



HAL
open science

Recapitalisation d'une société d'économie mixte locale et contrôle du juge administratif

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Recapitalisation d'une société d'économie mixte locale et contrôle du juge administratif. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2011, 27, pp.48-50. hal-02025659

HAL Id: hal-02025659

<https://hal.science/hal-02025659v1>

Submitted on 19 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Recapitalisation d'une société d'économie mixte locale et contrôle du juge administratif

Note sous Conseil d'État, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau*

Sébastien BRAMERET

Docteur en droit public

Membre du Groupe de Recherches en Droit Public Économique (GRDPE)

Université Grenoble II

Lorsqu'une société d'économie mixte locale connaît des difficultés financières, ses actionnaires publics se trouvent face à une alternative : apporter des fonds à la société pour maintenir son activité ou, au contraire, lui refuser ces apports, au risque de mettre sa survie en péril. À ces choix stratégiques s'ajoutent des contraintes juridiques, liées au statut particulier des collectivités territoriales actionnaires et à l'éventuelle requalification de leurs apports financiers en aides publiques prohibées.

Confrontée aux difficultés financières de la Société d'économie mixte locale Ecosite dont elle était l'actionnaire majoritaire, la Communauté de communes du nord du Bassin de Thau a fait le choix du sauvetage. Elle a, par une délibération du 14 avril 2003, approuvé une opération de recapitalisation de la société par recours à la technique du « coup d'accordéon », opération consistant à réduire le capital à hauteur de l'endettement de la société, pour apurer les dettes. Les collectivités territoriales souscrivent alors à la nouvelle augmentation du capital. Elles supportent ainsi indirectement les dettes sociales (*cf.*, sur le « coup d'accordéon », *cf.* Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, Paris, Litec, 23^e éd., 2010, n° 854 et 874 ; sur son utilisation dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, CRC Aquitaine, ROD 12 février 2006, *Société d'économie mixte Électricité service Gironde (ESG)*, DL/GC/ROD II 033, n° 2, CRC Languedoc-Roussillon, ROD 7 décembre 2009, *Commune de Sète*, n° 096/1270, n° 5.2.2), accompagnée d'une prime d'émission destinée à compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des nouvelles actions émises (*cf.*, sur la technique de la

prime d'émission, Mortier R., « Augmentation du capital en numéraire ; droit préférentiel de souscription ; prime d'émission », *J. Cl. Sociétés Traitée*, fasc. 156-15). Saisi par le préfet dans le cadre de son contrôle de la légalité de la délibération autorisant l'opération, le Conseil d'État avait alors à apprécier la légalité de l'opération de financement. Plus précisément, le Conseil d'État était confronté à la question de la détermination de l'étendue des pouvoirs d'une collectivité territoriale agissant comme actionnaire d'une société d'économie mixte locale.

Le Conseil d'État, dans sa décision du 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau* (n° 313590, Sera mentionné aux tables du recueil Lebon, *AJDA*, 2011, p. 18 et s., note S. Nicinski, *JCP ACT*, 2011, n° 4, 2038, note M. Karpenschif), indique, au terme d'un considérant teinté d'un fort degré de pédagogie, « qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours contre une délibération décidant la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement à une opération de recapitalisation d'une société d'économie mixte locale dont cette collectivité ou ce groupement est actionnaire, de vérifier si cette délibération ne conduit pas à un dépassement des règles de plancher et de plafond [définis aux articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales], si, eu égard à la situation financière de cette société et aux capacités financières de la collectivité ou du groupement, elle n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation et si, enfin, elle n'est pas constitutive d'une aide qui, faute d'être autorisée par les dispositions [spécifiques] du code général des collectivités territoriales, serait illégale ». Le Conseil d'État rappelle ainsi le principe selon lequel les collectivités territoriales peuvent, en leur qualité d'actionnaire, procéder au financement des sociétés d'économie mixte locales selon les modalités qu'elles jugent adéquates, y compris par la technique du « coup d'accordéon ». Mais il précise que dans sa réalisation, une telle opération ne saurait contrevenir à la réglementation prohibant les aides publiques. La recherche de cette conciliation souligne la nature particulière du rôle des collectivités territoriales actionnaires de sociétés d'économie mixte locales : actionnaires majoritaires de sociétés commerciales d'une part, elles doivent être en mesure de contribuer au financement des sociétés d'économie mixte locales ; collectivités territoriales d'autre part, elles ne sauraient s'affranchir de la réglementation sur les aides publiques. Confronté à la difficulté de concilier ces deux impératifs apparemment antagonistes, le Conseil d'État adopte une attitude prudente, combinant un contrôle restreint quant à l'opportunité de la recapitalisation (I) et un contrôle renforcé de ses modalités de réalisation (II).

I – Un contrôle restreint de l’opportunité de la recapitalisation des sociétés d’économie mixte locales

La question de la recapitalisation des sociétés d’économie mixte locales ne pose pas, en tant que telle, de réelles difficultés. L’article L. 1522-4 du code général des collectivités territoriales prévoit ainsi que « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, en leur qualité d'actionnaires, prendre part aux modifications de capital » de ces sociétés. Parfois présentée comme une « forme normale de soutien aux entreprises » (Denis-Linton M., Conclusions sur CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence*, non publiées, p. 3 – L’auteur remercie le service de diffusion de jurisprudence du Conseil d’État de lui avoir communiqué ces conclusions, ainsi que celles du rapporteur public E. Cortot-Boucher sur la décision *Communauté de communes du Bassin de Thau*), la recapitalisation relève, selon le rapporteur public, « de la liberté de l’actionnaire, qui est bien dans son rôle en apportant son soutien à la société dont il détient des actions lorsque celle-ci est en difficulté » (Cortot-Boucher E., Conclusions sur CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau*, non publiées, p.3). Dès lors, le Conseil d’État reconnaît que les collectivités territoriales peuvent « décider de modifier leur participation au capital de ces sociétés en souscrivant à d’éventuelles augmentations de capital, dans la limite du plancher et du plafond prévus par la loi » (CE, 10 novembre 2010, *arrêt préc.*). L’opération, même réalisée par la technique du « coup d’accordéon », n’est dès lors pas, en tant que telle, contraire à la législation sur les sociétés d’économie mixte locales. La décision *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau* s’inscrit, de ce point de vue, dans une grande continuité jurisprudentielle, comme en témoigne la reprise exacte de la position de principe dégagée par la décision du Conseil d’État du 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence c/ Commune d’Allos* (n° 133837 et n° 133905, Rec. 18, *Rev. Sociétés*, 1994, p. 765 et s., note B. Alibert et G. Durand ; *AJDA*, 1994, p. 470 et s., note C. Devès ; *RFDA*, 1994, p. 900 et s., note J.-C. Douence ; *JCP G*, 1994, II, 22311, note J. Moreau). Le juge administratif aligne également son interprétation de la technique du « coup d’accordéon » sur celle du juge judiciaire, qui en reconnaît de plus en plus largement la validité (sur l’utilisation du « coup d’accordéon » en droit des sociétés, cf. Sylvestre-Touvin S., *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, 599 p. ; Marton H., « Coup d’accordéon et valse des minoritaires », Note sous Cass. com., 15 juin 2010, *Société Maaldrift BV*, n° 09-10961, *LPA*, 2011, n° 21, p. 6 et s.).

L'opération de recapitalisation des sociétés d'économie mixte locales est seulement limitée par un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de son opportunité, fondée sur deux critères cumulatifs : la situation financière de la société et les capacités financières des collectivités territoriales actionnaires. Dans son principe, ce contrôle n'est pas nouveau et a été énoncé dès la décision *Préfet du département des Alpes-de-Haute-Provence* en 1994 (*arrêt préc.*). Seulement, et comme le souligne S. Nicinski, il reçoit en 2010 une consécration par son insertion dans un considérant de principe (*art. préc.*). En l'espèce, le Conseil d'État estime que la Cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit en se fondant sur la seule situation déficitaire de la société, sans tenir compte des capacités financières de la communauté de communes. Ce caractère nécessairement cumulatif du critère d'appréciation s'explique par la nature même de l'opération de recapitalisation : celle-ci vise à mettre fin à une situation dans laquelle les pertes répétées de l'entreprise mettent gravement en péril sa survie. Elle a vocation à être réalisée lorsque la société est dans une situation financière difficile. Se fonder sur le seul critère de la santé financière de la société reviendrait à priver de fondement la plupart des opérations de recapitalisation.

L'approche du Conseil d'État dans la décision *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau* confirme incidemment l'avis rendu préalablement par le juge financier, à la demande du préfet (*cf.* sur la procédure de contrôle des sociétés d'économie mixte locales par le préfet, Brameret S., *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales*, Thèse, Université Grenoble II, 2010, n° 350-356). Selon la Chambre régionale des comptes de Languedoc-Roussillon, l'opération « ne [peut] en elle-même, et en l'état, être considérée de nature à augmenter gravement la charge financière des collectivités publiques actionnaires » (CRC Languedoc-Roussillon, Avis 6 août 2003, *Société d'économie mixte locale Écosite du Pays de Thau*, n° 2003-34-026). Rapportant le montant de l'opération au budget général de l'actionnaire public, le juge financier estime que les 350 000 € apportés à la société « ne font pas courir à cette collectivité un risque financier grave » eu égard notamment au budget global de la communauté de communes, avoisinant les 11 millions d'Euros. Reprenant cette analyse, le juge administratif valide le comportement d'actionnaire de la collectivité territoriale. Il n'en demeure pas moins vigilant quant aux modalités de réalisation de l'opération, exerçant un contrôle renforcé de l'opération de recapitalisation.

II – Un contrôle renforcé des modalités de recapitalisation des sociétés d'économie mixte locales

L'actionnariat des collectivités territoriales se rapproche d'un actionnariat de droit commun au sens du droit des sociétés, sans pour autant pouvoir y être assimilé. Le Conseil d'État vérifie en particulier que la recapitalisation est conforme aux seuils de participation publique (A) et n'est pas constitutive d'une aide publique (B).

A – L'interdiction du dépassement des seuils légaux de participation publique

En premier lieu, la recapitalisation doit respecter les seuils de participation publique imposés par le code général des collectivités territoriales. Elle ne peut conduire les collectivités territoriales à détenir moins de 50 % ou plus de 85 % du capital social de la société (les règles de répartition du capital social des sociétés d'économie mixte locales ont été codifiées aux articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales). En l'espèce, cette question aurait pu être abordée par le Conseil d'État sous l'angle du détournement de la procédure de recapitalisation. Afin de ne pas dépasser le seuil des 85 % de participation publique, la communauté de communes avait en effet décidé de limiter l'augmentation du capital social à un montant bien inférieur aux besoins réels de la société. Pour compenser ce déficit potentiel et s'assurer du succès de l'opération, elle avait alors assorti l'augmentation du capital d'une prime d'émission représentant près de trois fois la valeur réelle d'une action. Les primes d'émission intégrant les fonds propres de la société sans être assimilées au capital, leur surévaluation permettait à l'actionnaire public majoritaire de financer indirectement la société sans enfreindre le plafond légal. La question d'un détournement de procédure pouvait alors être légitimement posée au Conseil d'État.

Suivant le rapporteur public E. Cortot-Boucher (*concl. préc.*, p. 4), le Conseil d'État ne se fonde pas sur ce motif pour conclure à l'illégalité de l'opération de recapitalisation, car les conditions d'un détournement de procédure étaient incertaines en l'espèce. Celui-ci n'est en effet pas constitué lorsque l'opération contestée a une finalité d'intérêt général. La question du but d'intérêt général de la recapitalisation d'une société exerçant, par définition (selon l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte locales peuvent être créées « pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général »), des missions d'intérêt général pouvait légitimement

être posée. Devant l'incertitude de cette motivation, le Conseil d'État concentre son analyse sur l'analyse de l'opération au regard de la réglementation sur les aides publiques.

B – La conformité de la recapitalisation à la réglementation sur les aides publiques

L'applicabilité du droit des aides publiques locales aux relations financières des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales ne fait plus de doute depuis que le Conseil constitutionnel a reconnu que ni les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés d'économie mixte locales, ni la nature de leurs activités ne permettent de les soustraire, d'une façon générale, aux règles régissant les relations des collectivités territoriales avec les entreprises privées (CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, n° 92-316 DC, *RFDA*, 1993, p. 902 et s., note D. Pouyaud). La conciliation de cette position avec le principe général selon lequel les collectivités territoriales sont actionnaires des sociétés d'économie mixte locales a cependant posé des difficultés au Conseil d'État. Ont ainsi été annulées des garanties d'ouverture de crédits (CE, 16 janvier 1995, *Ville de Saint-Denis*, n° 141148, Rec. 34), même réalisées dans le cadre d'une opération conventionnée (CAA Paris, 6 avril 1999, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, n° 97PA01799, Inédit) ; des avances de trésorerie ou des garanties sur des opérations autres que des emprunts, telle une garantie des pertes de la société (CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon*, n° 145955, *AJDA*, 1996, p. 224 et s., note C. Devès), même s'il s'agit d'une opération conventionnée (CAA Paris, 22 mars 2001, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 99PA02085, Inédit) ; des bonifications d'intérêts (CE, 20 mars 1998, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n° 160548, *Dr. adm.*, 1998, comm. 370, note M.-Y. Benjamin) ; des mises à disposition de fonds dont le remboursement est conditionné à la réalisation de bénéfices (CE, 21 juin 1999, *Société d'économie mixte intercommunale des pays de France et de l'Aulnoye*, n° 183803, *Gaz. Pal.*, 2000, 1, somm. 398) ; ou encore l'effacement du passif de la société par sa liquidation amiable ou volontaire (CE, 15 mars 2000, *Commune de Romilly-sur-Seine*, n° 203555, *Dr. Adm.*, 2000, p. 4 et s., note H. Groud). La décision du 10 novembre 2010 doit ainsi être saluée, en ce qu'elle apporte des éclaircissements quant à l'articulation entre ces différentes positions de principe.

Pour assimiler l'opération à une aide publique, le Conseil d'État constate que la prime d'émission « ne peut s'analyser, compte tenu de la situation financière de la SEM, que comme

une aide de la Communauté de communes du nord du Bassin de Thau à la société d'économie mixte ». Le juge administratif ne revient pas sur l'opportunité de l'opération, mais bien sur les conditions de sa réalisation. Dès lors que la prime d'émission a, « compte tenu de son montant excessif, au moins pour partie le caractère d'un concours financier qui n'est pas au nombre de ceux dont le versement à une société d'économie mixte est autorisé par la loi » (Cortot-Boucher E., *concl. préc.*, p. 5), elle est constitutive d'une aide publique prohibée. Sur ce point, les conclusions du rapporteur public sont éclairantes et permettent de comprendre que le juge administratif reprend à son compte la jurisprudence judiciaire relative aux conditions de validité des primes d'émission. La Cour de cassation annule en effet de telles primes lorsque leur montant révèle une intention frauduleuse des actionnaires de surévaluer la valeur nominale des actions nouvelles par rapport à leur valeur vénale, calculée au regard de la situation financière de la société (*cf.*, en ce sens, Cass. Com. 12 mai 1975, *Vétochinie France c/ Mme Menu Françoise*, n° 74-10363, Bull. civ. IV, n° 129 : pour le juge judiciaire, est abusive une augmentation de capital assorti d'une prime d'émission représentant 25 fois la valeur nominale d'une ancienne action de la société, car cette évaluation n'était pas justifiée au regard de la situation financière de l'entreprise, qui avait connu des pertes importantes et une diminution notable de son chiffre d'affaire – sur la validité des primes d'émission, *cf.* Hallouin J.-C., « Conditions de validité d'une prime d'émission », Note sous Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.086, *D.*, 2002, p. 476 et s.). L'actionnariat des collectivités territoriales ne saurait leur permettre de s'affranchir de la réglementation du droit des sociétés sur les opérations sur le capital. Ainsi, c'est bien un comportement contraire à la logique du droit des sociétés qui est stigmatisé par le juge administratif.

En recherchant si la recapitalisation était réalisée dans des conditions conformes avec la logique du droit des sociétés, le Conseil d'État fait également une référence implicite au critère de l'investisseur avisé en économie de marché. Dégagé par les institutions de l'Union européenne (en ce sens, *cf.* Karpenschif M., « Effacement de la dette d'une SEML : quand l'accordéon grince », Note sous CE, 10 novembre 2010, *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau*, *JCP ACT*, 2010, 2038), ce standard est communément appliqué aux relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales (en ce sens, *cf.* Brameret S., *thèse préc.*, n° 164-170 ; Peltier M., *La participation des collectivités territoriales au capital des sociétés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, n° 392-421). Les instances européennes cherchent à caractériser l'existence d'un comportement type vers lequel tout actionnaire, public ou privé, doit tendre (Vanneaux M.-A., *Recherche sur un droit*

des relations financières État-entreprises publiques, Thèse, Université de Lille II, 2005, p. 459). Ainsi, « l'octroi d'aides, et spécialement la prise de participation de la part de l'État ou de collectivités publiques, ne saurait être considéré comme étant automatiquement contraire aux règles du traité » (CJCE, 14 novembre 1984, SA *Intermills c/ Commission*, C-323/82, Rec. CJCE 3809, pt. 31). Dans l'arrêt du 10 novembre 2010, le Conseil d'État dégage ainsi une nouvelle caractéristique de ce comportement avisé, en interdisant aux collectivités territoriales de surévaluer les sociétés d'économie mixte locales dont elles sont actionnaires dans la seule optique de les sauver. Nonobstant l'absence – qui peut laisser le lecteur « perplexe » (Nicinski S., *art. préc.*) – de référence aux critères européens, la convergence entre les analyses des juges internes et européens quant à l'appréciation du comportement des collectivités territoriales actionnaires de sociétés d'économie mixte locales se trouve ainsi renforcée par la décision *Communauté de communes du nord du Bassin de Thau*.