|  |  |
| --- | --- |
| Conventions réglementées en EPL | Neuilly-sur-Seine, le 6 septembre 2017 |

**EPL - Convention réglementée, contrats d'amont et de collaboration**

Il est fréquent que la question se pose des modalités d’application des dispositions du code de commerce relatives aux conventions réglementées au cas des EPL.

A ce sujet, un petit point est ici proposé pour situer la question dans son contexte et pour traiter des cas particuliers des contrats d’amont de ces « EPL » et de leur coopération.

**1- Contexte**

**1.1. Les décisions de conseil d’administration**

S’agissant des « EPL » qui sont des sociétés commerciales, leur conseil d’administration est appelé à statuer au titre de plusieurs fondements.

- Le code de commerce confère des pouvoirs au conseil d’administration dont il ne peut se dessaisir ; tel est ainsi le cas de l’arrêté des comptes annuels.

- Le code général des collectivités territoriales qui fixe le statut des « EPL » exige aussi, dans certains cas, l’intervention du conseil d’administration (L. 1523-1 pour la conclusion de certains contrats d’amont).

- Des obligations de décisions ou de délibérations existent aussi, en fonction des métiers exercés par l’EPL. S’agissant du logement social, le code de la construction et de l’habitation prévoit de nombreux cas (aliénation du patrimoine, fixation des loyers, marchés...).

- Enfin il est fréquent que les tiers requièrent une décision ou une délibération du conseil d’administration ; l’on peut citer, comme exemple, le cas des souscriptions d’emprunts.

Au-delà de ces fondements juridiques, l’on constate dans la pratique des « EPL » que leur conseil d’administration intervient plutôt largement et la cause en est double.

- D’une part, les « EPL » subissent l’influence des collectivités publiques dont elles sont les satellites et la notion « d’assemblée délibérante » est largement transposée au conseil d’administration.

- D’autre part, les mandats sociaux d’une « EPL » sont, dans la plupart des cas, exercés par des élus et leur meilleure protection consiste alors à recourir à l’organe collégial qu’est le conseil d’administration pour prendre des décisions ou des actes qui pourraient leur incomber.

Il importe, dans ce contexte, en fonction des métiers qu’elle exerce et dans la mesure de ses moyens, que chacune des « EPL » arrête une doctrine quant aux décisions à prendre par son conseil d’administration pour la mettre en œuvre.

**1.2. Les conventions réglementées**

La notion et les procédures des conventions réglementées relèvent du code du commerce, dans ses dispositions relatives aux sociétés commerciales.

Définition : Convention conclue, directement ou indirectement, entre une société et l’un de ses mandataires sociaux, administrateur ou actionnaires détenant plus de 10% des droits de vote.

Exclusion : Convention courante conclue à des conditions normales, étant précisé que :

- Le caractère courant est apprécié au regard de l’objet social de la société qui conclut la convention,

- Le caractère normal est apprécié au regard des conditions de marché.

Surveillance : La surveillance des conventions réglementées est opérée par les organes de la société :

- Le conseil d’administration autorise leur conclusion, l’administrateur intéressé ne participant pas au vote,

- Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial sur l’exécution de ces conventions,

- L’assemblée générale approuve annuellement leur exécution.

Précision : Il appartient à la société de qualifier une convention de réglementée ou de courante et conclue à des conditions normales et il est possible, moyennant le respect des formalités prévues, de changer pour une même opération de qualification (décisions de conseil d’administration et d’assemblée générale).

**2- Le cas des « EPL »**

L’application des dispositions relatives aux conventions réglementées en « EPL » suscite souvent des difficultés d’interprétation, tout spécialement pour les « contrats d’amont » et les prestations de coopération.

**2.1. Les contrats d’amont**

Toute la question est de savoir si les contrats conclus entre une collectivité territoriale actionnaire et donc souvent administrateur et une « EPL » doit être qualifiée de « convention réglementée ».

**2.1.1.** Sur le principe même, d’une telle qualification, l’on aboutirait à une aberration au regard des textes en vigueur :

- Pour les « SEML », il convient d’en rappeler la définition même qui est issue de l’article L. 1522-1 du « CGCT » et qui qui prévoit, pour ces sociétés : « *Les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants.*». Dans le cas d’une SEM dont une seule collectivité territoriale est actionnaire, l’on aboutirait ainsi à donner aux actionnaires privés, forcément minoritaires, tout pouvoir pour décider de l’activité même de la société en disposant de la totalité des voix en conseil d’administration.

- Dans le cas d’une « SPL » ou d’une « SPLA », la situation ne sera pas meilleure puisqu’un actionnaire confiant une activité à une telle société doit exercer sur celle-ci un « contrôle analogue à celui qu’il exerce sur ses propres services ».

**2.1.2.** Sur le fond, il faut rappeler que la notion de convention réglementée vise à préserver les sociétés d’un risque d’enrichissement de leurs mandataires sociaux et administrateurs à leur détriment. Or une collectivité territoriale agit, la plupart du temps, dans un but d’intérêt général ce qui l’exclut du champ d’application de ces conventions réglementées (en ce sens, l’on peut se reporter aux réponses dans les Bulletins CNCC (n° 51 de septembre 1983 p. 383, n° 56 décembre 1984 p.521, n° 63 septembre 1986 p. 31, n° 70 juin 1988 p. 211) qui évoquent cet argument dans le seul cas d’un contrat d’amont conclu avec une collectivité territoriale qui n’est pas directement administrateur de la « SEM ». En résumé, une collectivité territoriale n’est pas une entreprise et ses relations avec elle ne relèvent pas d’une convention réglementée.

**2.1.3.** Enfin, les contrats d’amont conclus par une « EPL » pour exercer son activité peuvent assez facilement relever des conventions courantes conclues à des conditions normales (cf. « EJ 2003-30 » Bulletin CNCC, juin 2003 n° 130 p. 356), étant précisé que cette appréciation relève de la société.

Et la chose est encore renforcée par le fait que, depuis ces réponses de la CNCC, les procédures de publicité et de mise en concurrence ont été généralisées pour la conclusion des marchés et des concessions, étant précisé que les « SPL » et « SPLA » en sont exclues.

**2.1.4.** A titre de solution pratique et quelle que soit la forme de la société (« SEM » ou « SPL »), il nous semble raisonnable de prévoir les traitements suivants :

- Dans le cas des marchés et des concessions conclus par une « EPL » pour exercer son activité, le conseil d’administration peut décider de leur conclusion, sans pour autant les qualifier de convention réglementée. La chose est assez facile à mettre en œuvre dans les « SPL » puisque ces contrats sont conclus en dehors des formalités de publicité et de mise en concurrence. Elle l’est moins dans les « SEM » car il s’agira alors de choisir à quel moment le conseil d’administration doit statuer : à l’émission de l’offre semble plus sensé que lors de la notification du marché ou de la concession.

- Plus délicate est la question des acquisitions foncières car les arbitrages de « débudgétisation » de la collectivité peuvent la conduire à privilégier l’épargne. Mais comme l’on sait que toute acquisition foncière d’une « EPL » suppose un avis de France Domaine, l’on peut suggérer que le conseil d’administration soit saisi des acquisitions foncières auprès de leurs collectivités territoriales actionnaires ou administrateurs dont le prix s’écarte de plus ou moins 10% ou 20% de l’avis rendu et les qualifie alors de convention réglementée.

**2.2. La coopération**

**2.2.1.** Au regard du droit commercial, la coopération entre sociétés d’un même groupe peut assez facilement relever des conventions courantes et conclues à des conditions normales, dès lors que l’on se trouve dans une logique de répartition de coûts, même avec une marge raisonnable.

Si l’on se reporte aux obligations en matière de comptes consolidés, l’on pourra avancer sans trop de difficulté que des « EPL » rattachées à une même collectivité territoriale relèvent d’un groupe puisque celle-ci les contrôle ou exerce sur elles une influence notable.

**2.2.2.** Au regard des règles de la commande publique, toutes les « EPL » doivent respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour leurs achats et l’on sait que les facturations à prix coûtant ne constituent pas un argument valable pour y échapper.

La seule dispense dans l’application de ces règles provient d’une situation de quasi-régie horizontale :

- dont on peut concevoir assez facilement qu’elle trouve application au cas de « SPL » ou « SPLA » rattachées aux mêmes collectivités territoriales,

- dont il est douteux qu’elle puisse jouer entre « SEM » ou entre « SEM » et « SPL » ou des « SPLA ».

Ceci étant, le droit de la commande publique permet à deux « EPL » de constituer, pour leurs achats, un groupement de commande. Il reste aussi la possibilité, pour la répartition des frais de personnel, de constituer un groupement d’employeurs ; la formule est assortie de contraintes réglementaires telles, qu’elle est rarement utilisée.

**2.2.3.** Dans la pratique de la coopération entre « SEM » et « SPL » que nous avons observée, l’on constate deux schémas organisés.

- Le premier consiste en la conclusion d’une convention de groupement de commande qui vise à répartir les frais généraux et, s’agissant du personnel, celui-ci est employé par l’une ou l’autre des sociétés, voire par les deux (deux emplois à temps partiel). Au regard du droit du travail, l’on a affaire à une « UES » (unité économique et sociale).

- Le second consiste dans la constitution d’un « GIE » qui regroupe l’ensemble des moyens, tant matériels qu’humains, dont le coût est ensuite réparti entre les sociétés. Et le « GIE » vaut alors « groupement de commande », voire - au moins sur le plan économique - « groupement d’employeurs », même si le cadre réglementaire français ne le prévoit pas encore expressément.

**2.2.4.** Au regard de la qualification de convention réglementée des accords de coopération entre « SEM » et « SPL » :

- l’on pourra en déduire que la solution du groupement de commande assortie d’emplois à temps partagé ou d’un groupement d’employeurs ainsi que celle du groupement d’intérêt économique relèvent d’une convention courante conclue à des conditions normales,

- mais il sera plus délicat d’y renoncer en présence d’une simple convention comportant une facturation de personnel qui relèvent de prestations de services achetées sans appliquer les règles de la commande publique car l’on peut considérer que les conditions normales ne sont pas remplies.

Philippe Giami