



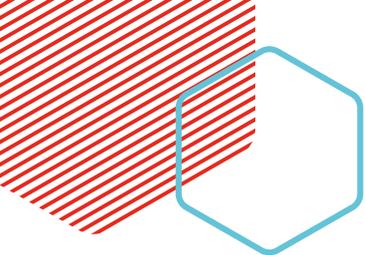
BANQUE des  
**TERRITOIRES**



# Guide des directeurs d'Epl

Les essentiels à retenir

Novembre 2022



# ÉDITORIAL

La Banque des Territoires et l'Association des directrices et directeurs d'Entreprises Publiques Locales (ADEPL) éditent pour la première fois un ouvrage à destination de celles et ceux qui s'intéressent et/ou sont concernés par la gouvernance des EPL : les directrices et directeurs de Sociétés d'Economie Mixte (SEM), Sociétés Publiques Locales (SPL) et Sociétés d'Economie Mixte à OPération unique (SEMOP) sont des chefs d'entreprises qui pilotent l'activité des sociétés qu'ils dirigent, qui impulsent toujours, qui innovent le plus souvent. Leur rôle est central, et leur accompagnement est un enjeu pour l'ensemble du mouvement de l'économie mixte.

La Banque des Territoires, 1<sup>er</sup> partenaire de l'économie mixte et l'ADEPL, par sa connaissance des dirigeants d'EPL, s'engage aujourd'hui pour mieux sensibiliser les collectivités comme l'ensemble des partenaires du mouvement sur les spécificités de la gouvernance de ces entreprises et plus particulièrement sur le statut du directeur d'EPL.

Cet ouvrage juridique et pédagogique pour un public large s'inscrit dans la continuité des travaux de l'ADEPL qui, depuis plus de 10 ans, édite pour ses adhérents un guide des directrices et directeurs d'EPL (3<sup>ème</sup> édition parue en 2017).

Mieux faire connaître et comprendre le rôle des directrices et directeurs d'EPL, leur statut, leurs missions, est un objectif partagé par la Banque des Territoires et l'ADEPL. Nous partageons ainsi la volonté de donner les moyens aux Entreprises Publiques Locales, dont nous savons la pertinence, l'efficacité et la place essentielle dans le développement des territoires, de jouer pleinement leur rôle en se dotant de gouvernance à la hauteur de leurs ambitions.

Ce travail collaboratif traduit notre partenariat solide, qui s'inscrit dans la durée. Un partenariat qui fait plus que jamais sens, mettant au centre les femmes et les hommes au cœur du mouvement de l'économie mixte.

Nous remercions les équipes qui ont collaboré à cet ouvrage, en premier lieu le cabinet Seban - Maître Farcat et Maître Enjalbert -, accompagné de la SCET

Et vous souhaitons une bonne lecture de ce bel outil dont nous sommes fiers.



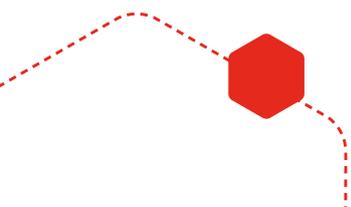
**Hervé GHIO**

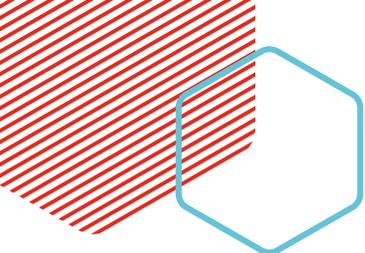
Président de l'ADEPL



**Olivier SICHEL**

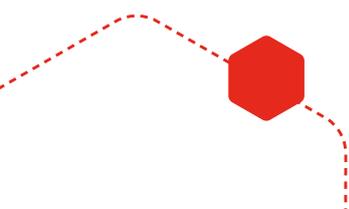
Directeur Général Délégué de  
la Caisse des Dépôts





# SOMMAIRE

<b>Éditorial</b>	<b>2</b>
<b>Partie 1 : Qu'est-ce que les EPL ?</b>	<b>4</b>
<b>UN PEU D'HISTOIRE...</b>	<b>5</b>
Rappel historique : les premières EPL	5
Les Sociétés d'Economie Mixtes (SEM)	5
La création d'autres modèles d'EPL	7
L'écosystème des EPL	10
<b>LES REGLES DE GOUVERNANCE D'UNE EPL</b>	<b>14</b>
Les sources juridiques des EPL	14
Les modalités de la gouvernance : moniste ou dualiste	15
Une gouvernance spécifique caractérisée par le contrôle des collectivités actionnaires	21
Les assemblées générales	22
Des prises de participation encadrées pour les SEM	23
<b>Partie 2 : Le directeur d'EPL</b>	<b>25</b>
<b>LE STATUT DE DIRECTEUR GENERAL, MANDATAIRE SOCIAL DE L'EPL ET LE STATUT DE DIRECTEUR SALARIE</b>	<b>29</b>
La distinction entre Directeur salarié et Directeur Général mandataire social	29
La question du cumul mandat/contrat pour le Directeur Général d'une EPL	31
<b>L'ENTREE EN FONCTION : LES QUESTIONS A SE POSER LORS DU RECRUTEMENT</b>	<b>36</b>
Le recrutement	36
Le choix du statut et le mode de nomination	37
L'entrée au service de la Société du Directeur salarié	38
La nomination et la fixation des conditions du mandat par le conseil d'administration	40
<b>L'EXERCICE DES FONCTIONS DE DIRECTEUR</b>	<b>45</b>
L'exercice des fonctions	45
Les mandats accessoires à la fonction	47
Formation et réseaux : des enjeux particuliers	49
La fin des fonctions	49
<b>Remerciements</b>	<b>52</b>



**Partie 1 :  
Qu'est-ce que  
les EPL ?**

## UN PEU D'HISTOIRE...

### Rappel historique : les premières EPL

Historiquement, la loi Strauss du 12 avril 1906 est le premier texte français autorisant la participation des communes dans des sociétés. C'est surtout après la première guerre mondiale que l'économie mixte locale émerge. En effet, les décrets-lois Poincaré des 5 novembre et 28 décembre 1926 autorisent les communes à prendre des participations dans les sociétés de construction ou d'exploitation de services communaux. Ces prises de participation étaient alors limitées à 40% du capital et devaient être approuvées par décret en Conseil d'Etat.

L'insuffisance de l'initiative privée après la seconde guerre mondiale a favorisé l'intervention économique des collectivités locales. Ainsi, le décret du 20 mai 1955 a étendu le champ d'intervention des SEM à la mise au point de projets présentant un intérêt public et a augmenté le seuil maximal de participation des collectivités de 40% à 65%. Les prises de participation majoritaire sont soumises à autorisation ministérielle et impliquent la présence d'un commissaire du gouvernement au sein de la société. Les décrets du 5 octobre 1957 et des 11 mai et 19 octobre 1959 étendent les règles applicables aux départements.

A l'occasion de la décentralisation, la loi n°83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales consacre le rôle d'entreprises publiques locales puisque les collectivités locales des SEM peuvent en être actionnaires sans autorisation du pouvoir central, conduisant à un fort développement des SEM, leur nombre doublant en 15 ans.

Enfin, la loi n°2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales a refondu leur régime juridique.

Très récemment, la loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (loi « 3DS ») a notamment renforcé les modalités de contrôle par les collectivités des EPL.

### Les Sociétés d'Economie Mixtes (SEM)

#### La SEM (L. 1521-1 CGCT)

Une SEM est une personne morale de droit privé constituée sous forme de société anonyme, dont la gouvernance est soit moniste (direction générale et conseil d'administration) soit dualiste (directoire et conseil de surveillance).

Encadré par l'article L. 1521-1 du Code général des collectivités territoriales (« CGCT »), l'objet social d'une SEM peut être :

- La réalisation d'opérations d'aménagement ou de construction ;
- L'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial ;
- La mise en œuvre de toute autre activité d'intérêt général, notion appréciée notamment à l'aune de la carence de l'initiative privée dans le domaine d'activités concerné.

Par ailleurs, l'objet social doit concourir à l'exercice d'au moins une compétence de des collectivités actionnaires de la SEM<sup>1</sup>. Enfin, si l'objet social de la société comprend plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires.

---

<sup>1</sup> Cour des comptes : « *Les insuffisances du cadre juridique et comptable applicable aux entreprises publiques locales* », 15 juin 2017.

Les règles relatives au capital social sont également encadrées par le CGCT :

- Plus de 50% du capital et des droits de vote, tant en assemblée générale qu'en conseil d'administration doit être contrôlé par des collectivités et/ou leurs groupements<sup>2</sup> ;
- L'actionnariat doit comprendre au moins une personne privée<sup>3</sup> et, éventuellement d'autres personnes publiques ;
- L'actionnariat autre que celui des collectivités territoriales et de leurs groupements est d'au moins 15% du capital social<sup>4</sup> de sorte que les collectivités et leurs groupements ne peuvent détenir plus de 85% du capital de la SEM.

Le capital social minimum d'une SEM est en principe de 37.000 euros<sup>5</sup>, à l'exception des SEM immobilières dont le capital social minimum doit être de 225.000 euros et des SEM d'aménagement de 150.000 euros<sup>6</sup>. Les EPL doivent comprendre *a minima* deux actionnaires (il n'y a pas de nombre maximum).

Les SEM sont donc des sociétés anonymes de droit privé dotées d'une personnalité juridique propre et d'un patrimoine propre et donc d'un intérêt social, qu'il convient de distinguer de celui de ses actionnaires qu'ils soient publics ou privés.

Enfin, on rappellera que l'actionnaire d'une société anonyme, qu'il soit public ou privé, voit sa responsabilité financière limitée à ses apports en capital<sup>7</sup>.

### **Cartographie des EPL**

En 2022, 1 376 EPL étaient en activité en métropole dont 110 sur les territoires ultra-marins. Elles sont à l'origine de 25,7 milliards d'euros de valeur ajoutée et de 257 000 emplois. La répartition des EPL par domaine d'activité principale se décompose comme suit :

- 38 % en aménagement
- 32 % en tourisme, culture et loisirs
- 21 % en environnement et réseaux
- 16 % en développement économique
- 15 % en habitat et immobilier
- 10 % en mobilité et stationnement
- 6 % en service à la personne

Durant la crise de la Covid, la baisse d'activité globale des EPL n'a été que de 5,1 %, témoignant de leur importance et de leur créativité pour maintenir leur activité au service de l'intérêt général malgré les obstacles. Les activités liées à la mobilité et au stationnement, ainsi qu'au tourisme, à la culture et aux loisirs, ont été cependant plus durement touchées.

Au 1<sup>er</sup> juin 2022, la santé économique des entreprises est fortement impactée par conjoncture géopolitique, et l'augmentation des coûts des matières premières qui s'en suit. 66% des SEM, SPL et SemOp en sont affectées de manière substantielle.

---

<sup>2</sup> CGCT, art. L. 1522-1. Par ailleurs, l'article L. 1525-1 pose d'autres règles sur la répartition du capital pour certaines SEM.

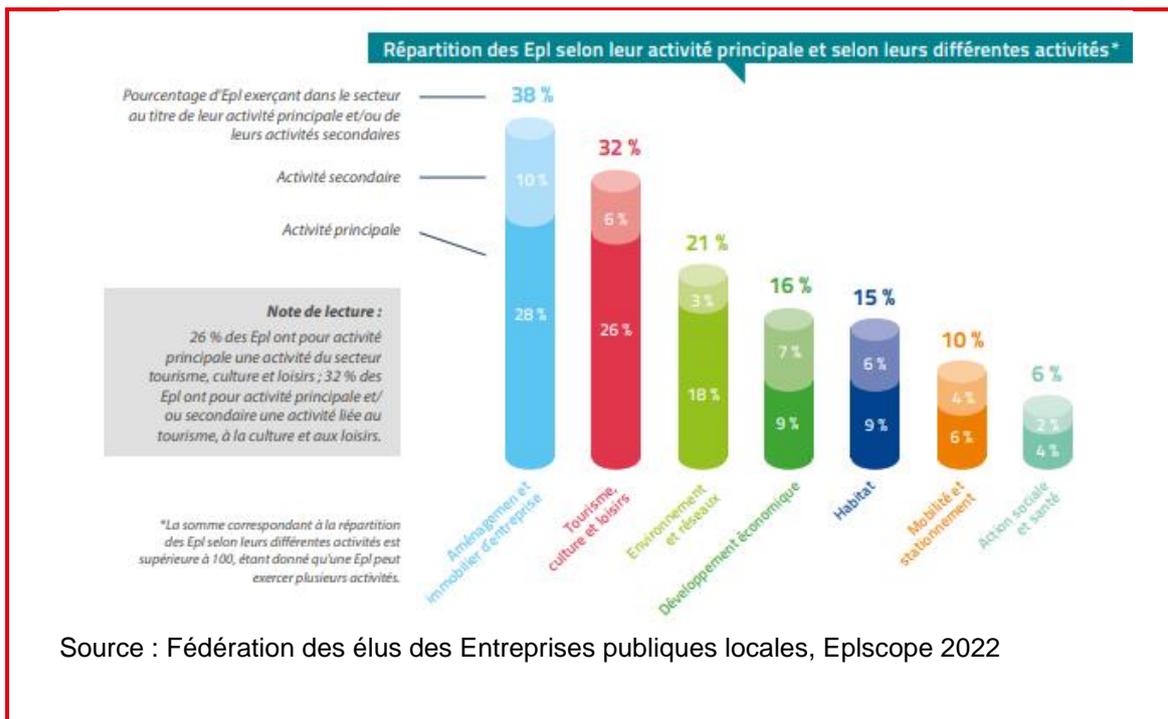
<sup>3</sup> CGCT, art. L. 1521-1.

<sup>4</sup> CGCT, art. L. 1522-2.

<sup>5</sup> C. com. art. L. 224-2.

<sup>6</sup> CGCT, art. L. 1522-3.

<sup>7</sup> C. com. art. L. 225-1.



### L'économie mixte en Europe

Rencontrées au sein des pays nordiques dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle (Suède, Finlande) puis en Allemagne, les premières structures européennes similaires aux SEM se situent dans les pays du Sud depuis les années 1980 (Italie, Espagne, Portugal, Grèce). La tradition libérale anglo-saxonne explique qu'il y en ait très peu au Royaume-Uni et en Irlande puisque la gestion des services publics y est principalement confiée à des entreprises privées.

Entre 2008 et 2020, le nombre d'EPL en Europe a doublé passant de 16.000 à 32.000. Elles représentent aujourd'hui environ 1,5 millions d'emplois et un chiffre d'affaires cumulé de plus de 300 milliards euros.

Ces EPL se définissent toutes comme des sociétés de droit privé dont le capital est détenu, en partie ou en totalité, par les collectivités locales qui en assurent la gouvernance. Leurs caractéristiques et formes juridiques sont déterminées par la législation propre à chaque pays d'implantation.

### La création d'autres modèles d'EPL

Outre les SEM, d'autres types d'EPL, dont certaines très récentes, ont été créés par le législateur.

#### La société publique locale (art. L. 1531-1 du CGCT)

La société publique locale (« SPL ») est une personne morale de droit privé qui peut être créée par les collectivités territoriales et leurs groupements dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi. Elle revêt également la forme d'une société anonyme et est donc régie par le Code de commerce et les dispositions du CGCT applicables aux SEM, sauf dispositions plus spécifiques prévues à l'article L. 1531-1 du CGCT.

Son capital est uniquement détenu par des collectivités territoriales ou par leurs groupements, excluant ainsi toute possibilité d'y faire entrer un actionnaire privé.

Notons dès à présent que cette caractéristique est en elle-même un indice nécessaire mais non suffisant de l'existence d'un contrôle analogue, qui est l'une des trois conditions à satisfaire pour caractériser une relation de quasi-régie permettant la non-application des règles de la commande publique aux relations entre la SPL et ses collectivités actionnaires.

En effet, et plus généralement, l'existence d'un contrôle analogue doit s'inscrire dans un lien de dépendance institutionnel très fort<sup>8</sup>.

La SPL ne peut exercer ses activités que pour le compte de ses actionnaires, sur le territoire des collectivités et groupements qui en sont membres. L'objet social de la SPL, inspiré de celui prévu pour les SEM, consiste dans la réalisation d'opérations d'aménagement ou de construction, dans l'exploitation de services publics à caractère industriel ou commercial ou dans toutes autres activités d'intérêt général.

### *La société d'économie mixte à opération unique (art. L. 1541-1 et suivants du CGCT)*

Créée par la loi n°2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014, la société d'économie mixte à opération unique (SemOp) est un outil qui vise à adapter le droit français à la notion européenne de partenariats public-privé institutionnels.

Il s'agit d'une SEM comprenant un actionariat privé et au moins une collectivité ou un groupement de collectivités territoriales. Cet actionnaire public doit détenir entre 34% et 85% du capital de la SemOp.

L'objet de la SemOp ne peut être que la conclusion ou l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale actionnaire. Cet objet est unique et il ne peut être modifié pendant la durée du contrat. La durée de la SemOp est d'ailleurs limitée à la durée de l'exécution du contrat pour lequel elle a été constituée.

La sélection de l'opérateur économique et l'attribution du contrat à la SemOp sont effectuées par appel public à la concurrence selon les procédures applicables aux délégations du service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement, ou aux marchés publics, en fonction du contrat destiné à être conclu.

À l'issue de la mise en concurrence et de la sélection du candidat, la société est créée et le contrat peut être conclu entre la collectivité ou le groupement et la SemOp qui est substituée à l'opérateur privé sélectionné devenu son actionnaire<sup>9</sup>. Cette substitution autrefois considérée comme contraire au droit de la commande publique par le Conseil d'Etat est ainsi aujourd'hui expressément autorisée et organisée par le législateur.

Divers textes successifs ont créé trois variétés de SemOp adaptées à des objets particuliers. En effet la loi n°2015-991 du 7 août 2015 a créé la SEM d'aménagement à opération unique dans le Code de l'urbanisme<sup>10</sup> pour les opérations de construction, de développement du logement ou d'aménagement. La loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte est venue créer la SEM hydroélectrique à opération unique dont l'objectif est d'assurer l'exécution d'une concession hydroélectrique. Enfin, l'ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015, autorise un syndicat mixte constitué sur le fondement de l'article L. 5721-2 du CGCT, incluant un établissement public disposant d'un domaine public fluvial à créer une SemOp<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> cf. Fédération des EPL, *SPL et contrôle analogue, modalités pratiques du in house*, Collection Mode d'emploi, octobre 2020.

<sup>9</sup> CGCT, art. L. 1541-2.

<sup>10</sup> Code de l'urbanisme, art. L. 32-10-1.

<sup>11</sup> CGCT, art. L. 1541-1.

### *La SPL d'aménagement d'intérêt national (loi n°2017-257 du 28 février 2017)*

Créée par la loi n°2017-257 du 28 février 2017, la SPL d'aménagement d'intérêt national (« SPLA-IN ») est une société anonyme à capitaux exclusivement publics qui peut être créée par l'Etat ou un établissement public d'aménagement avec au moins une collectivité ou un groupement de collectivités territoriales.

La présence d'une collectivité détenant au moins 35% du capital et des droits de vote de la SPLA-IN est nécessaire.

Une telle société peut organiser, réaliser ou contrôler les opérations suivantes :

- Toute action ou opération d'aménagement, au sens du Code de l'urbanisme, relevant de la compétence de l'Etat ou certains de ses établissements publics ou de la compétence d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales actionnaire ;
- Toute action ou opération de construction ou de réhabilitation d'équipements d'intérêt collectif et de services publics relevant de la compétence d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales actionnaire<sup>12</sup>.

La SPLA-IN repose sur le mécanisme du *in house* qui permet d'éviter les procédures de publicité et de mise en concurrence pour les contrats ou prestations souscrits entre une telle structure et ses membres.

### *Les sociétés locales universitaires (SPLU) : une nouveauté de la loi 3DS*

Créées par la loi 3DS à l'article L.762-6 du Code de l'éducation, les sociétés publiques locales universitaires sont une nouvelle forme de partenariat capitalistique entre les universités et les collectivités locales.

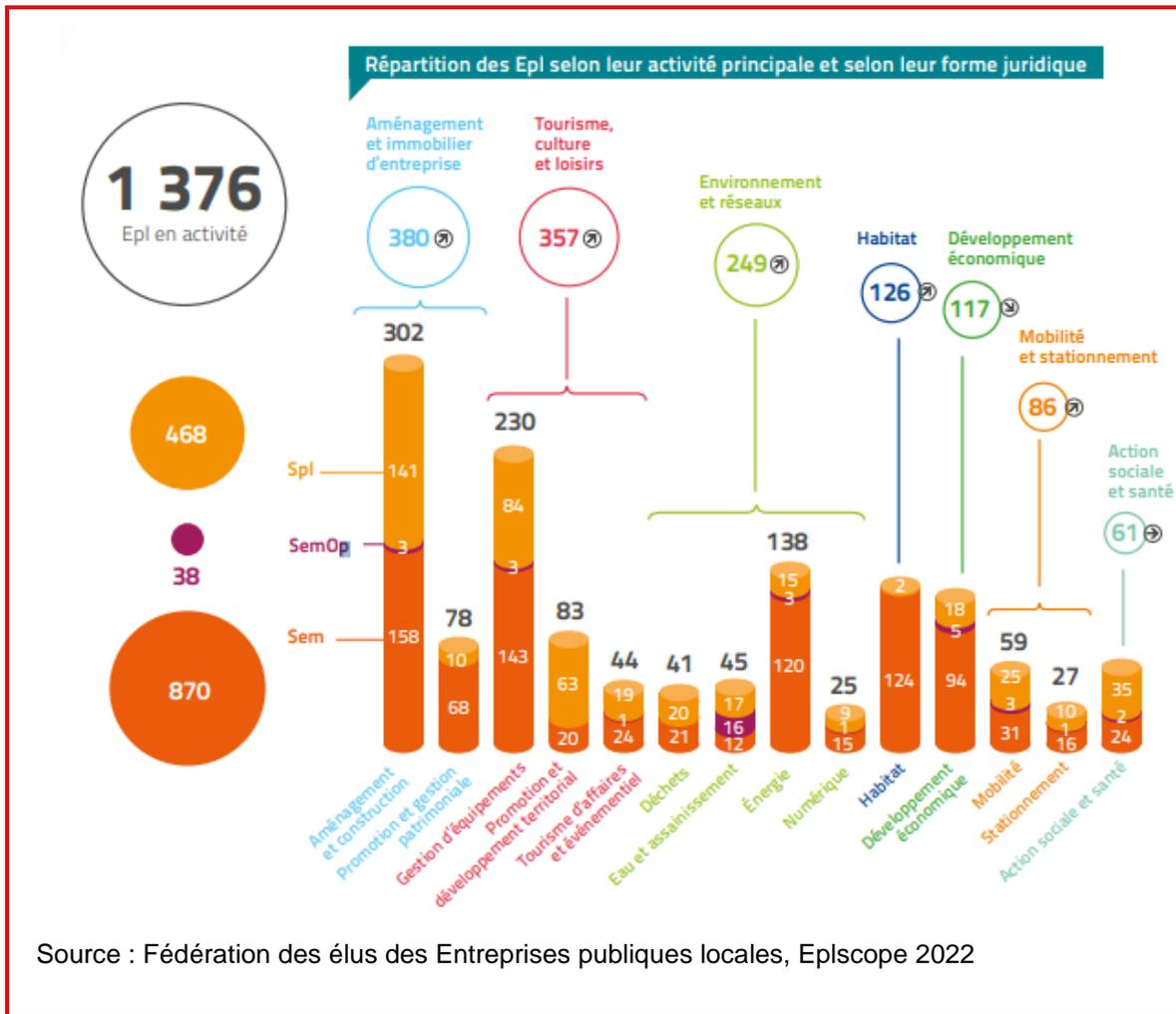
Ces sociétés ne sont pas des sociétés d'économie mixte à proprement parler mais des sociétés commerciales dans lesquelles un établissement public d'établissement supérieur peut s'associer avec les collectivités et leurs groupements détenant au moins une compétence en lien avec son objet social. La participation de l'établissement public d'enseignement supérieur doit être au moins égale à 35% du capital et des droits de vote et les collectivités et de leurs groupements ne peuvent détenir plus de 35% du capital social de la société. Elles ont pour objet de contribuer à la gestion et à la valorisation du patrimoine immobilier de l'établissement public d'enseignement supérieur.

#### **Succès de ces nouvelles formes juridiques**

Les 1 376 EPL françaises sont réparties entre 870 Sem, 4368 SPL et 38 SemOp. On compte beaucoup de Sem sur les thématiques de l'aménagement et immobilier d'entreprise (226), du tourisme (187) et de l'habitat (124). Les SPL sont surtout nombreuses à avoir pour activité principale le tourisme (166) et l'aménagement et immobilier d'entreprise (151). Enfin, si les 38 SemOp sont distillées sur divers domaines, une majorité est positionnée sur des enjeux liés à l'environnement et aux réseaux (20).

---

<sup>12</sup> Code de l'urbanisme, art. L. 327-3.



## L'écosystème des EPL

*Les relations entre les collectivités et les EPL*

Les collectivités actionnaires entretiennent avec leurs EPL des liens juridiques multiples qu'il convient de bien distinguer :

- Les liens juridiques liés à la qualité d'actionnaire de l'EPL de la collectivité :

La spécificité des EPL réside dans leur actionnariat public majoritaire. Ainsi les collectivités peuvent souscrire, acquérir des actions d'EPL et, à cet effet leur faire des apports en nature ou en numéraire, et également leur consentir des avances en compte courant<sup>13</sup>.

Ainsi, une collectivité peut agir en qualité d'actionnaire d'une EPL : c'est le cas lorsque le représentant de la collectivité désigné à cet effet en assemblée délibérante exprime le vote de la collectivité à l'assemblée générale de l'EPL mais également lorsque la collectivité prend des décisions concer-

<sup>13</sup> CGCT, art. L. 1522-4 et suivants.

nant son investissement en capital dans la société (acquisition, cession, souscription à une augmentation de capital par exemple) ou encore lorsqu'elle conclut un pacte d'actionnaires avec d'autres actionnaires de l'EPL. La collectivité peut également, en sa qualité d'actionnaire, faire des avances en compte-courant à une EPL<sup>14</sup>.

Par ailleurs, la collectivité est appelée à intervenir dans la gouvernance de l'EPL, au travers de ses représentants siégeant au conseil d'administration ou de surveillance de l'EPL.

A ce titre, et comme tout membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, l'élu représentant la collectivité ne bénéficie d'aucun droit particulier à s'immiscer dans les décisions de gestion opérationnelle de l'EPL, pas plus qu'il n'a la capacité de donner des instructions directes aux salariés de l'EPL.

A défaut, ces représentants seraient susceptibles d'engager la responsabilité de leur collectivité en qualité de dirigeants de fait.

Il appartient donc à chaque représentant, selon l'organe dans lequel il siège, de rester dans le champ des prérogatives et droits conférés à l'organe auquel il participe, en tant que composante de cette collégialité en charge de l'intérêt social de l'EPL.

Enfin, un représentant de la collectivité peut être désigné pour exercer les fonctions de président du conseil d'administration, exerçant ou non la direction générale<sup>15</sup> ou de président du conseil de surveillance de l'EPL. Dans ce cas, ce représentant devra inscrire son action dans le cadre défini par les statuts de l'EPL, ses décisions devant être guidées par l'intérêt social de l'EPL.

■ Les liens juridiques pouvant résulter de contrats conclus entre l'EPL et la collectivité :

La collectivité peut également être cocontractante de l'EPL.

Dans ce cas, tant la collectivité que l'EPL peuvent avoir des intérêts distincts et la qualité d'actionnaire de l'EPL de la collectivité ne peut avoir, au plan juridique, d'influence sur leurs relations contractuelles.

C'est la raison pour laquelle la nouvelle rédaction de l'article L.1524-5 du CGCT prévoit une obligation de déport des élus représentant la collectivité au conseil d'administration ou de surveillance de l'EPL pour les décisions de la collectivité territoriale ou du groupement attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique, une garantie d'emprunt ou une aide, ni aux commissions d'appel d'offres lorsque l'EPL est candidate.

### *Contrôles des EPL*

Avant d'aborder les différents contrôles auxquels les EPL sont soumises, on rappellera que les EPL doivent dans tous les cas et depuis la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 (Loi Pacte) désigner au moins un commissaire aux comptes, après mise en concurrence<sup>16</sup>. Cette désignation relève de la compétence de l'assemblée générale ordinaire de la SEM.

Les SPL et SemOp sont soumises aux mêmes contrôles que les SEM.

Les EPL sont également soumises au contrôle financier des Chambres Régionales des Comptes (« CRC ») en application de l'article L. 211-8 du Code des juridictions financières.

---

<sup>14</sup> CGCT, art. L. 1522-4 et L. 1522-5.

<sup>15</sup> Il est rappelé qu'un élu exerçant la seule direction générale d'une EPL ne bénéficiera pas de la protection organisée à l'article L. 1524-5 du CGCT.

<sup>16</sup> CGCT, art. L. 1524-8.

S'agissant plus particulièrement des SemOp, les CRC sont compétentes pour vérifier les comptes des SemOp si les collectivités territoriales apportent un concours financier supérieur à 1 500 euros ou si elles détiennent plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants, ou encore si elles exercent un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion. La gestion des SemOp peut également être contrôlée par la chambre.

En outre, la CRC compétente peut être saisie par le préfet dans le cadre de son contrôle spécifique des actes de la SEM, lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière pesant sur la ou les collectivités ou sur leurs groupements actionnaires ou à accroître le risque encouru par cette ou ces collectivités lorsqu'elles ont garanti un emprunt contracté par la société<sup>17</sup>.

A peine de nullité, les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance et des assemblées générales des SEM, les comptes annuels, les rapports du commissaire aux comptes (et les concessions d'aménagement le cas échéant) sont communiqués dans le mois suivant leur adoption au préfet du département. Cette communication peut s'effectuer par voie électronique ou par tout autre moyen permettant d'attester une date certaine<sup>18</sup>.

Par ailleurs, le préfet exerce un contrôle de légalité sur certains actes des SEM : les délibérations portant création de la SEM, les contrats qu'elles concluent pour le compte d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public de coopération intercommunale (CE, 28 juill. 1995, *préfet région Île-de-France c/ Sté de gérance Jeanne d'Arc*, n° 143438) et les actes relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, pour le compte soit d'une commune ou d'un EPCI (CGCT, art. L. 2131-2, 8°), soit d'un département ou d'une institution interdépartementale (CGCT, art. L. 3131-2, 7°) ou soit d'une région ou d'un établissement public interrégional (CGCT, art. L. 4141-2, 6°).

Enfin, outre les contrôles pouvant être engagés envers toute autre entreprise (fiscalité, URSSAF, CNIL, DGCCRF, etc), les EPL peuvent également être soumises à des contrôles spécifiques liés à leurs activités réglementées. Ainsi par exemple les SEM de construction et de gestion de logements sociaux au sens de l'article L. 481-6 du Code de la construction et de l'habitation sont soumises au contrôle de l'Agence nationale de contrôle du logement social. Les EPL peuvent également être contrôlées par l'Agence Française Anticorruption<sup>19</sup>.

### *Les EPL sont des pouvoirs adjudicateurs soumis aux règles de la commande publique*

#### ■ Le principe

Les EPL sont des pouvoirs adjudicateurs au sens du Code de la commande publique (« CCP ») et doivent ainsi respecter les règles de publicité et de mise en concurrence préalables.

Plus précisément, il est considéré que les SEM remplissent les critères de qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice.

Ainsi, depuis 2015, la position de la Fédération des EPL est de considérer que « [d]ans la plupart des cas, les Sem sont des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des organismes créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général dont le caractère n'est pas purement industriel ou commercial ».

Cette position a été récemment corroborée par un arrêt de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF, 3 décembre 2021, *Société anonyme d'économie mixte locale TERACTION*, n° 254-861) qui a considéré qu'une SEM était un pouvoir adjudicateur puisqu'elle remplissait tous les critères de qualification, dont celui tenant en la satisfaction d'un « *besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial* » et ce, quand bien même lorsque ladite société exerce une partie de ses

<sup>17</sup> CGCT, art. L. 1524-2.

<sup>18</sup> CGCT, art. L. 1524-1.

<sup>19</sup> art. 3 de la loi 2016-691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 »).

activités dans un cadre concurrentiel, car elle n'en satisfait pas moins, et pour une large part, des besoins ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.

S'agissant des SemOp, la qualification en tant que pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice devra faire l'objet d'une analyse *ad hoc*.

■ L'exception de quasi-régie dans les relations entre une EPL et sa collectivité actionnaire

Se pose fréquemment la question du respect des règles de la commande publique pour la fourniture de prestations commandées à une EPL par leurs collectivités – actionnaires.

Sur ce point, il est important de retenir qu'une SEM ne bénéficie d'aucune exception aux règles de la commande publique (puisque'elle ne remplit pas les trois conditions cumulatives de la quasi-régie - cf. CCP, art. L. 2511-1 et suivants) pour les marchés et contrats attribués par une collectivité, et ce quand bien même celle-ci serait actionnaire de la société.

S'agissant par contre des contrats conclus entre les SPL et leurs actionnaires – personnes publiques, ceux-ci peuvent en principe être conclus sans publicité, ni mise en concurrence préalable. Toutefois, il conviendra de s'assurer du respect, dans les relations entre la collectivité et la SPL, des conditions cumulatives de la quasi-régie, et en particulier celles relatives au contrôle analogue et à la réalisation exclusive de l'essentiel de l'activité pour le compte de ses actionnaires.

S'agissant enfin de la SemOp, celle-ci a pour spécificité d'être un partenariat public-privé institutionnalisé. Dans ce cadre, le mode de sélection par la collectivité du ou des partenaires privés - qui deviendront actionnaires de la SemOp - ainsi que l'attribution du contrat à la SemOp respecte les règles de la commande publique (CGCT, art. L. 1541-2).

*La Fédération des Elus des Entreprises Publiques Locales (« FedEpl »)*

La Fédération des Elus des Entreprises Publiques Locales est une association qui rassemble les 11 000 élus de toute la France. Elle est affiliée au réseau européen des 32 000 Entreprises publiques locales représenté par le SGI Europe, le regroupement européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics.

Les missions de la Fédération des Elus des Entreprises Publiques Locales sont :

- L'action politique : pour garantir aux Epl le cadre législatif et réglementaire le plus favorable possible, elle dialogue en permanence avec les ministères, administrations, parlementaires, etc. La FedEpl instaure des temps d'échange continus avec les adhérents, notamment via des congrès, rencontres nationales et conférences qui permettent le partage de bonnes pratiques.
- L'accompagnement des adhérents de la FedEpl : elle aide à préparer l'avenir et renforcer la performance des Epl dans l'ensemble de leurs activités. Elle déploie des ressources et actions adaptées à leur évolution pour les aider à gagner des parts de marché. Sa palette d'expertises, les temps forts de son animation du réseau se font au plus près des besoins et aspirations des Epl.
- L'action territoriale : elle promeut le modèle Epl auprès des collectivités locales et les accompagne dans le pilotage de leurs opérateurs et leurs choix de modes de gestion. La FedEpl œuvre à renforcer la connaissance des différents outils de la gamme Epl à l'intention des décideurs locaux et est aux côtés des collectivités intéressées par les Epl pour renforcer le pilotage de leurs opérateurs et les accompagner dans leurs réflexions. Ce dialogue avec les collectivités locales s'organise avec le soutien des 14 Fédérations régionales.

La Fédération est également présente au sein de multiples instances et organismes nationaux et européens dans lesquels elle relaie les préoccupations et initiatives des Epl.

### *L'association ADEPL*

Parce qu'ensemble nous sommes plus forts, l'ADEPL permet de développer des liens de solidarité entre dirigeants d'EPL.

L'ADEPL aide, informe et accompagne les dirigeants d'EPL pour résoudre les problématiques du quotidien grâce aux outils mis à disposition (guide du directeur, enquêtes, ...) et aux rendez-vous tout au long de l'année pour échanger entre directeurs d'EPL mais aussi avec nos partenaires et divers intervenants. Sept membres de l'ADEPL participent au Conseil d'Administration de la FedEpl et deux au Bureau pour porter la voix des Directrices et Directeurs d'EPL.

Ensemble, nous prenons en main les sujets qui nous concernent, nous partageons les bonnes pratiques et trouvons des réponses à nos questions...

### *Le Réseau SCET*

Acteur d'intérêt général et filiale à 100% de la Caisse des Dépôts, le groupe SCET (constitué de 4 sociétés) accompagne et conseille les acteurs des territoires. Au sein de la Banque des Territoires, le groupe mobilise toutes les compétences disponibles de l'écosystème de la Caisse des Dépôts et propose une offre complète sur toute la chaîne de valeur des projets de territoire : conseil aux collectivités et appui à l'économie mixte, conseil en urbanisme et aménagement, conseil en immobilier et aux acteurs du logement.

Le réseau SCET est un réseau professionnel de 350 adhérents, entreprises publiques locales et bailleurs sociaux. Les adhérents ont accès à un « bouquet » de services dont les différentes composantes permettent :

- **De gagner du temps et de sécuriser l'activité** : veille et décryptage de l'actualité, documents types, fiches pratiques, boîtes à outils, conseil de premier niveau « e-conseil » et au-delà accès à toutes les expertises du Groupe SCET
- **D'enrichir ses pratiques** : rencontres, webinaires, groupes de travail, réseau social de l'économie publique locale
- **De s'inspirer et de se positionner** : observatoires, publications, base projets
- **De renforcer sa visibilité** : communication, valorisation des projets, recrutement, école des directeurs.

## LES REGLES DE GOUVERNANCE D'UNE EPL

### Les sources juridiques des EPL

En raison de leur forme et en tant que sociétés, les EPL sont régies par le Code général des collectivités territoriales, le Code de commerce et le Code civil.

En outre, les règles de fonctionnement des EPL figurent dans leurs statuts qui déterminent les rôles affectés à chaque organe de la société (direction générale, conseil d'administration, conseil de surveillance, éventuellement assistés d'un comité consultatif, assemblées générales ordinaire et extraordinaire) en fonction du milieu réglementaire dans lequel intervient la SEM. Par ailleurs, un règlement intérieur du conseil d'administration, du conseil de surveillance, voire du directoire peut régir et rappeler les modalités de fonctionnement de ces instances et compléter les statuts.

Enfin, les relations entre tout ou partie des actionnaires d'une EPL peuvent également être régies par un pacte d'actionnaires.

Ce pacte, entre actionnaires, est un document contractuel qui vient plus précisément définir le positionnement et les engagements des actionnaires par rapport à l'activité de la société, au travers notamment de la validation régulière du plan d'affaires de la société et de tous événements intrinsèques ou extrinsèques qui auraient un impact significatif sur l'activité de la société.

Ainsi, au travers de cette documentation, il pourra être demandé au directeur général (ou toute personne ayant le mandat de direction de la société) une remontée d'informations régulières sur l'activité de la société, une prise de décision par le conseil d'administration préalable à l'engagement des opérations les plus importantes, des objectifs de rentabilité par opération et de la société...

## Les modalités de la gouvernance : moniste ou dualiste

Les actionnaires d'une société anonyme doivent opter pour l'une des deux formes : moniste (conseil d'administration) ou dualiste (directoire et conseil de surveillance), étant précisé qu'en cours de vie sociale le fonctionnement de la société peut être modifié.

La loi ne privilégie aucun de ces modes de gouvernance. Notons toutefois que la très grande majorité des EPL sont des sociétés anonymes à conseil d'administration. La formule dualiste est généralement déconseillée en raison de la lourdeur de sa gestion administrative mais il peut arriver qu'elle puisse être adaptée dans certaines situations particulières.

### *La société anonyme moniste*

La gouvernance d'une société anonyme moniste comprend un conseil d'administration qui nomme un directeur général (qui ne peut être qu'une personne physique) et éventuellement un ou plusieurs directeurs généraux délégués<sup>20</sup>.

Les fonctions de directeur général peuvent être exercées par le président du conseil d'administration. On parle alors de cumul des fonctions de présidence du conseil et de direction générale.

Lorsqu'elles sont exercées par des personnes différentes, on parle alors de dissociation.

En toutes hypothèses, il conviendra de s'assurer du suivi des règles applicables en matière de limites d'âge et de cumul des mandats.

Les règles relatives à la composition, aux attributions du conseil d'administration ainsi qu'au statut de l'administrateur sont exposées ci-après.

#### ■ La composition du conseil d'administration

La composition du conseil d'administration d'une EPL est régie par le CGCT et le droit commun de la société anonyme. Le conseil d'administration est un organe collégial composé de 3 à 18 membres<sup>21</sup> dans lesquels on retrouve :

- D'une part, les administrateurs représentant des collectivités territoriales et/ou leurs groupements actionnaires désignés par lesdites collectivités. La représentation des collectivités actionnaires est définie à l'article L.1524-5 du CGCT. Ces représentants peuvent être relevés de leurs fonctions par l'assemblée délibérante de la collectivité qui les a désignés.

---

<sup>20</sup> Nombre max de DGD : cinq (Ccom L. 225-53)

<sup>21</sup> C. com. art. L. 225-17.

- D'autre part, les autres administrateurs désignés à la constitution par les statuts et par la suite par l'assemblée générale ordinaire. Ces administrateurs, personnes physiques ou morales ayant désigné un représentant permanent sont titulaires d'un mandat social à durée limitée de 6 années au maximum<sup>22</sup> et sont rééligibles. Ils sont révocables<sup>23</sup>.

Le conseil d'administration doit être composé en recherchant une représentation équilibrée des hommes et des femmes<sup>24</sup>.

Enfin, dans le choix des administrateurs, il convient d'être vigilant sur les conflits d'intérêts potentiels pouvant se présenter.

Etant rappelé que le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents ou réputés présents<sup>25</sup>, il peut être recommandé de retenir, lorsque cela est possible, un effectif limité.

Depuis la loi 3DS, les élus représentant les collectivités dans la gouvernance des EPL ne sont plus considérés, du seul fait de leur qualité d'élus, comme intéressés à l'affaire, ni au sens du CGCT, ni au sens du Code pénal réprimant le délit de prise illégale d'intérêt. Ils n'ont donc plus à se déporter lorsque la collectivité ou le groupement dont ils sont élus délibère sur une affaire intéressant l'EPL, et, réciproquement<sup>26</sup>.

La loi précitée crée toutefois plusieurs exceptions et maintient l'obligation de déport :

- Lorsque la délibération de la collectivité a pour objet d'attribuer à la SEM un marché public, une garantie d'emprunt, ou une aide au sens des articles L.1511-2 et L.1511-3 du CGCT (subvention, bonification d'intérêt, prestation de service, prêts et avances remboursables à taux nul ou à des conditions favorables, etc.), hors délibération relative au vote d'une dépense obligatoire ou du budget ;
- Lorsque la délibération porte sur la désignation de l'élu ou sa rémunération au sein de la personne morale.

De même, l'élu ne participera à aucune commission d'appel d'offres portant sur un marché pour laquelle la SEM est candidate.

S'agissant des dispositions régissant le cumul des mandats en sociétés anonymes, une personne physique ne peut exercer, dans des sociétés anonymes établies sur le territoire français, à l'exception des sociétés contrôlées, plus de cinq mandats d'administrateur, en ce compris les fonctions exercées à titre de représentant permanent d'une personne morale<sup>27</sup>.

Par ailleurs, le Code de commerce prévoit expressément un régime dérogatoire pour les représentants des collectivités : les mandats de président, directeur général ou d'administrateur d'une SEM exercé par un représentant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités ne sont pas pris en compte pour l'application des règles relatives au cumul des mandats sociaux<sup>28</sup>.

Enfin, le conseil d'administration peut également comporter des censeurs qui sont des personnes physiques choisies pour mener des missions spécifiques ou apporter un éclairage technique aux administrateurs. Ils ont voix consultative au conseil d'administration de la société et les dispositions concernant les administrateurs ne leur sont pas applicables ; il appartient donc aux statuts de fixer leurs nombres, leurs attributions, les modalités de leur désignation, etc.

---

<sup>22</sup> C. com. art. L. 225-18.

<sup>23</sup> Révocables par l'assemblée générale *ad nutum* sans qu'un juste motif soit requis, sous réserve toutefois qu'elle ne soit pas entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires.

<sup>24</sup> C. com. art. L. 225-17.

<sup>25</sup> C. com. art. L. 225-37.

<sup>26</sup> CGCT, art. L. 1111-6 et L. 1524-5.

<sup>27</sup> C.com. art. L. 225-21.

<sup>28</sup> C. com. art. L. 225-95-1.

■ Les attributions du conseil d'administration

Les attributions du conseil d'administration n'appartiennent pas individuellement aux membres dudit conseil mais au collège que ces derniers forment ensemble. Le conseil d'administration est donc un organe collégial qui détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Il se saisit de toutes questions intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent, dans la limite de l'objet social et des pouvoirs dévolus aux assemblées d'actionnaires. Il est consulté pour tout sujet présentant un caractère stratégique pour la société et peut opérer des contrôles et vérifications<sup>29</sup>.

Il se réunit aussi souvent que l'intérêt de la société l'exige, en fonction d'une périodicité fixée par les statuts ou sur demande d'un groupe d'administrateurs ou du directeur général.

La prise de décision se fait en réunion en présence des administrateurs, et le cas échéant, sauf clause contraire des statuts, en visioconférence ou, si les statuts le prévoient, par consultation écrite. Par exception, le conseil d'administration qui statue sur l'établissement des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés ne peut se tenir en visioconférence<sup>30</sup>.

Le conseil d'administration ne peut délibérer valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents, étant précisé qu'il n'est pas tenu compte, pour le calcul du quorum, des administrateurs représentés.

Les décisions sont prises à la majorité des membres<sup>31</sup> sauf majorité renforcée prévue dans les statuts ou le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires<sup>32</sup>. Ces décisions sont constatées, à l'issue de chaque réunion, par un procès-verbal dont le défaut d'établissement est sanctionné par la nullité des délibérations du conseil<sup>33</sup>.

Enfin, le conseil d'administration peut décider la création de comités<sup>34</sup> chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Le conseil d'administration devra fixer la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité<sup>35</sup>.

■ Le statut de l'administrateur

Deux statuts juridiques coexistent au sein d'un conseil d'administration d'une EPL : le statut des administrateurs représentant les collectivités (régé par le CGCT) et celui des autres administrateurs (régé par le Code de commerce).

Les administrateurs de l'EPL désignés dans les conditions du droit commun des sociétés anonymes (administrateurs dits « privés ») sont civilement responsables des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés anonymes, des violations des statuts et des fautes de gestion<sup>36</sup>. Leur responsabilité est solidaire lorsque la faute est collective et qu'elle ne peut

---

<sup>29</sup> C. com., art. L. 225-35.

<sup>30</sup> C. com., art. L. 225-37.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> *Guide des pactes d'actionnaires* - octobre 2020 - Fédération des EPL

<sup>33</sup> C.com., art. R. 225-22 et L. 235-14.

<sup>34</sup> La comitologie prévue au Code de commerce est distincte de comitologie prévue dans les pactes d'actionnaires.

<sup>35</sup> C.com., art. R. 225-29.

<sup>36</sup> C. com., art. L. 225-251.

être reprochée à tel ou tel administrateur individuellement. L'administrateur ne peut écarter sa responsabilité qu'en démontrant qu'il s'est comporté de manière prudente et diligente et qu'il s'est opposé à la décision prise, l'opposition devant être explicite et consignée au procès-verbal<sup>37</sup>.

Les administrateurs dits « privés » peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. Dans ce dernier cas, les administrateurs personnes morales sont représentés par un représentant permanent, soumis aux mêmes conditions et obligations que s'il était administrateur personne physique<sup>38</sup>.

Les élus des collectivités territoriales et groupements de collectivités actionnaires et participant aux instances décisionnelles de ces sociétés bénéficient d'un régime de responsabilité spécifique protecteur instauré par le CGCT qui dispose que la responsabilité civile résultant de l'exercice de leur mandat incombe à la collectivité<sup>39</sup>.

S'agissant des rémunérations, les administrateurs peuvent percevoir des rémunérations fixées par l'assemblée générale pour l'exercice de leurs fonctions<sup>40</sup>.

Toutefois, les représentants des collectivités doivent être autorisés à percevoir une rémunération ou des avantages particuliers par une délibération expresse de la collectivité qui les a désignés. Cette délibération fixe le montant maximum des dites rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus<sup>41</sup>.

Enfin, la durée et la fin des mandats des représentants des collectivités sont régies par les articles R.1524-3 et suivants du CGCT qui disposent en synthèse que :

- Les représentants des collectivités territoriales ou de leurs groupements actionnaires peuvent être relevés de leurs fonctions à tout moment par l'assemblée délibérante qui les a désignés, celle-ci étant tenue de pourvoir simultanément à leur remplacement et d'en informer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de l'EPL.
- Leur mandat prend fin au moment des renouvellements des assemblées délibérantes (modalités différentes selon que la collectivité est une commune, un département, une région ou un groupement).
- Leur mandat prend fin quand ils perdent leur qualité d'élus.

Les mandats des autres administrateurs prennent fin pour les motifs suivants : arrivée du terme, limite d'âge atteinte, décès, transformation ou dissolution de l'EPL ou révocation *ad nutum* par l'assemblée générale<sup>42</sup>.

Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président, personne physique<sup>43</sup>. Lorsqu'il ne cumule pas la direction générale, le président du conseil d'administration n'a aucun pouvoir de direction, ni de représentation envers les tiers (on parle d'un « président non exécutif »).

Le président du conseil d'administration représente le conseil d'administration dont il dirige et organise les travaux<sup>44</sup>. Lorsque le président représente une collectivité, celle-ci doit préalablement délibérer sur cette possibilité, la responsabilité civile résultant de l'exercice du mandat lui incombant. Le président du conseil d'administration établit l'ordre du jour du conseil d'administration,

---

<sup>37</sup> Cass. com. 30 mars 2010 n°08.17.841.

<sup>38</sup> C. com., art. L. 225-20.

<sup>39</sup> CGCT, art. L. 1524-5.

<sup>40</sup> C. com., art. L. 225-45 et L. 225-46.

<sup>41</sup> CGCT, art. L. 1524-5-3.

<sup>42</sup> La révocation est libre et peut être décidée à tout moment. Toutefois, l'administrateur révoqué aura droit à des dommages et intérêts si la révocation est entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires ou si elle a été décidée sans qu'il ait pu présenter ses observations et sans qu'il ait eu connaissance des motifs.

<sup>43</sup> C. com., art. L. 225-47.

<sup>44</sup> C. com., art. L. 225-51.

le convoque et en préside les réunions. Le président du conseil d'administration préside également les assemblées générales.

### *La société anonyme dualiste*

Dans cette forme dite dualiste, la direction et le contrôle de la société sont strictement séparées. Les fonctions de direction incombent alors au directoire et les fonctions de contrôle appartiennent au conseil de surveillance.

#### ■ Le directoire

La direction de la société est exercée par le directoire, organe collégial dont le nombre de membres, personnes physiques, ne peut être supérieur à cinq<sup>45</sup>.

Ces membres sont nommés par le conseil de surveillance, l'un d'entre eux ayant le statut de président du directoire. Leurs rémunérations sont également fixées par le conseil de surveillance<sup>46</sup>.

La durée du mandat des membres du directoire est fixée dans les statuts (entre deux et quatre ans). Dans le silence des statuts, la durée est de quatre ans<sup>47</sup>.

Les membres du directoire sont révocables sur juste motif, la révocation intervenue sans juste motif pouvant donner lieu au versement de dommages et intérêts<sup>48</sup>.

S'agissant de ses attributions, le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la Société dans les seules limites de l'objet social et des pouvoirs expressément dévolus par la loi aux autres organes. Le directoire détermine les orientations de la société conformément à l'intérêt social en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux et assure la gestion quotidienne de la société<sup>49</sup>.

Bien qu'en principe le directoire doive agir de manière collégiale, ses membres peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, répartir entre eux différentes tâches et missions. Par exemple, lorsque les membres du directoire possèdent individuellement des compétences spécifiques dans certaines matières (finance, comptabilité, gestion), ils peuvent se répartir les tâches selon le domaine de compétences de chacun<sup>50</sup>.

#### ■ Le conseil de surveillance

Comme évoqué précédemment, le contrôle du directoire est exercé par le conseil de surveillance, organe collégial comprenant entre trois et dix-huit membres, personnes physiques ou personnes morales<sup>51</sup>. Il peut s'agir d'actionnaires de la société ou de tiers, étant précisé qu'aucun membre du directoire ne peut en faire partie.

Les membres du conseil de surveillance sont nommés dans les statuts à la constitution puis, en cours de vie sociale, par l'assemblée générale<sup>52</sup>. La répartition des postes entre les représentants des collectivités actionnaires et les autres membres désignés par l'assemblée générale est identique à celles prévues pour le conseil d'administration et définies à l'article L. 1524-5 du CGCT.

---

<sup>45</sup> C. com., art. L. 225-58.

<sup>46</sup> C. com., art. L. 225-59 et application de l'article L. 1524-5-3 du CGCT

<sup>47</sup> C. com., art. L. 225-62.

<sup>48</sup> C. com., art. L. 225-61.

<sup>49</sup> C. com., art. L. 225-64.

<sup>50</sup> C. com., art. R. 225-39.

<sup>51</sup> C. com., art. L. 225-69.

<sup>52</sup> C. com., art. L. 225-75.

Le conseil de surveillance doit être composé en recherchant une représentation équilibrée des hommes et des femmes<sup>53</sup>.

Le conseil de surveillance est un organe collégial chargé de la surveillance et du contrôle permanent de la direction qui peut opérer les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns et qui peut se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Le contrôle opéré par le conseil de surveillance porte sur la régularité des comptes sociaux mais aussi et surtout sur l'opportunité des actes de gestion effectués par le directoire. Toutefois, ces contrôles ne doivent pas conduire à ce que le conseil de surveillance se substitue au directoire dans la gestion et la direction de la société.

La prise de décision se fait en réunion, la visioconférence étant admise, ou par consultation écrite si les statuts le prévoient<sup>54</sup>. Le conseil de surveillance ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents, les décisions étant prises à la majorité simple, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte<sup>55</sup>.

Les commissaires aux comptes doivent être convoqués par lettre recommandée avec accusé de réception à toutes les réunions examinant les comptes annuels ou intermédiaires<sup>56</sup>.

Un procès-verbal des délibérations est dressé sous peine de la nullité des décisions prises<sup>57</sup>.

Les spécificités concernant la durée et la fin des mandats exposées ci-avant applicables aux représentants des collectivités dans un conseil d'administration s'appliquent pour les membres d'un conseil de surveillance.

Le conseil de surveillance élit en son sein un président dont la mission principale consiste à coordonner le conseil de surveillance. Il est à ce titre chargé de convoquer le conseil de surveillance dont il dirige les débats<sup>58</sup>. Il est compétent pour certifier les copies et extraits des procès-verbaux de ses délibérations.<sup>59</sup>

Les membres du conseil de surveillance peuvent percevoir une rémunération dans les conditions prévues par le Code de commerce, étant rappelé que les membres du conseil représentant des collectivités devront avoir été préalablement autorisés par l'assemblée qui les a désignés.

---

<sup>53</sup> C. com., art. L. 225-69.

<sup>54</sup> C. com., art. L. 225-82.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> C. com., art. L. 823-17.

<sup>57</sup> C. com., art. R. 225-49.

<sup>58</sup> C. com., art. L. 225-81.

<sup>59</sup> C. com., art. R. 225-51.

## Une gouvernance spécifique caractérisée par le contrôle des collectivités actionnaires

La gouvernance des EPL se distingue par des dispositions spécifiques prévues au CGCT destinées à assurer le contrôle de l'EPL par les collectivités actionnaires.

### *Contrôle majoritaire en assemblée générale et au conseil d'administration ou surveillance*

Ce contrôle résulte de l'obligation pour les collectivités territoriales actionnaires de détenir plus de la moitié du capital d'une SEM et un maximum 85%<sup>60</sup> du capital. La participation au capital des collectivités actionnaires d'une SEM doit donc nécessairement être comprise entre 50 %+ une action et 85% du capital.

En outre, ces collectivités doivent détenir plus de la moitié des voix au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la SEM, où, si le nombre de membres n'excède pas le nombre maximum de 18 membres autorisés par le Code de commerce<sup>61</sup>, elles sont représentées par au moins un représentant. Si le nombre maximal de membres est atteint, une assemblée spéciale disposant d'au moins un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance réunissant les représentants des collectivités territoriales est créée.

Dans les SEM qui ont une activité de gestion locative sociale<sup>62</sup>, il est à noter que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance comprend des représentants de leurs locataires.

La collectivité actionnaire est également tenue de désigner son représentant à l'assemblée générale de la SEM<sup>63</sup>.

Enfin, la collectivité intervient pour autoriser préalablement un de ses représentants à accepter des fonctions de direction au sein d'une SEM. De même, elle statue sur la rémunération qu'un tel représentant pourrait percevoir au titre de ses fonctions<sup>64</sup>.

Ce contrôle de la SEM peut être partagé avec d'autres actionnaires dans le cadre d'un pacte d'actionnaires.

### *Contrôle préalable de certaines modifications statutaires des EPL*

Les modifications statutaires concernant l'objet social, la composition du capital ou les structures des organes dirigeants doivent être préalablement autorisées par une délibération des collectivités actionnaires<sup>65</sup>.

### *Contrôle permanent des collectivités actionnaires*

---

<sup>60</sup> CGCT, art. L. 1522-2.

<sup>61</sup> C. com., art. L. 225-17 et L. 225-69.

<sup>62</sup> CCH, art. L. 481-6 et R. 481-6.

<sup>63</sup> CGCT, art. L. 1524-1.

<sup>64</sup> CGCT, art. L. 1524-5.

<sup>65</sup> CGCT, art. L. 1524-1.

Les organes délibérants d'une collectivité actionnaire d'une SEM sont tenues de délibérer chaque année, sur un rapport écrit<sup>66</sup>, qui leur est présenté par leurs représentants au conseil d'administration ou de surveillance de la SEM<sup>67</sup>.

Cela permet aux collectivités actionnaires de contrôler les conditions d'exécution de mandat de leurs représentants et de veiller à ce que les activités de la SEM soient conformes aux objectifs assignés. Le contenu de ce rapport doit être prochainement précisé par décret pris en application de la loi 3DS.

## Les assemblées générales

Les assemblées générales réunissent les actionnaires de la société et sont présidées par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Chaque actionnaire y dispose d'un nombre de voix proportionnel à sa détention du capital social. Autrement dit, une action donne droit à une voix.

En principe, les assemblées générales sont convoquées par le conseil d'administration dans les sociétés ayant opté pour la formule moniste ou par le directoire ou le conseil de surveillance dans celles organisées selon la formule dualiste. A défaut, les assemblées générales peuvent également être convoquées par le commissaire aux comptes, un mandataire désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social<sup>68</sup> et le liquidateur en cas de liquidation judiciaire.

Le commissaire aux comptes de la société est également convoqué aux assemblées générales par courrier recommandé avec accusé de réception<sup>69</sup>. Le défaut de convocation du commissaire aux comptes expose les dirigeants à une sanction pénale (deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende)<sup>70</sup>.

Il existe deux types d'assemblées générales : les assemblées générales ordinaires et les assemblées générales extraordinaires.

Leurs compétences sont propres et ne sauraient empiéter sur les autres organes de la société. L'assemblée générale ordinaire prend toutes les décisions qui ne sont pas de la compétence de l'assemblée extraordinaire et qui excèdent la compétence des organes de direction et d'administration. L'assemblée générale extraordinaire est compétente pour toutes modifications statutaires de l'EPL (rappelons que préalablement à la tenue de cette assemblée générale, les collectivités devront selon les cas prévus à l'article L. 1524-1 du CGCT avoir approuvé les projets de modifications).

A défaut de disposition statutaire différente, l'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Si le quorum requis n'est pas réuni, elle délibère sur deuxième convocation, aucun quorum n'étant alors requis<sup>71</sup>.

L'assemblée générale ordinaire statue en principe à la majorité (50% + 1) des voix exprimées par les actionnaires présents ou représentés<sup>72</sup>.

L'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes en fait partie, elle se déroule au plus tard le 30 juin de l'année et au moins 45 jours après la réunion du conseil d'administration ou du directoire ayant arrêté les comptes annuels.

---

<sup>66</sup> Contenu du rapport figure à l'article D. 1524-7 du CGCT.

<sup>67</sup> CGCT, art. L. 1524-5.

<sup>68</sup> C. com., art. L. 225-103.

<sup>69</sup> C. com., art. L. 827-17.

<sup>70</sup> C. com., art. L. 820-4.

<sup>71</sup> C. com., art. L. 225-98.

<sup>72</sup> Ibid.

L'assemblée générale extraordinaire se réunit pour toute décision nécessitant une modification des statuts<sup>73</sup>. A défaut de disposition statutaire différente, l'assemblée générale extraordinaire ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. Sur deuxième convocation, le quorum requis est d'un cinquième<sup>74</sup>.

## Des prises de participation encadrées pour les SEM

Depuis la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques, les SEM peuvent créer des filiales et souscrire ou acquérir des participations dans une autre société.

Cependant cette faculté est limitée par l'objet social de la SEM elle-même puisque l'objet social de la filiale, dont la création serait envisagée, ou celui de la société faisant l'objet d'une prise de participation, doit entrer dans le champ de compétence des collectivités et groupements actionnaires. Il doit être en outre comparable ou complémentaire à celui de la SEM.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi 3DS, les prises de participations ou la création de filiales par des SEM sont soumises à autorisation préalable et expresse de chaque collectivité actionnaire disposant d'un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et ce, à peine de nullité de la prise de participation.

Sont ainsi concernées :

- Toute prise de participation directe ou création d'une filiale par la SEM, quelle que soit la nature de la société, civile ou commerciale ;
- La création ou l'adhésion à un GIE, soit par la SEM elle-même, soit par une autre société contrôlée par la SEM, soit par un GIE dont elle est membre ;
- Toute prise de participation indirecte de la SEM dans le capital d'une autre société, c'est-à-dire toute prise de participation par une société contrôlée par la SEM ou par un GIE dont elle est membre, dès lors que cette prise de participation confère à la société contrôlée par la SEM ou au GIE au moins 10% des droits de vote dans la société dans laquelle des participations ont été souscrites.

Les autres prises de participation indirectes conférant à la société contrôlée par la SEM ou au GIE moins de 10% des droits de vote sont soumises à une information préalable par le représentant de la collectivité siégeant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la SEM à la prochaine assemblée délibérante de ladite collectivité.

La loi 3DS prévoit par ailleurs que, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2023, et sauf clause contraire des statuts de la SEM et de la filiale<sup>75</sup>, les collectivités actionnaires des SEM sont représentées au sein des filiales des SEM :

- Sauf clause contraire des statuts de la SEM<sup>76</sup>, à l'assemblée générale des actionnaires ou associés, quelle que soit la forme juridique de la filiale, par au moins un représentant désigné par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la SEM parmi les représentants des collectivités actionnaires audit conseil ;
- Sauf clause contraire des statuts de la filiale<sup>77</sup>, au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la filiale, dès lors qu'elle est constituée sous forme de société anonyme, par

---

<sup>73</sup> C. com., art. L. 225-96.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Autrement dit, les sociétés peuvent opter pour le maintien des règles anciennes en le spécifiant expressément dans leurs statuts (nécessitant de réunir une assemblée générale extraordinaire).

<sup>76</sup> Autrement dit, les sociétés peuvent opter pour le maintien des règles de droit commun en le spécifiant expressément dans leurs statuts.

<sup>77</sup> Ibid.

un nombre de représentants fixé en proportion de la part détenue par la SEM dans le capital de la filiale, et désignés par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la SEM parmi les représentants audit conseil des collectivités actionnaires. Au moins un représentant ainsi désigné est issu d'une collectivité territoriale ou d'un groupement exerçant une compétence à laquelle l'objet social de la filiale concourt.

En contrepartie de l'obligation précitée, une protection des élus locaux assurant cette représentation obligatoire est instituée, les élus bénéficiant alors de la même dérogation sur leur responsabilité civile que lorsqu'ils représentent la collectivité ou le groupement de collectivités au sein du conseil d'administration ou de surveillance de la SEM. Toutefois, cette nouvelle protection instaurée pour les mandats exercés au sein des filiales par les élus locaux ne vise expressément que les filiales constituées sous forme de société anonyme, à l'exclusion de toute autre forme commerciale.

02

# Partie 2 : Le directeur d'EPL



**Aurélienne TIEU**

**Directrice Générale de la SEM Croissance Verte**

**Qu'est-ce qui caractérise votre enthousiasme à diriger une EPL ?**

Une stimulation intellectuelle permanente et le plaisir d'embarquer une équipe dans des projets au service de l'intérêt général.

**Quelles sont les qualités et compétences nécessaires pour être directeur d'EPL ?**

Un dirigeant d'EPL doit être à la fois développeur, gestionnaire, stratège et savoir travailler en réseau. Il doit savoir prendre du recul sur les situations, être à l'écoute de tous et porter ses choix avec conviction.

**Que retenez-vous de votre expérience ?**

Le sentiment d'être utile et de donner du sens au quotidien de mes collaborateurs, en contribuant avec eux à créer un outil au service de la transition énergétique des Pays de la Loire.



**Cédric DUHEM**

**Directeur Général Nièvre Aménagement**

**Qu'est ce qui caractérise votre enthousiasme à diriger une EPL ?**

Je suis urbaniste de formation et de vocation, avec l'envie depuis toujours d'agir pour améliorer le cadre de vie dans le souci de l'intérêt général. Mes expériences à la fois dans le privé et en collectivité n'y ont pas totalement répondu. J'ai trouvé ces valeurs dans les SEM, qui font l'alliance des bons côtés de chacun des acteurs, avec la souplesse d'une société privée et le contrôle des collectivités locales.

Je suis directeur général de Nièvre Aménagement depuis seulement de 2 ans, où j'occupais auparavant les fonctions de directeur opérationnel. Je crois que c'est mon enthousiasme et ma volonté d'agir pour le territoire, qui a motivé les élus à me proposer de prendre la responsabilité de la structure.

**Quelles sont les qualités et compétences nécessaires pour être directeur d'EPL ?**

Un dirigeant d'EPL doit avoir une vision stratégique, prendre le pas de recul pour proposer à ses élus la trajectoire de la société.

Il doit savoir trouver le bon équilibre pour répondre aux attentes de ses clients, tout en préservant une société financièrement stable et autonome.

Il doit être capable de donner du sens aux missions confiées à la société, ce qui permet de convaincre à la fois ses équipes, la collectivité et les clients.

Il doit faire preuve de capacités d'adaptation, de souplesse pour trouver des solutions à des problèmes souvent complexes.

**Que retenez-vous de votre expérience ?**

C'est un métier intense, à la fois exaltant et éreintant, mais qui apporte la satisfaction de voir aboutir des projets répondant aux besoins du territoire (de la population, des entreprises ...). Une activité ancrée dans le concret !





**Michel LE BRAS**

**Directeur Général de la Compagnie des Ports du Morbihan**



**Qu'est ce qui caractérise votre enthousiasme à diriger une EPL ?**

Définir des stratégies, des objectifs des « feuilles de route annuelles », concevoir et mettre en œuvre des projets, entretenir avec soin les biens confiés par les collectivités mais aussi bien sûr, commercialiser et vendre nos prestations sont des démarches actives que j'apprécie. Le défi économique qui caractérise une entreprise commerciale, m'épanouit.

**Quelles sont les qualités et compétences nécessaires pour être directeur d'EPL ?**

Avoir une bonne santé mentale, aimer « être bilingue » autrement dit intégrer le « double langage » : politique (relations élus et collectivités) et commercial (vendre, investir, créer de la valeur...), disposer de qualités de « présence relationnelle » pour convaincre, animer, expliquer et « entraîner », écouter les clients, les besoins du marché, les élus, les équipes, etc, aimer agir et aimer avancer.

**Que retenez-vous de votre expérience ?**

Une expérience humaine, riche et intense.

La chance de travailler avec et pour des Présidents directeurs Généraux exceptionnels. En m'éclairant et en proposant des choix que j'ai partagés avec enthousiasme : progresser, avancer, construire, bien gérer, valoriser les atouts du Morbihan... !

Le statut d'EPL est adapté car il est équilibré entre la gestion des ports et sites et ses impacts pour tous les publics (clients, professionnels, collectivités etc..) et le sens de la mission (favoriser des séjours touristiques et de loisirs le plus agréable possible pour le plus grand nombre...).

Avec la confiance qui m'a été accordée, je me déploie pour l'accorder au plus grand nombre des salariés de l'entreprise pour progresser, se former et assurer le meilleur service possible ; Et ainsi les voir eux-mêmes s'épanouir.

Ma satisfaction la plus grande, au-delà des résultats techniques positifs de notre société (chiffre d'affaires, investissements, rayonnement etc...) concerne l'évolution professionnelle de nos personnels : (goût du progrès, solidarité, état d'esprit, ambiance de travail, créativité...).

C'est un travail sans relâche mais en effet une vraie expérience !



**Catherine LEGER**

**Ex-Directrice Générale de la SEM et la SPL  
Plaine Commune Développement (Plaine Com-  
mune, Seine-Saint-Denis)**



**Qu'est ce qui caractérise votre enthousiasme à diriger une EPL ?**

J'ai quitté il y a quelques mois mon poste de dirigeante, j'ai donc un certain recul pour revenir sur la passion qui m'a habitée durant mes 37 ans en Epl d'aménagement et particulièrement pendant mes 17 années de Direction Générale. Être cheffe d'entreprise avec les exigences d'une société anonyme et celles d'une entreprise au service de l'intérêt général a constitué une puissante motivation, pour m'y consacrer à 150 %. J'ai aimé conjuguer les intérêts du public et ceux du privé pour que leur alliance contribue à transformer un territoire et répondre aux besoins des populations. J'ai aimé diriger des équipes, encourager des personnes à se dépasser, à prendre des responsabilités et notamment des femmes et m'obliger moi-même me dépasser pour prendre en main des aspects de l'entreprise qui ne m'étaient pas familiers. En un mot, je n'ai pas vu le temps passer !

**Quelles sont les qualités et compétences nécessaires pour être directeur d'EPL ?**

Quand on prend une direction générale, on ne pense pas avoir les avoirs et c'est tant mieux car il faut savoir douter. C'est l'envie d'être numéro un qui nous oblige à en avoir les qualités et compétences. On pourrait en dresser la liste, mais bon ...on les connaît ! Maintenant je peux dire que la principale, c'est savoir dire non et assumer d'être seul(e) à cet instant ! Avoir suffisamment de quant à soi pour l'assumer, sur plusieurs années de mandat les occasions ne manquent vraiment pas.

**Que retenez-vous de votre expérience ?**

Deux choses essentielles. La première : Avoir de l'estime envers les élus que l'on sert et que ces derniers respectent votre autonomie sont des éléments essentiels pour accepter la lourdeur de la fonction et de durer. J'ai eu la chance de vivre cette subtile combinaison.

## LE STATUT DE DIRECTEUR GENERAL, MANDATAIRE SOCIAL DE L'EPL ET LE STATUT DE DIRECTEUR SALARIE

En société anonyme, les mandataires sociaux en charge de la direction générale sont :

- Le président du conseil d'administration, lorsqu'il cumule la direction générale ;
- Le directeur général ;
- Le cas échéant, le ou les directeurs généraux délégués ;
- Les membres du directoire.

Dans les EPL, on retrouve fréquemment deux types de dirigeants opérationnels :

- D'une part, les directeurs salariés qui n'ont pas la qualité de mandataire social ;
- D'autre part, les directeurs généraux qui ont la qualité de mandataire social.

Il est fondamental de distinguer ces deux statuts.

### La distinction entre Directeur salarié et Directeur Général mandataire social

#### *Le Directeur salarié*

Le mandataire social en charge de la direction générale de la société peut décider de s'appuyer sur un directeur salarié, qui lui sera subordonné. Ainsi, le directeur salarié est lié à la société par un contrat de travail. Les modalités juridiques d'un tel contrat de travail ne présentent aucune spécificité.

Les points de vigilance à rappeler sont les suivants :

Le titre de la fonction ne doit pas induire en erreur : pour éviter tout risque de confusion, il convient de ne pas donner au directeur salarié le titre de « directeur général » ou « directeur général adjoint » mais de préférer le titre de « directeur adjoint » ou « directeur technique ».

Le directeur salarié demeure placé sous la hiérarchie du mandataire social en charge de la direction générale de la société (directeur général ou président directeur général ou directoire) et reste soumis à un lien hiérarchique de subordination.

Le directeur salarié pourra se voir conférer une délégation de signature et/ou une délégation de pouvoirs.

Enfin, le directeur salarié ne sera pas mentionné sur l'extrait kbis de la société.

### *Le Directeur Général mandataire social*

#### ■ Les pouvoirs du directeur général

Le directeur général désigné à cette fonction par le conseil d'administration, est le représentant légal de l'EPL. Il est un organe de la société pleinement autonome et n'est pas un auxiliaire du président<sup>78</sup> du conseil d'administration. Le directeur général figure sur l'extrait kbis de la société.

Il tire de la loi des pouvoirs propres : il assume seul et sous sa responsabilité la direction générale de la société (art. L. 225-51-1 du Code de commerce), selon la formule consacrée : « *le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » sous réserve que l'acte entre dans l'objet social de la société et qu'il ne soit pas expressément réservé aux assemblées générales d'actionnaires ou au conseil d'administration.

Si les pouvoirs du directeur général peuvent être limités par les statuts et ou par le conseil d'administration de la société, ces limitations ne sont toutefois pas opposables aux tiers (art. L. 225-56 du Code de commerce) et ce, même si les tiers avaient connaissance de ces limitations. Les limitations de pouvoirs ne doivent pas avoir pour conséquence de priver le directeur général de ses pouvoirs de direction (Cass. com. 11 juin 1965, bull. civ. III n°361).

#### ■ La responsabilité civile et pénale du directeur général

Le directeur général engage sa responsabilité civile individuellement et solidairement avec les administrateurs et dans les mêmes conditions que ceux-ci : en cas d'infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, en cas de violation des statuts et en cas de fautes commises dans sa gestion.

La responsabilité personnelle du directeur général ne peut être engagée à l'égard des tiers que (i) s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et (ii) qui lui soit imputable personnellement.

Le directeur général assume la responsabilité pénale du chef d'entreprise mais il peut s'en exonérer en cas de délégation de pouvoirs (développés ci-après).

Un élu ne peut pas exercer la seule fonction de directeur général. En effet, en précisant explicitement les fonctions protégées que les élus peuvent exercer au sein des EPL, l'article 1524-5 du CGCT exclue par voie de conséquence l'exercice de toutes autres fonctions dans la société, notamment celles de membre ou de président de directoire, de directeur général et, plus généralement, l'exercice de toute fonction salariée, permanente ou non. Il en découle que le non-respect de cet encadrement ferait perdre à l'élu le bénéfice de la dérogation, issue de l'article L. 1524-5 du CGCT, à l'inéligibilité et aux incompatibilités touchant les entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, au sens du code électoral.

#### ■ Quelle rémunération ?

Le directeur général peut exercer son mandat à titre gratuit ou être rémunéré.

La détermination de la rémunération relève de la compétence exclusive du conseil d'administration qui ne saurait la déléguer, y compris au président du conseil d'administration. Le conseil d'administration devra donc délibérer sur l'ensemble des éléments composant la rémunération. Il statue également notamment tant sur la fixation que sur la constatation de l'atteinte des objectifs fixés pour le versement d'une éventuelle part variable.

---

<sup>78</sup> Memento Francis Lefebvre - Sociétés commerciales 2022 n°42.500.

Le régime social de la rémunération du directeur général relève du régime général de la sécurité sociale des salariés (art. L.311-3 12° du Code de la sécurité sociale).

Cette affiliation lui donne droit à la plupart des prestations du régime général, à l'exception de l'assurance-chômage, qui est réservée aux titulaires d'un contrat de travail. Sa rémunération sera donc soumise aux mêmes cotisations sociales qu'un salarié, à l'exception de celles relatives à l'affiliation au régime d'assurance-chômage.

Il peut se prévaloir de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (art. L. 412-2 du Code de la sécurité sociale).

Toutefois, l'assimilation des mandataires aux salariés ne vaut que pour les régimes obligatoires de sécurité sociale et de retraites complémentaires (AGIRC ARRCO) et ne peut être en soi invoquée pour le bénéfice des régimes de protection sociale complémentaire.

Fiscalement, la rémunération du directeur général est soumise au régime fiscal des traitements et salaires.

## La question du cumul mandat/contrat pour le Directeur Général d'une EPL

L'activité de directeur général se fonde sur un mandat social et ne peut en aucun cas être matérialisée par la conclusion d'un contrat de travail. Pour bénéficier d'un contrat de travail, le directeur général doit démontrer qu'il exerce en complément de son activité de directeur général une autre fonction au titre de ses fonctions salariées.

Ainsi, si le cumul par un directeur général d'une société anonyme de ses fonctions de mandataire social avec un contrat de travail conclu avec ladite société anonyme n'est en aucun cas prohibé par la loi, ce qui est d'ailleurs régulièrement rappelé par la jurisprudence et la doctrine, les conditions auxquelles il est soumis le rendent difficile à démontrer.

La preuve de l'exercice d'une double fonction est d'autant plus délicate à apprécier dans les EPL lorsque ces entreprises sont de petite taille.

Les risques corrélatifs à la non-reconnaissance de la licéité d'un contrat de travail, notamment celui de refus de couverture par Pôle Emploi, doivent donc amener à s'interroger sur la pertinence d'un tel montage.

### *Le point juridique*

- Les conditions de validité du contrat de travail permettant d'établir un cumul licite

Trois éléments caractérisent l'existence d'un contrat de travail :

- La fourniture d'un travail ;
- Le paiement d'une rémunération ;
- L'existence d'un lien de subordination juridique.

En cas de litige, le juge ne s'attache pas à la dénomination du contrat mais à la situation de fait.

Dans le cas du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, une appréciation factuelle particulièrement importante doit permettre de répondre aux critères fixés par la jurisprudence permettant de déterminer le caractère effectif de l'emploi salarié :

- Le contrat de travail doit correspondre à l'exercice de fonctions techniques distinctes des fonctions effectuées dans le cadre du mandat social ;

- Il doit être établi le versement d'une rémunération distincte correspondant à l'exercice des fonctions techniques ;
- Il doit être établi l'existence d'un lien de subordination juridique à l'égard de la société ;
- Enfin, il devra être possible de constater l'absence de fraude à la loi.

■ Le difficile établissement de l'existence de fonctions techniques distinctes

En premier lieu, l'établissement de l'existence de fonctions techniques distinctes exercées par l'intéressé peut souvent être difficile à démontrer.

Cette démonstration devient encore plus délicate dans des entreprises de « petite taille » telles que les EPL ou lorsque les fonctions techniques invoquées ne sont pas des fonctions nécessitant des compétences techniques spécialisées ou encore lorsque ces fonctions se rapprochent tellement des responsabilités du directeur général qu'on ne peut véritablement les distinguer.

Il en sera ainsi des fonctions d'administration financière et juridique, de secrétariat général ou de développement.

L'exercice sera plus facile s'agissant de fonctions hautement techniques et spécifiques se distinguant clairement de celles exercées au titre du mandat social.

Dit autrement, l'existence des fonctions techniques distinctes ne peut être démontrée que pour autant que les tâches exercées au titre du contrat de travail sont séparables de celles d'exercice du mandat social de directeur général.

En pratique :

- Le cumul n'est en général pas admis dans une entreprise de dimension modeste, dès l'instant où est purement artificielle la séparation entre la direction générale et la direction technique respectivement assurées par le dirigeant et par le salarié ;
- Une vigilance particulière devra être apportée au cas d'un salarié dont les tâches d'administration générale ou de développement de l'entreprise pourraient être considérées comme ayant été « absorbées » par son mandat social.

Le maintien de l'exercice des fonctions techniques antérieures à la nomination aux fonctions sociales peut caractériser la légitimité du cumul.

En revanche, le cumul est refusé en l'absence de fonctions techniques (Cass. Soc., 9 décembre 1985, Loridon c/ SA Line PSM, n° 4344 ; Cass. soc., 12 mars 2008, Serres c/ Sté Mymetics, n° 07-40.042) ou lorsque le mandat social absorbe les fonctions techniques (Cass. soc., 2 juillet 1987, Boitelle c/ Sté Udrog, n° 2637).

Enfin, en principe, les fonctions techniques doivent faire l'objet d'une rémunération distincte de celle du mandat social.

■ La question du lien de subordination d'un directeur général d'EPL

La question de la preuve d'un lien de subordination est encore plus délicate à traiter s'agissant du directeur général d'une société anonyme.

Et l'étude de la doctrine et de la jurisprudence sur ce sujet ne peut appeler qu'à la prudence en la matière.

En synthèse, on retiendra que :

**Le lien de subordination se traduit par la soumission du salarié à une autorité hiérarchique supérieure.**

Le lien de subordination, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, suppose de démontrer « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres

et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (Cass. soc., 13 nov. 1996, no 94-13.187, Sté générale c/ Urssaf de la Haute-Garonne).

Cette conception juridique du lien de subordination implique donc que soit établi que la personne considérée est soumise à une direction et à un contrôle dans le cadre de l'exercice des fonctions qui lui sont confiées au titre de son contrat de travail.

En pratique, le salarié reçoit de son supérieur hiérarchique, de façon permanente, des instructions et des directives régulières sur les tâches à accomplir et les objectifs à atteindre mais également sur les conditions d'exécution de son contrat de travail (horaires, congés, déplacements professionnels, pouvoir disciplinaire). De même, le supérieur hiérarchique opère un contrôle permanent du salarié.

Cet état de subordination juridique est ainsi défini par la jurisprudence comme « *un contrôle continu générateur de dépendance exercé par l'employeur concerné* » (Cass. soc., 14 mai 1998 : TPS 1998, comm. 233, JurisData n°1998-002091 ; Cass. soc., 11 mars 2003 : JurisData n° 2003-018197).

Ainsi, le lien de subordination ne saurait donc être caractérisé si les fonctions que le salarié exerçait avant sa nomination ne sont plus désormais soumises qu'à sa propre autorité.

Le juge se doit donc de vérifier la véritable nature juridique du contrat : s'il est exercé sans réel lien de subordination, il ne pourra être qualifié de contrat de travail.

### **Le directeur général, autorité hiérarchique supérieure de l'EPL, ne peut être soumis à sa propre autorité.**

Depuis la réforme opérée par la loi dite NRE<sup>79</sup>, le directeur général de société anonyme est doté des pouvoirs les plus élargis pour agir en toutes circonstances (article L.225-56 du Code de commerce).

A ce titre, le directeur général exerce de manière exclusive le pouvoir hiérarchique de chef d'entreprise.

Dans les EPL, c'est d'ailleurs cette possibilité de confier la direction générale à une personne physique responsable vis-à-vis du conseil d'administration d'exécuter cette fonction qui amène à recommander la dissociation des fonctions, permettant ainsi aux représentants des collectivités de ne pas avoir à être exposés aux risques opérationnels de management de l'entreprise.

Cette situation amène donc la jurisprudence à considérer que le directeur général n'est soumis à aucune autorité hiérarchique (Cass. soc., 12 décembre 1990, n°87-40596).

Ainsi, la doctrine résume parfaitement la situation du directeur général de société anonyme :

« *la subordination juridique du directeur général est moins évidente, car il exerce en principe sous sa seule autorité la plénitude des pouvoirs de direction*<sup>80</sup> ».

*A contrario*, en société anonyme, un directeur général délégué ou un administrateur qui exercerait des fonctions techniques distinctes de son mandat social sera soumis à l'autorité hiérarchique du directeur général, ce qui permettra d'admettre le cumul.

### **Les instructions du conseil d'administration, comme les limitations de pouvoirs du directeur général, ne permettent pas non plus d'établir avec certitude l'existence du lien de subordination.**

Il pourrait être néanmoins objecté que le directeur général reste soumis aux directives du conseil d'administration de l'EPL et que ledit conseil peut par ailleurs limiter les pouvoirs du directeur général de façon à contrôler son activité. Dans un même ordre d'idées, il a pu également être invoqué une

79 Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

<sup>80</sup> Répertoire des sociétés Dalloz – *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Gilles Auzero et Nicolas Ferrier, avril 2021, n°51

notion de « subordination psychologique » se caractérisant par la crainte d'une révocation du mandat social par le conseil d'administration<sup>81</sup>.

Cependant, on retiendra que la Cour de cassation considère que les directives du conseil d'administration ne sont pas suffisantes pour créer ce lien de subordination (Cass. Soc., 28 janvier 1988 : Bull civ 1988, V, n°83).

Ainsi, les instructions reçues de son conseil d'administration ou de l'assemblée générale ne peuvent constituer l'exercice dudit lien de subordination, en ce qu'elles ne sont émises qu'à raison du mandat social et non du contrat de travail (Cass. Soc., 19 novembre 1986 n°2832, MFL Sociétés commerciales n° 11570).

Mieux encore, le fait que le Président du conseil d'administration puisse empiéter sur les pouvoirs d'un directeur général n'a pas paru suffisant à la Cour de cassation pour caractériser l'existence d'un lien de subordination (Cass. soc. 21 mars 1996, n°1372 D, Souloumiac c/ SA HLM des Chalets : Bull. Joly 1996, p. 596).

En effet, le conseil d'administration est un organe collégial, dont les fonctions sont définies par le Code de commerce, qui n'a pas la capacité juridique pour opérer un contrôle permanent sur un salarié.

Ainsi, si le conseil d'administration a bien pour rôle de contrôler l'action du directeur général, il ne peut contrôler que son activité de mandataire social et non pas celle qu'il exercerait en tant que salarié. De manière analogue, la mise en place de limitations de pouvoirs du directeur général mandataire social sera également inopérante pour attester de l'existence d'un lien de subordination de l'intéressé.

A titre d'illustration, on citera un arrêt récent de la Cour d'appel de Nîmes du 5 avril 2022<sup>82</sup>, qui doit être signalé en ce qu'il réalise une intéressante synthèse du droit applicable :

*« S'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, ce cumul implique que les fonctions salariées correspondent à un emploi effectif exercé dans un état de subordination à l'égard de la société et ce, en contrepartie d'une rémunération distincte de celle éventuellement allouée comme mandataire social.*

*Il doit donc exister une distinction effective entre fonctions techniques et fonctions sociales. Cette condition doit être remplie pour caractériser l'effectivité de l'emploi salarié, la réalité des fonctions distinctes est rarement admise dans une entreprise de petite taille dont la structuration fonctionnelle ne permet pas une dualité des fonctions. Les fonctions sociales absorberont généralement les fonctions salariales par l'atténuation ou la disparition du lien de subordination.*

*L'emploi effectif permettant la légitimité d'un cumul suppose que l'intéressé soit placé dans un état de subordination juridique défini comme un contrôle continu générateur de dépendance exercé par l'employeur concerné, le lien de subordination ne saurait donc être caractérisé si les fonctions exercées par le salarié ne sont soumises qu'à sa propre autorité. »*

<sup>81</sup> Article de M. Deslandes de 1982, cité dans le Répertoire des sociétés Dalloz – *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Gilles Auzero et Nicolas Ferrier, avril 2021, n°51.

<sup>82</sup> Cour d'appel de Nîmes, ch. civile 05 ch. sociale 5 avril 2022, n°18-03745 constatant le caractère fictif d'un contrat de travail dans une SAS.

### Les conséquences du cumul irrégulier

La conséquence du cumul irrégulier est en premier lieu, au plan juridique, la suspension de plein droit du contrat de travail et ce, dès que les conditions de son maintien ne sont plus réunies.

En effet, il est de jurisprudence constante que le contrat de travail d'un salarié devenu dirigeant social qui ne peut être maintenu en raison de la disparition du lien de subordination, est suspendu pendant le temps d'exercice du mandat social (Com, Soc 12 novembre 2008 n°07-44.636).

Cette suspension intervient de plein droit même en l'absence de convention le prévoyant.

Or, la suspension du contrat de travail a pour effet sur le salarié que celui-ci ne perçoit plus de salaire, l'entreprise n'ayant plus à verser les charges sociales relatives au contrat de travail suspendu. Il conserve ses avantages acquis, étant néanmoins précisé que son ancienneté ne tiendra pas compte de la période pendant laquelle son contrat aura été suspendu.

En outre, la suspension a pour effet d'interrompre son affiliation au régime de l'assurance-chômage, le versement de cotisations par l'entreprise pendant la suspension n'ayant aucune incidence en la matière.

L'assurance-chômage prévue par le Code du travail ne couvre en effet que les salariés (cf. point c)). Dès lors, en cas de perte par l'intéressé de son emploi, celui-ci ne pourra percevoir d'indemnités-chômage.

#### *Les recommandations*

On retient donc des développements précédents que l'admissibilité du cumul d'un contrat de travail avec des fonctions de directeur général d'une EPL s'avère en pratique difficile à sécuriser.

Il appartient donc à l'EPL qui mène le recrutement de veiller à mener une analyse de l'admissibilité du cumul. Cette analyse devra également être revue régulièrement dans le temps, au regard également d'éventuelles évolutions de la jurisprudence.

Compte-tenu de la complexité de l'analyse à mener et du contrôle opéré par les juridictions, la recommandation est donc d'analyser avec une attention toute particulière les éléments motivés et circonstanciés de la situation de la personne concernée.

C'est généralement au moment du départ involontaire d'un dirigeant que se cristalliseront les contentieux sur l'existence ou non d'un contrat de travail donnant droit au versement d'allocations par Pôle Emploi.

On notera également que dans les cas où le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail est possible, le contrat de travail conclu entre le salarié et l'EPL entre dans le champ des conventions réglementées.

En effet, il s'agit d'une convention conclue entre l'EPL et son mandataire social (Cass.soc. 8-12-1976 MFL Sociétés Commerciales n°39217).

Dès lors, toute modification apportée audit contrat de travail au cours du mandat social doit respecter la procédure prévue aux articles L.225-38 et suivants du Code de commerce et, notamment, faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration qui devra motiver sa décision notamment en présentant ses implications financières. Le contrat de travail devra également être mentionné dans le rapport du commissaire aux comptes sur les conventions réglementées qui est approuvé annuellement par l'assemblée générale des actionnaires.

En pratique, les gouvernances des EPL retiennent généralement :

- La nomination du mandataire social sans cumul d'un contrat de travail et la souscription par l'EPL d'une assurance-chômage spécifique de type GSC (Garantie Sociale du Chef d'entreprise) couvrant les cas de cessation des fonctions de mandataire social. Dans l'hypothèse où cette assurance ne peut être souscrite, l'absence de revenu de remplacement en cas de

perte du mandat pourra être prise en compte et compensée dans les conditions de rémunération du mandat social fixée par le conseil d'administration (au moyen notamment d'indemnités de fin de mandat). Enfin, nous rappellerons que la soumission au régime des conventions réglementées de certains avantages versés à raison de la cessation du mandat social devra être anticipée ;

- Pour l'intéressé (i) qui était précédemment salarié de l'EPL et (ii) dont le contrat de travail avait été suspendu à la date de la nomination en qualité de directeur général : le contrat de travail reprendra alors immédiatement ses effets à la date de cessation du mandat social. Dans ce cas, il est recommandé de faire acter cette suspension par une délibération du conseil d'administration et de vérifier si les conditions de ladite suspension donnent lieu, le cas échéant, à l'application de la procédure des conventions réglementées.

## L'ENTREE EN FONCTION : LES QUESTIONS A SE POSER LORS DU RECRUTEMENT

### Le recrutement

#### *Le choix du candidat*

Lors de la procédure de recrutement, le conseil d'administration en charge du choix du directeur général ou, le cas échéant, du directeur général délégué ou le Président assurant la direction générale recrutant le directeur salarié devra s'assurer, au-delà des conditions générales d'honorabilité, de respectabilité et de compétences requises pour de telles fonctions et vérifications faites de toutes dispositions statutaires spécifiques (limite d'âge par exemple<sup>83</sup>), des points suivants :

#### ■ Prévention des conflits d'intérêts

Il conviendra d'étudier si le candidat pressenti n'est pas susceptible de se retrouver en situation de conflit d'intérêts et, le cas échéant, de l'alerter sur un tel risque et sur les obligations qui pourraient lui incomber de ce fait, ces obligations pouvant le conduire à retirer sa candidature dans certains cas.

Ce risque peut être établi :

- Si l'intéressé ou ses proches sont actionnaires, dirigeants ou peuvent être considérés comme étant liés à des entreprises susceptibles de contracter avec l'EPL (risque de prise illégale d'intérêt, délit prévu à l'article 432-12 du Code pénal) ;
- Si l'intéressé a eu à connaître des affaires de la SEM et notamment d'assurer la surveillance ou le contrôle de ladite entreprise, soit de conclure des contrats de toute nature avec celle-ci, soit d'exprimer leur avis sur des opérations effectuées par cette dernière (délict dit de « pantouflage », délict prévu à l'article 432-13 du Code pénal).

#### ■ Parité

---

<sup>83</sup> À défaut d'une disposition statutaire expresse fixant une limite d'âge, celle-ci est de 65 ans (C. com., art. L. 225-54, al. 1<sup>er</sup>).

Les objectifs de parité et d'égalité économique et professionnelle entre les hommes et les femmes doivent guider dans le recrutement du directeur d'EPL. La dernière loi en date sur le sujet ne concerne pour le moment que les grandes entreprises d'au moins 1000 salariés mais ouvre la voie et il apparaît opportun de s'y référer dès à présent.

Ainsi, la loi n°2021-1774 du 24 décembre 2021 introduit des quotas de représentation minimale de chaque sexe dans les postes de direction des grandes entreprises: la proportion de personnes de chaque sexe au sein des cadres dirigeants (au sens de l'article L 3111-2 du Code du travail) et des instances dirigeantes<sup>84</sup> (définies par le nouvel article L 23-12-1 du Code de commerce) ne pourra désormais être inférieure à 30%. Ce quota, applicable dès le 1er mars 2026, est progressif puisqu'il sera porté à 40% à compter du 1er mars 2029.

## Le choix du statut et le mode de nomination

Il sera recommandé de préciser dès la phase de recrutement, le statut du dirigeant recherché (salarié ou mandataire social), afin d'éviter notamment tout malentendu susceptible de perturber les échanges avec le candidat.

Cette précaution permettra de clarifier les échanges entre la gouvernance et le candidat, notamment au regard :

- Des obligations et responsabilités encourues dans les futures fonctions :
  - S'agissant d'un directeur salarié, la remise d'une fiche de poste exhaustive mais également du projet de délégation de pouvoirs qui pourrait lui être consenti, permettra de pleinement le renseigner sur ses futures relations avec son supérieur hiérarchique et son rôle d'animation des équipes de l'EPL.
  - S'agissant d'un candidat à un mandat de directeur général, la remise des statuts, du règlement intérieur et, le cas échéant, du pacte d'actionnaires en vigueur dans l'EPL et des éventuelles limitations de pouvoirs qui pourraient prévues à l'occasion de sa nomination, permettra également de le renseigner sur la gouvernance de la société. La remise des délégations de pouvoirs et de l'assurance RCMS<sup>85</sup> contractée par l'EPL en cours est également utile.
- Des éléments et avantages servis au dirigeant au titre de ses nouvelles fonctions.

Lors de l'offre de recrutement, on veillera à remettre :

- Pour un directeur salarié : une promesse d'embauche adressée à un candidat à un poste de directeur salarié, signée du Président assurant la direction générale, se traduisant comme une offre de contrat de travail ;
- Pour un directeur général ou un directeur général délégué : un courrier par lequel le Président exerçant ou non la direction générale, ne peut que confirmer son intention au candidat retenu de présenter sa candidature au conseil d'administration ainsi que le projet de rémunération envisagé. Ainsi, si un projet de « mandat social » peut être adressé, il devra être spécifié que ce projet est soumis à son adoption par une délibération du conseil d'administration approuvant l'ensemble de ses conditions.

---

<sup>84</sup> « Est considérée comme instance dirigeante toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions. »

<sup>85</sup> Assurance Responsabilité Civile des Mandataires Sociaux.

## L'entrée au service de la Société du Directeur salarié

Si l'option retenue est celle d'un directeur qui exerce sous le statut salarié, cela signifie qu'il sera placé sous la hiérarchie d'un président directeur général ou d'un directeur général représentant légal de la société. Dès lors, il conviendra de formaliser un contrat de travail entre ce dernier et le directeur salarié.

Si l'option retenue est celle du directeur général mandataire social, le conseil d'administration est seul compétent pour le désigner et fixer les modalités de son mandat (durée, limitation de pouvoirs, rémunération).

### *Le contrat de travail du directeur salarié*

Le directeur salarié doit conclure un contrat de travail avec le représentant légal de l'EPL. C'est précisément la personne qui assume la direction générale de la société qui exercera l'autorité hiérarchique permettant d'établir le lien de subordination du directeur salarié.

Le contrat de travail doit respecter les règles de droit commun. Toutes les dispositions applicables aux salariés de l'EPL le seront dans les mêmes conditions au directeur salarié (convention collective, intéressement, etc). Comme dit précédemment, il est recommandé de le nommer « directeur » ou « directeur adjoint » pour éviter toute confusion possible avec le mandataire social.

### *La délégation de pouvoirs*

Le président directeur général ou le directeur général (le délégant) peut également formaliser une délégation de pouvoirs au bénéfice du directeur salarié (le délégataire).

S'il n'existe pas de définition juridique de la délégation de pouvoirs, ses contours et son régime juridique sont nés de la pratique à partir et en considération des contraintes juridiques et des outils juridiques existants, laquelle pratique a été consacrée par la jurisprudence<sup>86</sup>.

*« Appliquée au droit des sociétés, la délégation de pouvoirs permet à un organe habilité à prendre des décisions pour et/ou à représenter une personne morale à confier à un tiers, sous son autorité, l'exercice d'une partie de ce pouvoir de décision/représentation ; l'organe délégant se dessaisit de l'exercice du pouvoir délégué tout en en conservant la titularité »<sup>87</sup>.*

Ainsi, la délégation de pouvoirs, aussi appelée délégation de responsabilité, est une technique dont l'objet premier est le transfert d'un pouvoir.

#### ■ Le délégant est le représentant légal de la société

Pour préparer la délégation, il est nécessaire de vérifier dans les statuts de la société et dans les délibérations prises par le conseil d'administration concernant la direction générale, toutes éventuelles limitations de pouvoirs, auquel cas, le président directeur général ou le directeur général ne pourra déléguer plus de pouvoirs qu'il n'en dispose.

#### ■ Conditions relatives au délégataire : la délégation de pouvoirs s'appuie sur la qualité de préposé du délégataire

---

<sup>86</sup> Cass. crim. 28 juin 1902.

<sup>87</sup> Fasc. C-428 : Sociétés – Délégation de pouvoirs. – Formules Fabienne Kerebel - Avocat à la Cour - Ginestier Magellan Paley-Vincent.

La délégation suppose l'existence d'un lien de subordination entre le délégant et le délégataire. Le délégataire doit avoir l'aptitude nécessaire aux pouvoirs qui lui sont délégués, ce qui signifie qu'il doit disposer, de manière cumulative de :

- La compétence, c'est-à-dire la formation et l'expérience nécessaires pour exercer ces prérogatives. La compétence du délégataire s'apprécie au regard de sa qualification et de son expérience professionnelle, de son ancienneté mais également de sa compréhension des normes à respecter.
  - De l'autorité, c'est-à-dire le pouvoir de prendre les mesures utiles au respect de la réglementation. De manière générale, l'exigence d'une autorité englobe un pouvoir de commandement et un pouvoir disciplinaire<sup>88</sup>.
  - Des moyens matériels nécessaires à l'exercice de sa mission. Il s'agit de moyens juridiques, techniques, budgétaires et humains<sup>89</sup>.
- La délégation doit être expressément acceptée par le délégataire<sup>90</sup>, et connue des salariés relevant de l'autorité du délégataire<sup>91</sup>
  - Les conditions relatives à la nature et l'étendue des pouvoirs pouvant être délégués

Il s'agit du point délicat de la délégation de pouvoirs du président directeur général ou le directeur général au directeur salarié. Il convient d'être particulièrement attentif au fait que le mandataire social ne peut pas déléguer tous ses pouvoirs et se décharger totalement de ses fonctions par une délégation trop générale. Cela reviendrait à « un abandon » complet de la responsabilité par le dirigeant et encourt de ce fait la nullité de la délégation<sup>92</sup>. Par ailleurs, une délégation de pouvoirs trop générale fait également encourir au délégataire le risque d'être qualifié de dirigeant de fait<sup>93</sup>.

C'est la raison pour laquelle les pouvoirs délégués doivent être clairs et précis, pour permettre de déterminer la nature des obligations transmises et d'apprécier la validité et l'étendue de la délégation.

- Les conditions relatives à la durée de la délégation de pouvoirs

La durée de la délégation de pouvoirs doit être déterminée ou déterminable. Le délégant peut mettre fin à la délégation par révocation expresse.

Il peut également y mettre fin de manière tacite : la révocation est tacite lorsque le délégant exerce lui-même les pouvoirs délégués, raison pour laquelle il engage alors sa responsabilité personnelle.

Il convient de souligner que, sauf stipulation contraire, les délégations en cours sont maintenues en dépit de tout changement dans la situation du délégant, car la délégation est « faite au nom et pour le compte de la société »<sup>94</sup>. Ainsi, la disparition (démission – décès – révocation) de l'organe délégant, l'incapacité, la perte des pouvoirs du délégant sont sans effet sur les délégations antérieures, jusqu'à ce que le nouveau dirigeant en décide autrement.

<sup>88</sup> Cass. crim. 7 juin 2011, n°10-84.283 : JurisData n° 2011-014293.

<sup>89</sup> Cass. crim. 11 mars 1993, n°91-83.655, n°92-80.773, n°90-84.931, n°91-80.958 et n°91-80.598.

<sup>90</sup> Cass. crim. 23 mai 2007, n°06-87.590.

<sup>91</sup> Cass. crim. 24 septembre 2002, n°01-86.288.

<sup>92</sup> Cass. com. 22 décembre 1975. JCP G 1976, IV, 51. – V. aussi Cass. crim. 28 janvier 1975 (Bull. crim. 1975, n°32).

<sup>93</sup> Cass. crim. 29 janvier 1980. Bull. crim. 1980, n° 84. – Cass. crim. 29 avril 1998 : D. 1999, jurispr. p. 502.

<sup>94</sup> Cass. com. 4 février 1997. JCP G 1997, IV, 702 ; D. affaires 1997, p. 354 ; Bull. civ. IV, n°286 ; Juris-Data n°1997-000441.

De sorte que le successeur du délégant n'a pas à renouveler les délégations précédemment consenties. Il lui reviendra de décider, s'il y a lieu, de supprimer, maintenir ou modifier les délégations de pouvoirs, ou de les attribuer à d'autres personnes.

- Les effets de la délégation de pouvoirs au plan pénal : la délégation opère un transfert de la responsabilité pénale

La délégation de pouvoirs repose sur le principe suivant :

*« Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires<sup>95</sup>. »*

Ainsi, la délégation de pouvoirs opère transfert de la responsabilité pénale pesant sur le délégant vers le délégataire, et l'existence d'une délégation de pouvoirs valable aura pour effet d'exonérer le dirigeant de sa responsabilité pénale.

Le délégataire, devenant le représentant de la Société, engage donc sa responsabilité pénale personnelle, excluant la responsabilité personnelle du délégant, et pourra également engager la responsabilité pénale de la personne morale<sup>96</sup>.

Cependant, cet effet de transfert de responsabilité doit être nuancé en ce qu'il ne joue que pour les cas dans lesquels la responsabilité pénale personnelle du chef d'entreprise peut être mise en cause et non dans les cas visant la responsabilité pénale de la société<sup>97</sup>.

- L'absence d'effets au plan civil de la délégation de pouvoirs

Au plan civil, la délégation de pouvoirs n'engage pas la responsabilité civile du délégataire. Le droit commun de la responsabilité civile du préposé continue à s'appliquer, conformément à l'article 1242, alinéa 5 du Code civil<sup>98</sup>. La société reste responsable au plan civil des actes commis par ses préposés.

## La nomination et la fixation des conditions du mandat par le conseil d'administration

Il incombe au conseil d'administration de désigner le mandataire social qui exercera les fonctions de direction générale puis d'en fixer les conditions juridiques et financières.

Ainsi, le directeur général ne peut être désigné que par cette instance, à l'exclusion de toute autre. Il n'est donc pas requis de formaliser un contrat de mandat en sus de la délibération procédant à la désignation et précisant les modalités de rémunération du directeur général. Si tel était le cas, ce type de contrat doit être rédigé avec une prudence et minutie et s'attacher à reproduire strictement les modalités précisées dans la délibération.

---

<sup>95</sup> Cass. crim. 11 mars 1993.

<sup>96</sup> Cass. crim. 11 octobre 2011, n°10-87.212.

<sup>97</sup> Cass. crim. 26 juin 2001, n°00-83.466.

<sup>98</sup> « Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés »

### *Une compétence exclusive du conseil d'administration*

Le conseil d'administration est le seul organe compétent pour procéder à la nomination de son directeur général et déterminer l'ensemble des modalités juridiques et financières (idem pour les directeurs généraux délégués) d'exercice de son mandat. Le conseil d'administration délibère selon les règles de majorité prévues par les statuts de l'EPL.

Si le prédécesseur du futur directeur général cumulait les fonctions de président du conseil et de directeur général, le conseil d'administration devra préalablement à la nomination du nouveau directeur général opter pour la dissociation et nommer un président du conseil d'administration.

### *Les délibérations du conseil d'administration*

Au visa des dispositions statutaires relatives au directeur général et le cas échéant aux pouvoirs du conseil d'administration, le conseil délibère sur :

- La nomination du directeur général et la date à laquelle le mandat débute et la durée dudit mandat (la durée est fixée dans les statuts ou par le conseil d'administration) ;
- Le cas échéant, les limitations de ses pouvoirs au profit du conseil d'administration (lister précisément les sujets qui nécessiteront une autorisation préalable du conseil d'administration). A noter que ces limitations de pouvoirs sont inopposables aux tiers.

Aux termes d'une délibération distincte de la première, le conseil d'administration fixe les éléments de la rémunération du directeur général dont notamment :

- La part forfaitaire annuelle (exemple : *rémunération forfaitaire brute annuelle de XXXX euros, versée par douzièmes*).
- Et, le cas échéant, la part variable (exemple : *rémunération brute variable sur objectifs en fonction de critères précisés ci-après et versée en une seule fois au plus tard à la fin du premier semestre qui suit l'année considérée*).
- Le bénéfice des contrats de prévoyance et santé.
- Le cas échéant, l'intéressement et la participation.
- Le cas échéant, le bénéfice d'avantages en nature. Les avantages en nature consistent en la mise à disposition du dirigeant de biens dont la société est propriétaire ou locataire. Les avantages fréquemment consentis aux dirigeants peuvent prendre différentes formes : l'utilisation d'un véhicule de fonction, un téléphone portable, un ordinateur portable, etc...

L'avantage en nature constitue un élément de rémunération et ne doit pas être confondu avec le remboursement de frais réels<sup>99</sup> destinés à couvrir les frais inhérents à la fonction (repas d'affaires, déplacements, etc.).

Il est usuel de préciser dans la délibération que le dirigeant pourra être remboursé sur présentation d'un état de ses frais et de tous justificatifs appropriés, selon les règles et modalités déterminées par la société, des dépenses raisonnables relatives à des frais de séjour, de déplacement, de représentation, et toutes autres dépenses nécessitées par l'exercice de ses fonctions sociales et engagées à la demande de la société.

---

<sup>99</sup> Ils ne donnent pas lieu à imposition entre les mains du dirigeant. Ce type de dépense est déductible du résultat de l'entreprise à condition de correspondre à des dépenses effectives et être justifiées.

Le cas échéant, il peut être prévu la souscription par la société pour le directeur général d'une assurance de type GSC dont la cotisation constituera un avantage en nature.

Le cas échéant, il peut également être prévu le versement d'une indemnité de fin de mandat. Une telle délibération doit faire l'objet d'une rédaction attentive et adaptée (et relève de la procédure des conventions réglementées).

Le conseil d'administration peut modifier pour l'avenir les conditions de rémunération octroyées.

#### *Les formalités consécutives à la nomination*

La nomination du directeur général doit être portée à la connaissance des tiers. Pour ce faire, l'EPL doit accomplir des formalités de publicité :

- Insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège de l'EPL ;
- Actualisation de l'extrait kbis de l'EPL avec transmission d'une déclaration de non-condamnation et copie d'une pièce d'identité en cours de validité auprès du greffe du tribunal de commerce du siège social de l'EPL.

Il est important de procéder à ces formalités. En effet, la nomination (idem ou pour les cessations des fonctions) n'est opposable aux tiers par la société qu'après l'accomplissement régulier des formalités de publicité<sup>100</sup>.

#### *Les déclarations de patrimoine et d'intérêts*

Le directeur général d'une EPL dont le chiffre d'affaires annuel au titre du dernier exercice clos avant la date de nomination de l'intéressé dépasse 750 000 euros doit déposer une **déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts** auprès de la HATVP (art. 11 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013).

Cette déclaration doit être faite dans les deux mois qui suit son entrée en fonctions.

En cours de mandat, toutes modifications substantielles du patrimoine (succession, donation, mariage, divorce, emprunt contracté ou remboursé...) ou des intérêts (nouvelle activité professionnelle, nouvelle fonction dirigeante ou nouveau mandat dans une EPL ou une filiale de SEM) doivent faire l'objet d'une déclaration modificative dans les deux mois suivant ces dernières (art. 11 précité).

Le fait, pour un directeur général, de ne pas déposer l'une des déclarations prévues précitées, d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende (art. 26 loi précitée).

---

<sup>100</sup> Art. L. 210-9 du Code de commerce.

### **Un dispositif spécifique : la mise à disposition de cadres techniques supérieurs par le Groupement d'Employeurs SCET GE.**

On retrouve dans certaines EPL des directeurs techniques mis à disposition. Il s'agit d'une activité historique de la SCET, filiale de premier rang de la Caisse des Dépôts, dans le cadre de son offre d'appui et de conseil aux EPL. En 2013, la SCET fonde le groupement d'employeurs SCET GE, avec un statut d'association à but non lucratif loi 1901, pour être en conformité avec les nouvelles dispositions du Code du travail, introduites par la loi Cherpion.

Le Groupement (GE) met des directeurs/directrices techniques (PMAD) à disposition de ses membres adhérents qui peuvent ainsi :

- Bénéficier de la compétence de cadres hautement qualifiés, en accédant à une communauté qui fait référence et à un outil de chasse de tête performant.
- Être dispensés des obligations administratives de l'employeur (gestion du contrat de travail, paie, formation, suivi de carrière ...).
- Eviter de porter le risque social, notamment pour les aspects liés à la rupture éventuelle du contrat de travail.
- Confier un mandat social au dirigeant de l'EPL, à titre exclusivement personnel, indépendamment de son contrat de travail. SCET GE appuie ses adhérents dans la mise en œuvre des dispositifs garantissant la validité du cumul aux conditions décrites en page 35.

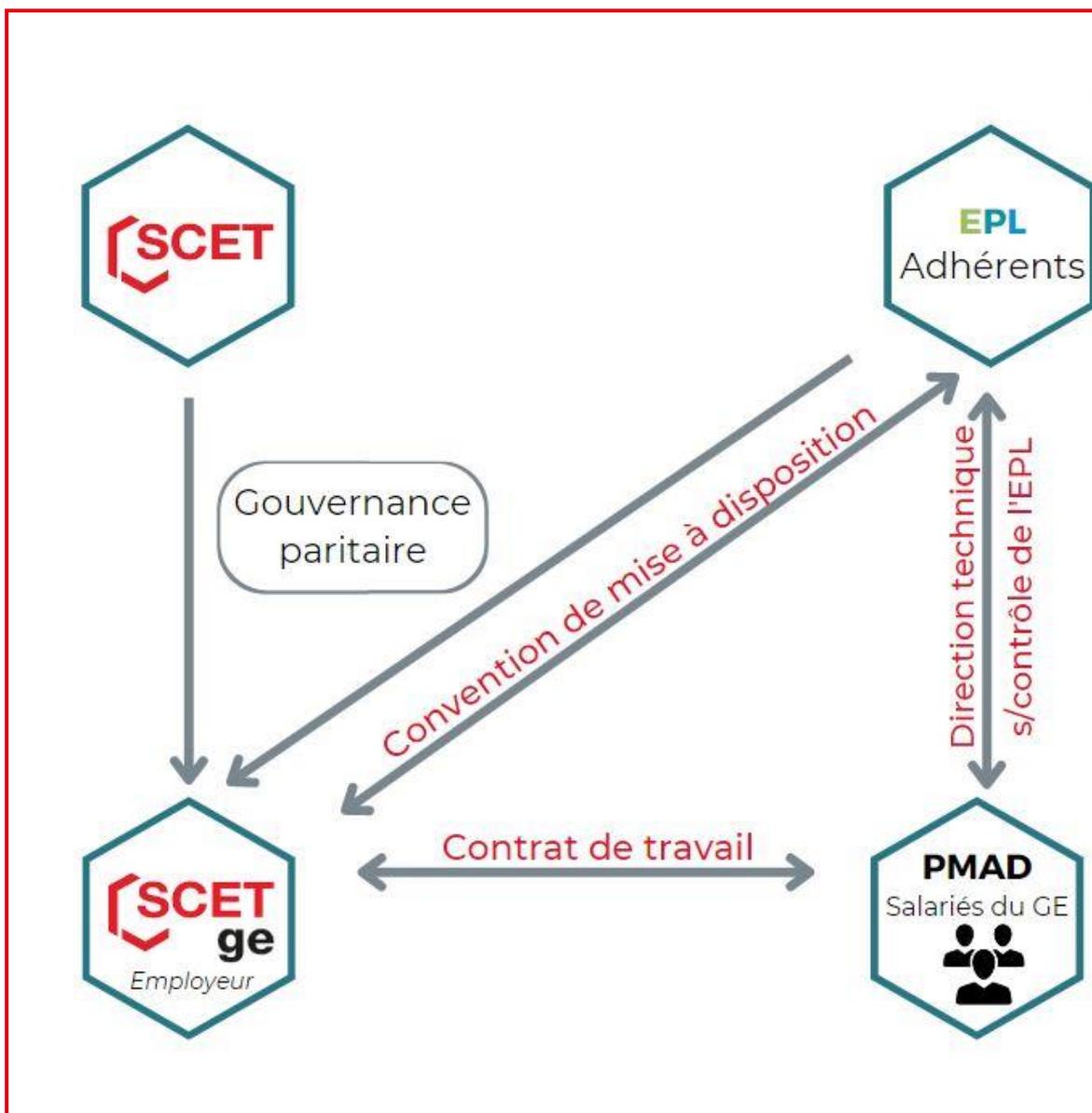
Pour le directeur/la directrice, le fait d'être salarié de SCET GE permet :

- D'intégrer une famille professionnelle et d'enrichir son parcours de carrière avec des expériences variées dans l'écosystème de l'économie publique locale (réseau SCET)
- D'être salarié d'une structure du groupe Caisse des dépôts
- De disposer d'une dynamique de carrière, qui se poursuit lorsque la mise à disposition prend fin
- De bénéficier d'un accompagnement : dispositif de mentoring lors de sa prise de fonction et à tout moment conseils, coaching, formation ...

Une relation tripartite s'établit entre l'adhérent, le salarié et SCET GE :

- L'adhérent conclut une convention de mise à disposition avec SCET GE qui définit les conditions générales de la mise à disposition et les obligations des parties : poste, lieu, durée (généralement 5 ans renouvelables), taux de mise à disposition, conditions financières et identification du salarié (qualification professionnelle et rémunération).
- L'EPL est responsable du contrôle opérationnel de la mission et des conditions d'exécution du travail du PMAD (notamment en matière de sécurité). Elle s'engage à respecter les statuts et le règlement intérieur qui régissent le fonctionnement du GE.
- Le directeur / La directrice technique PMAD signe un contrat de travail avec SCET GE, qui précise les modalités d'exercice de la mission : conditions d'emploi, qualification, rémunération, liste des « utilisateurs » potentiels et lieux d'exécution, ces fonctions impliquant par nature une mobilité géographique importante.
- SCET GE verse le salaire et s'acquitte des obligations sociales. Pour la gestion de son emploi, le PMAD relève exclusivement de SCET GE, qui assure le pouvoir disciplinaire et la gestion du contrat de travail (application de la convention collective Syntec et de ses accords d'entreprise).

SCET GE porte les risques sociaux en tant qu'employeur ; il doit néanmoins répartir l'ensemble de ses charges entre ses adhérents eu égard à son statut d'association à but non lucratif.



## L'EXERCICE DES FONCTIONS DE DIRECTEUR

### L'exercice des fonctions

*La relation directeur salarié / Président-directeur général : une relation hiérarchique*

Les bonnes relations permettront au mandataire social de s'appuyer sur les compétences techniques, opérationnelles et managériales du directeur. Pour le directeur, la relation avec le président assurant la direction générale lui permettra de définir ses missions et les modalités selon lesquelles il doit appuyer le mandataire social dans sa fonction de direction générale.

Le fonctionnement d'un tel binôme ne doit néanmoins pas conduire à un glissement de la responsabilité de la direction générale sur le directeur salarié. Le risque pour ce dernier étant d'être considéré comme « dirigeant de fait » de la société et de s'exposer en conséquence, en cas d'infraction aux dispositions légales relatives aux sociétés commerciales, aux mêmes sanctions pénales que les dirigeants de droit.

*Le couple de gouvernance président du conseil d'administration/directeur général : un lien institutionnel permettant un bon fonctionnement de la gouvernance*

Le bon fonctionnement du couple formé par le directeur général et le président du conseil d'administration est un gage d'une bonne gouvernance de la société.

Les rôles et fonctions de chacun ne se confondent pas mais sont complémentaires.

Le président du conseil d'administration n'a pas de rôle exécutif, lequel est assuré par le directeur général. Il n'a pas qualité pour représenter légalement la société, ce pouvoir étant dévolu au seul directeur général. Il ne dispose pas d'autorité hiérarchique sur les personnels.

Dans un tel cas en effet, un président serait susceptible d'engager sa responsabilité personnelle en qualité de dirigeant de fait.

Le président du conseil d'administration coordonne les travaux du conseil d'administration et doit s'assurer que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. A ce titre, il sollicite le directeur général pour préparer les travaux du conseil d'administration.

Dans les EPL, le président du conseil d'administration fait souvent le lien avec les collectivités qui siègent dans les instances (conseil et assemblées générales qu'il préside également).

C'est donc un équilibre savant et particulier qui devra se mettre en place pour ce couple.

De la même manière, la qualité des relations entre les membres du conseil d'administration (ou de surveillance) et la direction générale (et/ou la direction opérationnelle) est primordiale. Une relation déséquilibrée ou un manque de confiance entre ces acteurs peut conduire à des dysfonctionnements pouvant impacter la bonne marche de la société, voire même son climat social.

### Qu'est ce qui caractérise une bonne relation Président/Directeur ?



**Vincent FUSTER**  
**Président de sedia**

Avant tout c'est la confiance entre président et directeur qui assure l'efficacité de la gouvernance d'une EPL. Elle s'appuie sur une bonne complémentarité des missions, une répartition claire des responsabilités, politiques et stratégiques pour le président, techniques et organisationnelles pour le directeur.

Ce schéma doit être parfaitement intégré tant en interne qu'en externe.

### Que reprenez-vous de votre expérience ?



**Bernard BLETTON**

**Directeur Général Délégué de sedia et Territoires 25**



Je forme un tandem avec Vincent FUSTER depuis plus de 15 ans. Ce temps long et la disponibilité du président nous ont permis de construire et consolider un dispositif pérenne combinant SPL, SEM et SEM patrimoniales ancré dans nos territoires et concourant à leur équilibre, adossé au soutien des administrateurs et des élus, apte à apporter des réponses en ingénierie, aménagement, promotion ou portage immobilier, à répondre aux enjeux énergétiques et à l'urgence environnementale.

Le résultat n'aurait pu être atteint sans cette complicité entre nous dans la durée.

### Ecosystème du directeur d'EPL

L'écosystème du directeur comprend de multiples interlocuteurs : outre les interlocuteurs classiques de toute entreprise (les équipes, les clients et fournisseurs, les administrations sociales et fiscales, etc), le directeur général aura à répondre aux sollicitations des collectivités actionnaires de l'EPL.

Outre leur présence dans les instances de l'EPL, ces collectivités peuvent être tenues aux termes d'un pacte d'actionnaires de se réunir au sein de comités ou commissions préalables aux dites instances. Le directeur général devra veiller à la bonne exécution par la société de toutes les obligations qui auront pu être mises à la charge de la société dans le cadre de pacte d'actionnaires conclu en présence de l'EPL.

Par ailleurs, il veille au respect des différents points de contrôle de l'EPL (transmission des documents au préfet, contrôle de légalité, etc).

Si le directeur général est bien le représentant légal de la société vis-à-vis des tiers, la loi 3DS a posé de nouvelles règles dérogatoires du droit des sociétés (mais néanmoins supplétives) s'agissant

de la représentation de la SEM dans ses filiales et participations. Dès lors, le directeur général doit désormais s'interroger et interroger ses collectivités sur ces modalités<sup>101</sup>.

#### *Agenda des échéances à retenir et à tenir*

Le directeur d'EPL doit veiller à anticiper et programmer la réunion des différentes instances de l'EPL à savoir *a minima* :

- Les réunions du CSE ;
- Les réunions du conseil d'administration (vérifier si les statuts ou si un pacte d'actionnaires imposent un nombre minimum par an) ;
- Les assemblées spéciales<sup>102</sup> ;
- L'assemblée générale ordinaire annuelle d'approbation des comptes ;

Au surplus et selon les cas, le directeur général veillera à organiser la tenue de tous comités issus du conseil d'administration et/ou comités ou commissions issus d'un pacte d'actionnaires. Enfin, il doit s'assurer d'être destinataire en amont des calendriers des assemblées délibérantes des collectivités actionnaires de l'EPL dans la mesure où celles-ci doivent délibérer (*par exemple : pour certaines modifications statutaires, pour la création d'une filiale, etc*).

Le directeur général est responsable de l'établissement et la bonne tenue de l'ensemble des documents sociaux de l'EPL (procès-verbaux des conseils, des assemblées) et doit tenir à jour l'extrait kbis de celle-ci.

Il doit établir le rapport annuel de gestion qui est arrêté par le conseil d'administration.

Par ailleurs, depuis la loi 3DS, il doit mettre en place des séances de formation des élus nouvellement désignés au conseil d'administration ou de surveillance de l'EPL portant sur « *le fonctionnement d'une société anonyme, le contrôle financier, les missions, en fonction de la forme de la société, du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance ainsi qu'à la gestion d'entreprise* »<sup>103</sup>.

Enfin, il devra opportunément s'assurer du respect par les administrateurs représentant les collectivités de l'établissement du rapport annuel qu'ils doivent rédiger à l'attention de leurs collectivités. Son contenu sera précisé par décret à venir mais l'article L. 1524-5 du CGCT indique d'ores et déjà qu'il « *comporte des informations générales sur la société, notamment sur les modifications des statuts, des informations financières, le cas échéant consolidées, ainsi que les éléments de rémunération et les avantages en nature de leurs représentants et des mandataires sociaux* ».

## Les mandats accessoires à la fonction

Le développement des groupes ou de grappes autour des EPL peut amener le dirigeant d'EPL à exercer d'autres mandats sociaux dans les filiales et participations ou GIE dont l'EPL est membre.

Une vigilance particulière doit être signalée concernant les règles de cumul des mandats et la question de la prévention des conflits d'intérêts.

---

<sup>101</sup> CGCT. art. L. 1524-5-1.

<sup>102</sup> CGCT. art. L. 1524-5.

<sup>103</sup> CGCT, art. L. 1524-5-2.

### *Règles de cumul des mandats de directeur général*

En principe, une personne ne peut exercer simultanément plus d'un mandat social de directeur général d'une société anonyme (art L. 225-54-1 du Code de commerce).

Toutefois, cette même personne peut :

- D'une part, exercer un deuxième mandat de directeur général dans une société contrôlée soit exclusivement<sup>104</sup>, soit conjointement<sup>105</sup>, par la société dont elle est directeur général ;
- D'autre part, exercer un troisième mandat de directeur général dans une autre société anonyme, à condition, dans ce cas, que les titres des deux sociétés dans lesquelles sont exercés les mandats ne soient pas admis sur un marché réglementé.

Ces limitations se justifient par l'ampleur des fonctions qu'un directeur général doit remplir qui rend difficile les situations de cumul.

Elles ne sont pas aisées à manipuler et devront être analysées avec précision avant toute acceptation par le directeur général de mandat supplémentaire.

En tout état de cause, la règle du plafond global du nombre de mandat s'applique : une même personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats sociaux de directeur général, membre du directoire, directeur général unique, administrateur ou membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège social en France<sup>106</sup>, étant précisé que ne sont pas pris en compte les mandats dans les sociétés contrôlées, et donc dans les filiales.

### *Prévention des conflits d'intérêts*

Le directeur d'EPL doit être sensibilisé aux enjeux et aux mécanismes de prévention des conflits d'intérêts au sein de la société. On parle alors d'une politique active de prévention des conflits d'intérêts.

Précisons ici que la notion de conflit d'intérêts trouve deux fondements juridiques distincts et autonomes : le conflit d'intérêts qui figure dans la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et le conflit d'intérêts qui qualifie le délit pénal de prise illégale d'intérêts prévue à l'article 432-12 du Code pénal.

Le directeur général aura donc à sa disposition des dispositifs prudentiels pouvant être mis en œuvre.

Il s'agit en premier lieu de la procédure des conventions réglementées de l'art. L. 225-38 et suivants du Code de commerce mais également du dispositif de déport prévu par la loi précitée du 11 octobre 2013 et qui prévoit les personnes estimant se trouver dans une telle situation ont l'obligation générale

---

<sup>104</sup> Au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, le contrôle exclusif d'une société par une autre résulte soit :

- De la détention par la société contrôlante de la majorité des droits de vote
- De la désignation, pendant deux exercices consécutifs, de la majorité des membres du conseil d'administration ou de surveillance de l'entreprise. La société contrôlante est réputée avoir procédé à une telle désignation lorsque, au cours de cette période, elle détenait une fraction supérieure à 40% des droits de vote, sans qu'un autre associé ou actionnaire détienne, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne,
- Du droit d'exercer une influence dominante, en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires (type pacte d'actionnaires).

<sup>105</sup> Le contrôle conjoint est défini par l'article L. 233-16 du Code de commerce comme « *le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.* »

<sup>106</sup> C.com. art. L. 225-94-1.

de se déporter ou de ne pas siéger lors des délibérations traitant des sujets objet du conflit d'intérêts, dans le cadre fixé par l'article 2 de ladite loi).

## Formation et réseaux : des enjeux particuliers

Il est particulièrement important pour les directeurs d'Epl de se former étant donné les spécificités de leur poste. Les formations permettent d'accompagner le changement de niveau de responsabilité (passage du niveau opérationnel à un niveau de direction avec des responsabilités très accrues) ; d'appréhender les spécificités de l'économie mixte dans le monde de l'entreprise ; de connaître le contexte et les enjeux auxquels les métiers de l'aménagement, des services et de l'immobilier sont confrontés ; d'identifier le rôle et les responsabilités du dirigeant d'entreprise, dans toutes ses dimensions (managériale, économique, technique, juridique, commerciale) ; de construire une position de chef d'entreprise afin d'acquérir les bons réflexes et se poser les bonnes questions avant chaque prise de décision. Faire partie de réseaux de directeurs permet d'échanger et de partager sur des retours d'expérience.

Diverses formations existent et sont animées par plusieurs organismes. La FedEpl propose plusieurs formations d'une journée à destination des présidents et administrateurs d'Epl. Pour les dirigeants et cadres dirigeants d'Epl françaises, la Fédération des Epl a imaginé depuis 2001, un accompagnement au management et à la direction d'entreprises, en partenariat avec HEC Paris. HEC/Epl management propose trois cycles certifiants et complémentaires. Ces formations permettent aux dirigeants de développer leurs compétences managériales ; d'appliquer les nouvelles techniques de management à des études de cas réels animées par des dirigeants d'entreprise ; d'échanger et partager leurs expériences avec des dirigeants d'Epl et de devenir membre du réseau constitué des 600 dirigeants, anciens auditeurs d'HEC/Epl management.

Via l'organisme SCET Formation, des formations sont également organisées. Une formation diplômante, l'Ecole Des directeurs, est proposée par la SCET en partenariat avec Ponts Formation Conseil. Ce cycle permet de préparer les futurs dirigeants aux missions de direction, d'intégrer les spécificités structurelles des EPL et de rejoindre un réseau de pairs partageant les mêmes ambitions pour s'entraider. Plus précisément la formation aborde quatre grands axes : le rôle du dirigeant et ses leviers d'action ; la construction d'une stratégie ; le pilotage des personnes, des équipes et des organisations ; le pilotage et la gestion de l'activité. La formation est structurée autour de visites de sites, d'étude de cas, de mises en situation, d'exposés, de témoignages et retours d'expérience.

## La fin des fonctions

### *Le directeur salarié*

Les principales causes de rupture du contrat du directeur salarié sont celles prévues par le droit du travail : la démission, le licenciement et la rupture conventionnelle. En outre s'ajoutent les causes suivantes : la rupture judiciaire du contrat de travail (résiliation), la prise d'acte de la résiliation du contrat de travail, le départ à la retraite, la mise à la retraite et enfin le cas de force majeure. Les obligations incombant aux parties au contrat de travail ne sont pas spécifiques au directeur salarié.

### *Le directeur général mandataire social*

Les cas de fin du mandat sont limitativement prévus par le Code de commerce : la démission, la révocation, le décès du mandataire social, l'arrivée du terme du mandat à durée déterminée, l'application de la limite d'âge, la survenance d'une incapacité ou incompatibilité, la transformation ou la dissolution de la société et enfin l'adoption du régime du directoire et conseil de surveillance.

Il n'existe pas d'autres possibilités de mettre fin au mandat. Il faut donc exclure la possibilité de convenir d'une rupture conventionnelle, qui est un dispositif propre au droit du travail.

S'agissant de la fin du mandat pour révocation, ladite révocation peut être prononcée à tout moment par le conseil d'administration (art. L. 225-55 du Code de commerce).

Ce principe est d'ordre public. Toutefois, si la révocation est décidée sans juste motif, le directeur général peut solliciter en justice l'allocation de dommages intérêts.

Comme pour l'entrée en fonction, la fin du mandat doit faire l'objet de formalités de publicité.

Dans l'hypothèse d'un cumul mandat social/contrat de travail, le contrat de travail reprendra effet dans l'ensemble de ses dispositions à l'instant même de la cessation du mandat social du directeur général (Cass, Soc, 14 juin 2005 n°1371).

Une indemnité peut être versée au mandataire social sortant, sur décision du conseil d'administration ou en application d'engagements précédemment octroyés par le conseil d'administration.

Si une indemnité de départ avait été préalablement fixée dans une délibération du conseil d'administration, nous recommandons que ce-dernier délibère pour acter le paiement de ladite indemnité à l'intéressé.

Ainsi, s'il n'existe pas d'interdiction de principe d'une telle indemnité, elle ne doit toutefois pas porter atteinte au principe de libre révocation, ce qui serait le cas si l'indemnité constituait une charge telle pour celui qui s'y est engagé qu'elle le dissuaderait d'exercer ce droit de révocation<sup>107</sup>. Le juge du fond vérifiera si le montant de l'indemnité prévu fait échec ou non à la libre révocabilité « *il appartient aux juges du fond de rechercher si la convention litigieuse n'a pas pour objet, ou pour effet, de restreindre ou d'entraver la révocabilité ad nutum* ».

La jurisprudence considère que l'appréciation se fait en comparant l'indemnisation promise avec les capacités financières du promettant, qui peut s'apprécier, s'il s'agit d'une personne morale, en tenant compte du « capital social et des résultats moyens des trois dernières années » (CA Paris, 26 juin 1998)

C'est au moment de la révocation, et non pas au moment de la signature de la convention, que s'appréciera ce caractère dissuasif (CA Paris, 14 déc. 1993 : Bull. Joly 1994, p. 185, § 44).

En fin de mandat, le directeur général doit également remplir une déclaration de situation patrimoniale à la HATVP qui va s'assurer que l'évolution du patrimoine au cours des fonctions correspond aux revenus perçus pendant cette période. Seules les rubriques relatives aux revenus et aux événements majeurs doivent donc être remplies en fin de fonctions.

### *La vigilance sur les postes futurs*

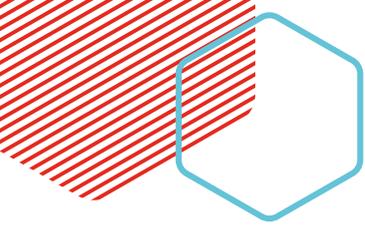
Exposé au délit de pantouflage (art. 432-13 du Code pénal), le directeur d'EPL (directeur salarié ou mandataire social) devra être vigilant sur les fonctions qu'il pourrait être amené à accepter après son départ de l'EPL.

On rappellera en effet que les personnels des sociétés d'économie mixte sont expressément visés par ce texte. A ce titre, le délit vise ceux qui ont été « *chargés d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ou de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou*

<sup>107</sup> Cass. com. 2 juin 1992. JCP E 1993, I, 215, note Viandier et Caussain.

*encore d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée »* doivent s'abstenir d'intégrer une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans.

\*\*\*



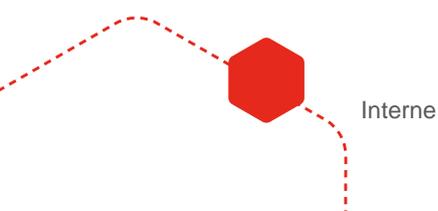
# REMERCIEMENTS

A l'initiative de l'Association des Directrices et Directeurs d'Entreprises Publiques Locales (ADEPL) et de la Banque des Territoires, ce guide a été réalisé par le Cabinet SEBAN, appuyé par la SCET.

Nous remercions les Présidents et Directrices / Directeurs d'EPL qui ont participé par leur témoignage à la réalisation de ce guide, et tout particulièrement :

- Bernard BLETTON, Directeur Général Délégué de Sedia et Territoire 25
- Cédric DUHEM, Directeur Général de Nièvre Aménagement
- Vincent FUSTER, Président de Sedia
- Michel LE BRAS, Directeur Général de la Compagnie des Ports du Morbihan
- Catherine LEGER, Vice-Présidente de l'ADEPL, ex-Directrice Générale de la SEM et la SPL Plaine Commune Développement
- Aurélienne TIEU, Directrice Générale de la SEM Croissance Verte

Nous remercions enfin la Fédération des EPL pour leur contribution.





BANQUE des  
**TERRITOIRES**



**banquedesterritoires.fr**  
 |  | @BanqueDesTerr