans le cas des SEML construisant ou gérant des logements sociaux, l'exigence de transparence impose des obligations comptables particulières. En outre, les possibilités de contrôle de ces SEML ont été étendues et le maintien du caractère social de leur patrimoine assuré.

3.3.1 La mise en place d'une comptabilité particulière.

Dans un souci de transparence, l'article 166 de la loi SRU prévoit que les SEML construisant ou gérant des logements sociaux seront soumises à des obligations comptables particulières fixées par le Comité de la réglementation comptable et leur impose d'établir une comptabilité distincte entre leur activité locative sociale et leurs autres activités.

L'article L. 1524-1 du CGCT oblige les SEML à vous transmettre annuellement leurs comptes. Afin d'exploitation, une copie des comptes annuels des SEML construisant ou gérant des logements sociaux sera transmise par vos soins au ministère en charge du logement, sous le timbre DGUHC/OC.

3.3.2 Le contrôle renforcé de l'administration.

L'article 166 de la loi SRU soumet les SEML construisant ou gérant des logements sociaux à un contrôle renforcé de l'administration. Celui-ci est défini par les articles L. 451-1, L. 451-2, et L. 451-2-1 du code de la construction et de l'habitation et R. 451-1 à R. 451-10 du même code. Ces contrôles peuvent être notamment réalisés par la Mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS), créée par le décret n° 93-236 du 22 février 1993 modifié par le décret n° 2002-391 du 22 mars 2002.

3.3.3 Le maintien du caractère de logement social.

En application de l'article L. 411-4 du code de la construction et de l'habitation, issu de l'article 145-2° de la loi SRU, les logements appartenant aux SEML construits, acquis, ou acquis et améliorés avec une aide de l'Etat à compter du 5 janvier 1977 et faisant l'objet d'une convention APL, demeurent soumis, après expiration de la convention, même lorsqu'ils font l'objet d'un transfert de propriété, à des règles d'attribution sous conditions de ressources et des maxima de loyer fixés conformément aux dispositions des articles R. 491-3 à R. 491-6 du même code (décret n° 2002-995 du 9 juillet 2002 pris pour l'application des articles L. 411-3 et L. 411-4 du code de la construction et de l'habitation et modifiant ce code- partie réglementaire-).

IV- LE REGIME DES BIENS ACQUIS PAR LES SEML DANS LE CADRE DE CONTRATS PASSES AVEC LES COLLECTIVITES LOCALES.

4.1 L'ELIGIBILITE AU FCTVA DES EQUIPEMENTS PUBLICS REALISES DANS LE CADRE DE CONVENTIONS PUBLIQUES D'AMENAGEMENT

L'article 4 de la loi du 2 janvier 2002, qui insère un article L. 1615-11 dans le CGCT, prévoit désormais que le financement d'un équipement public destiné à être intégré dans le patrimoine d'une collectivité locale ou d'un groupement, dans les conditions prévues à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme, ouvre droit au bénéfice du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée.

Les modalités de mise en œuvre de cette disposition seront prochainement présentées par voie de circulaire.

4.2 LE RETOUR DES BIENS A LA COLLECTIVITE LOCALE EN CAS DE LIQUIDATION JUDICIAIRE DE LA SEML.

Les SEML, sociétés anonymes, sont soumises, en cas de difficultés, aux dispositions du code de commerce relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

L'article 12 de la loi du 2 janvier 2002, en le modifiant, met l'article L.1523-4 du CGCT en conformité avec l'article L. 621-28 du code de commerce, qui prohibe toute disposition prévoyant que la résiliation ou la résolution des contrats en cours d'exécution puisse résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

En effet, afin de préserver les chances de poursuite de l'activité des sociétés en situation de redressement judiciaire et de préserver l'emploi le régime de droit commun organise le maintien de l'exécution des contrats en cours pendant toute la durée de la procédure de redressement et n'autorise leur résolution qu'une fois prononcée la liquidation de l'entreprise.

En revanche, l'article 12 déroge au droit commun de la liquidation judiciaire en ce qu'il prévoit la résiliation automatique des contrats en cas de liquidation judiciaire. Cela a pour conséquence que le tribunal ne peut pas autoriser la poursuite temporaire de l'activité après le jugement de liquidation.

Par ailleurs, le nouveau texte constitue un élément de coordination avec les dispositions de la loi SRU. Il intègre en effet les cas de retour des biens dans le cadre des conventions, telles qu'elles sont précisées désormais à l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, dont les conventions publiques d'aménagement.

L'article L. 1523-4 du CGCT prévoit également le devenir des biens en cas de liquidation dans le cadre des contrats de délégation de service public.

Le premier alinéa de l'article L. 1523-4 du CGCT dispose qu'en cas de mise en liquidation judiciaire de la SEML, les conventions passées sur le fondement de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme ou les contrats de délégation de service public sont automatiquement résiliés et qu'il est fait retour gratuit à la collectivité territoriale ou au groupement des biens apportés par ces derniers dans le domaine de la convention ou de la concession.

Le second alinéa impose, à peine de nullité, que la convention ou le contrat de délégation de service public liant la SEML à la collectivité locale ou au groupement, comprenne une clause permettant, en cas de liquidation judiciaire, l'indemnisation de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par la société et affectés au patrimoine de l'opération ou du service, sur lesquels ils exercent leur droit de retour ou de reprise.

Concernant les modalités de calcul du montant de l'indemnité versée, déduction est faite, le cas échéant, des participations financières de la collectivité territoriale ou du groupement pour la partie non utilisée de celles-ci et des paiements correspondant à l'exécution d'une garantie accordée pour le financement de l'opération.

Pour le ministre et par délégation
Le directeur général des collectivités locales

Dominique BUR