

Le Premier Ministre

Paris, le 21 SEP. 2017

1837 / 17 / SG

à

**Monsieur le Premier président de la Cour des
comptes**

**Objet : Référé relatif aux insuffisances du cadre juridique et comptable applicable
aux entreprises publiques locales.**

Les chambres régionales et territoriales des comptes ont contrôlé depuis 2015 plus d'une cinquantaine d'entreprises publiques locales (EPL) dont quarante-neuf sociétés d'économie mixte locales.

Par courrier du 15 juin 2017, vous portez à ma connaissance les observations et recommandations émises à la suite de ces contrôles. La Cour estime que les EPL sont des « *instruments essentiels pour les collectivités territoriales* » mais « *ne sont pas suffisamment maîtrisés* » et que « *les mécanismes de leur contrôle, de leur transparence et d'évaluation de leur contribution à l'action publique territoriale devraient être repensés.* »

Je partage l'essentiel de ces constats.

Je rappelle qu'une mission a été confiée le 3 janvier dernier à l'inspection générale de l'administration (IGA) et au contrôle général économique et financier (CGFI) afin de réaliser une revue des dépenses portant sur la maîtrise des risques par les EPL. Les conclusions et les dix-huit recommandations de la mission rejoignent pour la plupart des observations de la Cour.

La Cour formule cinq recommandations portant sur le suivi et l'évaluation statistiques des EPL, leur champ d'intervention au regard des dernières réformes, la redéfinition de l'actionnariat public, les rémunérations et avantages des élus et des mandataires sociaux non élus et le rôle du commissaire aux comptes qui appellent de ma part les réponses suivantes.

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

Il me semble utile de rappeler qu'il n'existe pas d'obligations déclaratives sanctionnées permettant la constitution d'une base de données nationale sur les EPL et leurs filiales. La fédération des EPL (FédEPL) réalise chaque année une étude d'ensemble sur les EPL.

La mise en place d'un dispositif statistique de suivi et d'évaluation des EPL et de leurs filiales, tel que le recommande la Cour, pourrait contribuer à renforcer la visibilité des pouvoirs publics sur le secteur et faciliter l'identification de difficultés éventuelles de ces sociétés.

S'agissant du suivi des engagements juridiques et financiers complexes qui découlent de l'activité des sociétés d'économie mixte locale (SEML), la réglementation s'appliquant à elles relève du référentiel comptable des entreprises commerciales.

Les référentiels budgétaires et comptables du secteur public local prévoient l'enregistrement en comptabilité des participations et créances rattachées à des participations, des prêts accordés et des créances pour avance en garantie d'emprunt. Les collectivités sont soumises à une obligation de provision et certains engagements doivent en outre être retracés dans les annexes budgétaires et/ou du compte administratif des collectivités.

La Cour relève les risques pesant sur les collectivités actionnaires, en particulier en cas d'activités multiples et de filiales, ainsi que des insuffisances dans la fiabilité des engagements hors bilan des collectivités. Elle souligne également que les assemblées délibérantes des EPL *« doivent être destinataires chaque année d'un rapport dit « du mandataire » pour les éclairer sur la situation de l'entreprise. Dans les faits, cette disposition est appliquée de manière très variable. »*.

Aussi, afin d'améliorer le contrôle des EPL par les collectivités et groupements actionnaires, il pourrait être envisagé de mieux circonscrire les dispositions de l'article L.1524-5 du CGCT, notamment sur le contenu du rapport écrit remis au moins une fois par an à l'assemblée délibérante. Celui-ci pourrait comporter des axes sur la situation financière, les relations financières avec les collectivités actionnaires, l'actuelle rédaction insistant sur le fait que le rapport porte notamment sur les modifications de statuts.

Il doit être rappelé que le Comité de fiabilité des comptes locaux s'est attaché depuis 2012 à la problématique de la comptabilisation des engagements des collectivités et de leur appréhension des risques financiers. Un groupe de travail a permis de définir la notion d'engagements hors bilan (EHB) et d'en préciser le périmètre, la réglementation applicable, l'évaluation et le suivi. Ceci a donné lieu à la publication d'un guide en 2013 sous forme de onze fiches.

Plus récemment, en 2017, le Comité a publié des référentiels de contrôle interne (RCI) à destination des ordonnateurs portant sur les participations financières (compte 26) et avances et prêts (comptes 27). Le Comité a mis en évidence la nécessité de disposer d'un inventaire exhaustif et d'un suivi de la situation financière de tous les organismes bénéficiaires de participations, de prêts ou de garanties, dont la responsabilité du suivi incombe en premier lieu aux ordonnateurs des collectivités.

Ces deux RCI mettent également en exergue la nécessité, pour les collectivités locales, de constater des provisions en cas de risque avéré et de suivre annuellement leur évolution.

Par ailleurs, au regard des obligations rappelées plus haut, tant en matière de comptabilisation des participations, prêts, créances et provisions, d'une part, qu'en ce qui concerne la présentation des annexes des documents budgétaires et/ou du compte administratif d'autre part, la direction générale des finances publiques et la direction générale des collectivités locales appuient la démarche de certification des comptes des collectivités locales qui a vocation à porter une appréciation annuelle sur la qualité des états financiers :

- audit des processus à enjeux et analyse de la qualité des dispositifs de contrôle interne concourant à la fiabilité de l'information financière ;
- intervention d'auditeurs indépendants assujettis à des normes d'exercice professionnel reconnues, dont, le cas échéant la dénonciation de faits délictueux ;
- « contrainte » externe qui constitue un véritable levier de progression en matière de qualité comptable (dont l'approche patrimoniale).

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

La Cour propose de confier aux commissaires aux comptes la mission de vérifier que les conditions d'exemption des règles des marchés publics dans une relation de quasi-régie entre la collectivité et l'entreprise publique locale (EPL) sont bien remplies.

La quasi-régie est définie dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

S'il incombe déjà aux commissaires aux comptes le contrôle du respect de certaines dispositions légales (conventions réglementées, égalité entre les actionnaires), les vérifications nécessaires à la « certification » de l'existence d'une relation de quasi-régie semblent excéder, pour certaines d'entre elles, le cadre de compétences des commissaires aux comptes.

En effet, la notion de « contrôle analogue », différente de la notion de contrôle applicable aux sociétés commerciales n'est pas naturellement maîtrisée par les commissaires aux comptes et suppose une approche plus globale que celle qu'ils doivent adopter dans le cadre de leurs missions. Il en va de même pour l'analyse de l'activité effectuée dans le cadre de tâches confiées par la collectivité à l'EPL.

Par conséquent, les commissaires aux comptes ne semblent pas de prime abord à même de vérifier que les conditions d'une relation de quasi-régie sont bien satisfaites, sous réserve d'une analyse plus approfondie menée en concertation avec les représentants de la profession et le Haut Conseil du commissariat aux comptes. Cette vérification porte sur une relation juridique ; elle est d'une nature différente des missions de certification des comptes.

S'agissant des entreprises publiques d'aménagement, dont certaines bénéficient de la condition de quasi-régie¹, le rapport constate la fragilité du modèle économique des EPL caractérisées par la faiblesse de leurs fonds propres, au regard des risques qu'elles sont amenées à prendre, en particulier lorsqu'elles assument plusieurs activités. Cette situation est susceptible de faire peser un risque significatif sur les collectivités actionnaires en cas de difficultés financières ou économiques, notamment dans le cadre d'opérations complexes.

Les entreprises publiques locales (EPL) sont un acteur important du secteur du logement, en particulier du logement social et notamment en outre-mer où les principaux bailleurs sociaux sont des sociétés d'économie mixtes locales (SEML).

Depuis plusieurs années, une diversification croissante de l'activité de ces EPL vers des activités connexes, notamment dans le domaine de l'aménagement et de la promotion immobilière est observée. Ce mouvement est susceptible d'accroître la polyvalence de ces sociétés et peut être source de risques, en cas de difficultés sur ces segments d'activité spécifiques.

La fédération des EPL a mis en place un dispositif d'autocontrôle qui collecte chaque année des informations destinées à assurer une meilleure connaissance de l'activité des SEM immobilières. Ce dispositif est toutefois perfectible : il n'est pas harmonisé avec les dispositifs mis en place par d'autres fédérations d'organismes de logement social et il ne couvre pas l'ensemble des SEML intervenant dans le domaine du logement.

À cet égard, la mise en place d'un dispositif statistique de suivi et d'évaluation des EPL et de leurs filiales, tel que le recommande la Cour, pourrait utilement contribuer à renforcer la visibilité des pouvoirs publics sur le secteur et faciliter l'identification de difficultés éventuelles.

S'agissant des EPL intervenant uniquement dans le domaine du logement social, ces sociétés font l'objet d'un suivi spécifique. Ces sociétés doivent être obligatoirement agréées par le ministre chargé du logement, après avis du comité régional de l'habitat et de l'hébergement compétent pour la région dans laquelle la société a son siège, en vue d'exercer une activité de construction et de gestion de logements sociaux.

L'article L. 481-2 du code de la construction et de l'habitat (CCH) prévoit que l'activité de logement social des SEM agréées est régie par le droit applicable aux organismes de logement social de droit commun. Les agréments accordés peuvent être retirés en tout ou partie si la société agréée n'est plus en mesure du point de vue technique ou financier, d'assumer de façon satisfaisante, sur tout ou partie du territoire pour lequel elle est agréée, la mission au titre de laquelle elle a obtenu son agrément.

¹ Cf. notamment les sociétés publiques locales d'aménagement prévues par l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme et dont le périmètre d'intervention est défini par le code de l'urbanisme et le code de la construction et de l'habitation.

Par ailleurs, l'activité de logement social des SEML fait l'objet d'une comptabilité distincte, ce qui implique une individualisation du report à nouveau et des réserves du résultat de l'activité au sein de leur bilan. Les modalités de présentation du résultat de l'activité d'intérêt général du logement social sont définies par un règlement de l'autorité des normes comptables.

Enfin, comme les organismes de logement social, les SEML exerçant une activité de logement social sont soumises au contrôle de l'agence nationale de contrôle du logement social (ANCOLS) dans les conditions prévues aux articles L. 342-1 à L. 342-17 du CCH. Le représentant de l'Etat dans le département dispose d'un pouvoir de signalement à l'ANCOLS.

Partant du constat d'une sous-capitalisation des SEM dans les secteurs les plus capitalistiques comme l'aménagement, la construction et le logement social, la revue de dépenses sur la maîtrise des risques dans les EPL préconise par ailleurs une modification de l'article L. 1522-3 du code général des collectivités locales. Le montant minimum de capital social (225 000 euros pour les sociétés ayant pour objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et 115 000 pour les sociétés ayant dans leur objet l'aménagement) pourrait être relevé de manière substantielle afin que les actionnaires des EPL mènent à bien les études préalables nécessaires et recherchent les capitaux dont ils auront réellement besoin.

Au-delà du développement des EPL « multi activités », la pratique de développement de filiales, dont la Cour relève qu'elle s'écarte parfois des dispositions législatives et réglementaires qui l'encadrent, est également porteuse de risques potentiels pour les collectivités et leurs groupements qui en sont les actionnaires indirects.

La constitution d'EPL « multi activités » est encadrée par l'article L.1521-1 du CGCT qui la soumet à une exigence de complémentarité sous le contrôle du juge. La suppression de la clause de compétence générale et la nouvelle répartition des compétences des collectivités doivent en toute logique conduire à une réduction significative des dérives constatées par la Cour, les collectivités ne pouvant créer d'EPL que dans le cadre des compétences que la loi leur attribue².

La Cour estime également qu'il conviendrait que le champ d'intervention des EPL, de leurs filiales et participations détenues directement ou indirectement ne dépasse pas les seules compétences reconnues par la loi aux collectivités et groupements actionnaires et que leur intérêt à agir soit précisé.

A ce titre, je rappelle que l'article L. 1524-5 du CGCT soumet toute prise de participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale à accord exprès des collectivités ou groupements actionnaires. La circulaire du 29 avril 2011³ rappelle qu'il est impératif que la société dans laquelle est prise la participation exerce une activité entrant dans le champ de compétence de la SEML ou ayant un caractère complémentaire ou accessoire à son activité.

L'insertion d'une disposition législative restreignant la capacité de filialisation des SEML au titre d'une nouvelle dérogation au droit commun des sociétés pour les SEML nécessite d'être expertisée au regard du principe de la liberté d'entreprendre.

² Cf. point 2. sur l'évolution de l'actionariat des EPL sous la recommandation n°3.

³ Circulaire du 29 avril 2011 relative au régime juridique des SPL et des SPLA (NOR : COTB1108052C). Rép. Min n°7756 : JO Sénat, 5 avril 1990, p.723.

Concernant la prévention des risques financiers, le représentant de l'Etat apprécie si une prise de participation décidée par une SEML est susceptible de faire naître un risque financier grave pour la collectivité actionnaire et pourra le cas échéant saisir la chambre régionale des comptes conformément aux dispositions de l'article L. 1524-2 du CGCT.

En application de l'article L. 211-5 du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes peut procéder à la vérification des comptes des filiales d'EPL.

De façon globale, l'inscription comme priorité du contrôle de légalité d'objectifs clés sur la situation des EPL est une réflexion à mener au regard des moyens disponibles.

La circulaire du 25 janvier 2012⁴ identifie d'ores et déjà comme actes prioritaires au titre du contrôle de légalité les conventions de concession ou d'affermage, les contrats qui, du fait de leur complexité ou de leur nouveauté, nécessitent une attention particulière tels que les contrats de prestations intégrées et les contrats des collectivités avec les SPL.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la loi NOTRe et dans le prolongement de l'instruction du 22 décembre 2015 relative à la nouvelle répartition des compétences en matière de développement économique⁵, la circulaire du 26 janvier 2017 souligne la nécessité de s'assurer que les interventions menées par les collectivités via des EPL sont bien en conformité avec la loi NOTRe⁶.

Au-delà, ainsi que le préconise le rapport "revue des dépenses", la nouvelle Agence française anticorruption (AFA) pourrait être amenée à jouer un rôle pour développer l'information en direction des dirigeants d'EPL, notamment sur les risques pénaux.

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

La Cour estime que la mixité de l'actionnariat des SEML est très relative en raison de l'absence de différenciation parmi les actionnaires « privés » des personnes publiques des entreprises privées.

Hormis pour les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP), la mixité de l'actionnariat est définie par les articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT. Ces dispositions prévoient que les collectivités disposent de plus de la moitié du capital, la part des autres actionnaires étant nécessairement comprise entre 15% et 49% du capital.

Le législateur a ainsi entendu laisser aux collectivités et aux différents acteurs économiques une marge de manœuvre importante pour faciliter la constitution du capital des SEML et s'adapter aux spécificités des projets portés.

⁴ Circulaire du ministère de l'intérieur du 25 janvier 2012 portant définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité (NOR : IOCB1202426C).

⁵ Instruction du 22 décembre 2015

⁶ Instruction du Gouvernement du 26 janvier 2017 relative à l'exercice du contrôle de légalité sur les actions des collectivités territoriales en matière de développement économique et d'aides aux entreprises (NOR : ARCC1702552J).

Il est utile de rappeler le rôle particulier joué par la Caisse des dépôts et consignations (CDC) dans ce domaine. En effet, la CDC est présente dans près de la moitié des SEML et filiales de SEML en France avec un taux moyen de détention de capital de 15,9 % à fin 2016, ce qui fait de la CDC le premier actionnaire minoritaire derrière les collectivités locales.

Comme la Cour a eu l'occasion de le rappeler lors de ses contrôles sur le réseau et les participations de la CDC, ces investissements ont lieu dans des secteurs très variés et peuvent parfois présenter une rentabilité très faible voire négative. A ce titre et comme le recommandait la Cour, il est souhaitable que ces prises de participation soient limitées au cas où une défaillance de marché est avérée et soient systématiquement soumises à une analyse socio-économique.

Concernant les mécanismes législatifs de cessions des actions au capital des EPL en cas de transfert ou de perte des compétences des collectivités actionnaires, la Cour estime que le dispositif actuel contribue plus à figer l'actionnariat existant d'une EPL qu'à assurer sa mise en cohérence avec les objectifs de la réforme territoriale.

Les articles L. 1521-1 du CGCT et 133 (VII) de la loi NOTRe, permettent dans certains cas aux collectivités de continuer à participer au capital d'une EPL en dehors de leurs compétences dès lors qu'elles cèdent plus de deux-tiers de leur part de capital à la collectivité ou groupement nouvellement compétent.

Si ces dispositions permettent à certaines collectivités ayant transféré ou perdu une compétence de se maintenir au capital des EPL c'est à la condition qu'elles ne puissent conserver de minorité de blocage et que la collectivité compétente participe au capital. L'absence d'une telle faculté offerte aux départements par l'article 133 de la loi NOTRe aurait fragilisé davantage la situation économique des EPL soulignée par ailleurs par la Cour.

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent créer de SEML et de SPL que dans le cadre de leurs compétences en application des articles L. 1521-1 et L.1531-1 du CGCT. Les compétences partagées au sens de l'article L. 1111 - 4 du CGCT sont principalement limitées au sport, au tourisme et à la culture et ne permettent pas de contourner la répartition des compétences en matière de développement économique.

Sur le point des sociétés « multi-activités » et du lien qui doit être établi entre les compétences de chacun des actionnaires et les missions de l'EPL, il convient de signaler deux décisions de cours administratives d'appel qui ont retenu des positions différentes⁷ :

- la cour administrative de Nantes a retenu une position stricte : une collectivité ne peut participer à une SPL que si elle détient toutes les compétences correspondant à l'objet social de la société ;

- la cour administrative d'appel de Lyon a opté pour une approche un peu moins stricte : une collectivité ne peut participer à une SPL que si la partie prépondérante des missions de la société n'excède pas son domaine de compétence.

⁷ CAA de Nantes, 19 septembre 2014, Syndicat intercommunal de la Baie, n°13NT01683.
CAA de Lyon, 4 octobre 2016, SEMERAP, n° 14LY02753.

Une décision du Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi en cassation contre ce dernier arrêt, devrait permettre de clarifier davantage les conditions de participation des collectivités au capital des EPL « multi-activités » et d'en tirer toutes les conséquences en terme d'actionnariat.

Dans le cadre de cette recommandation, la Cour souligne le caractère trop peu contraignant des modalités de cession des actions et préconise qu'en cas de transfert de compétences, « *un mécanisme automatique de transfert des actions valorisées au coût historique inscrit dans les comptes de la collectivité ou du groupement cédant pourrait être créé par la loi au bénéfice du nouveau titulaire de la compétence. Ultérieurement, le cédant pourrait prétendre, en cas de vente des actions transférées, à une partie de la plus-value réalisée.* ».

Je souligne qu'il n'existe pas de disposition législative obligeant une collectivité à céder ou à racheter des actions d'EPL à une autre collectivité. La procédure, prévue par le CGCT, de mise à disposition des biens meubles et immeubles attachés à l'exercice d'une compétence transférée au profit de la collectivité nouvellement compétente, ne peut s'appliquer en droit commercial et plus particulièrement aux actions détenues au sein d'EPL. La procédure de transfert de propriété dans le cadre des transferts de compétence demeure exceptionnelle et facultative.

Le recours à un EPL relève du seul choix de la collectivité bénéficiaire de la compétence mise en œuvre. La collectivité dépourvue de compétence qui se maintiendrait au capital encourrait l'annulation de ses délibérations relatives à l'EPL.

Concernant le mécanisme consistant à accorder un droit au cédant qui « *pourrait prétendre, en cas de vente des actions transférées, à une partie de la plus-value réalisée* », le principe, outre la grande complexité de mise en œuvre, apparaît difficilement justifiable en termes de norme comptable dès lors que la collectivité d'origine a perdu la propriété et le contrôle de l'immobilisation cédée par la collectivité bénéficiaire du transfert. Le point serait à confirmer dans le cadre des travaux de rédaction du recueil des normes comptables en cours par le Conseil de normalisation des comptes publics.

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

La Cour rappelle que les règles du code de commerce relatives aux sociétés anonymes sont applicables aux SEML, sous réserve des dispositions particulières du code général des collectivités territoriales (art. L. 1522-1 CGCT).

Parmi ces règles particulières figure un plafonnement, par délibération préalable de l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement actionnaire, des rémunérations et autres avantages pouvant être accordés à l'élu qui représente cette collectivité ou groupement au conseil d'administration ou de surveillance de la société (art. L. 1524-5 al. 10 CGCT).

La Cour observe à ce titre :

- d'une part, qu'il existe une incertitude sur le champ et la nature des fonctions et des rémunérations objets de cette autorisation préalable, notamment pour la fonction de président-directeur général et pour les jetons de présence ;
- d'autre part, que l'élu mandataire social d'une SEM locale peut être membre des instances de direction des filiales de cette société, sans encadrement ni contrôle de la part de l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement actionnaire.

S'agissant du champ des rémunérations soumises à autorisation préalable, il me semble utile de préciser que le champ des fonctions et rémunérations couvertes par l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante peut être appréhendé en se reportant aux règles de droit commun applicables aux sociétés anonymes.

L'article L. 225-44 du code de commerce dispose que, hormis le cas des administrateurs salariés, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45 (jetons de présence), L. 225-46 (missions exceptionnelles), L. 225-47 (fonction du président) et L. 225-53 (fonctions de directeur général et de directeur général délégué). Une règle analogue est prévue pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance (art. L. 225-85 C.com).

Ainsi, l'application des règles de droit commun devrait conduire à ce que la rémunération dont le plafond est fixé par l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement couvre les jetons de présence et, par ailleurs, les rémunérations particulières afférentes aux fonctions de président, de directeur général ou d'un mandat réunissant ces deux fonctions.

Par ailleurs, les rémunérations ainsi définies et perçues par les élus locaux administrateurs d'EPL sont intégrées dans le calcul du plafond indemnitaire prévu aux articles L. 2123-20, L. 3123-18 et L. 4135-18 du CGCT et correspondant à une fois et demie le montant de l'indemnité parlementaire.

S'agissant de l'encadrement du cumul des mandats et des rémunérations dans les filiales et de la possibilité pour l'élu d'être mandataire social de filiales de la société d'économie mixte, il peut être rappelé que pour une personne physique, l'article L. 225-21 du code de commerce dispose que le nombre maximal de mandats d'administrateurs dans des sociétés anonymes ayant leur siège en France est de cinq. Toutefois, ne sont pas pris en compte pour le calcul de ce nombre les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16, catégorie qui inclut les filiales.

Il est donc avéré qu'en l'état actuel du droit, les assemblées délibérantes des collectivités que représente l'élu mandataire social d'une SEML ne peuvent limiter les possibilités pour celui-ci de siéger dans les organes sociaux de filiales de celle-ci.

Un encadrement pourrait être envisagé, par analogie avec le plafonnement des rémunérations mentionné ci-dessus.

Une mesure législative serait alors nécessaire pour introduire à l'article L. 1254-5 CGCT une dérogation à l'article L. 225-21 du code de commerce :

- soit pour limiter de manière générale le nombre de mandats pouvant être exercés par l' élu dans les filiales ou sociétés contrôlées par la SEM locale (solution a maxima) ;
- soit pour permettre à l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement de fixer ce nombre maximal dans une délibération préalable, à l'instar de la délibération qui fixe un plafond aux rémunérations (solution a minima).

La désignation de l' élu local par l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement actionnaire pour siéger au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la filiale directe ou indirecte de l'EPL ainsi que l'instauration d'une autorisation de rémunération par l'assemblée qui les a désignés et d'un écrêtement recommandés par la Cour nécessiteraient a minima une modification des articles L. 1524-5 et L. 2123-20, L. 3123-18 et L. 4135-18 du CGCT.

Les élus membres de ces sociétés filiales ne peuvent être considérés comme les mandataires des collectivités actionnaires de la SEML mère et ne peuvent ainsi être protégés par les dispositions de l'article L. 1524-5 du CGCT. Considérés comme des administrateurs de droit commun, ils sont soumis au même régime de responsabilité civile⁸ et pénale.

L'opportunité de l'extension des garanties légales réservées aux élus administrateurs d'EPL et aux élus administrateurs dans les filiales directes et indirectes d'EPL doit donc être évaluée. A défaut d'extension de ces garanties, il pourrait être rappelé les risques encourus par les élus dans l'exercice de ces fonctions et précisé la situation des élus administrateurs salariés de telles filiales.

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

La Cour observe que les assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires ne disposent pas d'informations sur les rémunérations et autres avantages accordés aux mandataires sociaux d'une entreprise publique locale par celle-ci ainsi que de par ses éventuelles filiales ou sous-filiales.

Elle déplore à ce titre que ces assemblées disposent de moins d'information que les actionnaires de sociétés cotées.

Selon le droit commun des sociétés anonymes, les mesures de transparence sur les mandataires sociaux sont limitées à une présentation à l'assemblée générale, de la « liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chaque mandataire social durant l'exercice » (art. L. 225-37-4 al. 1er C.com., antérieurement art. L. 225-102 al. 4 C.com). Cette obligation de transparence n'est pas assortie du détail des rémunérations.

⁸ Cf. Article L. 2253-5, L. 3231-8 et L. 4253-4 du CGCT.

Le cas est différent pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise présenté annuellement aux actionnaires comprend alors les rémunérations et avantages de toute nature, avec le détail de leurs éléments fixes, variables et exceptionnels, reçu de la société ainsi que des sociétés qu'elle contrôle ou, le cas échéant, de la société qui la contrôle (art. L. 225-37-2 C.com, antérieurement art. L. 225-102-1 C.com.).

La transparence voulue par la Cour consisterait à appliquer aux entreprises publiques locales un dispositif semblable à celui que le code de commerce impose aux sociétés cotées. Ce dispositif, qui implique des formalités significatives pour les sociétés, est institué non seulement pour responsabiliser les dirigeants mais aussi pour assurer une information pertinente des investisseurs et des parties prenantes. C'est pourquoi il n'est applicable qu'aux sociétés cotées. L'exigence de transparence a encore été renforcée en cette matière par la directive 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires. La mise en place de règles de transparence semblables pour les entreprises publiques locales est possible. Néanmoins, cela conduirait à éloigner ces entreprises, en particulier les SEML, du modèle de la société anonyme non cotée dont elles s'inspirent.

Pour l'instauration de telles règles, il devrait être établi que les spécificités des entreprises publiques locales au regard de l'action publique justifient un tel degré de transparence. Au demeurant, une certaine transparence est déjà possible en raison de la compétence des chambres régionales des comptes pour le contrôle de ces entités.

La mise en œuvre de la recommandation de la Cour, qui suppose une modification législative, ne rencontre pas d'obstacle juridique mais relève d'un choix d'opportunité et d'un examen de proportionnalité.

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

Je relève que la Cour décline cette recommandation selon quatre axes.

S'agissant de l'information en cas de détection d'irrégularités, la Cour constate que *« Les commissaires aux comptes n'ont aucune obligation d'information dans le cadre de leur mission de certification à l'égard du préfet comme des CRC s'ils détectent des irrégularités entrant dans le champ des dispositions spécifiques applicables à ces entreprises prévues par le CGCT ou à l'occasion de leurs diligences en matière de contrôle des rémunérations des dirigeants ou des conventions réglementées. »*

Il existe actuellement plusieurs cas où les commissaires aux comptes ont l'obligation de transmettre, à leur initiative, des informations à une autorité publique :

- L'article L. 823-12 du code de commerce dispose que les commissaires aux comptes doivent révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance.
- Les commissaires aux comptes sont assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (12° bis art. L. 561-2 du CMF). A ce titre, ils sont notamment tenus de déclarer au service traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN) les sommes inscrites dans les livres d'une société ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner

qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à 1 an ou sont liées au financement du terrorisme, ainsi que celles provenant d'une fraude fiscale lorsque certains critères sont remplis (art. L 561-15 du CMF).

- L'article 12 du règlement UE 537/2014 du 16 avril 2014 prévoit l'obligation pour les commissaires aux comptes de signaler aux autorités chargées de la surveillance de l'entité d'intérêt public qu'ils contrôlent (Autorité des marchés financiers -AMF et Autorité de contrôle prudentiel et de résolution - ACPR) toute information pouvant entraîner une violation significative des dispositions normatives régissant la poursuite des activités de l'entité, un risque ou un doute sérieux concernant la continuité d'exploitation de cette entité d'intérêt public ou encore un refus de certification ou une certification assortie de réserves.
- L'article 7 du règlement UE 537/2014 dispose que les commissaires aux comptes doivent signaler à l'entité dont ils certifient les comptes les irrégularités qu'ils ont constatées. Lorsque l'entité n'enquête pas sur l'affaire, ils doivent en informer les autorités en charge d'enquêter sur ces irrégularités (AMF, ACPR).

Ces mesures d'information sont à destination de l'autorité judiciaire ou d'autorités publiques chargées de procédures pénales ou de discipline. Il pourrait être envisageable que les commissaires aux comptes aient une obligation d'information à l'égard des assemblées délibérantes des collectivités et groupements actionnaires voire des chambres régionales des comptes.

Cette mesure pourrait par exemple s'inspirer de l'obligation d'information énoncée à l'article 12 du règlement UE 537/2014. En effet, un parallèle peut être établi entre les deux situations. D'une part, cet article s'applique aux entités d'intérêt public, c'est-à-dire aux entités présentant un risque systémique. La spécificité des EPL au regard de l'action publique et la nécessité d'en contrôler la gestion peuvent conduire, au regard du bilan dressé par la Cour, à mettre en place une procédure particulière. D'autre part, cet article prévoit une alerte des autorités chargées de la surveillance de l'entité (AMF, ACPR), surveillance comparable dans une certaine mesure à celle opérée par les juridictions financières pour les EPL.

Concernant la création d'un rapport spécial sur les conventions de toute nature, la Cour observe qu' *« un rapport annuel spécial du commissaire aux comptes sur l'ensemble des conventions et contrats de toute nature et leurs dispositions financières liant une entreprise publique à ses actionnaires pourrait être institué. Ce rapport concernerait également les filiales directes et indirectes d'une EPL. »*

Le droit positif prévoit, dans les sociétés anonymes, que le commissaire aux comptes doit rédiger un rapport spécial sur certaines conventions particulières liant la société à ses actionnaires ou dirigeants, définies selon des critères énoncés à l'article L. 225-38 et soumises à ce titre à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Selon les préconisations de la Cour, le commissaire aux comptes devrait établir un nouveau rapport spécial au périmètre plus étendu, dans la mesure où il couvrirait l'ensemble des conventions et contrats de toute nature.

Cette importante extension des missions du commissaire aux comptes devrait être soumise à un examen de proportionnalité et à la concertation de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Un des écueils manifestes à sa mise en œuvre serait, d'un point de vue pratique, l'accroissement des frais engendrés par cette mission en raison du surcroît d'honoraires.

En matière d'information de l'autorité publique lors de la mise en œuvre d'une procédure d'alerte, la Cour précise que « *Les commissaires aux comptes n'ont pas d'obligation, non plus, à l'égard des mêmes autorités lorsqu'ils mettent en œuvre une procédure d'alerte sur les comptes d'une EPL ou de l'une de ses filiales directes ou indirectes.* »

La procédure d'alerte existante prévoit que le commissaire aux comptes de la société doit attirer l'attention du président du conseil d'administration ou directoire des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. L 234-1 du code de commerce). A défaut de réponse, il invite par écrit, dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, les dirigeants à faire délibérer le conseil d'administration (ou conseil de surveillance). Il peut demander à être entendu par le président du tribunal de commerce.

L'extension des destinataires de l'alerte donnée par les commissaires aux comptes aux juridictions financières semble possible, au regard du rôle joué par ces autorités dans les EPL et du risque pour les finances des collectivités actionnaires des EPL en cas de défaut de la continuité d'exploitation.

Enfin, la Cour préconise de rendre les commissaires aux comptes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière. Elle constate que les commissaires aux comptes « ne sont pas non plus justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) pour les diligences intéressant les juridictions financières dans le cadre des missions qui leurs sont dévolues par la loi. »

Je rappelle que la CDBF est une juridiction administrative spécialisée chargée du contrôle de la gestion des finances publiques. Les ordonnateurs et les comptables publics, en sont les principaux justiciables. La CDBF réprime des infractions telles que l'engagement irrégulier de dépenses, l'imputation irrégulière d'une dépense pour dissimuler un dépassement de crédit ou encore l'octroi d'un avantage injustifié.

Eu égard à la mission de la CDBF et aux infractions qu'elle réprime, les commissaires aux comptes ne semblent pas devoir devenir des justiciables de cette dernière, dans la mesure où l'exercice de leurs missions ne les amène pas à s'immiscer dans la gestion directe de fonds publics. En outre, ils font l'objet d'une procédure disciplinaire particulière et sous soumis, dans ce domaine, à l'autorité du Haut Conseil du commissariat aux comptes.

Un dialogue pourrait néanmoins être instauré entre les juridictions financières et le Haut Conseil du commissariat aux comptes afin de sensibiliser ce dernier aux exigences spécifiques liées à leur intervention auprès des EPL et de lui permettre de mieux les appréhender dans le cadre des contrôles périodiques menés auprès des commissaires aux comptes.

Les propositions de la Cour supposent des mesures législatives. Quelles que soient les mesures envisagées pour accroître le rôle des commissaires aux comptes dans le contrôle des EPL et pour assurer une transmission pertinente d'informations aux autorités publiques, elles devront nécessairement être précédées d'un travail approfondi avec les représentants de la profession et le Haut Conseil du commissariat aux comptes.



Edouard PHILIPPE

