

Paroles d'élus : sécuriser pleinement les élus locaux dans le cadre des mandats de représentation des collectivités territoriales dans leurs Entreprises publiques locales : une nécessité d'intérêt public

L'article 18 de la proposition de loi portant création d'un statut de l' élu local, votée et portée au Sénat par Françoise GATEL, Mathieu DARNAUD, François-Noël BUFFET, Bruno RETAILLEAU et Hervé MARSEILLE, prévoit la suppression de la prise illégale d'intérêts entre deux intérêts publics, cherchant ainsi à protéger les élus locaux et à éviter les situations de déports incohérents au sein des collectivités territoriales lorsque la délibération a pour objet le lien entre celle-ci et une autre collectivité ou un organisme d'intérêt général qu'elle contrôle, telle une Entreprise publique locale (Sem, Spl, SemOp)¹. L'Assemblée nationale examinera le texte en mai.



L'assemblée délibérante des collectivités territoriales est le lieu d'exercice de la démocratie locale : elle permet d'entériner des décisions stratégiques pour le territoire. C'est un moyen pour les élus d'orienter l'exécution des politiques publiques confiée aux **1.450 Epl**, d'assurer leur suivi et d'apporter un éclairage politique et expert sur les actions de ces sociétés. La législation doit concourir au maintien de cette forme d'expression lorsque l' élu représente sa collectivité au nom de l'intérêt public.

« Les Epl sont des outils de la liberté des collectivités locales.

A ce titre, les Epl sont à la disposition des élus pour répondre avec souplesse aux enjeux locaux et mettre en œuvre des politiques publiques. Leur présence au sein des Epl est par conséquent totalement légitime et essentielle. Parce qu'ils portent une vision stratégique, un projet d'aménagement du territoire, de développement de l'activité économique ou encore de transition environnementale..., ils décident de leur mise en place et doivent participer à leur pilotage. »

Jean-Léonce DUPONT, Président du Département du Calvados, à l'initiative de la SemOp Ports du Calvados



❖ Des risques de mises en causes pénales et des déports « ubuesques » qui affectent les élus locaux représentant leur collectivité territoriale au sein d'une Entreprise publique locale

L'accumulation de dispositifs préventifs visant à rendre plus transparente la vie publique locale tire sa légitimité indéniable de l'objectif d'assurer à la vie politique française un caractère de confiance. L'efficacité de cette démarche est toutefois conditionnée à son bon

¹ Les 1.450 Entreprises publiques locales métropolitaines et d'Outre-mer exercent plus de 40 métiers d'intérêt général au service des territoires dont l'aménagement, le logement, l'eau, la mobilité, la production d'énergies renouvelables, la culture et les loisirs, la réindustrialisation et l'accompagnement des entreprises, la rénovation urbaine et énergétique, la transition écologique, la dynamisation rurale et des centre-bourgs, le funéraire...

dimensionnement, à sa clarté mais également à la justesse de ces dispositifs, d'autant plus lorsqu'ils impliquent une sanction pénale.

Face à de nombreuses insécurités du droit, la loi du 21 février 2022, dite « 3DS » avait tenté d'y remédier en apportant un régime basé sur un principe de protection générale des élus locaux présents dans les organismes contre la prise illégale d'intérêts, les conflits d'intérêts et la notion de conseillers intéressés. Ce principe est assorti d'exceptions de dépôts, sous forme de liste d'actes pour lesquels l'élu ne peut pas prendre part au vote.

Force est de constater qu'après 3 ans d'application de la loi « 3DS », de nombreuses problématiques juridiques persistent en parallèle d'une incompréhension de fond des élus locaux lorsqu'ils sont mis en cause pour avoir assuré naturellement leur mission de représentation de la collectivité territoriale au sein d'une Société d'économie mixte (Sem), d'une Société publique locale (Spl) ou d'une Sem à Opération unique (SemOp), qui sont des sociétés détenues et contrôlées par les collectivités locales. Dans la pratique, la logique du principe de protection et de l'exception du déport s'est inversée pour ces **13 000 élus présidents et administrateurs d'Epl.**

En effet, le risque de concrétisation du conflit d'intérêts ou de prise illégale d'intérêts (« public-public ») persiste et peut frapper tout élu qui, se trouvant abusé par les imperfections de la loi, participe aux travaux préparatoires, vote certaines délibérations ou est associé à la prise d'une décision concernant l'Epl dont il est administrateur.

Plusieurs problématiques de différentes natures ont été relevées, soit qu'elles pèsent sur l'élu lui-même ou sur la vie et les enjeux des collectivités territoriales. **Elles ne concernent pas les interférences d'intérêts personnels/privé et public, qui doivent être sévèrement combattus.**

« Les risques de mise en cause pénale qui pèsent sur l'élu du fait d'un mandat de représentation de la collectivité dans l'Epl sont en inadéquation avec l'esprit qui a présidé à la mise en place de ces outils. Le statut de l'élu devrait lui permettre une exacte continuité de ses droits et obligations sur toutes les missions qui lui sont attribuées à partir de son élection et sur cette représentation, notamment quand il siège dans des outils qui traduisent directement les politiques publiques d'intérêt général pour lesquels il a été élu. »

Aurélié MAILLOLS, Conseillère régionale de la Région Occitanie, Présidente de l'Agence Régionale Aménagement Construction (ARAC)



« Aujourd'hui la France a réussi à inventer le conflit d'intérêts public/public... Être mis en cause pour prise illégale d'intérêts car on a participé à une décision d'une collectivité visant à soutenir un service public à travers une Epl est infamant. Le grand public ne sait pas que cette mise en cause (hors cas exceptionnel de malversation qui doit être poursuivi sans faiblesse) est souvent le signe de l'investissement du mis en cause et non celui de sa malhonnêteté. Cela donne des arguments au discours du « tous pourris ».

Yann GUEVEL, Vice-président de Brest Métropole, Adjoint au maire de Brest, Président de la Spl Les Ateliers des Capucins



- Une liste d'actes pour lesquels l' élu doit se déporter porteuse d'incertitudes

Comme le souligne la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (ci-dessous), le vote par un élu administrateur d'Epl d'un acte « listé » comme devant faire l'objet d'un déport le soumet à des risques. Le même tableau de la HATVP indique pourtant qu'il s'agit de **conflits entre des intérêts publics**, spécificité française :

Conflit d'intérêts publics : risques et déports pour les élus locaux

Risque de conflit d'intérêts	Risque écarté	Risque circonscrit à certains actes
Type d'organisme extérieur où siège l'élu local	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Intercommunalité ▶ Caisses des écoles ▶ Centres d'action sociale ▶ Régies personnalisées de l'article L. 2221-10 du CGCT ▶ Organismes de droit public gérant un service public à caractère administratif (par exemple, SDIS, EPSCP) 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ SEML, SPL et SEMOP ▶ EPIC, lorsque la désignation est intervenue en application de la loi (par exemple, OPH, EPF, EPCC à caractère industriel et commercial) ▶ GIPIC ▶ Tout organisme de droit privé si désignation en application de la loi (par exemple : organismes privés d'HLM, SAFER, SCIC, agence d'urbanisme, agence de développement économique, comité départemental du tourisme, conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement)
Déport à mettre en place pour prévenir le conflit d'intérêts	<p>Aucun déport, sauf, le cas échéant, pour la délibération portant sur la rémunération de l'élu</p>	<p>Pas de déport, sauf pour les délibérations :</p> <ul style="list-style-type: none"> • attribuant un contrat de la commande publique ; • accordant une garantie d'emprunt ou une aide quelconque (toutefois, l'élu n'a pas à se déporter des subventions accordées directement par la délibération adoptant le budget annuel de la collectivité, en application des 1^o et 2^o des articles L. 2311-7 et L. 4311-2 du CGCT) ; • désignant l'élu représentant la collectivité et fixant le montant de sa rémunération ou de ses avantages. <p>L'élu doit en outre s'abstenir de participer aux commissions d'appel d'offre et commissions d'attribution de délégations de service public lorsque l'organisme extérieur est candidat à l'attribution du contrat.</p>

La simplicité déduite de la binarité du système entre vote et déport n'est qu'apparente et ne se retrouve pas dans la pratique.

Tout d'abord la liste des actes soumis aux déports diffère légèrement entre celle de l'article L.1111-6 du CGCT, qui vise tous les organismes où les élus siègent, et celle de l'article L. 1524-5 du même code qui vise spécifiquement les Epl. Ceci peut entraîner des questionnements de champ d'application et d'articulation pour les services des assemblées.

Ces mêmes services peuvent par ailleurs **s'interroger sur le périmètre des actes pour lesquels le déport doit s'appliquer**, ce qui peut parfois soumettre l'élu local à une forme de roulette russe d'un point de vue pénal. Toutes les collectivités territoriales n'ont d'ailleurs pas la même interprétation de cette liste d'exceptions.

Parmi ces difficultés d'interprétation, l'on peut relever de manière non exhaustive :

- Quel est le périmètre exact du déport sur les modifications d'un contrat de la commande publique ? Quels actes accessoires au contrat sont concernés ?
- Qu'englobe la notion de participation aux travaux préparatoires ? La DGCL indique dans sa FAQ de juin 2023 que le déport touche « l'ensemble du processus ayant conduit au vote de la délibération », ce qui peut laisser subsister une incertitude et donc un risque pour l'élu ;
- Si les aides visées sont définies, le vote de certains actes qui leur sont accessoires peut soulever des doutes ;
- Si une avance en compte courant peut être votée par l'élu concerné, pourquoi une garantie d'emprunt ne peut-elle pas l'être ? C'est une source de confusion ;
- Comment distinguer les dépenses obligatoires des dépenses non obligatoires ?

- **Le risque d'un déport systématique face à l'absence de clarté du droit**

Ce travail de délimitation délicat, si l'on se rappelle que de très nombreuses collectivités ne disposent pas de service spécifique dédié, peut conduire en pratique à la mise en place de déports « réflexes » systématiques des élus concernés par une délibération visant une Epl dans laquelle ils siègent. **Cette approche maximaliste de prévention du risque entraîne des conséquences de perte d'expertise et de contrôle de la collectivité sur l'organisme.** Face à l'absence de clarté du droit, à l'existence juridique de zones grises ainsi qu'à la nature du risque encouru pour l'élu qui voterait une telle délibération, certaines collectivités ont opéré ce choix du déport systématique.

En outre, une chambre régionale des comptes a observé qu'il ne s'agissait pas d'une pratique permettant aux élus d'assurer leur mission de représentation et de lien entre l'organisme et la collectivité.

« Les administrateurs représentants de la ville de Niort s'abstiennent systématiquement. [...] lors des séances du conseil municipal, [les élus administrateurs] ne prennent pas part aux délibérations relatives à la SEMIE. [...] Au regard de la législation et de la jurisprudence, l'abstention des élus représentant la ville de Niort pour les dossiers intéressant les relations avec celle-ci constitue une précaution inutile. »²

- **L'absence de protection indirecte**

L'articulation des différents articles du CGCT issus de la loi 3DS **n'opère pas une pleine protection pour les élus locaux qui siègent dans plusieurs collectivités.**

Ex : Une Spl est détenue par une commune et un département. Le conseiller communal qui est administrateur de la Spl au nom de la commune est en principe protégé, mais doit se déporter sur certains actes lors du conseil municipal. En revanche, cette même personne également conseiller départemental doit se déporter systématiquement pour toute question au sein du département lorsque celui-ci délibère sur la Spl, car il n'est pas protégé : la protection est en effet liée à son mandat de représentation de la commune. Par exemple, il peut donc voter une avance en compte courant pour la Spl au conseil municipal, mais non au conseil départemental.

Ceci ne fait qu'accroître le sentiment d'incompréhension des mécanismes juridiques de prévention de la prise illégale d'intérêts.

² Extrait du rapport de la CRC Nouvelle-Aquitaine sur la SEMIE, 2.1.1.1, page 25-26. 2020.

- **Le bouleversement du fonctionnement des assemblées délibérantes et de leur fondement démocratique**

L'application du déport de l' élu local pour ces actes entraînent un certain nombre de conséquences qui ne peuvent aujourd'hui perdurer sans affecter profondément le fonctionnement des assemblées et leur fondement démocratique, parmi lesquelles :

- **La sortie de la salle des élus concernés**, règle d'origine purement jurisprudentielle, **peut entraîner un véritable vaudeville**, notamment lors des nominations massives dans les organismes à la suite d'élections. **Le renouvellement municipal de 2026 risque à ce titre d'en être une illustration particulièrement malheureuse** ;
- **Le quorum peut être perdu** pour les assemblées des départements et des régions ;
- **La majorité peut l'être également**, ce qui pose une véritable interrogation sur l'atteinte au caractère démocratique qui fonde l'assemblée délibérante ;
- L'obligation de ne pas influencer la décision et donc de se déporter entraîne **une perte réelle d'expertise pour la collectivité**, puisque l' élu local administrateur de l'Epl n'est pas en mesure d'éclairer celle-ci sur la situation de l'Epl et donc sur l'orientation stratégique qu'il convient d'imprimer à la gouvernance des satellites. Ceci est également problématique d'un point de vue technique, lorsque, par exemple, le renouvellement d'une délégation de service public advient. L' élu administrateur d'Epl en position de « connaisseur du dossier » est paradoxalement celui qui ne doit laisser échapper aucune information qu'il détient susceptible d'influer le sens de la décision que seront amenés à prendre ses collègues, qui ont moins de connaissance du dossier...
- Elle génère un **climat de suspicion et d'opprobre** pesant sur l' élu qui doit sortir de la salle, potentiellement affiché comme porteur d'intérêts personnels alors qu'il s'agit d'un intérêt public ;
- **Aucune précision ne vient aujourd'hui sécuriser les modalités de la non-participation de l' élu en matière de tenue à distance** (visioconférence partielle ou totale) **des assemblées délibérantes**. Faut-il couper son microphone ? Quitter la visioconférence ? Eteindre sa caméra ? Ce niveau de questionnement apparaît en décalage le plus total avec celui de la mission première de l' élu : assurer la représentation démocratique locale et faire avancer les projets stratégiques ;
- **Le déport amoindrit le contrôle que les collectivités doivent exercer sur les organismes** qu'elles subventionnent, contrôlent ou détiennent capitalistiquement. **Plus particulièrement, de nombreux élus ont soulevé la contradiction flagrante entre l'obligation qui leur incombe d'assurer le contrôle analogue sur les Spl** (condition de la non mise en concurrence) **et l'obligation qui leur est faite de ne pas participer aux travaux préparatoires ou à la délibération sur le contrat** par exemple.

« Les déports au sein des différentes assemblées dans lesquelles nous siégeons signifient que nous assistons à un vaste jeu de chaises musicales où chacun doit sortir au fil de l'eau, en fonction des décisions à prendre. Les dossiers sont donc présentés par des personnes qui ne les connaissent pas totalement. Aucune expertise fine n'est possible et nous ne pouvons pas délibérer correctement. Les réunions informelles sont également complexes à monter car il faut convier l'élus déporté, l'élus qui a mandat pour le déport, ainsi que les nombreux services associés. Quelle perte de temps et d'efficacité ! »

Alain LEBOEUF, Président du Département de la Vendée, Président de la Sem Vendée Energies



« Ainsi à chaque délibération le maire/président annonce les noms des élus en potentiel conflit. Ces derniers sortent de la salle systématiquement.

Bien entendu cela mène à la situation ubuesque où les personnes qui pourraient éclairer l'assemblée dans sa prise de décision sont hors de la salle et empêchées de répondre à d'éventuelles questions. Loin d'améliorer la transparence comme on aurait pu le croire, cette question amoindrit le contrôle de l'assemblée délibérante sur la mise en œuvre des politiques publiques. »

Yann GUEVEL, Vice-président de Brest Métropole, Adjoint au maire de Brest, Président de la Spl Les Ateliers des Capucins.



- **Une lassitude des élus locaux qui alimente le désengagement électoral**

En définitive, l'essence du mandat d'élus local qui est la mise en œuvre de politiques publiques dont la représentation au sein d'une Epl permet la traduction opérationnelle, apparaît en déconnexion avec les règles de responsabilité pénale qui condamnent les interférences entre deux intérêts publics. Les statistiques démontrent un désengagement et une lassitude des élus face à ce qui demeure perçu comme des entraves injustifiées à l'exercice de leur mandat démocratique et à l'avancement des projets stratégiques pour leur territoire. **En dépit des alertes des associations d'élus, cette crise des vocations se manifesterait avec ampleur lors des élections municipales à venir de 2026**, où de nombreux élus ne se représenteront pas tandis que ceux nouvellement élus afficheront leur incompréhension.

- ❖ **Sécuriser les élus locaux en prévoyant expressément dans la loi que le délit de prise illégale d'intérêts entre la collectivité et son Epl ne s'applique pas et en limitant les cas de déport de l'élus à la seule délibération qui fixe son éventuelle rémunération en tant qu'administrateur de l'Epl**

Le constat de ces problématiques a été soulevé précocement par les élus locaux et les parlementaires. A la suite de la loi 3DS et de sa tentative partiellement aboutie, les associations d'élus locaux avaient notamment alerté la Première ministre le 9 juin 2022 par un courrier commun. L'absence de prise en compte par le juge pénal du souhait du législateur de modifier la définition de la prise illégale d'intérêts par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire n'a fait qu'accroître ces réactions. La Cour de cassation, le 5 avril 2023, avait en effet jugé que la nouvelle rédaction de la prise illégale d'intérêts était « équivalente à celle résultant de sa rédaction antérieure ».

La persistance du risque pénal pour les élus, encore récemment démontrée par la mise en cause de deux élus dans le Finistère pour un vote concernant une Spl, ainsi que l'ensemble des constats évoqués ont été soulignés par les **rapports sur le statut de l'élu local produits par l'Assemblée nationale et le Sénat en 2023**³. Ces rapports appelaient à sécuriser les relations « public-public » en protégeant les élus locaux représentant la collectivité dans des structures satellites œuvrant pour l'intérêt général. Dans une démarche transpartisane, **le Sénat a voté la proposition de loi portant création d'un statut de l'élu local le 7 mars 2024, dont l'article 18 supprime la prise illégale d'intérêts en cas d'intérêts « public-public » par une modification du code pénal. Elle est inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale au mois de mai.**

- **L'exercice d'un mandat de président d'Epl ou d'administrateur est assurément d'intérêt public. Toutefois, l'inscrire explicitement dans la loi permettrait à l'article 18 de déployer son plein effet** et de ne pas retomber dans les doutes sur l'application de dispositifs de protection dont il reviendrait au juge de trancher sans certitude qu'il ne tienne compte des travaux parlementaires ou d'une réponse ministérielle de précision ultérieure ;
- **La suppression des déports, à l'exception de la rémunération éventuelle des administrateurs d'Epl⁴ ou lorsque tout autre intérêt personnel est en jeu, sécuriserait les élus locaux et permettrait aux collectivités territoriales d'assurer l'entière orientation et le suivi de leurs Epl. Le déport et le délit pénal demeurent lorsque l'élu dispose d'un intérêt personnel à la délibération ;**
- **L'intégralité de la « gamme Epl », Sem, Spl et SemOp doit être couverte par ce dispositif.**

« Les risques de mise en cause pénale pour les élus, en raison de leur mandat et de leur représentation dans un organisme d'intérêt général, apparaissent disproportionnés et peuvent constituer un frein à l'engagement public. Bien que des avancées législatives aient été faites pour protéger les élus, la complexité des règles juridiques et l'absence de statut clair continuent de rendre leur situation précaire. Un cadre juridique plus précis et sécurisé est nécessaire pour encourager l'engagement des élus sans craindre des sanctions injustifiées ».

Jean-Léonce DUPONT, Président du Département du Calvados, à l'initiative de la SemOp Ports du Calvados



« Le fonctionnement des Epl a pour caractéristique sa transparence. Ces sociétés agissant sous le contrôle des collectivités cumulent contrôles internes et externes, publics et privés. Les élus siégeant dans ces sociétés sont sensibilisés et formés aux notions de transparence, aux règles de conflit d'intérêts, de probité et d'éthique. Il est urgent d'évacuer de la loi la notion d'influence prêtée à ces élus sur la nature du vote. S'agissant d'Epl dont les actionnaires sont des collectivités, la prise illégale d'intérêts public-public ne devrait pas trouver à s'appliquer. »

Franck MASSELUS, Vice-président de Chartres métropole, Adjoint au maire de Chartres, Président-Directeur Général de la Spl Chartres aménagement.



³ Rapport sur le statut de l'élu local de la délégation aux collectivités territoriales de l'Assemblée nationale, 20 décembre 2023 (Sebastien JUMEL et Violette SPILLEBOUT) ; « Faciliter l'exercice du mandat local », délégation aux collectivités territoriales du Sénat, 14 décembre 2023 (Nadine BELLUROT, Pascal MARTIN, Guylène PANTEL)

⁴ 87% des élus administrateurs d'Epl ne perçoivent aucune rémunération, qui demeure soumise à la délibération de la collectivité, à la règle de l'écêtement et au vote du conseil d'administration de l'Epl ainsi qu'à des régimes déclaratifs.