

Avis n° 2016-1 du 20 juin 2016

Détention majoritaire d'une société commerciale créée pendant une période de disponibilité

Saisi par un magistrat administratif d'une demande relative à la compatibilité de la détention majoritaire d'une société commerciale avec l'exercice des fonctions de magistrat administratif, le collège de déontologie émet l'avis suivant :

« Vous avez exposé au collège de déontologie que, pendant la période où vous étiez en position de disponibilité, vous avez créé une entreprise constituée en société par actions simplifiée dont vous êtes actuellement le président et dont vous détenez 51% du capital.

Devant être réintégré le 1er juillet prochain dans le corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, vous cesserez à cette date d'exercer la présidence de la société, mais vous vous interrogez sur le point de savoir si la détention majoritaire du capital d'une société commerciale est compatible avec l'exercice des fonctions de magistrat administratif et vous avez saisi à ce sujet le collège de déontologie des membres de la juridiction administrative.

La question ainsi posée n'appelle pas d'élément de réponse qui découle de règles propres aux magistrats administratifs et c'est par rapport au droit commun applicable aux fonctionnaires de l'Etat qu'il convient de raisonner.

Selon les dispositions qui figuraient au III de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 avant l'intervention de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 : « III.- Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public peuvent librement détenir des parts sociales et percevoir les bénéfices qui s'y attachent. Ils gèrent librement leur patrimoine personnel ou familial ».

Ces dispositions ne figurent plus dans le texte de la loi du 13 juillet 1983 issu de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016. Pour autant cette dernière ne paraît avoir eu ni pour objet ni pour effet de remettre en cause le principe qu'elles exprimaient.

La détention par un magistrat de parts sociales est ainsi en elle-même licite sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que cette détention porte ou non sur la majorité du capital d'une société.

Mais selon le principe aujourd'hui énoncé à l'article 25 septième de la loi du 13 juillet 1983 : « Le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées (...) Il est interdit au fonctionnaire : (...)2° De participer aux organes de direction de sociétés ... »

A diverses reprises le collège a eu l'occasion de rappeler et de préciser la portée de ces dispositions (cf notamment les avis n° 2012/4, 2014/3, 2015/1, 2015/5)

Il en découle notamment que le maintien de la détention de parts sociales de la société ne doit s'accompagner, ni bien sûr de la poursuite de l'exercice des fonctions de président, ni non plus du fait de siéger au conseil d'administration.

En outre, dans le cas d'espèce, la circonstance que vous avez créé la société et en avez été le président implique que toutes dispositions soient prises, en droit et en fait, pour que vous ne puissiez pas être regardé comme participant *de facto* à la direction de la société. Il en irait de même, au moins dans un premier temps, si, à la suite d'une cession partielle, votre part du capital, tout en demeurant significative, passait en dessous de 50%.

Il vous revient de rechercher les modalités envisageables à cette fin - par exemple le fait de donner à un tiers indépendant un mandat de gestion de vos actions excluant toute intervention de votre part auprès du mandataire - et d'apprécier concrètement si elles sont à même d'assurer le respect des dispositions précitées.

Vous pourrez bien entendu recueillir l'avis de votre chef de juridiction sur le dispositif que vous mettrez en place.

Vous pourrez aussi, si vous le souhaitez, saisir à nouveau le collège lorsque se sera écoulé un délai permettant d'apprécier la situation.

Enfin, il va sans dire que dans vos fonctions juridictionnelles vous devrez vous abstenir de siéger dans toute affaire ayant un lien avec l'activité de la société.

Je vous prie, Monsieur le premier conseiller, de bien vouloir agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs. »