

Avec

LES EXPERTS COMPTABLES

LETTRE D'INFORMATION AUX COLLECTIVITÉS LOCALES

N° SPECIAL CONGRES DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE

Semaine du 14 octobre 2002

EDITO

La modernisation du statut des SEML et le marché concurrentiel

La loi n°2002-1 du 2 janvier tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales dispose dans son article 3, modifiant l'article L1523-7 du Code général des collectivités territoriales : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent accorder aux sociétés d'économie mixte des subventions ou des avances destinées à **des programmes d'intérêt général** liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises... ».

La première rédaction prévoyait une référence aux programmes liés à l'implantation des entreprises. Cette référence pouvait permettre d'inciter des entreprises à venir s'installer dans une collectivité particulière. Eliminer cette référence permet de mettre l'accent sur l'environnement des entreprises et non plus sur l'implantation elle-même. **Qu'en est-il donc de cet « environnement » et donc de ces « services communs » aux entreprises à une époque d'externalisation à outrance de tout service qui n'appartient pas vraiment au cœur de la gestion d'une entité économique ?**

Jacky DARNE, dans son rapport à la Commission des lois, indiquait qu'il s'agissait de subventions accordées aux SEML œuvrant dans le domaine de l'aide logistique aux entreprises par le biais de rapports, d'études économiques, d'actions de prospection aux entreprises et, de façon plus générale, de services communs favorisant l'environnement immédiat des entreprises. Jacky DARNE en déduisait qu'il ne s'agissait pas d'aides directes aux entreprises et donc que ces aides étaient légales vis-à-vis du droit de la concurrence.

Paul GIROD, dans son rapport, a repris et précisé la position de Jacky DARNE en soulignant que, par exemple, la gestion d'une pépinière d'entreprise¹ pouvait relever de l'intérêt général et donc entrer dans le domaine d'intervention de SEML. Il précise qu'en matière de « services communs » sont visés notamment la réalisation de rapports, **d'études économiques et financières...et de la mise à disposition des entreprises d'informations juridiques et financières** ».

SOMMAIRE

LE PRESTATAIRE DE SEM AU REGARD DE LA NOTION DE DIRIGEANT DE FAIT

Michel GIORDANO
Stéphane PENAUD
Delphine KRUST

Page 3

SEML : LE POINT SUR LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE DES REPRESENTANTS ELUS DES COLLECTIVITES TERRITORIALES APRES LA LOI N°2002-1 DU 2 JANVIER 2002

Terence CABOT

Page 5

LE STATUT DU TEOIN ANONYME : UN RISQUE D'AGGRAVATION DU RISQUE PENAL POUR LES SEM

Marie-Pierre CHANLAIR

Page 9

POUR UN BON EQUILIBRE DES RELATIONS SEML / COLLECTIVITES

Martine LE BONVALLET

Page 12

La rédaction de l'article cité en introduction semble encore moins restrictive que la position des rapporteurs. En effet, aucune référence aux « pépinières » n'a été prévue et l'articulation, de la loi sur les SEML avec le nouveau code des marchés publics, donnerait, à ces structures subventionnées par des fonds publics, accès au marché concurrentiel des services aux entreprises privées nouvelles ou à celles qui feraient appel à ces SEML pour leur tous leurs services externalisés si seule la lettre, et non l'esprit, de ce nouveau texte venait à être appliquée.

Ce serait sans compter sur l'interaction des règles, d'une part limitant le soutien possible des collectivités à leurs SEML pour **des programmes d'intérêt général** et d'autre part, encadrant le respect de la concurrence dans le secteur des entreprises privées, aussi bien nationales qu'européennes, et par là, du pouvoir des juridictions. On peut se souvenir de l'intervention du Conseil constitutionnel qui avait cassé une disposition de la loi « Sapin » qui prévoyait que les SEML seraient exclues des règles de passation des délégations de service public au motif, justement, d'une atteinte à la concurrence².

La superposition de ces deux nouveaux textes semble donner une ouverture dans le domaine de l'aide aux entreprises privées. Les dirigeants des SEML doivent se garder d'empiéter sur l'exercice des prestations réglementées, que ces prestations soient juridiques, comptables ou fiscales. Que les entreprises soient nouvelles ou pas, celles qui externalisent leurs services notamment juridiques ou financiers, doivent continuer à faire appel, de façon incontournable, aux professions réglementées encadrées par des textes protégeant le « consommateur » par rapport à la responsabilité professionnelle du « prestataire ». Les SEML, malgré la loi du 2 janvier 2002, ne peuvent rendre ces services « surveillés » par les pouvoirs publics qui imposent notamment des règles disciplinaires, le secret professionnel, une assurance contre la responsabilité civile professionnelle de l'intervenant.

Michel GIORDANO

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

¹ Les pépinières d'entreprise visent à favoriser la création et l'implantation d'entreprises sur un territoire donné en vue de son développement économique. Elles accompagnent notamment les entreprises naissantes en leur fournissant des conseils en matière de gestion, de marketing, de finance...

² Voir ci-après article de Philippe GIAMI : « Nouveau code des marchés publics et SEML »

**L'EVALUATION D'UNE SEM
DE SERVICES DANS LE
CADRE D'UNE DELEGATION
DE SERVICE PUBLIC**

Alain CARIOU

Gérard JOLLY

Page 13

**NOUVEAU CODE DES
MARCHÉS PUBLICS ET SEML**

Philippe GIAMI

Page 15

**SEM DE GESTION LOCATIVE :
QUELLES MESURES A
PRENDRE POUR L'ARRETE
DE VOS COMPTES 2002 ?**

Marc OUZOULIAS

Patrick RIGAUDIERE

Page 18

**L'EVOLUTION DU
PROBLEME DES GROSSES
REPARATIONS DANS LES
SEM IMMOBILIERES ET DE
LOGEMENT SOCIAL**

André POSOKHOW

Page 19

**LES AVANCES EN COMPTE
COURANT D'ASSOCIES :
NOUVEAU MODE D'INTER-
VENTION DES COLLECTI-
VITES LOCALES AU
PROFIT DES SEML**

Marie-Yvonne BENJAMIN

Page 24

LE PRESTATAIRE DE SEML AU REGARD DE LA NOTION DE DIRIGEANT DE FAIT

Les SEML constituent des acteurs économiques reconnus, dont le rôle moteur au service de l'intervention des collectivités territoriales, malgré certaines difficultés, ne se dément pas.

Ainsi, au nombre de 534 en 1983, elles sont aujourd'hui 1522, employant près de 65.000 salariés, affichent un chiffre d'affaires de 70 milliards de francs et investissent annuellement près de 60 milliards³.

Du fait de l'importance financière de leurs interventions, mais aussi de la variété et de la complexité de leur domaine d'activité, les sociétés d'économie mixte locales peuvent être amenées à rechercher, en complément de leurs compétences internes, le concours de prestataires extérieurs familiers du secteur de l'économie mixte et de ses particularités.

Des opérateurs spécialisés dans le conseil aux SEML se sont ainsi développés pour offrir à ces sociétés un large échantillon de prestations, pouvant intéresser les domaines financiers, comptables, juridiques, opérationnels, etc.

D'une manière générale, la conclusion et l'exécution de conventions d'assistance prises dans ce cadre, ne seront pas susceptibles de soulever d'autres difficultés que celles résultant éventuellement de l'application du droit commun des contrats.

Au regard du droit des sociétés, si le prestataire se trouve dans une des situations visées à l'article L.225-86 du Code de commerce⁴, la conclusion de la convention, dans la mesure où elle porte sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, ne nécessitera que la seule information prévue par l'article L.225-87 du Code du commerce. En cette matière, les SEML sont considérées comme entrant dans le cadre général des sociétés commerciales.

³ Rapport de Monsieur DARNE sur la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, document AN, n°3137, p.5

⁴ Hypothèse dans laquelle le prestataire est, par ailleurs, membre du directoire ou du conseil de surveillance de la SEML ou dispose d'une fraction des droits de vote supérieure à 5 %

Toutefois, dans certaines hypothèses, l'étendue de l'intervention du prestataire pourra aboutir à une indéniable implication dans la gestion de la société.

C'est ainsi que certaines conventions d'assistance ou de réseau prévoient que la société bénéficiera, de la part de son cocontractant, de prestations aussi complètes et variées que la mise à disposition de personnel d'encadrement dirigeant, la mise en place d'une assistance professionnelle et technique, la tenue et la révision de la comptabilité, la gestion de la trésorerie et des marchés, la fonction payeur, la gestion administrative du personnel et de la paie, la gestion juridique etc.

Une telle situation d'externalisation de la quasi totalité des services administratifs et de gestion de la société a pour conséquence une implication du prestataire dans la gestion de cette dernière d'une importance telle qu'elle n'est pas sans soulever d'interrogations au regard de la notion de dirigeant de fait.

Or, celui qui, sans être régulièrement investi des pouvoirs à cet effet, s'immisce dans la gestion et la direction de la société, encourra les mêmes charges et responsabilités que s'il en était le dirigeant légal, tant sur le plan fiscal qu'en matière de responsabilité civile ou pénale.

Dans une telle hypothèse « *le masque est devenu visage et celui qui singeait les organes légitimes de la société subit leur sort ; le dirigeant de fait est assimilé au dirigeant de droit du moins en ce qui concerne les aspects contraignants* »⁵.

Certains textes donnent des indications sur la délimitation de la notion de dirigeant de fait.

Ainsi, les articles L.245-16 et L.246-2 du Code de commerce définissent le dirigeant de fait comme « *toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion (de la société) sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

Selon une jurisprudence constante, la reconnaissance de la qualité de dirigeant de fait nécessite l'exercice par l'intéressé, de manière indépendante, d'une activité positive de gestion et de direction⁶.

⁵ Maurice Cozian et Alain Viandier, Droit des sociétés, Litec, 6^{ème} éd., n°371.

⁶ Sur ce point, voir par exemple, Jean-François Martin, Lamy, Droit commercial, n°3396 et suivants ; Yves

En application de ces critères, la jurisprudence a pu reconnaître la qualité de dirigeant de fait à des prestataires ou conseillers d'une société ou de ses dirigeants de droit.

Ont ainsi été qualifiés de dirigeants de fait :

- Le technicien spécialiste qui, par le moyen de ses connaissances techniques, avait su se rendre indispensable et avait exercé sur la gestion de la société une activité positive de direction en totale indépendance⁷ ;
- La société franchiseuse qui détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société franchisée, préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement, signés ensuite par le franchisé, établissait les déclarations fiscales et sociales, et contrôlait l'embauche du personnel⁸ ;
- La société qui s'était réservée la mise en place de l'organisation administrative et financière d'un hôtel, la définition de la politique des prix, la négociation des contrats et la politique commerciale, et assurait en fait sans partage la direction de cet hôtel, le propriétaire des lieux n'ayant que le rôle d'un simple bailleur de fonds⁹.

Dans le même sens, a pu être considéré comme dirigeant de fait, l'actionnaire majoritaire d'une SARL dès lors qu'il disposait de cartes bancaires de la société, de la signature sur ses comptes bancaires et était destinataire de sa comptabilité¹⁰.

Ramenés aux contrats de réseau pouvant être conclus par les sociétés d'économie mixte locales avec certains prestataires, ces exemples jurisprudentiels invitent à la prudence.

Guyon, Droit des affaires, 8^{ème} Ed. n°3281 et suivants ; Michel Cozian et Alexandre Viandier, Droit des sociétés, n°371 et suivants ; Nathalie Dedessus-le-Moustier, « *la responsabilité du dirigeant de fait* », Revue des sociétés, juillet – septembre 1997, p.499, ainsi que les références citées par l'ensemble de ces auteurs.

⁷ Cass. Com, 19 octobre 1993, n°91-11.204, Saligny.

⁸ Cass. Com. 9 novembre 1993, Revue des sociétés Avril-juin 1994, p.321.

⁹ Cass. Com. 19 décembre 1995, Revue des sociétés Avril-juin 1996, p.347.

¹⁰ CA Paris, 3^{ème} Chambre A, 21 mai 1991, n°90/14341, Grosset Grange c/ Baumgarten.

Certes, traditionnellement, les contrats de réseau prennent soin de rappeler que les représentants légaux de la société adhérente conservent une entière autonomie de décision et la pleine responsabilité de leur gestion.

Toutefois, dans la réalité, nonobstant cette pétition de principe, la situation peut être différente et les organes dirigeants de la SEML pourraient être enclins à s'en remettre aux prestataires pour la gestion et la direction de la société, abdiquant en cela leurs prérogatives pour ne plus jouer qu'un rôle de simple enregistrement.

Dans une telle éventualité, le risque pour le prestataire de se voir considéré comme dirigeant de fait de la société n'est pas à négliger.

Ce risque sera d'autant plus tangible que le prestataire aura assuré au bénéfice de la société l'ensemble des prestations offertes dans le cadre du réseau.

Dans une telle hypothèse, en effet, le prestataire peut tout à la fois, dans la SEML :

- Mettre à disposition de cette dernière un cadre dirigeant assumant les fonctions de directeur
- Donner des avis sur la stratégie et la gestion opérationnelle
- Assurer, en tout ou partie, la gestion administrative, financière et comptable
- Etablir et contrôler la comptabilité, effectuer les déclarations fiscales
- Assurer la gestion administrative des marchés passés par la structure
- Gérer la trésorerie, en assumant, notamment, une fonction de payeur avec signature sur les comptes sociaux
- Assurer la gestion administrative du personnel et la paye, y compris par conseil-assistance à l'occasion du recrutement et des relations individuelles ou collectives de travail, etc.

La circonstance que le prestataire assume l'ensemble des missions ainsi évoquées pourrait être considérée comme constituant l'exercice d'une activité positive de direction.

Certes, cette dernière ne suffit pas, à elle seule, à emporter la qualification de dirigeant de fait, dans la mesure où elle n'est pas exercée de façon indépendante.

Toutefois, si les circonstances de fait permettaient d'établir que les dirigeants légaux de la société s'en sont remis aux prestataires pour la gestion et la direction de cette dernière, eux-mêmes n'assurant plus qu'un rôle passif, la reconnaissance de l'exercice d'une activité de dirigeant de fait par le prestataire ne serait pas nécessairement à écarter.

Le danger d'une telle qualification pourra se présenter avec une particulière acuité dans le cas où la situation de redressement ou de liquidation judiciaire de la SEML ferait apparaître l'existence d'une insuffisance d'actif.

La pratique tend en effet à confirmer que, dans de telles situations, le recours à l'action en comblement de passif prévue par l'article L.624-3 du Code de commerce est ouvert, laquelle action étant volontiers dirigée, par préférence, contre les intéressés fournissant les meilleures garanties de solvabilité.

Dans une telle hypothèse, toutefois, l'action en comblement éventuellement engagée contre le prestataire ne pourrait prospérer que pour autant que soit établie à son encontre la commission d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société.

On peut supposer que l'existence d'une telle faute pourrait être reconnue dans le cas où, alors que l'étendue des missions confiées au prestataire lui assurait un véritable rôle actif dans la gestion de la société, ainsi qu'un accès privilégié aux informations comptables et financières, ce dernier a poursuivi l'exécution de son contrat, alors que le coût de cette poursuite était excessif au regard de la situation financière et de l'état de trésorerie de la société.

En résumé, il apparaît que si, dans le cadre de l'application d'un contrat de réseau, le prestataire d'une SEML adhérente n'a que la qualité de cocontractant, la conjonction, d'une part, de l'exercice de missions étendues recouvrant l'ensemble de la gestion de la société et, d'autre part, d'une absence d'implication des dirigeants légaux dans l'administration et la direction de la société, pourrait, dans certains cas, faire éventuellement regarder le prestataire comme un dirigeant de fait.

Ce risque, certes marginal, n'est toutefois pas à négliger et sera utilement prévenu par une attention particulière apportée au respect de la nécessaire frontière entre le rôle de conseil et d'assistance du prestataire et le rôle de décision des dirigeants sociaux.

Michel GIORDANO

Expert-Comptable – Commissaire aux Comptes
Vice-Président du Conseil Supérieur de l'Ordre des experts-comptables

Stéphane PENAUD

Avocat à la Cour

Delphine KRUST

Avocat à la Cour

SEML : LE POINT SUR LA RESPONSABILITE CIVILE ET PENALE DES REPRESENTANTS ELUS DES COLLECTIVITES TERRITORIALES APRES LA LOI N°2002-1 DU 2 JANVIER 2002

▪ **La responsabilité civile des représentants des collectivités territoriales**

Les SEML sont – pour l'essentiel – régies par le droit des sociétés anonymes¹¹ mais différentes dérogations législatives ont été expressément prévues afin de tenir compte de la spécificité de cet outil des collectivités territoriales.

Parmi ces dérogations, figurent notamment des dispositions relatives à la responsabilité civile des représentants des collectivités territoriales au sein des organes dirigeants. Si le régime applicable peut apparaître comme assez favorable à ces représentants, ces derniers doivent néanmoins garder à l'esprit qu'ils peuvent, dans certains circonstances, se voir sanctionnés personnellement.

Un régime dérogatoire, favorable aux dirigeants de SEML ...

Selon l'article L. 1524-5, alinéa 8, du CGCT, il est prévu que « par dérogation à l'article 91 de la loi

¹¹ cf. loi n°66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales, codifiée aux articles L. 210-1 et suivants du Code de commerce.

n°66-537 du 24 juillet 1966¹² précitée, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires. Lorsque ces représentants ont été désignés par l'assemblée spéciale, cette responsabilité incombe solidairement aux collectivités territoriales ou au groupements membres de cette assemblée »¹³.

Ce régime dérogatoire, assez favorable aux dirigeants de SEML, s'explique par le fait que les collectivités territoriales sont, de droit, administrateurs ou membres du conseil de surveillance de la SEML¹⁴ et que leurs représentants, qui sont obligatoirement des élus locaux¹⁵, exercent leur fonction en vertu d'un mandat¹⁶ et non en leur nom propre.

En conséquence, dans l'hypothèse d'une d'action en responsabilité civile exercée à la suite d'infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés anonymes, de violations des statuts ou de fautes de gestion¹⁷ commises par le représentant d'une collectivité territoriale, seule la responsabilité de la collectivité mandante peut se trouver engagée¹⁸.

Tel serait le cas, par exemple, à la suite d'une action en comblement de passif¹⁹ – ayant pour objet de faire supporter les dettes de la société aux dirigeants de droit ou de fait qui ont commis une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif – qui ne peut être dirigée qu'à l'encontre de

la collectivité territoriale actionnaire d'une SEML et non de son représentant²⁰.

Souignons, toutefois, que s'agissant des SEML dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance, la dérogation prévue à l'article L. 1524-5 du CGCT ne semblerait pas bénéficier aux représentants d'une collectivité territoriale siégeant au directoire dès lors que cette disposition ne vise expressément que ceux siégeant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance²¹.

...qui n'exclut toutefois pas l'application de sanctions personnelles

En raison d'un comportement fautif particulièrement grave, les représentants des collectivités territoriales peuvent faire l'objet de sanctions personnelles lourdes de conséquences.

Ainsi, le juge a admis la recevabilité d'une action tendant à l'extension du redressement judiciaire²² d'une SEML au président d'une SEML, représentant personne physique d'une collectivité territoriale²³, sans que ce dernier ne puisse opposer les dispositions protectrices de l'article L. 1524-5 précité du CGCT²⁴.

En effet, le juge considère que, dans la mesure où elle n'a pas pour objet de permettre la réparation d'un dommage, l'action en extension de redressement judiciaire ne constitue pas une action en responsabilité civile mais « *une procédure collective autonome concernant le dirigeant fautif, au passif duquel sera alors ajouté celui de la personne morale* »²⁵ et présente le caractère d'une sanction personnelle.

De même, le représentant personne physique d'une collectivité territoriale peut faire l'objet d'une mise

¹² cf. article L. 225-20 du Code de commerce.

¹³ cf. également l'article L. 2253-5 du CGCT qui prévoit que « *Lorsque dans une société anonyme, une commune a la qualité de membre ou de président du conseil d'administration, de membre du directoire, de membre ou de président du conseil de surveillance, la responsabilité civile résultant de l'exercice du mandat des représentants de la commune incombe à la commune et non à ses représentants.* ».

¹⁴ Com., 26 octobre 1999, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable c./ Lourec et autres*, req. n°1630

¹⁵ cf. article L. 1524-5, alinéa 1^{er}, du CGCT.

¹⁶ cf. article R. 1524-5 du CGCT.

¹⁷ cf. articles L. 225-251 et suivants du Code de commerce.

¹⁸ Com., 25 juin 1991, *Lebas*, Bull. cass. IV, n°239 : cette solution s'applique sans distinguer si le représentant de la collectivité territoriale exerce les fonctions de président, d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de la SEML.

¹⁹ cf. article L. 624-3 du Code de commerce.

²⁰ Com., 25 juin 1991, *Lebas*, préc.

²¹ Voir, par analogie : CE, 18 décembre 1996, *Elections municipales de Gérardmer*, req. n°174.097 (à propos de la reconnaissance de la qualité d'entrepreneur municipal au sujet de membres du directoire d'une SEML et, en conséquence, de leur inéligibilité). En ce sens, cf. note Benjamin, DA 1997, n°64.

²² cf. article L. 624-5 du Code de commerce.

²³ Caen, 24 septembre 1998, *Semcar c./ Van Themsche*, n°96-3559.

²⁴ En l'espèce, le dirigeant invoquait le bénéfice des dispositions de l'article L. 2253-5 du CGCT (cf. note de bas de page n°4).

²⁵ Caen, 24 septembre 1998, *Semcar c./ Van Themsche*, préc.

en faillite personnelle²⁶ sans pouvoir davantage se prévaloir de l'article L. 1524-5 précité du CGCT.

Le juge considère que cette disposition du CGCT ne déroge pas à l'article L. 625-1, 3°, du Code de commerce, lequel permet de prononcer une mesure de faillite et d'autres mesures d'interdiction à l'encontre des personnes physiques, représentants permanents de personnes morales²⁷.

Cette solution est justifiée par le fait que la mesure de mise en faillite personnelle ne peut être considérée comme une action en responsabilité civile dans la mesure où elle constitue une sanction « *d'intérêt public* » ayant pour objet de protéger les tiers contre les agissements de certains dirigeants.

Rappelons que, outre l'interdiction de diriger, gérer administrer ou contrôler – directement ou indirectement – toute entreprise ou toute personne morale ayant une activité économique, la faillite personnelle entraîne l'incapacité d'exercer une fonction publique élective²⁸.

Au delà de ces mesures pouvant être prononcées dans le cadre d'une procédure collective, le représentant de la collectivité territoriale au sein des organes dirigeants de la SEML pourrait voir sa responsabilité recherchée par la collectivité mandante en cas de faute commise dans l'exercice de son mandat de représentation. Afin d'éviter une telle situation, la prudence recommande de définir, de manière précise, les fonctions et les modalités d'exercice de ce mandat.

▪ **La responsabilité pénale des représentants des collectivités territoriales**

Aucune dérogation législative n'ayant été expressément prévue en ce sens, les représentants élus des collectivités territoriales encourent la même responsabilité pénale que les administrateurs de toute société anonyme, nonobstant le fait qu'ils exercent leur fonction en qualité de mandataire de la collectivité actionnaire²⁹.

²⁶ cf. article L. 625-1, 3°, du Code de commerce

²⁷ Com., 8 janvier 2002, *Moustache*, n°98-18.959 ; cf. pour une solution antérieure : Trib. Com. Arras, 12 décembre 1986, *SA Société artésienne de télématique et d'informatique*, Petites Affiches, 21 octobre 1994, p. 10.

²⁸ cf. article L. 625-2 du Code de commerce et articles L. 202, L. 233 et L. 340 du Code électoral.

²⁹ Selon les dispositions de l'article L. 225-20 du Code de commerce, le représentant permanent d'une personne morale est soumis à la même responsabilité pénale que s'il était administrateur en son nom propre.

Ces représentants, en leur qualité d'élus locaux, peuvent notamment voir leur responsabilité pénale engagée au titre d'infractions concernant spécifiquement les personnes investies d'un mandat électif, telles que – par exemple – le délit de prise illégale d'intérêts et le délit de favoritisme.

La responsabilité pénale encourue au titre du droit commun des sociétés

A l'instar des dirigeants de toute société commerciale, les représentants des collectivités territoriales peuvent être poursuivis pour des infractions pénales de droit commun (manquement à une obligation de sécurité ou de prudence, mise en danger d'autrui, escroquerie, abus de confiance, ...) ou pour des infractions pénales spécifiques au droit des sociétés³⁰ (répartition de dividendes fictifs, usage des biens ou du crédit de la société à des fins personnelles, publication de bilan inexact, banqueroute, ...).

La responsabilité pénale encourue au titre du délit de prise illégale d'intérêt

La prise illégale d'intérêts, réprimée à l'article 432-12 du Code pénal, est définie comme « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif, de prendre, de recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

Compte tenu du caractère particulièrement large de cette incrimination – punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende – et de leur double fonction, les élus locaux siégeant au sein des organes dirigeants d'une SEML se trouvent particulièrement exposés à un risque de poursuite.

Lors des travaux parlementaires³¹ qui ont précédé l'adoption de la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte³², il avait été envisagé que les élus locaux, mandataires des collectivités territoriales, ne puissent, du seul fait de leurs

³⁰ cf. articles L. 241-1 et suivants du Code de commerce.

³¹ cf. article 3 de la proposition de loi adoptée en 1^{ère} lecture par le Sénat, et séance publique du Sénat en date du 21 novembre 2000.

³² JO du 4 juillet, p. 121.

fonctions, être poursuivis sur le fondement de l'article L. 432-12 du Code pénal.

Cette exemption de l'incrimination pour prise illégale d'intérêts du seul fait de l'exercice d'un mandat social est apparue comme inutile dans la mesure où le mandataire, et à travers lui, la collectivité locale, n'est pas investi, de par la loi, d'une mission d'administration ou de surveillance de la société d'économie mixte. De plus, le principe d'une rémunération du mandataire d'une SEML est expressément prévu par l'article L. 1524-5 du CGCT³³. Cette exemption, qui risquait d'être mal comprise par l'opinion publique³⁴, n'a finalement pas été retenue.

En revanche, le législateur a souhaité éviter que les élus locaux siégeant au sein des organes dirigeants d'une SEML puissent être considérés comme « intéressés » au sens de l'article L. 2131-11 du CGCT³⁵ lorsqu'ils prennent part au vote d'une délibération de la collectivité portant sur ses relations avec la SEML.

L'article L. 1524-5 du CGCT, prévoit désormais que « *les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des sociétés d'économie mixte locales et exerçant les fonctions de membre ou président du conseil d'administration, de président-directeur général ou de membre ou de président du conseil de surveillance, ne sont pas considérées comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte* ».

Cette précision, qui intéresse uniquement la légalité des délibérations de la collectivité mandante, n'est pas de nature à lier le juge pénal lors de l'engagement de poursuites pour prise illégale d'intérêts à l'encontre d'élus mandataires qui participeraient à une délibération à laquelle ils seraient personnellement intéressés³⁶.

³³ Assemblée Nationale, Rapport n°3137 de Monsieur Jacky Darne fait au nom de la Commission des lois.

³⁴ Séance publique du Sénat en date du 21 novembre 2002

³⁵ Selon cette disposition : « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part les membres du conseil intéressé à l'affaire qui en a fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire.* ».

³⁶ Crim., 8 juin 1999, *Nevache*, n°98-82608 : représentant élu reconnu coupable de délit d'ingérence et de prise illégale d'intérêt pour avoir participé à la délibération décidant de l'octroi du montant annuel de sa

La responsabilité pénale encourue au titre du délit de favoritisme

Le délit de favoritisme, réprimé à l'article 432-14 du Code pénal, est défini comme « *le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif, ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur [...] des sociétés d'économie mixte locales [...] de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

Ce délit – puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende – est caractérisé par l'octroi d'un avantage injustifié à autrui, la violation des règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics et délégations de service public (à savoir, pour l'essentiel, la violation des règles de publicité et de concurrence) et un élément intentionnel qui peut se déduire de la nécessaire connaissance qu'avait le prévenu de la violation des règles applicables.

Afin de prévenir les représentants élus des collectivités territoriales d'une incrimination de délit de favoritisme, le nouvel article L. 1524-5 du CGCT prévoit qu'« *ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public dans les conditions prévues aux articles L. 1411-1 et suivants* ».

Ces récentes clarifications législatives, sécurisantes pour les élus locaux, devraient rassurer ceux qui étaient jusqu'alors réticents à siéger au sein des organes dirigeants d'une SEML.

Terence CABOT

Avocat à la Cour
Cabinet Latournerie Wolfrom & Associés

rémunération au titre des fonctions de directeur général exercées au sein d'une SEML.

LE STATUT DU TEMOIN ANONYME : UN RISQUE D'AGGRAVATION DU RISQUE PENAL POUR LES SEM

Les dernières années l'ont montré : les SEM sont soumises, en leur double qualité d'entreprise et de personnes chargées d'une mission de service public, à un risque juridique important, et sont de plein fouet touchées par la pénalisation de la vie publique.

Cette pénalisation du droit inquiète à juste titre par ses effets secondaires lorsqu'elle concerne la vie publique—déconsidération des fonctions publiques et électives chaque fois qu'un élu ou qu'un fonctionnaire est poursuivi ou sa responsabilité recherchée devant les tribunaux répressifs, même pour des infractions non intentionnelles, découragement des élus ou des candidats devant les risques encourus, perte de confiance généralisée dans le système démocratique. Par ailleurs, la pénalisation de la vie économique et des affaires a elle aussi un effet négatif, le risque pénal des entreprises étant analysé comme excessif (cf. notamment « l'entreprise face au risque pénal » La lettre des juristes d'affaires supplément au n° 314 du 22 avril 1996) « L'ivresse pénale française » Daniel SOULEZ-LARIVIERE La revue des deux Mondes de novembre 1995, quelle pénalisation pour la vie économique Marie-Maure RASSAT Les annonces de la Seine 56 du 5 août 1999, etc)

Jusqu'ici, à l'unanimité, le législateur semble avoir reconnu la nécessité de limiter l'ampleur de la pénalisation du droit

L'exemple le plus marquant de cette volonté de réduire l'emprise du pénal dans le droit français est sans doute la loi du 10 juillet 2000 dite FAUCHON qui a pour objectif de réduire le domaine de la responsabilité pénale des personnes physiques en matière d'infraction d'imprudance et de négligence, dans la mesure où elle n'a pas hésité à opérer, pour enrayer le phénomène de pénalisation galopante de la vie publique, **un véritable bouleversement juridique** en revenant même partiellement sur deux concepts essentiels du droit pénal, le principe de l'identité des fautes civiles et pénales et celui de l'équivalence des conditions : désormais, lorsqu'une personne physique a causé INDIRECTEMENT le dommage, sa responsabilité pénale ne peut être engagée que si sa faute présente certaines caractéristiques.

Quant au droit des affaires, et plus particulièrement le droit des sociétés qui concerne aussi directement

les SEM, la loi 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a elle aussi amorcé une certaine dépenalisation –tout en créant paradoxalement une sanction pénale nouvelle, même si elle est plus connue des SEM pour avoir distingué les fonctions de président du conseil d'Administration et de Directeur Général d'une Société anonyme.

Enfin précisément en ce qui concerne les SEM, la loi 2002-1 du 2 janvier 2002 a « modernisé » le statut des SEM en précisant explicitement à l'article L 1524-5 du CGCT que la participation des élus locaux mandataires des SEM aux conseils d'administration ou de surveillance, aux délibérations de la Collectivité n'entachait pas d'illégalité les délibérations de la Collectivité, ne confirmant d'impossibilité de participation de ces mandataires qu'aux commissions d'appel d'offre ou de d'attribution des délégations de service public : les poursuites pour délit de favoritisme sont ainsi mieux encadrées, tandis que les débats parlementaires, évoquant l'opportunité de préciser les conditions des poursuites pour délit de prise illégales d'intérêt, permettent de confirmer en défense, en cas de poursuite le mandataire et à travers lui la collectivité locale, n'est pas investi par la loi d'une mission d'administration et de surveillance de la société au sens de l'article L 423-12 du code pénal.

*
* *

On peut donc dire qu'on a assisté, ces dernières années, à un effort particulièrement important du législateur –puisque avec la loi FAUCHON, il a carrément pris la peine de redéfinir des principes fondamentaux de notre droit- pour limiter l'impact de la pénalisation galopante qui touche deux domaines du droit concernant particulièrement les SEM, le fonctionnement de la vie publique et le droit des affaires.

Il semble que désormais, ce mouvement soit en passe d'être sérieusement ralenti voire inverser. De toute évidence sans que les décideurs publics concernés et notamment les dirigeants de SEM n'ait eu l'opportunité de s'en émouvoir, deux textes récents risquent fort de relancer le recours poursuites pénales. Ce sont cette fois des textes généraux, qui n'ont pas vocation de façon explicite, à aggraver la pénalisation de la vie publique ou du droit des affaires ou à diminuer précisément une « protection » accordée à certains citoyens qui, se consacrant à l'intérêt général, sont plus particulièrement et fréquemment en risque de commettre, involontairement, des délits, mais qui

peuvent avoir, et qui auront certainement, cet effet aggravant.

Ils concernent simplement la procédure pénale en général, ont un caractère « technique » et procédural, et n'ont pas attiré l'attention des dirigeants publics parce qu'ils sont intervenus dans un cadre à priori exempt de polémique et pour répondre à un objectif tout à fait honorable : aider la justice à intervenir dans les zones de non-droit (banlieues difficiles etc.) en protégeant les personnes susceptibles de provoquer l'intervention de la police et/ou de la justice. En effet, par la Loi du 15 novembre 2001, le précédent gouvernement avait, sans aucun débat médiatique ni contestation d'aucune sorte, créé un personnage nouveau dans la procédure pénale française : le témoin anonyme, le « témoin protégé ».

Le projet de loi d'orientation pour la justice de septembre 2002, en passe d'être adopté, vient d'étendre le champ d'application du texte à des incriminations dont les sanctions d'emprisonnement sont plus courtes : le témoin anonyme devient donc un personnage incontournable des procédures pénales auxquelles les sociétés commerciales et donc les SEM peuvent être soumises.

Que le citoyen ait la possibilité, voire le devoir moral, de dénoncer l'existence d'un crime ou d'un délit dont il a connaissance est une évidence, et c'est même un devoir pour les fonctionnaires et agents publics (article 40 du code de procédure pénale). Mais jusqu'ici, le dénonciateur,

- ↳ Soit choisissait de garder l'anonymat : il restait ni plus ni moins qu'un « corbeau », ne pouvait intervenir ni être « utilisé » dans la procédure d'instruction et la procédure pénale.
- ↳ Soit devenait un témoin : le dénonciateur, spontané, devient alors un témoin, qui doit la vérité qu'appelle le serment.

Pour pouvoir se défendre, l'accusé ne peut se défendre que s'il connaît toutes les charges réunies contre lui, ce qui implique de savoir de quoi on l'accuse, qui l'accuse et sur quels témoignages. Le « corbeau » pouvait attirer l'attention du juge, mais devait pour continuer son entreprise de recherches de condamnation pénale, se découvrir, avancer à visage découvert, et devenir un témoin. S'il s'avérait qu'il avait menti, et fait intervenir le juge pénal pour nuire à la personne qu'il avait, *dans ces conditions*, « calomnié », il pouvait à son tour être poursuivi et condamné : c'est la fameuse infraction de « dénonciation calomnieuse ».

Désormais et depuis la loi du 15 novembre 2001, sur la sécurité quotidienne qui ajoute un article 706-56 au code de procédure pénale, il n'en va plus de même : le dénonciateur dans certains cas peut demeurer masqué et faire progresser l'enquête, jouer un rôle déterminant dans les poursuites :

« (...) lorsque l'audition d'une personne [à l'encontre desquelles il n'existe aucun indice faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction et qui sont susceptibles d'apporter des éléments de preuve intéressant la procédure] est susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches, le juge des libertés et de la détention saisi sur requête du procureur ou du juge d'instruction, peut par décision motivée autoriser les déclarations de cette personne soient recueillies sans que son identité apparaisse dans le dossier de la procédure. Cette décision n'est pas susceptible de recours (...) le juge des libertés peut décider de procéder lui-même à l'audition du témoin. La décision qui ne fait pas apparaître l'identité de la personne est jointe au procès verbal d'audition du témoin sur lequel ne figure pas de signature. L'identité et l'adresse sont inscrites dans un autre procès-verbal signé par l'intéressé qui est versé dans un dossier distinct du dossier de la procédure dans lequel figure aussi la requête prévue à l'alinéa précédent. L'identité et l'adresse de la personne sont inscrites sur un registre coté et paraphé ouvert à cet effet au tribunal de Grande Instance. »

Les articles suivants précisent qu'en aucune circonstance leur identité ne peut être révélée, hors le cas où « au regard des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise ou de la personnalité du témoin, la connaissance de l'identité de la personne est indispensable à l'exercice des droits de la défense. La personne mise en examen peut dans les dix jours à compter de la date à laquelle il lui a été donné connaissance du contenu d'une audition réalisée dans les conditions de l'article 706-58 devant le président de la Chambre de l'instruction, le recours à cette procédure.

Le Président statue par décision motivée non susceptible de recours au vu des pièces de procédures (...) S'il estime la contestation justifiée, il a alors le choix entre, avec l'accord exprès du témoin, la levée de l'anonymat ou l'annulation de l'audition.

Enfin, il peut y avoir confrontation grâce à des dispositifs techniques (« brouillage » technique de voix), et aucune condamnation en peut intervenir sur le seul fondement de déclarations ainsi recueillies.

Le projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice relatif à l'anonymat des témoins, en phase d'adoption, étend le dispositif, qui était applicable pour les infractions entraînant des peines de 5 ans de prison, à celles entraînant des peines d'emprisonnement de 3 ans, qui sont beaucoup plus nombreuses

De ce fait, le champ d'application est ainsi considérablement élargi, et, justement, élargi, notamment à des infractions de droit des affaires (par exemple, abus de biens sociaux, abus de confiance, abus de biens sociaux, abus de pouvoirs etc...qui s'accompagnent de sanctions d'emprisonnement plus courtes, couramment de 3 ans), mais aussi aux infractions visant les personnes chargées d'une mission de service public ou aux personnes publiques : la discrimination commise par une personne chargée d'une mission de service public, la concussion ou la corruption, mais aussi la prise illégale d'intérêt, le trafic d'influence, la soustraction ou le détournement de biens. Sont aussi visés les faux et usages de faux, les faux en écriture publique, la délivrance de documents administratifs à une personne qui n'y a pas droit (article 441-5 du code pénal), la falsification ou contrefaçon des timbres ou marques d'une autorité publique (article 444-3 du code pénal) ... De même que les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne, ou l'homicide involontaire, et le vol...

Or, ce dispositif, déjà en place par la loi du 15 novembre 2001 pour les incriminations dont les sanctions d'emprisonnement sont de 5 ans et plus, dont les , qui pose d'importants problèmes de droits de la défense, ne peut être perçu, s'il était connu d'un certain public et largement développé par les magistrats et les policiers -qui agissent en premier et dernier ressort-, que comme un quasi-encouragement à la délation, -en tout cas certainement un encouragement au recours à la procédure pénale. Car non seulement le salarié ou l'agent qui obtiendra la qualité de témoin protégé, ne sera connu que les magistrats et les policiers, et de ce fait il ne pourra être poursuivi pour dénonciation calomnieuse, ou faux témoignage, par sa victime .

Les seules protections contre des dénonciateurs calomnieux, c'est que la personne ne doit pas avoir commis elle-même d'infraction ou être soupçonnée d'en avoir commis - ce qui reste tout de même le cas de la majorité de nos concitoyens -, et que son audition doit être « *susceptible de mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches* ». Mais savoir comment la preuve de cette

éventualité sera appréciée par les magistrats et les policiers est difficile à ce stade à appréhender.

C'est là qu'est le piège. Protéger dans les banlieues difficiles les citoyens prêts à dénoncer les trafics de drogue et autres crimes odieux est louable . Et même, pourquoi exclure d'ailleurs des menaces de nature différentes mais aussi graves ou presque ? Certaines menaces ne visent pas la vie ou l'intégrité physique mais peuvent aussi être assez graves pour empêcher de parler : peut-être l'appréciation des menaces qui pèsent sur le témoin en cas d'audition pourraient être -à juste titre dans plusieurs cas sans doute- plutôt large.

Mais que penser alors d'un schéma où, dans une entreprise, - une SEM par exemple - un salarié ou un agent proche de l'équipe de direction, pourrait invoquer avoir reçu des menaces de mort anonymes, et dévoilerait des pratiques qu'il penserait constitutives d'infractions ? Et dans ce schéma, qui contrôle et comment contrôler que le témoin demandant la protection est bien effectivement menacé dans sa vie et son intégrité physique ?

Pour certains délateurs, il n'est pas exagéré de dire que la tentation peut être forte, et que le texte constitue, involontairement sans doute, mais de facto, un encouragement indirect, par l'impunité que procure la qualité de témoin protégé, à la pénalisation de la vie des affaires et de la vie publique. La direction d'une SEM, empêchée de menacer la vie ou l'intégrité physique du témoin protégé par l'octroi à celui-ci de cette qualité, sera du même coup empêchée de mettre en œuvre toute mesure de rétorsion de quelque nature que ce soit, en cas de fausses allégations...

Bien entendu la loi ne sera que ce que magistrats et policiers en feront. Mais le système peut paraître inquiétant . La loi a été faite pour les banlieues difficiles, l'intention est bonne ; en revanche, mettre en place une loi de portée générale pour des cas particuliers, c'est s'exposer à voir ses conséquences échapper au législateur...

Il semblait que la volonté de dépénaliser le droit français était unanime, dans la mesure où cette pénalisation a des effets secondaires extrêmement négatifs -rejet du système représentatif et électoral notamment. Cette dépénalisation, intervenue à un prix élevé (la loi FAUCHON a carrément eu pour effet de remettre en cause des principes de notre droit qu'on croyait immuable) pourrait être sérieusement remise en cause et retardée si, parallèlement, la loi récente mettait en place, par son interprétation et sa mise en œuvre effective, un système permettant à des individus peu scrupuleux, quelque peu paranoïaques ou animés par d'autres intentions que la volonté de défendre l'intérêt

général, de recourir au juge pénal pour déclencher des poursuites puis peser sur l'instruction – car dans le système, la balance n'est plus égale entre l'accusé et l'accusation, qui sait plus de choses que la défense et n'a pas de voie de recours contre les décisions du juge- dans des conditions d'impunité à peu près totale.

Il faudra beaucoup de vigilance, et de volonté de résistance à la tentation de la part des juges, pour éviter les excès. Les premiers pas, récents, de la dépénalisation de la vie publique et de la vie des affaires, pourraient s'arrêter désormais à ce stade.

Marie-Pierre CHANLAIR
Bruno Kern Avocats
Spécialistes en Droit Public

POUR UN BON EQUILIBRE DES RELATIONS SEML / COLLECTIVITES

Les relations entre SEML et collectivités, tant au niveau responsabilité, gestion et contrôle, que dans leurs rapports financiers, résultent d'un difficile et subtil équilibre.

La S.E.M.L., société commerciale de droit privé, se trouve non seulement à la frontière de deux logiques économiques : la gestion publique et la gestion privée, mais également à la frontière de deux droits : le droit public et le droit des affaires. Elle doit affirmer son indépendance et son autonomie, malgré une grande dépendance vis à vis de la Collectivité. Celle-ci lui fournit en effet l'essentiel de son activité et des moyens financiers pour la réaliser. Elle est souvent à la fois l'actionnaire majoritaire, le principal client et l'un des pouvoirs de contrôle. Il arrive alors que la S.E.M.L. n'acquière pas de véritable autonomie et fonctionne comme un simple service de la collectivité. Ce qui conduit le secteur privé à s'en désintéresser, et amène l'actionnaire majoritaire à abusé involontairement de sa position.

Il est pourtant possible de conserver à la S.E.M.L. son intérêt et ses atouts d'outil de mise en œuvre d'une politique locale, dans le respect de son autonomie, tout en évitant la perte du contrôle et de la maîtrise par la collectivité.

Il faut pour cela que le rôle et la responsabilité de chacun soient compris et sans ambiguïté : avec des conventions claires et détaillées, une circulation d'informations efficaces et rigoureuses, utiles au positionnement de chacune des deux structures. Une bonne information bien comprise doit permettre aux acteurs, ayant des logiques, des formations et

des compétences variées, d'éviter de prendre des décisions et des responsabilités qui ne leur incombent pas, ou sans en avoir perçu pleinement les tenants et les aboutissants.

Il faut avoir conscience que la SEML et la collectivité peuvent, sur certains points, ne pas poursuivre les mêmes objectifs, avoir des intérêts divergents, et des risques différents.

Ainsi, en matière de résultat et de finances, la S.E.M.L. doit avoir un objectif d'équilibre : elle ne peut, ni ne doit se retrancher derrière la collectivité pour engager des actions hasardeuses ou accepter des missions non rémunérées. La situation d'actionnaire majoritaire de la collectivité ne doit pas amener celle-ci à couvrir la S.E.M.L. en toute circonstance, ou lui imposer une rémunération de ses prestations qui soit incohérente.

Par exemple, le choix et les modalités de la rémunération des prestations effectuées par la SEML dans le cadre d'un contrat de mandat, sont très importants dans la recherche de cet équilibre entre les deux structures. Car la rémunération est un produit pour l'une et un coût pour l'autre.

Or, si la rémunération du mandataire par le mandant est une clause obligatoire de la convention de mandat, aucune modalité de calcul de cette rémunération n'est imposée par les textes. Elle peut donc être forfaitaire ou en pourcentage des dépenses.

La rémunération forfaitaire a l'avantage d'une part, de dissocier la rémunération, et donc les produits propres de la S.E.M.L., du montant des dépenses imputées à l'opération de mandat. D'autre part, pour une opération complexe et longue, elle est indépendante du rythme des dépenses de l'opération elle-même. Son montant global peut d'ailleurs être réparti de façon linéaire ou non, sur la durée de l'opération, pour tenir compte des investissements humains et techniques à mettre en œuvre au départ. Elle doit cependant être en corrélation avec les moyens que la S.E.M.L. mobilise pour permettre la réalisation de l'opération, en tenant compte de la complexité et de la durée du programme de travaux.

Ce programme doit être clairement définis dans la convention, ainsi que l'impact sur la rémunération d'ajouts ou de retraites de travaux à ce programme d'origine. Mais le coût réel des travaux réalisés ne pourra avoir d'effet sur cette rémunération forfaitaire, même si ce coût est nettement supérieur ou inférieur au chiffre d'origine.

La rémunération peut aussi être calculée sur un pourcentage des dépenses de l'opération. Le pourcentage se situe en général entre 2 et 5 %, et peut varier sur une même opération en fonction de

la nature des dépenses. Cette rémunération au pourcentage n'est cependant pas de nature à inciter la S.E.M.L. à faire des économies sur le coût des travaux. Elle nécessite de plus une imputation précise des dépenses et recettes, pour permettre un calcul parfois complexe.

La rémunération est un exemple de l'obligation de concertation entre la collectivité et la S.E.M.L. pour une prise en compte des intérêts et des contraintes communs ou spécifiques à chacune.

L'équilibre, la transparence et la maturité des actions menées dépendent avant tout de la volonté des acteurs et de leur capacité à communiquer et se comprendre.

Martine LE BONVALLET
Expert-comptable
KPMG

L'ÉVALUATION D'UNE SEM DE SERVICES DANS LE CADRE D'UNE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Introduction

Aujourd'hui dans la vie courante des SEM, les collectivités locales se trouvent placées dans la situation d'évaluer les actions qu'elles détiennent sur leurs satellites. Cette évaluation peut avoir une finalité interne dans le cadre de l'établissement du compte administratif de la collectivité ou une finalité externe (cas le plus fréquent) dans le cadre de mouvements sur les titres ; arrivée d'un nouvel actionnaire, reconstitution du capital de la SEM, sortie d'un actionnaire, augmentation de capital...

La détermination de la valeur de ces actions ne peut pas reposer sur des approches simplistes (pourcentage du chiffre d'affaires, valeur approximative fondée sur des éléments non vérifiables, ...) mais sur une véritable méthodologie fondée sur :

- des critères juridiques propres aux SEM et aux contrats publics qu'elles gèrent,
- des critères économiques relatifs aux activités qu'elles réalisent et sur une démarche construite à partir de ces éléments d'analyses juridiques et économiques.

Pour appréhender de façon concrète cette situation, nous proposons de présenter de manière pédagogique, une démarche en quatre étapes qui pourrait être mise en œuvre dans le cadre de

l'évaluation d'une action dans une SEM de gestion gérant des contrats de délégation de service public.

- Analyse juridique de la SEM et de ses contrats,
- Analyse financière de la SEM et de ses contrats,
- Méthodes d'évaluation retenues,
- Détermination de la valeur de l'action.

1. Analyse juridique de la SEM et de ses contrats :

- ♦ L'objet social des SEM est étroitement lié aux compétences des collectivités territoriales qui les créent. A cet égard, l'article L.1521-1 du code Général des Collectivités Territoriales dispose que les collectivités ne peuvent créer des SEM que dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi.

Dans ce cadre, les SEM peuvent mener des actions en matière d'aménagement, de construction et peuvent exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial **ou toute autre activité d'intérêt général** que l'on englobe généralement sous le terme générique de " services " et qui recouvre des réalités aussi différentes que les remontées mécaniques, les palais des congrès ou les parcs de stationnement.

A ce premier cadre général s'en superpose un second.

Les collectivités territoriales ne peuvent pas confier à leurs SEM :

- un service public que des dispositions législatives ou réglementaires interdisent de déléguer (par exemple l'état civil),
- un service public qu'elles exploitent au nom et pour le compte de l'Etat (service du cadastre).

L'activité de la SEM et peut combler une carence de l'initiative privée, mais devra nécessairement satisfaire un besoin d'intérêt général. Selon les termes d'une jurisprudence constante, en effet, l'initiative privée doit être absente ou défailante.

L'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1983 (article L. 1521-1 du CGCT) permet à une SEM d'exercer plusieurs activités, mais celles-ci doivent être complémentaires.

La loi du 7 juillet 1983 n'a pas défini la notion d'intérêt général et la circulaire du 16 juillet 1985 précitée renvoie à une définition au cas par cas par la jurisprudence administrative. Si la loi ne définit

pas le contenu matériel de l'intérêt général, c'est qu'elle en laisse la détermination à la libre appréciation des autorités de la SEM.

- ◆ Un autre élément indispensable à apprécier après l'analyse de l'objet social et des statuts de la SEM est la nature des contrats gérés. Les contrats de délégation de service sont par nature des contrats limités dans le temps, et leur renouvellement ne peut s'effectuer que dans le cadre des dispositions de la loi SAPIN ; c'est-à-dire dans le cadre d'appels d'offre et d'application du code des marchés publics.

En cas de non renouvellement du contrat, en fonction des termes de celui-ci, la SEM délégataire pourra transférer le personnel affecté à la délégation et transférer les biens ayant le caractère de biens de retour ou biens de reprise, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

L'ensemble des contrats signés avec les tiers, dont la durée d'exécution dépasse la date de la fin de la délégation de service public, est également transféré, s'ils sont liés à la réalisation de celle-ci.

2. Analyse financière de la SEM et de ses contrats :

La réalisation d'une évaluation de SEM passe nécessairement par une analyse de l'ensemble des documents prévisionnels obligatoires qui incluent :

- les données relatives au chiffre d'affaires et à la marge des conventions (Délégation de service public),
- les données relatives à l'évolution des coûts fixes de la SEM,
- les données relatives aux contrats en cours (baux, contrats d'emprunts...).

Cette évaluation des données doit rester cohérente avec les éléments de référence du secteur d'activité et les particularismes régionaux ou locaux de l'entité.

L'étude de l'évolution du chiffre d'affaires et des obligations tarifaires à la charge de la délégation est un élément à avoir à l'esprit dans la détermination et le contrôle des données budgétaires du fait que, dans la quasi-totalité des contrats, ce sont les collectivités délégantes qui fixent les prix du service public

Dans ce type d'évaluation, on ne peut retenir une valeur de « fonds de commerce » du fait de

l'existence d'un contrat de délégation de service public, cette notion étant exclue de ce cadre juridique. En effet, à la signature du contrat de délégation de service public, le concessionnaire acquiert le droit d'exploiter un service public. Ce droit qui fait partie du patrimoine de la SEM a une durée de vie limitée à la durée du dit contrat. La SEM gère pour le compte de la collectivité un service public délégué. Cette activité limitée dans le temps ne peut générer de façon pérenne un fond de commerce qui se définit comme une universalité regroupant des éléments corporels et incorporels dont une personne réalise la conjonction en vue d'exercer une activité commerciale.

3. Méthodes d'évaluation retenues :

Plusieurs méthodes peuvent être retenues, les plus appropriées sont les suivantes :

- méthode des flux de trésorerie actualisés (DCF),
- méthode dite de l'actif net comptable réévalué,

Méthode des flux de trésorerie actualisés (DCF).

Elle permet de déterminer la valeur d'une entreprise par référence à la somme des excédents de trésorerie annuelle actualisés qu'elle devrait raisonnablement permettre de dégager.

Cette méthode consiste à actualiser les flux de trésorerie d'exploitation disponibles pour les apporteurs en capitaux.

Les flux retenus sont ceux de l'horizon connu (5 ans par exemple) auxquels on ajoute une valeur résiduelle (flux futur). La valeur résiduelle est déterminée par actualisation des flux de trésorerie disponibles au-delà de l'horizon avec une hypothèse de croissance jusqu'à la fin de ces flux (limitée à 1,5 %).

Le taux d'actualisation retenu est déterminé sur une base qui est généralement celle du taux fixe pour les emprunts d'état de 7 à 10 ans, majoré du taux de risque du marché des actions et compte tenu d'un coefficient d'abattement de 20 % qui permet de prendre en compte le caractère non liquide de l'opération.

À partir des éléments ci-dessus, on obtient un taux d'actualisation objectif, qui est ensuite corrigé d'un coefficient qui permet de prendre en compte le risque spécifique de la société par rapport au marché global des actions. Ce coefficient « bêta » permet d'estimer la volatilité relative du titre concerné par rapport à l'ensemble des sociétés cotées (tous secteurs confondus).

Valeur obtenue par la méthode dite du "Actif net comptable réévalué"

L'actif net réévalué correspond à l'actif net comptable corrigé des plus ou moins values sur éléments incorporels (droit au bail) et corporels.

4. Détermination de la valeur de l'action

La détermination de la valeur de l'action sera comprise entre les deux valeurs définies ci-dessous.

En principe l'expert ne retiendra pas la moyenne arithmétique des valeurs obtenues par les différentes méthodes. A partir de cette moyenne mathématique, l'expert introduira différents paramètres. Il éliminera la valeur trop éloignée de la réalité économique connue. Il retiendra la méthode qui semble s'adapter le mieux aux conditions de l'activité de la SEM, relativisant ainsi l'arbitraire statistique.

L'expert devra conforter son choix par des données comparatives, si elles existent, dans le domaine des SEM. Il est certain que les éléments de comparaison sont toujours délicats à retenir du fait de la présence d'éléments subjectifs forts (poids des collectivités locales, du contexte politique).

L'expert devra cependant s'approcher des références du domaine privé traditionnel, tout en gardant à l'esprit, les contraintes (tant juridique qu'économique) des SEM, sur le montant de son évaluation.

Comme il s'agit pour l'expert de déterminer la valeur d'une fraction du capital de la SEM, tout dépendra de la quotité du capital à acquérir (le pourcentage cédé permet / ne permet pas à un actionnaire de dépasser certains seuils significatifs qui lui confère des droits et des pouvoirs supplémentaires).

En cas de cession des titres détenus par collectivité territoriale à un actionnaire privé, seul le seuil de minorité de blocage peut être envisageable.

Deux hypothèses existent :

- mouvement d'une fraction de capital minoritaire n'ayant pas d'influence sur le pourcentage de contrôle ou d'influence,
- mouvement d'une fraction de capital qui prouve un avantage particulier.

Dans le premier cas, la valeur de la SEM devra subir un abattement de l'ordre de 10-15 %.

Dans le second cas, la valeur de la SEM devra être maintenue ou même légèrement majorée (5 à 10 %)

Conclusion

Les collectivités locales ont toutes mis en place des services de contrôle de gestion et des politiques financières rigoureuses dans le cadre des mouvements sur titres qu'elles réalisent. Elles se doivent de réaliser ces opérations sur des valeurs probantes afin de ne pas être suspectées de disposer de l'argent public ou de le manipuler. En conséquence, elles doivent impérativement se reposer sur des véritables expertises indépendantes.

Les collectivités locales recherchent des interlocuteurs de référence ayant une double compétence : la connaissance juridique et financière des SEM et des contrats publics et la maîtrise des techniques d'évaluation des sociétés.

Les collectivités locales ont dans ce domaine un vrai besoin. Les experts comptables se doivent d'être présents à leurs côtés...

Alain CARIOU
CPS France

Gérard JOLLY
CPS France

NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET SEML

Les principes de passation des contrats des SEML

La pratique distingue habituellement, dans les contrats conclus par les SEML (sociétés d'économie mixte locales) :

- Les contrats d'amont qui sont passés entre les SEML et les collectivités territoriales et qui permettent à ces sociétés d'exercer leur activité. Il peut s'agir de mandats (de la loi « MOP » ou relevant d'un autre texte), de conventions d'aménagement (les concessions d'aménagement devenues, depuis la loi « SRU », des conventions publiques d'aménagement ou bien encore de conventions privées d'aménagement), de concessions de service public ou même encore de prestations de services.

- Les contrats d'aval qui sont passés entre la SEML et ses fournisseurs pour mener son activité, par exemple : les marchés avec les entreprises ou les bureaux d'études pour la réalisation des opérations dont elles ont la charge, la location ou l'achat des bureaux, des photocopieurs...

Comme les SEML sont à la fois publiques et privées, elles sont soumises, pour la passation de leurs contrats, à des règles précises.

Les contrats d'amont

Les contrats entre les SEML et les collectivités territoriales qui sont les « donneurs d'ordres » sont soumis, selon leur nature, à différentes formalités de passation et d'exécution.

- Dans de très nombreux cas, les SEML peuvent contracter avec les collectivités territoriales en toute liberté.
 - C'est le cas pour les contrats d'aménagement, qu'il s'agisse des conventions privées ou publiques d'aménagement (anciennement les conventions et les concessions d'aménagement).
 - Avec le nouveau code des marchés publics, tous les contrats de mandats confiés à une SEML entrent désormais dans cette catégorie (mandats de la loi « MOP », de la loi « Hoguet » ou du code de l'urbanisme pour les opérations d'aménagement).
- Dans d'autres cas, les SEML (ou les collectivités territoriales) ne sont obligées que d'accomplir des formalités tenant au prix. Il en va tout spécialement ainsi pour ce qui concerne les acquisitions immobilières des SEML qui sont l'objet d'un avis préalable du service des domaines (décret n° 86-455 du 14 mars 1986).
- Lorsque le contrat prend la qualification de « délégation de service public », il ne peut être conclu (quoique librement) qu'après des formalités de publicité et selon une procédure fixée par la loi « Sapin ».
- Dans certains contrats enfin, les SEML fournissent aux collectivités territoriales des prestations qui sont considérées comme relevant normalement du secteur marchand. Elles entrent alors en concurrence avec

d'autres entreprises privées et les contrats relèvent pleinement du code des marchés publics ; la SEML n'est alors qu'une entreprise comme les autres. Tel est notamment le cas des prestations de services informatiques (les SEML informatiques) ou des études d'urbanisme ou d'aménagement (sous réserve de la loi « SRU » : voir article joint).

Le nouveau code des marchés publics qui est issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 apporte quelques innovations, il est vrai limitées, à ce dispositif.

- Les mandats sont expressément écartés des dispositions de ce code (article 3, 7°). Et il faut préciser que cette exclusion vaut pour tous les mandats, quel que soit leur fondement juridique.
- Les prestations fournies par les SEML aux collectivités territoriales (à condition qu'elles ne s'inscrivent pas dans un mandat) sont, en revanche, soumises au code des marchés publics. Il ne s'agit pas là d'une nouveauté. Notons cependant que l'article 3, 1° du nouveau code prévoit que n'est pas un marché public le contrat passé avec une entreprise dont la personne publique assure le contrôle. Si, véritablement, l'on considère que les SEML relèvent de ce cas, alors les contrats conclus avec elles échapperaient au code des marchés publics. Mais l'on se souvient que le Conseil constitutionnel avait cassé une disposition de la loi « Sapin » qui prévoyait que les SEML seraient exclues des règles de passation des délégations de service public au motif d'une atteinte à la concurrence. Ce point est donc à suivre.

Les contrats d'aval

Les contrats que les SEML concluent avec différentes entreprises pour exécuter les missions dont elles sont chargées par les collectivités ou qui leur sont propres répondent aussi à des contraintes de publicité et de passation. L'on peut, en gros, distinguer deux cas.

- Si la SEML agit en qualité de mandataire d'une personne morale de droit public qui est, elle-même soumise aux contraintes du code des marchés publics, elle doit alors respecter et appliquer les règles qui valent pour le mandant.

- Si la SEML agit pour son propre compte, elle reste néanmoins soumise à des obligations de publicité et de passation pour certains marchés. Cette obligation a un double fondement.

- Elle découle d'abord de la réglementation européenne transposée en droit français par la loi de 1991, étant donné que les SEML ont des organes de gestion composés, en majorité, de personnes publiques.

- Elle a également été imposée par la loi « Sapin » de 1993 pour certains contrats des SEML

Dans ce domaine, le nouveau code des marchés publics n'apporte pas les précisions attendues, sauf de façon limitée.

- Il est désormais certain que les SEML qui agissent en qualité de mandataire d'une personne soumise à ce code devront en faire application lorsqu'elles agissent en son nom et pour son compte. Si le principe existait déjà et était même inscrit dans d'autres textes (comme la loi « MOP »), il est répété à l'article 2-I-2°.

Pour ce qui concerne les obligations découlant de la loi de 1991, le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune précision sur les marchés des SEML.

Rappelons que la situation actuelle est la suivante :

Objet du marché	Seuils en euros	Obligations
Fournitures Services	< 200.000 H.T.	Néant
	> 200.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence
Travaux	< 5.000.000 H.T.	Néant
	> 5.000.000 H.T.	Publicité Mise en concurrence

Dans le nouveau code des marchés publics, des obligations sont imposées aux acheteurs lorsque les marchés dépassent certains seuils : ces obligations portent sur l'émission d'un avis de pré-information et sur un appel à la concurrence à l'échelle européenne. Ces obligations sont résumées dans les tableaux ci-dessous.

Avis d'appel à la concurrence

Objet du marché	Seuils (euros H.T.)		Publication
	État	Collectivités territoriales	
Fournitures	< 130.000	< 200.000	non
Services	> 130.000	> 200.000	oui
Travaux	< 130.000	< 200.000	non
	> 130.000	> 200.000	non
	> 5.000.000		oui

- S'agissant des obligations imposées par la loi « Sapin » de 1993, l'on distingue deux catégories de SEML : celles exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux et les autres.

- Pour les SEML de construction et de gestion de logements sociaux, l'ensemble de leurs contrats sont soumis à des règles de publicité et de passation (à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 13 mars 1998 qui a cassé les restrictions de l'article R. 433-5 du CCH consistant à réserver ces mesures aux seuls contrats relatifs à des logements aidés par l'État).

Objet du contrat	Seuils en € et T.T.C.	Procédure
Tous	< 106.714	Libre
	> 106.714	Appel d'offres Marché négocié (cas limités)

- Pour les SEML autres que celles exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux, les mêmes règles s'appliquent mais seulement pour les contrats suivants :

- S'ils portent sur des travaux, des études ou de la maîtrise d'œuvre

- S'ils sont conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les SEML en leur nom ou pour le compte de personnes publiques.

Le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune précision sur le sort à réserver à ces contrats conclus par les SEML. Il faut encore attendre la parution d'autres décrets.

Philippe GIAMI


Expert-comptable, Commissaire aux Comptes

SEM DE GESTION LOCATIVE

Le règlement (00-06 du CRC) s'applique à la PGR dès janvier 2002

Quelles mesures à prendre pour l'arrêté de vos comptes 2002?

L'avis 00-01 du Conseil National de la Comptabilité (CNC) et le règlement n° 2000-06 du Comité de la Réglementation (CRC) ont mis en conformité le fait générateur de la constitution des provisions inscrites au passif avec les normes comptables internationales (IAS).

 Ces nouvelles règles sont obligatoirement applicables aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2002.

UNE NOUVELLE APPROCHE

Une provision est un passif dont le montant ou l'échéance ne sont pas fixés de façon précise. Un passif est un élément du patrimoine ayant une valeur économique négative pour l'entité

CE QU'ELLE IMPLIQUE

Une modification profonde de la détermination des provisions et donc de la problématique des bailleurs sociaux qui ont l'habitude de constituer une **dotation forfaitaire** à la provision pour grosses réparations (PGR).

Désormais, ce mode de calcul n'est plus possible. Il est donc urgent que vous recensiez vos obligations en tant que gestionnaire de SEM d'ici fin 2002 afin de répondre aux normes comptables et fiscales.

DEMARCHE A SUIVRE:

La dotation **forfaitaire doit être abandonnée**, Un plan de travaux compris entre trois et cinq ans doit être évalué afin de connaître le montant de la provision à constituer,

L'organe dirigeant compétent de la SEM doit délibérer

Ces travaux ne peuvent pas être évalués par les services internes de la SEM.

En effet, l'administration fiscale n'admettra la déductibilité de la provision que sur une estimation précise et fiable des travaux et des coûts à engager.


RECOMMANDATION :

Afin d'éviter tout litige, faites appel aux compétences d'entreprises externes (bureau d'étude...)

OBLIGATION :

Délibération préalable du Conseil d'Administration

Les dépenses d'amélioration qui augmentent la durée de vie du bien doivent être inscrites à l'actif en immobilisation et ne peuvent faire l'objet d'une dotation ou reprise de provision.

 Ce classement à l'actif, engendre des complications de calcul au moment de la mise au rebut de l'élément remplacé

Exemple : Les immeubles sont inscrits à l'actif pour une valeur globale, dont il est difficile de connaître le coût de revient des ascenseurs. Cependant, il est admis pour les immeubles anciens de conserver la valeur d'origine du bien remplacé si la valeur résiduelle de l'immeuble demeure inférieure ou égale à sa valeur vénale

RECOMMANDATION:

Pour des nouvelles constructions...

... dotez-vous d'une comptabilité analytique adaptée

ATTENTION !

La jurisprudence, très récente, donne des premières indications.

Un arrêt de Nancy (CAA du 4 avril 2002 n° 97-1540) a précisé que des travaux de grosses réparations qui ont fait l'objet de plusieurs modifications de devis ne sont pas évaluées avec précision et de ce fait ne peuvent donner lieu à la constitution d'une PGR.



Si vous avez rempli toutes ces nouvelles obligations, que devez-vous faire pour la clôture des comptes 2002 ?

En la matière il conviendra de se reporter aux directives qui sont énoncées dans le cadre d'un changement de méthode

Si votre évaluation est inférieure au montant de la provision qui figure au passif du bilan, la modification devra directement s'imputer en report à nouveau et être réintégré fiscalement.

La reprise de PGR ne sera pas être appréhendée dans le compte de résultat, mais elle subira l'impôt

Dans le cas contraire un complément de provision devra être comptabilisé

Marc OUZOULIAS
Expert-comptable

Patrick RIGAUDIERE
Chargé de Mission

L'EVOLUTION DU PROBLEME DES GROSSES REPARATIONS DANS LES SEM IMMOBILIERES ET DE LOGEMENT SOCIAL

La question des grosses réparations dans les Sociétés d'Economie Mixte Immobilières et de Logement Social a fait l'objet de nombreux débats depuis plusieurs années. L'enjeu est de taille : les provisions pour grosses réparations constituent un des axes de la stratégie d'entretien à moyen et long terme d'un patrimoine immobilier. Par le jeu des comptes qu'elles mouvementent et l'importance des montants concernés, elles exercent un impact certain sur les résultats comptables et financiers des Sociétés d'Economie Mixte. Mais, l'enjeu n'est pas simplement comptable, il est également fiscal.

Si la situation actuelle présente de nombreuses incertitudes, l'avenir, marqué par le règlement des passifs applicable à compter du 1^{er} janvier 2002, soulève plusieurs interrogations.

LA SITUATION ACTUELLE DES PROBLEMES DES PROVISIONS POUR GROSSES REPARATIONS DANS LES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE

Il apparaît difficile de présenter d'une manière simple et synthétique la situation du problème des provisions pour grosses réparations des Sociétés

d'Economie Mixte devant la diversité des conceptions et des pratiques. Nous nous bornerons à en rappeler les points principaux :

- Pendant de nombreuses années la politique de dotations à la provision pour grosses réparations s'appuyait sur la lettre du 20 avril 1966 de Monsieur Laxan, Directeur des Impôts qui admettait « *la constitution d'une provision pour grosses réparations calculée suivant les modalités suivantes : à partir de la 5^{ème} année suivant la 1^{ère} mise en location, une dotation au compte de provision pour grosses réparations fixée à 0,5 % au moins et 1 % au plus du prix de revient des constructions actualisé en fonction de l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE.* »

De même la circulaire du 22/11/1973 relative aux Sociétés d'Economie Mixte précisait dans son article 50 que « *la dotation aux provisions pour grosses réparations était fixée par la Société d'Economie Mixte dans la limite de 1 % du prix de revient des constructions et qu'à partir de la cinquième année suivant la première mise en location, cette dotation ne pourra être inférieure à 0,5 % du prix de revient des dites constructions* ».

Cette règle de la dotation forfaitaire présentait l'avantage de la simplicité et certains organismes de logement social continuent de l'appliquer.

Elle peut, en revanche, si ses résultats ne sont pas confrontés avec les besoins prévisionnels, entraîner des excès ou des insuffisances de provisions pour grosses réparations et entraîner des problèmes fiscaux et de sincérité des comptes.

- Le plan comptable des Sociétés d'Economie Mixte, qui a fait l'objet d'un avis du Conseil National de la Comptabilité du 8 décembre 1993, reprend l'ensemble des dispositions passées :
 - définition et nature comptable des grosses réparations,
 - distinction entre immobilisations et travaux de grosses réparations,
 - reprise des dispositions de l'article 50 de la circulaire de 1973 et des possibilités apportées par la réponse Laxan du 20 avril 1966 : possibilité de constitution d'une provision pour grosses réparations sur le mode forfaitaire et admission d'un

dépassement de calcul forfaitaire d'une manière exceptionnelle et dans la mesure où la société serait en mesure d'établir qu'à défaut de ce dépassement, les résultats de l'exercice pendant lequel les grosses réparations seront exécutées seraient vraisemblablement insuffisants pour permettre l'imputation de la fraction des dépenses correspondantes excédant le montant de la provision.

Cependant, le plan comptable des Sociétés d'Economie Mixte leur recommande de constituer un dossier justificatif de la provision. Il convient de souligner que ce paragraphe ne constitue pas une obligation mais une recommandation,

➤ enfin, le plan comptable indique les modalités de constitution et d'utilisation des provisions pour grosses réparations.

- Depuis plusieurs années de nombreuses Sociétés d'Economie Mixte ont fait l'objet de vérifications fiscales qui visaient particulièrement les provisions pour grosses réparations et qui n'ont pas été sans conséquences pour nombre d'entre elles. L'administration fiscale a notamment contesté la dotation forfaitaire en invoquant l'article 39-1-5° du CGI, alors que de nombreuses sociétés avaient entrepris ou réalisé un travail souvent considérable de justification de leur provision pour grosses réparations par un programme de travaux.

Préoccupée de cette situation, La Fédération des Sociétés d'Economie Mixte a appelé l'attention du Service de la Législation Fiscale sur le régime fiscal applicable aux Sociétés d'Economie Mixte.

Par courrier du 10 décembre 1997 le Service de Législation Fiscale (SLF) a admis la constitution de dotations à la provision pour grosses réparations calculées selon la méthode forfaitaire suivante : valeur comptable brute de l'immeuble réévaluée en fonction de la variation de l'indice de construction x 0,5 %.

Cette méthode doit être dorénavant utilisée pour tous les programmes, y compris ceux en cours d'amortissement. Toutefois, le montant global des provisions pour grosses réparations afférentes à un immeuble qui figure au passif du bilan en application de cette méthode ne pourra excéder la moitié de la valeur d'origine de l'immeuble concerné.

Les provisions dépassant le montant déterminé par l'application de cette formule devront répondre aux conditions générales de déductibilité des provisions déterminées par l'article 39-1-5° du code général des impôts.

Les sociétés d'économie mixte peuvent se dispenser de doter des provisions pendant les 5 premières années qui suivent la construction des immeubles.

Par courrier à l'ensemble des adhérents le directeur général de la Fédération des Sociétés d'Economie Mixte a confirmé que dorénavant l'ensemble des Sociétés d'Economie Mixte immobilières et de logement social devraient utiliser cette méthode forfaitaire qui constituait à nouveau, la référence pour la constitution des provisions pour grosses réparations. Il n'en demeure pas moins que des incertitudes persistaient ou sont apparues.

LES INCERTITUDES DE LA SITUATION ACTUELLE

- Tout d'abord les praticiens demeurent dans l'attente d'une définition précise de ce que sont les grosses réparations. Il est vrai qu'il est parfois difficile de distinguer :

- le gros entretien,
- l'entretien courant qui évite une dégradation de l'immeuble, qui permet de le maintenir en bon état et qui ne peut faire l'objet de provisions comptablement et fiscalement,
- les travaux de remise en état des logements (REL) réalisés au départ des locataires suite à des dégradations locatives qui ne font également pas l'objet de provisions comptablement et fiscalement,
- les travaux d'amélioration qui apportent un équipement nouveau, un service ou une qualité supérieure à celles des prestations existantes, une qualité permettant de diminuer de façon certaine les dépenses d'entretien ou d'exploitation, une plus grande sécurité pour les biens comme pour les personnes et qui comptablement figurent en immobilisation,
- et les grosses réparations.

La complexité est encore accrue dans le cas d'opérations de réhabilitation lourde ou de PALULOS au sein desquelles amélioration, remise à niveau et grosses réparations peuvent être difficilement distinguées.

Des efforts de définition ont pourtant été produits notamment par le guide comptable des Sociétés d'Economie Mixte qui a présenté une nomenclature sommaire des travaux par catégorie. Il n'en demeure pas moins que nombre de professionnels ne détiennent pas une réponse définitive à ces questions, ce qui amène des réelles difficultés notamment dans le cadre d'une vérification fiscale.

- L'utilisation d'un système de dotation forfaitaire ne devait pas écarter la mise en place d'une budgétisation des travaux de grosses réparations pour des raisons de justification comptable, mais également pour assurer un meilleur entretien du patrimoine. Il n'en est pas toujours ainsi et la dotation forfaitaire représente souvent une solution de facilité sur ce plan.
- Le facteur temps fait l'objet de choix très diversifiés. Sur combien d'années convient-il d'établir des prévisions de travaux ? Une durée de 3 ans apparaît à l'évidence trop courte. En revanche, des prévisions de travaux sur 20 ans peuvent apparaître très théoriques.

Un autre problème est le nombre d'années de prévisions de travaux qu'il convient d'intégrer dans le calcul de la dotation à la provision pour grosses réparations. Une durée trop longue peut alourdir le poids de la provision. Une durée courte, trois ans par exemple peut conduire à ne pas prendre en compte de travaux importants à échéance relativement proche et à sous estimer la provision.

- Dans le cas où les provisions dépasseraient le montant calculé sur la base forfaitaire, il est nécessaire d'appliquer une méthode fondée sur les prévisions de travaux. Dans ce cas, les formules de calcul de provisions peuvent être très diverses et parfois contestables : le calcul par dixième amène par exemple des variations sensibles de la dotation et du résultat.
- Autre nuance à préciser : la distinction entre le gros entretien et les grosses réparations. Il convient d'éviter de ne provisionner que les grosses réparations et d'imputer des dépenses de gros entretien sur la provision.
- Les solutions adoptées quant à la faculté de ne pas provisionner de grosses réparations pendant les 5 premières années de vie d'un immeuble répondent parfois à un souci de gestion fiscale du résultat de la Société d'Economie Mixte plus qu'à une politique raisonnable d'entretien.
- Très souvent on constate une désarticulation entre le plan de travaux de grosses réparations

à long terme, le budget annuel de grosses réparations et les utilisations annuelles. Celles-ci peuvent parfois se situer à un niveau très inférieur à celui de la dotation et disqualifier la politique de dotation à la provision pour grosses réparations d'une Société d'Economie Mixte aux yeux de l'Administration fiscale, des actionnaires et des tiers.

- Un autre sujet sensible est l'intégration de travaux répondant à la notion de grosses réparations au sein de réhabilitations lourdes. Convient-il d'effectuer une comptabilisation séparée en fonction de la nature des travaux ou de tout regrouper au sein d'un compte d'immobilisations ?
- Concernant les locations globales le choix du système de dotation n'est pas toujours clair entre une dotation conforme aux besoins économiques de l'immeuble et le taux de provision figurant dans le contrat de location.

Ainsi, la politique de provision pour grosses réparations d'une Société d'Economie Mixte immobilière pose de multiples questions auxquelles il n'est souvent apporté que des réponses partielles.

LE NOUVEAU REGLEMENT SUR LES PASSIFS ET SES CONSEQUENCES SUR LES PROVISIONS POUR GROSSES REPARATIONS DES SOCIETES D'ECONOMIE MIXTE.

1. Rappel des textes

Le règlement 00-06 du CRC intègre dans le Plan Comptable les dispositions de l'avis 00-01 du CNC sur les passifs.

Celui-ci indique que les programmes pluriannuels de grosses réparations peuvent être analysés en deux catégories :

- les dépenses qui ont pour objet de modifier des installations ou de prolonger leur durée de vie ou de remplacer tout ou partie des immobilisations existantes : ces dépenses ont le caractère d'immobilisations et ne peuvent être anticipées par le biais de provisions pour risques et charges,
- les dépenses d'entretien qui ont pour seul but de vérifier le bon état de fonctionnement des installations (révisions d'avions pour motif de sécurité) et d'y apporter un entretien (carénage de la coque des navires) sans prolonger leur durée de vie au-delà de celle prévue initialement.

Dans le second cas, la probabilité de sortie de ressources est directement liée à l'usage passé de l'installation. En conséquence, un passif doit être constaté à hauteur de la quote-part des dépenses futures d'entretien rapportées linéairement à l'usage passé.

L'avis sur les passifs indique également que les dépenses de mises en conformité des installations à de nouvelles normes ne peuvent donner lieu à la constitution de provisions. Les coûts liés à l'adaptation d'un matériel non conformes constituent :

- des immobilisations s'ils conduisent à prolonger durablement la durée d'utilisation du matériel au-delà de celle initialement prévue,
- des charges de la période, si la dépense ne fait que maintenir la durée d'utilisation initialement prévue.

Quant au nouveau règlement il ne traite pas spécifiquement du problème des provisions pour grosses réparations mais il a maintenu dans le plan comptable le compte 1572.

2. Les nouvelles règles

Comme la Fédération des S.A. d'HLM, la Fédération des Sociétés d'Economie Mixte a suivi attentivement les travaux du Conseil National de la Comptabilité sur les provisions. Elle a notamment entrepris une action d'information au travers du Club des DAF (Directeurs Administratifs et Financiers).

Il convient également de souligner que dans le bulletin de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes de mars 2001 figure la prise de position de la Compagnie concernant les grosses réparations dans les S.A. d'HLM.

Concernant les provisions pour grosses réparations, la Fédération a indiqué les règles à respecter pour les comptes ouverts à compter du 1^{er} janvier 2002.

Il apparaît clairement que les nouvelles règles sont plus strictes au regard du fait générateur de la provision et des montants à provisionner. Ne constituent des grosses réparations susceptibles de donner lieu à constitution de provisions pour grosses réparations que les dépenses de maintenance faisant l'objet d'une dotation pluriannuelle.

Concernant la nature des dépenses

- Les dépenses de grosses réparations ne peuvent comprendre les dépenses de maintenance qui reviennent tous les ans. Cette règle n'est pas très différente de celle qui était appliquée auparavant ; à titre d'exemple, les dotations à la provision pour grosses réparations excluent généralement les dépenses de garantie totale. Il était néanmoins utile de rappeler et de préciser cette règle.

- Les dépenses liées au remplacement d'un équipement ou d'une partie d'immobilisation, les dépenses d'amélioration et les dépenses qui prolongent la durée de vie des équipements doivent être inscrites en immobilisations.

En conséquence :

- elles ne peuvent donner lieu à constitution d'une provision pour grosses réparations ni à une reprise de provision pour grosses réparations,
- elles doivent être amorties en fonction de leur durée de vie propre,
- le cas échéant, l'équipement remplacé doit être mis au rebut.

Le plan de travaux

Le calcul des dotations à la provision pour grosses réparations doit reposer sur un plan de travaux et non plus sur une dotation forfaitaire. Ce plan de travaux devrait avoir une durée comprise entre 3 et 5 ans. Il doit être approuvé par le Conseil d'Administration.

Une actualisation du plan de travaux doit être réalisée à la date de clôture de l'exercice ; les dotations et reprises de l'exercice doivent être enregistrées dans les comptes de dotations et de reprises de provisions.

La nouvelle réglementation semble donc conduire à l'abandon de la règle forfaitaire admise par l'administration fiscale en 1997.

La programmation des dépenses

Seules les dépenses programmées peuvent faire l'objet d'une reprise de provision pour grosses

réparations. Ainsi, toute dépense qui pourrait être qualifiée de grosses réparations et qui n'aurait pas été incluse dans le plan de travaux ne pourrait être comptabilisée qu'en charges sans qu'il y ait un impact sur le niveau de la provision pour grosses réparations.

3. L'application des nouvelles règles et leurs conséquences

- L'application des nouvelles règles est assimilée à un changement de méthode : l'impact des changements s'apprécie à l'ouverture de l'exercice et doit, en principe, être comptabilisé directement en capitaux propres par le jeu du compte de report à nouveau.
- Le plan de travaux des dépenses de maintenance pluriannuelles doit être établi pour les comptes ouverts à partir du 1^{er} janvier 2002 ; un nouveau calcul de la provision pour grosses réparations au bilan d'ouverture doit être réalisé.
- si la provision recalculée est inférieure à la provision pour grosses réparations à la clôture de l'exercice précédent la reprise doit être comptabilisée directement au crédit du compte de report à nouveau. Cette reprise doit s'accompagner d'une réintégration fiscale lorsqu'elle avait fait antérieurement l'objet d'une déduction fiscale.
- si la provision recalculée est supérieure à la provision pour grosses réparations à la clôture de l'exercice précédent la dotation complémentaire doit être enregistrée au compte de résultat de l'exercice, pour permettre sa déductibilité fiscale.
- Le non respect des règles indiquées ci-dessus pourrait conduire le commissaire aux comptes à certifier les comptes avec une réserve voire à un refus de certifier.
- Concernant les aspects fiscaux la Fédération Nationale de Sociétés d'Economie Mixte va saisir le Service de la Législation Fiscale pour obtenir :
 - une actualisation de la lettre fiscale de décembre 1997 afin de limiter les risques de contentieux fiscaux liés à la provision pour grosses réparations dans les Sociétés d'Economie Mixte de logement social,
 - un étalement de l'imposition à l'impôt sur les sociétés de la reprise de provision pour

grosses réparations liée au changement de méthode.

LES QUESTIONS SOULEVEES PAR LA NOUVELLE REGLEMENTATION

- L'une des questions cruciales sera de distinguer les travaux de grosses réparations de ce qui sera considéré comme des immobilisations. Les travaux de réfection de toiture, de réhabilitation d'une chaudière ou d'un ascenseur seront-ils considérés comme la maintenance ou comme des « dépenses liées au remplacement d'un équipement ou d'une partie d'immobilisation » ? Dans certains cas les débats seront incertains et animés.

Par ailleurs, les dépenses représentatives d'un remplacement d'équipement pourraient conduire à mettre au rebut l'immobilisation remplacée. Il est alors nécessaire de retrouver en comptabilité le prix de revient de cet équipement (rémunération et frais financiers compris), pour l'annuler. Il conviendra également d'annuler l'amortissement correspondant. Cela rendrait probablement nécessaire d'individualiser les composantes du prix de revient d'un ensemble immobilier, de ventiler le coût de revient entre ces différentes composantes et de calculer un amortissement différencié en fonction de la durée de vie de chaque élément. Il n'est pas impossible que l'ensemble représente un surcroît de travail considérable pour les services comptables ...

- La recommandation de l'approbation du plan de travaux à long terme par le Conseil d'Administration semble opportune. Elle évitera les distorsions intentionnelles qu'il est parfois possible de constater et qui ne sont pas sans conséquence sur le résultat de certaines Sociétés d'Economie Mixte. Pour que ce dispositif soit complet, le Conseil d'Administration devrait également approuver les modifications du plan de travaux, le budget annuel de grosses réparations et s'assurer de l'exécution de ce budget.

La durée retenue pour le plan de travaux est de 3 à 5 ans. Si l'on peut comprendre que le nombre d'années retenu pour le calcul de la dotation ne soit pas supérieur à 5, il semble possible de s'interroger sur une durée aussi courte de prévisions. Il semblerait intéressant et utile pour le Conseil d'Administration qu'il prenne connaissance des besoins de grosses réparations sur une période plus longue.

Enfin, la Fédération estime que le calcul de la dotation peut constituer un facteur de risques

fiscaux liés à la notion « d'estimation précise des travaux » qui suppose le plus souvent la production de devis d'entreprise. Si cette observation se transformait en exigence, ce qui n'est pas impossible, les difficultés déjà réelles de constitution d'un plan de travaux en seraient considérablement accrues.

- Même si on en comprend les raisons d'origine largement fiscale, la durée retenue, de 3 à 5 ans, pour le calcul de la dotation semble courte. En cas de besoins importants de grosses réparations apparaissant au-delà de ce délai, la charge correspondante pourrait être occultée.

Comme l'indique la Fédération, « *La constitution d'une provision pour grosses réparations assise sur un plan de travaux à 3 voire même 5 ans ne nous paraît pas traduire la réalité des engagements de l'ensemble des Sociétés d'Economie Mixte pour leurs besoins de travaux futures (qui sont déterminables dès la mise en service de l'immeuble). En effet, 74 % des Sociétés d'Economie Mixte ont moins de 1.500 logements (42 % moins de 500). La distribution du parc par âge est souvent concentrée sur une tranche courte. Les besoins de travaux de grosses réparations sont alors mal répartis dans le temps contrairement à ceux des organismes plus importants. Ceci pourra conduire à une dotation très faible sur certaines périodes ou au contraire très élevée sur d'autres* ».

Il est vrai cependant que le rétrécissement de la notion de grosses réparations devrait conduire à une réduction de ce risque.

En revanche, il apparaît indispensable de se pencher sur les modalités de calcul de la dotation à la provision pour grosses réparations qui ne sont pas indiquées clairement dans les documents et les consultations. En particulier il conviendra de tirer les conséquences de l'avis sur les passifs qui indique qu'« un passif doit être constaté à hauteur de la quote-part des dépenses futures d'entretien rapportée linéairement à l'usage passé ».

- Au plan fiscal, la remise en cause d'une dotation forfaitaire à la provision pour grosses réparations et le retour à un plan de travaux créés un risque fiscal qu'il sera important de lever auprès de l'Administration fiscale comme souhaite le faire la Fédération.

Par ailleurs, l'avis sur les passifs réduit la nature des dépenses susceptibles d'entraîner la

constitution d'une provision pour grosses réparations. Ceci va conduire nécessairement à une reprise de provision pour grosses réparations taxable fiscalement, d'où un coût fiscal élevé pour les Sociétés d'Economie Mixte. Par ailleurs, les dotations futures devraient être moindres pour les mêmes raisons.

- Enfin, le nouveau dispositif, malgré toutes les questions qu'il soulève, est applicable aux comptes des exercices ouverts à partir du 1^{er} janvier 2002. Or, de nombreux plans de travaux doivent être actualisés ou tout simplement établis. Il est possible de s'interroger sur la possibilité de prorogation du délai très court accordé par les textes.

En définitive, c'est à une profonde modification de la notion et de la pratique des provisions pour grosses réparations que nous assistons. Des incertitudes et de nombreuses questions demeurent en attente de réponses et de solutions pour des échéances proches. Il est à souhaiter que la diminution inévitable du solde des provisions pour grosses réparations ne déçoive pas les attentes des locataires sur la qualité des logements proposés et n'amène pas des surprises sur les résultats à venir des Sociétés d'Economie Mixte immobilières.

André POSOKHOW
Expert-comptable

LES AVANCES EN COMPTE COURANT D'ASSOCIES : NOUVEAU MODE D'INTERVENTION DES COLLECTIVITES LOCALES AU PROFIT DES SEML

La récente reconnaissance du droit pour les collectivités locales d'accorder des comptes courants d'associés aux SEML³⁷ permet-elle de considérer que cet instrument financier est voué à un avenir important ?

En effet, en droit privé, il est reconnu comme un efficace instrument de gestion financière.

³⁷ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales (JO du 3 janvier 2002 p.1210) réformant les articles L 1522-4 et L 1522-5 du CGCT

Les banquiers font d'ailleurs souvent de l'existence d'un tel compte, la condition sine qua non de leur intervention.

Les avances en compte courant d'associés sont donc des garanties de crédit bancaire.

En outre, à quels meilleurs épargnants que ces dirigeants ou associés peut légitimement faire appel une société par action ?

Et à l'opposé, comment les membres d'une société ne placeraient-ils pas s'ils ont confiance, leurs fonds dans leur propre entreprise ?

Par conséquent, il est à parier que ce mode d'intervention connaîtra dans les années à venir un réel succès auprès des collectivités locales actionnaires de SEML.

Toutefois, sa légalité et ses conditions d'intervention sont sérieusement encadrées.

Il convient d'en rappeler les termes.

Il est également nécessaire de préciser le contexte général d'intervention de ces comptes courant au regard du droit des sociétés, du droit financier, et enfin du droit communautaire, alors même que le cadre réglementaire devant préciser le mode de rémunération n'est pas encore publié³⁸.

L'analyse révèle l'ambiguïté fondamentale de la situation réservée à l'apporteur en compte courant. Il est pour partie associé, pour partie prêteur.

1. La collectivité locale actionnaire de la SEML prise en tant que prêteur

Les actionnaires peuvent donc consentir à la société des avances en sus de leur part de capital.

Ces avances sont comptabilisées sous une rubrique intitulée « compte courant » d'où leur appellation « avances ou versement en compte courant d'associés ».

Juridiquement ces avances sont considérées comme des prêts productifs d'intérêts.

Elles interviennent soit par l'apport de fonds, soit par le maintien à la disposition de la société des

sommes qu'elle doit remettre à ses actionnaires à titre de rémunération ou dividendes.

Certaines sociétés privilégient ce type de financement au détriment de capital.

Au plan fiscal, l'avance ne supporte pas le droit d'apport et les intérêts sont déductibles des résultats.

A. Le droit au remboursement

a) Le droit commun

Le principe est, pour l'associé qui a consenti une avance en compte courant à durée indéterminée, le droit d'exiger le remboursement à tout moment, à défaut d'une disposition conventionnelle contraire.

La jurisprudence est sur ce point bien établie (Cass com, 15 juillet 1982, n° 81-10.535 ; Cass com, 12 janvier 1993, n°91-11.558, Bull Joly 1993, p.336, note Couret ; Cass com, 24 juin 1997, n°95-20.056, Bull Joly 1997, p. 871, note Saintourens ; Cass 3° civ., 3 février 1999, n°97-10.399, Bull Joly 1999, p.577, note Couret)

De son côté, la Cour d'appel de Paris a conforté le principe de droit immédiat à remboursement, sans que la société puisse y opposer des difficultés financières (CA Paris, 9 juin 1989, RTD com 1990, p.45).

Face à ce principe du droit au remboursement immédiat, certains juges du fond ont cependant posé, pour en atténuer la portée, une exigence de bonne foi liée à l'affectio societatis (CA Aix en Provence, 8° Ch, 6 octobre 1981, Rev. soc. 1982, p.308, note Sortais).

Enfin, le principe du droit au remboursement immédiat n'est de toute façon pas d'ordre public et peut donc être conventionnellement écarté. Il en est notamment ainsi lorsque l'avance en compte courant a été consentie à durée déterminée, ou qu'il est intervenu au surplus une convention de blocage.

b) Le droit des SEML

L'apport en comptes courant ne peut être consenti par les collectivités territoriales pour une durée supérieure à deux ans éventuellement renouvelable une fois, par conséquent dans le cadre d'une convention à durée déterminée.

Au terme de cette période, l'avance est remboursée ou transformée en augmentation de capital.

³⁸ art. L 1522-5 du CGCT dernier alinéa : "un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de rémunération des apports en compte courant d'associés"

Aucune nouvelle avance ne peut être accordée par une même collectivité avant que le remboursement ne soit intervenu ou qu'elle n'ait été incorporée au capital.

La loi interdit également, pour que le remboursement soit effectif, qu'il puisse être assuré par le produit d'une nouvelle avance de la collectivité, de la même manière que la loi a interdit aux collectivités locales de rembourser leurs emprunts par des recettes d'emprunts (Débats de l'Assemblée Nationale 3^{ème} séance du 27 juin 2001 p 5082 intervention de Monsieur Christian PAUL, secrétaire d'Etat à l'outre mer).

L'incorporation en capital de l'apport en compte courant³⁹, peut intervenir à terme sans avoir pour effet de porter la participation de la collectivité au-delà du plafond de 85% fixé par la loi.

Par ailleurs, aux termes de l'article L-1522-4 du CGCT, la transformation en augmentation de capital suppose une délibération spécifique de la collectivité actionnaire, informée par une délibération du conseil d'administration de SEML, sur la base d'un rapport émis par son mandataire la représentant au sein des organes dirigeants de la SEML.

B. La rémunération

La rémunération obéit à des règles :

- la rémunération doit être convenue par écrit,
- la convention doit indiquer le taux effectif global du prêt,
- la détermination du montant de la rémunération obéit aux règles de l'usure,
- le montant de la rémunération est également contraint par des règles fiscales.

L'apport peut faire l'objet d'une transformation en capital selon les procédures applicables à l'augmentation de capital.

Les collectivités locales doivent cependant délibérer à ce titre sur la base d'un rapport de son mandataire et du conseil d'administration de la SEML qui explique les modalités et la finalité du dispositif

³⁹ soumise au droit fixe de l'article 812 du CGI ; attestation nécessaire du commissaire au compte selon laquelle il existe bien des créances liquides et exigibles

1. Au regard du droit des sociétés, d'ailleurs, ce droit est visé par le fisc, article 812 du CGI.

Par ailleurs, le commissaire aux comptes doit également fournir une attestation selon laquelle il existe bien des créances liquides et exigibles.

2. La collectivité locale prise en tant qu'associée

Sous l'empire de la **loi n°83-597 du 7 juillet 1983**, la juridiction administrative a refusé cette possibilité de concours aux collectivités locales actionnaires de SEML (TA PARIS 22 mars 2001 Département des Hauts de Seines et société d'économie d'aménagement et de développement économique des Hauts de Seines, n°99 PA 02085 ; CE 6 nov 1995 commune de VILLENEUVE D'ORVON n°145-957 rec tables p 677 AJDA 20 mars 1996 p 224 note Claude DEVES).

Cette participation, reconnue comme étant un avantage financier consenti par une collectivité local actionnaire d'une SEML, devait être assimilée à une aide directe incompatible avec le régime des aides susceptibles d'être accordées par les collectivités locales à des entreprises privées.

La loi n°2002-1 du 2 janvier 2002, tendant à moderniser le statut des SEM (JO 3 janvier 2002) a entendu reconnaître aux collectivités locales les mêmes facultés qu'aux actionnaires de droit commun.

Le premier alinéa de l'article L 1522-4 du CGCT spécifie désormais que les collectivités locales peuvent en leur qualité d'actionnaire allouer des apports en compte courant d'associés aux SEML selon les modalités déterminées à l'article L 1522-5 du CGCT.

A. Le préalable : la capacité de l'actionnaire

La loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit consacre la licéité des comptes courants des dirigeants, pris notamment en tant que personnes morales.

Aux termes de l'article L 312-2 du code monétaire et financier, les fonds de concours sont autorisés lorsqu'il s'agit de :

« fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires qui détiennent au moins 5% du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et le conseil de surveillance ».

Il semble également que les comptes d'associés peuvent être librement ouverts par une société à des associés détenant moins de 5% du capital dès lors que les fonds déposés sont bloqués à deux ans.

L'ouverture d'un compte d'associé, devra en raison de la nature de la convention être soumise à la procédure de contrôle prévue aux articles L 225-38 et suivants et L 225-38 du code de commerce, dès que le titulaire du compte est administrateur ou un dirigeant :

« Toute convention intervenue directement ou par personnes interposées entre la société et ...l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires..., doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration ».

La convention pourrait échapper exceptionnellement à la procédure de contrôle lorsque l'avance de comptes d'associés est prévue par les statuts et est pratiquée à titre habituel à des conditions normales

Lorsque l'ensemble des sommes mises à la disposition de la société par ses associés ou actionnaires dirigeants ou majoritaires excède une fois et demie le montant du capital social, les intérêts qui correspondent à l'excédent ne sont pas déductibles des bénéfices imposables.

Les associés ou actionnaires dirigeants sont ceux qui possèdent en droit ou en fait la direction de l'entreprise, et les associés majoritaires sont ceux qui détiennent plus de 50% des droits financiers ou des droits de vote attachés aux titres émis par la société.

L'application de la limitation est toutefois écartée lorsque les sommes prêtées sont inscrites en compte bloqué et destinées à être incorporées au capital dans les conditions prévues à l'article 125 C du CGI.

Ces sommes ne sont donc pas prises en considération pour apprécier le montant plafonné des avances.

Enfin, il sera également utile de rappeler aux opérateurs les sanctions qui sont applicables en cas de détournement de procédure dans la mesure où

ces modes de financement font l'objet également d'un contrôle totalement particulier au regard de l'impact financier que ces avances sont susceptibles de conférer à un dirigeant ou à un actionnaire.

Ainsi, si la répartition des comptes courant entre les associés est la même que celle des actions ou parts sociales, l'administration fiscale pourrait en déduire qu'il s'agit d'un apport en capital et exiger le droit d'apport.

B. En second lieu : la capacité financière de l'actionnaire

Le CGCT encadre le mode de rédaction de la convention à intervenir.

L'apport en compte courant d'associés est alloué dans le cas d'une convention écrite, expressément prévue à cet effet, qui prévoit à peine de nullité :

- La nature, l'objet et la durée de l'apport qui ne saurait être supérieure à deux ans, renouvelable une seule fois,
- Le montant, les conditions de remboursement et éventuellement de rémunération ou de transformation du capital dudit apport.

Aux termes de la convention, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital.

Le texte de l'article L 1522-5 du CGCT impose en outre, qu'il soit tenu compte de la situation financière de la SEML et de la capacité d'intervention de la collectivité locale pour fonder le montant de la participation et le principe même de son octroi.

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

La collectivité ne pourra consentir l'avance, si la totalité des avances déjà consenties par la collectivité excède 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité.

Le juge administratif pourra sur cette base contrôler l'opportunité de l'intervention de la Collectivité locale lorsqu'il sera saisi de l'examen de la légalité de la délibération de la personne publique décidant l'octroi de ce concours.

Le Conseil d'Etat a pris antérieurement une position à ce sujet à propos de la participation des actionnaires publics à une augmentation de capital, solution qui semble être transposable (CE 17 janvier 1994, Préfet du Département des Alpes de Haute Provence c/ Commune d'Allos, SEM/SEFA, n° 1031837).

Par ailleurs, l'avance ne pourra avoir pour objet de rembourser une autre avance.

Cette mesure vise à éviter que ces concours financiers, en principe destinés à palier à l'insuffisance de trésorerie momentanée, ne deviennent un mode de financement permanent des pertes de la société.

Il convient de préciser que le risque pour les collectivités locales n'est pas négligeable. En cas de difficultés financières, le soutien s'il est abusif, permettra de fonder une action en comblement de passif (Cass Com. 26 octobre 1999, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable c/ Lourec n°1630).

Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales se prononcent sur l'octroi, le renouvellement d'un apport en compte courant d'associés, au vu :

- Du rapport présenté par un représentant de la collectivité locale au sein de la SEM
- D'une délibération du conseil d'administration au conseil de la surveillance de la SEM, exposant les motifs d'un tel apport et justifiant son montant, sa durée, ainsi que les conditions de son remboursement et son éventuelle rémunération ou de sa transformation en augmentation du capital.

CONCLUSION

Reste encore entier la compatibilité de ce dispositif avec le droit communautaire notamment dans l'hypothèse d'une SEML en difficulté.

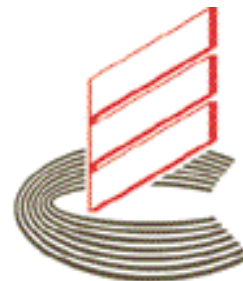
Dans un tel cas, en droit commun, il est tout à fait possible de concevoir que la liquidation de l'avance se fasse par abandon.

Peut-on admettre que la collectivité locale pourra voter l'abandon des comptes courants lorsque la difficulté de la SEML sont certaines.

Liste des références :

- Quel renouveau pour les SEM après la loi du 2 janvier 2002, BDCL, EFE, juin 2002 p 75, Marie Yvonne BENJAMIN
- Les comptes courants d'associés, Isabelle URBAIN- PARLENI thèse, LGDJ 1986
- SEML, Guide juridique et pratique, Marie Yvonne BENJAMIN, Edition EFE, 2002, 505 pages.

Marie Yvonne BENJAMIN
Avocat Associé
SCP HUGLO LEPAGE ET
ASSOCIES CONSEILS



S CLUB **C**
SECTEUR PUBLIC
DES EXPERTS COMPTABLES