

# Le régime applicable aux administrateurs de SEM

**La prise de fonction d'un élu au sein d'une société d'économie mixte (SEM) n'est pas sans risques juridiques. Aussi implique-t-elle le respect de quelques conditions tenant à la personne désignée. Dans ce cadre, celles tenant à la mise en cause de la responsabilité des administrateurs des SEM ont été strictement définies. En outre, le nouveau statut des SEM, instauré par la loi du 5 janvier 2002, est venu apporter davantage de transparence dans leur gestion.**

## 1. Les incompatibilités légales

Le Code électoral instaure une incompatibilité entre des fonctions électorales et la qualité d'entrepreneur de service public local. Cette dernière qualité désigne toute personne physique gérant ou participant à la gestion d'un service public communal, départemental ou régional dans le cadre d'une relation contractuelle durable et régulière avec la collectivité dont relève le service.

### > L'entrepreneur de service public local

Les élus des conseils municipaux, généraux ou régionaux qui, à la date de leur élection, se trouvent respectivement entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, doivent choisir entre le mandat électif et leur activité professionnelle. Tout conseiller qui deviendrait, postérieurement à son entrée en fonctions, entrepreneur de services de la collectivité qu'il représente, s'expose à être déclaré démissionnaire d'office par le préfet.

La loi de 1992 a toutefois réduit le champ d'application de cette règle d'inéligibilité. Elle pose désormais le postulat que les élus municipaux ne sont pas des entrepreneurs de services municipaux lorsqu'ils agissent en tant que mandataires d'une collectivité au sein d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance. Le juge administratif a toujours interprété cette dérogation de façon stricte : ne sont concernés que l'administrateur ou le membre du conseil de surveillance siégeant au sein de la SEM, en tant que mandataire de la collectivité locale <sup>(1)</sup>. La loi consacre cette interprétation limitative.

Les catégories d'élus suivantes ne peuvent pas bénéficier de cette dérogation :

- ✗ les élus possédant à titre personnel des actions au sein de SEM <sup>(2)</sup> ;
- ✗ les membres du directoire (qui sont donc inéligibles aux élections municipales) ;
- ✗ les élus liés à la SEM par un contrat de travail, dans la mesure où celui-ci leur donne une influence prédominante dans la gestion de la société <sup>(3)</sup>.

Le Conseil d'Etat estime que les élus membres de directoires

encourent l'invalidation. Ils ne peuvent exercer d'autres fonctions que celles de président de conseil d'administration ou de surveillance. Le non-respect de cette interdiction fait perdre à l'élu concerné sa qualité de mandataire et le rend dès lors inéligible (art. L. 231 du Code électoral).

### > La présidence d'un syndicat intercommunal

Rien n'empêche une assemblée territoriale ayant désigné un élu à la tête d'une SEM de désigner ce même élu à la tête d'un syndicat intercommunal. Ce représentant ne peut être considéré comme entrepreneur d'un service public local, dès lors qu'il agit comme mandataire de la collectivité locale. La loi du 5 janvier 2002 a pris en compte les évolutions de la jurisprudence. En ce sens, elle a étendu les dérogations aux incompatibilités et inéligibilités touchant les entrepreneurs de services locaux. Sont concernées, à ce titre, les fonctions de président du conseil d'administration et de surveillance, au même titre que celles de président assurant les fonctions de directeur général, ainsi que celles de membre de ces conseils. Le président d'un syndicat intercommunal peut donc tout à fait légalement être président d'une SEM, en qualité de mandataire désigné par l'établissement public de coopération intercommunale.

Par ailleurs, l'exercice par un élu d'une fonction de président dans une SEM n'est pas, en lui-même, constitutif d'un délit de prise illégale d'intérêt. Ce délit consiste, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à prendre, recevoir ou conserver un intérêt dans une entreprise ou une opération dont elle a la charge d'assurer la surveillance, l'administration ou le paiement. La Cour de cassation a indiqué, le 6 août 1996, que leur qualité de mandataire exonère les élus d'un délit d'ingérence si une délibération expresse d'une commune les désigne en cette qualité <sup>(4)</sup>. De même, et aux termes de l'article L. 1524-5 du CGCT, un élu local peut percevoir une rémunération ou des avantages particuliers, au titre de ses fonctions, comme mandataire de la collectivité locale ou du groupement qu'il représente au sein des organes délibérants de la SEM.

## 2. Le régime de responsabilité

L'élu qui prend des responsabilités dans une SEM peut voir mise en cause sa responsabilité civile et pénale. Il peut aussi être frappé d'inéligibilité.

[suite page 54 >](#)

> suite de la page 53

### > La responsabilité civile des élus dirigeants de SEM

Pour les affaires touchant à la gestion d'une SEM, la responsabilité civile de l'élu ne peut être engagée que s'il a commis une faute personnelle, particulièrement lourde et inexcusable. Dans ce cas, l'élu peut être contraint de réparer sur son patrimoine personnel les conséquences financières de ses actes, s'il a commis des erreurs de gestion en dehors du cadre statutaire.

Il en est ainsi de l'action en comblement d'insuffisance d'actif. Il est à ce titre possible de faire supporter les dettes de la société aux dirigeants qui ont commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Il est aussi possible d'étendre la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire aux dirigeants d'une société, s'ils ont abusé de leur gestion ou n'ont pas exécuté l'obligation de combler l'insuffisance d'actif.

En janvier 2002, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt « Moustache »<sup>(5)</sup>, que la loi écarte bien la responsabilité civile personnelle de l'élu, mais ne s'oppose pas à la mise en faillite personnelle. Elle a ainsi jugé qu'un représentant d'une collectivité territoriale, président du conseil d'administration d'une SEM, ne pouvait contester à ce titre sa mise en faillite personnelle, dès lors que cette mesure ne constitue pas une sanction civile.

### > La responsabilité pénale des élus dirigeants de SEM

A la différence de la responsabilité civile, la responsabilité pénale ne peut être endossée par la collectivité. Les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés anonymes trouvent donc pleinement à s'appliquer<sup>(6)</sup>. Dans un arrêt du 16 février 1971, la Cour de cassation a posé le principe que les administrateurs des SEM étaient soumis au droit commun des sociétés anonymes quant à une éventuelle mise en cause de leur responsabilité pénale.

### > La sanction de la prise illégale d'intérêt

La loi de 2002 ne fait pas directement référence à la prise illégale d'intérêt. En revanche, le Code pénal prévoit, en son article L. 432-12, un délit de prise illégale d'intérêt qui ne nécessite aucun élément intentionnel. Une nécessaire prudence est recommandée en la matière. L'élu local, en tant qu'administrateur élu, peut se retrouver en situation de prise illégale d'intérêt, tout comme les fonctionnaires qui encourent le même risque dans l'exercice de leurs missions.

L'élu est notamment susceptible de commettre ce délit s'il participe à la délibération qui le désigne pour représenter la collectivité au sein de la SEM. Il en est de même en cas de participation à la délibération de la collectivité qui autorise la rémunération ou les avantages dont il doit bénéficier. Enfin, le délit de prise illégale d'intérêt est susceptible d'être retenu si l'élu perçoit une rémunération ou un avantage excédant les limites fixées par la délibération de la collectivité.

### > La sanction du délit de favoritisme

La prévention du délit de favoritisme conduit à interdire aux élus mandataires de participer à certaines commissions (commissions d'appel d'offres et commissions d'attribution de délégations de service public). Ce délit, prévu par l'article 432-14 du Code pénal, constitue une infraction économique de droit commun. Ce type d'infraction a été créé par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures dans les marchés publics, afin de renforcer le contrôle *a priori* de ces marchés en pleine expansion. Le délit consiste à procurer ou à tenter de procurer à autrui un avantage injustifié. L'acte concerné contrevient en effet aux textes ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. L'avantage est injustifié dès l'instant où le fournisseur ou l'entrepreneur est choisi par une personne publique alors qu'il n'aurait pas dû l'être si les règles de passation des marchés publics avaient été respectées.

La loi du 3 janvier 1991 range ce délit dans la catégorie des délits involontaires. Les administrateurs de SEM se rendent coupables de cette infraction s'ils favorisent un candidat à un marché public ou à une délégation de service public en contravention avec les règles qui garantissent l'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

### > L'inéligibilité

En cas de condamnation à l'inéligibilité, l'élu doit démissionner de son mandat. Il ne peut plus, en principe, se porter candidat à une élection pour une durée minimum de 5 années (cette affirmation reste cependant à relativiser au vu de certains jugements récents, actuellement en cours d'examen devant la Cour de cassation).

Enfin, la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire du 25 janvier 1985 distingue deux cas pour lesquels une condamnation emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective :

- ✗ les délits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance ;
- ✗ les délits définis par la loi du 24 juillet 1966<sup>(7)</sup>, qui ne concernent que les dirigeants des sociétés commerciales, comme la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

**Jean-Marc Lorach**

docteur en droit, IEP, CAPA  
chargé d'enseignement à l'université Paris XII

### Notes

- (1) Conseil d'Etat, 18 décembre 1996, *Elections municipales de Gérardmer*.
- (2) Conseil d'Etat, 26 juillet 1996, *Elections municipales de Lannemezan*.
- (3) Conseil d'Etat, 11 juillet 1996, *Elections municipales d'Orcières-Merlette*.
- (4) Cour de cassation, 6 août 1996, *Malabave et Burg*.
- (5) Cour de cassation, assemblée, 8 janvier 2002, *Moustache*.
- (6) Art. 194 de la loi du 25 janvier 1985.
- (7) Art. 425, 433, 437, et 488 de la loi du 24 juillet 1966.