

PARIS le 30 juin 2005
François LOLOUM
Conseiller d'Etat

Monsieur le ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement,

J'ai l'honneur de vous présenter le rapport du groupe de travail relatif aux modes de coopération des organismes d'habitations à loyer modéré. Ce rapport n'a pas la prétention de traiter exhaustivement toutes les questions que peuvent soulever les coopérations entre ces organismes. Il s'est attaché à déterminer les meilleures conditions de sécurité juridique auxquelles ces modes de coopération pouvaient être mises en œuvre.

Convaincu que le droit actuel offrait une gamme suffisante d'outils de coopération, le groupe de travail a évité de proposer des réformes de texte, à l'exception de deux modestes adaptations pour tenir compte des évolutions institutionnelles les plus récentes en matière de logement social. Il n'a pas davantage voulu imposer un modèle singulier de coopération, chaque situation appelant des solutions propres. Il a plutôt formulé des recommandations visant, en l'état actuel du droit et sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, à un bon usage de ces instruments.

En vous souhaitant bonne réception, je vous prie d'agréer, Monsieur le ministre, l'expression de mes respectueuses considérations.



François LOLOUM

Les modalités de coopération entre les organismes d'HLM

Les pratiques de coopération entre organismes d'HLM sont anciennes et présentent des formes très variées.

Certains d'entre elles procèdent de logiques de groupe. Des acteurs détenant de participations dans le capital de plusieurs organismes d'HLM ou disposant de pouvoirs de représentation dans leurs organes dirigeants cherchent à rationaliser l'organisation et la gestion en spécialisant certains organismes pour des activités à compétences particulières (maîtrise d'ouvrage, gérance, aménagement) ou en confiant à un organisme particulier l'exercice de fonctions communes à plusieurs autres (moyens informatiques, gestion des personnels).

D'autres cas de figure répondent davantage à des logiques de territoires. La distribution géographique des patrimoines comme la réalisation d'opérations localisées peuvent pousser les organismes d'HLM à créer des synergies pour acquérir une meilleure efficacité ou réduire leurs coûts.

Dans ces stratégies territoriales, les élus locaux jouent un rôle non négligeable que ce soit dans l'exercice de leur mandat électif ou dans celui de leur fonction d'administrateur.

Les autorités de l'Etat elles-mêmes ont, pour remédier aux faiblesses de tel organisme, favorisé des procédés consistant à adosser l'organisme défaillant à d'autres organismes, encourageant le rapprochement sans imposer la fusion.

La richesse et l'ingéniosité des formes de coopération manifestent, s'il en était besoin, la capacité d'adaptation dont sait faire preuve ce secteur d'activité.

Mais les organismes d'HLM ne peuvent utiliser n'importe quel instrument disponible dans n'importe quelles conditions. En manquant aux exigences de leurs missions de service public qui justifient leur statut, ils perdraient leur âme. En leur qualité de pouvoirs adjudicateurs, ils sont tenus de respecter les règles contraignantes du droit de la concurrence. Enfin, on comprend que les dirigeants des organismes d'HLM ont le souci légitime d'éviter de créer des situations qui pourraient donner lieu à une requalification en infraction pénale.

C'est pourquoi les autorités ministérielles ont souhaité qu'une réflexion soit menée sur les pratiques actuelles de coopération entre organismes d'HLM. Tout en relevant la nécessité d'adapter, par la voie de la coopération, le tissu des organismes HLM aux enjeux locaux, ils s'interrogent sur la compatibilité de certaines formes de coopération avec la spécialité de la mission confiée aux organismes d'HLM, avec les règles du droit de la concurrence et la prohibition des conflits d'intérêts.

Un groupe de travail a été constitué sous la présidence de François Loloum, membre du Conseil d'Etat. Il a rassemblé des représentants de la direction générale de l'urbanisme, de l'habitat et de la construction (DGHUC), du Conseil général des Ponts et Chaussées, de la Mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS) et de l'Union sociale pour l'habitat (USL).

Il a auditionné les représentants des fédérations d'organismes d'HLM en réunion plénière. Chacune des fédérations a pu également s'exprimer séparément à titre particulier. Des représentants de la fédération des sociétés d'économie mixte, de la Caisse de garantie du logement locatif social et de l'Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction ont été entendus à leur

demande. Les services compétents du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministère de la justice ont donné leurs appréciations sur certains des points en discussion.

Au terme de ses travaux, le groupe de travail constate que plusieurs facteurs propres à la période concourent à un renforcement de la coopération de ces organismes, indépendamment des restructurations qu'appellerait le tissu des organismes d'HLM (I). Il estime nécessaire de recommander quelques préceptes juridiques pour assurer la sécurité juridique et l'efficacité des moyens de coopération (II). Enfin il propose deux réformes ponctuelles pour mieux adapter le régime des organismes d'HLM aux besoins de la période (III).

I.- Les coopérations entre organismes HLM : la nouvelle donne

Plusieurs facteurs propres à la période concourent au renforcement des coopérations entre organismes d'HLM.

A. Les programmes ambitieux du Gouvernement en matière d'habitat social réclament une forte mobilisation des organismes d'HLM

La loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine lance une politique de renouvellement urbain prévoyant sur une période de cinq ans la réhabilitation de 200 000 logements, la destruction d'autant de logements et la construction de 200 000 nouveaux logements.

La loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005 fixe également des objectifs ambitieux de relance de la construction locative sociale. Le plan de cohésion sociale prévoit notamment, en dehors des programmes de renouvellement urbain, de construire, tous opérateurs confondus, 100 000 logements locatifs sociaux par an. Le plan pour les HLM propose de réaliser en moyenne chaque année sur cinq ans 62 000 logements PLUS et 38 000 logements conventionnés type PLS.

Les organismes d'HLM sont à un double titre impliqués : les zones de rénovation urbaine constituent des enjeux forts pour la politique du logement social et la mixité sociale ; le renouvellement du parc ancien de logements sociaux est un impératif pour des organismes confrontés en première ligne à une demande sociale excédant l'offre disponible.

B. Le rôle renforcé des collectivités territoriales et de leurs établissements en matière d'habitat et de logement social détermine des stratégies nouvelles de la part des organismes d'HLM

Le développement de l'intercommunalité sous la forme de communautés de communes et de communautés d'agglomération dotées de compétences en matière de logement social ou de politique de la ville pose en des termes nouveaux la dimension territoriale de l'activité des organismes d'HLM. Les plans locaux de l'habitat communautaires vont devenir l'instrument indispensable de programmation pluriannuel.

Les EPCI et les départements peuvent, depuis la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, exercer par délégation des compétences de l'Etat en matière de financement de la construction dans le cadre de convention de six ans. Par ce dispositif, l'Etat reconnaît une coresponsabilité dans la mise en œuvre de la politique du logement social.

La création d'établissements fonciers locaux destinés à maîtriser l'offre foncière constitue également pour les élus locaux un levier important en faveur du logement social.

Enfin, les élus locaux disposent de moyens accrus pour participer aux instances dirigeantes des organismes d'HLM. La réforme annoncée des offices devrait conforter leur place au sein de ces établissements publics. Les nouvelles règles de gouvernance des SA d'HLM, issues de la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, introduisent de nouvelles relations entre organismes d'HLM et collectivités locales. Avec l'institution de l'actionnaire de référence, la réforme a fait naître des stratégies d'actionnariat inscrites dans des logiques de groupe et appuyées sur des capacités de mobilisation de moyens financiers importants (1% logement, Caisses d'épargne) auxquels les collectivités locales peuvent n'être pas insensibles. L'accession de représentants des collectivités publiques dans les organes dirigeants des SA d'HLM, même à titre minoritaire, est susceptible de renforcer l'intérêt de ces collectivités pour des politiques territoriales plus cohérentes entre les différents acteurs du logement social.

Les organismes d'HLM ne peuvent ignorer ce contexte de décentralisation et les nouvelles responsabilités des élus locaux. Les organismes de droit public sont particulièrement impliqués par ces évolutions. Les offices d'HLM de par leur règle de rattachement à des collectivités doivent redéfinir leur positionnement local. Ils ne peuvent faire l'économie d'une réflexion sur les relations fonctionnelles voire structurelles entre offices municipaux et intercommunaux (45 offices représentant 164452 logements) et offices départementaux (92 offices représentant 1 148 020 logements) et offices de niveau communautaire (155 offices représentant 841 053 logements). Les sociétés d'HLM dans le cadre d'une logique d'actionnariat adoptent aussi des stratégies de réseaux pour répondre aux politiques locales de l'habitat social. Là où s'attisent les concurrences il peut y avoir aussi coopération sous l'impulsion notamment de l'Etat et des collectivités territoriales.

C. Les contraintes budgétaires incitent les organismes d'HLM à une gestion économe et à une synergie de leurs investissements

Si l'Etat fait preuve d'une grande ambition dans ses programmes de logement social, il est soumis, comme les autres collectivités publiques, à des fortes contraintes budgétaires.

Les organismes d'HLM, appelés à participer l'effort de construction, risquent dans ces conditions de bénéficier de soutiens publics plus restreints ou plus sélectifs et devoir mobiliser davantage leurs fonds propres ou accroître leur endettement. Dans ce contexte les choix s'inscrivent dans des perspectives de recomposition patrimoniale ou de recherche de synergies.

Dans le même temps, les charges d'exploitation incombant aux organismes d'HLM augmentent du fait de l'entretien d'un patrimoine ancien et des obligations nouvelles imposées par la réglementation (gardiennage, sécurité des ascenseurs...). Si l'on veut éviter de répercuter toutes ces charges accrues sur les locataires, il convient de rechercher des moyens de maîtriser les coûts.

Programmes ambitieux en matière de rénovation urbaine et de renouvellement du parc HLM, rôle accru des pouvoirs locaux et des stratégies territoriales, exigences d'une gestion rigoureuse et de mobilisation de moyens combinés, autant d'incitations pour les organismes HLM pour renforcer les partenariats et utiliser à bon escient les différents instruments de coordination.

II. Les modes de coopération et les questions de sécurité juridique

Le droit positif offre aux organismes d'HLM un large éventail de moyens de coordination. Le recours à ces différents instruments est très inégal. Certains sont méconnus. D'autres sont d'usage fréquent et donnent lieu à des utilisations différentes dictées semble-t-il autant par l'histoire que par des stratégies actuelles.

Dans cette panoplie, chaque instrument comporte ses atouts et ses contraintes. Il importe de les identifier pour procéder aux choix les plus judicieux en diminuant au mieux les risques encourus.

Il ne s'agit pas ici de proposer un modèle unique mais seulement de recommander les pratiques les moins critiquables en l'état du droit.

A. Un inventaire des modes existants de coopération

La coopération entre organismes d'HLM peut s'inscrire dans le cadre de conventions ou prendre la forme d'une entité disposant de la personnalité morale distincte des organismes qui la compose. Certains de ces modes de coopération sont prévus par le code de la construction et de l'habitation. D'autres figurent dans le code des marchés publics dont relèvent les organismes d'HLM. D'autres enfin sont de droit commun et ont leur régime défini par le code civil ou le code de commerce.

1) La coopération par voie de convention

a) Convention de prestations de services et convention de gérance

Le mode de collaboration le plus souple et le plus commun est la convention de prestations de services prévue notamment par les articles L. 421-1 et L. 422-2 du code de la construction et de l'habitation (CCH). Un organisme d'HLM peut « réaliser pour le compte d'autres organismes d'HLM des prestations de services » à la double condition que les missions en cause entrent dans l'objet social et la compétence territoriale de chacun des cocontractants.

En général, la convention est passée entre deux cocontractants, quel qu'en soit le statut, et a pour objet la fourniture d'un service déterminé pour une durée limitée.

Mais ni le code ni aucune autre disposition n'interdit qu'un organisme offre, dans le cadre d'une même convention conclue avec plusieurs organismes d'HLM, des prestations de service à ses cocontractants multiples.

Relèvent du même mode de coopération les conventions de gérance mentionnées à l'article L. 442-9 du code. La différence avec les conventions précédentes tient à la nature du service rendu qui touche ici à l'une des missions essentielles d'un organisme HLM, la gestion de son patrimoine.

b) Délégations de maîtrise d'ouvrage

Les organismes HLM peuvent aussi recourir, en dehors des outils propres au CCH, à des instruments de droit commun.

La délégation de maîtrise d'ouvrage, organisée par la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP), en est un premier exemple. Elle consiste pour un propriétaire à confier, par convention, certaines attributions de la maîtrise d'ouvrage à un délégataire qui agit au nom et pour le compte du délégant. Le délégataire dispose des pouvoirs nécessaires à la bonne réalisation des opérations mais le maître d'ouvrage conserve la compétence exclusive de décider de l'acte de construire, définir le programme des opérations et leur enveloppe financière. Le maître d'ouvrage « remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

L'ordonnance du 17 juin 2004 supprime la liste limitative des seules personnes auxquelles pouvait être confiée cette délégation. Mais, pour garantir l'indépendance du maître d'ouvrage délégué, elle précise que cette fonction de maîtrise d'ouvrage déléguée est incompatible avec celles de maître d'œuvre, de réalisation des travaux et de contrôle technique. Pour éviter tout risque de conflit d'intérêt au sein d'un groupe, elle étend l'incompatibilité aux entreprises qui seraient liées au mandataire ou sous son influence dominante.

La même ordonnance du 17 juin 2004 a introduit toutefois dans la loi MOP une nouvelle disposition qui permet un entier transfert de compétence de la maîtrise d'ouvrage pour les besoins d'une opération déterminée. Lorsque l'opération porte sur un ouvrage ou un ensemble d'ouvrages relevant de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ceux-ci peuvent désigner, par convention, l'un d'entre eux pour assurer les missions opérationnelles de la maîtrise d'ouvrage.

2) La coopération par voie de création d'une entité particulière

a) La société anonyme de coordination

L'article L. 423-1-1 du CCH autorise les organismes HLM à constituer entre eux une société anonyme pour mener de concert, dans le cadre de projets communs et sur un territoire déterminé, des activités dont il dresse la liste limitative.

La société de coordination est conçue comme un outil réservé aux organismes HLM. Tout organisme HLM, même s'il a le statut d'un établissement public, peut prendre une participation dans le capital de cette société de droit privé. Les organismes HLM doivent détenir la totalité du capital. Les membres du conseil d'administration, y compris son président, sont des représentants permanents de ces organismes.

Cette société n'agit que pour le compte de ses actionnaires, que ce soit pour assister ces derniers dans leurs interventions sur les immeubles leur appartenant ou qu'ils gèrent, gérer les immeubles qui leur appartiennent ou réaliser des interventions foncières et des opérations d'aménagement. Pour les besoins de ces activités, elle peut exercer la maîtrise d'ouvrage et dispose du pouvoir de décision pour la conduite des opérations.

Mais elle ne peut bénéficier d'aucun transfert du patrimoine de ses actionnaires ni constituer de patrimoine propre. Elle n'a pas la qualité d'organisme d'HLM. Sa création est subordonnée au même agrément administratif qu'un organisme d'HLM. Un agrément est aussi exigé pour exercer des compétences autres celles énumérées à l'article L 423-1-1 et qui sont communes aux organismes publics et aux SA HLM.

Les contraintes auxquelles sont soumises sa création et la nature de ses activités expliquent sans doute le peu de succès qu'a rencontré cet instrument de coopération, il est vrai encore fort jeune. Il n'est pas exclu à l'avenir que, pour des opérations déterminées, cet outil révèle toutes ses vertus.

En tout état de cause, la création par le législateur des sociétés anonymes de coordination ne doit pas être regardée, compte des conditions particulières qui sont applicables à ces sociétés, comme faisant obstacle à la mise en œuvre d'autres procédés de coopération.

b) La société civile immobilière (SCI) et la société d'économie mixte (SEM)

Pour mémoire, on signalera deux autres modes de coopération sous la forme de participation à des sociétés pour la mise en œuvre d'opérations ponctuelles.

Les organismes d'HLM peuvent constituer entre eux une société civile immobilière dont l'objet exclusif est la réalisation d'immeubles à usage d'habitation ou à usage mixte destinés à l'accession sociale à la propriété. La SCI peut être constituée sans capital minimal. Les associés y sont tenus personnellement et indéfiniment mais sans solidarité au paiement des dettes sociales en proportion de leur part dans le capital social.

Les organismes d'HLM peuvent également souscrire des actions de SEM de construction et de gestion de logements sociaux. Ces SEM, pas plus que les SCI ou les SA de coordination, n'ont la qualité d'organisme d'HLM mais leur régime se rapproche de celui des organismes d'HLM tant en ce qui concerne leurs compétences puisqu'elles peuvent être délégataires de maîtrise d'ouvrage pour la construction de logements sociaux et assurer la gérance des immeubles appartenant à un organisme d'HLM, qu'en ce qui concerne leur organisation interne puisque leur conseil d'administration comprend des représentants des locataires.

c) Le groupement d'intérêt économique (GIE)

En dehors des structures de coopération mentionnées expressément dans le code de la construction et de l'habitation, il est admis par les pouvoirs publics que les organismes peuvent constituer entre eux d'autres entités relevant du droit commun.

Le GIE est l'une des structures les plus utilisées. C'est une entité de droit privé dotée de la personnalité morale comme la SA de coordination. Comme celle-ci, il peut

regrouper des personnes de droit public et de droit privé. Il a pour but, selon les termes de l'article L. 251-1 du code de commerce, « de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

Le GIE est un instrument plus souple que la SA de coordination. Sa création ne requiert aucun agrément administratif préalable ni même, le cas échéant, d'apport en capital ; les membres disposent d'une grande liberté tant pour définir son objet, ses activités n'étant pas encadrées comme celles de la SA de coordination, que pour fixer les règles de son organisation interne. Le GIE est assurément un instrument très pratique pour des coopérations entre organismes d'HLM.

Toutefois il faut insister sur trois de ses éléments constitutifs.

Premièrement, il ne doit que concourir à la poursuite de l'activité économique de ses membres. Ce caractère *complémentaire* implique que le GIE ne puisse se livrer à des activités nouvelles hors du champ des missions de ses membres, sous peine de se transformer en société de fait.

Ensuite, ses activités ont un caractère *auxiliaire* par rapport à celles de ses membres. Chacun de ses membres conserve ses activités essentielles propres ; le GIE ne peut vider de leur substance les compétences de ses membres ni se substituer à ces derniers dans la réalisation de leurs missions essentielles.

Enfin, les membres du GIE sont tenus *personnellement et solidairement du passif* social. A la différence des actionnaires de la SA de coordination, chaque membre du GIE engage son patrimoine personnel au-delà même de la quote-part de sa participation. Toutefois le contrat constitutif peut écarter la solidarité qui n'est pas d'ordre public.

En l'état actuel du droit et dans l'attente d'une réforme annoncée, les offices n'ont pas la possibilité de s'associer pour former un groupement d'intérêt public (GIP).

d) Le groupement de commandes et la centrale d'achat

Pour des opérations plus déterminées, les organismes d'HLM peuvent recourir aux procédés, définis par le code des marchés publics ou l'ordonnance du 6 juin 2005, du groupement de commandes et de la centrale d'achat.

e) L'association de la loi de 1901

L'association de la loi de 1901 n'est soumise qu'à peu de formalisme pour sa création comme pour les règles de son fonctionnement. Elle peut servir de lieu de concertation et d'animation des politiques de ses membres. Mais cette forme d'organisme se prête mal à la réalisation d'opérations à titre onéreux surtout lorsque celles-ci réclament des investissements lourds.

B) la sécurité juridique dans les modes de coopération

1) Les limitations inhérentes à la qualité d'organisme HLM

Les organismes d'HLM relèvent d'un régime particulier en raison des missions de service public qui leur sont confiées. L'existence de ces missions de service public a parfois été contestée. La jurisprudence, qui ne fait pas de distinction selon le statut de droit public ou de droit privé des organismes d'HLM, est pourtant claire et constante (Conseil d'Etat 24 avril 1992 Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM ; CE 31 juillet 1992 Vatin ; CE 31 mars 1995 Desauvay).

Ces missions de service public expliquent pourquoi les organismes d'HLM sont soumis à des règles contraignantes et exorbitantes du droit commun pour leur création (agrément administratif) et leur fonctionnement (statuts-type notamment) et sont assujettis à des contrôles de l'Etat.

Ce régime particulier a des effets sur l'étendue des activités que les organismes d'HLM sont en droit d'exercer directement par eux-mêmes ou indirectement par l'intermédiaire d'entités auxquelles ils participent.

Les offices de droit public, soumis à la règle de la spécialité qui s'applique à tout établissement public, ne peuvent entreprendre des activités extérieures à leurs missions ni s'immiscer dans de telles activités.

Les sociétés anonymes d'HLM, bien qu'elles ne soient pas assujetties à cette règle de spécialité, ne disposent pas d'une plus grande marge de manœuvre pour étendre le champ de leurs activités. La liste de leurs attributions est en effet définie avec précision par le code de la construction et de l'habitation et leurs statuts doivent être conformes à des statuts-types déterminés de façon détaillée par voie réglementaire.

Il résulte de cela deux conséquences. Les organismes d'HLM ne peuvent légalement se livrer, directement ou par l'intermédiaire de structures de coopération, à des activités étrangères aux missions que leur assigne le législateur. A l'inverse, ils manqueraient à leurs obligations légales s'ils renonçaient au profit d'autres entités à exercer les compétences essentielles que la loi leur a confiées.

Une intervention du législateur a été ainsi rendue nécessaire pour autoriser les organismes d'HLM à déléguer, sous certaines conditions, à une SA de coopération des activités relevant du « cœur de métier » de ces organismes. Il en a été de même pour autoriser un organisme d'HLM à confier la gérance de ses immeubles à un tiers, ce transfert de compétences n'étant possible qu'entre organismes d'HLM.

La loi prévoit des sanctions lorsqu'un organisme d'HLM n'assure plus ses missions essentielles : selon l'article L 423-1 du CCH un organisme d'HLM dont l'activité de construction et de gestion de logements serait insuffisante s'expose à une mesure de dissolution.

Ces limites tracent le cadre dans lequel s'inscrit le recours à des structures de coopération. On doit considérer qu'un organisme d'HLM ne peut adhérer à une structure de coopération dont l'objet serait en tout ou en partie sans lien avec les activités des organismes d'HLM. Il ne peut pas non plus transférer à une structure de coopération des missions qui présentent un caractère essentiel ; a fortiori il ne peut lui abandonner l'ensemble de ses tâches propres.

Le partage entre les activités essentielles et accessoires n'est pas une opération simple. Certes le code de la construction et de l'habitation comporte des dispositions reposant sur une telle distinction. Les articles L. 421-1 et L 421-4 énumèrent les missions principales et subsidiaires des OPAC et les OPHLM.

Mais cette hiérarchisation n'épuise pas le sujet. D'une part, on ne la retrouve pas pour les organismes d'HLM relevant du droit privé. Pour ces derniers, il convient donc de rechercher in concreto jusqu'où ils peuvent confier à une structure de coopération certaines de leurs activités.

D'autre part, même lorsque le législateur s'est efforcé de procéder à une telle distinction, il a aussi brouillé la frontière qu'il traçait. Par exemple, il admet que des missions qui n'ont rien de subsidiaire, comme la maîtrise d'ouvrage, puissent faire l'objet d'une délégation à une structure de coordination où les compétences techniques seraient réunies.

Le groupe de travail a tenté d'établir un tableau de répartition qui présenterait le noyau dur des missions essentielles et la constellation des missions accessoires. Mais il a renoncé à cette ambition. La réalité des activités est plus complexe qu'il n'y paraît. L'exercice de chacun des missions confiées aux organismes d'HLM comprend une grande diversité de fonctions. On conçoit aisément qu'un organisme d'HLM délègue certaines de ces fonctions sans pour autant porter atteinte au cœur de ses missions. Ainsi, dans le cadre de la gestion du parc locatif, le transfert à une structure ad hoc des tâches courantes d'entretien ou de gardiennage ne porterait pas atteinte aux responsabilités essentielles de l'organisme d'HLM. Au contraire, l'attribution des logements relève assurément des domaines qu'un organisme ne peut déléguer sans texte.

Ce partage entre ce qui peut être ou non transféré touche aussi les moyens nécessaires aux missions. Il ne serait pas cohérent de prétendre exercer des compétences sans disposer des personnels nécessaires à leur mise en œuvre. La localisation des agents et des salariés dans telle ou telle structure devrait correspondre aux activités propres à chaque structure. L'externalisation durable des moyens en personnel sans rapport avec la répartition des missions serait anormal.

2) L'hypothèque du droit de la concurrence

La plus grande contrainte d'ordre juridique qui pèse sur les relations de coopération entre les organismes d'HLM reste néanmoins le droit communautaire.

a) Les obligations imposées par le droit communautaire aux pouvoirs adjudicateurs

Le droit communautaire, dont on n'a pas jusqu'à présent suffisamment mesuré l'incidence sur les activités des organismes d'HLM, impose des obligations particulières aux pouvoirs adjudicateurs lors de la passation de leurs marchés de travaux, de fournitures et de services. Les pouvoirs adjudicateurs sont astreints à des formalités préalables de publicité et de mise en concurrence.

La législation communautaire, éclairée par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, retient une conception particulièrement extensive de la notion de marché. Est un marché en droit communautaire le contrat à titre onéreux dont l'objet est de concourir à la satisfaction des besoins du pouvoir adjudicateur.

Le caractère onéreux du contrat est apprécié de façon également extensive puisqu'il peut prendre la forme d'un simple remboursement au prix coûtant de la prestation ou

du bien fourni ou même d'un renoncement par la personne publique au recouvrement d'une contribution qu'il lui serait due.

Le champ ainsi défini comprend en principe aussi bien les conventions de coopération passées entre des pouvoirs adjudicateurs et des entités auxquelles ils participent que les conventions de coopération entre deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

N'échappent à l'attractivité de ce régime que les contrats qui ne sont pas susceptibles de créer des distorsions de concurrence, soit parce que le contrat intervient dans un domaine où il ne peut y avoir concurrence, le pouvoir adjudicateur détenant des « droits exclusifs », soit parce que le contrat est passé entre le pouvoir adjudicateur et une entité sur laquelle il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services (contrats « in house providing »)

b) Les coopérations des organismes d'HLM dans le champ communautaire

L'application de ces principes aux modes de coopération des organismes d'HLM implique des choix rigoureux dans la mise en place et le fonctionnement des structures de coordination.

Il n'est pas douteux que les organismes d'HLM sont soumis à ces règles. Ils ont qualité de pouvoir adjudicateur selon l'interprétation large que donne de cette notion la jurisprudence (CJCE 1^{er} février 2001 Commission c/ Rép. Française). Ils poursuivent des buts d'intérêt général. Quel que soit leur statut de droit public ou privé, ils sont placés sous le contrôle de la puissance publique (agrément administratif, conformité au statut-type, absence de libre disposition des excédents, contrôle de la MILOS, sanction par l'autorité ministérielle).

En conséquence ils sont en principe assujettis aux formalités de publicité et de mise en concurrence avant de passer avec un tiers toute convention à titre onéreux pour la fourniture de biens et de services. Ce tiers peut être un autre organisme d'HLM ou une structure de coordination créée avec d'autres organismes d'HLM ou d'autres personnes publiques ou privées.

Dans la mesure où les modes de coopération examinés précédemment ont pour objet la fourniture à titre onéreux de biens ou de services et doivent dès lors recevoir la qualification de marché, ils entrent en principe dans le champ des directives communautaires. Si les contraintes qui s'attachent au respect des formalités préalables de publicité et de mise en concurrence sont applicables aux relations entre les organismes d'HLM et leurs structures de coopération, elles risquent de faire perdre beaucoup d'attrait à ces coopérations.

Il faut donc examiner à quelles conditions les organismes d'HLM peuvent légalement s'y soustraire lorsqu'ils mettent en œuvre des coopérations.

c) Les conditions d'exemption

Une première exception aux obligations de mise en concurrence concerne les pouvoirs adjudicateurs titulaires de droits exclusifs. Mais il paraît difficile

d'invoquer cette exception au profit des organismes d'HLM. Même si ces derniers ne peuvent exercer leurs missions qu'après avoir obtenu un agrément administratif, ils ne bénéficient pas pour l'exercice de leurs activités d'une exclusivité reconnue par la loi.

Une deuxième exception est relative aux relations ou conventions dépourvues de tout caractère onéreux. On peut admettre que certains des modes de coopération examinés précédemment ne constituent pas des conventions à titre onéreux. Tel est le cas de la maîtrise d'ouvrage partagée prévue par le nouvel article 2. II de la loi MOP dès lors que le maître d'ouvrage désigné pour exercer la mission de maîtrise d'ouvrage l'exerce à titre gratuit. Le recours à une centrale d'achat telle que définie notamment par le code des marchés publics n'est pas non plus considérée comme un marché public.

Mais compte tenu de la conception extensive du caractère onéreux d'une convention, ces cas d'exclusion seront rares.

Reste la dernière hypothèse qui a trait aux contrats « in house ». Cette exception est subordonnée à la réunion de trois conditions d'interprétation stricte :

- Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur la structure de coordination un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ;
- La structure de coordination doit réaliser l'essentiel de son activité de prestataire de services avec la ou les collectivités qui la détiennent.
- Lorsqu'elle passe des contrats avec des tiers, la structure de coordination doit respecter elle-même les obligations de publicité et de mise en concurrence comme si elle était le pouvoir adjudicateur.

Des trois conditions ainsi énoncées, la première relative au contrôle est la plus délicate à apprécier. Le simple exercice d'une tutelle ne suffit pas (cf. CE 27 juillet 2001 CAMIF à propos du contrôle de l'Etat sur l'UGAP, établissement public à caractère industriel et commercial). L'adhésion d'une commune à un groupement de communes pour une participation très modeste ne lui donne pas les moyens d'un contrôle équivalent à celui qu'elle exerce sur ses services (CJCE 18 novembre 1999 Teckal). La CJCE a également jugé que ne pouvait être dispensé des règles de mise en concurrence le contrat passé par une commune avec une SEM dans laquelle figure en qualité d'actionnaire minoritaire une entreprise privée : la présence de cette société privée qui poursuit des intérêts privés distincts de l'intérêt général de la collectivité publique ne permet pas à celle-ci d'assurer un entier contrôle sur la SEM en dépit de sa participation majoritaire (CJCE 11 janvier 2005 Stadt Halle).

Compte tenu de cette conception rigoureuse, on pourrait se demander si l'exception « in house » n'est pas réservée aux relations bilatérales entre deux personnes, ce qui exclurait tout dispositif de mise en commun entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs. La question n'est pas tranchée explicitement par la jurisprudence. Mais la CJCE n'a pas contesté le principe selon lequel des services communs à plusieurs collectivités publiques localisés dans une entité distincte de celles-ci pourraient être comparables à des services en régie (CJCE 8 mai 2003 Espagne / Commission).

De cette jurisprudence, on peut tirer les conséquences suivantes :

Pour qu'une structure de coopération constituée par des organismes d'HLM échappe aux obligations du droit de la concurrence communautaire pour les prestations qu'elle rend à ses membres, il faut que :

1) dans cette structure soit bannie la présence de personnes privées autres que celle des pouvoirs adjudicateurs ;

2) chacun des organismes HLM, membres exclusifs de la structure de coopération, dispose d'un contrôle entier sur l'activité de cette structure, ce qui implique de prévoir des règles et des procédures permettant l'exercice effectif du contrôle, notamment en ce qui concerne la représentation des membres dans les organes dirigeants, la répartition des pouvoirs de décision et le suivi des opérations ;

3) la structure de coopération déploie ses activités à titre quasi exclusif avec les organismes HLM qui la composent.

4) lorsque la structure passe des contrats ou des marchés avec des tiers pour la fourniture de biens ou de services nécessaires à son activité, elle respecte les obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombent aux organismes d'HLM.

Ces exigences supposent qu'elles soient inscrites dans un texte qui en assurent la pérennité et la transparence. Dès la rédaction des statuts des organes de coopération, il faut veiller à préciser l'objet social, l'organisation des pouvoirs et les modes de fonctionnement dans un sens compatible avec l'application de l'exception « in house ».

Il doit être souligné que, sous réserve des limitations inhérentes aux missions de ces organismes (cf. supra), le recours à des structures de coopération qui ne rempliraient pas toutes ces conditions n'est pas en soi impossible. Mais un tel recours est rendu plus complexe puisque les organismes HLM y participant doivent, pour bénéficier légalement des services de la structure de coopération qu'ils ont créée, procéder aux formalités préalables de publicité et de mise en concurrence.

La jurisprudence communautaire laisse peu de marge pour dispenser les pouvoirs adjudicateurs des obligations de mise en concurrence. Cette rigueur est notamment préjudiciable à la participation à des structures de coopération des filiales à 100 % des SACI ayant une activité de promotion immobilière ou des organismes collecteurs du 1% employeurs. Ni ces filiales des SACI ni les CIL n'ont la qualité de pouvoir adjudicateur. Leur présence aux côtés d'organismes d'HLM dans une structure de coopération peut présenter un intérêt en termes économique et financier. Elle risque d'avoir néanmoins pour effet d'augmenter les contraintes de gestion de cette structure dès lors que les relations de services entre cette structure et les organismes d'HLM qui y participent seraient soumises aux formalités de la mise en concurrence. En l'état actuel de la jurisprudence communautaire, il est prudent de traiter ces filiales des SACI et les CIL comme des tiers.

La réflexion des pouvoirs publics, en association avec l'Union des fédérations des organismes d'HLM, devrait être poursuivie afin d'examiner comment, dans le respect des exigences communautaires, mobiliser au mieux l'ensemble des entreprises oeuvrant en faveur du logement social. Des démarches auprès des autorités communautaires seraient nécessaires pour parvenir à définir avec elles un cadre stable et proportionné aux besoins du secteur.

3. Les risques d'ordre pénal

Des rapports de la MIILOS ont soulevé la question des risques de caractère pénal qui s'attacheraient à la mise en place et au fonctionnement de certaines structures de coopération. Etaient invoquées plus particulièrement la fourniture illicite de main d'œuvre et la prise illégale d'intérêt.

Il y a lieu de mesurer la portée de ces risques afin de définir les lignes directrices des contrôles en la matière des autorités publiques et offrir, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, aux organismes d'HLM et à leurs représentants des garanties suffisantes pour ne pas faire obstacle au développement des coopérations souhaitées.

A. La mise à la disposition de structures de coopération de personnels par des organismes HLM

Les articles L 125-1 et L 125-3 du code du travail sanctionnent, d'une part, le marchandage qui est l'opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre ayant pour effet de porter préjudice au salarié concerné ou d'éluder l'application des dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles et, d'autre part, l'activité illicite d'entreprise d'intérim qui vise les opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre en dehors de la réglementation applicable au travail temporaire.

Ainsi toute opération de prêt de main d'œuvre n'est pas passible de sanction pénale. Est licite la fourniture de main d'œuvre dépourvue de but lucratif, de même qu'est licite le prêt de main d'œuvre réalisé dans un but lucratif mais qui n'a pas pour objet exclusif la fourniture de main d'œuvre et qui ne cause pas de préjudice au travailleur.

Il est peu vraisemblable que la mise à disposition de personnels d'un organisme d'HLM à une structure de coopération puisse avoir le caractère d'une activité d'entreprise d'intérim. Mais il faut prendre garde à la conception extensive que la jurisprudence donne à la notion de but lucratif dans les opérations de fourniture de main d'œuvre. Le critère de la lucrativité est non seulement dans la recherche du bénéfice par le prêteur mais aussi dans l'économie de charges réalisée par l'utilisateur (Cass. crim. 23 mars 1993 Anadon ; Cass. crim. 15 février 2005 Sté Carrefour).

Pour éviter que des détachements de salariés auprès de la structure de coopération soient requalifiés en opérations à but lucratif, il convient que la structure utilisatrice rembourse à l'organisme prêteur le coût exact qu'il a supporté et qui comprend les salaires, les charges sociales et, le cas échéant, les remboursements de frais professionnels qu'il a versés aux salariés mis à disposition de la structure de coordination.

B. La prise illégale d'intérêt

Le CCH comporte deux articles L. 423-10 et L. 423-11 qui sanctionnent des comportements délictueux d'administrateurs d'organismes d'HLM ou de personnes rémunérées par ces organismes qui consistent soit à entretenir des relations d'affaires avec ces organismes soit à recevoir un avantage des professionnels intervenants dans le cadre des activités des organismes d'HLM.

Selon les principes habituels, le juge pénal appliquera en priorité ces dispositions spéciales. Mais leur contenu se présente comme une simple adaptation des dispositions figurant à l'article 432-12 du code pénal. La rédaction plus précise et impérative des articles du CCH ne devrait pas être regardée comme constituant des incriminations distinctes de celle du droit commun pénal.

On peut donc mesurer, en l'état du droit, les risques de prise illégale d'intérêts en s'inspirant de la jurisprudence plus abondante rendue pour l'application de l'article 432-12 du code pénal. Par cet article, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 € « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ... de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».

Le premier critère est celui de l'exercice d'une mission de service public. Les organismes d'HLM sont chargés d'une mission de service public. Si d'aucuns soutiennent parfois que les SA d'HLM exercent des missions d'intérêt général mais non de service public, ce débat a été tranché par les juridictions eu égard au rôle confié à tout organisme d'HLM, quel qu'en soit le statut, dans la fourniture et la gestion de logements sociaux et aux conditions de cette fourniture.

Les administrateurs et les personnels des organismes d'HLM peuvent donc entrer dans le champ de l'incrimination. En effet, le juge pénal adopte une conception large de la notion de « personne chargée d'une mission de service public ». Ainsi a-t-il appliqué ces dispositions au directeur général d'une SAFER (Cass.crim. 21 novembre 1985), au président d'une chambre de commerce et d'industrie (Cass.crim. 5 novembre 1998) ou à un ingénieur du Commissariat à l'énergie atomique (Cass.crim. 27 février 2002).

Le deuxième critère à prendre en considération est la notion d'intérêt. L'intérêt pris, reçu ou conservé peut être matériel ou moral, direct ou indirect. A la différence des délits de corruption ou de favoritisme, il est apprécié indépendamment de toute recherche d'un gain ou d'un avantage personnel.

Deux situations communes risquent ainsi de recevoir la qualification de prise illégale d'intérêt. Le premier cas est celui où le dirigeant de la structure de coopération est rémunéré tout en étant l'administrateur ou le dirigeant d'un des organismes d'HLM participant à la structure de coopération.

Le principe de la gratuité du mandat d'administrateur d'un organisme d'HLM, qui constitue une dérogation du droit commun des sociétés pour ce qui concerne les SA d'HLM, ne trouve pas à s'appliquer aux fonctions d'administrateur ou de dirigeant

d'un GIE composé d'organismes d'HLM. Rien n'interdit donc en principe que les dirigeants du GIE qui sont administrateurs des organismes d'HLM membres du groupement soient rémunérés par le GIE pour l'exercice effectif de leurs fonctions et pour un montant en rapport avec l'importance du travail effectué ou des responsabilités assurées au sein du GIE.

Mais la perception d'une rémunération par le dirigeant du GIE qui exerce en même temps la surveillance du groupement pour le compte de l'organisme d'HLM pourrait être retenue comme élément constitutif du délit.

On pourrait certes recommander l'absence de toute rémunération. Cette position ne paraît toutefois pas raisonnable, au moins pour les cadres dirigeants : en leur qualité de salarié, ils ont droit à une rémunération pour le travail effectué.

Mais il serait prudent que l'intéressé ne participe pas à la délibération qui décide les conditions de son recrutement ou fixe les règles ou le montant de sa rémunération.

Une autre solution serait d'éviter le cumul des fonctions dirigeantes par les mêmes personnes au sein de l'organisme d'HLM et de la structure de coordination. Cette séparation des responsabilités ne doit pas pour autant affaiblir l'intensité du contrôle qu'il appartient à l'organisme d'HLM membre d'exercer sur l'entité de coordination pour les raisons exposées ci-dessus (cf. hypothèque du droit de la concurrence)

L'autre cas évoqué pour une éventuelle qualification de prise illégale d'intérêt est celui qui peut se rencontrer entre les entités d'un groupe participant au capital des SAHLM. La présence au sein du conseil d'administration d'une SAHLM du représentant d'une banque, partie à un pacte d'actionnaire de référence, interdit-elle à l'organisme d'HLM en cause de conclure un contrat de prêt avec cette banque ? De même, la participation à un conseil d'administration d'une SAHLM d'un élu d'une collectivité locale en cette qualité fait-elle obstacle à ce que la SAHLM réalise des opérations sur le territoire de cette collectivité et bénéficie d'une subvention de cette collectivité pour cette opération ? Ce qui est en cause ici, c'est la combinaison entre la logique de la nouvelle gouvernance des SAHLM et l'application de la loi pénale.

Là encore il faut recommander les préceptes de prudence inspirés des règles de la déontologie et inciter les personnes intéressées à s'abstenir de prendre part aux délibérations qui portent directement sur des opérations en lien direct avec des personnes morales qu'elles représentent.

Mais, plus généralement, l'appréciation des situations prêtant au soupçon de prise illégale d'intérêt doit tenir compte du contexte nouveau introduit par la réforme de la gouvernance des organismes d'HLM. Le législateur a voulu faire participer les élus locaux aux décisions des organes délibérants des SA HLM ; il a également encouragé la constitution de groupes à travers l'institution de l'actionnaire de référence. On ne peut ignorer ce facteur nouveau introduit par la loi civile lorsqu'on porte une appréciation sur des situations ou des comportements au regard de la loi pénale. Les articles L. 423-10 et L. 423-11 du CCH doivent être interprétés à la lumière des nouvelles dispositions législatives. Sauf à admettre des contradictions dans la volonté du législateur, ils ne devraient pas en tout état de cause constituer un obstacle à la bonne gouvernance des organismes d'HLM et au développement des activités de ces derniers.

Cela vaut aussi a fortiori pour la mise en œuvre des coopérations entre organismes d'HLM. Même si elle est dotée de la personnalité morale, la structure de coordination n'est pas réductible à n'importe quelle entreprise prestataire de service. Elle est créée pour rendre des services aux organismes d'HLM qui la composent dans l'intérêt même de ces organismes. Elle est liée structurellement et fonctionnellement à ces organismes d'HLM par une communauté d'intérêts.

La Cour de cassation, dans sa jurisprudence rendue à propos de l'infraction voisine d'abus de biens sociaux au sein d'un groupe de sociétés, a tenu compte de cette notion de communauté d'intérêts. Selon la Cour, n'est pas punissable le concours financier apporté par les dirigeants d'une société à une autre société du même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, dès lors que l'opération est dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard de la politique élaborée pour l'ensemble du groupe et que le concours financier n'est pas sans contrepartie, ne rompt pas l'équilibre entre les engagements réciproques des sociétés concernées et n'excède pas les capacités financières de la société qui en supporte la charge. (Cass. crim. 4 février 1985, Cass. crim. 2 juillet 1998).

Si l'on transpose ces principes de prévisibilité et de proportionnalité aux hypothèses envisagées, il importe que des règles précises relatives à l'attribution des rémunérations soient édictées de façon générale et impersonnelle par les organes compétents des structures de coopération et que les rémunérations accordées en conformité avec ces règles correspondent à un travail effectif ou à l'exercice réel de responsabilité de gestion.

De même, il serait utile de prévoir entre les organismes d'HLM créant et participant à une structure de coopération des procédures d'élaboration d'un plan d'ensemble ou de directives, ce plan d'ensemble ou directives périodiquement révisés servant de cadre pour les activités de la structure de coopération sous le contrôle de ses membres.

Les risques d'ordre pénal devraient être ainsi cantonnés au prix de certaines précautions et du respect des formalités, qui ne sont d'ailleurs jamais que les principes d'une bonne gestion.

Pour terminer sur cet aspect, on doit souligner que le droit pénal n'est pas en principe le meilleur instrument de régulation d'un secteur d'activité économique. Il convient d'en user pour traiter les cas pathologiques et non pas les situations normales résultant de l'application de la loi civile.

Les instances administratives chargées du contrôle des organismes doivent faire preuve à cet égard de tact et de modération. La jurisprudence a dégagé les conditions dans lesquelles elles sont conduites à saisir le Procureur de la République d'éventuelles infractions dont elles auraient connaissance à l'occasion de leurs contrôles. Il faut d'abord que les faits en cause soient parfaitement établis ; il faut ensuite que leur qualification d'infraction pénale soit suffisamment caractérisée ; il faut enfin que la connaissance de ces situations présumées délictuelles ou criminelles s'inscrive directement dans le cadre des missions de contrôle que ces instances exercent.

4. Propositions d'aménagement

Dans le prolongement des réflexions et analyses précédentes, le groupe de travail a estimé opportun de proposer deux aménagements à l'état du droit existant. Le premier intéresse principalement les offices d'HLM et vise à adapter les structures aux évolutions législatives en matière de politique décentralisée du logement social. La seconde se présente comme un complément à la réforme de la gouvernance des sociétés d'HLM.

A. L'office d'HLM et les EPCI

Le rôle renforcé du département et de l'établissement public de coopération intercommunale dans la définition des orientations territoriales de la politique de l'habitat social et dans le financement du logement social conduit à s'interroger sur les moyens offerts aux offices départementaux et municipaux pour s'adapter à cette évolution.

Il n'entre pas dans la mission du groupe de travail de se prononcer sur la nature et la nécessité des restructurations des établissements publics existants. En revanche l'étude des modes de coopération entre organismes d'HLM qu'il lui appartient de mener montre qu'il serait utile de disposer d'un instrument spécifique de coordination des offices au niveau du département et des communautés d'agglomération ou de communes.

Cette entité, dotée de la personnalité morale, placée auprès du département ou de l'EPCI compétent aurait une triple mission :

- être le correspondant privilégié de la collectivité publique ou du groupement de communes pour l'élaboration et la mise en œuvre des orientations de la politique départementale ou communautaire en matière de logement social ;
- assurer la coordination au niveau du territoire départemental ou communautaire des politiques et des activités des offices rattachés au département ou de niveau communautaire ;
- réaliser, sur délégation des mêmes offices ou par transfert de compétences définis par convention pluriannuelle, des interventions foncières, des actions d'aménagement ou des opérations de construction ou de réhabilitation de logements sociaux.

Un des offices existants pourrait être chargé de ces missions, au prix d'une modification de ses statuts. Mais il serait sans doute préférable de confier ces missions à une entité spécialisée à créer qui revêtirait la forme d'un établissement public ayant la qualité d'organisme d'HLM, rattaché au département ou à l'EPCI. Le conseil d'administration de cet établissement public serait formé, dans le respect de l'équilibre entre les catégories des élus, des représentants des locataires et des personnels, de délégués des conseils d'administration des offices participant à la coordination. L'établissement disposerait pour le financement de ses missions notamment de dotations de l'Etat, du département ou de l'EPCI et de cotisations des offices « fédérés ».

Ce schéma d'un établissement public fédérateur d'autres établissements publics n'est pas entièrement une innovation ; on trouverait des dispositifs analogues par exemple dans le secteur de l'éducation nationale (cf. le CNOUS et les CROUS, le CNAM et ses départements autonomes, etc....).

Cette forme particulière d'organisme d'HLM ne constitue pas une catégorie nouvelle d'établissement public. Elle peut donc être instituée par voie réglementaire.

B. L'instance de concertation stratégique des SA d'HLM

La réforme de la gouvernance des SA d'HLM obéit à deux principes : l'institution d'un actionnariat de référence et l'introduction dans les organes dirigeants des élus et des représentants des locataires. Cette réforme visait à assurer dans ces sociétés, d'une part, une cohérence entre la détention d'une participation majoritaire et l'exercice des pouvoirs de décision et, d'autre part, une meilleure transparence dans les orientations et les activités, transparence dont devaient être les garants les autres membres du conseil d'administration. Il en est résulté le développement de stratégies d'actionnariat souvent occultes au sein de groupes déjà constitués ou en voie de formation.

Il est apparu que les actionnaires minoritaires que le législateur avait entendu placer en contre-pouvoir face à l'actionnaire de référence risquaient d'être impuissants à exercer cette fonction si les stratégies de la société étaient décidées en d'autres lieux. En outre, dans la mesure où plusieurs sociétés disposaient du même actionnaire de référence, les arbitrages décidés par l'actionnaire de référence entre ces sociétés devenaient des éléments déterminants de l'activité de chacune des sociétés.

Pour sauvegarder le principe de transparence affirmée par le Parlement et renforcer la coordination entre les sociétés d'un même groupe, il serait opportun de prévoir une instance de concertation sur les stratégies du groupe en matière de logement social et sur les orientations pour chaque société HLM.

On pourrait songer à créer une société holding pourvue de la personnalité morale mais cette structure serait sans doute trop lourde.

Serait plus adaptée la formule d'un comité stratégique de groupe réunissant l'actionnaire de référence et des représentants des autres catégories d'actionnaires des SA d'HLM du groupe. Ce comité se réunirait périodiquement et au moins deux fois par an. Ses membres auraient à leur disposition toutes les informations utiles pour émettre un avis sur les stratégies du groupe dans son ensemble et de chaque société du groupe, les choix d'investissements et les évolutions du patrimoine.

Le comité pourrait également se prononcer sur les propositions d'avances remboursables qu'une société du groupe consentirait à une autre société pour la réalisation d'opérations de logement social entrant dans son objet social.

Dans la mesure où la création de ce comité stratégique serait obligatoire, il est nécessaire de recourir à la loi pour l'organiser.

Les deux propositions qui viennent d'être avancées reposent sur la conviction que les modes ou instances de coordination à encourager et à sécuriser seront d'autant plus pertinents qu'ils auront une assise territoriale forte. Au moment où la

décentralisation en matière de logement social prend une nouvelle vigueur, il importe de souligner cette dimension territoriale. A cet égard il paraît contraire à cette logique d'attribuer une compétence nationale à des organismes d'HLM, comme cela a pu être consenti au cours des dernières années. L'expérience montre d'ailleurs que la plupart des organismes qui en ont bénéficié limitent leurs activités à une ou deux régions.

CONCLUSION

Le groupe de travail a estimé que les organismes d'HLM disposaient déjà d'un large éventail d'outils de coopération et qu'il n'était pas besoin d'en créer de nouveaux, sous réserve des deux aménagements limités proposés ci-dessus. Il a observé également que l'utilisation de ces instruments était fort inégale. Il ne lui a pas semblé que la faible intensité des coopérations entre organismes d'HLM était imputable à des défauts dans les dispositifs législatifs et réglementaires actuels. La coordination ne se décrète pas ; elle est le résultat des volontés des acteurs dans un jeu de pouvoirs.

C'est pourquoi le groupe de travail a cherché moins à réformer les instances ou procédures de coordination ou de coopération qu'à créer les conditions favorables de leur emploi. Une meilleure sécurité juridique au regard tant du droit communautaire que du droit pénal est l'une de ces conditions essentielles. A cet effet, le présent rapport propose des lignes directrices. Compte tenu des incertitudes du droit positif et jurisprudentiel et des évolutions prévisibles, ces lignes directrices ont valeur de recommandations ; elles n'ont ni la prétention ni l'ambition de constituer une orthodoxie. Elles devront être complétées, approfondies et adaptées à l'épreuve des réalités du terrain et des hommes.

Ce « cadrage » pour assurer une certaine sécurité juridique serait un exercice vain pour développer les coopérations si les pouvoirs publics ne s'engageaient pas résolument en leur faveur. Les élus locaux ne tarderont pas à voir les avantages qu'ils peuvent retirer des synergies entre opérateurs. Il appartient aussi à l'Etat d'encourager ces modes de coopération.

Les diverses instances de l'Etat appelées à intervenir dans le secteur du logement social doivent se concerter pour adopter dans l'exercice de leur contrôle et la définition de leurs politiques d'incitation et d'animation des lignes d'action communes. Il est nécessaire également que des démarches coordonnées soient entreprises auprès des autorités communautaires afin de clarifier les règles applicables aux secteurs qui, comme celui du logement social, présentent des enjeux importants à la fois en termes économiques et en besoins sociaux.

Recommandations

1. Un organisme d'HLM ne peut adhérer à une structure de coopération dont l'objet serait en tout ou en partie sans lien avec les activités des organismes d'HLM.
2. Un organisme d'HLM ne peut transférer à une structure de coopération des missions qui présentent un caractère essentiel ; a fortiori il ne peut lui abandonner l'ensemble de ses tâches.
3. Un organisme d'HLM ne peut prétendre exercer ses compétences propres en externalisant de façon durable dans une structure de coopération les moyens en personnel qui lui sont nécessaires.
4. Sauf à respecter les formalités préalables de publicité et de mise en concurrence, les structures de coopération ne peuvent pas comporter de personnes privées n'ayant pas la qualité d'organismes d'HLM.
5. Chacun des organismes d'HLM membres d'une structure de coopération doit disposer d'un contrôle entier sur l'activité de cette structure.
6. La structure de coopération doit exercer ses activités essentiellement avec les organismes d'HLM qui la composent.
7. La structure de coopération doit respecter les exigences de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elle passe des marchés avec des tiers.
8. La structure de coopération doit avoir des statuts écrits précisant son objet social, l'organisation des pouvoirs en son sein et ses modes de fonctionnement.
9. La structure de coopération utilisant du personnel mis à sa disposition par l'organisme d'HLM doit lui en rembourser exactement le coût intégral.
10. La rémunération des dirigeants de la structure de coopération doit être conforme à des règles précises et impersonnelles édictées à l'avance et doit correspondre à un travail effectif ou à l'exercice réel des responsabilités de gestion.
11. Les organismes d'HLM et leur structure de coopération doivent disposer d'un plan d'ensemble périodiquement révisé servant de cadre pour orienter les activités de la structure de coopération.
12. Instituer auprès du département ou de l'EPCI compétent en matière d'habitat social un établissement public ayant la qualité d'organisme d'HLM et chargé d'assister la collectivité ou l'établissement public pour l'élaboration et le suivi du programme local de l'habitat, d'assurer la coordination des activités des offices rattachés au département ou à l'EPCI et de réaliser, sur délégation ou par transfert de compétences, certaines des activités de ces offices.

13. Créer dans les groupes de SA d'HLM ayant un actionnaire de référence commun un comité stratégique de groupe chargé de donner son avis sur les orientations du groupe, les choix d'investissement et les décisions patrimoniales en matière de logement social et sur les avances remboursables entre sociétés d'HLM du groupe.