

# Avec

**LES EXPERTS COMPTABLES**

**LETRE D'INFORMATION AUX COLLECTIVITÉS LOCALES**

N° SPECIAL CONGRES DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE - NANTES

Semaine du 6 octobre 2003

## EDITO

### **Les comptes combinés : une opportunité à saisir pour mesurer une politique publique**

La loi du 2 janvier 2001 (n°2002-1) permet à une SEML d'intervenir sur le développement économique du territoire d'une collectivité locale et de recevoir des subventions lui permettant d'apporter une aide à la promotion économique ou à la gestion de services communs aux entreprises.

Les collectivités n'avaient pas attendu ce texte pour aider les entreprises. Ainsi, la décentralisation avait-elle tenté une répartition des compétences entre les niveaux des différentes collectivités. Une longue série de textes a permis de clarifier ces interventions dans le domaine concurrentiel. Il demeure toutefois difficile de mesurer l'impact global d'une politique publique qui peut emprunter plusieurs voies dont certaines apparaissent diffuses.

L'évaluation de la politique publique de soutien économique d'une collectivité territoriale était jusqu'à présent très complexe à établir. Un début de réponse à cette question récurrente est fourni par le règlement du Comité de la réglementation comptable, le C.R.C., n°2002-12 et par l'avis du Conseil national de la comptabilité, le C.N.C., n°2002-13 portant sur l'établissement des comptes combinés. Ces deux textes viennent compléter le règlement n°99-2 du C.R.C. relatif à la consolidation des comptes des entreprises, lorsque la globalisation, sur un plan comptable de l'ensemble des structures visées, ne peut être qualifiée de « comptes consolidés ».

Une collectivité peut désormais légitimement demander une « combinaison » des comptes sociaux et des comptes rendus financiers des entités qu'elle soutient financièrement par différents concours, subventions, allègements de taxe, concours en nature, aides directes ou indirectes...Il suffit, pour entrer dans un périmètre d'une combinaison, que la collectivité soit liée par un contrat avec une entité satellite.

L'article L. 1523-7 du C.G.C.T. dispose notamment : « ...Une convention fixe les obligations contractées par les sociétés d'économie mixte en contrepartie de ces aides... ». Cette convention, obligatoirement liée à tout versement de subvention prévu dans le cadre de la loi du 2 janvier 2001, fait entrer potentiellement ce type de SEML dans un périmètre de combinaison.

Il reste à la collectivité à organiser la construction des réponses à obtenir. En effet, la convention de versement doit organiser la reddition d'information et, pour être combinables, les informations provenant des satellites de la collectivité, censés agir sur le développement économique du territoire, doivent posséder la même architecture. Il faut donc, en amont, savoir organiser les éléments de réponse. De plus, toute information a un coût et il est essentiel que seules soient posées les questions dont les réponses apportent une information exploitable et utile à l'objectif poursuivi.

La combinaison des informations financières doit relever de professionnels comptables compétents qui pourront aider la collectivité à harmoniser la reddition des dites informations dans un objectif de meilleure maîtrise de l'impact de sa politique et des fonds publics en jeu.

**Joseph ZORNIOTTI**

Vice-président du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables  
Président du Comité « Collectivités locales » et du Club « Secteur public »

## SOMMAIRE

**CIRCULAIRE SUR LES SEML : UN POINT SUR LES RELATIONS FINANCIÈRES  
AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

**PHILIPPE GIAMI**  
Expert-comptable  
Commissaire aux comptes

**PAGE 3**

**AMORTISSEMENT ET DEPRECIATION DES ACTIFS :  
REGLEMENT N° 02.10 DU CRC DU 12 DECEMBRE 2002 ET  
AVIS DU COMITE D'URGENCE DU 9 JUILLET 2003  
LES SEML SONT CONCERNEES !**

**MARC OUZOULIAS**  
Expert-comptable

**PATRICK RIGAUDIERE**  
Chef de Mission

**PAGE 5**

**LA DETERMINATION DU RESULTAT A TERME DE LA CONVENTION PUBLIQUE  
D'AMENAGEMENT :**

**QUELLES CONSEQUENCES SUR LES COMPTES DES SEM D'AMENAGEMENT ?**

**MONIQUE AMBAL**  
Avocate à la Cour

**GERARD JOLLY**  
Expert-comptable

**PAGE 6**

**LES CONTRATS DE MANDAT AU CŒUR DES SEML :  
UN OUTIL A PRIVILEGIER ?**

**DELPHINE KRUST**  
Avocate à la Cour

**STEPHANE PENAUD**  
Avocat à la Cour

**PAGE 11**

**L'ACTUALITE DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE LOCALES**

**MARIE-YVONNE BENJAMIN**  
Avocate à la Cour

**PAGE 14**

## **CIRCULAIRE SUR LES SEML : UN POINT SUR LES RELATIONS FINANCIÈRES AVEC LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

L'objet de la circulaire du 20 novembre dernier du ministre délégué aux libertés locales porte sur « le régime juridique des SEML ». Une large part de son contenu (la première partie) est consacrée aux relations financières entre ces sociétés et les collectivités territoriales. Cette circulaire de présentation des dernières réformes (loi « SRU », « NRE » et sur les SEML) est l'occasion de distinguer le financement public qui bénéficie aux activités des SEML et à celles-ci.

### **Le financement des activités traditionnelles des SEML**

Pour le logement social, la loi dite « SRU » a, en introduisant les articles L. 1523-5 et 1523-6 au CGCT, conforté le fondement légal d'apports de financement aux SEML. L'idée générale est que l'argent public aide suffisamment l'investissement pour que l'exploitation des logements soit durablement équilibrée.

L'article L. 1523-5 du CGCT prévoit les avances et les subventions **d'investissement** pour le logement social. Les formalités exigées pour de tels apports de fonds sont simples : la conclusion d'une convention entre la SEML et la collectivité territoriale et une décision de l'assemblée délibérante de cette dernière.

Un financement **d'exploitation**, sous forme de subvention, est aussi possible mais seulement dans des circonstances exceptionnelles. Selon l'article L. 1523-6 du CGCT, sont concernées les opérations financées selon les termes de l'article L. 1523-5 et connaissant des difficultés. Les subventions que les collectivités peuvent verser sont à accompagner de mesures de redressement. Enfin la décision de la collectivité territoriale est prise sur la foi d'un rapport de la société et d'un, du commissaire aux comptes.

Pour l'aménagement, c'est encore la loi « SRU » qui a modifié le cadre juridique des opérations de cette nature en instituant la convention publique d'aménagement, régie par les articles L. 300-4 et L. 300-5 du code de l'urbanisme. L'idée générale est de conforter les financements déjà existants mais d'éviter que les collectivités territoriales aient de « mauvaises surprises » du fait des opérations confiées à leurs SEML.

La participation des collectivités territoriales à l'équilibre du bilan d'une opération d'aménagement reste possible ; il est seulement exigé qu'elle soit clairement identifiée et évaluée dans le contrat. Et l'on sait que la seule façon pour une collectivité de conclure un contrat est de le soumettre à son assemblée délibérante.

L'occasion a été saisie de conforter la légalité des avances des collectivités territoriales à leurs SEML en charge d'opérations d'aménagement. Ces avances présentent un intérêt certain pour apporter à l'opération une trésorerie moins onéreuse que le recours à l'emprunt. L'on sait que même si la collectivité qui consent l'avance doit recourir à l'emprunt pour la financer, elle bénéficiera de meilleures conditions de la part de son banquier puisque son « risque » est moindre que celui de la SEML : lorsque la SEML emprunte, elle ne peut présenter au banquier de garantie de la collectivité territoriale que portant, au mieux, sur 80 % de sa dette.

Assez curieusement, le financement des équipements devant revenir aux collectivités territoriales par le biais du « FCTVA » est mentionné dans la quatrième partie de la circulaire. Sans doute la raison en est-elle qu'il s'agit plus d'un financement des collectivités territoriales à la charge de l'État que d'un financement des opérations d'aménagement des SEML.

Pour la gestion de services publics, les textes récents n'ont pas apporté d'innovation et la circulaire se borne à renvoyer aux articles L. 2224-1 et L. 2224-2 du CGCT. Les collectivités territoriales peuvent subventionner les services publics industriels et commerciaux lorsqu'il n'est guère envisageable ou voulu que l'usager en paie le coût réel.

### **Le développement économique : une activité nouvelle pour les SEML ?**

C'est la loi de 2002 sur les SEML qui leur ouvre la voie d'une activité de promotion économique d'un territoire ou de services communs aux entreprises par l'institution d'un article L. 1523-7 dans le CGCT qui précise bien qu'il ne s'agit pas de financements relevant des aides économiques aux entreprises.

S'agissant de la promotion économique d'un territoire, l'on aurait pu penser que le dispositif antérieur suffisait pour recourir à une SEML : les collectivités territoriales peuvent toujours user d'un marché de prestation de services ou d'un mandat. Mais il est probable que ces solutions n'ont pas été

estimées suffisamment sûres et confortées légalement.

Pour les services communs, il s'agit de fournir aux entreprises des prestations dont le coût ne leur est pas entièrement facturé. Mais, et la circulaire le souligne, ce ne sont pas des aides économiques... Sans doute, l'objet est-il de créer ou de renforcer quelques SEML dont la principale mission sera de servir de moteur au développement économique de territoires.

### Le financement des SEML

Indépendamment de leurs activités (la circulaire parle de leurs contrats avec les collectivités territoriales), les SEML peuvent bénéficier d'autres financements. Il s'agit, en premier lieu du capital social et la loi de 2002 a renforcé la prédominance des collectivités territoriales qui peuvent en détenir, jusqu'à 85 %. Mais, au delà de cette évolution, limitée dans ses effets, le principal apport de la loi a été d'autoriser les comptes courants d'actionnaires. Les apports sous forme de compte courant sont soumis à des conditions. Sur la forme, il faut qu'une convention soit passée entre la SEML et la collectivité qui précise l'objet, la nature et la durée de l'apport ainsi que ses modalités (terme, rémunération...). Sur le fond, de tels apports sont de deux ans au plus (durée renouvelable une fois) et doivent, à leur terme, être remboursés ou incorporés au capital social. Ils ne peuvent exister si les pertes de la SEML ont ramené ses capitaux propres à moins de la moitié de son capital et ne peuvent excéder, pour la collectivité, 5 % de ses recettes réelles de fonctionnement. Si ces diverses conditions sont simples, encore faut-il savoir l'usage qui sera fait de ces fonds.

Pour toutes les activités de la SEML qui nécessitent des investissements importants que leur exploitation recommande de financer par fonds propres (le logement social ou certains services publics), la technique de l'apport en compte courant n'est pas adaptée si le « retour sur investissement » est attendu à un terme de plus de 2 ans.

Pour les opérations d'aménagement, cette technique pourrait se justifier dans le cas de conventions privées puisque sous convention publique, l'on peut recourir aux participations et aux avances. Mais, ici encore, il est peu probable que le terme de 2 ans (ou même 4 ans) de telles avances les rende praticables.

Peut-être ce mode de financement serait-il adapté aux opérations d'accession sociale à la propriété. Mais l'on sait que cette activité a été plutôt

délaissée par les SEML (à l'exception de celles de l'outre-mer) et la question se pose alors du sort du compte courant en cas de perte de l'opération car il sera alors difficile de le rembourser. Il resterait la solution de le transformer en capital social avant de le réduire pour éponger les pertes. Il est douteux que cette solution ait les faveurs du rédacteur de la circulaire. Ce serait conforter la technique des comptes courants pour financer les activités nouvelles alors qu'un obstacle de taille demeure : il n'est pas prévu qu'ils puissent être perdus dans le dispositif réglementaire en place.

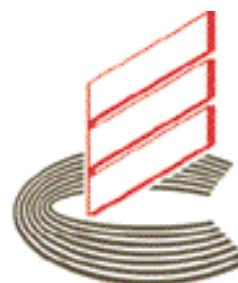
### En définitive : rappel des principes et nouveautés

Sur le financement des opérations traditionnelles des SEML (logement social, aménagement et services publics), les réformes récentes – la circulaire s'en fait l'écho – n'ont pas apporté de grandes nouveautés. Il s'est plutôt agi de conforter les pratiques observées qui ont parfois fait l'objet des foudres de la jurisprudence.

La nouveauté porte sur le financement des SEML de promotion économique et de services communs aux entreprises. Et tout se passe comme si la volonté est de confier ces activités à des SEML, parce qu'elles relèvent de la puissance publique.

Quant aux comptes courants qui étaient une réclamation ancienne de ces sociétés et des collectivités, le verrou a sauté. Mais il reste maintenant à voir ce que la pratique en fera et surtout si ce mode de financement viendra en complément des autres ou s'il se développera sur des activités nouvelles des SEML.

**Philippe GIAMI**  
Expert-comptable  
Commissaire aux Comptes  
**COMPTES**



## **AMORTISSEMENT ET DEPRECIATION DES ACTIFS**

**Règlement n°02.10 du CRC  
du 12 décembre 2002**

**et**

**Avis du comité d'urgence du 9 juillet 2003**

**LES SEML SONT CONCERNEES !**

### **UN MONDE QUI BOUGE**

Nous sommes régulièrement informés d'avis rendus par le Conseil National de la Comptabilité (CNC) et par le Comité de la Réglementation Comptable (CRC), mais il faut reconnaître que la liste des avis et recommandations liées aux normes IAS/IFRS est importante.

D'ailleurs, on ne parle déjà plus de normes IAS mais IAS/IFRS. Ce changement de terminologie n'a aucune incidence sur le fond. Les normes existantes au 1<sup>er</sup> avril 2001 s'appellent IAS et les nouvelles, postérieures à cette date, sont IFRS (Normes Internationales d'Information Financière – International Financial Reporting Standards).

L'année dernière, dans ces mêmes pages, nous évoquions le règlement n° 00-06 du CRC sur les passifs qui a particulièrement intéressé dirigeants et services financiers des SEML car il traitait des provisions pour grosses réparations (PGR). Depuis il a été publié le règlement n° 02-10 du CRC du 12 décembre 2002 relatif à l'amortissement et à la dépréciation des actifs.

Bien entendu, ces règlements découlent des normes IAS/IFRS.

Rappelons que l'avis sur les passifs, devait être applicable à compter des exercices ouverts au 1<sup>er</sup> janvier 2002. Finalement certaines dispositions ont été repoussées aux comptes ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005, c'est à dire la même date d'entrée en vigueur de l'avis sur les actifs.

Ce report est le bienvenu car il est effectivement préférable pour une SEML de gestion locative de traiter dans son ensemble le problème de la PGR et des amortissements de ses immeubles et composants.

En revanche, la mise en application de cette nouvelle réglementation pose quelques questions où, pour l'instant, les réponses ne sont que partielles .

### **LE REGLEMENT 02-10 DU CRC**

Il ne nous a pas semblé nécessaire de reproduire dans ses pages l'intégralité de ce règlement, mais c'est une **refonte totale de l'approche comptable sur les immobilisations et amortissements.**

Nous conseillons les directions comptables de le consulter puis d'interroger si besoin leur expert comptable.

**Toutefois, nous attirons votre attention** sur l'article 322-3 du dit règlement qui se détaille ainsi :

Lorsque des éléments constitutifs d'un actif sont exploités de façon indissociables, un plan d'amortissement unique est retenu pour l'ensemble de ces éléments.

Cependant, si dès l'origine, un ou plusieurs éléments ont chacun des utilisations différentes, chaque élément est comptabilisé séparément et un plan d'amortissement propre à chacun de ces éléments est retenu.

Les éléments principaux d'immobilisations corporelles devant faire l'objet de remplacement à intervalles réguliers, ayant des utilisations différentes ou procurant des avantages économiques à l'entreprise selon un rythme différent et nécessitant l'utilisation de taux ou de modes d'amortissement propres, doivent être comptabilisés séparément dès l'origine et lors des remplacements.

### **QUELQUES COMMENTAIRES**

- On comprend aisément à la lecture de cet article que l'amortissement des immeubles pour une SEML de gestion locative, par exemple, devra être décomposé en plusieurs secteurs qui tiendront compte de la durée de vie de chaque composant du bien (ascenseurs, toitures.....)

- Les services financiers, en étroite collaboration avec les directions techniques pourront évaluer le coût réel de chaque composant des futurs programmes. Par contre, la reconstitution du coût historique d'un immeuble mis en location depuis des décennies risque d'être beaucoup plus difficile ; faudra-t-il opérer des modifications sur l'antériorité ?

- Cela ne va-t-il pas engendrer des compléments d'amortissements à comptabiliser ? On ne mesure sans doute pas encore l'incidence totale de cet article sur les équilibres financiers des SEML compte tenu de possibles modifications comptables et/ou fiscales

- Autre question majeure, pour laquelle le Comité d'urgence du CRC a rendu un avis en date **du 9 juillet 2003 (1)**, est de connaître les modalités de comptabilisation des composants lorsque le règlement deviendra applicable.

### **...L'ACTUALITE TOUJOURS...**

Une première méthode consistera à reconstituer le coût historique en collectant les factures d'origine ou afférentes au dernier remplacement. S'il est impossible d'identifier les factures d'origine, les services financiers **avec l'aide des services techniques** pourront selon le CRC « décomposer les valeurs brutes des immobilisations selon la répartition du coût actuel à neuf en fonction des données techniques ».

### **IL VA FALLOIR ANTICIPER....**

L'autre méthode consistera à réallouer les valeurs nettes comptables actuelles pour reconstituer les composants de l'actif.

Autrement dit en fonction d'éléments actuels qui émaneront encore une fois des directions techniques, il faudra déterminer le pourcentage que représente chaque composant dans la valeur nette comptable du bien.

Puis toujours par composant procéder à une ventilation et appliquer une nouvelle politique d'amortissement avec des durées différentes (les amortissements passés ne devront pas être modifiés).

### **ENFIN**

**Le CNC par un communiqué en date du 5 septembre 2003** précise qu'il proposera au CRC une modification d'un article du règlement 02.10 du 12 décembre 2002, **concernant les mesures transitoires** qui peuvent être prises avant l'entrée en vigueur des textes.

Comme vous pouvez le constater des précisions ne cessent d'être apportées.

Il est donc fort probable que d'autres compléments d'informations seront donnés fin 2003 et dans le courant de l'année 2004. **Mais dès aujourd'hui les SEML doivent se donner les moyens afin d'être fin prêtes au 1<sup>er</sup> janvier 2005.**

**Marc OUZOULIAS**  
Expert-comptable  
Commissaire aux Comptes

**Patrick RIGAUDIERE**  
Chef de mission  
**COEXCO**

(1) Dans cet avis, figurent également des informations sur les PGR.

## **LA DETERMINATION DU RESULTAT A TERME DE LA CONVENTION PUBLIQUE D'AMENAGEMENT**

### **QUELLES CONSEQUENCES SUR LES COMPTES DES SEM D'AMENAGEMENT**

Le traitement comptable des opérations et actions d'aménagement a fait l'objet d'une action de normalisation en 1999 par le Comité de la Réglementation comptable<sup>1</sup>.

Ce texte reposait sur un principe juridique qui scindait en 2 catégories les concessions d'aménagement : les concessions aux risques et périls du concédant et celles aux risques et périls du concessionnaire. Lorsque la convention prévoyait que la concession était aux risques et périls du concédant le résultat propre de la SEM était égal à 0<sup>2</sup>. Cette distinction juridique trouvait son origine dans le cahier des charges type de 1977 approuvé par le décret 77-204 du 18 février 1977.

La loi SRU de décembre 2000 est venue à notre avis remettre en cause cette distinction en apportant un certain nombre de réponses tant dans le domaine du régime des subventions que dans celui du contrôle par l'autorité concédante de l'opération confiée à une SEM.

Ce texte va également apporter une autre interprétation comptable du traitement des

<sup>1</sup> Règlement 99-05 du 13 juin 1999

<sup>2</sup> à condition que la SEM se soit conformée aux dispositions de l'article 5-2 de la loi du 7 juillet 1983 sur les SEML (élaboration et transmission régulière d'un compte rendu annuel à la collectivité concédante

opérations d'aménagement du fait de la remise en cause de l'ancienne notion d'opération aux risques et périls du concédant.

### Une première vision : l'analyse juridique de l'évolution

Lors de la parution de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite loi « SRU ») la plupart des commentaires de doctrine ont porté sur la nouvelle rédaction du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme qui transforme l'ancienne concession d'aménagement en convention publique d'aménagement<sup>3</sup>.

Ces commentaires sont restés relativement discrets sur les conséquences à tirer du nouvel article L. 300-5 du code de l'urbanisme issu de l'article 10 de la loi<sup>4</sup>. Or cet article constitue un véritable tournant dans la pratique de l'aménagement public.

Dans le régime antérieur à la loi SRU, la plupart des traités de concessions d'aménagement prévoyaient que la collectivité concédante prenait en charge le risque financier final de l'opération<sup>5</sup> sans véritablement être en mesure de l'évaluer au

moment de la signature de la convention<sup>6</sup>. De la sorte, si le solde d'exploitation établi en fin d'opération s'avérait positif, le concessionnaire devait le reverser directement à la collectivité. Si le solde s'avérait négatif, la collectivité concédante devait verser, pour combler le déficit, une participation.

Cette pratique était devenue si courante que l'on en faisait un critère de distinction déterminant entre les concessions d'aménagement et les conventions d'aménagement dites « de droit commun » visées au premier alinéa de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme.

Par ailleurs, seules les SEM concessionnaires étaient soumises à un contrôle particulier des collectivités cocontractantes au titre de l'ancien article L. 1523-3 du code général des collectivités territoriales<sup>7</sup>. Mais le compte rendu annuel des comptes que devait présenter la SEM à son cocontractant n'était pas soumis à approbation de l'assemblée délibérante de la collectivité, ce qui en réduisait l'impact<sup>8</sup>.

L'évolution de la conjoncture notamment à partir de la fin des années 80, mais aussi l'évolution de la nature des opérations traitées qui trouvaient de moins en moins leur équilibre dans la cession de terrains aménagés comme cela avait été le cas au cours des décennies précédentes<sup>9</sup>, ont amené les personnes publiques à devoir s'impliquer financièrement de plus en plus fréquemment dans les opérations d'aménagement concédées.

Cette intervention pouvait avoir deux sources :

La première venait, bien entendu, de la collectivité concédante dans le cadre de sa prise en charge du risque financier de l'opération comme dit précédemment. La seconde venait d'autres collectivités non parties à la concession qui

<sup>3</sup> Rappelons que désormais, aux termes des deux premiers alinéas de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme :

« L'Etat, les collectivités locales ou leurs établissements publics peuvent confier l'étude et la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent livre à toute personne publique ou privée y ayant vocation.

**Lorsque la convention est passée avec un établissement public, une société d'économie mixte locale définie par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, ou une société d'économie mixte dont plus de la moitié du capital est détenue par une ou plusieurs des personnes publiques suivantes : Etat, régions, départements, communes ou leurs groupements, elle peut prendre la forme d'une convention publique d'aménagement. Dans ce cas, l'organisme cocontractant peut se voir confier les acquisitions par voie d'expropriation ou de préemption, la réalisation de toute opération et action d'aménagement et équipement concourant à l'opération globale faisant l'objet de la convention publique d'aménagement.(...) »**

<sup>4</sup> Voir toutefois Sociétés d'économie mixte – Un nouveau cadre de financement – Le Moniteur 21 février 2003 p. 76.

<sup>5</sup> Cette possibilité était offerte par l'article 22 du cahier des charges type de concession approuvé par le décret n° 77-204 du 18 février 1977 modifié par le décret n° 77-757 du 7 juillet 1977 auquel la quasi totalité de la doctrine a continué à se référer après la loi du 2 mars 1982 sur les droits et libertés des communes, des départements et des régions qui lui a enlevé son caractère obligatoire, pour fixer le régime des concessions d'aménagement.

<sup>6</sup> Le bilan prévisionnel de l'opération annexé à la concession était immanquablement amené à évoluer au fur et à mesure de l'avancée de l'opération dont la durée rarement inférieure à 8 ans.

<sup>7</sup> Les établissements publics titulaires de concessions d'aménagement échappaient à cette obligation.

<sup>8</sup> Aux termes du dernier alinéa de l'article L. 1523-3 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des SEM, le compte rendu annuel des comptes était simplement « soumis à l'examen de l'assemblée délibérante de la collectivité (...) contractante (...) »

<sup>9</sup> Opérations complexes dans des secteurs urbains particulièrement dégradés.

pouvaient avoir un intérêt à apporter des financements à l'opération.

La jurisprudence a remis en cause à de nombreuses reprises cette pratique.

Les juges ont en effet considéré que les participations versées par la collectivité concédante à l'équilibre de l'opération, qui, rappelons le, n'étaient encadrées par aucun texte législatif depuis les lois de décentralisation, étaient des aides directes à des entreprises privées. Ces aides étaient interdites<sup>10</sup>.

De façon plus systématique, ils interdisaient aux collectivités publiques, non parties au contrat de concession, de verser des subventions à l'aménageur au motif qu'il n'accomplissait pas de mission pour leur compte<sup>11</sup>.

Le nouvel article L. 300-5 du code de l'urbanisme vient apporter des réponses aux 3 interrogations reprises ci-dessous:

- La collectivité concédante peut elle participer au financement d'une opération d'aménagement confiée à une SEM ?
- Dans le cas où un financement est alloué à la SEM, quels sont les contrôles à mettre en place,
- La SEM peut elle recevoir des participation d'autres collectivités locales sur une opération d'aménagement ?

1. L'article L. 300-5 du code de l'urbanisme stipule tout d'abord que la collectivité qui confie la réalisation d'une opération publique d'aménagement à une SEM ou un établissement public, peut décider de participer au coût de l'opération.

Cet article donne le cadre légal qui manquait aux participations versées par la collectivité cocontractante. Pour autant, notons qu'il ne s'agit plus pour la collectivité de prendre l'engagement *a priori* d'assumer le risque financier de l'opération et ainsi de donner « un chèque en blanc » à l'aménageur public.

---

<sup>10</sup> Cf notamment Conseil d'Etat Cassation du 30 décembre 1998 Commune de Colombes, Req. n° 188.393 publié notamment à la Gazette des communes 8 février 1999, note R. Gianina ; TA Clermont-Ferrand 15 juin 2000, M. Vinzio et Mme Petit-Belouin, req. n° 97-59.

<sup>11</sup> Voir notamment CE 13 septembre 1995, Département des Alpes-Maritimes : AJDA 1996, p. 223, note Devès ; Conseil d'Etat du 17 janvier 1994, Préfet du département des Alpes de Hautes Provence c/ Commune d'Allos :

Lorsque la collectivité contractante utilise la possibilité qui lui est offerte, la convention publique d'aménagement doit préciser à peine de nullité « les modalités de cette participation financière qui peut prendre la forme d'apports en nature » ainsi que « le montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles. »

La collectivité doit délibérer à la fois sur le montant de la participation et sur le contenu global de la convention publique d'aménagement. Il s'agit là de deux délibérations distinctes.

La participation versée par la collectivité est donc non seulement facultative mais encore son montant n'est plus directement lié au montant du déficit final de l'opération<sup>12</sup>. Nous devons donc envisager à l'avenir le cas où la collectivité contractante refusera d'augmenter sa participation pour couvrir le déficit final de l'opération.

Toute modification de la participation en cours d'opération<sup>13</sup> « doit faire l'objet d'un avenant à la convention approuvé par l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement contractant au vu d'un rapport spécial établi par l'aménageur. »<sup>14</sup>

Il convient de souligner ici que le rapport spécial qui doit être présenté par l'aménageur public préalablement à l'approbation par l'assemblée délibérante de la collectivité de la révision du montant de la participation dont le texte ne définit pas le contenu est un document qui s'ajoute à ceux que doit présenter l'aménageur pour permettre le contrôle de la collectivité dont il va être question ci après.

La nature de cette participation appelle une question à laquelle, à ce jour, personne ne semble avoir donné de réponse : qu'advient-il de la participation versée par la collectivité contractante lorsque le résultat final de l'opération est positif ?

Précédemment, la contrepartie de l'obligation contractuelle de prendre en charge le déficit de l'opération était qu'en cas de bénéfice, celui-ci lui était reversé à la collectivité. Dans la mesure où il ne s'agit plus pour celle-ci d'assumer le risque financier de l'opération, mais simplement de

---

<sup>12</sup> Cf dans ce sens circulaire du ministre de l'intérieur – DGCL - du 20 novembre 2002 relative au régime juridique des sociétés d'économie mixte locales (SEML)

<sup>13</sup> Mais également, on peut le penser, toute modification de sa répartition en tranches annuelles.

<sup>14</sup> Avant dernier alinéa de l'article L 300-5 du code de l'urbanisme

participer à son coût, nous devrions pouvoir en conclure que la participation restera acquise à

l'aménageur public, quel que soit le résultat de l'opération.

2. Le versement par la collectivité contractante d'une participation au coût de l'opération a pour contrepartie l'obligation pour l'aménageur public de se soumettre à un contrôle particulier à la fois technique, financier et comptable<sup>15</sup>.

Ce contrôle s'inspire largement du dispositif auquel étaient soumises les SEM au titre de l'article L. 1523-3 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction antérieure à la loi du 2 janvier 2002 précitée, dénommé par la pratique « compte rendu annuel des comptes ».

Mais désormais, l'obligation de ce contrôle n'existe que si la collectivité contractante décide de participer au coût de l'opération. Dans le cas contraire, la convention publique d'aménagement n'a pas à le prévoir.

Ce contrôle s'applique indifféremment aux SEM et aux établissements publics titulaires d'une convention publique d'aménagement<sup>16</sup>.

L'ensemble des documents techniques, financiers et comptables présentés annuellement par l'aménageur public doivent être « soumis à l'examen de l'assemblée délibérante de la collectivité (... Dès communication de ces documents (...) leur examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante, qui se prononce par un vote. »)<sup>17</sup>

<sup>15</sup> La convention publique d'aménagement doit également prévoir à peine de nullité :

*3° Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par la collectivité ou le groupement contractant ; à cet effet, la société doit fournir chaque année un compte rendu financier comportant notamment en annexe :*

a) 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 ;

b) Le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses de l'opération ;

c) Un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice.

<sup>16</sup> Même, *a priori* si le texte vise seulement dans son 3°, « la société ».

<sup>17</sup> Il y a lieu de remarquer qu'en cours d'opération la collectivité peut être amenée à prendre lors de la même séance deux délibérations distinctes, la première portant sur les documents techniques, financiers et comptables

3. Enfin, l'article 67 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat<sup>18</sup> est venu fort opportunément compléter l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme par un dernier aliéna qui autorise l'aménageur public à recevoir directement des subventions d'autres collectivités territoriales, sous réserve d'une part de l'accord préalable de la collectivité contractante et d'autre part que l'aménageur rende compte de leur attribution, de leur échéancier et de leur encaissement effectif dans le rapport annuel à la collectivité contractante. L'aménageur devra également rendre compte à la collectivité ayant accordé la subvention.

### Les conséquences comptables d'une telle analyse

Comme il est rappelé précédemment la participation versée par la collectivité est donc non seulement facultative mais encore son montant n'est plus directement lié au montant du déficit final de l'opération.

Le principe posé remet en cause la notion comptable de la concession aux risques et profits du concédant et des opérations à résultat 0 pour la SEM et l'ensemble du corpus comptable défini par le règlement de 1999.

Les CPA doivent être désormais considérées comme des opérations aux risques de la société dont le résultat sera déterminé en intégrant un produit particulier : les subventions allouées par la collectivité concédante sur le fondement de l'article L 300-5 du code de l'urbanisme. La même analyse pourra être faite pour les subventions versées par les autres collectivités dans le cadre de l'application de l'article 67 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat.

Par ailleurs, la prise en compte de ces produits est conditionnée par l'existence d'une délibération d'une collectivité locale dans le cadre des dispositions de l'article L 300-5 du code de l'urbanisme.

Le compte de résultat prévisionnel de l'opération sera calculé sur la base des produits et des charges estimées d'une manière fiable par l'aménageur

qui lui permettent de contrôler le déroulement de l'opération lorsqu'elle participe à son coût et la seconde portant sur l'avenant à la convention publique d'aménagement ayant pour objet la révision du montant de la participation.

<sup>18</sup> JO n° 152 du 3 juillet 2003 p. 11176.

complétés par la participation figurant dans le dernier CRACL accepté/ avenant signé.

Dans cette configuration une situation délicate pour la SEM peut se présenter :

- Un CRACL fait apparaître une participation de 100 fin de l'exercice N (.participation approuvée par la collectivité locale). Le résultat de la CPA est de 0 pour la SEM.
- A la fin de l'année N+1 le projet de CRACL, n'est pas encore approuvé par la collectivité locale. Il fait apparaître une participation estimative de 200 pour un résultat à 0 pour la SEM.

Comptablement, Il convient de se référer aux dispositions de l'avis 99-10 du CNC relatif à la comptabilisation des contrats à long terme.

Du fait de l'existence d'un CRACL et comme rappelé par le règlement 99-5 du CRC, nous nous trouvons dans la situation de la détermination d'un résultat à terminaison de façon fiable.

Dans ce cas l'avis du CNC détermine les produits à retenir

- les produits issus des changements dans les conditions d'exécution des biens ou services, dès lors que le client a approuvé la modification ou qu'il est raisonnablement certain qu'il l'approuvera, et qu'il est possible d'évaluer de façon fiable le montant des produits correspondants,
- les réclamations qui ont été acceptées par le client ou pour lesquelles l'état d'avancement des négociations ou des procédures en cours (contractuelles, arbitrales ou contentieuses) rend raisonnablement certain leur règlement par le client, et dont le montant accepté ou susceptible d'être accepté peut être évalué de façon fiable,

La lecture de ces 2 définitions ne nous permet pas de prendre en compte le complément de participation du fait qu'il n'existe pas de certitude sur la réalité du produit.

L'application des règles de l'avis 99-10 nous conduit à provisionner une perte à terminaison pour 100 à la clôture des comptes n+1.

Cette provision pourra être reprise si au cours de l'exercice n+1 la collectivité concédante accepte le CRACL et le montant de la nouvelle participation à verser.

Cet exemple montre bien que l'application stricte des règles comptables ne permet pas de bien mesurer le risque réel de la SEM dans cette

opération. La non approbation du CRACL peut avoir des significations opposées ; le refus d'allouer une nouvelle participation ou la mauvaise gestion des dates entre aménageur et collectivité locale.

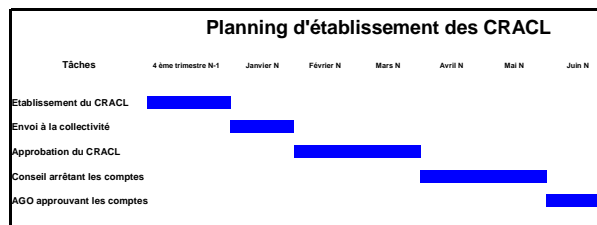
Il convient donc de trouver des solutions pratiques à ces situations.

Une des réponses à apporter à cette situation est de mettre en place, au niveau de la SEM, un planning global d'établissement des CRACL compatible avec le texte de la loi SRU cité précédemment et les dispositions du PCG sur les contrats à long terme.

La pratique de la SEM doit reposer sur le principe suivant :

- **Une participation aux dépenses de l'opération (figurant dans la CPA et dans le CRACL) approuvée par la collectivité locale concédante avant la clôture des comptes**

Pour arriver à satisfaire ce principe, nous pouvons retenir le planning des tâches suivant (en considérant la date du 30 juin comme la date butoir du processus pour l'approbation des comptes par l'AGO) :



Parmi les éléments devant figurer dans le CRACL, nous retrouverons tant des données prévisionnelles

- Montant de la participation finale de la collectivité concédante fixée initialement dans le corps de la CPA,
- Résultat final de l'opération revenant à l'aménageur,

que des données assises sur le réalisé :

- Etat des dépenses et des recettes de l'opération au 31 décembre de l'exercice précédent,

- Solde de la trésorerie au 31 décembre de l'exercice précédent qu'au moment de la confection du CRACL.

### **Devant cette situation quelle sera la position du commissaire aux comptes ?**

En décembre 2001<sup>19</sup>, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes a indiqué que le commissaire aux comptes certifiant les comptes d'une SEM gérant des opérations d'aménagement aux risques du concédant devait faire figurer dans son rapport général une mention particulière indiquant l'absence de travaux sur les informations prévisionnelles figurant en annexe<sup>20</sup>

On peut s'interroger aujourd'hui à la lecture des commentaires relatifs à la loi SRU et à la disparition de fait de la CPA aux risques et profits du concédant sur une telle opinion.

En effet, comme nous l'avons vu ci dessus la CPA est conçue comptablement comme une opération de contrat à long terme « classique » mais dont une des particularité est d'avoir une partie de ses produits provenant de collectivités locales et donc soumis à l'approbation d'une décision formelle d'une assemblée délibérante.

Le résultat final de la CPA n'est plus une information simple de l'annexe, elle est désormais un des éléments du risque général de la SEM qu'il est important d'évaluer.

En conclusion la mise en place de la CPA n'a pas été dans le domaine comptable que le simple remplacement de la concession d'aménagement. Il nous reste à trouver SEM, FNSEM, CNC, avocats, experts comptables, commissaires aux comptes une nouvelle pratique comptable de la CPA afin d'éviter d'avoir à gérer des situations délicates en terme de détermination du résultat annuel pour les SEM et les collectivités locales actionnaires.

**Monique AMBAL**  
Avocate à la Cour  
**Gérard JOLLY**  
Expert-Comptable  
**HEXAGONE EXPERTS**

<sup>19</sup> CNNC bulletin 124 pages 675/678

<sup>20</sup> « S'agissant d'une SEM réalisant des opérations d'aménagement dans le cadre de concessions d'aménagement concédées aux risques et profits du concédant, notre opinion ne porte pas sur les informations à caractère prévisionnel relatives à chaque concession présentées dans l'annexe. »

### **LES CONTRATS DE MANDAT AU CŒUR DES SEML : UN OUTIL A PRIVILEGIER ?**

Par un arrêt du 5 mars 2003, le Conseil d'Etat a annulé l'article 3-7<sup>ème</sup> du nouveau Code des marchés publics qui excluait du champ d'application de ce code les contrats de mandat, au motif que cette disposition ne pouvait, « sans méconnaître les objectifs de cette dernière (directive 92/50 CEE relative à la passation des marchés publics de services), soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat à l'application des dispositions du Code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris, ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d'autres services » (C.E. assemblée 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres, Req. n°233.376, BJDCP n°28, p. 209, conclusions Denis PIVETEAU).

Du fait de l'annulation rétroactive des dispositions du 7<sup>ème</sup> de l'article 3 du nouveau Code des marchés publics résultant de l'arrêt précité, les contrats de mandat passés en l'absence de tout formalisme étaient fragilisés et encourraient une annulation.

La doctrine s'est immédiatement interrogée sur les conséquences de cette annulation rétroactive des dispositions du Code, ce qui l'a amenée à examiner la délicate question des contours de la notion de mandat en droit public.

Ainsi que l'avait relevé le Professeur RICHER, cette définition n'est pas aisée en droit administratif car le contrat de mandat est essentiellement une notion civiliste. ("le contrat de mandat aux risques du droit administratif", CJEG 1999, p. 127).

Selon le Code civil, le contrat de mandat consiste en un contrat de représentation d'une personne par une autre, conclu en principe à titre gracieux mais qui peut être rémunéré (article 1984 du Code civil).

Pour sa part, le Commissaire du Gouvernement, Denis PIVETEAU, dans ses conclusions sous l'arrêt UNSPIC, s'est essayé à une classification des mandats en droit administratif selon une organisation en quatre cercles concentriques.

Dans un premier cercle, il classe les mandats classiques de droit civil conclus au nom et pour le compte du mandant, qui peuvent être conclus à titre onéreux.

Dans un deuxième cercle, le Commissaire du Gouvernement classe les mandats définis comme tels par des lois et règlements qui imposent de recourir à cette forme contractuelle, tels que l'article R 321-20 du Code de l'urbanisme concernant la réalisation d'études par les SEM pour les collectivités locales et les mandats dits loi MOP portant sur la délégation de maîtrise d'ouvrage.

Ces mandats confient généralement au mandataire bien d'autres missions que la simple représentation de la collectivité, puisque la SEM doit généralement produire également des études administratives, juridiques et techniques.

Relèvent d'un troisième cercle les mandats par lesquels deux personnes privées concluent des contrats publics à raison de l'existence de travaux publics, de l'exécution d'un service public ou d'une clause exorbitante de droit commun que le Conseil d'Etat qualifie de contrats passés "*pour le compte*" de la collectivité publique (TC, 8 juillet 1963, Société entreprise PERROT, Rec. p. 787 ; TC, 11 juin 1975, Commune d'ADGE, Rec. p. 797 et TC, 12 novembre 1984, SEM du Tunnel de Saint-Marie aux Mines, Rec. p. 533).

Enfin, dans un quatrième cercle, le Commissaire du Gouvernement fait figurer tous les contrats qui, certes portent le nom de mandat, mais dont le contenu doit nécessairement être requalifié de prestations de services, tels que les mandats dits d'études.

Pour conclure, Monsieur PIVETEAU considérerait qu'il convenait de trier parmi ces contrats ceux qui pouvaient faire l'objet d'une exclusion des obligations de concurrence dès lors qu'il s'agit de prestations de service clairement identifiées et, le cas échéant, d'une représentation pure de la personne.

Le Conseil d'Etat a jugé, suivant les conclusions de son Commissaire du Gouvernement en la matière, qu'en excluant tous les mandats de droit administratif du champ d'application du Code, le pouvoir réglementaire avait manqué aux obligations qui découlaient de la directive 92-50 CEE du Conseil du 18 juin 1992 relative à la coordination des marchés publics de services, en tant que cette dernière soumettait à des obligations de

concurrence la conclusion des contrats de prestations de services conclus à titre onéreux.

Ce faisant, la Haute Juridiction administrative semble considérer, *a contrario*, que certains contrats de mandat pourraient être exclus du champ d'application du Code lorsque notamment, selon son Commissaire du Gouvernement, le contrat de mandat se contente de prévoir une simple représentation du mandant par le mandataire au sens du Code civil.

Toutes autres prestations de services seraient alors soumises au champ d'application du Code.

La doctrine s'est beaucoup divisée sur le sujet.

Selon certains auteurs, les mandats, quelles que soient la nature et l'intensité de la représentation en résultant, constituent des contrats de prestations de services qui, dès lors qu'ils sont conclus à titre onéreux, sont soumis au champ d'application du Code des marchés publics (François LICHERE, « *La soumission des contrats de mandat au Code des marchés publics* », ACCP, mai 2003, p. 40).

Pour d'autres, la prestation de services visée par le droit de la commande publique nécessiterait, par nature, une indépendance entre les cocontractants que le contrat de mandat de droit civil pur ne revêtirait pas, puisqu'il n'y aurait pas de caractère d'extériorité entre le mandant et son mandataire, ce qui fonderait l'exclusion de ces mandats du champ d'application des obligations de mise en concurrence (Christine MAUGUE, travaux de l'E.F.E., réforme 2003, Code des marchés publics, 12 juin 2003).

Quoiqu'il en soit, même si l'on considère que le mandat pur de droit civil serait exclu du champ d'application du Code, le domaine de cette exclusion demeurerait limité au regard de l'ensemble des cas de recours au mandat dans le cadre du droit administratif.

En tout état de cause, l'arrêt du 5 mars 2003 pose avec une acuité évidente le problème de la détermination des procédures auxquelles doivent être soumises les conventions de mandat de droit administratif, alors même que ces dernières peuvent revêtir des contenus fort divers.

Afin de mettre un terme à ces incertitudes pour le passé et de remédier aux effets de l'annulation rétroactive de l'article 3 alinéa 7 du nouveau Code des marchés publics, le législateur est intervenu pour valider les contrats de mandat conclus avant le 6 mars 2003, dès lors qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée.

Ainsi, l'article 77 de la loi urbanisme et habitat n°2003-590 du 2 juillet 2003 dispose :

*« Sous réserve de toute décision passée en force de chose jugée, les contrats de mandat conclus avant le 6 mars 2003 sont réputés valides nonobstant l'irrégularité dont ils pourraient être entachés du fait de l'annulation des dispositions du 7<sup>ème</sup> de l'article 3 du Code des marchés publics.*

*Cette disposition a pour objet d'interdire au juge, saisi d'une contestation relative à un contrat de mandat conclu sous l'empire des anciennes dispositions de l'article 3-7 du nouveau Code des marchés publics, d'annuler la convention ».*

Le Conseil Constitutionnel, saisi d'un recours contre cette loi, mais qui ne visait pas expressément son article 77, n'a pas relevé d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité éventuelle de ces dispositions.

Ce constat ne signifie pas pour autant que cette validation législative produira tous les effets convenus à raison du contrôle de conventionnalité des lois, au regard du droit communautaire, qu'exerce le juge administratif à l'occasion de l'examen de la légalité des actes administratifs.

En effet, le contrôle du juge constitutionnel sur les validations législatives consiste à rechercher si la raison d'être de la disposition concernée vise à la satisfaction d'un intérêt général et qu'elle respecte la séparation des pouvoirs entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, interdisant au premier de ne pas méconnaître l'autorité des décisions de justice devenues définitives.

Enfin, le Conseil Constitutionnel contrôle que les actes validés sont définis avec suffisamment de précision (Bertrand MATHIEU, "les validations législatives devant le Conseil Constitutionnel, bilan d'une jurisprudence récente", RFDA 1995, p. 780).

Le Conseil Constitutionnel n'effectue pas, en revanche, le contrôle de conventionnalité des lois.

Il réserve aux juridictions la compétence pour sanctionner la violation du droit international par le législateur, en veillant à l'application des conventions internationales, conformément au principe posé à l'article 55 de la constitution ( 74-54 15 juillet 1975, loi sur l'interruption volontaire de grossesse ; DC 86-216, 3 septembre 1986, loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, RFDA 1987, p. 120, note Bruno GENEVOIS).

C'est dans ce cadre que, depuis l'arrêt NICOLO de 1989, le Conseil d'Etat effectue un contrôle de conventionnalité des lois aux termes duquel il

écarte la loi nationale, même lorsqu'elle est postérieure, dès lors qu'elle ne s'avère pas compatible avec les traités, les règlements mais aussi les objectifs des directives communautaires (C.E. ass, 20 octobre 1989, NICOLO, Rec. p. 190, conclusions P. FRYDMAN ; C.E. ass 28 février 1992, Société ARIZONA TOBACCO PRODUCTS, Rec. p. 78, conclusions M. LAROQUE ; C.E. ass 28 février 1992, SA ROTHMANN'S INTERNATIONAL FRANCE et SA PHILIP MORRIS).

Ainsi, saisi d'une norme ou d'un comportement administratif reposant sur une loi de validation législative, le Conseil d'Etat effectue lui-même un contrôle de compatibilité de cette loi avec les traités internationaux.

A cet égard, notamment, la Haute Juridiction administrative a écarté la loi de validation portant sur le principe que le montant d'un péage institué pour financer la résiliation d'un contrat de concession aux motifs qu'elle était incompatible avec les exigences de l'article 6-1 de la convention de sauvegarde des libertés fondamentales, car elle n'était pas justifiée par un intérêt général suffisant (C.E. 28 juillet 2000, M. TETE, « Association du collectif pour la gratuité contre le racket » BJDGP n°13 p. 445, conclusions Henri SAVOY).

Auparavant, la Haute Juridiction administrative avait annulé une décision préfectorale prise sur le fondement d'une circulaire validée par la loi qui aboutissait à créer une discrimination contraire aux stipulations du Traité de ROME. Ce faisant, le juge a écarté les dispositions légales de validation en tant qu'elles étaient contraires au traité (C.E. 5 mai 1995, Ministre de l'équipement, des transports et du tourisme c/ SARL DER, AJDA 1995, p. 936, note Thomas HAMONIAUX).

S'agissant, plus particulièrement, de la validation administrative des contrats de mandat, il convient de rappeler que le Conseil d'Etat a constaté que, par sa généralité, la rédaction du 7<sup>ème</sup> de l'article 3 du nouveau Code des marchés publics portait sur tous les mandats, y compris ceux qui constituent des mandats de prestations de services conclus à titre onéreux qui, à ce titre, sont soumis aux principes et procédures de mise en concurrence prescrits par la directive 92/50.

Il n'est donc pas exclu que, conformément au principe du contrôle de conventionnalité des lois, le juge administratif écarte la loi nationale, même

postérieure, en tant qu'elle ne serait pas compatible avec les objectifs communautaires.

En d'autres termes, la loi urbanisme et habitat ne devrait pas pouvoir faire « écran » entre, d'une part, les mandats conclus en l'absence de formalisme et de mise en concurrence et, d'autre part, la directive 92-50.

Par conséquent, contrairement à l'intention du législateur, il est loin d'être acquis que les contrats de mandat conclus antérieurement au 6 mars 2003 restent à l'abri de toute contestation, notamment durant leur exécution.

Il appartient aux juridictions tant nationales que communautaires de se prononcer désormais sur la définition de ces contrats de mandat en droit administratif pour définir dans quelle mesure la conclusion de ces mandats peut être exclue des procédures de mise en concurrence prévues par la directive 92-50 ainsi que par le droit interne de la commande publique.

Cette question est évidemment d'une plus grande actualité encore en ce qui concerne les conventions de mandat conclues à partir du 6 mars 2003.

**Stéphane PENAUD**  
Avocat à la Cour  
**Delphine KRUST**  
Avocat à la Cour  
**Cabinet GAIA**

## L'ACTUALITE DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE LOCALES

### Le statut des administrateurs, mandataires des collectivités territoriales

La circulaire du 12 février 2003 édictée par la Direction des affaires criminelles et des grâces, rappelle le détail des principales infractions susceptibles d'être commises par les dirigeants des sociétés d'économie mixte locales<sup>21</sup>.

La portée de la circulaire aura peut-être échappée aux observateurs.

<sup>21</sup> Circ. direction des affaires criminelles et des grâces, 12 février 2003 ; crim 2003-02 G3/1202-2003 NOR. JUSDO 33025C ; semaine juridique 7 juillet 2003 n°28 p.946.

De prime abord, elle apparaît être une simple lettre d'information tirant les conséquences de la loi n°2001-2 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.<sup>22</sup>

Mais en fait, la circulaire détaille les mécanismes qui permettent aux différents organismes de contrôle de saisir les autorités judiciaires en cas de découverte d'irrégularités dans le cadre de l'exercice de leurs compétences.

Par ailleurs, la circulaire rappelle le principe, désormais inscrit au code des juridictions financières au terme duquel : « le secret de l'information n'est pas opposable au Procureur de la République qui peut puiser dans une instruction judiciaire tous les éléments d'information qui lui sont indispensables et en faire usage dans l'exercice des missions que la loi lui attribue »<sup>23</sup>

Le Parquet est également autorisé, par le code des juridictions financières, à informer scrupuleusement la Cour des comptes ou la Chambre régionale des comptes compétente, de toute anomalie affectant la gestion d'une SEML<sup>24</sup>.

Ce croisement des informations est susceptible de lui être utile dans l'exercice de ses missions, plus particulièrement lorsque ces difficultés sont révélées au cours des audiences du Tribunal de Commerce.

La circulaire du 12 février 2003 est donc le signe de la mise en place d'une organisation tendant à renforcer et à rendre légitime les relations entre les autorités judiciaires et les juridictions financières, dans la même veine d'ailleurs qu'une précédente circulaire datant de novembre 1997 qui précisait

<sup>22</sup> JO 3 janvier 2002 p.121

<sup>23</sup> C'est le cas notamment en matière de faillite (C.Cass Chbre Commerciale 15 novembre 1961)

<sup>24</sup> articles L 140-1-1 : « Le procureur de la République peut transmettre au Procureur général près la Cour des comptes, d'office ou à la demande de ce dernier, la copie de toute pièce d'une procédure judiciaire relative à des faits de nature à constituer des irrégularités dans les comptes ou dans la gestion de l'Etat, des établissements publics ou des organismes relevant de la compétence de la Cour des comptes

L 141-2-1 : « Le procureur de la République peut transmettre au commissaire du gouvernement d'une chambre régionale des comptes, d'office à la demande de ce dernier, la copie de toute pièce d'une procédure judiciaire relative à des faits de nature à constituer des irrégularités dans les comptes ou dans la gestion des collectivités ou organismes relevant de la compétence de cette chambre »

déjà les procédures d'échanges d'informations et de pièces.

Conséquence immédiate : il est donc désormais fréquent que, lors des audiences de Tribunaux de commerce qui concernent la gestion des sociétés d'économie mixte locales, le Parquet soit présent en cas de présomption d'une infraction portant sur les matières économiques et financières.

Par ailleurs, les Chambres régionales des comptes ayant acquis une meilleure connaissance des circuits financiers, qui intéressent les SEML, sont également très souvent à l'origine de transmission au Parquet de dossiers impliquant les dirigeants de société d'économie mixte locales.

C'est commun aujourd'hui de constater que les juridictions pénales sont saisies, après intervention des Chambres régionales des comptes qui ont révélé au Parquet des faits pouvant donner lieu à information judiciaire (Cass.Crim 16 oct 2002 X.Serge Y.Michel n°0183936 ; Cass.Crim 10 avril 2002 RF et JC/ SEMAQ n°01 80090. jurisdata n°2002-014478, DCP 17 juillet 2002 n°29 p.1371).

Dans un même ordre d'idée, la loi n°2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 traitant de la sécurité financière, introduit des dispositions dans un titre III en droit des sociétés tendant à assurer la modernisation du contrôle légal des comptes et à renforcer la transparence<sup>25</sup>.

Le Président des conseil d'administration ou de surveillance devra rendre compte dans un rapport joint au rapport de gestion, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle internes mises en place par la société (C.com, art L.225-37 et L.225-68).

Un modèle de compte rendu d'activité de conseil d'administration pourrait être mis en œuvre au vu de permettre une démarche cohérente des SEML en la matière.

Si l'éthique ne se décrète pas, pas plus que la confiance, le système de l'économie mixte, est plus que tout autre "allergique" aux comportements frauduleux ou malhonnêtes .

Bien entendu, pour les SEML les domaines particulièrement encadrés sont les modes de financement des activités, l'affectation des fonds et par conséquent le secteur des marchés.

Les marchés et la notion de « pouvoir adjudicateur » ou de prestation « in house »

Le droit communautaire est intervenu pour préciser deux notions, la notion de pouvoir adjudicateur et la notion de prestation « in house ».

La meilleure approche et appréciation de la portée de ces deux notions auront des conséquences importantes pour le développement des marchés des sociétés d'économie mixte locales.

Au sujet de la notion de pouvoir adjudicateur, la Cour de justice des communautés européennes a défini dans quel cas, une société dans laquelle les pouvoirs publics ont des intérêts pourrait être considérée comme développant une activité à caractère industriel et commercial, ce qui pourrait lui permettre de s'exonérer des procédures de marchés.

La Cour de justice conclut:

*« 1- par ces motifs , la Cour, 5<sup>ème</sup> chambre, statuant sur les questions à elle soumises par le Kilpailuneuvosto, par décision du 14 décembre 2000, dit pour droit*

*:*

*1° une société anonyme créée, détenue et gérée par une collectivité territoriale répond à un besoin d'intérêt général au sens de l'article 1/B 2<sup>ème</sup> alinéa de la directive 92/50/CE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de coordination et de passation des marchés publics de services lorsqu'elle acquiert les services visant à promouvoir le développement d'activités industrielles et commerciales sur le territoire de ladite collectivité.*

*Afin d'évaluer si ce besoin est dépourvu de caractère industriel ou commercial, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier les circonstances ayant présidées à la création de cette société et les conditions dans lesquelles elle exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de poursuite d'un but lucratif, à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause .*

*2° La circonstance que les locaux à construire ne soient loués qu'à une seule entreprise n'est pas de nature à remettre en cause la qualité d'organisme de droit public du bailleur, dès lors qu'il est établi que celle-ci répond à un besoin d'intérêt général dépourvu de caractère industriel ou commercial. »*

En fait, la Cour détaille une méthodologie qui permettra de qualifier un organisme de pouvoir adjudicateur. (CJCE 22 mai 2003

<sup>25</sup> JO 20 août 2003, p.13220

Arkkitehtyyritouilisto Riitta Kornhonen, aff C- 18/01, droit adm août/sept 2003 p.23).

L'existence d'un besoin d'intérêt doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidées à la création de l'organisme, et concernant les conditions dans lesquelles il exerce son activité.

Il importe en outre de vérifier si l'organisme exerce ses activités en situation de concurrence, ce qui peut constituer un indice sur le caractère commercial ou industriel.

Toutefois l'existence d'une concurrence développée ne permet pas elle seule de conclure à l'absence d'un besoin d'intérêt général.

Il faut apprécier dans quelles conditions l'organisme exerce son activité.

*« En effet, si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, et poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle et commerciale »* (CJCE 22 mai 2003, précité)

Par ailleurs, dans une autre affaire, la Cour de justice a, cette fois ci, défini la notion de prestation « in house » .

Cette notion est bien entendu liée à la première dans la mesure où s'il est admis que la SEML, compte tenu de ses conditions de fonctionnement et des circonstances qui ont commandé sa création, est un pouvoir adjudicateur, elle pourra dans certains cas se prévaloir de la notion « in house » .

Cette décision pourrait permettre aux sociétés d'économie mixte locales d'appréhender la portée exacte notamment de l'article 3-1 de l'annexe du Code des marchés publics. (décret n°2001-210 du 7 mars 2001, portant Code des marchés publics)

La CJCE rappelle qu'elle a admis à l'application des directives en matière de passation de marchés publics, une exception dite « in house providing » qui concerne les contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec certains organismes publics ayant des liens avec celui-ci.

Les limites de cette exception étaient explicitées notamment dans les arrêts rendus par la Cour de justice les 18 novembre 1999, TEKAL (C-107/98, rec I 81 21.50) et 7 décembre 2000 (ARGE GEWASSERSCHUTZ C 94/99 rec I 11037.40).

Il ressort de ces arrêts qu'à défaut d'une exception explicite, il suffit en principe pour constituer un marché public que le contrat ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part une personne juridiquement distincte de cette dernière.

Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où à la fois la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle effectue sur ses propres services et ou cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

En l'espèce, la Cour de justice va reconnaître que la notion de prestation « in house » est effective :

*« aux termes de l'article 88§4 de la loi n°66/97 du 30 décembre 1997, TRAGSA, en tant que moyen instrumental et service technique, de l'administration espagnole est tenue d'effectuer, à titre exclusif, par elle-même ou par l'intermédiaire de ses filiales les travaux que lui confient l'administration générale de l'Etat, les communautés autonomes, les organismes publics dépendant de celle-ci. Selon les §1 et §2 de cet article, TRAGSA est une société de l'Etat au capital social de laquelle les communautés autonomes peuvent participer moyennant l'acquisition d'actions ».*

Dès lors, les autorités espagnoles étaient en droit de confier les travaux relatifs à l'établissement du casier oléicole à TRAGSA sans recourir à la procédure d'appel d'offres (CJCE 8 mai 2003 FEOGA aff.C-349/97).

Cette première application positive de la notion de prestation « in house » intéresse directement les sociétés d'économie mixte locales.

Il pourrait être utile que le Conseil d'Etat se prononce à ce sujet dans le cadre d'une demande d'avis.

La sécurité juridique impose un éclaircissement rapide de la notion en droit interne alors même que le projet de réforme du Code des marchés publics n'apporte sur ce point aucun élément nouveau.

**MARIE-YVONNE BENJAMIN**  
Avocat Associée  
**SCP HUGLO-LEPAGE et ASSOCIES**

