

La responsabilité des élus dans Les sociétés de projet D'énergies renouvelables

PRÉAMBULE

Les élus locaux sont de plus en plus sollicités pour accompagner le développement de projets d'énergies renouvelables sur leur territoire. Leur engagement dans ces démarches, souvent portées par des sociétés de projet, est une véritable richesse pour faire avancer la transition énergétique au plus près des habitants.

Mais ces nouveaux rôles peuvent soulever des questions très concrètes : jusqu'où va ma responsabilité ? Que puis-je faire ou ne pas faire en tant qu'élus, administrateur ou représentant de la collectivité dans ces structures ?

Cette note propose de faire le point sur les principaux aspects juridiques à connaître.

1. La différence entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale des élus

La responsabilité des élus peut être engagée pour des actes relevant du droit pénal et du droit civil. La condition à l'engagement de la responsabilité est que l'élus doit avoir commis ces actes pendant l'exercice de ses fonctions.

Pour des actes relevant du droit pénal, la responsabilité des élus peut être engagée en cas de manquement au devoir de probité regroupant les infractions de prise illégale d'intérêts, la concussion, la corruption et le délit de favoritisme.

Pour des actes relevant du droit civil, la responsabilité civile personnelle de l'élus ne peut être recherchée. C'est la collectivité territoriale qui doit supporter les conséquences financières des fautes de service qui ont pu causer un préjudice à un tiers.

1.1. La responsabilité pénale de l'élus

Comme toute personne physique ayant la capacité d'agir, un élus peut voir sa responsabilité pénale engagée dans deux situations : s'il commet une infraction pendant ou en dehors de l'exercice de ses fonctions. Cette note se concentre uniquement sur la première situation : **lorsque l'élus agit dans le cadre de ses fonctions**.

Le Code pénal classe les infractions en trois catégories, selon leur gravité : les contraventions, les délits et les crimes. Les délits et les crimes peuvent entraîner des amendes et des peines de prison.

Sur le plan pénal, un élus n'est responsable que de ses propres actes¹. Il n'est pas toujours nécessaire de prouver qu'il a voulu nuire pour engager sa responsabilité. Par exemple, s'il n'a pas accompli les diligences normales attendues de lui, en fonction de la nature de ses missions, de ses compétences, de son pouvoir ou des moyens dont il disposait, sa responsabilité peut être engagée².

Depuis 2010, les élus reconnus coupables des délits de concussion, corruption, prise illégale d'intérêts, atteinte à la liberté d'accès aux marchés... ne sont plus radiés automatiquement des listes électorales³. Cependant, le juge pénal doit prononcer une peine complémentaire qui est obligatoire lorsque les élus sont reconnus coupables de ces délits⁴.

¹ Article 121-1 du Code pénal « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait »

² Article 121-3 du Code pénal

³ Décision n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 déclarant l'inconstitutionnalité de l'article L.7 du Code électoral

⁴ Article 131-26-2 du Code pénal

1.2. La protection fonctionnelle des élus

Selon les articles L.2123-35, L.3123-29 et L.4135-29 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), les collectivités locales sont tenues d'assurer une **protection fonctionnelle** à certains élus. Cela signifie, en pratique, que les frais de justice engagés par ces élus peuvent être pris en charge par la collectivité. Il ne s'agit pas ici de limiter leur responsabilité pénale.

1.3. La responsabilité civile de l' élu

Le régime de responsabilité civile des élus et des agents publics est spécifique et diffère du régime général prévu par l'article 1240 du Code civil⁵. Il faut distinguer deux types de fautes : la faute personnelle et la faute de service. En cas de faute de service, par principe, c'est la collectivité territoriale qui est responsable et non l' élu.



La faute personnelle de l'agent ou de l' élu et la faute de service

Un élu peut être tenu responsable personnellement si la faute qu'il a commise est détachable de ses fonctions. Cela peut être le cas :

- S'il agit pour des raisons personnelles ou dans son intérêt propre ;
- Si son comportement est incompatible avec les devoirs liés à sa fonction ;
- Si les faits sont particulièrement graves, compte tenu de leur nature et des circonstances dans lesquelles ils ont été commis.

En dehors de ces cas, c'est la collectivité territoriale qui assure la charge des conséquences de son fonctionnement défectueux et non l' élu.

2. Les montages juridiques classiques pour produire des énergies renouvelables

Les collectivités locales ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) peuvent développer et exploiter des projets d'Énergies Renouvelables⁶ (EnR).

La loi **Transition énergétique pour la croissance verte** (TECV) a introduit une nouvelle exception au principe d'interdiction de prise de participation dans une société commerciale. **L'article 109** de cette loi a modifié les articles L.2253-1, L.3231-6 et L.4211-1 du CGCT pour permettre aux collectivités, par simple délibération, de **participer au capital d'une société anonyme (SA) ou d'une société par actions simplifiée (SAS) ayant pour objet la production d'énergies renouvelables**.

Par ailleurs, [l'article L294-4](#) du Code de l'énergie précise que plusieurs types de sociétés comme la société d'économie mixte (SEM) et société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), la société publique locale (SPL), la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC), la société anonyme (SA) et société par actions simplifiée (SAS) porteuses de projets d'ENR peuvent proposer des parts en capital à des citoyens habitant à proximité du projet et aux collectivités sur le territoire desquelles est situé le projet. Ces sociétés peuvent également proposer à ces personnes de participer au financement du projet via des prêts.

⁵ Article 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

⁶ Article L2224-32 du CGCT

	Constitution	Objectif	Capital public et conditions
SEM ⁷	Forme : Société anonyme (SA). Création : une ou plusieurs collectivités territoriales.	La collectivité s'associe à des partenaires privés ou publics pour mener des projets d'aménagements, de construction, d'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial, ou toute autre activité d'intérêt général.	50% ≤ x ≤ 85% du capital
			Condition : exercer au moins une des compétences qui couvre l'objet social de la société ⁸ .
SEMOP ⁹	Forme : Société anonyme (SA). Création : une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités en partenariat avec un opérateur économique .	Objet unique : créée pour exécuter un contrat de la commande publique (marché ou concession). Une fois ce contrat réalisé, la SEMOP est dissoute . Le contrat peut concerner : • Une opération de construction • La gestion d'un service public • Tout autre activité d'intérêt général relevant des compétences de la collectivité. • Permet la construction et l'exploitation d'ouvrages importants	34% ≤ x ≤ 85% du capital
			Condition : exercer au moins une des compétences qui couvre l'objet social de la société. Les différentes activités prévues doivent également être complémentaires . Le titulaire du contrat est sélectionné à l'issue d'une procédure de mise en concurrence.
SPL ¹⁰	Forme : Société anonyme (SA).	Permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de réaliser des opérations d'aménagement, de construction, ou d'exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou d'autres activités d'intérêt général.	100% du capital
			Conditions : seules les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer une SPL. La collectivité doit exercer au moins une des compétences qui couvre l'objet social de la société Les différentes activités prévues doivent également être complémentaires .
SCIC ¹¹	Forme : Société anonyme (SA) ou Société à responsabilité limitée (SARL).	Produire ou fournir des biens ou services d'intérêt collectif, présentant un caractère d'utilité sociale. Elle permet de regrouper différents types d'acteurs autour d'un même projet : salariés, usagers, bénévoles, collectivités territoriales, entreprises, associations, etc.	x ≤ 50% du capital
			Condition : exercer au moins une des compétences qui couvre l'objet social de la société
SA ¹² et SAS ¹³	Les collectivités territoriales peuvent participer au capital d'une SA ou d'une SAS.	La collectivité s'associe avec des acteurs multiples et variés en bénéficiant des outils souples et rapides de la SA et SAS. La société peut être un opérateur d'un projet de production d'EnR par le biais d'un contrat de la commande publique ou porter de manière autonome le projet.	Non réglementé, a priori minoritaire
			Condition : l'objet social de la société correspond aux compétences de la collectivité, et porte sur la production d'énergies renouvelables ¹⁴ . Le projet doit être situé sur le territoire de la commune ou d'une commune limitrophe. Les collectivités territoriales peuvent consentir des avances en compte courant sous conditions ¹⁵ .

⁷ Article L. 1521-1 du CGCT

⁸ Loi du 17 mai 2019 n.20190-463

⁹ Article L.1541-1 du CGCT

¹⁰ Article L.1531-1 du CGCT

¹¹ Article 19 quinquies de la [Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération](#)

¹² Article L225-1 et suivants du Code de commerce

¹³ Article L227-1 et suivants du Code de commerce

¹⁴ Article 2253-1 du CGCT

¹⁵ Article L.1522-5 du CGCT

3. L'engagement de la responsabilité civile de l' élu

3.1 Dans les EPL et SCIC

La SEM est une société anonyme, les règles applicables à cette société s'appliquent. Toutefois, des dispositions ont été prévues pour **limiter la responsabilité civile des élus**.

En revanche, **l'article L.1524-5 du CGCT**, prévoit que l' élu peut être président, représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Dans ces fonctions, il pourrait être tenu **responsable en cas de faute de gestion, de violation de la loi ou des statuts de la société**.

De plus, en tant que représentant d'une personne morale, l'article L.225-20 du Code du commerce prévoit que l' élu et la collectivité peuvent être tenus solidairement responsables.

Cependant, l'article L.1524-5 du CGCT précise que « *la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ils sont mandataires.* »

En résumé, **seule la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités peut être poursuivie en cas de faute de l' élu dans l'exercice de son mandat, même s'il est président ou administrateur** (voir partie 1.3. La responsabilité civile de l' élu).



Les SEMOP : le président du conseil d'administration ou de surveillance est obligatoirement un représentant de la collectivité¹⁶. Malgré cette obligation, l'article L.1524-5 du CGCT, également applicable, précise que la responsabilité civile ne pèse pas sur l' élu, mais sur la collectivité qu'il représente.



Les SPL : font partie des entreprises publiques locales et fonctionnent de manière proche des SEM. Par conséquent, la responsabilité civile suit les mêmes règles : seule la collectivité territoriale ou le groupement de collectivité peut être tenu responsable des actes de l' élu.



Les SCIC : Le fonctionnement d'une SCIC est le même qu'une SA, SAS ou SARL. Ces structures limitent la responsabilité des associés à leurs apports. Ainsi, si un élu représente une collectivité dans une SCIC, sa responsabilité est limitée au montant de l'investissement de la collectivité dans la société¹⁷.

3.2 Dans les SA et SAS

Un élu mandaté par une collectivité peut être dans la société : **actionnaire, administrateur** (membre du conseil d'administration), **Président du conseil d'administration, Directeur général**.

La responsabilité civile de l' élu représentant de la collectivité actionnaire : Elle est limitée à l'apport de la collectivité territoriale qu'il représente, il peut être en capital ou en nature.

La responsabilité civile de l'administrateur, président du conseil d'administration ou directeur général :

- **Dans une SA** : l'article L.2253-5 du CGCT prévoit que seule la commune est responsable, et non l' élu.
- **Dans une SAS** : l'article L.225-251 du Code de commerce établit une responsabilité individuelle ou solidaire des dirigeants (administrateurs, directeur général) en cas :

¹⁶ Article L.1541-1, III du CGCT

¹⁷ Pierre Le Vey et Hélène Azarian, « Sociétés coopératives d'intérêt collectif », *JurisClasseur Sociétés Traité*, Fasc. 170-90 (Août 2019), §20

- **De violation des statuts de la société.** Par exemple certains statuts peuvent prévoir que pour certains contrats le président doit consulter les associés en assemblée générale extraordinaire. L'absence de cette convocation sera une violation des statuts, le président engagera sa responsabilité civile envers les associés.
- **De violation des dispositions légales ou réglementaires.** Le statut de SAS connaît peu de dispositions légales impératives.
- **De faute de gestion.** Elle est caractérisée lorsqu'il y a :
 - Un défaut de surveillance ou négligence du gérant
 - Un désintéressement du gérant des affaires courantes de la société ou un mauvais résultat de gestion
 - Une rémunération excessive du dirigeant
 - Un manquement au devoir de loyauté du gérant envers les associés

→ La responsabilité civile de l'administrateur, président du conseil d'administration ou directeur général doit être transposée dans les statuts par des délibérations précises en ce sens.

La responsabilité civile des représentants des collectivités territoriales désignés pour siéger au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société anonyme, filiale d'une société d'économie mixte locale : L'article L.1524-5-1 prévoit l'applicabilité de l'article L.1524-5 du CGCT, la responsabilité incombe à la collectivité territoriale dont le représentant est le mandataire.

4. L'engagement de la responsabilité pénale

4.1. Les délits spécifiques aux élus et agents publics

4.1.1. La prise illégale d'intérêts

L'article 432-12 du Code pénal incrimine le fait pour une personne investie d'un mandat électif public, de « prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

L'existence d'un conflit d'intérêts peut conduire à l'annulation de la délibération concernée¹⁸.

- Bonnes pratiques**
- **Identifier les conflits d'intérêts**, notamment en début de séance, en interrogeant les élus sur l'ordre du jour. Si un conflit d'intérêts est susceptible de se présenter, il faudra demander à l' élu de sortir de la salle au moment où le sujet est abordé.
 - **S'abstenir de prendre part à tout le processus décisionnel**, y compris lors des débats, du vote, ou même de la préparation du dossier. **L' élu doit sortir de la salle au moment du vote, la seule présence peut être perçue comme une forme d'influence.**
 - **Prendre un arrêté de déport**, pour les maires ou présidents d'exécutif local estimant ne pas pouvoir exercer leurs compétences en raison d'un conflit d'intérêts¹⁹.

Exemple : si un permis de construire est délivré par la commune, l' élu ne peut en aucun cas participer à la délibération délivrant le permis de construire.

- Sanctions**
- 5 ans d'emprisonnement
 - 500 000€ d'amende (porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction)
 - Peines complémentaires : art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.

¹⁸ Article L.2131-11 du CGCT : « 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 ».

¹⁹ Cette possibilité de déport, introduite par la loi 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et précisée par le décret n° 2014-90 du 31 janvier 2014, offre aux élus locaux un moyen pratique (l'arrêté de déport) leur permettant de prévenir les conflits d'intérêts. Cependant, le déport ne doit pas être de pure façade. Il doit se traduire dans les faits par l'absence de toute immixtion de l' élu dans la gestion du dossier qui le concerne.

4.1.2. La corruption

Le trafic d'influence

L'article 432-11, 2° du Code pénal prévoit qu'un élu ne peut solliciter ou accepter un avantage en échange de l'abus de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. Ce délit est qualifié même lorsque l'avantage est accordé à la collectivité et non à l' élu.

- Bonnes pratiques**
- **Refuser** poliment mais fermement tout cadeau ou service en rappelant les principes de déontologie ;
 - **Proscrire toute contrepartie à un avis rendu**, notamment :
 - Participation financière d'un développeur à un événement communal
 - Réalisation de travaux non liés directement au projet.
- De plus, si un avis doit être rendu relativement à un projet en phase de développement sont à proscrire
- Toute demande de participation financière du développeur à un événement de la commune
 - Toute demande de réalisation de travaux, d'investissement ou tout autre service qui ne soit pas strictement lié aux impacts du projet

Si le préfet est compétent dans la procédure de développement du projet et qu'une autorisation est nécessaire, aucune contrepartie ne peut être exigée ou reçue pour exercer une influence positive ou négative auprès de la préfecture par l' élu.

- Sanctions**
- 10 ans d'emprisonnement
 - 1 000 000€ d'amende (porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction)
 - Peines complémentaires : art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.

La concussion

Selon l'article 432-10 du Code pénal, l' élu ne peut réclamer au développeur la réalisation de travaux, d'investissement ou le versement de sommes d'argent qui ne sont pas dues par lui au regard de la réglementation.

- Sanctions**
- 5 ans d'emprisonnement
 - 500 000€ d'amende (porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction)
 - Peines complémentaires : art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.

La corruption passive

Selon l'article 432-11, 1°, l' élu ne peut solliciter ou accepter un avantage en échange de l'accomplissement d'un acte ou d'une abstention qui relève de ses prérogatives ou qui est facilité par sa position.

- Sanctions**
- 10 ans d'emprisonnement
 - 1 000 000€ d'amende (porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction)
 - Peines complémentaires : art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.

- Bonnes pratiques**
- La collectivité **ne peut subordonner son avis** à la mise en œuvre de mesures d'accompagnement²⁰.
 - Les mesures sont par principe **proposées par le développeur**. Elles ne peuvent pas faire l'objet de négociations, *a fortiori* avant la délivrance de l'autorisation du projet et l'avis rendu par la collectivité
 - Les mesures doivent avoir **un lien direct** avec le projet et son insertion dans le territoire
 - Les mesures doivent **être proportionnées aux incidences du projet**
 - Les mesures **sont prioritairement réalisées** sur des terrains privés ou à destination d'acteurs privés sans lien avec les collectivités ou les élus/agents

²⁰ Ces mesures visent à favoriser l'insertion des projets dans le territoire de la collectivité et à permettre une meilleure acceptabilité. Par exemple : la construction d'un sentier pédagogique, l'entretien et l'amélioration d'un chemin communal, la plantation de haies ou d'obstacles visuels.

Si la collectivité est propriétaire du terrain sur lequel le projet est envisagé :

Le terrain relève du domaine public

Il faudra une autorisation d'occupation du terrain. Depuis l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017, les collectivités qui souhaitent octroyer une autorisation d'occupation d'un terrain relevant du domaine public pour l'exercice d'une activité économique doivent organiser une procédure de sélection préalable. En cas de manifestation spontanée d'un développeur, les formalités sont allégées.

- [Guide pratique : AMI pour la mise à disposition du patrimoine public pour un projet de solarisation \(ENJ22\)](#)
- [Modèle de COT pour l'équipement en panneaux photovoltaïques des toitures publiques \(ENJ20\)](#)
- [Modèle de BEA pour l'équipement en panneaux photovoltaïques des toitures publiques \(ENJ19\)](#)

Le terrain relève du domaine privé

L'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017 ne précise pas si ces règles s'appliquent au domaine privé. Cependant, si ce domaine privé présente un véritable intérêt économique pour la société de développement, il est préférable que la collectivité s'assure de respecter le principe d'une concurrence préalable à toute délivrance d'un titre d'occupation de son domaine privé. L'autorité pourra organiser librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester (Art. L.2122-1-1 Code général de la propriété des personnes publiques).

Dans un arrêt du 2 décembre 2022, n°460100, le Conseil d'État semble reconnaître, à certaines conditions, que l'obligation de publicité et de mise en concurrence est nécessaire pour la délivrance des titres d'occupation du domaine privé d'une personne publique.

Malgré ce flou juridique, il est plus prudent d'appliquer les mêmes procédures pour le domaine public et privé.

4.1.3. Le délit de favoritisme

L'article **432-14 du Code pénal** prévoit qu'est punie toute atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats à un marché public. Ce délit est caractérisé lorsqu'un élu abuse de ses fonctions pour favoriser un tiers concerné par une procédure d'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession.

Le délit de favoritisme ne peut être imputé à la collectivité territoriale ou à la personne morale de droit public dans la mesure où l'activité d'attribution d'un marché public est regardée comme n'étant pas susceptible de faire l'objet d'une convention de délégation de service public.

Sanctions

- 2 ans d'emprisonnement
- 200 000€ d'amende (porté jusqu'au double du produit tiré de l'infraction)
- Peines complémentaires : art. 432-17 du Code pénal : inéligibilité, etc.

Bonnes pratiques

- Pour l'attribution d'un contrat de concession ou un marché public à la société de production dont elle est actionnaire, il sera nécessaire de procéder à une mise en concurrence conformément aux dispositions du code de la commande publique
- La publicité du marché doit être garantie
- Au cours de la recevabilité des candidatures il ne peut y avoir de régularisation en cas de dépassement des délais impartis

4.2. Les délits communs à tous les dirigeants

Les élus désignés comme représentants des collectivités actionnaires engagent leur responsabilité pénale dans les conditions de droit commun. **Comme tout administrateur ou dirigeant de société les délits retenus peuvent être :**

La fraude fiscale²¹

S'est frauduleusement soustrait ou tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts

Le détournement de fonds publics ou péculet²²

Confusion, par un agent public, entre les derniers auxquels sa fonction lui donne accès et ses derniers propres

²¹ Article 1741 du Code général des impôts

²² Article 432-15 et 432-16 du Code pénal

L'abus de bien sociaux²³

Actes de disposition qui consistent à s'approprier directement des biens appartenant à la société ou à faire payer par celle-ci des dépenses à caractère strictement personnel.

Il s'agit d'abuser :

- **Des biens sociaux** (meubles, immeubles, patrimoine de la société)
- **Du crédit** (capacité de la société à emprunter, garantir, cautionner, sa réputation)
- **Du pouvoir et de la voix** (Dirigeants qui abusent du pouvoir qu'ils détiennent pour le fonctionnement de la société : ex : donner des ordres à des salariés de la société pour l'accomplissement de travaux dans son intérêt personnel)

4.3. Des spécificités dans les entreprises publiques locales (SEM, SEMOP, SPL)

Lorsqu'un élu siège dans une entreprise publique locale (EPL), il peut participer aux délibérations de la collectivité portant sur ses relations avec cette société **sans être considéré en situation d'illégalité**. Ils ne sont ni considérés comme **conseillers intéressés** au sens de l'article L.2131-11 du CGCT, ni comme étant dans une situation de **prise illégale d'intérêts** au sens de l'article 432-12 du Code pénal.

En effet l'article L.1524-5 du CGCT exclut la responsabilité civile et pénale de l'élu agissant en tant que mandataire des collectivités territoriales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance et exerçant les fonctions de membre ou de président du conseil d'administration, de président-directeur général, de membre ou de président du conseil de surveillance, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec l'entreprise publique locale.

Les élus **peuvent** :

- Siéger et voter dans l'organe délibérant de la collectivité quand il se prononce sur ses relations avec l'EPL (même en étant dirigeant)
- Participer aux délibérations du conseil d'administration ou de surveillance de la société portant sur ses relations avec la collectivité

La protection accordée aux élus dépend des fonctions exercées dans l'entreprise et de l'organisation interne retenue pour celle-ci. La loi protège les élus admirateurs ou dirigeants des entreprises publiques locales mais les membres du directoire ne figurent pas dans la liste des fonctions protégées.

La loi 3DS encadre cette protection et précise que lorsque la société d'économie mixte locale est candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, les élus mandataires **ne peuvent participer** :

- Aux commissions d'appel d'offres,
- Aux commissions d'analyse des dossiers de candidature
- A la délibération attribuant le contrat,
- Aux délibérations accordant les garanties d'emprunt
- Aux délibérations portant sur leur désignation ou leur rémunération²⁴.
- Aux délibérations mentionnées aux premier, troisième et dixième alinéas de l'article 1524-5 al.2 du CGCT

Dans les SEM et SEMOP

Dans les relations entre la collectivité et sa SEM/SEMOP

Les articles L.2511-1 à L.2511-5 du Code de la commande publique permettant d'attribuer directement un marché public ou une concession à une personne morale qu'elle contrôle (sans mise en concurrence) ne s'appliquent pas aux SEM. La présence d'actionnaires privés empêche la collectivité d'exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Les risques liés au délit de favoritisme doivent être pris en compte.

Précautions

Les élus représentants de la collectivité au sein de la SEM **ne participent pas aux commissions d'appel d'offres ni aux délibérations d'attribution des contrats.**

²³ Pour les SA : Article L.242-6, 3° et 4° du Code de commerce ; Pour les SAS : Article L.244-1 du Code de commerce

²⁴ Article L.1111-6 du CGCT

Dans les relations entre la collectivité et une filiale de sa SEM/SEMOP	Précautions
Les SEM peuvent créer des filiales. Les élus présents dans les instances dirigeantes de la SEM peuvent participer aux instances de ces filiales. Cependant, la protection offerte par l'article L.1524-5 du CGCT n'est pas applicable.	Lorsque la collectivité délibère sur une question en rapport avec la filiale de sa SEM dans laquelle l'élu est nommé, il devra respecter les préconisations du délit de prise illégale d'intérêts.
Dans les relations de la SEM et SEMOP avec ses prestataires	Précaution
Lorsqu'une SEM/SEMOP conclut un marché de construction ou d'exploitation d'un projet EnR elle se soumet au Code de la commande publique. Dans ses rapports avec ses prestataires, les situations de conflits d'intérêts et de favoritisme doivent être évitées.	La SEM/SEMOP doit respecter le Code de la commande publique pour les contrats passés avec des tiers. Il devra respecter les préconisations relatives au délit de prise illégale d'intérêts.
Dans les SPL	
A l'inverse de la SEM, les SPL sont détenues intégralement par les collectivités. La collectivité pourra leur attribuer directement un contrat sans publicité ni mise en concurrence.	

4.4. Dans les SA et SAS

Lors de la prise de participation au capital		Précaution
L'élu ou ses proches prennent des parts	Dans le cadre de campagnes de financement citoyen qui peut être mises en œuvre par ces sociétés de projet, un élu ou un de ses proches peut être tenté d'acquiescer des parts. Une telle participation, même symbolique et postérieure à la délibération de la collectivité à laquelle l'élu a participé, peut être constitutive du délit de prise illégale d'intérêts .	Pour éviter la prise illégale d'intérêts l'agent ou l'élu doit se conformer au 4.1.1. Notamment lorsque la collectivité : 1. Octroi d'une autorisation 2. Donne un avis sur un projet 3. Participe au capital de la société
La collectivité prend des parts	Lorsqu'une collectivité participe au capital d'une société de production d'énergies renouvelables (EnR), cette prise de participation s'effectue en contrepartie d'un apport en numéraire ou en nature, équivalent à la valeur nominale des actions souscrites. L'octroi d'actions à une collectivité sans réelle contrepartie peut relever des qualifications pénales de concussion et corruption . Certaines prestations spécifiques fournies par une collectivité peuvent justifier une rémunération, y compris sous forme de parts sociales.	La participation et la contrepartie doivent être justifiées, transparentes et évaluées objectivement .
Dans la gestion de la société		Précaution
Les dispositions protectrices de l'article L.1524-5 du CGCT ne s'appliquent pas dans les SA et SAS. Par conséquent, tout élu représentant la collectivité dans les organes de direction de ces sociétés encourt le risque de prise illégale d'intérêts, notamment lorsqu'il participe à des décisions relatives à des contrats impliquant la collectivité elle-même. De même ce risque existe lorsque la collectivité actionnaire d'une société de production d'EnR délibère sur une question en rapport avec cette société.		L'élu représentant la collectivité ne doit pas siéger aux commissions d'appel d'offres, ni participer aux délibérations d'attribution des contrats (cf . 4.1.1.)
Une société de production d'EnR, lorsqu'elle candidate à un marché public ou à une concession lancé par une collectivité présente à son actionnariat, participe à la consultation, au même titre que l'ensemble des candidats ayant déposé une offre.		Pour éviter le favoritisme et l'annulation du marché ou de la concession, la collectivité doit procéder à une publicité et une mise en concurrence en respectant les dispositions du Code de la commande publique.

4.5. Dans les SCIC

Contrairement aux entreprises publiques locales (SEM, SEMOP, SPL), la SCIC ne bénéficie d'aucun régime particulier protégeant les élus mandataires de leur collectivité des risques pénaux.

Dès lors, en participant aux délibérations sur les relations entre la collectivité et l'entreprise, l'élu pourra être considéré comme étant un conseiller intéressé ou en situation de prise illégale d'intérêts.

Les précautions signalées dans la partie 4.3 relative à la SA et SAS sont également valables dans la SCIC.

CONCLUSION

L'implication croissante des collectivités territoriales dans le développement des énergies renouvelables, via des sociétés de projet, offre de nouvelles opportunités mais soulève également des enjeux juridiques spécifiques pour les élus. Si le droit prévoit de nombreuses protections visant à limiter leur responsabilité civile et pénale lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs fonctions représentatives, des risques subsistent, notamment en matière de conflits d'intérêts et de respect des règles de la commande publique. La transparence des procédures constitue ainsi une garantie essentielle pour sécuriser ces montages et préserver la confiance dans l'action publique.

Pour aller plus loin

Adhérez à AMORCE et participez aux échanges de son réseau



Consultez nos précédentes publications

- ENJ23 – Participation des collectivités à des sociétés de projets d'ENR : points de vigilances et préconisations, AMORCE, Mars 2023
- ENJ31 – Montages juridiques d'opération d'autoconsommation individuelle et collective, AMORCE, Septembre 2023
- ENP86 – L'implication des collectivités dans les projets de production d'énergies renouvelables, AMORCE, Mars 2024
- ENJ15 – Guide des montages juridiques : production d'énergie renouvelable et réalisation de réseaux de chaleur et de froid par les collectivités, AMORCE, Juin 2020

Réalisation

AMORCE, Pôle juridique et fiscal, Théo BONFILS

Contributions et relecture

AMORCE, Pôle juridique et fiscal, Robin FRAIX-BURNET

ADEME, Robin AMAZ

BRUN - CESSAC & ASSOCIÉS, Me Cécile CESSAC

Avec le soutien technique
et financier de



AMORCE

18, rue Gabriel Péri – CS 20102 – 69623 Villeurbanne Cedex

Tel : 04.72.74.09.77 – Fax : 04.72.74.03.32 – Mail : amorcer@amorcer.asso.fr

www.amorce.asso.fr -  @AMORCE

Page 10/10

