

## Avis de la Fédération des élus des Entreprises publiques locales adopté par le Conseil d'administration du 15 avril 2021

### Participation des élus mandataires d'une collectivité dans une Entreprise publique locale aux travaux, débats et votes de leur collectivité en lien avec ladite Epl

Le Livre blanc sur l'économie mixte locale publié par la FedEpl en 2019 a pour ambition de consolider la transparence et l'agilité des Epl françaises, en particulier en matière de gouvernance par leurs élus administrateurs et de pilotage par leurs collectivités actionnaires. Ce Livre blanc propose ainsi des préconisations à droit constant ou de nature législative : contenu du rapport annuel de l'élu mandataire de la collectivité, sécurisation de la capacité des élus administrateurs de Sem à siéger dans les filiales, code de déontologie, transparence des rémunérations... Le présent avis s'inscrit dans ce contexte et cet objectif.

*La FedEpl rappelle que le législateur a clairement affirmé en 2002 dans le Code général des collectivités territoriales, le principe selon lequel tout élu mandataire d'une collectivité dans une Epl peut participer aux travaux, débats et votes de son assemblée délibérante relatifs à ladite Epl, et qu'aucune approche déontologique ne saurait rendre inopérant ce principe législatif.*

Depuis 2002, le Code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose dans son article L 1524-5 que les élus administrateurs d'une Epl « ne sont pas considérés comme étant intéressés à l'affaire [...] lorsque la collectivité délibère sur ses relations avec la Sem. Toutefois, ils ne peuvent participer aux commissions d'appel d'offres [...] de la collectivité territoriale lorsque la Sem est candidate ». Cette disposition a été étendue par la suite aux Spl et aux SemOp.

Ce cadre que le législateur a bâti pour les seules Epl afin de pleinement affirmer leur nature d'opérateur des collectivités territoriales, a été opportunément bordé et complété à l'initiative de l'Etat, par une circulaire du Ministre de la Justice du 12 février 2003. Cette circulaire indique qu'« il peut être considéré qu'un élu commet le délit de prise illégale d'intérêts s'il participe à la préparation de la délibération ou à la délibération elle-même qui le désigne comme représentant de sa collectivité au sein de la SEML ou autorise sa rémunération ou lui octroie des avantages particuliers ». Cette position a été rappelée par le Ministre de l'Intérieur dans une réponse ministérielle du 19 juin 2014.

Ces dispositions dotent ainsi les élus concernés d'un cadre précis : **tout élu mandataire d'une collectivité dans une Epl peut participer à tous les travaux, débats et votes de sa collectivité relatifs à ladite Epl à l'exception de la commission d'appel d'offres si l'Epl est candidate et des travaux préparatoires et votes relatifs aux délibérations ayant un caractère personnel (désignation, rémunération)**. Elles ont également pour effet d'écartier tout risque d'illégalité des délibérations des collectivités en lien avec une Epl auxquelles auraient participé les élus mandataires au sein de ladite Epl.

Ces dispositions n'exonèrent naturellement pas les élus visés de leur responsabilité pénale dans les situations relevant de manquements à la probité, qu'il s'agisse d'intérêt financier, matériel ou moral.

En matière de conflit d'intérêts, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a adopté une définition légale de cette notion, le conflit d'intérêts étant caractérisé dans une « situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction », et a mis en place une obligation d'abstention pour les responsables publics qui estiment se trouver en situation de conflit d'intérêts.

Si le conflit d'intérêts ne constitue pas en tant que tel une infraction pénale, cette situation peut être incriminée au titre du délit de prise illégale d'intérêts prévu par le Code pénal dans son article 432-12. Ce basant sur cet article, la Cour de Cassation a considéré dans une décision du 22 octobre 2008 qu'un élu qui vote en assemblée délibérante de sa collectivité une subvention à une association municipale qu'il préside relève d'une situation de prise illégale d'intérêt y compris en l'absence de profit pour l'auteur et de préjudice pour la collectivité. Alors que cette décision de justice a fait l'objet de nombreux commentaires relatifs à son applicabilité au-delà du champ associatif, la FedEpl relève que contrairement à la situation jugée, tout élu mandataire d'une collectivité dans une Epl dispose d'un régime spécifique établi par le législateur et qu'en conséquence, aucun élément de droit ne permet de conclure à la transposabilité aux Epl de la position pénale précitée.

La FedEpl rappelle également que dans sa circulaire du 12 février 2003, le Ministre de la Justice indique qu'il pourrait être considéré « que l'élu ne commet pas de délit dès lors qu'il participe aux délibérations de la collectivité concernant les relations entre cette collectivité et la Sem dans la mesure où il n'y prend pas d'autre intérêt personnel que celui qui résulte de l'autorisation de la collectivité accordée dans le cadre des conditions légales fixées par l'article L. 1524-5 alinéa 6 du CGCT ». Cette circulaire s'inscrit dans la continuité de la position exprimée par le Gouvernement lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 2002.

La FedEpl relève d'ailleurs qu'à ce jour aucune condamnation pénale d'un élu administrateur d'Epl en raison d'une prise d'intérêt liée à son statut de mandataire de sa collectivité n'a été constatée, alors que la rédaction de l'article 432-12 du Code pénal n'a pas été modifiée depuis 1992.

Pour autant, dans un guide déontologique relatif aux conflits d'intérêts publié début 2021, la Haute autorité pour la transparence de la vie publique indique sa lecture du cadre juridique actuel et préconise aux élus concernés de se déporter du débat préalable et du vote « de toute décision relative aux Sem où ils ont administrateurs [...] spécialement celles qui concernent l'éventuelle rémunération liée à leur désignation, l'octroi de subventions ou les contrats susceptibles d'être conclus avec elle » et « des décisions prises concernant une Spl ». Dans plusieurs courriers récents adressés à des élus administrateurs d'Epl, la HATVP indique que le président de l'exécutif « aura la charge de prendre un arrêté faisant état de ce déport ».

Compte tenu de ces éléments, si aucune disposition juridique récente n'a remis en question le régime de l'élu administrateur d'une Epl, la FedEpl relève néanmoins le développement d'un débat déontologique nouveau relatif aux modalités de participation des élus mandataires d'une collectivité dans une Epl aux débats et votes de leur collectivité en lien avec ladite Epl, débat générateur d'insécurité.

**Compte tenu des incertitudes récemment apparues, la FedEpl appelle le législateur à actualiser les dispositions législatives adoptées en 2002 afin de clarifier et de conforter le régime spécifique de l'élu mandataire de sa collectivité dans une Epl.**

Malgré le bienfondé du dispositif spécifiquement bâti pour les élus mandataires d'une collectivité dans une Epl, prévu par le législateur dans la loi du 2 janvier 2002 et précisé par l'Etat dans la circulaire du 12 février 2003, la FedEpl considère que les incertitudes actuelles de nature déontologique ne permettent plus aux élus concernés d'exercer leur mandat en toute sécurité juridique.

La FedEpl s'inquiète particulièrement des conséquences opérationnelles d'une approche déontologique extensive : appauvrissement du débat politique, fragilisation de la sécurité juridique des délibérations votées en ne permettant pas l'expression des élus en mesure d'éclairer le débat public, risque de mise en minorité au sein des assemblées délibérantes de majorités élues au suffrage universel, etc.

Alors que le mouvement des Epl a clairement exprimé dans son Livre blanc publié en 2019 son exigence d'exemplarité en matière de transparence de la vie publique, la FedEpl considère que l'insécurité déontologique actuelle pourrait conduire à un désengagement massif des élus de l'économie mixte locale française et donc à affaiblir le contrôle opéré par les collectivités territoriales sur leurs Sem, Spl et SemOp.

**La FedEpl considère donc comme indispensable une actualisation législative rapide visant à confirmer et à sécuriser la capacité des élus mandataires de leur collectivité dans une Epl à participer aux débats et votes de leur collectivité en lien avec ladite Epl.** Il s'agit uniquement de préciser le dispositif spécifique prévu pour les fonctions exercées par les élus *à qualité* au sein de leurs Epl, tout en affirmant la responsabilité pénale des élus administrateurs d'Epl dans les situations relevant de manquements à la probité. Un tel dispositif n'a évidemment pas vocation à remettre en cause les démarches déontologiques qui sont ou pourraient être engagées par des collectivités territoriales à leur propre initiative.

La FedEpl préconise ainsi une évolution de l'article L. 1524-5 du CGCT organisant le régime des élus mandataires d'une collectivité dans une Epl :

- en ajoutant que « **Les élus visés à l'alinéa précédent ne sont pas considérés comme disposant d'un intérêt au sens des dispositions de l'article 432-12 du Code pénal et comme étant dans une situation de conflit d'intérêts au sens de l'article 2, I. de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsqu'ils participent aux délibérations de la collectivité ou du groupement concernant ses relations avec la société d'économie mixte locale.** »
- en intégrant dans la loi la non-participation des élus concernés « **aux délibérations relatives à leur désignation et à leur rémunération** ».

La FedEpl appelle le législateur à se saisir de ces propositions dans le cadre des prochains débats parlementaires relatifs au Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.