



Economie mixte

Les EPL face aux critiques et aux recommandations de la Cour des comptes

Propositions d'évolution au profit de structures plus que jamais indispensables au développement local.

Par **Anne-Christine Farcat**, Habitat en Région, et **Thomas Rouveyran**, avocat à la Cour, Seban & Associés

Le référé adressé par la Cour des comptes au Premier ministre le 15 juin 2017 sur les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales (EPL) est sévère (1). Bien que la réponse apportée par Edouard Philippe le 21 septembre ait été beaucoup plus nuancée et soucieuse du développement des EPL, un renforcement du cadre applicable apparaît aujourd'hui nécessaire.

Un levier d'action économique. Les EPL, composées principalement des sociétés d'économie mixte (SEM) mais également des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés d'économie mixte à opération unique (Semop), obéissent à un régime en grande partie aligné sur celui des sociétés commerciales. Mais elles ont pour actionnaires principaux ou même exclusifs, rappelons-le, des collectivités territoriales et leurs groupements. Elles constituent ainsi un formidable levier d'action économique pour ces acteurs publics locaux, lesquels se révèlent être des

actionnaires précieux, dotés d'une vision prospective des territoires et inscrivant leur participation dans la durée.

Cet actionnariat permet de porter les opérations qui feront le développement local de demain : grands projets d'urbanisation et d'aménagement du territoire, équipements publics et privés, logements, mais également développement des énergies renouvelables ou encore accompagnement dans la transition numérique des territoires. Ces initiatives ont donné naissance à un tissu dense d'opérateurs, dont certains présentent cependant aujourd'hui des modèles économiques fortement bouleversés, tant par la succession des réformes territoriales que par le manque d'intérêt des investisseurs privés, qui freine la collecte de fonds propres ou le financement par le prêt.

Une indispensable souplesse. Les critiques émises par les sages de la rue Cambon, fondées sur un nombre de situations limité, ne sauraient toutefois conduire à une approche par le

seul prisme des risques juridiques. Le danger serait d'ignorer la nécessité de maintenir au profit de ces outils une indispensable souplesse dans leur gestion et leur gouvernance.

La Cour des comptes formule des observations élaborées sur la base des contrôles opérés par les chambres régionales et territoriales des comptes. Celles-ci soulèvent d'importantes questions liées à la complexité du cadre juridique s'imposant aujourd'hui aux EPL : légalité du champ d'intervention des EPL au regard des compétences de leurs collectivités actionnaires, du droit de la commande publique et plus largement du droit de la concurrence ; difficultés liées à la composition de l'actionariat public et aux transferts de participation ; ou encore transparence nécessaire sur les rémunérations versées. Ces constats amènent la Cour à formuler des recommandations visant au renforcement du contrôle des EPL.

Un renforcement de la transparence dans la gestion des EPL

Selon la Cour des comptes, les collectivités et leurs groupements courent des risques insuffisamment mesurés, soit parce qu'ils maintiennent leur participation dans des EPL alors qu'ils n'ont plus la compétence correspondant à leur activité, soit parce qu'ils exercent un contrôle jugé faible sur les dites sociétés.

Vigilance sur les transferts de compétences. La réforme territoriale a profondément modifié la répartition des compétences entre les collectivités et/ou leurs groupements. Il est donc indispensable de bien déterminer si les collectivités ou groupements de collectivités actionnaires d'EPL ont, depuis la réforme, des compétences en lien avec l'objet social de ces entreprises. Le Premier ministre rappelle que les collectivités et leurs groupements ne peuvent, en vertu de la loi, créer de SEM que dans le cadre de leurs compétences. Le cas des sociétés multi-activités est, en outre, actuellement soumis au Conseil d'Etat (2).

Mais la proposition de la Cour des comptes de mettre en œuvre, en cas de cession rendue obligatoire par la perte d'une compétence, « un mécanisme automatique de transfert des actions valorisées au coût historique » - avec, ultérieurement, la possibilité, en cas de vente des actions transférées, de récupérer une partie de la plus-value réalisée - apparaît comme totalement contraire au droit commercial. Le Premier ministre insiste à juste titre sur la grande difficulté qu'il y aurait comptablement à organiser ce mécanisme de récupération de la plus-value réalisée ultérieurement. Au demeurant, faire supporter aux actionnaires publics d'une SEM le risque d'une cession forcée de leurs actions au coût historique constitue nécessairement une forte source d'insécurité.

De ce point de vue, les dispositions inscrites depuis 2002 dans la loi et renforcées par les lois Maptam du 27 janvier 2014 et NOTRe du 7 août 2015, qui maintiennent la possibilité pour ces collectivités ou groupements de conserver au plus un tiers de leurs actions au profit des collectivités ou groupements devenus compétents par l'effet de la loi, évitent, selon le Premier ministre, de fragiliser davantage la situation capitalistique des entreprises publiques locales.

Des actionnaires prudents et diligents. Au-delà de la question de la compétence au sens propre du terme, la Cour et le gouvernement posent également la question du renforcement du contrôle exercé par la collectivité locale en sa qualité

d'actionnaire. Sur ce point, le gouvernement renvoie de façon très pertinente aux référentiels de contrôle interne (RCI) et aux responsabilités inhérentes des ordonnateurs des collectivités.

La collectivité doit donc être un actionnaire actif, prudent et diligent. Elle doit s'attacher à exiger de la société que les informations nécessaires à l'exercice de ce contrôle lui soient fournies.

Cette information passe notamment par le rapport annuel prévu à l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Le gouvernement envisage que ce rapport comporte « des axes sur la situation financière » et les « relations avec les collectivités actionnaires », alors que la rédaction actuelle du texte se contente de viser les projets de modifications statutaires.

Mais plutôt que de décliner un nouveau rapport, le nécessaire renforcement de la qualité de l'information fournie à l'assemblée délibérante pourrait conduire à imposer la soumission à celle-ci du rapport de gestion, du rapport sur le gouvernement d'entreprise et, le cas échéant, du rapport sur la gestion du groupe, documents qui sont déjà établis par les EPL dans le cadre de l'approbation de leurs comptes annuels.

L'outil de transparence et d'information de l'actionnaire existe donc bien d'ores et déjà. En effet, ces rapports, dont le contenu a été réorganisé par les ordonnances n° 2017-1162 et 2017-1180 du 12 juillet 2017 (3), doivent notamment présenter non seulement la marche des affaires sociales pendant l'exercice écoulé, mais surtout une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires.

Ils doivent également décrire les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ainsi que l'activité des filiales. Dans ce cadre, il pourrait être pertinent que le conseil d'administration se prononce, dans ce rapport, sur son appréciation des conditions de quasi-régie (4) - lesquelles concernent notamment la situation des SPL -, conditions susceptibles d'évoluer dans le temps. Il devrait en être de même s'agissant de la pertinence et de l'appréciation des risques liés aux diversifications d'activité tout comme de la constitution de filiales. →

Ce qu'il faut retenir

► La Cour des comptes a adressé il y a quelques mois au Premier ministre un référé sévère sur les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales (EPL). Dans sa réponse beaucoup plus nuancée, Matignon annonce des évolutions législatives pour ces structures qui constituent un formidable levier économique au plan local.

► Objectifs : renforcer la transparence dans la gestion des entreprises publiques locales et la professionnalisation des acteurs.

► La rénovation annoncée du cadre juridique pourrait passer par un renforcement du rôle dévolu au commissaire aux comptes ; et par une extension du champ d'application de la procédure des conventions réglementées dans les EPL.

La professionnalisation accrue dans la gouvernance des EPL

La professionnalisation, encouragée depuis maintenant plusieurs années par la Fédération des EPL, passe par la formation des membres des organes de gouvernance des EPL aux spécificités de ces outils mixtes, afin de leur permettre d'améliorer la prise en charge des inévitables conflits décisionnels auxquels ils sont régulièrement confrontés.

Les collectivités et leurs groupements doivent aussi être à même d'appréhender les risques économiques liés au développement de nouvelles activités, notamment dans le cadre d'opérations de diversification, voire de filialisation dont certains exemples sont vertement dénoncés par la Cour des comptes. Rappelons que le préfet peut saisir la chambre régionale des comptes s'il constate qu'un risque financier pèse sur la société, la chambre disposant d'un délai d'un mois pour rendre un avis (5). Et que l'EPL et ses dirigeants peuvent être sanctionnés par la Cour de discipline budgétaire et financière et par le juge pénal.

Une rénovation du cadre juridique de contrôle des EPL

Dans sa réponse, le Premier ministre dessine le cadre de la refonte annoncée, qui passera par des modifications législatives destinées à rénover le cadre juridique et comptable des EPL. Ce renforcement ne pourra cependant se faire que dans le cadre constitutionnel applicable au droit des sociétés commerciales, notamment dans le respect de la liberté d'entreprendre, mais également dans le respect de la réglementation applicable aux collectivités et à leurs groupements.

S'agissant de l'élargissement de la mission des commissaires aux comptes, Maignon propose une extension, pour les EPL, du champ d'application de la procédure des conventions réglementées. Ces conventions, définies aux articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce, impliquent notamment l'autorisation préalable du conseil d'administration et la présentation, par les commissaires aux comptes, d'un rapport spécial à l'assemblée générale. Il s'agirait d'étendre le champ de ces conventions réglementées à l'ensemble des conventions et contrats de toute nature passés entre une EPL (ou l'une de ses filiales) et ses actionnaires. Cette proposition ne peut qu'être appuyée, au vu des risques personnels encourus aux plans civil et pénal par les dirigeants des EPL. En pratique, les professionnels recommandent que de telles conventions soient effectivement et par précaution incluses dans le périmètre des conventions réglementées.

La Cour des comptes sollicite également un renforcement des obligations des commissaires aux comptes vis-à-vis du préfet et des chambres régionales des comptes. A ce titre, les rapports des commissaires aux comptes (le rapport sur les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés, ainsi que le rapport sur les conventions réglementées) pourraient être transmis au préfet. S'agissant de la procédure d'alerte prévue aux articles L. 234-1 et suivants du Code de commerce (lorsque le commissaire aux comptes relève « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »), la Cour note à bon escient qu'elle n'implique pas suffisamment les collectivités locales, le préfet et les juridictions financières. Sur ce point, le gouvernement semble se tourner vers une obligation de saisine des juridictions financières, qui paraît pertinente.



En définitive, si à la suite de la revue des dépenses de l'IGA et du CGEFI, la Cour des comptes pose un regard très critique sur certaines pratiques constatées auprès d'EPL, exposant les collectivités actionnaires concernées à des risques importants, le gouvernement ne manque pas de relever la singularité de ces structures qui tout à la fois associent du capital public et parfois privé avec les règles du Code de commerce. Ainsi, de nombreuses dispositions en vigueur peuvent leur être mieux appliquées. D'autres mesures, nouvelles, visant à renforcer leur sécurité juridique, s'avèrent nécessaires.

Les EPL, déjà confrontées à l'énorme enjeu de la mise en œuvre de la réforme territoriale, ne sauraient voir leur mode de gestion souple et opérationnel remis en cause par un durcissement de leur régime actuel. Le caractère très limité des situations problématiques dénoncées par la Cour ne doit pas fragiliser une organisation qui a permis le développement d'initiatives locales et l'essor de nombreux projets locaux au service des citoyens. Au risque sinon de faire des EPL des structures en régie, qui n'auraient dès lors plus aucune raison d'exister. ●

(1) Le gouvernement avait parallèlement confié à l'Inspection générale de l'administration (IGA) et au Contrôle général économique et financier (CGEFI) la réalisation d'une revue des dépenses portant sur la maîtrise des risques par les EPL. Le rapport remis en juin 2017 et communiqué au Parlement « met largement l'accent sur la nécessité de renforcer les règles prudentielles et propose un mode opératoire, qu'il s'agisse de diffusion de bonnes pratiques, de mise au point de lignes directrices, et plus marginalement de modifications de textes, réglementaires ou législatifs » (<http://bit.ly/2lem5f5>).

(2) Pourvoi contre l'arrêt CAA Lyon, 4 octobre 2016, n° 14LY02753.

(3) Ordonnance portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés; et ordonnance relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

(4) Article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et article 16 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions.

(5) Article L. 1524-2 du CGCT.