



N° 160-2021

Document mis
en distribution

Le 20 OCT. 2021

ASSEMBLÉE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Enregistré au secrétariat général de l'assemblée le 20 OCT. 2021

RAPPORT

SUR LE PROJET DE LOI DU PAYS RELATIVE AUX SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE CRÉÉES
PAR LA POLYNÉSIE FRANÇAISE,

*présenté au nom de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la
fonction publique*

par M. Teva ROHRITSCH et M^{me} Béatrice LUCAS,

*Représentants à l'assemblée de la Polynésie française,
Rapporteurs du projet de loi du pays.*

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs les représentants,

Par lettre n° 7496/PR du 24 septembre 2021, le Président de la Polynésie française a transmis aux fins d'examen par l'assemblée de la Polynésie française, un projet de loi du pays relative aux sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française.

I. La détermination du régime juridique des SEM créées par la Polynésie française

L'article 105 de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française (modifié par la loi n° 90-612 du 12 juillet 1990) a ouvert la faculté à la Polynésie française de créer des sociétés d'économie mixte (SEM) l'associant, soit directement elle-même, soit par l'intermédiaire de l'un de ses établissements publics, à d'autres personnes publiques ainsi qu'à une ou plusieurs personnes privées pour la mise en œuvre d'opérations concourant à son développement économique.

Les dispositions de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales qui régissent ces sociétés ont donc été étendues en Polynésie française en raison de la compétence de l'État en matière d'obligations commerciales.

Des adaptations à cette loi ont été introduites pour son application en Polynésie française telle que la fixation du montant minimum des participations privées dans le capital des SEM locales (taux de participation ne pouvant être inférieur à 15 %)¹ ou la désignation du ou des représentants du territoire dans ces sociétés par le conseil des ministres et non plus, comme en métropole, par l'assemblée délibérante².

L'article 66 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, qui reproduit certaines dispositions de l'article 105 précité, autorise le territoire à créer des SEM sans préciser d'objectif contrairement au statut de 1984. En effet, lors de son examen par l'Assemblée nationale, celle-ci a considéré que créer des SEM uniquement « pour la mise en œuvre d'opérations concourant à son développement économique » était un objectif réduisant fortement les possibilités offertes à la Polynésie française. Cet article 66 précisait également que les statuts types de ces SEM étaient fixés par délibération de l'assemblée de la Polynésie française.

Les autres dispositions étendant à la Polynésie française la loi du 7 juillet 1983 ont quant à elles été intégrées à l'article 9 de la loi n° 96-313 du 12 avril 1996 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française. En effet, cette scission a tiré les conséquences de la décision n° 95-364 DC du 8 février 1995 du Conseil constitutionnel distinguant les dispositions de nature organique, concernant le représentant du territoire au sein des SEM, des dispositions considérées comme non organiques fixant la participation minimale au capital social des actionnaires privés.

L'État étant toujours compétent en matière d'obligations commerciales, la loi du 7 juillet 1983 continuait donc de déterminer le régime juridique applicable aux SEM créées par la Polynésie française.

Suite à l'adoption de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la Polynésie française est devenue compétente en matière d'obligations commerciales.

L'article 29 de la loi organique statutaire de 2004 est une reprise de l'article 66 du statut de 1996 et l'article 23 de loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française est une reprise exacte de l'article 9 de la loi simple du 12 avril 1996.

Par la lecture combinée des dispositions initiales de la loi organique et de la loi simple, il appert que l'application de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 ne soit réservée qu'aux SEM créées par le Pays et associant les communes excluant ainsi les SEM dont le Pays est le seul actionnaire public.

¹ Loi n° 90-612 du 12 juillet 1990

² Loi organique n° 95-173 du 20 février 1995 modifiant la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et portant dispositions diverses relatives aux territoires d'outre-mer

En 2007³, l'article 23 de loi n° 2004-193 du 27 février 2004 a été modifié afin de ne plus y faire référence à cette loi de 1983 mais aux dispositions du code général des collectivités territoriales (CGCT). En effet, les dispositions de la loi du 7 juillet 1983⁴ ont été reprises et codifiées dans le CGCT. Aussi, certaines des dispositions dudit code ont été étendues aux SEM auxquelles peuvent participer la Polynésie française, les communes de la Polynésie française, ainsi que leurs groupements.

Cet article 23 prévoyait ainsi que : « *Les dispositions du chapitre II du titre II du livre V de la première partie du code général des collectivités territoriales sont applicables aux sociétés d'économie mixte associant la Polynésie française et les communes ou leurs groupements, dans les conditions prévues par l'article 29 de la loi organique n° 2004-192 précitée* ».

Il découle de cette nouvelle rédaction de l'article 23 que désormais, le régime juridique des SEM créées par la Polynésie française et associant les communes est le CGCT. Ainsi la question du régime juridique applicable aux SEM avec le Pays comme seul actionnaire public demeure entière.

À cet égard, saisi pour avis par le Président de la Polynésie française, le Haut conseil a rappelé que « *la loi du 7 juillet 1983, qui a en grande partie été abrogée au niveau national lors de l'édiction de la partie législative du CGCT, tant qu'elle n'a pas été modifiée ou abrogée par une « loi du pays », continue à assurer la base légale du régime juridique des SEM lorsque le capital de celles-ci ne comporte aucune participation d'une commune ou d'un de ses groupements* »⁵.

La loi organique n°2019-706 du 5 juillet 2019 qui a modifié l'article 29 de la loi organique statutaire de 2004, est venue expliciter la compétence de la Polynésie française pour définir le régime des SEM sur son territoire, sous réserve des règles de droit national applicables à la participation des communes et groupements de communes au capital de ces sociétés.

La loi n°2019-707 du 5 juillet 2019 portant diverses dispositions institutionnelles en Polynésie française est venue combler un vide juridique sur les modalités de participation des communes et EPCI polynésiens aux SEM créées par la Polynésie française en application de l'article 29 de la loi organique statutaire.

Elle a abrogé l'article 23 précité et a ainsi inséré dans le CGCT des dispositions applicables aux SEM créées par la Polynésie française, en tant que des communes ou groupements de communes participeraient à leur capital. Ces dispositions n'ont pas vocation à régir la participation de la Polynésie française ou de ses établissements publics à ces mêmes SEM.

Aussi, la définition du régime juridique applicable aux SEM créées par la Polynésie française relève donc bien de la compétence du Pays et les conditions dans lesquelles les communes et leurs groupements peuvent participer au capital des SEM créées par la Polynésie française doivent, elles, être fixées par le législateur national.

II. Présentation du projet de loi du pays

Le projet de loi du pays comprend 23 articles répartis en 5 chapitres :

- Chapitre I : Constitution des sociétés d'économie mixtes (article LP 2) ;
- Chapitre II : Composition du capital (articles LP 3 à LP 7) ;
- Chapitre III : Modalités d'intervention (articles LP 8 à LP 11) ;
- Chapitre IV : Administration et fonctionnement (articles LP 12 à LP 20) ;
- Chapitre V : Dispositions finales (articles LP 21 à LP 23).

À titre liminaire, il convient de préciser que les dispositions du projet de loi du pays — qui s'inscrit dans une démarche pédagogique, offrant davantage de lisibilité — s'inspirent des dispositions de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 précitée et de celles du CGCT (elles-mêmes issue de ladite loi de 1983). Ainsi, la quasi-totalité des dispositions de la loi du 7 juillet 1983 ont été mises à jour⁶, reprises et réorganisées.

³ Ordonnance n° 2007-1434 du 5 octobre 2007 portant extension des première, deuxième et cinquième parties du code général des collectivités territoriales aux communes de la Polynésie française, à leurs groupements et à leurs établissements publics

⁴ Cette loi de 1983 restait applicable dans sa quasi-totalité à la Polynésie française alors qu'elle avait été abrogée presque entièrement en métropole par la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales

⁵ Avis n° 06/2009/HCPF du 9 février 2009.

⁶ La rédaction de la loi de 1983 n'avait pas évolué depuis la modification apportée par la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie. Il convenait donc de mettre à jour les dispositions obsolètes avant de les intégrer au projet de texte.

Article LP 1: Champ d'application de la loi du pays

Il détermine le champ d'application de la loi du pays et, dans un but pédagogique, retrace, en quelque sorte, le droit applicable aux SEM créées par la Polynésie française en matière d'administration et de direction de ces sociétés. Sont applicables à ces SEM les dispositions du code de commerce applicable localement relatives aux sociétés anonymes, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires particulières qui leur sont applicables et des dispositions de la présente loi du pays.

Cet article précise également que la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer, ne s'applique pas aux SEM créées par le Pays. En effet, en application de l'article 2 de ladite loi⁷, et du décret d'application de celle-ci⁸, la création d'une SEM sur le fondement de la loi du 30 avril 1946 est une compétence de l'État, sans que le pouvoir de décision puisse être partagé avec une autre collectivité⁹.

Article LP 2: Constitution d'une SEM

Cet article définit la notion d'économie mixte : la Polynésie française peut, dans le cadre des compétences qui lui sont reconnues par la loi organique statutaire, créer des SEM, qui l'associe, elle-même ou ses établissements publics, à une ou plusieurs personnes privées et éventuellement à d'autres personnes publiques.

Ces sociétés ont pour objet de réaliser des opérations d'aménagement, de construction, d'exploitation de services publics à caractère industriel et commercial ou toute autre activité d'intérêt général. L'objet des SEM peut inclure plusieurs activités toutefois ces dernières doivent être complémentaires.

Article LP 3: Autorisation de la Polynésie française pour participer au capital d'une SEM

Cet article renvoie aux dispositions de la loi organique statutaire (24° de l'article 91) qui précisent que le conseil des ministres « *autorise, dans la limite des dotations budgétaires votées par l'assemblée de la Polynésie française, la participation de la Polynésie française au capital (...) des sociétés d'économie mixte* ».

Il importe de souligner que conformément à l'article 157-2 de la loi organique statutaire, le président de la Polynésie française transmet à l'assemblée de la Polynésie française tout projet de décision relatif aux participations de la Polynésie française au capital des SEM. La commission de contrôle budgétaire et financier émet un avis sur ces projets de décision dans des délais fixés par le statut. Le projet de décision ne pourra être délibéré en conseil des ministres qu'à l'issue de ces délais.

Article LP 4: Conditions de participation au capital d'une SEM

Il porte spécifiquement sur les règles applicables à la prise de participations des SEM et fixe trois conditions cumulatives de participation.

La première condition est que la SEM doit revêtir la forme d'une société anonyme régie par le code de commerce applicable localement.

La deuxième condition est que la Polynésie française ou ses établissements publics possèdent plus de la moitié du capital, et détiennent plus de la moitié des voix dans les organes délibérants des SEM. Le critère essentiel de la SEM réside donc dans cette obligation qui est faite à la Polynésie française ou ses établissements publics de détenir, ensemble ou séparément, la majorité du capital de la société. Cette disposition permet de garantir à la fois le contrôle de la SEM par les personnes publiques, mais aussi la réelle mixité du capital de ces sociétés.

⁷ Loi du 30 avril 1946, art. 2 : « (...) le ministre de la France d'outre-mer (...) est investi des pouvoirs nécessaires pour (...) provoquer ou autoriser la formation de sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat, les établissements publics nationaux ou les filiales majoritairement détenues par ces établissements, les collectivités publiques d'outre-mer ou les établissements publics desdits territoires auront une participation majoritaire (...) ».

⁸ Décret n° 2004-863 du 24 août 2004 portant réforme du fonds d'investissement pour le développement économique et social des territoires d'outre-mer, art 4 : « Les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte chargées, en vertu de la loi du 30 avril 1946 (...) de concourir à la mise en valeur de (...) la Polynésie française (...) sont créées par arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre de l'outre-mer ».

⁹ Avis TAPF n° 14-2010 du 20 décembre 2010.

À noter que les actions ne pourront être détenues par la Polynésie française et ses établissements qu'au minimum à 51% et qu'au maximum à 85%. Ce seuil de 85 % ne concerne que le Pays et ses établissements publics contrairement à la métropole.

La dernière condition tient compte des liens existants entre les compétences des collectivités actionnaires et l'objet des SEM.

Pour mémoire, s'agissant des sociétés publiques locales des collectivités territoriales, le Conseil d'État a rappelé que toutes les compétences d'une société publique locale doivent être détenues par les collectivités et les groupements qui en sont actionnaires¹⁰. La loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 tendant à sécuriser l'actionnariat des entreprises publiques locales a modifié l'article L. 1531-1 du CGCT afin notamment de « *faire obstacle à la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat* »¹¹. Ce texte écarte donc ladite jurisprudence en précisant que les collectivités ou leurs groupements doivent détenir au moins une compétence de l'*affectio societatis*. Par anticipation à l'application de cette jurisprudence aux SEM locales, la loi n° 2019-463 du 17 mai 2019 a également modifié l'article L. 1522-1 du CGCT, créant ainsi une condition supplémentaire de participation au capital des SEM : « *la réalisation de l'objet de ces sociétés concourt à l'exercice d'au moins une compétence des collectivités territoriales et de chacun des groupements de collectivités territoriales qui en sont actionnaires* ».

Il a donc été décidé d'intégrer une disposition similaire dans le présent projet de loi du pays. Ainsi, il ne peut exister, dans l'objet social d'une SEM créée par la Polynésie française, aucune mission qui ne soit de la compétence de la Polynésie française ou de ses établissements publics qui en sont actionnaires.

Article LP 5 : Modalités de participation des actionnaires privés

Il fixe le montant minimum des participations privées dans le capital des SEM en précisant que celui-ci ne peut être inférieur à 15 %.

Article LP 6 : Modalités de participation des collectivités territoriales étrangères

Il prévoit la faculté pour les collectivités territoriales étrangères¹² de pouvoir participer au capital des SEM étant précisé que cette participation s'inscrit dans le cadre de l'article 17 de la loi organique statutaire qui permet à la Polynésie française de négocier et signer des conventions de coopération décentralisée :

« Dans le respect des engagements internationaux de la République, le président de la Polynésie française négocie et signe, dans les matières relevant de la compétence de la Polynésie française, des conventions de coopération décentralisée avec des collectivités territoriales françaises ou étrangères, leurs groupements ou établissements publics, sous réserve d'y avoir été préalablement habilité par une délibération de l'assemblée de la Polynésie française lorsque la convention porte sur une matière relevant de la compétence de celle-ci. »

Ces conventions sont soumises après leur conclusion à l'approbation du conseil des ministres de la Polynésie française et, lorsqu'elles portent sur une matière relevant de sa compétence, de l'assemblée de la Polynésie française. Elles entrent en vigueur dès leur transmission au haut-commissaire de la République dans les conditions fixées à l'article 171. »

L'article LP 6 du projet de loi du pays précise également que ces collectivités territoriales étrangères ne peuvent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérant détenus par la Polynésie française ou ses établissements publics, ces derniers devant continuer à détenir plus de la moitié du capital et des voix.

¹⁰ [CE n° 405628 du 14 novembre 2018](#) : synd. Mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles et autre.

¹¹ [Rapport n° 408 du 27 mars 2019](#) (Sénat) et du [Rapport n° 1910 du 30 avril 2019](#) (Assemblée nationale)

¹² Circulaire du 20 avril 2001 sur la coopération décentralisée des collectivités territoriales françaises et de leurs groupements avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements : « *on entend par collectivité territoriale étrangère les collectivités, autorités ou organismes exerçant des fonctions territoriales ou régionales et considérées comme telles dans le droit interne de chaque État* »

Article LP 7 : Montant du capital social

Cet article prévoit des dispositions dérogatoires au droit commun des sociétés anonymes. En effet, aux termes de l'article L. 224-2 du code de commerce applicable localement le montant minimum du capital social d'une société anonyme doit être de 37 000 euros (soit 4 440 000 F CFP) à moins que la société ne fasse publiquement appel à l'épargne. Dans cette hypothèse, le montant de son capital social doit atteindre 225 000 euros (soit 27 000 000 F CFP).

Par rapport à ces dispositions régissant les sociétés anonymes, le projet de loi du pays introduit des dérogations qui tiennent à la nature des activités de certaines SEM. En effet, les activités, telles la construction ou l'aménagement immobilier, sont génératrices de risques importants qui, en cas de difficultés peuvent compromettre la situation financière du Pays. Imposer au SEM un capital social assez élevé permet donc de diminuer dans une certaine mesure, les risques encourus par le Pays.

Ainsi, le projet de loi du pays fixe à 30 millions F CFP le capital social des sociétés ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et à 20 millions F CFP le capital social des sociétés ayant dans leur objet l'aménagement. Il s'agit ici d'une reprise des montants fixés par la loi de 1983.

Article LP 8 : Modalités d'intervention pour des personnes ne participant pas au capital

Cet article reconnaît aux SEM le droit d'intervenir pour le compte de tiers, c'est-à-dire de personnes, qu'elles soient publiques ou privées, qui ne participent pas à leur capital.

Les SEM pouvaient, antérieurement à cette disposition, intervenir pour des personnes qui ne détenaient pas de prises de participation dans leur capital social, mais cette possibilité était limitée par le principe de territorialité : la personne non actionnaire devait se situer dans le ressort territorial des collectivités détenant une partie du capital social. Désormais, cette intervention peut se faire en dehors du strict cadre territorial.

Il importe de souligner que les opérations de prestation de services sont exclues du champ d'application de l'article LP 8. Les SEM sont libres de les accepter. Moins onéreuses, elles ne nécessitent pas d'autres contraintes que celles des règles de la commande publique.

Une distinction selon la nature de personnes concernées est également posée. En effet, la personne publique qui dispose de ressources stables et régulières est moins soumise aux aléas de la conjoncture qu'une personne privée. Aussi, s'il s'agit d'une personne publique, la SEM n'exige qu'une garantie de financement. S'il s'agit d'une personne privée, il est exigé que ces personnes apportent préalablement la totalité du financement nécessaire.

Si ces conditions ne sont pas remplies, il est toutefois possible de réaliser l'opération. Dans ce cas, l'intervention de la SEM sera soumise à l'accord préalable du conseil d'administration ou de surveillance pris à la majorité qualifiée des deux tiers de ses membres comprenant la moitié, au moins, des représentants du Pays ou de ses établissements publics. S'il y a lieu, l'intervention pourra également être soumise à l'accord de la collectivité territoriale concernée par l'implantation géographique de l'investissement.

Articles LP 9, LP 10 et LP 11 : Modalités d'intervention dans le cadre d'une concession d'aménagement

L'article LP 9 a pour objet de définir les clauses d'ordre public que doivent, à peine de nullité, comporter les concessions d'aménagement conclues entre une SEM et la Polynésie française, ses établissements publics ou une collectivité territoriale en référence à l'article LP 114-18 du code de l'aménagement.

Les opérations d'aménagement concernés ont notamment pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

Les concessions d'aménagement doivent comprendre notamment une clause définissant les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant. À cet effet, la SEM doit fournir chaque année un compte rendu financier comportant en annexe, un bilan prévisionnel actualisé décrivant, entre autres, l'état des réalisations en recettes et en dépenses, et un plan de trésorerie, faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses.

Pour mémoire, la procédure d'octroi des concessions d'aménagement prévoit l'implication de l'assemblée de la Polynésie française en amont, au cours et en aval de la procédure, puisque cette dernière devra autoriser le lancement des appels d'offres, rendre un avis sur les projets retenus puis, sur proposition du Président de la Polynésie française, choisir le concessionnaire.

L'article LP 10 détermine les modalités selon lesquelles est établi le contrat de concession à savoir conformément aux dispositions des articles LP. 114-18 à LP. 114-18-1 du code de l'aménagement.

L'article LP 11 prévoit le retour à la Polynésie française ou à ses établissements publics en cas de liquidation judiciaire des biens apportés par ces derniers et inclus dans le domaine de la convention ou de la concession. Un certain nombre d'éléments doivent également figurer dans le contrat à peine de nullité.

Article LP 12 : Représentation au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance

Le troisième alinéa de l'article 29 de la loi organique statutaire précise que : « *La Polynésie française, ses établissements publics ou les autres personnes morales de droit public ont droit, en tant qu'actionnaire, à au moins un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance désigné respectivement par le conseil des ministres de la Polynésie française, le conseil d'administration de l'établissement public actionnaire ou l'assemblée délibérante de la personne morale actionnaire* ».

L'article LP 12 du projet de loi du pays rappelle ces dispositions et définit les modalités de représentation de la Polynésie au conseil d'administration (expiration du mandat ou remplacement des représentants, fixation du nombre de sièges par les statuts de la SEM).

Articles LP 13 et LP 14 : Limite d'âge des administrateurs

Les articles L. 225-19 et L. 225-70 du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française précisent que les statuts d'une société doivent prévoir, pour l'exercice des fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance, une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des administrateurs ou de membres, soit à un pourcentage déterminé d'entre eux.

L'article L. 225-48 du même code précise que les statuts doivent également prévoir une limite d'âge pour l'exercice des fonctions de président du conseil d'administration. À défaut d'une disposition expresse, cette limite d'âge est fixée à soixante-cinq ans.

Après avoir rappelé ces dispositions du code de commerce, l'article LP 13 du projet de loi du pays prévoit une exception si celle-ci intervient en cours de mandat. L'article LP 14 du présent projet de texte précise quant à lui que ces personnes ne sont pas prise en compte dans le calcul du nombre des administrateurs pouvant demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge.

Article LP 15 : Responsabilité civile

L'article L. 225-20 du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française énonce qu'une : « *personne morale peut être nommée administrateur. Lors de sa nomination, elle est tenue de désigner un représentant permanent qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente* ».

Cet article prévoit que par dérogation à l'article L. 225-20 précité, la responsabilité civile qui résulte pour un représentant de la Polynésie française de l'exercice de son mandat incombe à la Polynésie française ou à ses établissements publics dont il est mandataire.

Article LP 16 : Rémunération des représentants de la Polynésie française ou de ses établissements publics siégeant

Pour mémoire, lorsque le conseil des ministres fait le choix de nommer des représentants au conseil d'administration parmi l'assemblée de la Polynésie française ou le gouvernement, des règles doivent être observées.

En effet par lecture combinée des articles 75 et 111 de la loi organique statutaire, est prohibée toute forme de rémunération à leur profit, qu'ils soient simples administrateurs, président du conseil d'administration, directeur général ou directeur général délégué¹³.

Ainsi, sauf dispositions statutaires contraires, l'article LP 16 du projet de loi du pays, qui s'inspire de l'article 8 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 et de l'article L. 1524-5 du CGCT tel qu'applicable localement, permet aux dirigeants de percevoir une rémunération ou des avantages en nature.

Toutefois, deux obligations sont fixées par cet article :

- l'exercice des fonctions de dirigeant doit être autorisée par le conseil des ministres. Cette autorisation est donc préalable à toute décision du conseil d'administration ;
- l'autorisation doit impérativement fixer, s'il y a lieu, le montant maximal de la rémunération, quelle qu'elle soit, et des avantages de toute nature susceptibles d'être accordés.

Le plafonnement de la rémunération par le conseil des ministres ne concerne que les administrateurs mandataire du Pays ou de ses établissements publics. La somme, fixée par le conseil des ministres, est un maximum. Elle comprend à la fois les paiements en argent mais aussi les avantages en nature, le tout ne pouvant excéder ce montant maximal. Il appartiendra ensuite, au conseil d'administration de la société de déterminer la rémunération dans la limite de la somme fixée par le conseil des ministres, celui-ci restant libre de fixer la rémunération dans ce cadre.

Article LP 17 : Interdiction de cumul de mandats de directeur général

Cet article prohibe le cumul de mandat de directeur général d'une SEM avec un autre mandat de directeur général de société anonyme. De cette manière, le Pays s'assure que le directeur général d'une SEM se consacre entièrement à l'exercice de ses fonctions.

Il précise par ailleurs que celui qui se trouve en infraction avec ces dispositions doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination. À l'expiration de ce délai, le directeur général concerné est réputé s'être démis de son nouveau mandat, celui-ci devant restituer les rémunérations perçues. Pour autant, l'article prévoit que ne sera pas remise en cause la validité des délibérations auxquelles l'intéressé a pris part.

Article LP 18 : Modalités de contrôle des actes pris dans le cadre de concours financiers

Le dernier alinéa de l'article 29 de la loi organique statutaire prévoit la possibilité pour la Polynésie française ou ses établissements publics d'accorder des aides financières aux SEM ou garantir leurs emprunts dans un but d'intérêt général lié au développement de la Polynésie française. Une convention fixe les obligations contractées par celles-ci en contrepartie de ces concours financiers.

L'article LP 18 du présent projet de loi du pays renvoie à l'article 186-2 du statut pour la définition des modalités de contrôle de ces actes au terme duquel : « la commission de contrôle budgétaire et financier de l'assemblée de la Polynésie française et le haut-commissaire de la République reçoivent communication, dans les quinze jours suivant leur adoption : 1° Des concessions d'aménagement, des comptes annuels et des rapports des commissaires aux comptes des sociétés d'économie mixte (...); 2° Des actes des organes compétents de ces sociétés pouvant avoir une incidence sur l'exécution des conventions mentionnées au dernier alinéa de l'article 29 ».

¹³ L'article 111-I-6° de la loi organique statutaire dispose que : « Le mandat de représentant à l'assemblée est incompatible (...) 6° Avec les fonctions de dirigeant ou de membre de l'organe délibérant d'une des sociétés mentionnées aux articles 29, 30 et 30-2 lorsqu'elles sont rémunérées ». En application de l'article 75 de la même loi, cette incompatibilité s'applique également aux membres du gouvernement.

Articles LP 19 et LP 20 : Transmission de rapports écrits et de rapports spéciaux

L'article LP 19 du projet de loi du pays précise que les représentants de la Polynésie française ou de ses établissements publics doivent rendre compte une fois par an et par écrit, auprès de leurs organes délibérants respectifs, de l'exercice de leur mandat et donc du fonctionnement de la société. Ce rapport écrit porte notamment sur les modifications statutaires apportées à la SEM.

Ces dispositions consacrent un droit de contrôle régulier du Pays sur l'activité de la SEM et permettent de renforcer le contrôle interne des SEM dont la Polynésie française est actionnaire.

L'article LP 20 du présent projet de texte prévoit également la transmission d'un rapport spécial à l'information du conseil des ministres dans le cas où la SEM exerce des prérogatives de puissance publique. Le Haut-commissaire de la République en Polynésie française reçoit également communication d'une copie de ce rapport au titre de l'article 171 de la loi organique statutaire¹⁴.

Articles LP 21 à LP 23 : Dispositions finales

L'article LP 21 du projet de loi du pays abroge la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 puisque, comme indiqué *supra*, la quasi-totalité des dispositions de cette loi ont été mises à jour, reprises et réorganisées au sein du présent projet de texte.

Cet article abroge également la loi du pays n° 2012-14 du 16 juillet 2012¹⁵ et l'article 3 de la loi du pays n° 2016-29 du 11 août 2016¹⁶. En effet, certains articles trouvaient un strict équivalent dans le code de commerce tel qu'applicable localement. Ainsi ces derniers n'ont pas été repris au sein du projet de texte, ledit code s'appliquant par principe. Les autres articles ont été repris et réorganisés.

L'article LP 22 prévoit que soient remplacées, au sein de la réglementation locale, les références aux dispositions abrogées par l'article LP 21, par des références à la présente loi du pays.

Enfin, l'article LP 23 précise que le cadre réglementaire désormais applicable aux SEM constituées en application de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 est celui fixé par la présente loi du pays. Pour rappel, au 31 décembre 2020, ces SEM étaient au nombre de treize¹⁷.

III. Travaux en commission

Examiné en commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique dans sa séance du 18 octobre 2021, le présent projet de loi du pays a suscité des échanges qui ont ainsi permis à la commission d'aborder principalement les points suivants.

Tout d'abord, la mise à jour de la réglementation relative aux SEM est annoncée comme un préalable à la réglementation relative aux SEMOP (sociétés d'économie mixte à opération unique).

Ensuite, les dispositions relatives aux modalités de participation des collectivités territoriales étrangères constituent une reprise des dispositions déjà en vigueur. À ce jour, aucune collectivité territoriale étrangère ne participe au capital des SEM déjà constituées.

¹⁴ « II. - Doivent être transmis au haut-commissaire en application du I les actes suivants : A. - Pour le président de la Polynésie française, le conseil des ministres et les ministres : (...)7° Les décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, prises par des sociétés d'économie mixte pour le compte de la Polynésie française »

¹⁵ Loi du pays n° 2012-14 du 16 juillet 2012 relative au conseil d'administration et à la direction des sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française

¹⁶ Loi du pays n° 2016-29 du 11 août 2016 portant modification du livre II de la partie législative du code de commerce et de la loi du pays n° 2012-14 du 16 juillet 2012 relative au conseil d'administration et à la direction des sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française

¹⁷ Rapport du Président de la Polynésie française à l'assemblée de la Polynésie française sur l'organisation administrative de la Polynésie française – Tome 2

Enfin, des échanges ont eu lieu sur les modalités de participation des actionnaires privés à l'aune de la crise économique liée à la pandémie mondiale et, plus particulièrement, sur la possibilité :

- soit de substituer au taux de 15 % un taux inférieur de 10 % concernant le montant minimum de cette participation ;
- soit d'aménager à titre transitoire ce seuil dans le cadre exceptionnel d'une recapitalisation afin de permettre à la Polynésie française d'apporter des fonds à une SEM pour maintenir son activité si cette dernière connaissait des difficultés financières.

* * * * *

À l'issue des débats, le projet de loi du pays relative aux sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française a recueilli un vote favorable unanime des membres de la commission.

En conséquence, la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique propose à l'assemblée de la Polynésie française d'adopter le projet de loi du pays ci-joint.

LES RAPPORTEURS

Teva ROHFRITSCH

Béatrice LUCAS



ASSEMBLÉE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

LOI ORGANIQUE N° 2004-192 DU 27 FÉVRIER 2004

SESSION [ORDINAIRE OU EXTRAORDINAIRE]

PROJET DE LOI DU PAYS

(NOR : SGG2120800LP-3)

relative aux sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française

L'assemblée de la Polynésie française a adopté le projet de loi du pays dont la teneur suit :

Travaux préparatoires :

- Avis n° 77/2021/CESEC du 18 août 2021 du Conseil économique, social, environnemental et culturel de la Polynésie française ;
 - Arrêté n° 2179 CM du 24 septembre 2021 soumettant un projet de loi du pays à l'assemblée de la Polynésie française ;
 - Examen par la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique le 18 octobre 2021 ;
 - Rapport n° du de M. Teva ROHFRITSCH et M^{me} Béatrice LUCAS, rapporteurs du projet de loi du pays ;
 - Adoption en date du
-

Article LP 1.- I. Les sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française dans les conditions prévues à l'article 29 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, revêtent la forme de sociétés anonymes régies par le code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires particulières qui leur sont applicables et sous réserve des dispositions suivantes.

II. Les dispositions de la présente loi du pays ne sont pas applicables aux sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 46-860 du 30 avril 1946 tendant à l'établissement, au financement et à l'exécution de plans d'équipement et de développement des territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer.

CHAPITRE I - CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS D'ÉCONOMIE MIXTE

Article LP 2.- La Polynésie française peut, par délibération de l'assemblée de la Polynésie française, créer des sociétés d'économie mixte qui l'associe, elle-même ou ses établissements publics, à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques 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 ; lorsque l'objet de ces sociétés d'économie mixte inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

CHAPITRE II - COMPOSITION DU CAPITAL

Section I - Participation de la Polynésie française

Article LP 3.- Comme il est dit à l'article 91-24° de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le conseil des ministres autorise la Polynésie française à participer au capital des sociétés d'économie mixte.

Article LP 4.- La création ou les prises de participation au capital d'une société d'économie mixte sont subordonnées aux conditions suivantes :

- 1° La société revêt la forme de société anonyme régie par le code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française, sous réserve des dispositions de la présente loi du pays ;
- 2° La Polynésie française ou ses établissements publics détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants ;
- 3° La réalisation de l'objet de ces sociétés concourt à l'exercice d'au moins une compétence de la Polynésie française ou de ses établissements publics qui en sont actionnaires.

Section II - Participation des actionnaires privés

Article LP 5.- La participation au capital social des actionnaires autres que la Polynésie française ou ses établissements publics ne peut être inférieure à 15 %.

Section III - Participation des collectivités territoriales étrangères

Article LP 6.- Les collectivités territoriales étrangères peuvent participer au capital des sociétés d'économie mixte. Cette participation s'inscrit dans le cadre de l'article 17 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Les collectivités territoriales étrangères participant au capital des sociétés d'économie mixte ne peuvent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérant détenus par la Polynésie française ou ses établissements publics.

Section IV - Montant du capital social

Article LP 7.- Par dérogation aux dispositions du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française, le capital social de ces sociétés d'économie mixte doit être au moins égal à 30 000 000 F CFP pour les sociétés ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location, et à 20 000 000 F CFP pour celles ayant dans leur objet l'aménagement.

CHAPITRE III - MODALITÉS D'INTERVENTION

Section I - Intervention pour des personnes ne participant pas au capital

Article LP 8.- Les sociétés d'économie mixte peuvent intervenir en faveur de personnes qui ne participent pas à leur capital.

Pour les opérations autres que des prestations de services, cette intervention est subordonnée à la condition que ces personnes apportent préalablement la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes privées, ou garantissent la totalité du financement nécessaire, s'il s'agit de personnes publiques ; à défaut, ces interventions sont soumises à l'accord préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, pris à une majorité des deux tiers comprenant la moitié, au moins, des représentants de la Polynésie française ou de ses établissements publics, ainsi, s'il y a lieu, qu'à l'accord de la collectivité territoriale sur le territoire de laquelle l'investissement immobilier est prévu.

Section II - Intervention dans le cadre d'une concession d'aménagement

Article LP 9.- Lorsqu'une société d'économie mixte est liée à la Polynésie française, ses établissements publics ou à une collectivité territoriale par une concession d'aménagement visée à l'article LP. 114-18 du code de l'aménagement, celle-ci prévoit à peine de nullité :

- 1° L'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé ou renouvelé ;
- 2° Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire ;
- 3° Les obligations de chacune des parties et notamment, le cas échéant, le montant de la participation financière du concédant dans les conditions prévues à l'article LP. 114-18-1 du code de l'aménagement ainsi que les modalités de contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant dans les conditions prévues à l'article LP. 114-18-1 précité ;
- 4° Les conditions dans lesquelles le concédant peut consentir des avances justifiées par un besoin de trésorerie temporaire de l'opération ; celles-ci doivent être en rapport avec les besoins réels de l'opération mis en évidence par le compte rendu financier visé à l'article LP. 114-18-1 du code de l'aménagement. Ces avances font l'objet d'une convention approuvée par le conseil des ministres ou le conseil d'administration de l'établissement public concédant et précisant leur montant, leur durée, l'échéancier de leur remboursement ainsi que leur rémunération éventuelle ; le bilan de la mise en œuvre de cette convention est présenté au conseil des ministres ou au conseil d'administration de l'établissement public concédant en annexe du compte rendu annuel à la collectivité ;
- 5° Les modalités de rémunération de la société ou de calcul du coût de son intervention sont librement négociées entre les parties ;
- 6° Les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du contrat de concession. Le contrat de concession peut prévoir les conditions dans lesquelles d'autres collectivités territoriales apportent, le cas échéant, leur aide financière pour des actions et opérations d'aménagement public visées aux articles LP. 114-18 et suivants du code de l'aménagement. Un accord spécifique est conclu entre le concédant et la collectivité qui accorde la subvention.

Article LP 10.- Dans le cas où la Polynésie française ou ses établissements publics confie l'étude et la réalisation d'une opération d'aménagement à une société d'économie mixte dans le cadre d'une concession d'aménagement prévue à l'article LP.114-18 du code de l'aménagement, le contrat de concession est établi conformément aux dispositions des articles LP. 114-18 à LP. 114-18-1 du même code.

Article LP 11.- En cas de mise en liquidation judiciaire de la société, des concessions passées sur le fondement de l'article LP. 114-18 du code de l'aménagement, il est fait retour gratuit à la Polynésie française ou à ses établissements publics, des biens apportés par ces derniers et inclus dans le domaine de la convention ou de la concession.

À peine de nullité, le contrat comprend une clause prévoyant, pour le cas visé à l'alinéa précédent, les conditions d'indemnisation, par le concédant, de la partie non amortie des biens acquis ou réalisés par la société et affectés au patrimoine de l'opération ou du service, sur lesquels ils exercent leur droit de retour ou de reprise. Le montant de l'indemnité en résultant est versé à la société, déduction faite, le cas échéant, des participations financières du concédant pour la partie non utilisée de celles-ci et des paiements correspondant à l'exécution d'une garantie accordée pour le financement de l'opération.

CHAPITRE IV - ADMINISTRATION ET FONCTIONNEMENT

Section I - Instances de la société d'économie mixte

Sous-section I - Conseil d'administration

Paragraphe I - Représentation au conseil d'administration

Article LP 12.- Conformément aux dispositions prévues par le troisième alinéa, de l'article 29 de la loi n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la Polynésie française, ses établissements publics ou les autres personnes morales de droit public ont droit, en tant qu'actionnaire, à au moins un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance désigné respectivement par le conseil des ministres, le conseil d'administration de l'établissement public actionnaire ou l'assemblée délibérante de la personne morale actionnaire.

Le mandat des représentants de la Polynésie française vient à expiration avec le renouvellement intégral de l'assemblée de la Polynésie française et la désignation de leurs successeurs par le conseil des ministres.

Il peut être mis fin au mandat de ces représentants sur décision du conseil des ministres, qui doit pourvoir à leur remplacement lors de la séance la plus proche.

Dans une proportion au plus égale à celle du capital détenu par la Polynésie française ou ses établissements publics au capital de la société, les statuts fixent le nombre de sièges dont ils disposent au conseil d'administration ou de surveillance, ce nombre étant éventuellement arrondi à l'unité supérieure. Les sièges sont attribués en proportion du capital détenu respectivement par chaque actionnaire.

Paragraphe II - Limite d'âge

Article LP 13.- Les personnes qui assurent la représentation de la Polynésie française au sein du conseil d'administration ou de surveillance d'une société d'économie mixte doivent respecter, au moment de leur désignation, la limite d'âge prévue au premier alinéa des articles L. 225-19 et L. 225-70 du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française.

Quand les mêmes personnes assument les fonctions de président du conseil d'administration, elles doivent également respecter au moment de leur désignation, la limite d'âge prévue à l'article L. 225-48 du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française.

Ces personnes ne peuvent être déclarées démissionnaires d'office si, postérieurement à leur nomination, elles dépassent la limite d'âge statutaire ou légale.

Article LP 14.- Il n'est pas tenu compte de ces personnes pour le calcul du nombre des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance qui peuvent demeurer en fonction au-delà de la limite d'âge, en vertu soit des statuts de la société, soit, à défaut de dispositions expresses dans les statuts, des articles précités du code de commerce.

Paragraphe III - Responsabilité civile

Article LP 15.- Par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce tel qu'applicable en Polynésie française, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants de la Polynésie française ou de ses établissements publics incombe, selon les cas, à la Polynésie française ou à ses établissements publics dont ils sont mandataires.

Paragraphe IV - Rémunérations et avantages en nature

Article LP 16.- Lorsque les représentants de la Polynésie française ou de ses établissements publics souhaitent exercer des fonctions entraînant la perception de rémunérations ou d'avantages particuliers, ils doivent y être autorisés par une décision de l'entité qui les a désignés. Cette décision fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.

Sous-section II - Direction générale

Article LP 17.- Une personne physique exerçant le mandat de directeur général d'une société d'économie mixte visée à l'article LP. 1 ne peut exercer aucun autre mandat de directeur général de société anonyme.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination. À l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son nouveau mandat et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.

Section II - Obligations relatives aux actes des sociétés d'économie mixte

Sous-section I - Actes pris dans le cadre de concours financiers

Article LP 18.- Les modalités de contrôle des actes pris sur le fondement du dernier alinéa de l'article 29 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française sont définis par l'article 186-2 de la même loi.

Sous-section II - Rapports écrits et rapport spécial

Article LP 19.- Les organes délibérants de la Polynésie française ou de ses établissements publics se prononcent sur le rapport écrit qui leur est soumis une fois par an, au plus tard le 30 juin de l'année suivant la clôture de l'exercice comptable, par leurs représentants au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et qui porte notamment sur les modifications des statuts qui ont pu être apportées à la société d'économie mixte.

Toute prise de participation d'une société d'économie mixte dans le capital d'une société commerciale fait préalablement l'objet d'un accord exprès du conseil des ministres qui adresse un rapport d'information à l'assemblée de la Polynésie française.

Article LP 20.- Lorsqu'une société d'économie mixte exerce, pour le compte de la Polynésie française, des prérogatives de puissance publique, elle établit chaque année un rapport spécial sur les conditions de leur exercice qui est présenté à l'information du conseil des ministres. Une copie du rapport est également transmise au Haut-commissaire de la République en Polynésie française au titre des dispositions prévues au 7° du A du II de l'article 171 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

CHAPITRE V - DISPOSITIONS FINALES

Article LP 21.- Sont abrogés :

- la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales ;
- la loi du pays n° 2012-14 du 16 juillet 2012 relative au conseil d'administration et à la direction des sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française ;
- l'article LP 3, de la loi du pays n° 2016-29 du 11 août 2016 portant modification du livre II de la partie législative du code de commerce et de la loi du pays n° 2012-14 du 16 juillet 2012 relative au conseil d'administration et à la direction des sociétés d'économie mixte créées par la Polynésie française.

Article LP 22.- Les références contenues dans la réglementation applicable localement, à des dispositions abrogées par l'article LP 21, sont remplacées par des références à la présente loi du pays.

Article LP 23.- Les sociétés d'économie mixte constituées en application de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, sont régies par les dispositions de la présente loi du pays.

Délibéré en séance publique, à Papeete, le

La secrétaire,

Le Président,

Béatrice LUCAS

Gaston TONG SANG