



HAL
open science

Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière : note sous CE, 10 déc. 2012, n° 354044, Auclair c/ Commune de Bagneux : JurisData n° 2012-029348 ; JCP A 2012, act. 875. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2013, 4, pp.2014. hal-02025730

HAL Id: hal-02025730

<https://hal.science/hal-02025730>

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.

Le statut des élus locaux administrateurs de sociétés d'économie mixte locales : entre ombre et lumière

Note sous CE, 10 décembre 2012, *Commune de Bagneux*

Sébastien BRAMERET

*Maître de conférences
Vice-Doyen, chargé des relations internationales
Membre du Groupe de Recherches en Droit Public Économique (GRDPE)
Université Grenoble II*

Dans une décision du 10 décembre 2012, le Conseil d'État a précisé les conditions pour qu'un élu local administrateur d'une société d'économie mixte locale ne soit pas reconnu comme intéressé à l'affaire au sens de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales lorsqu'il participe à une délibération municipale. Ce faisant, le juge administratif cherche à renforcer la protection dont bénéficient les élus, du fait de leur administration de ces sociétés. Mais, paradoxalement, la solution retenue souligne les dangers pénaux que représente cette dualité de fonctions.

- I. Une protection administrative renforcée contre les risques d'intéressement**
- II. Un risque pénal persistant de requalification de l'intéressement**

Les sociétés d'économie mixte locales sont des sociétés anonymes par détermination de la loi¹. Le système d'organisation du pouvoir en leur sein est conforme aux schémas du droit des sociétés, sous réserve de dispositions dérogatoires. En particulier, le code général des collectivités territoriales impose aux collectivités territoriales actionnaires de détenir – outre la majorité du capital social, dans une limite de 85 %² – plus de la moitié des voix dans les organes délibérants³. Les collectivités sont ainsi intégrées, de droit, dans les organes dirigeants des sociétés dont elles sont actionnaires. Conformément au droit des sociétés, elles doivent désigner des personnes physiques pour les représenter dans ces organes⁴. Par dérogation au droit des sociétés cependant, elles ne peuvent pas choisir librement leurs représentants. Seuls les élus locaux peuvent exercer ces fonctions d'administration, en tant que mandataires des collectivités territoriales actionnaires⁵. Cette spécificité engendre de nombreuses difficultés de compatibilité entre l'exercice de fonctions électives et sociales. Les faits à l'origine de l'arrêt du 10 décembre 2012 du Conseil d'État, *Commune de Bagneux*, sont significatifs de ces problèmes de conciliation.

Par deux délibérations des 27 mars et 26 juin 2007, le conseil municipal de Bagneux a créé une zone d'aménagement concertée, puis a confié la concession d'aménagement de la zone à la société d'économie mixte de Bagneux (Semaba), dont la commune est actionnaire. M. A. a contesté la validité de la délibération attribuant le contrat à la Semaba, en arguant que l'un des

¹ Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

² Articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales.

³ Article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales.

⁴ Article L. 225-20 du code de commerce : la personne morale administrateur « est tenue de désigner un représentant permanent ». Sur cette notion, cf. OPPETIT (B), « Le représentant permanent d'une personne morale administrateur de société anonyme », *JCP G*, 1969, I, 2227.

⁵ Article L. 1524-5 1° du code général des collectivités territoriales.

élus locaux était intéressé à l'affaire⁶, du fait de sa qualité d'administrateur de la société. La question posée au juge était dès lors celle de savoir si un élu local peut participer à la délibération du conseil municipal attribuant un contrat à une société d'économie mixte locale dont il est administrateur. Le tribunal administratif, puis la Cour administrative d'appel de Versailles, ayant rejeté sa demande d'annulation de la délibération du 26 juin, M. A. se pourvoit en cassation. Pour rejeter à son tour la requête, le Conseil d'État souligne que les élus « ne peuvent être regardés comme "intéressés", au sens de l'article L. 2131-11 du [code général des collectivités territoriales], du seul fait de leurs fonctions, lorsqu'ils délibèrent sur un projet de convention portant attribution à cette société d'un marché public, d'une délégation de service public ou d'une convention d'aménagement ». La décision du 10 décembre 2012 s'inscrit dans la continuité des efforts entrepris tant par le juge administratif que par le législateur pour préciser les conditions dans lesquelles un élu peut exercer concomitamment des fonctions électives et sociales au sein d'une société d'économie mixte locale. Elle renforce l'ambiguïté du statut d'élu administrateur de société d'économie mixte locale : les risques de reconnaissance d'un intéressement à l'affaire par le juge administratif sont diminués (I), mais ceux d'une requalification pénale de ces agissements ne le sont pas (II).

I. Une protection administrative renforcée contre les risques d'intéressement

La question de savoir si les élus locaux peuvent être déclarés intéressés à l'affaire du simple fait de leur participation à une délibération locale relative aux rapports d'une collectivité avec la société d'économie mixte locale dont elle est l'actionnaire majoritaire a été posée à plusieurs reprises au juge administratif. Cette question est d'autant plus délicate à résoudre lorsque la société noue des relations contractuelles avec la collectivité territoriale actionnaire. Traditionnellement, le juge est peu enclin à reconnaître une situation d'intéressement dans les relations des dirigeants mandataires avec les collectivités territoriales. Pour le Conseil d'État, la présence d'un conseiller reconnu comme intéressé à l'affaire ne suffit pas, en l'absence de preuve, que son comportement a influé sur le vote, à vicier la délibération⁷. Le Conseil d'État souligne ainsi que l'élu agit moins comme administrateur personnel de la société que comme représentant de l'actionnaire public.

La loi du 2 janvier 2002 modernisant le statut des sociétés d'économie mixte locales⁸ a précisé le rôle des représentants permanents, afin de limiter les risques d'intéressement⁹. L'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales prévoit que les élus locaux représentants les actionnaires publics « ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire au sens de l'article L. 2131-11 alinéa 11 du code général des collectivités territoriales lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale »¹⁰. Le législateur reprend ainsi la position du juge administratif, en aménageant toutefois une limitation. Les élus « ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attribution de

⁶ Selon l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales, « sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires ».

⁷ CE, 26 février 1982, *Association Renaissance d'Uzès*, Rec. Tables, 549.

⁸ Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales, *JORF*, 3 janvier 2002, p. 121, *AJDA*, 2002, p. 139 et s., note Devès, et *RFD*, 2002, p. 923 et s., note Sestier.

⁹ Pour le rapporteur de la proposition de loi, l'évolution législative était indispensable, « tant le doute était justement permis sur le fait de savoir si un mandataire de la SEM n'a pas un intérêt distinct de l'intérêt général de la commune, il paraît souhaitable d'encadrer davantage le dispositif » (DARNE (J), *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Assemblée nationale, session ordinaire de 2001-2002, n° 3137, p. 45).

¹⁰ Sur la notion d'élu intéressé, cf. MAILLOT (J-M), « La notion d'élu "intéressé" dans le droit des collectivités locales », *JCP G*, 2000, I, étude 242.

délégations de service public de la collectivité territoriale ou du groupement lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public »¹¹. L'adjonction de cette exception souligne l'ambivalence des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. D'une part, il est normal que les élus exercent leurs fonctions de mandataires sociaux au sein des sociétés. Mais, d'autre part, il peut paraître choquant qu'ils continuent, en parallèle, à participer aux organes de sélection des cocontractants des collectivités territoriales lorsque les sociétés qu'ils administrent répondent aux appels d'offres. Leur présence porterait alors une atteinte manifeste au principe de transparence dans l'accès à la commande publique.

L'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales précise que les élus locaux administrateurs « ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale ». Il ne restait au Conseil d'État qu'à interpréter la notion de « relations avec la société d'économie mixte locale ». Rappelant sa jurisprudence antérieure¹², le Conseil d'État interprète largement cette notion, en considérant que « les conventions passées entre les collectivités territoriales ou leurs groupements avec une société d'économie mixte locale portent sur des relations entre ces collectivités ou leurs groupements et la société d'économie mixte locale au sens du onzième alinéa de l'article L. 1524-4 du code général des collectivités territoriales ». Dès lors, les élus qui « délibèrent sur un projet de convention portant attribution » à une société d'économie mixte locale d'un contrat public ne sont pas intéressés à l'affaire.

La notion d'élus intéressés est cantonnée, dans les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales, à la participation des élus aux commissions d'appel d'offres des marchés publics ou aux commissions d'attribution de délégations de service public¹³. Cette jurisprudence contraste sensiblement avec la jurisprudence générale du Conseil d'État, qui interprète assez largement la notion d'élus intéressés¹⁴, se limitant à la recherche d'une influence effective de l'élus intéressé sur l'adoption de la délibération¹⁵. Dans sa décision du 10 décembre 2012, le juge administratif prend toute la mesure de la protection législative apportée aux élus administrateurs de sociétés d'économie mixte locales. Cette solution souligne d'autant la spécificité des relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. L'élus n'est pas personnellement intéressé à l'affaire, puisqu'il ne fait que représenter l'actionnaire public. Mais cette jurisprudence renforce également les doutes quant à l'efficacité des procédures de mise en concurrence, dès lors qu'une société d'économie mixte locale présente une offre¹⁶. Elle souligne également les dangers de l'administration de sociétés d'économie mixte locales par

¹¹ Article L. 1524-5 alinéa 12 du code général des collectivités territoriales.

¹² Le Conseil a reconnu « que la circonstance que le maire de Cholet était en même temps président de la Société d'économie mixte d'aménagement de la ville de Cholet, à la suite du mandat qu'il avait reçu du conseil municipal pour représenter la commune au conseil d'administration de cette société n'avait pas pour effet de faire regarder le maire comme membre intéressé du conseil municipal [...] à l'affaire faisant l'objet de la délibération qui autorisait le maire à lui concéder l'opération d'aménagement de la zone des Turbaudières » (CE, 22 mars 1978, *Groupement foncier agricole des Cinq-Ponts*, Rec. Tables, 722).

¹³ Article L. 1524-5 alinéa 12 du code général des collectivités territoriales.

¹⁴ Le juge administratif interprète largement la notion d'élus intéressés de l'article L. 2131-11 du code général des collectivités territoriales. Ainsi, il considère que « la participation aux travaux préparatoires et aux débats précédant l'adoption d'une telle délibération, par une personne intéressée à l'affaire qui fait l'objet de cette disposition, est susceptible de vicier la légalité de cette disposition, alors même que cette participation préalable ne serait pas suivie d'une participation au vote de la disposition litigieuse » (CE, 21 novembre 2012, *Chartier*, Sera mentionné aux tables du Recueil Lebon).

¹⁵ BRAMERET (S), *Les relations des collectivités territoriales avec les Sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 271, 2011, n° 522-526.

¹⁶ À titre illustratif, cf. Cass. crim., 25 juin 2008, *MM. Paul M. et Jean G.*, *BJCL*, 2008, p. 723 et s., note Janicot.

des élus locaux, le juge pénal n'ayant pas la même lecture que le juge administratif de la notion d'intéressement.

II. Un risque pénal persistant de requalification de l'intéressement

Les enjeux de la décision du 10 décembre 2012 ne sont pas minces. Si la reconnaissance de la qualité d'élu intéressé entraîne la nullité de la délibération¹⁷, « derrière cette nullité se profile l'éventuelle responsabilité pénale tirée de la prise illégale d'intérêts, pour peu que les faits matériellement constatés soient assortis d'un élément intentionnel »¹⁸. L'interprétation stricte de la notion d'élu intéressé à l'affaire par le Conseil d'État limite les risques de nullité des délibérations municipales. Elle ne protège pas pour autant les élus locaux des risques d'engagement de leur responsabilité pénale.

La responsabilité pénale des élus locaux peut être recherchée sur le fondement d'infractions spécifiques, pour des manquements au devoir de probité dans l'exercice de leur mandat électif. Ces derniers ont en effet l'obligation d'exercer leurs fonctions de façon neutre, dans l'intérêt général. Ce manquement peut, notamment, être recherché sur le fondement de l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public – délit de favoritisme¹⁹ – ou de prise illégale d'intérêts²⁰.

L'interdiction de la participation des élus administrateurs aux commissions d'appel d'offres des marchés publics ou aux commissions d'attribution de délégations de service public par l'article L. 1524-5 alinéa 12 s'explique ainsi par la volonté de limiter les risques d'engagement de cette responsabilité pénale, par ailleurs assez importants. De ce point de vue, l'interprétation restrictive de la notion d'élu intéressé réalisée par le Conseil d'État dans sa décision du 10 décembre 2012 pourrait avoir des conséquences inattendues pour les élus administrateurs. En permettant largement aux élus de participer aux délibérations municipales relatives aux relations de l'actionnaire avec la société, le juge administratif les expose à un risque d'engagement de leur responsabilité pénale. La seule participation des élus au fonctionnement de la société ne pouvant les intéresser à l'affaire, la constitution des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts s'en trouve limitée, sans pour autant être exclue. Saisi de faits similaires, le juge pénal pourrait en effet assimiler la participation d'un élu à la délibération sur un projet de convention avec une société d'économie mixte locale dont il est administrateur à une forme de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts, à condition qu'un élément intentionnel soit démontré. Sur ce point, le juge pénal fait preuve d'une extrême précision. Il considère que le « code des collectivités territoriales autorise expressément les collectivités territoriales ou groupements de collectivités territoriales actionnaires à désigner un élu local en qualité de représentant au sein du conseil d'administration d'une société d'économie mixte locale » et que, en conséquence, « il n'interdit pas à cet élu local de faire prendre par la collectivité territoriale une décision favorable à la société d'économie mixte locale »²¹. Mais cette attitude ne lui interdit pas de caractériser l'existence d'une prise illégale d'intérêts, dès lors que la décision de la collectivité concernant la société intéressait l'élu à un titre particulier²². Le juge caractérise également fréquemment l'existence d'une situation de favoritisme, dès lors que le contrat a été conclu sans mise en concurrence.

¹⁷ Article L. 2331-1 du code général des collectivités territoriales.

¹⁸ SESTIER (J-F) - Les sociétés d'économie mixte locales après la loi de modernisation - *RFDA*, 2002, p. 933.

¹⁹ Article 432-14 du code pénal.

²⁰ Article 432-11 du code pénal.

²¹ Cass. crim., 2 juin 1999, *D. Lourec*, Bull. crim., n° 118, p. 3125, *Rev. sociétés*, 1999, p. 653 et s., note Bouloc.

²² La Cour de cassation reconnaît que « pour déclarer Guy X. coupable d'ingérence et de prise illégale d'intérêts, la cour d'appel retient [à bon droit] que celui-ci, alors adjoint au maire de Grenoble, a participé le 26 juin 1992, à une délibération du conseil municipal de la ville l'autorisant à percevoir une rémunération de la part de la Société

La nécessité d'organiser la prise de participation des élus locaux aux délibérations municipales avec une extrême vigilance a été confirmée par le ministre de la Justice, celui-ci précisant qu'« il ne semblerait pas que l'exercice de fonctions, en raison de mandats confiés uniquement par une collectivité publique, puisse faire obstacle à la caractérisation du délit de prise illégale d'intérêts »²³. La frontière entre les situations d'administrateur et celles d'intéressement personnel ou de favoritisme est ténue et ne doit pas faire oublier que la protection garantie par l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales est loin d'être absolue.

d'économie mixte Grenoble-Isère-Développement dont il était directeur général » (Cass. crim., 8 juin 1999, *Guy N.*, Inédit).

²³ Rép. min. à QE, n° 01569, *JO Sénat*, 23 avril 2009, p. 1017 : à la question de « savoir s'il peut y avoir un risque de qualification de prise illégale d'intérêts même en l'absence d'intérêt personnel au profit du conseil municipal en cause » du simple fait de la participation d'un élu mandataire à la procédure de vote concernant une délégation de service public, le ministère de la Justice répond.