Juin 2023

Statut de l' élu représentant de sa collectivité dans une Entreprise publique locale - Modalités de déport au sein de la collectivité et au sein de l'Epl

La loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale du 21 février 2022 est venue préciser le statut des élus représentants d'une collectivité dans une Entreprise publique locale, statut que le législateur avait adopté en 2002 dans une loi de modernisation de l'économie mixte locale.

Cette clarification législative était particulièrement attendue par les 11 000 élus administrateurs d'Epl notamment depuis la publication par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique début 2021 d'un guide déontologique relatif aux conflits d'intérêts dans lequel elle préconisait aux élus concernés de se déporter « de toute décision relative aux Sem où ils sont administrateurs » et « des décisions prises concernant une Spl ».

Les modalités de déport de l' élu représentant sa collectivité dans un organisme extérieur sont désormais codifiées dans le code général des collectivités territoriales à l'article L. 1111-6, applicable aux représentations dans toute personne morale de droit public ou privé « en application de la loi » et à l'article L. 1524-5 applicable spécifiquement aux représentations au sein d'une Sem, Spl ou SemOp. Pour les Epl, ces articles semblent être d'application cumulative.

La loi 3DS affirme un régime de protection général des élus représentants leur collectivité dans une Entreprise publique locale

Le code général des collectivités territoriales prévoit désormais que les élus représentants d'une collectivité dans une Entreprise publique locale « ne sont pas considérés de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations » avec l'organisme concerné.

Ces dispositions prévoient donc un régime général de protection au regard à la fois de la notion de conseiller intéressé, du délit de prise illégale d'intérêt et de la notion de conflit d'intérêts.

Cette rédaction vient créer le lien attendu entre la protection prévue depuis 2002 dans le code général des collectivités territoriales au titre de la notion de conseiller intéressé, et le code pénal.

La loi 3DS liste toutefois des cas de déport des élus au sein de leur collectivité

La loi énumère néanmoins une liste d'exceptions pour lesquelles les élus concernés ne peuvent pas participer aux décisions de leur collectivité. Ces exceptions concernent :

- les décisions relatives à l'attribution à l'Entreprise publique locale d'un contrat de la commande publique, d'une garantie d'emprunt ou d'une aide revêtant l'une des formes prévues aux articles L. 1511-2 et L. 1511-3 du code général des collectivités territoriales,
- les décisions relatives à la désignation de l' élu et à l'autorisation de son éventuelle rémunération au sein de l'Epl.

Tableau de synthèse des principales situations de déport des élus au sein de leur collectivité

Nature des décisions de la collectivité	Modalités de déport des élus
Délibération générale relative au champ d'intervention de l'Epl (documents d'urbanisme, politique du logement, développement des Enr, budget...)	Participation des élus
Présenter le rapport annuel de l' élu mandataire de sa collectivité	Participation des élus
Présenter le rapport annuel du délégataire	Participation des élus
Modifier les statuts de l'Epl	Participation des élus
Participer à une augmentation de capital	Participation des élus
Autoriser la création d'une filiale par l'Epl	Participation des élus
Accorder une avance en compte courant d'associé	Participation des élus
Autoriser un avenant non substantiel au contrat de commande publique	Participation des élus
Désigner l' élu au sein de l'Epl	Déport des élus
Autoriser une rémunération de l' élu dans l'Epl	Déport des élus
Attribuer un contrat de marché public	Déport des élus
Attribuer un contrat de délégation de service public	Déport des élus
Garantir un prêt	Déport des élus
Accorder une subvention	Déport des élus
Conclusion d'un crédit-bail	Déport des élus

Sur la question des avenants non substantiels au contrat de commande publique, il est utile de rappeler que les articles L. 2194-1 (marchés publics) et L. 3135-1 (concessions) du code de la commande publique, prévoient qu'un contrat peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, lorsque :

- Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- Des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- Un nouveau concessionnaire se substitue au concessionnaire initial du contrat ;
- Les modifications ne sont pas substantielles ;
- Les modifications sont de faible montant.

Un déport des élus applicable au sein des assemblées délibérantes de la collectivité comme aux travaux préparatoires selon une jurisprudence constante

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les élus en situation de déport doivent quitter la salle de l'assemblée délibérante de leur collectivité lors de la présentation, du débat et du vote de la délibération visée. Le code général des collectivités territoriale prévoit désormais dans son article L. 2131-11 que ces élus en situation de déport ne sont pas comptabilisés pour le calcul du quorum parmi les membres en exercice au sein de l'assemblée délibérante¹. La jurisprudence pénale prévoit également un déport de toute réunion préparatoire sur le sujet concerné.

Il convient de noter que cette « profondeur » du déport n'est pas précisée par la loi mais par la jurisprudence.

Concernant les contrats de commande publique, le code général des collectivités territoriales, non modifié sur ce point par la loi 3DS, prévoit que les élus concernés ne participent pas à la commission d'appel d'offres de la collectivité lorsque l'Epl est candidate.

Des conséquences à la fois administratives et pénales en cas de non-respect de l'obligation de déport par un élu au sein de sa collectivité

Le non-respect de l'obligation de déport pourrait entraîner des effets de deux natures.

- Sur le plan administratif : la participation de l'élu pourrait entraîner l'illégalité et donc la nullité de la délibération votée au regard de la notion de conseiller intéressé. Ce risque n'apparaît néanmoins pas systématique, la jurisprudence administrative tendant à lier toute décision de nullité à l'établissement d'un rôle déterminant de l'élu concerné dans l'adoption de la décision.
- Sur le plan pénal : la participation de l'élu pourrait entraîner l'engagement de poursuites au titre du délit de prise illégale d'intérêt. Sur ce sujet, il convient de noter que la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a modifié l'article 432-12 du code pénal qui prévoit et réprime la prise illégale d'intérêt. L'intérêt « quelconque » détenu par l'élu a été remplacée par la notion d'intérêt « de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ». La Cour de cassation² n'en tire pas de conséquence, estimant que les nouvelles dispositions « sont équivalentes à celles

¹ Avec un doute sur ce point en ce qui concerne départements et régions : voir FAQ DGCL/DACG mai 2023

² Cass Crim n°21-87.217 du 5 avril 2023

résultant de sa rédaction antérieure » et donc sans effet juridique protecteur pour les élus représentants de leur collectivité dans une Entreprise publique locale.

Une participation des élus pleinement sécurisée au sein de leur Entreprise publique locale

La loi 3DS est enfin venue clarifier la situation des élus concernés lorsqu'ils siègent au sein de leur Entreprise publique locale. L'article 1524-5 du code général des collectivités territoriales précise désormais que les élus « *ne sont pas considérés, de ce seul fait, comme étant intéressés à l'affaire, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la société d'économie mixte locale. Cette seule qualité emporte les mêmes conséquences lorsque l'élu local participe aux délibérations du conseil d'administration ou de surveillance de la société portant sur ses relations avec la collectivité ou le groupement qu'il représente. Elle n'entraîne pas davantage l'application des articles L. 225-40 et L. 225-88 du code de commerce.* »

La loi 3DS prévoit donc que la gestion des « conflits d'intérêts » est pleinement et exclusivement opérée au sein de la collectivité. Ainsi les élus représentants d'une collectivité dans une Epl peuvent participer au conseil d'administration et au conseil de surveillance de ladite Epl y compris lorsque ces organes se prononcent sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté et ceci sans que ce principe ne soit accompagné d'exceptions.

L'application des dispositions de l'article L. 225-40 du code de commerce étant spécifiquement exclue dans les Entreprises publiques locales en vertu de l'article L. 1524-5 alinéa 11 du code général des collectivités territoriales, le commissaire aux comptes de l'Epl n'a pas à être avisé de l'existence de cette convention³ et, de ce fait, n'a pas à la relater dans le rapport spécial présenté à l'organe délibérant ; la convention n'est pas non plus soumise à l'assemblée générale.

Naturellement, les autres conventions passées entre une Epl et un administrateur de cette société ne représentant pas une collectivité territoriale qui en serait actionnaire doivent respecter les dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 du code de commerce et être mentionnées dans le rapport spécial du commissaire aux comptes et soumises à l'assemblée générale.

³ Note Compagnie national des commissaires aux comptes, mai 2023