



RAPPORT

A : **Monsieur Pierre Sudant,**
Fédération nationale des SA et fondations d'HLM

Madame Michèle Attar,
Fédération nationale des sociétés coopératives d'HLM

Monsieur Jean-Marie Gambrelle,
Chambre syndicale des SACI

De : **Guillaume Goulard**
goulard@gide.com
Tél. +33 (0)1 40 75 61 39
Fax +33 (0)1 40 75 36 14

Objet : **Formules de coopération entre organismes d'HLM**

1.	ANALYSE DES REGROUPEMENTS INTRAGROUPES.....	4
1.1	Composition des groupes et organes de coopération.....	4
1.1.1	Organes de coopération.....	4
1.1.2	Liens intragroupes.....	4
1.2	Observations de la MILOS	5
2.	DROIT DES MARCHES PUBLICS.....	6
2.1	Distinctions fondamentales	6
2.1.1	Droit de la concurrence et droit des marchés.....	6
2.1.2	Droit communautaire et droit interne.....	6
2.2	Droit communautaire	7
2.2.1	Notion de marché	7
2.2.2	Qualité de pouvoir adjudicateur.....	7
2.2.3	Droits exclusifs	8
2.2.4	Opérations internes ou quasi-internes	8
2.3	Droit interne	10
2.3.1	Code des marchés publics	10
2.3.2	Code de la construction et de l'habitation.....	10
2.3.3	Ordonnance du 6 juin 2005	11
2.4	Esquisses de solutions.....	12
2.4.1	L'extension de la notion d'opération internes ou « in house ».....	12
2.4.2	Les limites de la qualification de marché public.....	14
2.4.3	Les groupements d'employeurs	15
2.4.4	Un maniement raisonné des seuils	16
2.4.5	Un regroupement des structures.....	16
3.	CONFLIT D'INTERETS ET PRISE ILLEGALE D'INTERET.....	17
3.1	Le conflit d'intérêts.....	17
3.2	La prise illégale d'intérêts.....	17
3.2.1	Dispositif général	17
3.2.2	Application aux organismes HLM.....	18
3.2.3	Solutions possibles.....	19
3.3	Articles L.423-10 et L.423-11 du CCH	19
3.3.1	Article L. 423-10.....	20
3.3.2	Article L 423-11	21

4.	DROIT DES SOCIETES.....	23
4.1	Rémunération des dirigeants.....	23
4.2	Le G.I.E.....	23
5.	CONCLUSION.....	24

1. ANALYSE DES REGROUPEMENTS INTRAGROUPES

1.1 Composition des groupes et organes de coopération

Avant de procéder à la présente étude, nous avons rencontré les dirigeants d'une dizaine de groupes rassemblant, selon des configurations diverses des sociétés anonymes d'HLM (entreprises sociales pour l'habitat), des sociétés coopératives de production, des sociétés anonymes de crédit immobilier et des filiales de ces divers organismes (SAS, EURL, SCP, etc.) ainsi que, dans deux cas, des offices publics. Le nombre de personnes morales constituant les groupes varie de deux à quelques dizaines.

1.1.1 **Organes de coopération**

L'organe de regroupement le plus fréquent est le groupement d'intérêt économique (GIE), ce qui est conforme aux règles rappelées par le ministre de l'équipement et du logement dans sa circulaire n° 91-86 du 20 décembre 1991 :

- « ...les sociétés d'H.L.M. peuvent aujourd'hui, comme par le passé et comme les offices ou O.P.A.C., constituer des groupements d'intérêt économique (G.I.E.), dans le cadre de leur objet social, et en particulier dans le but de regrouper, entre organismes d'H.L.M., des moyens. Cette pratique comporte des avantages, mais recèle un certain nombre de dangers, notamment par l'opacité de gestion qu'elle induit. »

Les GIE emploient une fraction plus ou moins large des personnels du groupe : entre 15 % et la totalité. Ils exercent souvent des missions informatiques, juridiques, de communication..., mais aussi de direction. C'est ainsi que dans plusieurs cas les mandataires sociaux d'organismes HLM, non rémunérés en tant que tels, sont rémunérés par le GIE du groupe. Dans des cas extrêmes, le ou les GIE rassemblent la totalité des moyens en personnel et en matériel des sociétés du groupe.

Dans d'autres cas, les organes de coordination ou de regroupement des moyens sont des associations, rassemblant tout ou partie des moyens en personnel et en matériel du groupe, ou encore la société mère ou une société du groupe.

1.1.2 **Liens intragroupes**

Dans la généralité des cas, les prestations fournies par le GIE, l'association ou la société coordinatrice sont refacturées à prix coûtant, selon une clef de répartition. La clef de répartition est parfois très rudimentaire (nombre de logements), parfois plus élaborée (refacturation du temps passé dossier par dossier).

Enfin, au-delà des refacturations ainsi opérées, de nombreux contrats sont conclus à l'intérieur des groupes : contrats de prestation de services, mandats de gestion, conventions de délégation de maîtrise d'ouvrage, etc.

Dans aucun cas, il n'a été question de la moindre mise en concurrence préalablement à la sélection de l'organe de coordination ni à la conclusion d'une convention.

Cette absence de mise en concurrence résulte parfois du fait que la question n'a pas été envisagée, parfois aussi de la conviction que les organismes d'HLM ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, parfois enfin d'une analyse plus fine consistant à invoquer une des exceptions prévues par le droit communautaire des marchés publics (mission confiée au titulaire d'un droit exclusif ou opération interne, V. ci-après 2.2.3 et 2.2.4).

1.2 Observations de la MILOS

Tous les dirigeants de groupes n'ont pas fait état de contrôles récents de la mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS). Certains contrôles (datés de 2001 ou 2002) ne formulent aucune observation sur les organes de coordination, lesquels sont plutôt décrits comme des instruments utiles pour réduire les coûts et accroître l'efficacité.

Lorsqu'elle existe, l'analyse par la MILOS des risques juridiques est très limitée. Elle se concentre sur deux points, désignés le plus souvent par les termes inappropriés de « droit de la concurrence » et de « conflits d'intérêt » (V. ci-après 2.1 et 3.1).

Toutefois, les observations sont généralement formulées au conditionnel, sans mention expresse des textes qui auraient été méconnus¹, ce qui affaiblit la portée des résultats du contrôle et l'autorité qui s'y attache.

* *

*

¹

Par exemple « Il est essentiel que les conditions de collaboration entre organismes HLM ne soient pas contestables, notamment en ce qui concerne le droit de la concurrence et les conflits d'intérêt »

2. DROIT DES MARCHES PUBLICS

2.1 Distinctions fondamentales

2.1.1 **Droit de la concurrence et droit des marchés**

Les organes de contrôle comme la MIILOS invoquent le « droit de la concurrence » pour critiquer certaines formes de regroupements entre organismes HLM. Ce terme nous semble impropre.

Car le droit de la concurrence, défini comme l'ensemble des règles ordonnant la compétition économique, est principalement le droit des pratiques anti-concurrentielles (ententes et abus de position dominante). Entendu au sens large, il regroupe aussi les règles destinées à protéger les entreprises contre des agissements concurrentiels illicites (actes de concurrence déloyale), contraires à un engagement contractuel (clauses de non-concurrence, clauses de non-rétablissement) ou constitutifs d'une infraction pénale (contrefaçon de marque, de modèle ou de brevet)².

Mais le droit de la concurrence, qui relève du droit privé, n'inclut pas le droit des marchés publics, qui régit la façon dont les organismes de droit public ou assimilés peuvent se procurer des biens et services, et qui fait partie du droit public.

Or quand la MIILOS relève l'absence de mise en concurrence, elle fait nécessairement référence aux règles régissant l'attribution des marchés conclus par une entité chargée d'une mission d'intérêt général et contrôlée par l'État, qui possède à ce titre la qualité de pouvoir adjudicateur au sens des directives communautaires sur les marchés publics.

2.1.2 **Droit communautaire et droit interne**

Les directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics ont un champ d'application plus large que le code français des marchés publics, ce qui a longtemps été une source de confusions. Le Conseil d'État a notamment été amené à préciser qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques pouvait relever du droit communautaire des marchés sans pour autant être un marché public au sens français du terme³.

² Claude Champaud, Juris-Classeur Concurrence et consommation, fasc. 30.

³ V., à propos du contrat par lequel une communauté de communes confie à un syndicat mixte dont elle est membre l'exploitation de son service d'assainissement : « *Si le Code des marchés publics et, en particulier, les règles de mise en concurrence que celui-ci prévoit, ne s'appliquent pas au contrat litigieux conclu entre deux établissements publics de coopération intercommunale, dont l'un est adhérent à l'autre, en vue de gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leur compétence, un tel contrat n'en constitue pas moins un marché public de services soumis à la directive n° 92/50 du 18 juin 1992* » (CE sect. 20 mai 1998, n° 188239, Communauté de communes du Piémont de Barr).

La correcte transposition des directives communautaires, achevée par l'ordonnance du 6 juin 2005, facilitera la connaissance du droit applicable. Elle a en effet permis de regrouper en un texte unique les règles relatives aux « *marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* ». Les organismes HLM ne pourront plus ignorer qu'ils y sont soumis.

2.2 Droit communautaire

2.2.1 Notion de marché

La directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services définissait les marchés publics de services comme « *des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur* ».

La nouvelle directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, commune aux marchés de travaux, de fournitures et de services⁴, qui doit être transposée au plus tard le 31 janvier 2006, définit de façon analogue les marchés publics comme « *des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». Les marchés de services ne sont toutefois dans le champ de la directive que si les services concernés figurent sur la liste de l'annexe II à cette directive⁵. La notion de prestataire de services, qui constitue une des trois catégories d'opérateurs économiques, désigne « *toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre [...] la réalisation des services sur le marché* ».

Le seuil au-delà duquel la nouvelle directive s'applique est fixé, pour les marchés publics de services passés par des pouvoirs adjudicateurs autres que les « *autorités gouvernementales centrales* », à 249 000 €.

2.2.2 Qualité de pouvoir adjudicateur

Les directives communautaires définissent comme pouvoirs adjudicateurs, soumis aux dispositions qu'elles édictent, « *l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public* » et les pouvoirs adjudicateurs comme les entités remplissant trois conditions cumulatives :

- personnes dotées de la personnalité juridique,
- créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial,
- contrôlées ou majoritairement financées par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

⁴ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

⁵ V. pièce jointe au présent rapport.

La Cour des justice des Communautés européennes a récemment été saisie de la question de savoir si des organismes privés d'HLM sont des « *pouvoirs adjudicateurs* » au sens des directives communautaires sur les marchés publics. Par son arrêt du 1^{er} février 2001, elle a jugé que les SA d'HLM, comme les OPAC, remplissent les trois conditions caractérisant un organisme de droit public et qu'elles sont donc soumises aux dispositions des directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics (CJCE 1er février 2001, C-237/99, Commission c/ République française).

La même solution s'applique selon toute vraisemblance aux sociétés anonymes coopératives de production ou d'intérêt collectif d'HLM ainsi qu'aux sociétés anonymes de crédit immobilier.

2.2.3 Droits exclusifs

L'article 18 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, reprenant et complétant les termes de la directive 92/50 du 18 juin 1992, comporte un cas d'exclusion qui peut retenir l'attention :

- « *La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité* ».

Toutefois, l'application de ces dispositions suppose que le marché soit attribué à un organisme déterminé auquel des dispositions légales confèrent un droit exclusif⁶, ce qui n'est évidemment pas le cas des GIE ou associations regroupant certains moyens généraux d'un groupe d'organismes HLM.

Le cas particulier des mandats de gérance confiés à une société du groupe, conformément aux dispositions des articles L. 442-9 et R. 442-22 du CCH, a été évoqué dans un des cas. Mais selon notre analyse, les dispositions de l'article R. 442-22 qui précisent que les immeubles appartenant aux organismes HLM ne peuvent être donnés en gérance qu'aux organismes HLM, aux SEM de construction et de gestion et aux SA de coordination d'organismes HLM ne sont pas au nombre des dispositions conférant un droit exclusif au sens de l'article précité de la directive.

2.2.4 Opérations internes ou quasi-internes

Les directives sont applicables lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la prestation de services. La circonstance que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur est sans incidence.

⁶ V. sur ce point les conclusions de M. Philippe Léger sur l'affaire ARGE Gewässerschutz., affaire C-94/99, conclusions prononcées le 15 juin 2000.

L'existence d'un rapport contractuel entre le pouvoir adjudicateur et le prestataire de services suppose toutefois que celui-ci ait la qualité de tiers par rapport au premier. Ainsi que le résume l'avocat général Philippe Léger dans ses conclusions précitées sous l'affaire ARGE Gewässerschutz⁷, « *les prestations qualifiées de « in house », qui désignent les prestations fournies à une autorité publique par ses propres services ou par des services en position de dépendance, quoique organiquement distincts, ne relèvent pas du champ d'application de la directive* ».

La Cour de justice, dans son arrêt Teckal, a formulé la règle jurisprudentielle de la façon suivante : « *il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* » (CJCE 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal Srl).

L'arrêt Teckal portait sur le contrat par lequel une commune italienne avait confié le service du chauffage de certains bâtiments communaux à un groupement constitué par elle-même et plusieurs autres communes pour la gestion des services de l'énergie et de l'environnement. Il est clair que la règle précitée ne s'applique pas seulement aux collectivités locales, mais aussi aux autres catégories de pouvoirs adjudicateurs.

La jurisprudence sur ce point est très limitée. Depuis l'arrêt Teckal, le seul arrêt marquant est celui qui a été rendu à propos d'un marché portant sur le traitement et l'élimination des déchets, passé par la ville de Halle (RFA) avec une société d'économie mixte dont le capital était détenu à hauteur de 24,9 % par une société privée et pour le reste, indirectement, par la ville elle-même (CJCE 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle). La règle posée par la Cour de justice, qui vient compléter celle de l'arrêt Teckal précité, est très claire : « *la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.* »

La Cour de justice justifie cette solution rigoureuse :

- d'une part par le fait que le rapport entre une autorité publique et ses propres services est régie par des considérations propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, tandis que « *le placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente* » ;
- d'autre part par le fait que l'attribution du marché à la société d'économie mixte sans appel à la concurrence donnerait à l'entreprise privée présente dans le capital de cette société un avantage par rapport à ses concurrents.

⁷

V. note précédente.

La Cour de justice n'a jamais classé parmi les opérations internes un marché qui aurait été conclu par un pouvoir adjudicateur avec une entité résultant du groupement de plusieurs pouvoirs adjudicateurs et sur laquelle ces derniers exerceraient un contrôle conjoint.

Si l'on reprend les deux critères cumulatifs des opérations internes selon l'arrêt Teckal, soit :

- l'exercice, par le pouvoir adjudicateur, d'un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services,
- la réalisation de l'essentiel de l'activité du bénéficiaire du marché avec la ou les collectivités qui la détiennent,

il est clair que la seconde des conditions pourrait être aisément remplie, mais que la première ne le serait sans doute pas.

Pour que la Cour de justice accepte de dispenser un tel marché des obligations découlant de la directive, il faudrait donc qu'elle infléchisse sensiblement sa jurisprudence. Ce n'est pas l'hypothèse la plus probable.

Du reste, la jurisprudence nationale s'est déjà orientée en sens inverse, puisque selon l'arrêt précité du Conseil d'État, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, un contrat « *conclu entre deux établissements publics de coopération intercommunale, dont l'un est adhérent à l'autre, en vue de gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leur compétence, [...] constitue un marché public de services soumis à la directive n° 92/50 du 18 juin 1992* » (CE sect. 20 mai 1998, n° 188239).

2.3 Droit interne

2.3.1 Code des marchés publics

Les organismes privés d'HLM, pas plus d'ailleurs que les OPAC, ne sont pas au nombre des personnes morales mentionnées à l'article 2 du code des marchés publics qui définit le champ d'application de ce code.

Aucune des dispositions de ce code ne leur est donc applicable.

2.3.2 Code de la construction et de l'habitation

L'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation (CCH), dans sa rédaction applicable jusqu'au 1^{er} septembre 2005, soumet « *les contrats passés par les organismes privés d'habitation à loyer modéré aux principes de publicité, de mise en concurrence et d'exécution prévus par le code des marchés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* » (articles R. 433-5 et suivants du CCH). La même disposition s'applique aux sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (article L. 481-4 du CCH).

Le nouvel article L. 433-1 (de même que le nouvel article L. 481-4) applicable à compter du 1^{er} septembre 2005, se contente quant à lui de renvoyer à l'ordonnance du 6 juin 2005 (et indirectement au décret qui va être pris pour l'application de cette ordonnance).

2.3.3 Ordonnance du 6 juin 2005

L'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (ci-après « l'Ordonnance ») s'applique, selon les dispositions combinées de ses articles 1 et 3, aux marchés de travaux, de fournitures ou de services passés par des pouvoirs adjudicateurs dont font partie les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics, dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

- a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'Ordonnance ;
- b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'Ordonnance ;
- c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'Ordonnance.

Les organismes privés d'HLM correspondent à cette définition.

La même Ordonnance s'applique également aux organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

- a) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;
- b) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'Ordonnance ;
- c) soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'Ordonnance.

Les dispositions de l'Ordonnance s'appliquent ainsi aux GIE et aux associations regroupant des organismes privés d'HLM.

Sont toutefois exclus du champ de l'Ordonnance, entre autres :

- les marchés de services conclus avec un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice soumis au code des marchés publics ou à l'Ordonnance, lorsque ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité instituant la Communauté européenne (article 7, 1^o) ;

- les marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par la présente ordonnance ou par le code des marchés publics (article 23).
- les marchés de services concernant les contrats de travail (article 7, 11°).

L'Ordonnance du 6 juin 2005 présente donc une image fidèle du droit communautaire des marchés publics, qu'il soit issu du texte des directives ou de la jurisprudence communautaire, tel qu'il s'applique à la date à laquelle cette Ordonnance a été prise.

L'application en France de ce droit communautaire se trouve dès lors, en quelque sorte, figée à cette date. Ainsi, un assouplissement éventuel de la jurisprudence qui élargirait la notion d'opération interne (par exemple sur les organismes soumis au contrôle commun de plusieurs pouvoirs adjudicateurs) ne pourrait s'appliquer en France que si l'Ordonnance était modifiée, ce qui ne pourra être fait que par la loi ou sur habilitation législative.

Les tribunaux français semblent d'ailleurs enclins à appliquer avec rigueur les notions issues du droit communautaire.

En ce qui concerne la notion d'opérations internes, le Conseil d'État, statuant au contentieux sur la légalité du décret relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP), a jugé à la fois :

- que l'État n'exerçait pas sur cet établissement public industriel et commercial un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- et que la clientèle de l'Etat ne représente pas à elle seule une part essentielle de l'activité de l'UGAP⁸.

2.4 Esquisses de solutions

2.4.1 L'extension de la notion d'opération internes ou « in house »

Le rapport du groupe de travail présidé par M. François Loloum et remis au ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement (ci-après « le rapport Loloum ») propose de retenir une conception large de l'exception « in house », en l'étendant aux dispositifs de mise en commun de moyens entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

Il s'appuie pour cela sur un arrêt de la Cour de justice du 8 mai 2003, Espagne c/ Commission, rendu à propos des dépenses financées par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA).

⁸ CE 27 juillet 2001, CAMIF, n° 218067.

Dans cet arrêt, qui ne porte que très accessoirement sur le droit des marchés publics, la Cour rappelle la solution de ses arrêts précités Teckal et ARGE Gewässerschutz et relève notamment que la qualification de marché public est écartée dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'elle effectue sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent. La Cour ajoute : « *Tel est le cas en l'espèce. En effet, aux termes de l'article 88, paragraphe 4, de la loi n° 66/97 du 30 décembre 1997, Tragsa, en tant que moyen instrumental et service technique de l'administration espagnole, est tenue d'effectuer, à titre exclusif, par elle-même ou par l'intermédiaire de ses filiales, les travaux que lui confient l'administration générale de l'État, les communautés autonomes et les organismes publics dépendant de celles-ci. Selon les paragraphes 1 et 2 de cet article, Tragsa est une société de l'État, au capital social de laquelle les communautés autonomes peuvent participer moyennant l'acquisition d'actions. Dès lors, les autorités espagnoles étaient en droit de confier les travaux relatifs à l'établissement du casier oléicole à Tragsa, sans recourir à la procédure d'appel d'offres* » (CJCE 8 mai 2003, Espagne c/ Commission, aff. C-349/97, points 204 à 206).

Le rapport Loloum souligne que « *la CJCE n'a pas contesté le principe selon lequel des services communs à plusieurs collectivités publiques localisées dans une entité distincte de celles-ci pourraient être comparables à des services en régie* » et en déduit qu'un contrat peut être confié, sans mise en concurrence, à une structure de coopération constituée par des organismes d'HLM.

Cette conclusion nous semble audacieuse. Car la Cour de justice n'a pas précisé, dans son arrêt du 8 mai 2003, en quoi l'État espagnol pouvait être regardé comme exerçant sur la société Tragsa un contrôle analogue à celui qu'il effectue sur ses propres services, ni même examiné si cette société réalisait l'essentiel de son activité avec les collectivités qui la détiennent. La rapidité de cette appréciation s'explique sans doute par le fait que la Commission des Communautés européennes, qui refusait ici à Tragsa la qualification de service de l'État, soutenait exactement le contraire dans une autre partie de son argumentation (CJCE 8 mai 2003, Espagne c/ Commission, aff. C-349/97, point 183). La Cour a donc pu estimer que les parties s'accordaient pour admettre que la société Tragsa est « *l'un des services propres de l'administration espagnole* » (même arrêt, point 187). La solution retenue nous semble donc très spécifique à l'espèce et difficile à extrapoler.

De surcroît, comme nous l'avons dit, l'Ordonnance du 6 juin 2005, qui reproduit littéralement la solution de l'arrêt Teckal, ne vise que le cocontractant sur lequel le pouvoir adjudicateur (au singulier) exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui (toujours au singulier).

La solution préconisée par le rapport Loloum semble donc aller au-delà de ce qu'admet le droit positif. Il est vrai que le rapport fixe comme condition complémentaire que « *chacun des organismes d'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* ».

Le rapport n'explique pas comment plusieurs organismes associés peuvent chacun exercer un contrôle « *entier* » sur l'organisme dont ils sont membres. Il nous semble difficile que chacun des organismes HLM exerce sur le GIE, la société commune ou l'association un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

La solution du rapport Loloum, si elle est reprise à son compte par le ministère et la MILOS, devra donc, selon nous, être regardée comme une tolérance administrative utile et bienvenue, mais juridiquement fragile. Face au recours d'un éventuel concurrent, une telle prise de position ne pourrait pas être utilement invoquée en justice.

2.4.2 Les limites de la qualification de marché public

L'ensemble des textes et des décisions de jurisprudence qui viennent d'être exposés concernent des marchés, définis comme des contrats à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant un prix, conclus entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique (prestataire de services, pour ce qui nous intéresse). En principe, tout contrat répondant à cette définition est soumis aux dispositions des directives communautaires, et par suite aux textes nationaux qui en constituent la transposition (notamment l'ordonnance du 6 juin 2005).

Mais le marché n'est pas la seule modalité de coopération au sein d'un groupe et n'est même pas du tout, à proprement parler, une modalité de coopération. Les parties à un marché ne sont pas, en effet, des partenaires placés sur un pied d'égalité et se trouvant en situation de coopérer. Ils sont au contraire placés dans une position de client à fournisseur.

Les formules de coopération qui existent au sein des groupes d'organismes HLM ne correspondent pas à cette formule. Lorsque deux entités créent une association ou un GIE pour mettre en commun une partie de leur personnel ou de leurs moyens matériels, cette mise en commun ne constitue pas un marché. Même si les statuts de l'association ou du GIE sont juridiquement des actes contractuels, ils ne peuvent évidemment pas être qualifiés de marché, dès lors qu'ils ne mettent pas en rapport un prestataire de services et son client, pas plus qu'ils ne prévoient la réalisation de services par l'une des parties au profit de l'autre, moyennant le paiement d'un prix par cette dernière.

C'est seulement lorsqu'un des membres de l'association ou du GIE conclut avec cette entité un contrat à titre onéreux visant à lui confier la réalisation de prestations de services déterminées que ce contrat peut revêtir la qualification de marché, et plus précisément de marché public au sens du droit communautaire⁹.

Il n'est pas exclu que l'association ou le groupement soit un prestataire de services, tout en ayant la qualification fiscale de groupement de moyens, exonéré de TVA dans les relations avec ses membres, en application de l'article 261 B du Code général des impôts.

La qualification de marché pourrait toutefois être écartée si l'association ou le groupement se borne à facturer périodiquement une fraction de ses charges calculée selon une clef de répartition prévue par ses statuts et qui ne fasse pas correspondre directement les sommes versées par chacun des membres du groupement et les prestations reçues par lui.

Une telle formule, qui n'a jamais été soumise à la Cour de justice des Communautés européennes et qui n'a donc jamais été expressément qualifiée au regard du droit communautaire des marchés publics, pourrait peut-être permettre d'échapper à l'application des règles fixées par celui-ci. Mais il n'est pas non plus possible d'affirmer qu'elle est très solide d'un point de vue juridique.

2.4.3 Les groupements d'employeurs

L'article L.127-1 du code du travail permet aux employeurs de constituer un groupement ayant pour but de mettre à la disposition de ses membres des salariés liés à ce groupement par un contrat de travail.

Les groupements d'employeurs sont constitués d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou le droit local d'Alsace-Moselle. Ils peuvent aussi prendre la forme de coopératives (loi 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, article 20).

Les conditions de constitution d'un tel groupement sont très souples. En principe, un employeur occupant plus de trois cents salariés ne peut y adhérer, mais cette interdiction est levée si un accord collectif ou un accord d'établissement est conclu pour définir les garanties accordées aux salariés du groupement (code du travail, article L. 127-1-1).

De même, les employeurs groupés doivent normalement entrer dans le champ d'application de la même convention collective, mais des employeurs relevant de conventions collectives différentes peuvent néanmoins se grouper, à la condition de déterminer la convention collective applicable et d'en faire la déclaration à l'autorité administrative, qui peut s'y opposer (article L. 127-7).

⁹ Dans les conclusions qu'il a présentées le 21 avril 2005 dans l'affaire C-29/04, Commission c/ République d'Autriche, l'avocat général Geelhoed a précisé (point 55) que « Pour que le rapport existant puisse être considéré comme un marché public, il convient de déterminer si le marché a été conclu sous la forme d'un contrat et si une contrepartie appréciable en argent a été convenue ».

Les liens entre les employeurs et le groupement ne nous semblent pas relever de la réglementation des marchés publics.

2.4.4 Un maniement raisonné des seuils

Si beaucoup de groupes craignent d'être soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence issues des marchés publics, c'est souvent parce qu'ils ont créé des organes de regroupement d'un volume considérable et exerçant des activités multiples. S'ils parviennent à la conclusion que les relations qui les lient à ces organes relèvent du droit des marchés publics, ils peuvent créer autant d'organes de regroupement qu'il y a de types de prestations : services juridiques, communication, prestations informatiques... Il est possible que les prestations dont bénéficie chaque membre du groupement dans chacun des secteurs concernés restent en deçà des seuils d'application des règles de publicité et de mise en concurrence.

Une telle scission ne constituerait pas une violation du droit des marchés publics car les seuils s'appliquent aux prestations d'une nature donnée confiées à un prestataire particulier. Si les prestataires sont distincts, les marchés le sont aussi, sans contestation possible.

2.4.5 Un regroupement des structures

La nature juridique de la structure de regroupement est sans incidence sur les règles qui viennent d'être exposées. Celles-ci s'appliquent indifféremment à un GIE, à une association, à une société civile ou à une société commerciale. De même, la création d'une société anonyme de coopération (article L. 423-1-1 du CCH) ne présente aucune garantie supplémentaire.

Pour être sûr qu'une opération soit interne, la seule solution absolument incontestable est l'« internalisation ». Si les organes regroupés et leurs services communs sont rassemblés au sein d'une entité juridique unique, les prestations rendues au sein de cette personne morale ne sont évidemment soumises à aucune réglementation des marchés.

Cette solution n'est sans doute pas généralisable. Mais dans certains cas, une simplification des structures juridiques pourrait être envisagée.

* * *

*

3. CONFLIT D'INTERETS ET PRISE ILLEGALE D'INTERET

Comme pour le droit des marchés publics, la notion de conflit d'intérêts mérite une précision terminologique, notamment pour distinguer le conflit d'intérêts de la prise illégale d'intérêts, des deux termes étant employés indifféremment dans les rapports de la MIILOS. Seule la prise illégale d'intérêts comporte des sanctions pénales.

3.1 Le conflit d'intérêts

La notion de conflit d'intérêts, qui relève essentiellement des règles déontologiques, a trouvé sa consécration législative dans la loi « nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001.

L'article L.225-38 du code de commerce, issu de cette loi, soumet à l'autorisation préalable du conseil d'administration « *toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 %* » ou la société qui la contrôle. La même règle s'applique aux conventions conclues entre la société et une entreprise dirigée par une des personnes énumérées.

L'autorisation n'est pas requise pour les « *conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales* » (code de commerce, article L. 225-39).

L'obligation d'autorisation préalable par le conseil d'administration ne comporte pas de sanction pénale. Les conventions conclues sans autorisation peuvent seulement être annulées en justice « *si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société* » (code de commerce, article L. 225-42).

Une interdiction spécifique vise enfin les emprunts contractés auprès de la société par un administrateur personne physique, le représentant permanent d'une personne morale administrateur, ainsi que par le directeur général et les directeurs généraux délégués.

3.2 La prise illégale d'intérêts

3.2.1 Dispositif général

Le délit de prise illégale d'intérêts est destiné à éviter qu'un élu ou un fonctionnaire ne se trouve placé dans une situation où il serait tenté de profiter de ses pouvoirs pour s'enrichir au détriment de la collectivité publique. Il est sanctionné par l'article 432-12 du code pénal aux termes duquel :

- « *le fait, par une personne depositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif 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, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

A la sévérité des peines ainsi prévues s'ajoutent les peines complémentaires qui peuvent être prononcées : interdiction des droits civils, civiques et de famille, interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

3.2.2 Application aux organismes HLM

Ces dispositions répressives sont susceptibles de s'appliquer au responsable d'un organisme HLM. Elles font en effet l'objet d'une interprétation assez extensive, en ce qui concerne tant l'auteur du délit que les éléments constitutifs de l'infraction.

Ce texte a été le plus souvent appliqué à des élus locaux ayant conclu un contrat¹⁰ avec la collectivité locale au sein de laquelle ils exerçaient leur mandat. Mais il a vocation à s'appliquer aussi aux dirigeants de personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public (V. pour le directeur d'une SAFER : Cass. crim. 21 novembre 1985 : Bull. crim. 1985 n° 370)¹¹.

Or il est désormais acquis qu'une SA d'HLM, et plus généralement les organismes HLM, sont des personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public (CE 31 juillet 1992, Mme Vatin, n° 102487 ; CE 31 mars 1995, Desaunay et autres, n° 147731). Les administrateurs ou dirigeants d'organismes HLM sont donc potentiellement dans le champ d'application de l'article 432-12.

L'« entreprise » au sein de laquelle l'agent chargé d'une mission de service public ne peut détenir un intérêt peut être de n'importe quelle forme : société commerciale, société civile, SEM, GIE, entreprise individuelle... L'intérêt peut d'ailleurs être pris dans une simple « opération », c'est-à-dire un acte juridique isolé tel que vente, location, contrat de fourniture ou autre.

Il faut toutefois que la personne concernée ait disposé d'un certain pouvoir sur l'affaire à laquelle il a pris intérêt. Lorsque l'affaire en cause est une entreprise, il peut s'agir d'un pouvoir d'administration ou de surveillance, cette dernière notion incluant le pouvoir de formuler un avis à l'égard des entreprises susceptibles de passer un contrat avec l'administration. Le pouvoir ainsi exercé n'est pas nécessairement personnel : une personne peut se trouver dans le champ du texte du fait de sa participation à un organe collégial. Lorsque l'affaire concernée est un acte isolé, il peut aussi s'agir du pouvoir d'assurer la liquidation ou le paiement des sommes en cause.

¹⁰ Par exemple un marché, un contrat de bail ou un contrat d'achat ou de vente de biens immobiliers.

¹¹ Les deux autres arrêts cités dans le rapport Loloum nous semblent moins pertinents :

- l'arrêt Cass. crim. 5 novembre 1998, n° 97-80419 concerne le président d'une chambre de commerce et d'industrie, laquelle est un établissement public administratif doté de prérogatives de puissance publique ;
- l'arrêt Cass. crim. 27 février 2002, n° 01-86024 concerne un ingénieur du Commissariat à l'énergie atomique, qui est un établissement public industriel et commercial, de surcroît mis à la disposition de l'ANVAR, autre établissement public, pour instruire des dossiers d'aide publique.

Quant aux agissements punissables (« *prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque...* »), ils sont multiples et font l'objet, en jurisprudence, d'une interprétation large. Ainsi, il n'est pas nécessaire que le coupable en ait retiré un avantage personnel, ni que la collectivité ait souffert quelque préjudice (Cass. crim. 23 février 1988, Petit, n° 87-82801). Dès lors, l'élément moral de l'infraction est limité : il suffit que l'auteur du délit ait pris sciemment un intérêt dans l'affaire soumise à son administration ou à sa surveillance, même s'il n'a pas cherché à en tirer profit (jurisprudence constante).

La loi ne comporte que deux exceptions, la première en faveur des maires et élus de communes comptant moins de 3 500 habitants, qui peuvent, dans certaines limites, contracter avec la commune (code pénal, article 432-12, 2° à 5° alinéa 5), la seconde en faveur des élus représentant une collectivité territoriale au conseil d'administration ou au conseil de surveillance d'une société d'économie mixte, qui sont autorisés à y exercer des fonctions rémunérées (code général des collectivités territoriales, article L. 1524-5).

Si le législateur a jugé utile d'ajouter cette dernière exception, c'est bien qu'en son absence le représentant de la collectivité locale aurait été en situation de prise illégale d'intérêts.

Il est permis d'en déduire que le dirigeant d'un organisme HLM, représentant celui-ci au sein d'un GIE et rémunéré par le groupement, se trouve lui-même en situation de prise illégale d'intérêts. La même solution s'applique au dirigeant d'un organisme HLM rémunéré par une filiale de celui-ci.

3.2.3 Solutions possibles

Il n'est pas certain que le « *précepte de prudence* » recommandé par le rapport Loloum, consistant à ce que le dirigeant concerné ne prenne pas part à la délibération portant sur son recrutement et sa rémunération, soit de nature à écarter la qualification de prise illégale d'intérêts. Le rapport lui-même indique que « *les risques d'ordre pénal devraient être ainsi cantonnés* » et non éliminés. Mais si cette recommandation est transformée en instruction du ministre à ses services, il évitera du moins que, dans un tel cas, la MIILOS ne saisisse le Procureur des faits incriminés.

Le risque de dépôt d'une plainte n'en existe pas moins. Seule une modification de la loi pénale permettrait de supprimer ce risque.

3.3 Articles L.423-10 et L.423-11 du CCH

C'est clairement la qualification de service public, issue de l'arrêt Vatin du 31 juillet 1992, qui place les dirigeants des organismes d'HLM dans le champ d'application du délit de prise illégale d'intérêts. Toutefois, même si cette qualification n'avait pas été retenue, les mêmes personnes seraient soumises aux dispositions spécifiques des articles L. 423-10 et L. 423-11 du code de la construction et de l'habitation.

Les articles L. 423-10 et L. 423-11 du code de la construction et de l'habitation (CCH) visent spécifiquement les administrateurs et salariés d'organismes HLM. Même si ces deux articles constituent des cas particuliers de prise illégale d'intérêts, et s'il est vrai que la jurisprudence et la littérature juridique consacrées à ces articles sont moins abondants que ceux qui portent sur le délit général de prise illégale d'intérêts, il semble difficile de faire faire l'économie d'une analyse spécifique de ces dispositions.

Cela semble d'autant plus nécessaire qu'à compter de l'entrée en vigueur, le 31 décembre 2005, de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 modifiant l'article 121-2 du code pénal, les personnes morales seront responsables pénalement de toutes les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants et non plus seulement de certaines infractions limitativement énumérées par le code. Les articles L. 423-10 et L. 423-11 vont donc s'appliquer aux organismes d'HLM. Cette responsabilité de la personne morale n'exonère d'ailleurs pas les personnes physiques : le représentant permanent de la personne morale encourt la même responsabilité pénale que celle-ci (articles 121-2 du code pénal et L. 225-20 du code de commerce). Seules les peines sont distinctes : si la personne morale est jugée pénalement responsable, l'amende encourue est le quintuple de la peine applicable aux personnes physiques.

3.3.1 Article L. 423-10

L'article L. 423-10 du CCH, dont la rédaction actuelle est issue de l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, dispose :

- *« Il est interdit aux administrateurs d'organismes d'habitations à loyer modéré, ainsi qu'à toute personne rémunérée par ces organismes, de vendre des immeubles directement ou indirectement auxdits organismes ou à leurs clients, de leur consentir des prêts avec hypothèque, de passer avec ces organismes ou avec leur clients des marchés de travaux ou de fournitures ou d'imposer le choix d'un fournisseur, entrepreneur ou prestataire de service déterminé pour la réalisation d'une de ces opérations prévues au présent livre.*

La contravention à ces interdictions est punie d'une amende de 4 500 euros. La peine sera doublée en cas de récidive. »

Les personnes visées par ces dispositions sont très clairement identifiées. L'administrateur peut-être une personne morale ou une personne physique. La jurisprudence a précisé que ce texte pouvait s'appliquer au dirigeant d'une société anonyme de crédit immobilier (Cass. crim. 14 décembre 1994, Roy, n° 94-80347).

Trois des actes prohibés sont très clairement énumérés par le texte de l'article L. 423-10 :

- vente d'immeubles à l'organisme HLM ou à ses clients ;
- octroi d'un prêt avec hypothèque ;
- passation avec lui ou avec ses clients de marchés de travaux ou de fournitures.

Le dernier (« *lui imposer le choix d'un fournisseur, entrepreneur ou prestataire de services déterminé* ») est plus sujet à interprétation.

La composition actuelle des conseils d'administration des organismes HLM, et notamment celle des conseils d'administration des SA d'HLM qui résulte des règles de gouvernance fixées par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, multiplie les hypothèses dans lesquelles l'administrateur d'une société d'HLM risque de tomber sous le coup de cet article : octroi d'un prêt par l'actionnaire de référence, par exemple, ou vente d'un immeuble par la commune représentée au conseil d'administration. Il est clair que la rédaction de l'article L. 423-10 n'a pas été revue après la loi « Borloo » et que l'extension de la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas davantage été prise en compte.

L'article L. 423-10 ne devrait toutefois pas s'appliquer aux administrateurs ou dirigeants d'un groupement d'organismes HLM lorsque ce groupement n'a pas lui-même la qualité d'organisme HLM : en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, ces dispositions ne peuvent pas s'appliquer à des situations qui ne sont pas expressément visées par le texte.

3.3.2 Article L. 423-11

L'article L. 423-11 du CCH complète le précédent en traitant des rapports des administrateurs et salariés des organismes d'HLM, non plus avec ces organismes eux-mêmes, mais avec les personnes qui sont en relation d'affaires avec ceux-ci :

- *« Il est interdit aux administrateurs des organismes d'habitations à loyer modéré ainsi qu'à toute personne employée par ces organismes de recevoir, directement ou indirectement et sous quelque forme que ce soit, même en prenant ou en conservant des intérêts dans une entreprise, un avantage quelconque de la part des personnes qui interviennent dans les ventes ou échanges d'immeubles réalisés avec les organismes précités ou avec leurs clients, ainsi que de la part des architectes et des entrepreneurs qui exécutent des travaux pour le compte de ces organismes ou de leurs clients et, d'une façon générale, de la part de tout fournisseur. »*

La contravention aux interdictions qui précèdent est punie d'une amende de 9 000 euros et d'un emprisonnement de trois ans. La peine est doublée en cas de récidive. »

Les actes prohibés sont ainsi définis comme le fait de recevoir, directement ou indirectement un avantage quelconque de la part d'une des personnes suivantes :

- personnes qui interviennent dans les ventes d'immeubles réalisés avec l'organisme ou avec ses clients,
- architectes et entrepreneurs qui exécutent des travaux pour le compte de l'organisme ou de ses clients,
- tout fournisseur de l'organisme.

Cet article a connu plusieurs cas d'application. Parmi les personnes condamnées sur le fondement de ce texte, on peut citer :

- le directeur général d'un organisme HLM possédant des parts d'un fournisseur (Cass. crim. 25 mai 1987 : Bull. crim. n° 215 ; Cass. crim. 2 avril 1998 : Bull. crim. n° 132) ;
- le directeur d'un OPHLM ayant bénéficié d'avantages de la part d'entreprises en relation avec l'office, notamment à l'occasion de la construction de sa maison personnelle (Cass. crim. 21 mai 1997 : Bull. crim. n° 193) ;
- l'administrateur d'une SA HLM ayant confié une mission d'expertise à une société dont il était administrateur et associé majoritaire (Cass. crim. 13 février 2002, n° 01-81053) ;
- le dirigeant d'un organisme HLM ayant confié des travaux à un entreprise dans laquelle il avait des intérêts (Cass. crim. 2 mai 2001 : Bull. crim. n° 104).

Dans l'hypothèse où un organe de coopération serait qualifié de fournisseur, et si ce texte est appliqué aux personnes morales, il pourrait conduire à interdire qu'un organisme HLM participe au GIE qui lui fournit des prestations.

Une application littérale de ce texte pourrait ainsi conduire à l'interdiction même des organes de coopération, tels qu'ils existent aujourd'hui. Le caractère inadapté de l'article L. 423-11 est facile à démontrer.

* * *

*

4. **DROIT DES SOCIETES**

Il ne saurait être question de traiter ici de l'ensemble des règles de droit des sociétés que les organismes d'HLM doivent respecter. De brefs développements seront consacrés aux normes qui ont été évoquées, notamment par la MIILOS, à l'appui d'observations sur les modalités de regroupements internes aux groupes d'organismes HLM.

4.1 **Rémunération des dirigeants**

L'article L. 225-53 du Code de commerce prévoit que « *le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués* ».

Pour les sociétés à directoire et conseil de surveillance, c'est ce dernier qui nomme les membres du directoire (article L. 225-59 du même code) et « *L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire* » (article L. 225-63).

Dans les hypothèses où les dirigeants d'une société n'étaient pas rémunérés par cette société mais par un GIE ou une association, La MIILOS a estimé que ces dispositions n'étaient pas respectées. Toutefois, dans l'hypothèse où les dirigeants sont rémunérés, non pas par la société auprès de laquelle ils exercent leurs fonctions, mais par l'association ou le groupement qui les emploie, la règle de fixation de la rémunération par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ne devrait pas trouver à s'appliquer. Tout au plus semble-t-il souhaitable que le conseil d'administration ou de surveillance soit informé des rémunérations versées par une autre entité du même groupe.

4.2 **Le G.I.E.**

Le G.I.E. doit être créé pour une durée déterminée, avoir une activité qui se rattache à l'activité économique de ses membres, avoir un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci (code de commerce, article L.251-1).

La création pour une durée déterminée, laquelle peut être égale à 99 ans, ne soulève aucune difficulté, pas plus que le lien avec l'activité économique des membres. En revanche, la condition tenant au caractère auxiliaire du GIE par rapport à l'activité de ses membres peut ne pas être remplie lorsque l'ensemble des moyens en personnel ou en matériel du groupe est localisé dans le GIE.

Cette règle devrait inciter les groupes à scinder leurs structures de coopération, pour que chacune n'ait qu'un caractère accessoire.

* *

*

5. CONCLUSION

Il est difficile d'imaginer des solutions qui permettent d'échapper de façon satisfaisante à l'ensemble des risques juridiques qui ont été décrits plus haut.

En ce qui concerne le droit des marchés publics, il est possible d'exploiter les possibilités ouvertes par le rapport Loloum, mais aussi de continuer à argumenter sur la définition même de la notion de marché. Il est possible aussi, d'un point de vue plus pratique, de scinder les structures de coopération pour passer, dans la mesure du possible, en-dessous des seuils communautaires. Il est possible enfin de réintégrer les services communs au sein d'un organisme HLM lui-même issu du regroupement de plusieurs organismes, dans la mesure où la réglementation le permet.

Enfin, les organismes HLM peuvent faire le choix de respecter les dispositions de la directive « marchés publics », transposées dans l'ordonnance du 6 juin 2005. Le choix de la personne attributaire du marché peut d'ailleurs tenir compte de l'expérience acquise par les fournisseurs actuels, ainsi que de l'exonération de TVA dont la plupart bénéficient en vertu de l'article 261 B du CGI.

A plus long terme, il est permis d'engager une réflexion sur les moyens d'échapper à la qualification de pouvoir adjudicateur. Dans la mesure où celle-ci découle des contrôles exercés par l'État sur les organismes privés d'HLM, un allègement de ces contrôles, ciblé sur les éléments retenus par la Cour de justice dans son arrêt Commission c/ France du 1^{er} février 2001, pourrait peut-être changer la situation de droit.

En ce qui concerne le droit pénal, la situation actuelle n'est clairement pas satisfaisante. Il est anormal que l'application régulière des dispositions du CCH conduise à un risque de qualification pénale. Les solutions proposées par le rapport Loloum sont de ce point de vue insuffisantes, à la fois parce qu'elles ne traitent pas des dispositions spécifiques des articles L. 423-10 et L. 423-11 du CCH et parce qu'elles ne conduisent pas à éliminer le risque pénal, mais seulement à le réduire.

Dès lors, il faudrait engager une réflexion, voire une action, visant à :

- éliminer le risque de prise illégale d'intérêts, soit en ajoutant une exception au champ d'application de ce délit, soit en précisant que les organismes privés d'HLM ont une mission d'intérêt général, mais non de service public (pour faire échec à la jurisprudence Vatin) ;
- abroger les articles L. 423-10 et L. 423-11 du CCH, ou du moins en restreindre le champ d'application aux organismes publics d'HLM.

Enfin, de façon encore plus prospective, il faudrait peut-être s'interroger sur les raisons qui ont conduit à la création de structures de coordination et les moyens d'y remédier. Il semble que la multiplicité de structures de taille modeste dans chacun des groupes est due à l'application d'une réglementation qui spécialise à l'extrême les organismes HLM, tant géographiquement que pour les activités exercées. Elargir les compétences de chaque organisme, sans aller jusqu'à créer un statut unique d'organisme privé d'HLM, permettrait de restructurer les groupes actuels, de réduire le nombre d'entités au sein de ces groupes et ainsi de limiter le recours à des organes de coopération.

Quoi qu'il en soit, il semble difficile de résoudre l'ensemble des problèmes posés, et d'apporter au secteur HLM la sécurité juridique qu'il est en droit d'attendre, sans envisager des modifications législatives.

Guillaume Goulard
Avocat à la Cour