

RÉFÉRENTIEL TECHNIQUE ET JURIDIQUE

GUIDE PRATIQUE

DE CRÉATION ET DE GESTION
DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE
LOCALES CHARGÉES DE LA PRODUCTION
D'ÉNERGIE RENOUVELABLE

Les Cahiers de la FNCCR

N° 1 Juin 2021
N° ISSN en cours

Directeur de la publication :
Pascal Sokoloff

Rédaction :
Lionel Guy, Pamela Aoun, Charles-Antoine Gautier, Cabinet LLC
(Justine Bain-Thouverez, Maxime Seno, Bérengère Dieudé)

Coordination collection :
Service communication FNCCR – Alexandre Allion

Mise en Page :
Astrid Bizouard, Irène Chanrion

Photos :
FNCCR, Sem'Soleil - A.Allion, SDEF, Pexels - Jem Sanchez,
jonathan Nascimento, Vanitjan - Freepik.com, Adobe Stock

*Tous droits réservés – Reproduction totale ou partielle interdite
sans autorisation et citation de l'auteur*

ÉDITO

Depuis plusieurs années, les rôles et actions des collectivités et de leurs groupements pour la production d'énergie ont fortement évolué. L'essor des énergies renouvelables, le développement des réseaux de chaleur et de froid ou la mobilité durable les amènent à faire évoluer leurs modes d'administration des projets.

Historiquement organisées en gestion directe ou déléguée, les collectivités privilégient à présent le portage par une entreprise publique locale tout particulièrement pour les projets de production énergétique de grande taille qui nécessitent une ingénierie importante et un co-développement avec des partenaires privés.

La création d'entreprises publiques locales, notamment de Sociétés d'économie mixte (SEM) est un moyen pour les collectivités territoriales et leurs groupements d'exercer leurs compétences et de développer des projets coconstruits avec les développeurs classiques et les acteurs du territoire, notamment les citoyens. Développer des projets à gouvernance locale permet dès lors, à la transition énergétique, d'être mieux appréhendée et acceptée, et de capter une partie de la richesse produite localement pour irriguer l'économie de nos territoires.

L'adhésion de toutes les parties prenantes, collectivités, citoyens et acteurs locaux est fondamentale. Elles vont être amenées à jouer de nouveaux rôles plus importants dans les prochaines années.

Les SEM du fait de leur polyvalence sont très appréciées par les collectivités. Elles se développent de plus en plus pour accompagner la transition énergétique dans les territoires. La FNCCR a rédigé cet ouvrage pour vous guider dans leur création et leur gestion au quotidien. Nous sommes mobilisés à vos côtés pour continuer à faire avancer nos territoires.



ANTOINE COROLLEUR

PRÉSIDENT DU CONSEIL
D'ORIENTATION
DES SEM À LA FNCCR

PRÉSIDENT DE TERRITOIRE
D'ÉNERGIE FINISTÈRE (SDEF)

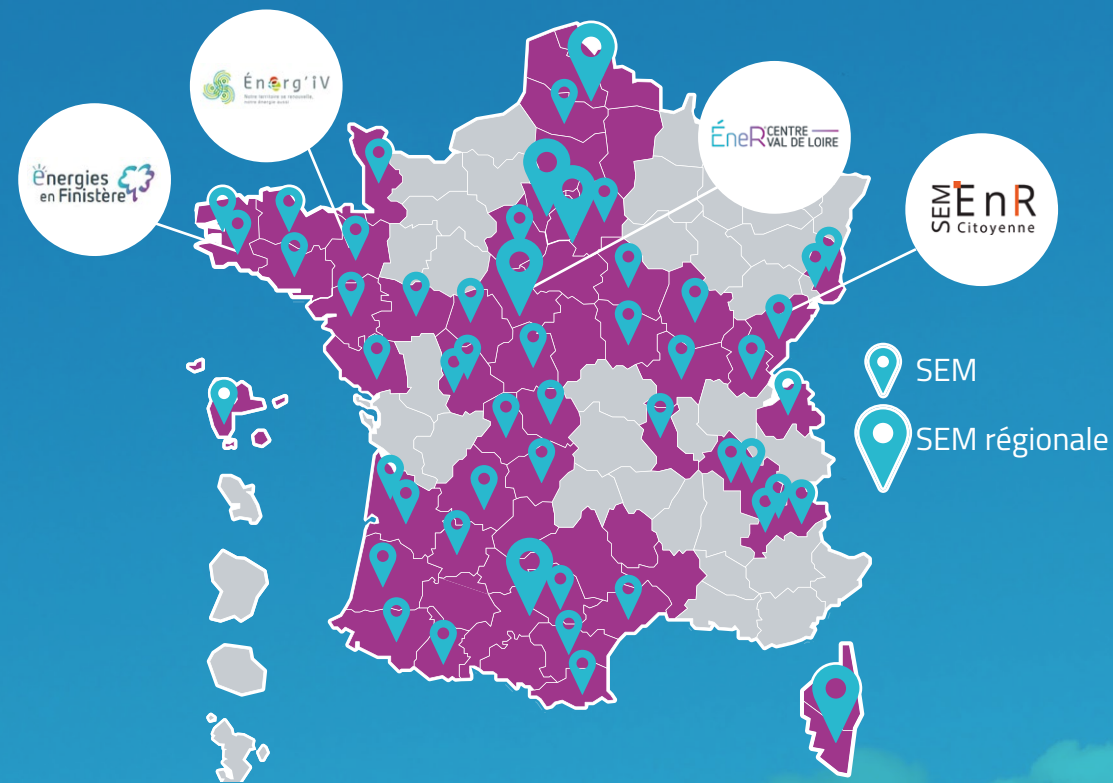


RICHARD CHAMARET

VICE-PRÉSIDENT DU CONSEIL
D'ORIENTATION DES SEM
À LA FNCCR

PRÉSIDENT DE TERRITOIRE
D'ÉNERGIE MAYENNE

LES SEM ÉNERGIE EN FRANCE
DONT CELLES CITÉES DANS CE GUIDE



→ SOMMAIRE

INTRODUCTION	6
DÉFINITION & CRÉATION D'UNE SEM	8
L'OBJET SOCIAL DES SEM	15
LE CAPITAL SOCIAL DES SEM	20
ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT	26
LA FISCALITÉ DES SEM	31
LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS	33
LE PERSONNEL DES SEM	31
PRISE DE PARTICIPATIONS ET FILIALISATIONS	34
LE CONTRÔLE DES SEM	37
APPLICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	42



→ INTRODUCTION

La société d'économie mixte locale (ci-après « SEM » ou « SEML ») est une société de forme privée, à capitaux mixtes (publics et privés). Véritable outil permettant aux collectivités territoriales d'exercer leurs compétences dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'intérêt général, les SEM sont dotées d'un statut spécifique depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 83-587 du 7 juillet 1983.

Le régime juridique des SEM a été adapté plusieurs fois :

- Premièrement avec la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains ;
- Deuxièmement avec la loi n° 2001-419 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques,
- Troisièmement avec la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

Dernièrement, la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (EPL) est venue assouplir le régime applicable à l'actionnariat des EPL en disposant que « *lorsque l'objet de ces sociétés inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. La réalisation de cet objet concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacun des actionnaires* ».

Ce régime juridique est aujourd'hui codifié, pour la partie législative, aux articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Compte tenu de leur régime juridique mixte, les SEM obéissent également aux dispositions du Code de commerce, qui codifient le droit applicable aux sociétés anonymes, puisque les SEM sont (comme d'ailleurs les SPL ou les SemOp) des sociétés anonymes.

Par ailleurs, l'apport de la jurisprudence, tant interne que communautaire, a largement contribué à l'évolution cadre du juridique applicable aux SEM, notamment sur la compétence et les relations avec leurs collectivités actionnaires ou avec les tiers.

► LA SPÉCIFICITÉ DES SEM EN MATIÈRE DE DÉVELOPPEMENT DES PROJETS DE PRODUCTION D'ENR

Parmi les objectifs d'intérêt général pour lesquels une SEM peut être créée, peut figurer l'objectif de développement de projets ENR.

Depuis la fin des années 90, en Europe se développe le concept de coopératives énergétiques et de gestion décentralisée de l'énergie. Depuis cette époque, une démarche de décentralisation et de réformes de la politique énergétique est menée. La SEM représente un outil intéressant pour poursuivre cet objectif et on dénombre actuellement en

France environ **80 SEM spécialisées dans les ENR et plus d'une centaine dans le domaine de la transition énergétique.**

Aujourd'hui, la diversité des projets locaux montre que les populations et les acteurs locaux (collectivités, entreprises locales, agriculteurs, associations) deviennent de véritables acteurs de la transition énergétique.

La contexte normatif et réglementaire a beaucoup évolué ces dernières années pour permettre la participation de différents acteurs dans les projets de production d'énergie.

En particulier, la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (LTECV) qui :

- **Autorise** les collectivités territoriales et leurs groupements à prendre des participations directes dans des entreprises de production d'énergie renouvelable (article 109), transposé à l'alinéa 2 de l'article L.2253-1 du CGCT.
- **Elargit** les compétences des Entreprises locales de distribution (ELD, article 110), qui complète l'article L. 334-2 du Code de l'énergie, en leur permettant de créer des sociétés commerciales ou d'entrer au capital de sociétés commerciales existantes dont l'objet social consiste à produire de l'électricité ou du gaz
- **Précise** les possibilités de participation financière des citoyens et des collectivités territoriales et leurs groupements dans les sociétés d'ENR (article 111), transposé à l'article L. 314-28 du Code de l'énergie.

La LTECV de 2015 offre ainsi de nouvelles opportunités pour les collectivités et les citoyens dans les projets de production d'énergie en dehors du régime des SEM.

Les collectivités territoriales sont désormais habilitées (de manière dérogatoire au principe d'interdiction générale pour les collectivités territoriales de participer au capital d'une société commerciale) à prendre des participations dans des sociétés commerciales dont l'objet social concerne la production d'énergies renouvelables.

L'article L. 211-2 du Code de l'énergie dresse la liste des différentes sources renouvelables d'énergie, cette liste ayant été complétée par l'ordonnance n° 2021-236 du 3 mars 2021 qui transpose les directives communautaires du paquet Energie et entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021.

Une énergie renouvelable « est une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire thermique ou photovoltaïque, l'énergie géothermique, l'énergie ambiante, l'énergie marémotrice, houlomotrice et les autres énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz.

« L'énergie ambiante est l'énergie thermique naturellement présente et l'énergie accumulée dans un environnement fermé, qui peut être emmagasinée dans l'air ambiant, hors air extrait, dans les eaux de surface ou dans les eaux usées.

« La biomasse est la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales, de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets, notamment les déchets industriels ainsi que les déchets ménagers et assimilés lorsqu'ils sont d'origine biologique. »

→ DÉFINITION & CRÉATION D'UNE SEM

1. FORME ET RÉGIME JURIDIQUE

La société d'économie mixte revêt la forme de la société anonyme régie par le livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions prévues par les articles L1521-1 du CGCT et suivants.

Le principe est donc celui de l'application du droit privé au personnel, aux biens et à l'activité de la société.

Les spécificités propres aux personnes morales de droit public ne sont toutefois pas à exclure, eu égard à la prise de participation des collectivités territoriales et leurs groupements dans le capital d'une SEM.

En d'autres termes, si le fonctionnement de la SEM relève majoritairement du droit privé (personnel, biens, règles de fonctionnement interne), les règles de la commande publique sont néanmoins de nature à s'appliquer tant aux contrats confiés à la SEM par les actionnaires publics qu'aux contrats que la SEM est susceptible de conclure elle-même avec des tiers pour répondre à ses besoins. Sont également applicables les règles d'occupation domaniale prévue par le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), dont notamment l'article L.2122-1 qui impose la délivrance d'un titre d'occupation, lorsque les activités de la SEM impliquent une mise à disposition d'une dépendance relevant de la propriété publique (domaine public ou privé) d'un actionnaire public.

2. ENTITÉS AUTORISÉES À CRÉER UNE SEM

Par la loi, les personnes publiques autorisées à créer des SEM sont :

- Les communes et leurs groupements,
- Les départements,
- Les régions.

Ces personnes publiques s'associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques.

Mais attention : la possibilité, pour l'une de ces personnes publiques, de créer une SEM ou de prendre une participation dans une SEM doit être compatible avec l'une des compétences de ladite personne publique.



RETOUR D'EXPÉRIENCE
SYNDICAT
DÉPARTEMENTAL D'ÉNERGIE
D'ILLE ET VILAINE (SDE35)

DÉVELOPPEMENT DES ÉNERGIES RENOUVELABLES PAR LA CRÉATION D'UNE SEM

► SOLUTION MISE EN ŒUVRE :

Le SDE35 a initié mi 2017 une démarche active pour créer une SEM dédiée aux Energies Renouvelables.

Durant 6 mois, plus de 60 acteurs locaux (collectivités, SEM d'aménagement, porteurs de projets citoyens, entreprises, banques) ont été rencontrés afin de définir l'outil le mieux adapté au territoire et établir un premier portefeuille de projets à accompagner ou développer.

- Durée : 9 mois.
- Moyens humains internes : Directeur et Responsable du Pôle Energie à hauteur de 50 % de leur temps. Réalisation de l'intégralité des rendez-vous avec les acteurs locaux.
- AMO externe sur le volet juridique (choix du véhicule juridique, écriture des statuts et du pacte..) et financier (élaboration du premier business plan) intégrant un volet benchmark des SEM existantes.
- Accompagnement, notamment des élus par des acteurs spécialisés

En septembre 2018, soit à peine un an après le démarrage de la démarche, Energ'IV obtient son n° de SIRET et démarre officiellement son activité. Ses points forts :

- Un outil agile public-privé, consacré aux Energies Renouvelables, commun entre un Syndicat d'Energie et une Métropole.
- Une mutualisation des moyens avec les services du SDE35, disposant déjà d'une partie des compétences nécessaires (gestion de projet, administration générale, suivi de travaux ..)
- Un partenariat avec 4 acteurs privés majeurs du financement des Energies Renouvelables permettant un important effet de levier.
- Une vision stratégique partagée entre actionnaires et clairement définie dès la phase de faisabilité au sein de son pacte d'actionnaire : massifier toutes les énergies renouvelables (éolien/photovoltaïque/méthanisation/biomasse), s'impliquer dès la phase de développement à risque, impliquer les citoyens et les collectivités locales, stimuler les partenariats gagnants - gagnants avec les acteurs privés de la filière.
- Un capital initial de 6 millions d'euro

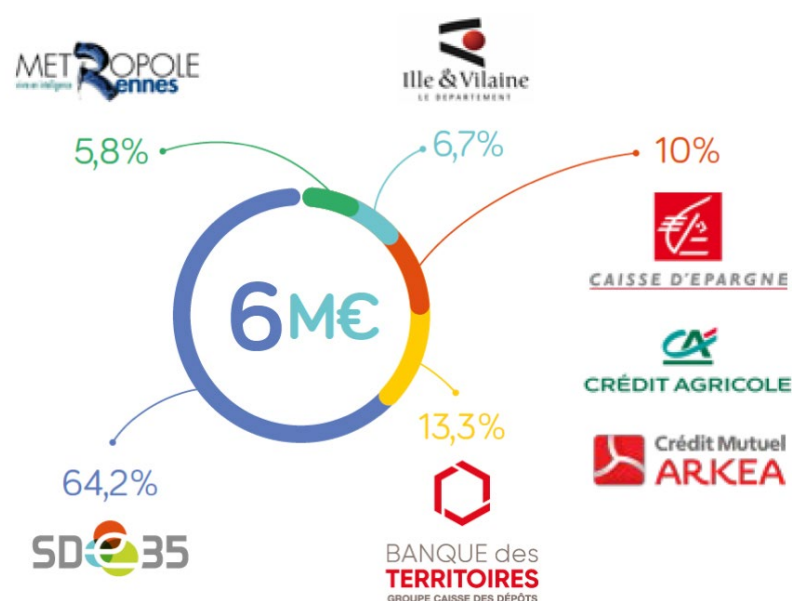
Le SDE35 est la seule AODE d'Ille et Vilaine, y compris sur le territoire de la Métropole de Rennes qui est membre du Syndicat.

1
million d'habitants

45
millions d'euro de budget

65
agents (y compris équipe mutualisée avec la SEM)

Répartitions des 6 millions d'euros



Le capital de 6 millions d'euros a été dimensionné :

- à partir des apports en capitaux jugés nécessaires pour couvrir les besoins du portefeuille de projets recensés durant la phase de préfiguration : une vingtaine pour un productible annuel de 120 GWh/an,
- à partir des charges de fonctionnement des premières années.

Les deux premiers exercices de (2018-2019 et 2020) ont été comme prévu déficitaires mais ont permis d'engager une belle dynamique de projets (cf. premier bilan). Il n'est pas prévu d'augmentation de capital en 2021 ... mais la question se posera en 2022, et plus vraisemblablement en 2023.

► PREMIER BILAN (MARS 2021)

Les deux premières années d'existence ont permis d'engager une vraie dynamique de projets, preuve que l'outil SEM était attendu et adapté aux besoins.

Les 50 projets en développement ou en exploitation reflètent dans leur forme et leur nature la diversité de l'action : projets privés, publiques ou citoyens ; énergies éoliennes, photovoltaïques ou méthanisation ... et le tout sur les 18 intercommunalités du département.

14 prises de participation dans des sociétés de projet sont déjà opérationnelles et une cinquantaine de projets sont en développement, **le tout pour un productible cible à 5 ans de 250 GWh/an... soit 50 % de ce qui est actuellement produit en Ille et Vilaine.** L'objectif à la création était de 120 Gwh.

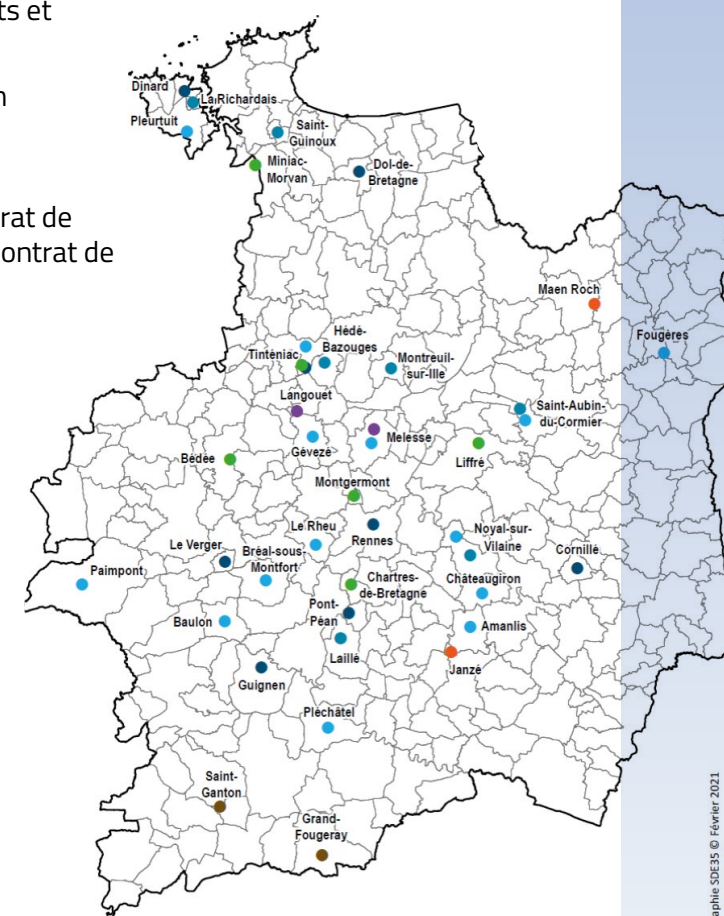
Cette dynamique a conduit le Conseil d'Administration à renforcer les moyens humains qui sont aujourd'hui de 10 ETP :

- 2,5 ETP mutualisés avec le SDE35 : direction, gestion financière et suivi de travaux
- 7,5 ETP salariés de la SEM : gestion administrative (1 ETP), pôle photovoltaïque (3,5 ETP), mobilité GNV et méthanisation (2 ETP), concertation citoyenne (1 ETP)
- La première année de fonctionnement a également permis d'actualiser le business plan et de préciser les montants et le rythme des recettes d'exploitation attendues :
- La vente d'énergie pour les projets PV de petite taille en toiture portés par Energ'iv → dès l'année 2
- Les prestations de services pour les sociétés de projet créées par Energ'iv : prime d'apporteur d'affaires, contrat de développement sur la partie animation de territoires, contrat de gestion → dès l'année 2
- Les loyers pour les stations GNV → dès l'année 3
- Les remboursements de Compte Courant d'Associés → dès l'année 3
- Les versements de dividendes des sociétés de projet → au mieux à partir de l'année 6

Malgré ce bon démarrage, **aucun résultat net positif n'est attendu avant l'année 8 ... soit en 2026.** Ce besoin long termes était bien compris par l'ensemble des actionnaires à la création de la SEM.

Un portefeuille de projets photovoltaïque de **48MWc** dont **36,9 MWc** au sol, **4,8 MWc** sur ombrière et **5,6MWc** en toiture

Localisation des projets développés par Energ'iv (décembre 2020)



POURQUOI UNE SEM ?

L'avantage de créer une SEM était de pouvoir associer plusieurs collectivités locales (3 en l'occurrence) afin de créer un outil commun dédié aux EnR. Cela a très vite renforcé sa légitimité en Ille et Vilaine, autant dans les secteurs urbains que ruraux, et évité des « concurrences territoriales ». Attention néanmoins à ne pas multiplier les acteurs publics au sein d'une SEM ... car chaque entrée au capital dans une société de projet (ou augmentation) nécessite l'avis favorable unanime de chaque instance. Energ'iv, au-delà de ses instances propres (Conseil d'Administration et Cotech), gère donc les contraintes d'agenda du Comité Syndical du SDE35, du Bureau exécutif de Rennes Métropole, et de la Commission Permanente du département d'Ille et Vilaine. La réactivité étant une des clefs de la réussite ... le défi est important.

L'entrée de capitaux privés, ici la Banque des Territoires et 3 banques, permet un effet levier et un travail très en amont avec ces partenaires facilitant la phase de financement des projets. Le but d'Energ'iv étant avant tout d'investir dans des outils de production, et non de les exploiter, le statut de SPL a été rapidement écarté : il ne permet pas les prises de participation dans des sociétés de projet.

Afin de pouvoir travailler avec l'ensemble des entreprises œuvrant dans le domaine, le choix a été fait de ne pas les intégrer dans la SEM ... mais les partenariats se sont multipliés au sein des sociétés de projet. Le fonctionnement est le même avec les 17 autres EPCI du département.

3. RÉDACTION D'UN PACTE D'ACTIONNAIRE

Les statuts ne font pas tout, dans une société. Le pacte d'actionnaires est le document contractuel qui accompagne les statuts, pour préciser certaines stipulations des statuts.

Le pacte d'actionnaires vise à mettre en place des mécanismes dont le but est de fixer les règles relatives aux relations entre les différents actionnaires, en termes de répartition des pouvoirs, de protection des minoritaires, d'évolution de l'actionnariat et de modification de la répartition du capital social à l'occasion de cession.

Les stipulations d'un pacte d'actionnaires ne sont pas limitées, de sorte que le pacte d'actionnaires pourra régir contractuellement tous les sujets que les actionnaires voudront lui confier le soin de régler.

Et cela est crucial dans une SEM, car il faut créer une convergence d'intérêts parfois divergents (capitaux privés Vs capitaux publics, fonctionnaires mis à disposition par un actionnaire Vs salarié 100% secteur privé, etc.), tout en équilibrant les relations.

Son contenu est laissé à l'entière liberté des actionnaires.

Compte tenu des spécificités de la SEM, il est recommandé que le pacte d'actionnaires régitte au moins les aspects suivants :

- L'exercice du droit de vote,
- La mise en place de collèges spécifiques parmi les actionnaires,
- La mise en place des droits de veto,
- L'organisation RH de la société,
- Les obligations de sortie Les règles régissant les différents cas d'intervention (en mandat, en commande publique ou en opération 100% privée).



Si la rédaction d'un pacte d'actionnaires n'est pas une formalité obligatoire, la rédaction d'un tel document est fortement conseillée, de même que l'intervention d'un avocat spécialisé en la matière, afin de parvenir au texte le plus adapté.

4. DÉLIBÉRATION(S) DE CRÉATION DE LA SEM

Une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité actionnaire est nécessaire pour l'autoriser à créer une SEM et/ou à y prendre des participations.

Dans la pratique, la temporalité de la délibération se pose avec acuité : l'assemblée délibérante autorise-t-elle l'exécutif à négocier des statuts, ou à les signer ?

L'assemblée délibérante autorise l'exécutif à créer une SEM, au visa du texte des statuts, et du pacte d'actionnaires, étant précisé que bien souvent, il aura fallu les négocier en amont, ce qui implique que l'assemblée délibérante ait au préalable également autorisé l'exécutif à négocier ces actes. En d'autres termes, deux délibérations seront nécessaires :

- Une première pour autoriser l'exécutif à négocier statuts et pacte,
- Une seconde pour l'autoriser à signer les actes, étant précisé que la seconde doit être prise au visa desdits actes.

Cette deuxième délibération servira également à désigner le ou les délégué(s) de la collectivité locale actionnaire au conseil de surveillance ou au conseil d'administration.

Une autre délibération pourra par ailleurs être prise dans le cas où la collectivité actionnaire confierait un contrat de la commande publique à la SEM créée.

NB : ces délibérations doivent être transmises et soumises au contrôle de légalité.

4. ÉLABORATION DES STATUTS

Les actionnaires déterminent librement les clauses de leurs statuts dans le respect des dispositions applicables du Code du commerce et du CGCT.

Les actionnaires ne sont pas tenus de se conformer à des statuts pré-écrits et/ou leur étant spécifiques.

5. IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIÉTÉS

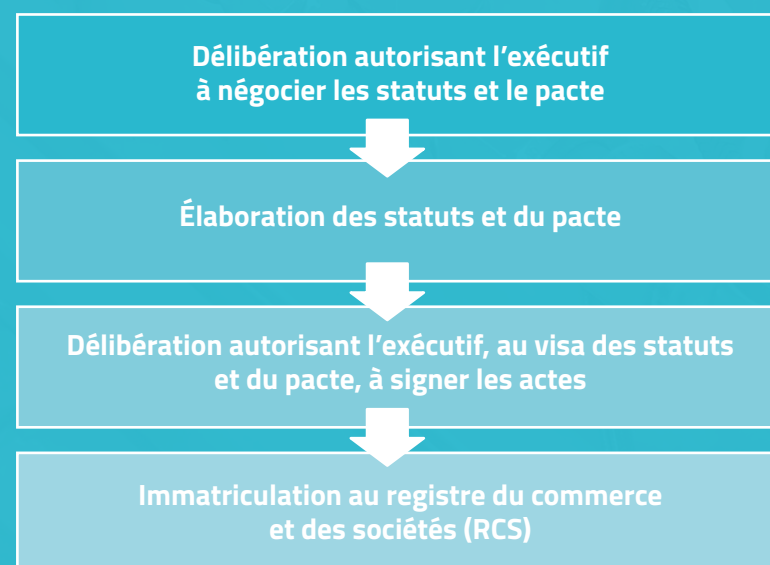
Les sociétés commerciales n'acquièrent la personnalité morale et les droits qui en découlent qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Tant que cette formalité n'est pas satisfaite, les représentants légaux de la société ne peuvent accomplir aucun acte en son nom, à moins d'un mandat exprès et pour un objet déterminé. Après son enregistrement, l'acte constitutif de la société doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales.



Les collectivités concernées peuvent se faire accompagner dans ce cadre.

Schéma synthétique des étapes de la création d'une SEM



→ L'OBJET SOCIAL DES SEM

1. OBJET SOCIAL LIMITÉ AUX COMPÉTENCES DES COLLECTIVITÉS

Le CGCT autorise les collectivités et leurs groupements à créer des SEM dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi et pour la réalisation d'opérations limitativement énumérées qui sont l'aménagement, la construction, l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial (SPIC) ou pour toute autre activité d'intérêt général (art. L. 1521-1 du CGCT)¹.

L'objet social des SEM doit être déterminé en référence aux compétences des collectivités et groupements « actionnaires ».

COMPOSITION DU CAPITAL :

LIEN ENTRE L'OBJET D'UNE SEML ET LES COMPÉTENCES DE SES ACTIONNAIRES

Le Conseil d'État avait adopté une lecture stricte des conditions de l'actionnariat public, excluant dans un arrêt remarqué toute participation « *lorsque [une] collectivité territoriale ou [un] groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société* » (Conseil d'État, 14 novembre 2018, n° 405628).

L'objet était surtout, pour le Conseil d'État, de mettre un coup d'arrêt à la pratique consistant, pour des collectivités privées d'une compétence – par la loi NOTRe notamment – à s'associer avec une collectivité voisine.

En réaction à cette jurisprudence restrictive, la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales (EPL) pose désormais que lorsqu'il y a plusieurs collectivités ou groupement actionnaires, « *la réalisation de [l'objet social de l'entreprise] concourt à l'exercice d'au moins une compétence de chacune des collectivités territoriales et de chacun des groupements de collectivités territoriales qui en sont actionnaires* ». Ces dispositions sont codifiées à l'article L. 1522-1 3° du CGCT.

¹ Sauf exception dans le domaine hospitalier (art. L. 1521-1 CGCT)

2. L'INTERVENTION DES SEM EN MATIÈRE DE PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

Il ne faut pas confondre la compétence et le champ d'intervention.

► LE CARACTÈRE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DE L'ACTIVITÉ DE PRODUCTION D'ÉNERGIES RENOUVELABLES

L'exercice d'une activité d'intérêt général est défini, en doctrine, comme le dépassement des intérêts particuliers par l'action administrative : ce sont les objectifs poursuivis par l'accomplissement d'une mission d'intérêt général qui sont pris en compte, peu important la valeur marchande de l'activité, dès lors qu'elle contribue « *au plus grand profit* » de la collectivité¹.

Les activités liées à la production d'énergies renouvelables présentent un caractère d'intérêt général dans la mesure où elles participent à la satisfaction des objectifs de la programmation pluriannuelle de la politique énergétique tels qu'énumérés aux articles L.100-1 et L.100-4 du Code de l'énergie, dont la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la réduction de la consommation énergétique finale, ainsi que la sécurité de l'approvisionnement énergétique et la lutte contre la précarité énergétique. L'augmentation de la part des énergies renouvelables dans le mix énergétique national constitue en lui-même l'un des objectifs de la politique énergétique à laquelle l'ensemble des collectivités territoriales contribuent conformément à l'article L. 100-2 du Code de l'énergie.

C'est d'ailleurs par renvoi aux objectifs de la politique énergétique visés aux articles précités que le juge administratif a expressément reconnu, dans une décision rendue le 24 novembre 2020 par la cour administrative d'appel de Bordeaux, que **la production d'énergies renouvelables constitue une activité présentant un caractère d'intérêt général de nature à faire l'objet d'une SEM :**

« l'activité consistant à concevoir des projets d'énergies renouvelables, produire et vendre des énergies renouvelables, organiser la maintenance des installations et matériels, fournir toutes prestations et conseils en la

matière et prendre toutes participations dans des sociétés ayant ces objets et activités, cette activité, qui répond à un objectif d'intérêt général rappelé notamment par les dispositions précitées des articles L. 100-1 et L. 100-4 du code de l'énergie » (CAA de Bordeaux, 24 novembre 2020, n° 18BX03419).

L'objet social de la SEM EnR est lié à la compétence visée à l'article L.2224-32 du CGCT, selon laquelle *« les communes, sur leur territoire, et les établissements publics de coopération, sur le territoire des communes qui en sont membres, peuvent, (...) aménager, exploiter, faire aménager et faire exploiter dans les conditions prévues par le présent code, toute nouvelle installation hydroélectrique, toute nouvelle installation utilisant les autres énergies renouvelables, toute nouvelle installation de valorisation énergétique des déchets (...) toute nouvelle installation de cogénération ou de récupération d'énergie provenant d'installations visant l'alimentation d'un réseau de chaleur »*.

La compétence « production d'énergies renouvelables » constitue une « compétence partagée » entre les communes et les établissements publics de coopération (EPCI à fiscalité propre, syndicats intercommunaux et mixtes).

La notion de « compétence partagée » doit être comprise dans le sens d'une habilitation législative, permettant aux communes et aux établissements publics de coopération d'exercer cette compétence concomitamment, sans besoin d'un transfert de ladite compétence.

POINT D'ATTENTION SUR LES CONTRÔLES DE LÉGALITÉ RESTRICTIFS :

Une divergence d'interprétation entre les services de l'Etat et les collectivités territoriales demeure sur la qualification de l'article L.2224-32, selon qu'il s'agisse d'une compétence à laquelle il devrait être fait application des principes d'exclusivité et de spécialité (compétence exclusive) ou d'une faculté d'action conjointe entre les communes et leurs EPCI (compétence partagée).

Cette problématique emporte des conséquences pratiques non négligeables : de nombreuses structures sont susceptibles de voir leurs actes contestés par les services du contrôle de légalité. Par ce biais, c'est la capacité d'une commune et d'un établissement public de coopération de prendre, tous deux, part au capital d'une société de production d'énergies renouvelables qui serait contestée.

À la lecture des dispositions de l'article L.2224-32 précité, la FNCCR (ainsi que les autres professionnels du secteur) considère que les communes et les établissements publics de coopération sont habilités par la loi à intervenir dans la production d'énergies renouvelables.

Cette faculté est reconnue aux communes et aux établissements publics de coopération sans que le texte ne mentionne d'obligation de transfert préalable. Cette interprétation correspond à l'esprit de la loi LTECV qui vise à inciter le plus largement possible, les interventions publiques dans le développement et la production d'énergies renouvelables.

L'action des communes et des établissements publics de coopération ne semble donc pas exclusive l'une de l'autre, mais peuvent être jointes, notamment dans le cadre d'un projet d'énergie commun.

¹ René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 15ème édition Montchrestien, page 579



RETOUR D'EXPÉRIENCE

VIRGINIE PATE -
SEM ENR CITOYENNE

La SEM Énergies Renouvelables Citoyenne a été créée fin 2016. L'objectif était alors la coacquisition avec la commune et des associations de financement citoyen locales et nationales, de la SEPE SABINE 2, société qui détenait une éolienne sur le parc de CHAMOLE.

Le modèle SEM apparaissait comme le support le plus adapté à la réalisation de ce projet dans lequel les citoyens avaient envisagé, dans un premier temps, de réaliser cette acquisition seuls.

Plus d'une année aura été nécessaire pour trouver le montage juridique, parvenir à un accord sur le prix et les conditions de vente, réunir les fonds nécessaires avant de conclure la cession.

Le syndicat d'énergie du Jura (SIDEDEC) a été à l'origine de la création de la SEM en apportant moyens humains, matériels et financiers en amont de la création de la SEM. La Région est entrée au capital de la SEM EnR Citoyenne dès sa création, les structures de financement citoyen également ainsi que des associations environnementales ce qui en fait sa particularité. **Ce premier projet nous a permis d'acquérir de l'expérience en particulier sur les montages juridiques et financiers mais également sur la partie exploitation et articulation entre la Société d'Économie Mixte et la société de projet.**

En 2020, nous avons procédé à une augmentation de capital et avons intégré le Syndicat du Doubs (SYDED), département voisin dans une optique d'optimisation et de mutualisation de l'outil.

Le travail de communication est très important afin de nous identifier clairement dans le paysage du développement des EnR et de faire valoir notre modèle spécifique où les collectivités sont à la gouvernance des projets et totalement décisionnaires.

Fidèles à nos engagements, nous avons aujourd'hui de nombreux projets en cours dans lesquels les collectivités sont fortement impliquées.



► LES ACTIVITÉS COMPLÉMENTAIRES

Lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut une activité accessoire à la principale, celle-ci doit nécessairement lui être complémentaire (L. 1531-1 du CGCT).

La notion de complémentarité est définie en jurisprudence, qui en fait une interprétation relativement souple, résultant de la non exigence pour l'objet cumulé de l'activité d'être un complément « nécessaire » à l'activité principale.

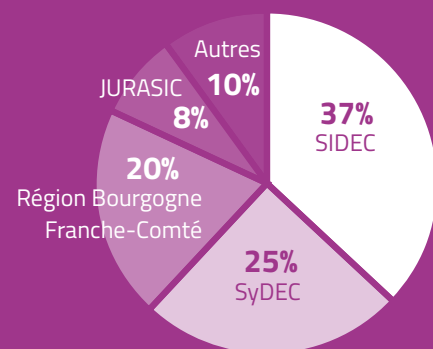
Ainsi la Cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré que l'activité de production d'énergie renouvelable « *est complémentaire des missions dévolues à la Semsamar consistant à réaliser des opérations d'aménagement et de construction, notamment par la construction, la rénovation, la gestion de logements et de projets urbains qui doivent désormais prendre en compte les objectifs énergétiques nationaux incluant le développement des énergies renouvelables* » (CAA de Bordeaux, 24 novembre 2020, n° 18BX03419).

Exemples : production d'EnR
et infrastructures associées,
actions MDE, IRVE / Station bioGnV

Il pourrait également être envisagé que l'objet de la SEM soit étendu à toutes activités de nature à promouvoir la transition énergétique. Par ailleurs, on notera que le législateur a permis ces dernières années de faire émerger de nouvelles formes d'échanges d'énergie, telle l'autoconsommation collective, que certaines SEM EnR ont d'ores et déjà expérimentées. De même, le rôle que les SEM EnR pourront jouer dans le cadre du développement des communautés d'énergie renouvelable récemment introduites en droit français constitue un enjeu fort pour ces acteurs locaux.

Il pourrait enfin être envisagé l'exercice d'activités complémentaires par la SEM en dehors du ressort des territoires des collectivités actionnaires. À la différence du régime juridique applicable aux Sociétés Publiques Locales (SPL), régi aux articles L. 1531-1 et suivants du CGCT, les SEM ne sont pas tenues de réaliser la totalité de leur activité sur le territoire des collectivités actionnaires.

La SEM EnR Citoyenne est une entreprise de droit privé dont l'actionnariat public est majoritaire. La présence des syndicats d'énergie du Jura et du Doubs permet la représentativité de la quasi-totalité des collectivités des deux départements. Les actionnaires privés sont des coopératives de citoyens, des associations et des entreprises locales.



→ LE CAPITAL SOCIAL DES SEM

La SEM revêtant la forme juridique d'une société anonyme, son capital est divisé en actions, et constitué entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Une SEM doit comprendre deux associés minimum (L.225-1 du Code de commerce).

1. PARTICIPATION MAJORITAIRE PUBLIQUE

Les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent impérativement, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants. L'enjeu étant, pour le législateur, de fixer une fraction majoritaire à la partie publique du capital, ne sont prises en compte que les participations directes de la collectivité, ou les participations indirectes à travers des filiales détenues à 100% par des personnes publiques : une SPL pourra être actionnaire de la SEM, et compter dans la fraction publique du capital, ce qui n'est pas le cas d'une autre SEM qui serait actionnaire de SEM, puisque au contraire de la SPL, l'actionnariat n'est pas 100% public dans une SEM.

La participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social. Partant, la participation des collectivités et leurs groupements est plafonnée à 85%.

2. MONTANT DU CAPITAL SOCIAL

Le capital minimal fixé par l'article L. 224-2 du Code de commerce est de 37.000€.

3. AVANCES EN COMPTE COURANT D'ASSOCIÉ

L'avance en compte courant d'associé est un mode de financement de la SEM par ses actionnaires, sans que les sommes versées se transforment automatiquement en actions.

L'article L.1522-4 du CGCT autorise explicitement leur recours par les collectivités actionnaires.

Sur le plan formel, l'octroi d'avances en compte-courant doit obligatoirement faire l'objet :

- D'une délibération de l'assemblée délibérante de la collectivité émettrice, étant prise sur le visa d'un rapport de présentation et d'une délibération du conseil d'administration de la société exposant les motifs de l'apport considéré, son montant, sa durée et les conditions de son remboursement, avec la possibilité d'une éventuelle rémunération ou transformation en augmentation de capital ;
- D'une convention écrite entre la collectivité actionnaire et la SEM, précisant la nature, l'objet et la durée de l'apport, ainsi que les conditions de son remboursement, avec la possibilité d'une éventuelle rémunération ou transformation en augmentation de capital.



S'agissant d'une modalité de financement exposant la collectivité à un décaissement, quelques règles existent pour éviter que cela ne se transforme en libéralité.

Il est ainsi obligatoire de prévoir :

- Un apport qui est consenti pour une durée limitée : une durée maximale de 2 ans, renouvelable une fois, Au terme de cette période, l'apport est remboursé ou transformé en augmentation de capital selon les modalités prédéterminées dans la convention d'émission.

Par dérogation depuis la loi ASAP¹, la durée des avances en compte-courant d'associé peut être portée à 7 ans, renouvelable une fois, sous réserve toutefois que l'énergie produite par les installations de production bénéfice du soutien prévu aux articles L.311-12, L.314-1, L.314-18, L.446-2, L.446-5, L.446-14 ou L.446-15 du code de l'énergie. Il s'agit des hypothèses liées à l'obligation d'achat et au complément de rémunération en cas de production d'électricité, ainsi qu'aux dispositions particulières liés à la vente de biogaz.

- De ne pas accorder de nouvel apport tant que le précédent n'a pas été remboursé ou incorporé au capital, puisqu'une avance ne peut avoir pour objet d'en rembourser une autre.

- De ne pas accorder d'avance si la totalité des avances déjà consenties dépasse 5 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité.

- De ne pas accorder d'avance si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société d'économie mixte sont devenus inférieurs à la moitié du capital social.



RETOUR D'EXPÉRIENCE ÉNERGIES EN FINISTÈRE, ACTEUR D'ÉNERGIES TERRITORIALES

La société d'économie mixte « Énergies en Finistère » permet d'associer des acteurs publics et privés pour développer des projets énergétiques sur le territoire, tout en garantissant la maîtrise de ces projets par les collectivités et leurs groupements.

LES ENJEUX

Energies en Finistère a pour mission « d'accompagner la mise en œuvre de la transition énergétique en Finistère dans le respect des objectifs définis dans la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte et notamment, le développement des sources d'énergies renouvelables pour atteindre l'objectif de 32% d'énergies renouvelables en 2030. » La SEM Energies en Finistère constitue un « véritable outil à la disposition des collectivités pour la réalisation de leurs projets de territoire et l'accélération de leur mise en œuvre, grâce à l'association d'acteurs publics et privés. »

UNE SOCIÉTÉ À PLUSIEURS ACTEURS

Dotée d'un capital de 4 millions d'euros, Le SDEF Territoire d'énergie 29 détient 74% des parts de cette société et la Caisse des Dépôts, la SARL SOFI TY NAY (le crédit agricole du Finistère), le Crédit Mutuel Arkéa et la Caisse d'Épargne Bretagne-Pays de Loire partenaires des collectivités locales au service du développement économique sont actionnaires privés de cette société à hauteur de 26% des parts.

ÉNERGIES EN FINISTÈRE : DÉVELOPPER LES PROJETS ÉNERGÉTIQUES SUR LE TERRITOIRE

LES OBJECTIFS :

- **Produire** : Acquisition, aménagement, construction et exploitation de moyens de production énergétique
- **Mobiliser** : Soutenir des projets d'intérêt général par le recours aux capitaux privés
- **Investir** : Par financement propre ou capitalisation grâce au capital dont est dotée la SEM
- **Promouvoir** : Les énergies nouvelles : les filières bois-énergie, GNV, méthanisation, photovoltaïque, éolien, hydrolien, réseaux de chaleur

LES PARTENAIRES ACTUELS ET À VENIR DE LA SEM :

- **Le secteur privé** : Développeurs, installateurs, agriculteurs, transporteurs, énergéticiens ... Energies en Finistère apporte la solidité d'un acteur public alliée à la flexibilité du privé. Grâce à son image et ses nombreux contacts, cette société est un partenaire fiable qui pourra notamment apporter son expertise technique, juridique et financière aux côtés des acteurs privés.
- **Les collectivités locales** : Energies en Finistère est une société publique détenue majoritairement par le SDEF, qui regroupe l'ensemble des collectivités. ENERGIE EN FINISTÈRE est un partenaire indépendant qui pourra réaliser, ou coréaliser, les projets de territoires pour le développement des énergies renouvelable. Les collectivités territoriales peuvent intégrer les sociétés de projet.
- **Les associations et collectifs de citoyens** : Energies en Finistère souhaite également promouvoir l'investissement citoyen. Grâce à ses capacités d'ingénierie et d'investissement, ENERGIE EN FINISTÈRE est un partenaire de confiance qui peut accompagner la structuration des coopératives citoyennes ou encore proposer, prendre des participations dans des sociétés citoyennes existantes ou encore proposer à ces structures d'intégrer des sociétés de projets dédiées au développement des EnR.



4. INTERVENTIONS AU PROFIT DE PERSONNES NE PARTICIPANT PAS AU CAPITAL SOCIAL (SERVICES ET TRAVAUX)

Les SEM ont la possibilité d'intervenir pour des personnes qui ne participent pas à leur capital.

Cette intervention n'est subordonnée à aucune condition statutaire lorsqu'elle a pour objet la fourniture de services (attention toutefois à la mise en concurrence lorsque le bénéficiaire est soumis aux règles de la commande publique).

En revanche pour les prestations autres que les services (principalement, les travaux), les SEM ne peuvent intervenir au profit de personnes ne participant pas à leur capital que dans les conditions ci-dessous :

- S'il s'agit de personnes privées, à condition que ces dernières apportent préalablement la totalité du financement nécessaire,
- S'il s'agit de personnes publiques, à condition que

celles-ci garantissent la totalité du financement nécessaire.

Si ces conditions ne peuvent être réunies, il faudra recueillir l'accord du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, à une majorité des 2/3 comprenant la moitié au moins des représentants des collectivités actionnaires, ainsi que, s'il y a lieu, l'accord de la collectivité sur le territoire de laquelle l'investissement immobilier est prévu (L. 1523-1 du CGCT).

5. PRISE DE PARTICIPATIONS CITOYENNES

Rien n'interdit une telle modalité de financement, tant que les règles de majorité énumérées supra (85% public maximum/15% privé minimum) sont respectées.

Cet apport peut se faire de façon directe (c'est-à-dire que les citoyens sont actionnaires de la SEM), ou de façon indirecte : ils sont actionnaires d'une société intermédiaire qui capitalise la SEM. La seconde option paraît largement préférable, afin d'isoler dans la société intermédiaire les débats qui peuvent animer les citoyens concernés.

En d'autres termes, ils devront se mettre d'accord au sein de la société intermédiaire pour ne parler que d'une seule voix – celle de la société intermédiaire – et n'imposeront donc pas de longs débats à la gouvernance de la SEM.



Cette possibilité de financement est également intéressante pour créer un outil opérationnel d'interventionnisme purement local et/ou de budget participatif, et cela sera peut-être le renouveau du « crowdfunding » : associer les citoyens à de la mobilisation capitalistique sur des projets 100% locaux, sur lesquels ils peuvent avoir une prise directe.

Mais attention : une participation citoyenne au capital peut toutefois se traduire par la souscription d'actions par le citoyen qui lui donnera accès à des droits de vote dans la société.

Il faudra donc prévoir, dans le pacte d'actionnaires (d'où son importance !), les décisions sur lesquelles les citoyens abondant au capital de la SEM peuvent voter, car il importe que la gouvernance demeure majoritairement publique, et en particulier sur les sujets que la SEM gère dans une démarche de service public ou d'intérêt général.



→ ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT

Les règles de droit commun des sociétés commerciales prévues dans le Code de commerce, s'appliquent à l'organisation administrative des SEM.

- Les principaux organes des SEM sont :
- Les assemblées d'actionnaires,
 - Le conseil d'administration,
 - Le conseil de surveillance et le directoire,
 - Le directeur général.



Avant d'entrer dans le détail, une précision : la SEM est soit moniste, et se gouverne via un conseil d'administration (CA), soit dualiste et se gouverne via un conseil de surveillance (CS) et un directoire. Ce sont les statuts qui déterminent le modèle de gestion.

1. LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Elles sont composées de l'ensemble des actionnaires de la société.

► L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ORDINAIRE (AGO)

L'AGO prend toutes les décisions autres que celles prises par l'assemblée générale extraordinaire, et en particulier :

- Elle nomme, révoque ou remplace les membres du CA ou CS,
- Elle désigne les CAC,
- Elle statue sur les comptes annuels,
- Elle entend les rapports des CAC et du CA sur le fonctionnement de la société et sur les résultats financiers de l'exercice.

Elle se réunit au moins une fois par an, dans les six mois de clôture de l'exercice.

L'AGO est une étape cruciale de la vie de la société, mais concrètement cela est trop souvent négligé. Cette étape est l'occasion de réinterroger ses projets, sa gestion, sa réussite. C'est donc le moment idéal pour remettre à plat les points d'achoppement éventuels. Attention à ne pas oublier le compte-rendu de l'AG qui doit être rédigé. Il servira de preuve ultérieure s'il devait être nécessaire de comprendre ce qui a conduit aux décisions prises en AG.

► L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE (AGE)

L'AGE doit être réunie lorsque les associés souhaitent modifier les statuts de la société, par exemple sur les sujets suivants :

- Augmentation, réduction du capital social,
- Modification de l'objet social ou de la dénomination sociale de la société,
- Transfert de son siège social,
- Dissolution de la société.

2. LE CONSEIL D'ADMINISTRATION ET SON PRÉSIDENT

Les statuts peuvent opter pour une SEM de type moniste, c'est-à-dire qui est administrée par un conseil d'administration (CA) composé de trois membres (appelés « administrateurs ») au moins, qui élisent obligatoirement un président.

Les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive lors de la fondation de la SEM.

► LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

Le CA détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.

Mais attention à la théorie de l'apparence : dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du CA qui ne relèvent pas de l'objet social, et les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil sont inopposables aux tiers.

En conséquence, le CA exerce les contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

► LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

Le CA élit parmi ses membres un Président.

Par dérogation au Code de commerce qui impose que le Président soit une personne physique, les collectivités actionnaires peuvent exercer, en tant que personnes morales, des fonctions de membre ou Président de CA ou de conseil de surveillance des SEM.



Dans cette hypothèse, les collectivités territoriales désignent celui de leurs représentants qui exercera effectivement les fonctions de président ou de membre.

Le président assure la bonne marche du CA. Il représente le CA et organise et dirige ses travaux et en rend compte à l'AG. Il veille au bon fonctionnement de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Attention à l'âge des représentants : les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions de président du CA une limite d'âge qui, à défaut d'une disposition expresse, est fixée à soixante-cinq ans. Lorsqu'un Président atteint la limite d'âge, il est réputé démissionnaire d'office.

3. LE CONSEIL DE SURVEILLANCE ET LE DIRECTOIRE

Si les statuts optent pour une SEM de type dualiste, elle sera administrée par les deux organes que sont :

- Le directoire
- Le conseil de surveillance

► LE CONSEIL DE SURVEILLANCE

Le conseil de surveillance a essentiellement pour fonction de nommer les membres du directoire, et d'exercer le contrôle de la gestion (Article L.225-58 du Code de commerce) sans s'immiscer dans la conduite des affaires par le directoire.

► LE DIRECTOIRE

Le directoire assume la direction de la société. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au CS et aux assemblées d'actionnaires.

Le directoire est composé de cinq membres au plus et aucun d'eux ne peut faire partie du conseil de surveillance.

4. DISPOSITIONS COMMUNES AUX STRUCTURES DUALISTES ET MONISTES

La composition du CA et du CS figure parmi les clauses statutaires sur lesquelles doit se prononcer l'AG lors de la constitution de la société. L'effectif du conseil doit être compris entre 3 et 18 membres.

En outre, des dispositions particulières aux SEM sont prévues par les textes.

arrondi à l'unité supérieure.

Par ailleurs, les sièges sont ensuite attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque collectivité ou groupement actionnaire.

► LA REPRÉSENTATION INDIRECTE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

► LA REPRÉSENTATION DIRECTE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Toute collectivité actionnaire a droit au moins à un représentant au CA ou au CS. Les statuts fixent le nombre de sièges réservés aux collectivités territoriales (L.1524-5 du CGCT), en réservant un certain nombre de sièges dans l'effectif total, au profit des collectivités actionnaires.

Le nombre ainsi réservé est fixé dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par l'ensemble des collectivités actionnaires par rapport au capital total de la société, ce nombre étant éventuellement

Si le nombre des membres d'un CA ou d'un CS ne suffit pas à assurer, en raison de leur nombre, la représentation directe des collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales ayant une participation réduite au capital de la SEM, ils sont obligatoirement réunis au sein d'une assemblée spéciale, un siège au moins leur étant réservé au CA ou au CS.

L'assemblée spéciale désigne parmi les élus de ces collectivités ou groupements le ou les représentants communs qui siégeront au CA ou CS.

5. LE DIRECTEUR GÉNÉRAL

Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société.

Des directeurs généraux délégués peuvent être désignés, et en accord avec le directeur général, le CA détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués.



Très spécifiquement, il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social.

6. OBLIGATION D'OPTER POUR LE CUMUL OU LA SÉPARATION DES FONCTIONS DE PRÉSIDENT ET DE DIRECTEUR GÉNÉRAL

La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général.

Ainsi, dans les conditions définies par les statuts, le CA choisit entre l'une ou l'autre de ces modalités d'exercice de la direction générale.



Ainsi, la SEM peut comporter :

- Soit un président qui concentre les pouvoirs de président du CA et ceux de directeur général,
- Soit un président et un directeur général.

Leurs pouvoirs, le cas échéant, la répartition des pouvoirs entre eux sont déterminés par les statuts de la société ou le pacte d'associé.



RETOUR D'EXPÉRIENCE

JEAN-LUC DUPONT –
PRÉSIDENT DIRECTEUR
GÉNÉRAL D'ENER
CENTRE-VAL DE LOIRE

«La création d'EneR CENTRE-VAL DE LOIRE repose sur un constat simple : la valeur ajoutée des projets d'énergies renouvelables développés dans la région n'est pas captée par le territoire. Aussi, le rôle de la structure et de son Président Directeur Général, est de veiller au développement de projets qui soient réellement bénéfiques pour le territoire. Le rôle du directeur est de se positionner comme un chef d'orchestre qui coordonne les attentes des collectivités avec la réglementation encadrant le développement de ce type de projet, tout en mettant tout en œuvre pour construire un projet économiquement viable sur la durée afin de ne pas compromettre la durabilité de l'outil SEM. Le directeur doit être vigilant à la typologie des projets développés et aux conditions des partenariats proposés avec des privés, sans surévaluer la valeur ajoutée de l'outil SEM, tout en veillant à l'obtention d'un partenariat véritablement gagnant-gagnant pour la structure et son territoire de référence.

Le lien avec les acteurs du territoire est primordial dans la vie d'EneR CENTRE-VAL DE LOIRE, tout particulièrement avec les syndicats d'énergie de la Région Centre-Val de Loire, tous actionnaires de la structure. Ces derniers œuvrent à la définition de la stratégie de l'entreprise, en cohérence avec le Président Directeur Général, et assurent le lien avec les collectivités territoriales.

Sous l'impulsion de ses actionnaires et du Directeur Général, EneR CENTRE VAL DE LOIRE entend faire de la transition énergétique une réalité concrète, en maximisant les retombées économiques locales.»

→ LA FISCALITÉ DES SEM

Les sociétés d'économie mixte suivent des règles de gestion commerciale. La propriété commerciale et la comptabilité commerciale leur sont applicables.

Les SEM étant créées sous la forme juridique d'une SA, elles sont, par conséquent, assujetties à la fiscalité de droit commun comme toutes SA, sauf dispositions spéciales.

Elles sont imposables à :

- l'impôt sur les sociétés (sauf exonération article 207 du CGI), au régime de la TVA,
- la cotisation économique territoriale (CET,) composée :
 - De la cotisation foncière des entreprises (CFE) en fonction de l'activité de la SEM
 - De la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises CVAE
- la taxe d'apprentissage (si assujettie à l'IS).

→ LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS

En droit commun, les dirigeants sont civilement responsables, individuellement ou solidairement, des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux structures qu'ils administrent, de la violation des statuts, et des fautes commises dans leur gestion.

Mais pour les SEM, la règle est légèrement différente, car la collectivité actionnaire se voit la plupart du temps transférer la responsabilité civile de son représentant.

Ainsi, l' élu mandataire de sa collectivité au sein d'une SEM n'est pas soumis personnellement à la responsabilité prévue par le Code de commerce : sa responsabilité civile est transférée aux collectivités actionnaires (L.1524-5 du CGCT).

Cela signifie qu'en cas de faute commise par l' élu dans l'exercice de son mandat, seule la responsabilité civile de la collectivité actionnaire peut être recherchée.

Toutefois, la faute personnelle et détachable de l'exercice des fonctions d'administrateur peut être retenue contre ce dernier si sa faute revêt deux caractères cumulatifs : **(i)** elle est lourde et **(ii)** elle est inexcusable.

Attention : si l' élu exerce des fonctions dirigeantes au sein de la SEM, sa responsabilité civile n'est transférée à la collectivité que s'il disposait directement, au moment des faits, des pouvoirs légaux ou statutaires correspondants, et s'il exerçait ses fonctions au sein de la SEM sans être le représentant de la collectivité.

Et en cas de procédure collective, si les actions en réparation sont transférées aux collectivités, les sanctions des fautes personnelles touchent directement l' élu s'il est établi qu'il est responsable de la situation de la SEM.

Quant à la responsabilité pénale, elle n'est jamais transférable : **les élus administrateurs des SEM sont soumis au droit commun des sociétés anonymes quant à une éventuelle mise en cause de leur responsabilité pénale.**

→ LE PERSONNEL DES SEM

La SEM étant une société anonyme, le personnel qu'elle emploie est régi par les règles du droit privé, et se trouve soumis aux conditions de recrutement de droit commun prévues par le Code du travail. Les conventions collectives du secteur d'activité de la société trouvent en outre pleinement à s'appliquer.

Les contrats de travail sont dès lors des contrats de droit privé, et les litiges qui en résultent relèvent des juridictions judiciaires.

Les recrutements de fonctionnaires territoriaux par les SEM sont possibles, par la voie du détachement, dans les limites et conditions fixées par le décret n°86-68 du 13 janvier 1986.

Attention : les fonctionnaires en position de détachement au sein d'une SEM sont liés à cette société par un contrat de travail de droit privé, au même titre que les salariés recrutés directement par la SEM. Ils relèvent également, pendant leur détachement, du même régime que les agents recrutés directement par la SEM, à l'exception de l'affiliation aux régimes de retraite. En cas de révocation ou de licenciement par la SEM, ils sont réintégrés dans leur statut initial.

Ainsi, les SEM peuvent recruter directement leur personnel ou bénéficier de mises à disposition.



Une autre société privée peut parfaitement mettre à disposition de la SEM une partie de son personnel dans les conditions de droit commun prévues par le Code du travail. Mais il faut veiller à ne pas tomber dans le délit de marchandage, et donc rédiger des conventions de prêt de main d'œuvre.

→ PRISE DE PARTICIPATIONS ET FILIALISATIONS

Les SEM sont autorisées à prendre des participations, ou à filialiser certaines de leurs activités.

Mais attention : il ne faut pas que la collectivité actionnaire d'une SEM qui souhaiterait prendre une participation dans une autre société commerciale, qu'il s'agisse d'une SEM ou d'une société « classique », soit constitutif d'une pratique faussant le jeu concurrentiel du marché pertinent considéré. Les quelques règles de prudence en la matière sont exposées ci-après.

1. PARTICIPATIONS

► LES PRISES DE PARTICIPATIONS AU CAPITAL D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE « CLASSIQUE »

Les SEM peuvent prendre des participations dans le capital de sociétés commerciales, sous réserve de recueillir l'accord des collectivités actionnaires (L. 1524-5 du CGCT).

Il peut s'agir, pour la collectivité actionnaire, de décider de soutenir tel aspect de sa politique locale, en lui donnant une effectivité opérationnelle, puisque la prise de participations constituera le bras armé de ladite politique.

Or il faut veiller à respecter plusieurs impératifs :

- D'abord, la collectivité actionnaire doit se poser la question de l'opportunité d'une telle prise de participations au regard du tissu concurrentiel considéré : ladite prise de participations ne va-t-elle pas finalement avantager la société commerciale visée au détriment de l'un de ses concurrents, et sans justification suffisante ?

Dit autrement, **il faut veiller à ce que la décision de prendre des participations dans une autre société commerciale n'est pas constitutive d'une pratique anticoncurrentielle.**

- Ensuite, la collectivité actionnaire devra s'interroger sur la finalité de l'opération, pour ne pas se trouver en méconnaissance de l'interdiction, faite aux collectivités actionnaires, de prendre une participation dans le capital d'une société commerciale en dehors du cadre réglementaire, ce qui peut notamment conduire la SEM à intervenir en dehors du champ des compétences de ses collectivités et groupements actionnaires, contournant ainsi le CGCT.

- Enfin, il est impératif que la société dans laquelle est prise la participation exerce une activité entrant dans le champ de compétence de la SEM, ou ayant un caractère complémentaire ou accessoire à l'activité de la SEM elle-même.

Attention aux conséquences financières d'une telle prise de participations : il ne faut pas que l'opération soit aventureuse au point d'exposer la SEM, qui injecte des fonds provenant, notamment, des deniers publics. À défaut de quoi, la potentielle faute de gestion consistant à avoir mal apprécié et/ou protégé l'opération de prise de participations pourra être établie et sanctionnée par la Chambre Régionale des Comptes ou un juge.

► PRISE DE PARTICIPATION D'UNE SEM DANS LE CAPITAL D'UNE AUTRE SEM

Rien ne s'oppose à ce qu'une SEM prenne une participation dans le capital d'une autre SEM, sous réserve toutefois que les collectivités actionnaires se prononcent sur le principe de cette prise de participation dans les mêmes conditions qu'indiqué *supra*.

Attention : la SEM cible, qui doit avoir un objet comparable ou complémentaire à celui de la SEM qui envisage de prendre la participation, doit faire délibérer ses actionnaires sur la prise de participations.



Attention également : si la SEM cible est contrôlée par la même collectivité actionnaire que celle qui prend une participation, il faut s'interroger sur l'éventuel recalcul des équilibres de l'actionnariat public/privé (règle des 85%/15%) que cela peut impliquer.

2. FILIALISATION

La filiale d'une société est une société dont plus de la moitié du capital est détenue par celle-ci. Ce dispositif est pleinement applicable aux SEM.

Pour la création d'une filiale, la SEM doit réunir deux conditions :

- La prise de participation à + 50 % (qui transforme donc la prise de participations en filialisation) doit recueillir l'accord exprès des collectivités actionnaires disposant d'un siège au conseil d'administration ou de surveillance de la société filiale.
- L'activité de la filiale doit être sinon comparable, au moins complémentaire à celle de la SEM.

Attention au démembrement créé : la filialisation par une SEM conduit potentiellement à un démembrement de ses activités. La SEM cible peut ainsi être conduite à exercer tout ou partie des activités de la SEM mère. Or il n'est pas conforme à l'esprit du CGCT que la SEM se comporte comme une société holding, plaçant des participations financières dans des filiales. En effet, le CGCT assimile les SEM à des outils à disposition des collectivités territoriales pour la mise en œuvre de leurs compétences.

La filialisation comporte également des risques financiers pour les collectivités actionnaires, et les CRC peuvent procéder à la vérification des comptes des filiales des organismes dont des collectivités détiennent plus de la moitié du capital, ce qui couvre donc le cas des filialisations.



Mais surtout, attention à la structuration de la filialisation, car cela peut avoir des conséquences sur la responsabilité des élus.

En effet, la SEM mère peut détenir la majorité des postes au sein des organes d'administration de la filiale, et ainsi les élus administrateurs de la SEM mère, occuper des fonctions similaires au conseil d'administration de la filiale.

Mais dans cette situation, les élus ne sont plus considérés comme les mandataires des collectivités actionnaires de la SEM mère, et ne sont donc plus protégés par la collectivité en matière de responsabilité civile.

LE CONTRÔLE DES SEM

Les SEM sont soumises à de nombreux contrôles qui peuvent être internes ou externes à la société.

1. LES CONTRÔLES INTERNES

► LE CONTRÔLE PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

Comme c'est le cas pour chaque société anonyme, les SEM font l'objet du contrôle d'un commissaire aux comptes (CAC).



Mieux vaut ne pas méconnaître l'obligation de désigner un CAC : le fait, pour un dirigeant de SEM, de ne pas en provoquer la désignation est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30.000 €.

Le CAC certifie que les comptes annuels de la SEM sont réguliers et sincères, et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Le CAC examine également la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire, et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels.

Il dispose d'un pouvoir d'alerte qui lui permet de demander des explications au président du conseil d'administration ou au directoire, qui est tenu de répondre dans un délai d'un mois, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

► LE CONTRÔLE PAR LES COLLECTIVITÉS LOCALES ACTIONNAIRES

Le rapport annuel du mandataire

Les organes délibérants des collectivités territoriales et leurs groupements actionnaires se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis au moins

une fois par an par leur(s) représentant(s) au conseil d'administration ou de surveillance.

La loi n'a pas prévu la forme selon laquelle doivent se prononcer les collectivités territoriales ; mais a priori, il ne peut s'agir que d'une délibération, prise au terme d'un débat au sein de l'organe délibérant.

Le contrôle par le délégué spécial

Lorsqu'une collectivité a accordé sa garantie aux emprunts contractés par une SEM, elle a le droit, à condition de ne pas en être actionnaire directement représenté au conseil d'administration ou de surveillance, d'y être représentée par un délégué spécial désigné, en son sein, par son assemblée délibérante.

Le délégué spécial doit être entendu, sur sa demande, par tous les organes de direction de la société. Ses observations sont consignées au procès-verbal des réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Le délégué spécial peut procéder à la vérification des livres et des documents comptables et s'assurer de l'exactitude de leurs mentions. Il rend compte de son mandat dans les mêmes conditions que celles prévues pour les représentants au conseil d'administration.

Le contrôle des SEM signataires de conventions

Les SEM doivent soumettre chaque année à l'examen des assemblées délibérantes des collectivités territoriales un compte rendu financier des activités qu'elles conduisent dans le cadre de conventions passées avec elles pour réaliser des opérations d'aménagement.



Il s'agit d'une transposition aux collectivités et aux SEM du régime des conventions réglementées de la SA.

Ce compte rendu d'activité doit comporter en annexe la production et l'actualisation annuelle d'un bilan prévisionnel des opérations et d'un plan de trésorerie faisant apparaître l'échéance des recettes et des dépenses. L'assemblée délibérante de la collectivité à laquelle sont transmis ces documents a le droit de contrôler les renseignements fournis, les agents accrédités de la collectivité pouvant se faire présenter toutes les pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification.

Le contrôle des SEM exerçant des prérogatives de puissance publique

Les SEM qui exercent des prérogatives de puissance publique (par exemple lorsque la SEM se voit déléguer l'exercice d'un droit de préemption) pour le compte d'une collectivité actionnaire doivent élaborer chaque année un rapport spécial sur les conditions de leur exercice, présenté à l'organe délibérant de la collectivité ou du groupement.

2. LES CONTRÔLES EXTERNES

► LE CONTRÔLE PAR LE PRÉFET

Le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales actionnaires

Le contrôle de légalité du préfet porte sur la relation qu'entretiennent les collectivités et la SEM :

- Les délibérations des collectivités territoriales décidant la création d'une SEML, fixant le montant de leur participation au capital social, et approuvant les statuts de la société ;
- Les délibérations relatives aux conventions passées entre les SEML et les collectivités territoriales ;
- Les marchés et autres contrats conclus entre les collectivités territoriales et les SEM.



S'il est acquis que les actes des SEM ne sont pas soumis au contrôle de légalité, les contrats conclus par les SEM avec des personnes de droit privé dans le cadre d'un mandat reçu d'une collectivité sont des actes soumis au contrôle de légalité.

Le contrôle spécifique sur la société

Le préfet dispose également d'un droit d'information sur la SEM.

Ce droit d'information prend la forme d'une transmission obligatoire de certains actes des SEM :

- Les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, accompagnées des rapports établis en vue de leur adoption,
- Les décisions des AGO/AGE et les pièces qui s'y rapportent,
- Les comptes et rapports annuels du CAC.

Attention : l'absence de transmission de ces actes est susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant de la SEM vis-à-vis des tiers, y compris si c'est la collectivité qui détient la présidence de la société. Par ailleurs, le défaut de transmission de ces actes est de nature à rendre inopérantes des dispositions législatives qui visent principalement à protéger les intérêts financiers des dirigeants de la SEM.

► LE CONTRÔLE DES CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES

La saisine du préfet à l'issu du contrôle spécifique en cas de risque financier

Le contrôle spécifique du préfet peut déboucher sur la saisine de la Chambre Régionale des Comptes, lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière d'une ou plusieurs des collectivités actionnaires, ou à accroître le risque encouru par une ou plusieurs de celles qui ont accordé leur garantie à un emprunt contracté par la société.

La procédure engagée devant la CRC n'entraîne toutefois aucune sanction directe, puisque la CRC n'émet qu'un avis.

La vérification des comptes

La Chambre Régionale des Comptes peut procéder à une vérification des comptes de la société, étendue le cas échéant aux filiales.

A l'issu de ce contrôle, la Chambre Régionale des Comptes formule des observations qui seront transmises à la SEM ainsi qu'aux collectivités liées à ladite SEM.

Le contrôle de gestion

La Chambre Régionale des Comptes peut procéder, sur saisine motivée du préfet ou de sa propre initiative, à un contrôle de la gestion de la société, qui porte sur :

- La régularité des actes de gestion,
- L'économie des moyens mis en œuvre,
- L'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant (même si l'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations).

Ce contrôle est contradictoire, et si la gravité de la situation financière de la SEM le justifie au vu du contrôle opéré, la procédure peut donner lieu à des suites judiciaires.

JUSTEMENT, DANS QUELS CAS LA SEM EST-ELLE UN POUVOIR ADJUDICATEUR ?

En tout premier lieu, lorsqu'elle agit dans le cadre d'un mandat exprès de l'une de ses collectivités actionnaires, elle doit appliquer les mêmes règles de passation que celles qui pèsent sur ladite collectivité.

En second lieu, et en dehors de ce cas, il faut analyser la nature de ses activités ainsi que l'importance du contrôle public exercé sur elle, en application de l'article L.1211-1 du Code de la commande publique, qui prévoit que peuvent être des pouvoirs adjudicateurs les personnes privées qui (i) ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, en étant (ii) soit financé majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit soumis à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, et dont (iii) l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé à +50% de membres désignés par un pouvoir adjudicateur.

Ces dernières conditions (+ financement/contrôle + direction) sont cumulatives pour que la SEM soit un pouvoir adjudicateur.

► LE JUGE DU CONTRAT (RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL ET RECOURS TROPIC)

Lorsque la SEM agit en tant que pouvoir adjudicateur, elle est soumise au contrôle du juge du contrat.

Dans ces cas, la SEM est soumise au contrôle soit du juge administratif lorsque la SEM intervient en qualité de mandataire de l'une des collectivités actionnaires, soit du juge judiciaire lorsqu'elle agit en qualité de pouvoir adjudicateur. Dans ce dernier cas, c'est la nature privée du contrat de la commande publique qui emporte la compétence du juge judiciaire pour statuer sur les recours formés à son encontre. Ce partage de compétences entre les ordres de juridiction selon la nature publique ou privée du contrat de la commande publique est confirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 2 octobre 2020, portant conformité de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 à la Constitution (décision n°2020-857 QPC du 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*).

Le juge du contrat peut être saisi, devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, de manière identique, d'un référé précontractuel ou d'un référé contractuel sur le fondement des articles L.551-1 à L.551-23 du code de justice administrative devant l'ordre administratif ou de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 devant l'ordre judiciaire. Les juges administratif et judiciaire font une application similaire des dispositions du code de la commande publique pour connaître des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 30 octobre 2008, *SMIRGEOMNES*, n° 305420 ; Cass., com., 23 octobre 2012, n° 11-23.521).

Le juge du contrat peut également être saisi d'un recours (au fond) en contestation de la validité du contrat devant le juge administratif (recours dit Tarn-et-Garonne par référence à l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 4 avril 2014 (n°358994), en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de la commande publique. Devant le juge judiciaire, toutefois, la jurisprudence ne reconnaît pas l'opposabilité du recours Tarn et Garonne (décision n°2020-857 QPC précitée). Le recours prend la forme d'une action en nullité prise sur le fondement de l'article 1178 du code civil, entre nullité absolue et nullité relative selon la teneur des

manquements portés aux rigueurs de la commande publique. Une action en responsabilité prise sur le fondement de l'article 1240 du code civil peut également être envisagée. Il en découle l'application de règles spécifiques, notamment en termes de délais : devant le juge judiciaire, l'action se prescrit dans un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle le tiers requérant a connaissance du litige (article 2224 du code civil), à la différence des délais prévus devant le juge administratif.

En toute hypothèse, le juge du contrat est chargé de vérifier qu'il n'y a pas eu, de la part de la SEM, d'atteinte aux obligations de publicité et mise en concurrence de sa part. Il peut analyser la qualité des offres que la SEM a comparées, pour annuler la procédure de passation (référé précontractuel), ou annuler ou résilier le contrat et/ou indemniser le tiers évincé (*recours Tarn-et-Garonne*).

► COMMUNICATION DES ACTES DES SEM

L'obligation de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, conformément aux articles L. 300-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration, est applicable aux SEM pour les opérations qui se rattachent à la gestion d'un service public.

Pour savoir si le document doit être publié et déterminer leur caractère communicable, il conviendra de rechercher pour chaque opération si les objectifs et les moyens utilisés pour la réalisation lui confèrent le caractère d'une opération de service public.

Le droit à communication s'applique uniquement pour des documents achevés, et non pas à des documents préparatoires à une décision administrative qui serait en cours d'élaboration.

Le droit à communication s'applique sous réserve du respect dû à la protection de la vie privée, aux droits de propriété littéraire ou artistique ainsi qu'au secret des affaires. Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables au sens des articles L.311-5 et L.311-6 du code précité, il est recommandé d'occulter ces mentions.



→ APPLICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

En conséquence de la présence d'une participation publique majoritaire dans le capital social d'une SEM, la puissance publique exerce sur cette forme de société une influence.

La SEM, bien que personne morale de droit privé, peut dans certaines conditions être qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice lorsqu'elle commande pour satisfaire ses besoins.

Néanmoins, lorsqu'une collectivité territoriale, actionnaire ou non, souhaite contracter avec une SEM, elle doit nécessairement mettre en concurrence la SEM avec les autres opérateurs économiques.

1. LA QUALIFICATION DE POUVOIR ADJUDICATEUR ET D'ENTITÉ ADJUDICATRICE

► LA QUALIFICATION DE POUVOIR ADJUDICATEUR

Les conditions de la qualification de pouvoir adjudicateur

Pour entrer dans le champ d'application du code de la commande publique, les personnes morales de droit privé doivent remplir les conditions de la notion de pouvoir adjudicateur énumérées à l'article L1211-1 du CCP :

« 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

- a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
- c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; »

La jurisprudence européenne vient nous éclairer sur l'application de ces différentes conditions pour en déduire la qualification de pouvoir adjudicateur.

Sur la satisfaction d'un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial

N'est pas assimilable à un pouvoir adjudicateur, une personne morale de droit privé créée pour exercer des activités satisfaisant des besoins d'intérêt général ayant un caractère industriel et commercial.

Pour interpréter ce critère, la CJUE fonde son analyse sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé la création de la personne morale et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité (CJUE, 16 décembre 2003, aff.C-283/00).

Sur la mention « créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général » :

Dans sa décision *BFI Holding* (CJCE, 10 avr. 2008, aff. C-393/06), la Cour précise que « *constituent en général des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, [...], des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* ».

Sur le « caractère autre qu'industriel ou commercial » :

Pour apprécier le caractère industriel et commercial d'une activité d'intérêt général, la CJUE a précisé que : « *les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché* » (CJUE, 10 novembre 1998, aff.C-360/96, considérants 50 et 51).

Il ressort de la décision CJUE *Adolf Truley* (CJCE, 27 févr. 2003, aff. C-373/00) que le caractère autre qu'industriel et commercial de l'intérêt général est établi au vu d'un faisceau d'indices tiré de ce que l'organisme ne poursuit pas de but lucratif, n'assume pas le risque économique de son exploitation et n'exerce pas son activité dans les conditions normales du marché.

L'analyse du tissu concurrentiel fait également partie des éléments à vérifier (CJUE, 10 avril 2008, aff. C-393/06). Il est également tenu compte du fait que l'activité de la société donne lieu à la réalisation de bénéfices (CJUE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 54).

En sens inverse, si une personne publique soutient financièrement l'entité visée qui agit sur le marché, de sorte que la personne publique compense au moins pour partie le risque de perte économique, il y a fort à penser qu'elle n'exerce pas une activité d'intérêt général de nature industrielle et commerciale. C'est ce qui ressort de la fin du point 2.2.3 de la fiche Direction des affaires juridiques sur les pouvoirs adjudicateurs :

« *En outre, le fait que le pouvoir adjudicateur auquel l'organisme est lié opère une recapitalisation de la personne morale dans le cas où celle-ci est déclarée en faillite ou réalise des pertes financières, est un indice du caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin satisfait. La personne morale de droit privé ne se comporte pas comme un simple opérateur privé puisqu'il n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'il se laisse guider par des considérations autres que purement économiques* ».

La création d'une SEM dédiée à la production d'énergies renouvelables poursuit une activité d'intérêt général, pouvant être estimée comme de nature industrielle et commerciale dès lors que :

- La SEM a vocation à agir normalement sur le marché concurrentiel de l'énergie renouvelable,
- La SEM est une société commerciale ayant, par sa nature, vocation à réaliser des bénéfices et à supporter les éventuelles pertes d'exploitation sans compensation par les actionnaires publics.

Cette interprétation peut être retenue sous réserve de clauses contraires dans les statuts constitutifs.

Sur le lien de dépendance étroit de la SEM à l'égard d'un pouvoir adjudicateur

Les autres conditions posées à l'article L.1211-1 précité, lesquelles s'apprécient selon l'influence détenue par les actionnaires publics sur la SEM, doivent être examinées au cas par cas, selon les caractéristiques de la SEM créée et du rôle joué par les collectivités actionnaires en son sein.

Sont à prendre en compte les conditions suivantes :

- Si l'activité de la SEM est financée à plus de 50% par un pouvoir adjudicateur, étant précisé que la notion de financement renvoie à toutes les ressources financières susceptibles d'être allouées (prise de participation, financement par la dette, subvention, etc.) dès lors qu'elles proviennent d'un pouvoir adjudicateur (CJCE, 13 déc. 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06,) ;
- Si la gestion de la SEM est soumise au contrôle effectif d'un pouvoir adjudicateur ;
- Si l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de la société est composé de membres dont plus de 50% d'entre eux sont désignés par un pouvoir adjudicateur. La notion de « *dépendance étroite* » ressort d'une décision *Commission c/ France* (CJCE, 1er février 2001, aff.C-237/99).

Ces conditions sont alternatives : il suffit que l'une d'elles soit remplie pour que l'existence d'un lien de dépendance étroit avec un pouvoir adjudicateur soit rempli. Ces critères sont illustrés par de nombreux exemples casuistiques dans la fiche Direction des Affaires Juridiques consacrée à la notion de pouvoir adjudicateur.

Il n'est pas permis d'en dégager une qualification automatique des SEM en pouvoir adjudicateur, et ce indépendamment de la production d'énergies renouvelables (l'objet de la société n'étant pas au nombre des faisceaux d'indices à prendre en compte). L'exercice de qualification reposera sur une analyse *in concreto* des statuts constitutifs de la société créée, pour connaître la part d'influence et le lien de dépendance que sont susceptibles de jouer les actionnaires publics sur la SEM créée.

► CONSÉQUENCES DE LA QUALIFICATION DE POUVOIR ADJUDICATEUR

La principale conséquence de la qualification de pouvoir adjudicateur est l'application nécessaire des dispositions du code de la commande publique lorsque la SEM souhaite satisfaire ses propres besoins.



Hormis les exceptions prévues par le Code de la commande publique, la SEM devra donc, pour satisfaire ses besoins, organiser les procédures de mise en concurrence idoines, en plus de respecter les grands principes de la commande publique.

► LA QUALIFICATION D'ENTITÉ ADJUDICATRICE

De même, la qualification d'une SEM dédiée à la production d'énergies renouvelables en entité adjudicatrice emporterait l'application des règles de la commande publique, dont l'obligation de mise en concurrence des tiers avec lesquelles la société entend conclure.

Il est précisé que la qualification d'entité adjudicatrice implique l'application de règles spécifiques au stade de la passation des contrats de la commande publique.

La définition d'une entité adjudicatrice est posée à l'article L.1212-1 du code de la commande publique, laquelle renvoie, au 2° paragraphe, à l'exercice d'activités d'opérateurs de réseaux par des entreprises publiques (dont les SEM) :

« Les entités adjudicatrices sont : (...) »

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent des activités d'opérateurs de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4 ; (...) ».

Outre la possible qualification d'une SEM dédiée à la production d'énergies renouvelables en pouvoir adjudicateur, la qualification en entité adjudicatrice repose sur un critère matériel, tenant à l'exercice d'une ou plusieurs activités de réseaux.

Sont notamment considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux, « *la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou chaleur, d'électricité ou d'eau potable. L'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail* » si l'on se réfère à la définition légale prévue à l'article L.1212-3 du code.

La jurisprudence applicable ne précise pas à ce jour la notion d'activité d'opérateurs de réseaux en matière de production d'énergies, le juge administratif s'étant principalement prononcé à l'égard des activités de gestion et d'exploitation des réseaux de transport. En particulier, il ressort que lorsque

l'acheteur entend confier la gestion et l'exploitation d'activités de réseau à un tiers, ce qui pourrait être le cas d'une SEM confiant l'activité de production d'énergies renouvelables à un opérateur, l'acheteur n'est pas entité adjudicatrice du fait de l'externalisation des missions de production (CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP*, n° 297711 ; CE, 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746 s'agissant de l'externalisation de l'activité d'exploitation de réseaux de transports).

Dans un sens contraire, ne sont pas considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux, « *l'alimentation [en gaz ou en chaleur et en électricité] des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes* » au sens de l'article L.1212-4 du code :

En matière d'alimentation en gaz ou en chaleur, lorsque :

La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celle d'opérateur de réseaux ;

L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20% du chiffre d'affaires de l'entité ;

En matière d'alimentation en électricité, lorsque :

La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celle d'opérateur de réseaux ;

La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30% de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

Dans ce cadre, comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, celle d'entité adjudicatrice n'est pas automatique lorsqu'il s'agit d'une SEM dédiée à la production d'énergies renouvelables. Une analyse au cas par cas est requise en fonction de l'objet statutaire de la SEM envisagée, des prestations confiées au tiers cocontractant de la SEM et des caractéristiques du projet d'énergie.

Dans l'hypothèse où l'activité de production d'énergies renouvelables confiée à la SEM est indépendante à la gestion d' « *activités de réseaux destinés à fournir un service au public* », la qualification en entité adjudicatrice serait donc à exclure.

2. CONCLUSION D'UN CONTRAT AVEC UNE SEM

► LA NÉCESSAIRE MISE EN CONCURRENCE DE LA SEM AVEC LES AUTRES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Conformément au droit de la commande publique, lorsqu'un acheteur public entend passer commande sur le marché pour la satisfaction de ses besoins, il devra mettre la SEM en concurrence avec les autres opérateurs économiques susceptibles de satisfaire à son besoin.

Cela ne fait pas exception pour les SEM, même lorsque l'acheteur public en est actionnaire.

En effet, l'exception de la quasi-régie (ou in-house) ne joue que dans de très rares cas pour les SEM.

► L'EXCLUSION DE L'HYPOTHÈSE DE LA QUASI-RÉGIE

Le Code de la commande publique énonce en son article L2511-1 les conditions de la quasi-régie.

Outre les critères de contrôle analogue et de la réalisation de plus de 80% des activités de la SEM pour le compte des actionnaires qui la contrôlent, le 3° de l'article dispose que :

« 3° La personne morale contrôlée [la SEM en l'espèce] ne comporte pas de participation directe de capitaux privés au capital, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. »

Cela semble s'opposer à ce que l'on puisse observer une situation de quasi-régie entre un pouvoir adjudicateur et une SEM.

En effet, la loi impose bien une participation directe de capitaux privés au capital, et cela fait directement obstacle à la reconnaissance d'une relation de quasi-régie, même si le sujet revient souvent sur le devant de la scène.

La fiche Direction des Affaires Juridiques sur la quasi-régie¹ prévoit tout de même le cas d'une SEM, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, qui « *comporte en son sein des capitaux privés et, dont les seuls capitaux privés présents dans le capital de l'entité, dont on recherche si elle est une entité contrôlée en situation de quasi-régie, sont précisément ceux de ce pouvoir adjudicateur* ».

Dans ce cas précise, nous apprend la Direction des Affaires Juridiques, « *rien n'interdit au pouvoir adjudicateur (la SEM dans cet exemple) d'entretenir une relation de quasi-régie avec l'entité qu'il contrôle (une filiale, dans ce même exemple), dans les conditions posées par les articles précités relatives au contrôle et à l'exclusivité de la destination de l'activité.*

En effet, le 3° du I de l'article 17 de l'ordonnance du 23 juillet 20152 précise qu'en toute hypothèse, cette condition doit être appréciée non pas par rapport à la composition du capital des entités de contrôle, mais au regard du capital de l'entité contrôlée ».

Ce qui amène la Direction des Affaires Juridiques à conclure qu'il n'est pas possible de reconnaître que la relation entre une collectivité territoriale actionnaire et une SEM remplit systématiquement les critères de quasi-régie.



Mais que « l'éventuelle présence de capitaux privés au sein d'un pouvoir adjudicateur n'obère pas de la possibilité de reconnaître, au cas par cas, une relation de quasi-régie entre ce pouvoir adjudicateur à capitaux privés minoritaires et une entité qu'elle contrôlerait, dans les conditions de l'article 17 de l'ordonnance n° 2015-899 ou de l'article 16 de l'ordonnance n° 2016-6529 et 30. Ainsi, une SEM peut être en quasi-régie avec une de ses filiales. La présence de capitaux privés au sein de la SEM n'y fait pas obstacle ».

► PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ ET SEM

Le principe d'impartialité figure au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent aux acheteurs publics et à toute autorité administrative et dont la méconnaissance est constitutive, au stade de la passation, d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

La circonstance qu'une société d'économie mixte locale participe à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, société dont un ou des acheteurs publics en cause sont actionnaires, peut donner lieu à des situations de conflit d'intérêt.

Cependant, le principe d'impartialité n'empêche pas la candidature d'une société dont une partie du capital est détenue par un ou des acheteurs publics à l'origine de la procédure de passation, sous réserve que la procédure garantisse l'égalité de traitement entre les candidats et que soit prévenu tout risque de conflit d'intérêts.

Cela ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat (18 décembre 2019, n° 432590, Port autonome de la Nouvelle-Calédonie), qui applique avec une certaine actualité les principes de l'amont/aval, que le Conseil d'Etat avait validés dans un arrêt Génicorp (29 juillet 1998, n° 177952).

La haute juridiction précise que « dès lors que ces personnes [les membres du CA d'un EPIC qui étaient dans le même temps administrateurs de la société] n'ont pris part ni aux débats, ni aux votes relatifs à cette procédure de passation, le Conseil d'Etat écarte toute violation de ce principe ».

Ainsi, le Conseil d'Etat relève qu'il n'y a pas de situation de conflit d'intérêt lorsque des représentants des personnes publiques qui siègent dans les organes de la société n'ont participé :

- Ni aux débats,
- Ni aux votes lors de la réunion du conseil se prononçant sur l'attribution du contrat.

¹ Fiche Direction des Affaires Juridiques « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public »
² Codifié à l'article L.2511-1 du CCP précité



Guide rédigé en collaboration avec :

M^e Justine BAIN-THOUVEREZ, avocat associé, docteur en Droit public

M^e Maxime SENO, avocat associé, spécialiste en Droit public

M^e Bérengère DIEUDÉ, avocat



SERVICES PUBLICS LOCAUX
DE L'ÉNERGIE, DE L'EAU,
DE L'ENVIRONNEMENT ET
DES E-COMMUNICATIONS

FNCCR

20 bd Latour-Maubourg
75007 Paris

www.fnccr.asso.fr

EN SAVOIR PLUS

fnccr@fnccr.asso.fr

01 40 62 16 40