

ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Fortes de leur succès auprès des collectivités territoriales, les entreprises publiques locales (EPL) ne cessent de voir leur nombre croître, notamment dans le domaine touristique. Pourtant, elles restent un outil à manier avec précaution.

Libres de choisir la structure gestionnaire des services publics qui leur incombent, les collectivités territoriales et leurs groupements sont particulièrement séduits par les EPL, outils de coopération leur permettant de bénéficier de la souplesse des structures commerciales. Cette liberté octroyée aux personnes publiques n'est cependant pas sans limite. Il leur appartient en effet, dans le respect de leur champ de compétences respectif, d'en maîtriser l'organisation et le fonctionnement, au risque d'un danger pour les élus représentant les collectivités et groupements actionnaires dans les organes décisionnels de l'EPL.

REDÉFINITION DU CHAMP D'ACTION DES EPL

À la suite des réformes territoriales successives, les compétences des collectivités territoriales ont été accrues et réparties entre elles, conduisant à des modifications tant sur

l'actionnariat que sur les missions conduites par les EPL.

Conséquences de la redistribution des compétences sur l'actionnariat

Depuis la loi NOTRe¹, les interventions des différents niveaux de collectivités et groupements sont strictement délimitées. En effet, la clause générale de compétence a été supprimée pour les départements et régions, et de nombreuses compétences départementales ont dans le même temps été redistribuées aux régions et aux intercommunalités. Ces dernières ont également hérité de nombreuses compétences de la part des communes. Cela étant, certaines compétences restent partagées entre plusieurs échelons – telle que la compétence tourisme² –, par la loi ou par le fait qu'elles sont soumises à la définition d'un intérêt communautaire/métropolitain.

La redistribution des compétences découlant de ce nouveau cadre légal a inéluctablement eu des répercussions sur chacun des niveaux de collectivités territoriales et, par voie de conséquence, sur les structures porteuses de leurs interventions. Dans ces conditions et pour se conformer à ces évolutions, les collectivités territoriales ne doivent plus être actionnaires majoritaires des EPL dont les compétences formant l'objet social de l'EPL ont été transférées à d'autres personnes publiques. Pour ce faire, elles ont dû céder les deux tiers de leurs actions à la collectivité territoriale ou au groupement qui a hérité de la compétence ; ce qui peut en pratique poser certaines difficultés notamment en cas de désaccord sur la valorisation de l'action à céder.

Conformité de l'objet de l'EPL avec les compétences des actionnaires

Encore les réformes territoriales ont-elles implicitement obligé les collectivités territoriales à adapter l'objet social de l'EPL à leurs nouvelles compétences. À cet égard et après des années d'incertitude et de décisions jurisprudentielles contraires³, sur le fait de savoir si les personnes publiques pouvaient être actionnaires d'une EPL si elles n'exerçaient pas l'ensemble des compétences caractérisant l'objet social de la société, le Conseil d'État a porté un coup d'arrêt à l'intérêt et au développement des EPL. En effet, par sa décision du 14 novembre 2018⁴, la Haute Juridiction a considéré qu'une collectivité territoriale ne pouvait participer au capital d'une telle société que si l'intégralité de son activité relevait des compétences de ladite collectivité.

1. L. n° 2015-991 du 7 août 2015, JO du 8.

2. Domaine d'intervention privilégié des EPL puisque 25 % de ces entreprises ont pour objet le tourisme, la culture et les loisirs en 2019 (Fédération des EPL, « Les EPL par secteur d'activité », EPL Data 2019).

3. CAA Nantes, 19 sept. 2014, n° 13NT01683, JT 2014, n° 169, p. 11, obs. C. Devès ; CAA

Lyon, 4 oct. 2016, n° 14LY02753.

4. CE 14 nov. 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement des Combrailles*, req. n° 405628, Lebon.

5. L. n° 2019-463 du 17 mai 2019, JO du 18.

6. TFUE, art. 107, § 1.

7. En pratique et au regard de leur nature commerciale, les EPL ne se voient pas confier la gestion

d'activités exclusivement administratives.

8. CGCT, art. L. 1522-4.

9. CE 10 nov. 2010, *Communauté de communes du Nord du Bassin de Thau*, n° 313590.

10. CGCT, art. L. 1522-4 et L. 1522-5.

11. CGCT, art. L. 2252-1, L. 2252-2 et L. 2252-4 pour les communes ; CGCT, art. L. 3231-4 et L. 3231-4-1 pour les

Cette décision, conjuguée aux effets de la réforme territoriale, a amené le législateur à intervenir rapidement pour remédier aux difficultés rencontrées par les EPL. Le futur des EPL a été sécurisé en à peine six mois puisque la loi du 17 mai 2019⁵ autorise expressément des collectivités territoriales de niveaux différents à être actionnaires d'une même EPL à la seule condition que son objet social comprenne au moins l'une de leurs compétences ; ce qui permet de légitimer l'intervention d'une commune et de son intercommunalité au sein d'une même EPL.

PARTICIPATION DES COLLECTIVITÉS AU FONCTIONNEMENT INTERNE DE L'EPL

L'intervention des personnes publiques au sein des EPL se manifeste tant par leur faculté de financer, de manière plus ou moins directe, la société, que par leur association pour l'administrer et la gérer au quotidien.

Outils financiers à disposition des collectivités

Puisque les EPL du secteur touristique interviennent en principe sur un marché concurrentiel, elles sont, comme toute société commerciale, soumises à la réglementation sur les aides d'État⁶ et ne peuvent ainsi, sauf dérogations, bénéficier de concours financiers publics, sous quelque forme que ce soit. En dépit de cette interdiction de principe – qui encadre fermement le champ des possibles –, les collectivités disposent néanmoins d'un certain nombre d'outils leur permettant de soutenir financièrement les

EPL. D'abord, et sans prétendre à l'exhaustivité, les collectivités et groupements qui ont délégué à une EPL la gestion d'un service public industriel et commercial dont ils ont la charge⁷ – comme cela peut être le cas en matière de promotion du tourisme – peuvent, au regard des exigences du service public et des contraintes particulières d'organisation et de fonctionnement (accueil, tarifs, offre, accessibilité pour tous), leur octroyer des compensations de contraintes de service public.

En outre, les collectivités et groupements peuvent, en leur qualité d'actionnaires et au-delà de leurs apports initiaux, prendre part aux modifications du capital des EPL afin notamment d'augmenter ce dernier⁸, étant toutefois précisé que cette intervention ne doit pas en réalité dissimuler une aide prohibée⁹. Ils disposent également de la possibilité d'apporter un « coup de pouce » provisoire aux EPL en leur allouant, sous certaines conditions, des apports en compte courant d'associés¹⁰.

Par ailleurs, et sans nécessité qu'ils en soient actionnaires, les collectivités et groupements peuvent apporter leur garantie à un emprunt contracté par une EPL, sous réserve de respecter certains ratios fixés par les textes¹¹, ce qui n'est pas sans danger pour ces collectivités et groupements puisqu'ils sont tenus, en cas de défaillance de l'EPL, d'en supporter les conséquences financières.

Modalités de contrôle des collectivités

En tant qu'actionnaires de l'EPL, les collectivités sont tenues d'en assurer la bonne gestion et d'en contrôler l'administration.

Ce contrôle s'exerce aussi bien par l'assemblée délibérante des collectivités que par le biais de leurs représentants personnes physiques. En effet, il appartient aux collectivités et groupements de détenir tout ou partie du capital et des voix dans les organes de l'EPL¹². Cela se traduit par la présence dans les instances décisionnelles de l'EPL d'élus locaux, désignés par l'assemblée délibérante de la collectivité en son sein, aux côtés desquels siègeront, en présence d'un office de tourisme, des membres représentant les professions et activités intéressées par le tourisme ; un aménagement à ce principe ayant spécialement été apporté pour les SPL¹³.

Ces élus sont appelés à faire le lien entre leur collectivité d'origine et l'EPL. À cet effet, ils peuvent, à l'instar de tout administrateur, solliciter de l'EPL certaines informations concernant, à grands traits, sa gestion et sa situation financière¹⁴. Encore établissent-ils chaque année un rapport d'information sur le fonctionnement de l'EPL sur lequel les collectivités se prononcent¹⁵. Cela étant, outre le fait que le contenu de ce rapport est fort peu contraignant puisque portant « notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées », il n'est prévu aucune sanction en l'absence d'un tel rapport.

La maîtrise des collectivités sur l'EPL se manifeste également par le fait que toute décision de modification de l'objet social, de la composition du capital ou encore des structures des organes dirigeants de l'EPL requiert l'autorisation préalable de l'assemblée délibérante des collectivités actionnaires et ce, à peine de nullité¹⁶. ●●●

départements ; CGCT, art. L. 4253-1 et L. 4253-2 pour les régions ; CGCT, art. L. 5111-4 pour les EPCI.

12. Les collectivités territoriales et les groupements de collectivités territoriales doivent détenir plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants d'une SEM (CGCT, art. L. 1522-1) et la totalité du capital et des voix dans les organes

délibérants pour les SPL (CGCT, art. 1531-1).

13. C. tourisme, art. R. 133-19 et R. 133-19-1.

14. C. com., art. L. 225-117 et L. 238-1.

15. CGCT, art. L. 1524-5 al. 14.

16. CGCT, art. L. 1524-1.

17. Cour des comptes, Rapport « Les sociétés d'économie mixte locales », mai 2019.

18. Cour des comptes, Rapp. préc. ; Fédération des EPL, *Livre blanc sur l'économie mixte locale*, Coll. Études et perspectives, oct. 2019.

19. CGCT, art. L. 1524-5 al. 8.

20. CGCT, art. L. 1524-5 al. 11.

21. CGCT, art. L. 1524-5 al. 9.

22. CGCT, art. L. 1524-5 al. 12.

●●● Cependant, force est de constater qu'à l'exception de cette menace de nullité, le non-respect des obligations incombant aux élus mandataires ou aux collectivités elles-mêmes n'est que très peu assorti de sanctions¹⁷.

Autre critique, les collectivités demeurent impuissantes pour contrôler la rémunération des dirigeants des EPL qui n'ont pas la qualité d'élu. Plus de transparence en la matière serait donc la bienvenue¹⁸.

RISQUES PESANT SUR L'ÉLU MANDATAIRE

Cette participation publique dans la gestion des EPL n'est pas sans poser difficulté pour l'élu mandataire, conduisant ainsi à l'institution à son profit d'une protection renforcée, dérogoire au droit commun. Si une grande partie du chemin a été faite pour sécuriser sa participation aux organes de direction des EPL, toutes les difficultés juridico-pratiques n'ont cependant pas été réglées, de sorte que des zones de risques à ne pas négliger subsistent en la matière.

Protection de l'élu mandataire

Conscient des écueils générés par ce double mandat, le législateur a progressivement instauré un régime protecteur au profit des élus locaux mandataires des EPL.

En ce sens, la responsabilité civile résultant de l'exercice des fonctions de mandataire incombe à la collectivité ou au groupement représenté. En d'autres termes, puisque les élus mandataires ne siègent pas en leur nom propre au sein des organes de l'EPL, la responsabilité de la collectivité ou du grou-

pement se substitue à leur responsabilité civile personnelle¹⁹.

En outre, il est permis aux élus locaux de prendre part au vote lorsque la collectivité dont ils sont issus délibère « sur ses relations avec la société » sans être considérés comme « intéressés à l'affaire » et, par conséquent, sans entacher la délibération d'illégalité²⁰.

Ne pouvant être qualifiés d'entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, les élus locaux sont également protégés contre le risque d'inéligibilité et d'incompatibilité²¹.

Ils ont enfin l'interdiction de participer aux commissions d'appel d'offres quand la société d'économie mixte au sein de laquelle ils sont mandataires est candidate à un marché public ou à une délégation de service public de la collectivité²². Cela permet de restreindre – sans pour autant les éliminer – les situations susceptibles de caractériser l'infraction d'octroi d'avantage injustifié (autrement appelé délit de favoritisme) ou de prise illégale d'intérêts. La relation collectivité/SPL n'est en principe pas concernée par ces dispositions puisqu'elle s'inscrit, sous réserve que les conditions posées par les articles L. 2511-1 et suivants du code de la commande publique soient satisfaites, dans le cadre du mécanisme de la quasi-régie.

Risque pénal subsidiaire

Ces protections ponctuelles ne confèrent pas une immunité totale au profit des élus qui doivent rester vigilants, et ce d'autant que les menaces pesant sur ces derniers sont pénales.

Tout d'abord, la protection contre la qualification de « conseiller intéressé à l'affaire » ne protège pas l'élu contre le délit de prise illégale d'intérêts ; ces deux qualifications étant parfaitement autonomes²³. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que si la participation d'un élu aux travaux préparatoires et à la délibération l'autorisant à percevoir une rémunération de la part d'une société d'économie mixte n'entachait pas d'illégalité ladite délibération, elle était en revanche constitutive d'une prise illégale d'intérêts²⁴. Suivant cette logique, il pourrait tout à fait être imaginé que la participation d'un élu à une délibération portant sur un projet de convention avec une EPL soit « assimilée » à une prise illégale d'intérêts et réprimée comme telle²⁵, éventuellement susceptible d'entraîner également un favoritisme.

Enfin, il faut garder à l'esprit que les élus locaux mandataires des collectivités actionnaires n'échappent pas – à l'instar de tout mandataire de droit commun – aux infractions propres au droit des sociétés (abus de biens sociaux, banqueroute, etc.). ■



AUTEUR Morgane Kermarrec
TITRE Avocat, Cabinet Goutal, Alibert & associés

23. Rép. min. à P. Kaltenbach, *JO Sénat* du 19 juin 2014, n° 11788, p. 1471.

24. Crim., 8 juin 1999, n° 98-82608.

25. S. Brameret, « Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière », *JCP Adm.*, n° 4, 21 janv. 2013, p. 2014.

AUTEUR Laure Deswarte
TITRE Avocat, Cabinet Goutal, Alibert & associés

