

Recherche sur
les articles L. 421-1 et L. 421-2
du Code de la construction et de l'habitation

tels que modifiés par

la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Rénové,

financée par
la Fédération Nationale des Offices Publics de l'Habitat

effectuée par
Norbert FOULQUIER, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Rozen NOGUELLOU, professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
avec la participation de
Isabelle HASQUENOPH, doctorante

Première Partie

La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Rénové (ALUR) a modifié l'article L. 421-1 CCH en permettant aux offices publics d'HLM – désormais qualifiés offices publics de l'habitat – de participer à des SCI de construction vente. Il est plus précisément prévu que les offices publics de l'habitat peuvent avoir pour objet : « *De souscrire ou acquérir des parts de sociétés civiles immobilières ayant pour objet la réalisation d'immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation destinés à des accédants dont les ressources n'excèdent pas des plafonds fixés par l'autorité administrative, d'être syndic de copropriétés d'immeubles ainsi réalisés et d'exercer les fonctions d'administrateur de biens pour les mêmes immeubles. A titre subsidiaire et à titre transitoire pour une période de six ans, ils peuvent également acquérir dans le cadre de l'article L. 261-1, à due concurrence de leurs apports, des logements mentionnés*

à l'article L. 411-2 auprès d'une société civile immobilière dans laquelle ils détiennent des parts et dont l'unique objet est la construction d'immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation en vue de leur vente, à la condition que cette société réalise au moins 25 % de logements mentionnés à l'article L. 411-2 et soit constituée pour une durée n'excédant pas cinq ans ».

La portée de cette disposition soulève un certain nombre de questions.

a) La première d'entre elles porte sur les incidences que pourrait avoir le droit de la commande publique sur un tel montage.

a.1) Les offices publics de l'habitat sont des pouvoirs adjudicateurs. Ils ne sont plus soumis au code des marchés publics depuis une loi du 17 mai 2011, mais à l'ordonnance du 6 juin 2005 (CCH, art. L. 421-26) ; ils sont, par ailleurs, soumis aux directives européennes en tant que pouvoirs adjudicateurs au sens du droit de l'Union européenne (CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-237/99). On rappellera que les organismes privés HLM sont également des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit de l'Union européenne (arrêt *Commission c/ France*, préc.). Les contrats passés par les offices en matière de travaux, fournitures et services sont donc soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Plus précisément, la réalisation des immeubles du parc géré par ces établissements publics n'est possible que moyennant le respect des règles de l'ordonnance de 2005. La seule exception concerne le recours à la VEFA, qui a été facilité pour ces structures (v. CCH, art. L. 433-2).

L'objectif de la loi ALUR est de permettre aux offices publics de l'habitat de créer, avec une société de promotion, une SCI dont l'objet sera la réalisation d'un immeuble d'habitation. Plus précisément, la loi autorise la constitution d'une SCI dans deux cas de figure : pour la construction d'un immeuble ayant ensuite vocation à être vendu à des accédants répondant aux conditions de l'accession sociale à la propriété, la SCI pouvait alors, si nécessaire, assurer un rôle de syndic de l'immeuble ; pour la construction d'un immeuble ayant vocation à intégrer le parc de l'office.

La loi ne prévoit aucune procédure particulière, que ce soit pour la constitution de la SCI ou pour la cession du bien ainsi construit à l'office actionnaire, sinon le fait que la cession de l'immeuble doit en principe prendre la forme d'une vente d'immeuble à construire.

Dans la mesure où le montage conduit bien à la réalisation d'un ouvrage ayant vocation à être utilisé par l'office – soit qu'il en soit gestionnaire par le biais de la SCI, soit qu'il en acquiert la pleine propriété - la question de l'éventuelle soumission du montage au droit de la commande publique se pose.

Le risque ne vient pas du code des marchés publics : en l'état, celui-ci n'a vocation à s'appliquer qu'aux personnes publiques et la SCI constituée par l'office avec un promoteur n'aura, de manière évidente, pas une personnalité juridique de droit public. Par ailleurs, la possibilité de créer une SCI a été organisée par la loi si bien qu'il ne serait pas possible, non plus, de considérer qu'il y a dans ce montage une violation de la loi MOP.

Les choses sont plus complexes du côté du droit européen, lequel a été transposé sur ce point dans l'ordonnance du 6 juin 2005. On relèvera d'ailleurs que le droit applicable a vocation à être prochainement modifié, le projet d'ordonnance relatif aux marchés publics réunissant dans un même texte les règles du code des marchés publics et celles de l'ordonnance de 2005. Cela ne devrait pas affecter les solutions évoquées dans cette analyse.

La notion de marché public, et notamment de marché public de travaux, retenue par le droit européen est en effet singulièrement plus large que celle adoptée par le droit interne.

Ainsi, d'un point de vue matériel, correspond à un marché public de travaux tout contrat conclu à titre onéreux par lequel est réalisé un ouvrage « répondant aux besoins » du pouvoir adjudicateur (ou répondant à ses « exigences » selon la définition adoptée par la directive de 2014, qui devrait être reprise par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics). Le droit de l'Union n'attache aucune importance au fait que la personne publique ne soit pas maître de l'ouvrage des travaux, ni, d'ailleurs, au fait qu'elle n'ait pas vocation à devenir propriétaire de l'ouvrage réalisé (CJCE, 18 janv. 2007, *Jean Auroux*, aff. C-220/05).

Cette conception extensive de la notion de marché public a conduit la Cour de justice à qualifier de marchés publics de travaux des montages dans lesquels le titulaire d'une autorisation d'urbanisme, plutôt que de payer une taxe d'urbanisme, réalisait un équipement public (CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, aff. C-399/98 ; CJCE, 21 fév. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04). Dans le même ordre d'idées, la Cour a jugé qu'une opération de vente immobilière conduite par une collectivité publique pouvait, dans certains cas, s'apparenter à un marché public de travaux dès lors que l'opération pouvait être considérée comme répondant à « l'intérêt économique direct » du pouvoir adjudicateur (CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08).

Ces affaires ne sont pas en rapport direct avec le montage ici envisagé ; elles illustrent toutefois la tendance expansionniste du droit européen des marchés publics. C'est d'ailleurs cette tendance que traduit la définition du marché public de travaux retenue par la nouvelle directive marché public du 26 février 2014 : « *les marchés publics de travaux* » sont des marchés publics ayant l'un des objets suivants :

- a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II ;
- b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
- c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ».

Il suffit donc que le pouvoir adjudicateur « fixe des exigences » et exerce « une influence déterminante » sur la nature ou la conception de l'ouvrage pour que l'on puisse retenir la qualification de marché public de travaux, quelle que soit la dénomination donnée par ailleurs au contrat. Cette nouvelle définition est celle que l'on retrouve dans le projet d'ordonnance relative aux marchés publics.

Ne pourrait-on pas dès lors considérer qu'en acquérant des parts d'une SCI ayant vocation à réaliser un immeuble les offices concluent, en réalité, un marché public de travaux ?

Pour que l'on puisse arriver à une telle conclusion, plusieurs éléments devront être réunis. Il faudra, d'abord, qu'il existe bien un contrat conclu entre l'office et un opérateur économique. Cela sera bien le cas dans l'hypothèse considérée puisque l'acquisition des parts de SCI ne pourra se faire que par voie contractuelle.

Il faudra, ensuite, que l'opération conduise à la réalisation « d'un ouvrage répondant aux exigences fixées » par l'office qui devra exercer « une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ». Tout dépendra donc du rôle joué par l'office dans la SCI ainsi créée : s'il ne fait que participer à une opération décidée par le promoteur privé, la qualification de marché public pourra être écartée ; si, au contraire, l'office joue un rôle central et décide de ce que sera le projet

immobilier, le risque de requalification existera. Il y a là, naturellement, une marge d'appréciation : les termes de la directive, comme ceux de la jurisprudence, ne sont pas très précis. Pour le cas d'espèce, tout dépendra sans doute de la part de capital détenue par l'office dans la SCI et dans la manière dont il peut effectivement influencer les décisions prises par la société.

Il est vrai, toutefois, que l'on sera dans une hypothèse particulière : le contrat ne portera pas, à proprement parler, sur la réalisation de l'ouvrage, mais sur la participation à une structure commune. Il n'en demeure pas moins que cette structure n'aura qu'un seul objet – la réalisation d'une opération immobilière – et que dès lors que cette opération répond à l'« intérêt économique direct » de l'office, il n'est pas possible d'écarter l'éventualité d'une requalification en marché public.

On relèvera que le risque est plus important dans l'hypothèse dans laquelle l'office devient propriétaire du bâtiment que dans celle dans laquelle il se contente, via la SCI, de construire un immeuble dont les appartements seront cédés à des accédants sociaux à la propriété. L'« intérêt économique » est naturellement plus direct et plus évident lorsque le pouvoir adjudicateur devient propriétaire de l'ouvrage édifié (v., en ce sens, l'arrêt *Helmut Müller* précité). Pour autant, le fait que l'office ne devienne pas propriétaire de l'immeuble, mais se contentera de le réaliser pour le céder à des accédants sociaux, moyennant un rôle de syndic de l'immeuble par la SCI, n'interdira pas la qualification de marché public : on l'a souligné, la notion de marché public de travaux n'implique pas que le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété du bien (v. arrêt *Jean Auroux* préc.). Dans l'affaire *Helmut Müller*, la Cour a ainsi indiqué que le fait que le pouvoir adjudicateur puisse utiliser le bien ou simplement décider de son affectation pouvait suffire à caractériser son « intérêt économique direct ».

a.2) En réalité, l'opération n'est pas sans rappeler les « partenariats public-privé institutionnalisés » envisagés par la Cour de justice dans son arrêt *Acoset* (CJCE, 15 oct. 2009, *Acoset SpA*, aff. C-196/08) et transposés, en droit français, par la loi n°2014-744 du 1^{er} juillet 2014 instituant les « sociétés d'économie mixte à opération unique ». Il s'agit bien d'institutionnaliser une coopération entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, en vue de la construction d'un ouvrage. La Cour de justice a admis le recours à de telles structures et la possibilité de leur confier ce qui s'apparentait à des marchés publics de travaux dès lors que le choix de l'actionnaire avait préalablement donné lieu à une procédure de mise en concurrence conforme aux exigences des directives marchés publics.

La loi du 1^{er} juillet 2014 a repris en droit français cette formule. L'article L. 1541-1 du Code général des collectivités territoriales permet ainsi à une collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales de créer une société d'économie mixte à opération unique comportant au moins un actionnaire opérateur économique, désigné à l'issue d'une procédure unique de mise en concurrence et qui se verra automatiquement attribuer le contrat. Les personnes publiques doivent détenir entre 34% et 85% du capital de la SEMOP, tandis que la part de la personne privée ne doit pas être inférieure à 15%. La société doit prendre la forme d'une société anonyme et peut notamment avoir pour objet la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement.

Pour deux raisons au moins, le dispositif prévu par la loi ALUR pour les offices publics de l'habitat ne peut s'inscrire dans celui mis en place par la loi du 1^{er} juillet 2014 : d'abord parce que la SEMOP est réservée aux collectivités territoriales et à leurs groupements mais n'est pas ouverte aux établissements publics locaux. Les offices publics de l'habitat ne peuvent donc y avoir

recours. Ensuite parce que la SEMOP est d'après la loi une société anonyme alors qu'il est ici prévu la constitution d'une SCI, qui est une société de personnes.

Le fait que la loi du 1^{er} juillet 2014 ne soit pas applicable en l'espèce n'empêche évidemment pas de voir dans la SCI constituée entre un office public de l'habitat et un opérateur économique un PPPI. Le champ de la jurisprudence *Acoset* est en effet plus large que celui retenu par la loi de juillet dernier. Toutefois, cette qualification ne présente pas d'intérêt particulier : le recours au PPPI suppose, on l'a souligné, une mise en concurrence pour le choix de l'actionnaire privé, qui n'est pas prévue par l'article L. 421-1 CCH.

On peut d'ailleurs regretter que la mise en place des SEMOP n'ait pas été l'occasion d'une réflexion plus générale sur les structures de coopération susceptibles d'être mises en place entre opérateurs publics et prestataires privés. Il semblerait particulièrement opportun, pour réaliser des opérations de logement social, de prévoir des sociétés de projet dédiées, permettant, sur le modèle des SEMOP, l'alliance entre un opérateur public HLM et un promoteur.

Il nous semble ainsi que le montage envisagé est susceptible de soulever des difficultés du côté du droit des marchés publics dès lors que la part de capital de la SCI détenue par l'office lui permet de formuler des exigences quant à l'ouvrage construit, d'avoir un pouvoir décisionnel quant à la conception ou à la nature de cet ouvrage. *A contrario*, la simple participation d'un OPH à une SCI, qui ne conduira pas cet office à imposer quoi que ce soit quant aux ouvrages construits, ne soulèvera pas de difficulté (mais on voit mal, alors, quel serait, pour un office, l'intérêt de participer à une telle structure).

a.3) Un autre aspect de la question nous paraît devoir être souligné : la SCI créée entre l'office et l'opérateur économique peut très bien, elle aussi, recevoir la qualification de pouvoir adjudicateur.

Les directives européennes – et bientôt l'ordonnance relative au marché public – visent en effet, en tant que pouvoirs adjudicateurs, non seulement l'Etat, les collectivités territoriales et, plus largement, les personnes publiques, mais aussi tout organisme créé « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » et « soit financé majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit soumis à un contrôle de gestion de ces autorités ou organismes, soit dont l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

La construction de logements sociaux correspond sans aucun doute à une activité d'intérêt général autre qu'industrielle et commerciale (v., en ce sens, l'arrêt *Commission c/ France* déjà cité). Selon la part du capital de la SCI détenue par l'office actionnaire, il sera possible de considérer que la société est ou non sous contrôle de cet établissement public. Si tel est le cas – et le contrôle en cause n'est pas uniquement un contrôle en termes de détention du capital, la notion de « contrôle de gestion » étant plus large – la SCI devra être considérée comme un pouvoir adjudicateur et les contrats qu'elle aura vocation à passer pour la réalisation du bâtiment seront soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence instituées par les directives.

On ajoutera un élément important sur ce point : la Cour de justice a pu admettre, notamment dans les affaires relatives à la qualification de marché public de contrats passés avec le titulaire

d'une autorisation d'urbanisme (CJCE, 12 juillet 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, aff. C-399/98 ; CJCE, 21 fév. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-412/04, préc.), que l'on ne mette en œuvre les obligations de publicité et de mise en concurrence qu'au stade des contrats de travaux passés par le titulaire du contrat et non pour le contrat directement conclu par le pouvoir adjudicateur. Pour la Cour :

« Cela ne signifie pas que, pour que la directive soit respectée en cas de réalisation d'un ouvrage d'équipement, il faut nécessairement que l'administration communale applique elle-même les procédures de passation prévues par cette directive. L'effet utile de celle-ci serait tout aussi observé si la législation nationale permettait à l'administration communale d'obliger le lotisseur titulaire du permis, par les accords qu'elle conclut avec lui, de réaliser les ouvrages convenus en recourant aux procédures prévues par la directive, et cela pour remplir les obligations qui incombent à cet égard à l'administration communale en vertu de ladite directive. En effet, dans ce cas, le lotisseur doit être regardé, en vertu des accords passés avec la commune qui l'exonèrent de la contribution aux charges d'équipement en contrepartie de la réalisation d'un ouvrage d'équipement public, comme détenteur d'un mandat exprès accordé par la commune pour la construction de cet ouvrage. Une telle possibilité d'application des règles de publicité de la directive par des personnes autres que le pouvoir adjudicateur est d'ailleurs expressément prévue par l'article 3, paragraphe 4, de celle-ci en cas de concession de travaux publics. » (arrêt *Ordre des architectes de la province de Milan*, préc., §100).

On pourrait peut-être considérer, en transposant cette solution, qu'il suffit que la SCI respecte les obligations de publicité et de mise en concurrence dans la passation des différents contrats – et notamment des contrats de travaux – qu'elle a vocation à conclure pour que les contraintes issues du droit européen soient respectées. En d'autres termes, il ne serait pas nécessaire de mettre en concurrence le choix de l'actionnaire pour autant, qu'ensuite, la SCI mette bien en œuvre une procédure transparente dans l'attribution du contrat relatif à l'exécution des travaux. La difficulté tient naturellement à ce que, bien souvent, c'est une société de promotion immobilière qui sera l'autre actionnaire de la SCI et que celle-ci n'aura aucun intérêt à ce que les marchés de travaux puissent être réalisés par des tiers ni, plus largement, à voir les marchés de travaux passés par la structure à laquelle elle participe soumis aux règles de la commande publique.

b) Une deuxième question concerne les modalités de cession des logements construits par la SCI à l'organisme HLM actionnaire.

Les termes de la loi ne sont pas de la plus grande clarté sur ce point. L'article L. 421-1-10° du CCH prévoit la possibilité pour les offices publics de l'habitat d'acquérir des parts du capital social de SCI « *ayant pour objet la réalisation d'immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation destinés à des accédants dont les ressources n'excèdent pas des plafonds fixés par l'autorité administrative, d'être syndic de copropriétés d'immeubles ainsi réalisés et d'exercer les fonctions d'administrateur de biens pour les mêmes immeubles* » ainsi que, à titre subsidiaire et transitoire pour une période de six ans, d'acquérir « *dans le cadre de l'article L. 261-1, à due concurrence de leurs apports, des logements mentionnés à l'article L. 411-2 auprès d'une société civile immobilière dans laquelle ils détiennent des parts et dont l'unique objet est la construction d'immeubles d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation en vue de leur vente, à la condition que cette société réalise au moins 25 % de logements mentionnés à l'article L. 411-2 et soit constituée pour une durée n'excédant pas cinq ans* ».

En d'autres termes, le mécanisme de la SCI peut être utilisé pour permettre l'accession sociale à la propriété - la SCI n'ayant alors qu'un rôle de syndic une fois le bien construit – ou, de manière transitoire, pour l'acquisition par l'office de logements destinés à rejoindre son parc social. Dans ce dernier cas, il est indiqué que l'acquisition se fait « dans le cadre de l'article L. 261-1 CCH »,

c'est-à-dire, si l'on reprend les termes de cet article, selon une vente d'immeuble à construire (qu'il s'agisse d'une vente à terme ou d'une vente en l'état futur d'achèvement).

Il s'agit donc d'une nouvelle hypothèse dans laquelle le recours à la VEFA est autorisé pour les organismes HLM. Comme on le sait, le législateur avait déjà autorisé les organismes HLM à acquérir en VEFA des biens immobiliers ayant les caractéristiques d'un logement foyer ou d'une résidence hôtelière à vocation sociale ou encore, plus généralement, des ouvrages de bâtiment auprès d'un autre organisme d'habitations à loyer modéré ou d'une autre société d'économie mixte voire même des logements inclus dans un programme de construction, à la condition que celui-ci ait été établi par un tiers et que les demandes de permis de construire aient déjà été déposées (CCH, art. L. 43-2).

Ces hypothèses législatives de recours à la VEFA par un pouvoir adjudicateur permettent de lever les obstacles posés par la jurisprudence du Conseil d'Etat à l'utilisation de ce contrat par les personnes publiques (CE, 8 févr. 1991, *Région Midi Pyrénées*, req. n°57679, Rec. 41). Elles sont en revanche sans effet sur l'éventuelle application du droit des marchés publics. Or il y a en la matière une réelle difficulté, laquelle n'a pas encore été tranchée. S'il est vrai que la directive marchés publics écarte de son champ d'application « les marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles », cette dérogation ne vise que les « bâtiments existants ». Les opérations portant sur des ventes d'immeubles à construire ne sont *a priori* pas concernées par cette disposition, sauf à entendre de manière très extensive la notion de « bâtiment existant ». Cela ne signifie pas que les contrats de VEFA entrent nécessairement dans le champ du droit des marchés publics : il n'en ira ainsi que s'il est possible de considérer que l'opération « répond aux besoins » du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire que celui-ci peut être considéré comme ayant passé une commande et non simplement comme ayant profité d'une opération immobilière.

Or, dans le cas d'espèce, il y a de fortes chances que le contrat de VEFA passé avec la SCI puisse être considéré comme répondant « aux besoins » de l'office. C'est bien pour la réalisation d'une opération donnée, dont il pourra déterminer les caractéristiques, que l'office décidera de rejoindre l'opérateur privé au sein de la SCI. On retrouve, en réalité, le problème déjà envisagé précédemment : c'est la licéité même du montage qui pose problème lorsqu'il apparaît que la constitution de la SCI a pour objet une opération de construction de logements, dont une partie, voire la totalité, seront construits au bénéfice de l'OPH (qu'il en devienne propriétaire ou non). La violation du droit de la commande publique pourra être caractérisée au stade de l'acquisition des parts sociales de la SCI ou au stade du contrat de VEFA, mais il y a dans ce montage un risque important de requalification en marché public.

On ajoutera un élément qui ne permettra sans doute pas d'écarter totalement le risque juridique, mais permettra peut-être de le limiter. La loi n'envisage qu'une seule modalité de transfert du bien à l'OPH actionnaire, qui est la vente d'immeuble à construire. C'est assez étonnant car le mécanisme de la SCI permet d'envisager d'autres modalités de cession du bien : l'OPH pourrait simplement racheter à l'opérateur immobilier l'ensemble de ses parts sociales, ce qui entraînerait la dissolution de la SCI et l'attribution du bien en pleine propriété à l'office. Les associés pourraient également décider de la dissolution de la SCI (ou prévoir dans les statuts une dissolution une fois l'objet réalisé, soit, par exemple, à la réception de l'ouvrage) : dans ce cas, un partage du bien sera réalisé au prorata de la détention du capital de la société. La loi n'écarterait pas l'application de ces règles générales du droit des sociétés, rien n'interdit à l'office de devenir propriétaire du bien construit de cette manière. Certes, le texte prévoit une acquisition des biens par l'office par la voie d'un contrat de vente d'immeuble à construire, mais cela ne peut viser que l'hypothèse d'une acquisition pendant la durée de vie de la SCI. Il est évidemment impossible

d'interdire qu'à la dissolution de la société les actionnaires deviennent propriétaires des biens détenus par la société. L'intérêt d'une telle formule tient au fait qu'il n'y aura pas de contrat pour le transfert de propriété : cela n'éloigne pas totalement le risque de requalification en marché public puisque la constitution de la SCI ou l'acquisition de parts sociale supposent, en tout état de cause, la conclusion d'un contrat, mais cela le limite.

c) Une troisième question porte sur les risques juridiques – autres que ceux liés à la commande publique – auxquels il conviendrait d'être particulièrement vigilant lors de l'acquisition, par un OPH, de parts d'une SCI.

Le fait pour une personne publique d'entrer dans le capital d'une société civile immobilière n'est pas sans risque. La SCI est une société de personnes liant les associés de manière illimitée au paiement des dettes. La responsabilité n'est pas solidaire : chacun n'est tenu qu'en proportion de sa participation, mais elle est absolue et met en jeu les biens propres des associés.

Par ailleurs, il peut exister un risque que les ressources permettant aux OPH d'acquérir les parts sociales de la SCI soient qualifiées d'aides d'Etat, d'autant plus que le Tribunal de l'UE et la CJUE considèrent que le statut d'EPIC est en lui-même porteur d'aides d'Etat (TPICE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10 et CJUE 3 avril 2014, aff. C-559/12). Les OPH, lorsqu'ils exercent des activités économiques (ce qui est le cas lorsqu'ils acquièrent des logements à concurrence de leur part dans le capital de la société), doivent respecter l'exigence d'égale concurrence avec les autres opérateurs économiques, et ne pas bénéficier d'avantages découlant de leur nature publique. Leur intervention en tant qu'actionnaire ne peut se justifier que si elle respecte le critère de « l'investisseur en économie de marché », c'est-à-dire si elle paraît économiquement raisonnable.

d) sur les précautions à prendre lors de la rédaction des statuts de la SCI

On relèvera enfin que la participation d'un office à une structure de droit privé ne peut se faire que dans le respect de la mission de cet établissement public. La loi le prévoit puisque l'article L. 421-1 CCH limite la participation des offices à des SCI dont l'objet est de réaliser des biens destinés à l'accession sociale ou à la location sociale. Pour autant, il faut que les statuts de la SCI permettent à l'office de se retirer de l'opération si le projet pour lequel cette société avait été constituée venait à être modifié : le problème ne se posera que si l'OPH est minoritaire, il faudrait sans doute prévoir, alors, une obligation de rachat de ses parts par l'autre actionnaire.

Partie 2

En vertu de la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Renouvelé (ALUR), l'article L. 421-2 CCH dispose, en son 6°, que dorénavant

les “ offices publics de l'habitat peuvent également souscrire ou acquérir :

6° Des actions ou parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif susceptibles de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré. ”

Il s'agit de la transposition de l'article R. 423-75-1 du CCH applicable aux sociétés anonymes d'HLM, aux sociétés coopératives d'intérêt collectif d'HLM et aux sociétés anonymes coopératives de production d'HLM. Si cette disposition est ancienne, elle n'a donné lieu à aucune jurisprudence administrative ou judiciaire qui pourrait guider l'analyse du 6° de l'article L. 421-2 du CCH.

L'acquisition par un OPH d'actions ou de parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif présente au moins deux avantages.

Une telle acquisition est une modalité de coopération entre l'OPH et ces deux types d'entité de droit privé. Il s'agit d'une forme de partenariat public-privé institutionnalisé, certes d'une nature un peu particulière car ces organismes de droit privé poursuivent sinon toujours un but de service public, tout au moins souvent un but d'intérêt social. Grâce à l'acquisition d'actions ou de parts dans ces structures, l'OPH peut, dans les limites de ses compétences, bénéficier des prestations réservées à leurs membres.

De plus, il convient d'envisager si une telle structure ne pourrait pas servir de moyen de coopération institutionnalisée entre des OPH, à l'instar de la société par actions simplifiées coopérative Habitat réuni qui sert de “ tête de réseau ” à un regroupement de 27 organismes privés d'HLM.

C'est sous ces deux angles que l'analyse de l'article L. 421-2, 6° du CCH doit être menée. Celle-ci implique de préciser la notion d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif dont un OPH pourrait acquérir des parts ou des actions (I A). En effet, comme dans celui de 2006, dans son rapport de 2008, la Mission Interministérielle d'Inspection du Logement Social (MILOS) a mis en lumière, en le regrettant, le cas d'une SCP d'HLM membre de plusieurs GIE, dans le capital social desquels la société détenait des parts. Cette détention contrevenait aux dispositions de l'article R. 423-75-1 CCH qui fixe de manière limitative la liste des entités dans lesquelles les sociétés d'HLM peuvent prendre des parts de capital. Les sont “ régies par les articles L. 251-1 et suivants du Code de commerce, [ils] ne figurent pas dans cette liste et ne peuvent pas être considérés comme des organismes à caractère mutualiste ou coopératif ”. Ce qui vaut sur ce point pour les sociétés d'HLM vaut également pour les OPH.

De plus, il importe de préciser les formes juridiques que peuvent adopter ces organismes à caractère mutualiste ou coopératif (I B), ce qu'il faut entendre par “ faciliter l'action ” (II) des OPH et enfin les contraintes notamment européennes qui ne sauraient être négligées (III).

I – La notion d’“ organismes à caractère mutualiste ou coopératif ” et leurs formes sociétales

La compréhension de la notion d’“ organismes à caractère mutualiste ou coopératif ” dont les OPH peuvent acquérir des actions ou parts implique de l’appréhender de deux façons.

Tout d’abord, sous l’angle du principe de spécialité des personnes publiques. Ce principe encadre les compétences de l’administration. En effet, en vertu de ce principe, une personne publique ne peut pas adopter des actes juridiques et des comportements qui ne correspondent pas au champ de ses activités définies par ses statuts. Ce principe détermine l’ensemble des actes de la personne publique car même les modalités d’exercice d’une compétence s’y plient : en raison du principe de la légalité des actes administratifs et du poids des cas d’ouverture du recours pour excès de pouvoir, le juge soumet au principe de la spécialité aussi bien l’exercice par les personnes publiques de leurs compétences (par ex., CAA Lyon, 9 décembre 2014, n° 13LY01946, *communauté de communes Issoire Communauté*) que les “ modalités d’exercice de leurs compétences ” (CE, 30 juin 2003, n° 236571, *Fédération régionale ovine du Sud-Est* : Rec CE - CAA Nantes, 19 juin 2003, n° 99NT02403, *Mme Yvette X* : Rec. CE). Ainsi, “ souscrire ou acquérir des actions ou parts de sociétés... ” constitue certes une modalité d’exécution par les OPH de leurs compétences, mais ceci n’en est pas moins soumis au principe de spécialité.

Ensuite, en s’intéressant à la nature même de ces organismes. Sous cet angle, il s’agit d’étudier les organismes dont les actions et les parts peuvent être souscrits ou acquis par les OPH. Evidemment, ces deux éléments de l’article L. 4521-2 CCH sont liés.

A - Le principe de spécialité des établissements publics

Toutes les personnes morales voient leurs activités encadrées par le principe de spécialité, à l’exception de l’Etat (CE, 29 avr. 1970, n° 77935, *société Unipain* : Rec. CE – CE, 29 sept. 2003, n° 221283, *Fédération nationale des géomètres-experts*). Toutefois, ce principe s’avère plus contraignant pour les personnes morales de droit public que sont les établissements publics. En effet, il vise à éviter que les personnes publiques empiètent sur les activités des personnes privées de façon illicite en agissant pour d’autres raisons que celles pour lesquelles elles ont été créées. Sur ce point, les établissements publics voient leur liberté d’action plus limitée que les collectivités territoriales, car celles-ci disposent pour l’instant de la clause de compétence générale. Dit autrement, parce que ce sont des “ services publics personnalisés ”, les établissements publics sont créés spécifiquement pour exécuter une mission et ils ne peuvent exercer d’autres activités que cette mission sous peine d’empiéter illicitement sur les activités des personnes publiques.

Le Conseil d’Etat a souvent eu l’occasion de rappeler les établissements publics au respect de ce principe. Deux avis synthétisent sa jurisprudence : l’avis de sa section des travaux publics n° 352.281 du 15 juillet 1992 relatif à la RATP et l’avis en assemblée générale n° 356.089 du 7 juillet 1994 à propos des établissements EDF et GDF. Tous deux portent sur des établissements publics à caractère industriel et commercial ; ils sont transposables aux OPH qui entrent expressément dans cette catégorie en vertu de la loi (v. l’article L. 421-1 CCH).

Comme la loi ALUR n’a pas eu pour but d’étendre les missions des OPH, mais seulement de leur permettre de les réaliser plus facilement grâce à l’acquisition d’actions ou de parts dans les organismes mutualistes ou coopératifs, il convient d’analyser les contraintes pesant sur les OPH qui résultent des deux dimensions, l’une matérielle (1), l’autre territoriale, du principe de spécialité des établissements publics (2). Il faudra aussi analyser les effets en cascade de ce principe, c’est-à-

dire déterminer en quoi il peut peser sur l'action des sociétés ou organismes dont les OPH souscriraient ou acquerraient des actions ou des parts (3).

1 – La dimension matérielle du principe de spécialité

Selon le Conseil, “ le principe de spécialité... signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités ” (avis n° 356.089 du 7 juillet 1994).

Pour déterminer le champ des activités autorisées pour un établissement public et donc ce que permet l'article L. 421-2, 6° du CCH aux OPH, il faut procéder en deux temps.

a – Tout d'abord, il faut en premier lieu se reporter aux “ règles constitutives ” de l'établissement public (avis n° 356.089 du 7 juillet 1994).

Pour ce faire, il convient de lister les missions que les articles L. 421-1 à L. 421-4 du CCH assignent aux OPH. Ainsi, dès lors qu'une société ou un organisme à caractère mutualiste ou coopératif exerce une activité similaire à celles que poursuivent les OPH (par exemple, en construisant des logements sociaux), ceux-ci ont la possibilité d'en acquérir des parts ou des actions. La convergence de leurs activités a pour conséquence que l'exigence posée par l'article L. 421-2, 6° du CCH selon laquelle il faut que les sociétés ou organismes à caractère mutualiste ou coopératif dont les OPH souscrivent ou acquièrent des actions ou des parts *facilitent* leur action est nécessairement remplie.

Pour cette raison, cette faculté de “ souscrire ou d'acquérir des actions ou des parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualistes ou coopératifs ” leur est ouverte aussi bien lorsque l'activité de la société ou de l'organisme mutualiste ou coopératif est similaire à une de celles que le législateur qualifie d' “ objet ” des OPH – listées à l'article L. 421-1 CCH – que lorsque cette activité correspond aux “ possibilités ” d'action des OPH que le législateur a multipliées et que l'on retrouve surtout aux articles L. 421-2 et suivants, certains item de l'article L. 421-1 en contenant également. En effet, sous cet angle, il n'y a pas de différences entre les compétences des OPH qui forment leur objet et celles qui constituent des pouvoirs.

Concrètement, l'article L. 421-2, 6° du CCH permet aux OPH de “ souscrire ou d'acquérir des actions ou des parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualistes ou coopératifs ” qui, par exemple, construisent des logements sociaux (art. L. 4521-1), mais aussi qui faciliteraient l'action des OPH lorsque ceux-ci réalisent, “ pour le compte d'associations ou d'organismes œuvrant dans le domaine du logement, des prestations de services pour des opérations ou des actions de nature à favoriser l'insertion sociale des personnes ou la mixité urbaine et sociale des villes ” (art. L. 4521-3, 4°).

b – Ceci et c'est le deuxième temps de l'analyse du Conseil d'Etat, le champ des activités des établissements publics ne se limitent pas à celles mentionnées explicitement dans leurs statuts. Le Conseil admet qu'un “ établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- d'une part que ces activités soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale... ou au moins connexe à ces activités
- d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement, notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la

vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal.

Ces critères valent, pour la spécialité, quelle que soit la méthode diversification retenue : par l'établissement lui-même, par une filiale à contrôle majoritaire de l'établissement ou par une participation minoritaire ”.

Selon le Conseil, l'extension des activités de l'EPIC est donc soumise aux conditions cumulatives : être le complément normal de sa mission statutaire principale ou au moins lui être connexe et être d'intérêt général tout en lui étant directement utile.

A tous ces égards, la loi ALUR se montre plus souple que le Conseil d'Etat.

Concernant l'exigence de “ complément normal ou au moins connexe ” à l'activité hors statut

Tout d'abord, la loi ALUR ne reproduit pas l'exigence selon laquelle les activités hors statut doivent être “ techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale... ou au moins connexe à ces activités ”. Sur ce fondement, le juge a déclaré illégale la création d'un réseau de téléphonie par l'établissement public de l'aménagement de la Défense. Certes, le décret n° 58-815 du 9 septembre 1958 prévoit que cet établissement “ est chargé de procéder à toutes opérations de nature à *faciliter* la réalisation du projet d'aménagement de la région dite de la Défense ”. Mais “ même si [ces activités de réseaux] peuvent être considérées comme activités d'intérêt général ”, elles ne peuvent pas “ être regardées comme étant techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale ” (CAA Paris, 9 août 2000, n°00PA00871, *EPAD* : Rec. CE, tables).

Cet arrêt renferme au moins deux enseignements.

Il illustre le fait que la condition du complément normal de l'activité principale ne se confond pas avec celui de l'utilité.

Il est vrai que, dans cette espèce, la Cour administrative de Paris plie le statut qui prévoit expressément la possibilité de l'EPAD d'étendre ses activités pour faciliter la réalisation du projet d'aménagement qui lui est confié, au principe de spécialité tel qu'il l'a détaillé dans son avis de 1994.

Mais il ne faut pas en déduire que l'article L. 421-2, 6° doit s'interpréter en soumettant la prise de participations par les OPH à toutes les conditions fixées par l'avis de 1994. En effet, si la Cour a imposé à l'EPAD le respect du principe de spécialité tel qu'il l'a défini, c'est que le statut de cet établissement était défini seulement par le décret du 9 septembre 1958. Or, justement, l'article L. 421-2, 6° du CCH a valeur législative. Dès lors, en ne reprenant pas la condition selon laquelle les activités hors statut doivent être “ techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale ” ni même l'exigence posée par l'avis du Conseil de 1994 d'un minimum de connexité entre ces activités et cette mission statutaire, la loi ALUR doit s'interpréter comme ayant pour objectif d'assouplir les conditions dans lesquelles les OPH peuvent acquérir des parts ou des actions dans des sociétés ou des organismes à caractères mutualiste ou coopératif.

Il ne fait pas de doute que la loi ALUR ne déroge pas à l'exigence rappelée par l'avis du 7 juillet 1994 selon lequel les activités hors statut doivent concourir à l'intérêt général. Aucune personne publique ne saurait poursuivre un autre type d'activité. En revanche, alors que cet avis conditionne les activités hors statut, entre autres, à leur caractère directement utile à l'établissement public, la loi ALUR pose seulement la règle selon laquelle les OPH ont le droit de souscrire ou d'acquérir des actions ou parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif, à la condition que ces structures soient " *susceptibles de faciliter* leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré ".

Certes, si ces structures facilitent l'action des OPH, c'est qu'elles leur sont utiles. Mais, en ne retenant pas une formule insistant sur le caractère " directement utile " des activités de ces deux types d'entités, le législateur se montre plus souple : l'utilité de leurs activités pour les OPH peut donc être indirecte dès lors qu'elles rendent plus efficaces leurs actions ou moins qu'elles les facilitent (sur cette notion, voir le II).

En résumé, matériellement, le principe de spécialité combiné à la loi ALUR n'impose pas que les OPH prennent des parts dans des sociétés qui exercent des activités constituant le complément normal ou connexe de leurs propres activités statutaires. En revanche, leurs activités doivent faciliter leur action. Par exemple, un OPH pourrait prendre des parts dans un organisme mutualiste ou coopératif proposant de garantir les prêts nécessaires aux accédants à la propriété auxquels l'OPH vendrait un bien. Pourquoi ne pas imaginer également qu'un OPH acquière des parts dans un organisme coopératif de construction si celui-ci bâtit des logements sociaux ou d'autres ouvrages entrant dans le champ défini par les articles L. 421-1 et suivants ?

2 – La dimension territoriale du principe de spécialité

Outre sa dimension matérielle, le principe de spécialité revêt aussi une dimension territoriale (exemple explicite : CAA Lyon, 9 décembre 2014, n° 13LY01946, *communauté de communes Isoire Communauté*). Cela signifie qu'un établissement public doit exercer ses activités dans le périmètre correspondant à ses statuts et, lorsqu'il s'agit d'un établissement rattaché à une collectivité locale, dans le territoire de celle-ci.

Comme les OPH sont rattachés à un EPCI compétent en matière d'habitat, un département, une région ou une commune (art. L. 421-6 CCH), le principe de spécialité territoriale a une certaine importance. Normalement, l'OPH devrait agir dans les limites du territoire de sa collectivité de rattachement. Dès lors, si l'activité de la société ou de l'organisme mutualiste ou coopératif dont l'OPH souscrit ou acquiert des actions ou des parts se déroule dans le périmètre de la collectivité de rattachement de cet OPH, le principe de spécialité est évidemment respecté.

Cependant, le législateur a cherché à faciliter l'action des OPH en ne limitant pas exagérément leur domaine de compétence territoriale. En effet, l'article L. 421-5 du CCH dispose que " L'activité des offices publics de l'habitat s'exerce sur le territoire de la région où se trouve la collectivité territoriale ou l'établissement public auquel ils sont rattachés. *Ils peuvent également intervenir sur le territoire des départements limitrophes de cette région, après accord de la commune d'implantation de l'opération* ".

¹ Les mutuelles intervenant par des prestations financières.

Malgré cette souplesse, on ne peut exclure qu'une société ou un organisme mutualiste ou coopératif dont un OPH souhaite acquérir des actions ou des parts poursuive ses activités au-delà du champ territorial de compétence de cet établissement, même étendu conformément à l'article L. 421-5 du CCH. En réalité, si cela arrivait, ce ne serait pas un problème : le fait qu'un tel organisme ne poursuive pas exclusivement ses activités dans le périmètre de compétence de l'OPH n'interdit pas en soi que celui-ci en souscrive ou en acquiert des actions ou des parts conformément à l'article L. 421-2, 6° du CCH. En effet, dans son avis n° 352.281 du 15 juillet 1992, le Conseil d'Etat a certes rappelé que la RATP doit exercer ses compétences dans les limites de la région Ile-de-France, conformément à ses statuts. Mais il a modulé cette contrainte en relevant que “ L'analyse qui précède concernant la spécialité de l'établissement public ne saurait être interprétée comme lui interdisant d'exercer conformément à une jurisprudence constante et *même en dehors de la région* des transports parisiens, des activités qui sont le complément de sa mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci. Il en va ainsi *notamment* des activités représentant un apport de savoir-faire, ou d'assistance technique, qui se fixent pour objectif la formation du personnel de la Régie, les échanges techniques et la valorisation de ses compétences ”.

Transposée aux OPH recourant à l'article L. 421-2, 6° du CCH, cette analyse conduit à considérer que, dès lors que la société ou l'organisme mutualiste ou coopératif dans lequel l'OPH prend une participation est susceptible de faciliter son action, peu importe que cette société ou cet organisme ait un domaine d'intervention plus large que l'OPH. Cette prise de participation est licite dès lors que cette société ou cet organisme exerce une activité qui constitue “ le complément normal de la mission ” ou qui est “ au moins connexe ” à celles de l'OPH et qu'elle présente “ un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci ”. Et il n'est pas nécessaire que la société ou l'organisme mutualiste ou coopératif poursuive des activités “ représentant un apport de savoir-faire, ou d'assistance technique, qui se fixent pour objectif la formation du personnel de la Régie, les échanges techniques et la valorisation de ses compétences ”. Si c'est le cas, il ne fait pas de doute que le Conseil d'Etat admettrait la légalité de la prise de participation. Mais le Conseil n'envisage ces finalités qu'à titre d'exemples privilégiés et non de façon exclusive.

En pratique, un OPH pourrait ainsi, par exemple, prendre des participations dans une société ou un organisme mutualiste ou coopératif ayant une activité sur l'ensemble du territoire, à la condition que ses activités ou que certaines d'entre elles facilitent sa propre action.

B – La forme juridique des sociétés ou organismes à caractère mutualiste ou coopératif

L'article L. 421-2 6° du CCH indique que les OPH peuvent souscrire ou acquérir des actions ou des parts dans des sociétés ou organismes à caractère mutualiste ou coopératif. Ceci exclut un certain nombre de structures, mais les organismes éligibles restent nombreux.

Tout d'abord, en vertu de la loi n° 47-1115 du 10 septembre 1947 sur la coopération, “ La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires.

Elle exerce son activité dans toutes les branches de l'activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives.

Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, “associé” ou “sociétaire”, dispose d'une voix à l'assemblée générale.

Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l'article 16 ”.

Ensuite, l'article L. 111-1 du code de la mutualité dispose que

“ I.-Les mutuelles sont des personnes morales de droit privé *à but non lucratif*. Elles acquièrent la qualité de mutuelle et sont soumises aux dispositions du présent code à dater de leur immatriculation dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Elles mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie. Ces statuts définissent leur objet social, leur champ d'activité et leurs modalités de fonctionnement, conformément aux dispositions du présent code.

Les mutuelles peuvent avoir pour objet :

1° De réaliser les opérations d'assurance suivantes :

- a) Couvrir les risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie ;
- b) Contracter des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, faire appel à l'épargne en vue de la capitalisation en contractant des engagements déterminés ;
- c) Réaliser des opérations de protection juridique et d'assistance aux personnes ;
- d) Couvrir le risque de perte de revenus lié au chômage ;
- e) Apporter leur caution mutualiste aux engagements contractés par leurs membres participants en vue de l'acquisition, de la construction, de la location ou de l'amélioration de leur habitat ou de celui de leurs ayants droit ;

2° D'assurer la prévention des risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie, ainsi que la protection de l'enfance, de la famille, des personnes âgées, dépendantes ou handicapées ;

3° De mettre en œuvre une action sociale ou gérer des réalisations sanitaires, sociales ou culturelles. [...] ”

1 – Les organismes exclus

Comme l'article L. 421-2, 6° du CCH vise des organismes dans lesquels les OPH peuvent prendre des parts ou des actions, il s'agit d'organismes dotés d'un capital social.

Ceci exclut nécessairement les établissements publics. Ainsi, l'article L. 421-2, 6° du CCH ne saurait servir de fondement à la constitution d'une “ communauté d'offices ” à l'image des communautés de communes.

Le Rapport de François Loloum du 30 juin 2005 sur les modalités de coopération entre les organismes HLM proposait la création de telles communautés. Celles-ci auraient pu :

- être un interlocuteur privilégié de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités pour la mise en œuvre de la politique de logement social,
- assurer la coordination des activités des OPH au niveau de la collectivité ou du groupement auxquels ils sont rattachés,
- réaliser certaines actions d'aménagement, de construction ou de réhabilitation de logements sociaux, par transfert de compétences de la part des OPH.

Comme nous le verrons, l'article L. 421-2, 6° du CCH permet une coopération institutionnalisée des OPH, mais sous une autre forme que l'établissement public.

2 – Les organismes éligibles

L'article L. 421-2 du CCH ne rend éligibles aux prises de participation des OPH que des sociétés ou organismes de caractère mutualiste ou coopératif pouvant aider les OPH dans leurs missions.

Le point commun entre les coopératives régies par la loi du 10 septembre 1947 et les mutuelles régies par l'article L. 111-1 du code de la mutualité est qu'elles ne partagent pas leurs bénéfices entre leurs membres au prorata de la détention de leur capital.

Même si le rapport de la Mission Interministérielle d'Inspection du logement Social de 2008 affirme le contraire et s'il exclut à ce titre les groupements d'intérêt économique du champ d'application de l'article R. 423-75-1 du CCH (page 21), il n'est pas certain que l'article L. 421-2, 6° du CCH vise exclusivement les mutuelles régies par l'article L. 111-1 du code de la mutualité et les coopératives relevant de la loi du 10 septembre 1947. Il est vrai que ces organismes sont nombreux et que l'article L. 421-2, 6° du CCH offre donc aux OPH une faculté très intéressante. Pour information, sur le fondement de l'article R. 423-75-1 du CCH, les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré et les sociétés anonymes coopératives de production d'habitations à loyer modéré ont souscrit ou acquis des parts ou des actions dans des banques mutualistes, des sociétés coopératives non HLM, des sociétés à caractère coopératif type UES pour faire de l'accompagnement social des populations logées dans le parc social et des sociétés coopératives faisant de la gestion de copropriété.

Toutefois, on ne peut pas totalement exclure que le législateur ait eu la volonté de viser les structures se caractérisant par une coopération entre leurs membres, comme prévue dans la loi du 10 septembre 1947 et l'absence de partage des bénéfices, comme l'impose le code de la mutualité aux mutuelles. Dans cette hypothèse, les OPH pourraient prendre des participations dans les institutions de prévoyance.

Dans cette perspective, sous réserve de leur objet social, toutes les sociétés de capitaux à caractère mutualiste ou coopératif sont éligibles au mécanisme de prise de participation par les OPH au titre de l'article L. 421-2, 6° du CCH. Parmi ces sociétés, certaines sont moins adaptées que d'autres à une coopération entre des OPH et d'autres organismes ou entre des OPH seuls.

Les analyses qui suivent portent expressément sur les coopératives. Mais elles valent pour les mutuelles car, si on fait abstraction de leur objet – les mutuelles ayant seulement celui de garantir contre des risques – la forme juridique des sociétés coopératives et des sociétés mutualistes sont les mêmes.

Il est important ici de rappeler qu'il s'agit de déterminer si l'article L. 421-2, 6° du CCH peut servir de fondement d'une part à la coopération entre des OPH et d'autres organismes et, d'autre part, entre exclusivement des OPH. Les sociétés ou organismes qui suivent se prêtent tous à une coopération entre les OPH et des organismes autres, certes selon des modalités et une efficacité qui varient. En revanche, parmi ces structures, certaines ne sont pas adaptées à une coopération entre exclusivement des OPH (a). D'autres le sont plus (b).

a – Parmi les sociétés mal adaptées à une coopération entre OPH, on compte la société locale d'épargne, la société anonyme coopérative d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété et la société d'attribution ou d'autopromotion.

Aux termes de l'article L. 512-92 du Code monétaire et financier, les sociétés locales d'épargne sont des sociétés coopératives dont l'objet est de contribuer à l'élaboration des orientations générales de la caisse d'épargne et de prévoyance à laquelle elles sont affiliées et de favoriser la détention la plus large du capital de cette caisse.

Les OPH peuvent être actionnaires de sociétés locales d'épargne. En effet, les personnes morales pouvant être sociétaires de telles sociétés sont les EPCI à fiscalité propre, les personnes morales ayant effectué avec la caisse d'épargne et de prévoyance des activités bancaires ou de crédit, les collectivités territoriales. De plus, Les coopératives peuvent admettre comme associés non coopérateurs, dans les conditions et limites fixées par leurs statuts, des personnes physiques, notamment leurs salariés, ou morales qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services ou dont elles n'utilisent pas le travail mais qui entendent contribuer notamment par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative². Relevons que les collectivités territoriales et les EPCI ne peuvent détenir ensemble plus de 20% du capital d'une société locale d'épargne.

Ces sociétés ne peuvent pas être un organisme privilégié de coopération entre OPH. En revanche, ces participations des OPH dans le capital des caisses d'épargne seraient le vecteur d'une coopération avec d'autres entités. En effet, c'est en tant que “ les personnes morales ayant effectué avec la caisse d'épargne et de prévoyance des activités bancaires ou de crédit ” et à la condition que de telles activités aient eu lieu que les OPH pourront prendre des parts dans ces structures coopératives. Ceci dit, ces sociétés ne sauraient en tout état de cause être dans une relation *in house* avec leurs actionnaires. Les contrats que les OPH voudraient leur confier en tant que pouvoirs adjudicateurs ne pourraient donc l'être qu'après une procédure de mise en concurrence.

En vertu de l'article L. 215-1 du CCH, les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété ont pour objet de “ réaliser toutes opérations d'accession à la propriété de l'habitat destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs ” à un plafond de ressources, et des opérations d'aménagement, de construction, de rénovation, de prestation de services liées à l'habitat, dans un objectif de mixité sociale. Ces sociétés peuvent participer avec les OPH ou des SEM à des actions de coopération ou à des groupements constitués en vue d'une mise en commun de moyens.

Les OPH ayant compétence pour intervenir dans la même région que ces sociétés doivent en être actionnaires, aux termes de l'article L. 215-3 CCH³. Elles pourraient donc correspondre aux “ organismes ou sociétés à caractère mutualiste ou coopératif ” visés à l'article L. 421-2 6° CCH. Mais les OPH sont loin d'être les seuls associés requis au sein de ces sociétés : les salariés, les bénéficiaires de certaines opérations d'accession à la propriété, les collectivités territoriales ou leurs groupements dont le siège est compris dans la région où elles ont leur siège, doivent également être associés. Si la prise de participation dans ces SA coopératives d'intérêt collectif

² Article 3 bis de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 - art. 24 : “ Les associés non coopérateurs ne peuvent détenir ensemble plus de 49 % du total des droits de vote, sans que les droits des associés qui ne sont pas des sociétés coopératives puissent excéder la limite de 35 %.”

³ Article L. 215-3 CCH : “ [...] Les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété doivent avoir pour associés :

- leurs salariés ;
- les bénéficiaires des opérations d'accession à la propriété de l'habitat mentionnées au I de l'article L. 215-1 ;
- des collectivités territoriales ou leurs groupements dont le ressort territorial est compris dans la région où elles ont leur siège ;
- des organismes d'habitations à loyer modéré ayant compétence pour intervenir dans la même région.

Elles peuvent également admettre comme associés :

- toute personne physique souhaitant participer bénévolement à leur activité ;
- toute personne contribuant par tout autre moyen à la réalisation de leurs objectifs.

[...].”

pour l'accèsion à la propriété peut constituer un moyen intéressant pour les OPH de collaborer avec d'autres acteurs du logement social, en revanche, à cause de l'obligation que parmi les associés, il y ait des salariés, constituer une telle société pour institutionnaliser une coopération entre OPH paraît inadapté.

En vertu de l'article L. 202-1 du CCH, la société d'attribution ou d'autopromotion a pour objet " d'attribuer aux associés personnes physiques la propriété ou la jouissance d'un logement à titre de résidence principale et d'entretenir et animer les lieux de vie collective qui y sont attachés ”.

Il s'agit de sociétés coopératives, mais qui sont davantage un outil de satisfaction des besoins des associés personnes physiques qu'un outil de coopération susceptible de faciliter l'activité des OPH.

b – Parmi les sociétés de capitaux coopératives les mieux adaptées à une coopération entre des OPH, on trouve la société anonyme et surtout la société par actions simplifiée, mais aussi la société coopérative d'intérêt collectif, voire la société coopérative européenne.

En faisant référence aux parts et non pas seulement aux actions que l'OPH peut acquérir, l'article L. 421-2 du CCH ne paraît pas exclure que la société ou l'organisme coopératif soit de nature civile. Toutefois, la constitution sous forme de SA, de SAS ou SARL forme un indice de commercialité de la structure ; ses activités éventuelles de conseil, de maîtrise d'œuvre, etc., également (Cass. crim., 14 janv. 1905 : DP 1906, 1, p. 129, note G. Le Poittevin. – Cass. civ., 7 janv. 1908 : DP 1908, 1, p. 126. – Cass. civ., 16 nov. 1910 : DP 1911, 1, p. 321, note J. Percerou).

Tout d'abord, un OPH pourrait prendre des actions ou des parts dans une société coopérative, constituée sous forme de société anonyme, de société par actions simplifiées ou de SARL. Le choix de la SARL peut poser problème si la société doit servir à la coopération entre OPH car dans une SARL, le nombre de voix dépend obligatoirement de la détention du capital.

Le choix de la société par actions simplifiée (SAS) est généralement retenu lorsque les associés veulent dissocier les droits de vote donc le pouvoir de contrôle au sein de la société et la détention du capital, car la SAS se caractérise par un pacte d'actionnaires et par le fait que son fonctionnement dépend essentiellement de ses statuts contractuels, à la différence de la société anonyme.

De plus, on peut citer la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) créée par l'article 36 de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, qui a ajouté un article 36-1 à la loi du 10 septembre 1947 car elle a " pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale ". Constituée sous forme de société anonyme, de sociétés par actions simplifiées ou de SARL et après agrément préfectoral, les modalités de son fonctionnement dépendent de son statut : elle se caractérise par le fait qu'elle s'écarte des principes originels de la coopérative. Notamment, son fonctionnement repose en principe sur la dissociation membre/usagers, même si les statuts peuvent imposer la règle " une personne, une voix " quelle que soit la détention du capital et aussi de cantonner chaque catégorie d'associés dans son collège. Une SCIC comprend obligatoirement deux catégories d'associés, celle des salariés et celles des consommateurs des services de la SCIC, et éventuellement trois autres : celles des bénévoles, des collectivités publiques, de " toute personne physique ou morale qui contribue par tout autre moyen à l'activité de la coopérative ". Toutefois, si la SCIC n'a pas de salarié, cette catégorie d'associés n'est plus obligatoire depuis la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014. Dans ce cas, parmi les associés, on compte les producteurs de biens ou de service. Toutefois, la loi impose que la SCIC comprenne au moins trois catégories d'associés. Dès lors, il paraît impossible que la SCIC

ne compte que des OPH. De plus, dérogatoire, son fonctionnement se trouve soumis à un contrôle poussé du préfet, ce qui n'est probablement pas la solution recherchée par les OPH.

Enfin, si l'on fait abstraction du fait que l'article L. 421-2 du CCH recopie l'article aujourd'hui ancien R. 423-75-1 du CCH, l'utilisation de la notion de parts dans l'article L. 421-2 CCH peut également s'interpréter comme une référence implicite à la société coopérative européenne (SCE) créée par le Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 et la directive 2003/72/CE du même jour. Il faut préciser toutefois que cette structure ne prête pas à une coopération institutionnalisée exclusivement entre des OPH exclusivement français car parmi ses sociétaires, il doit nécessairement y avoir une personne d'une nationalité européenne non française. En revanche, sous réserve des exigences du principe de spécialité, un OPH peut participer à une SCE afin de collaborer avec des entités étrangères. La solution peut intéresser des OPH frontaliers.

Si un OPH veut coopérer avec des organismes mutualistes ou coopératifs, le statut juridique possible de ces dernières est varié. En revanche, la forme juridique la plus appropriée pour une structure de coopération entre des OPH est la société par actions simplifiées.

II - La facilitation de l'action des OPH au sens de l'article L. 421-2, 6°, du CCH

Selon l'article L. 421-2, 6° du CCH, les OPH ne peuvent acquérir des actions ou des parts dans des sociétés ou des organismes à caractère mutualiste ou coopératif que si ces personnes morales sont “ susceptibles de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyers modérés ”.

Cette exigence selon laquelle la personne morale dans laquelle un OPH prend des parts ou des actions doit lui faciliter son action est, comme nous l'avons vu, une des conditions qui déterminent la légalité des activités des OPH au-delà des limites du territoire de la collectivité territoriale de rattachement (v. I.A.1).

Appréhendé sous l'angle des sociétés et des organismes dans lesquels les OPH souscrivent ou acquièrent des actions ou des parts, l'article L. 421-2, 6° du CCH présente l'avantage que, dès lors que ces entités remplissent les conditions posées par cette disposition, le principe de spécialité qui domine les compétences des OPH ne les affectent pas. Rappelons en effet que l'avis n° 356.089 du 7 juillet 1994 relatif aux établissements EDF et GDF affirme que les critères d'application du principe de spécialité valent

« quelque soit la méthode de diversification retenue : par l'établissement lui-même, par une filiale à contrôle majoritaire de l'établissement ou par une participation minoritaire. »

En conséquent, le Conseil d'Etat a jugé qu'une société dans laquelle EDF avait acquis des parts même minoritaires ne pouvait pas exercer d'autres activités que celles correspondant à l'objet statutaire de cet établissement public (CE, 11 juillet 2001, n° 222039, *Syndicat CGT de la société Clemessy*: Rec. CE). L'idée qui anime le Conseil est qu'il ne faut pas que par le biais de participation, fussent-elles minoritaires, dans des sociétés, l'établissement public contourne les

règles de droit public qui encadrent ses compétences. Toutefois, non seulement, la solution retenue par le Conseil d'Etat dans cette affaire s'explique par la protection du marché contre les abus de position dominante (sur ce point, voir Philippe Delelis, " Principe de spécialité et droit de la concurrence " : *Droit administratif* 2002, chron. 8), mais surtout c'était la loi du 10 février 2000 qui limitait les prises de participations d'EDF. Or, justement, avec la loi ALUR, l'article L. 421-2, 6° autorise les souscriptions et l'acquisition des " actions ou des parts de sociétés ou d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif " à la condition que ces entités soient " susceptibles de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré ". Ces entités ne seront donc pas " contaminées " par le principe de spécialité pesant sur les OPH.

Cette exigence selon laquelle la personne morale dans laquelle un OPH prend des parts ou des actions doit être susceptible de faciliter son action mérite malgré tout d'être encore précisée, en elle-même (A), mais également en tenant compte du fait que la facilitation de l'action des OPH par ces sociétés ou ces organismes à caractère mutualiste ou coopératif doit s'accomplir " dans le cadre de la réglementation des habitations à loyers modérés " (B).

A - Faciliter l'action des OPH

" Faciliter " : rendre quelque chose plus facile, c'est-à-dire empreint de moins de difficulté ou de complexité. Le Larousse n'est finalement pas d'un grand secours.

En précisant que les EPIC peuvent se livrer à d'autres activités économiques que celles prévues expressément dans leur statut à la condition, entre autres, que " ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement, notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal ", l'avis n° 356.089 du 7 juillet 1994 du Conseil d'Etat (préc.) s'avère être un guide plus efficace.

Notons ici que la loi ALUR ne reproduit pas précisément les conditions posées par le Conseil. En effet, si elle reprend la condition de l'utilité, elle ne fait pas de même avec la condition de l'intérêt général. Mais, elle exige que les organismes ou sociétés dans lesquels l'OPH prend des parts soient susceptibles de faciliter son action " dans le cadre de la réglementation des habitations à loyers modérés ". Or c'est dire autrement que ces participations doivent être " mis[es] au service de son objet principal ".

Doit être considérée comme une activité facilitant l'action d'un OPH toute activité lui est " directement utile " et qui est " mis[e] au service de son objet principal ".

1 – Les actions directement utiles

Le Conseil d'Etat donne une liste indicative des actions directement utiles à un établissement public qui envisage d'étendre ses activités au-delà des dispositions expresses de son statut.

Il s'agit entre autres des actions en faveur

- de son adaptation à l'évolution technique,
- des impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement,
- du savoir-faire de ses personnels,

- de la vigueur de sa recherche
- de la valorisation de ses compétences

Sur ce fondement, le Conseil d'Etat a jugé légal le fait que la RATP exerce une activité de radiolocalisation des véhicules. Tout d'abord, cette activité constitue “ un prolongement normal de la mission confiée à celle-ci, utile pour l'amélioration de ses conditions d'exercice ”. Ensuite, comme cette activité permet à la RATP “ d'utiliser au mieux ses moyens humains et matériels ” et comme les fréquences disponibles sont rares, la RATP pouvait également proposer ses services à des utilisateurs indépendants (CE, 29 déc. 1999, n° 185970, *Société consortium français de localisation* : Rec. CE tables). En acceptant le motif de la rareté des biens dans le secteur d'activités de l'établissement public, le Conseil admet une conception large de l'utilité des actions licites, bien que différentes de ses missions statutaires. Comme en matière de logements sociaux, le foncier disponible et les deniers publics sont aussi rares, là encore, la jurisprudence du Conseil semble permettre aux OPH de prendre des participations dans des structures mutualistes ou coopératives dont l'objet social n'est pas immédiatement et exclusivement le logement social.

Dans le même sens, une cour a estimé que l'Office national des forêts a pu légalement élaborer un schéma de desserte forestière alors que ce n'est pas dans son statut car ce document aide la gestion des forêts publiques et privées. Et c'est grâce à l'importance de ses moyens que l'ONF a pu rédiger ce document très utile à l'ensemble des acteurs du secteur forestier (CAA Nancy, 5 avril 2007, n°04NC00406, *Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers et des experts en bois*). Les organismes mutualistes ou coopératifs dans lesquels les OPH prendront des parts seraient donc utiles aux OPH en établissant par exemple des documents prospectifs ou de coordination de leurs moyens.

Le Conseil d'Etat adopte une conception extensive de ce lien d'utilité. Il arrive parfois qu'il le réduise à un rapport de non contrariété. Par exemple, il a jugé que le principe de spécialité n'interdit pas au président d'une université d'assurer “ l'information et le suivi thérapeutique des étudiants et du personnel enseignant de l'unité d'enseignement et de recherche d'éducation physique et sportive, en autorisant à cet effet des masseurs kinésithérapeutes à occuper un local ” dans son établissement. En effet, “ si une telle décision n'entre pas dans le cadre de la mission de délivrance des enseignements de formation supérieure dévolue aux établissements universitaires, elle n'est pas contraire à la mission de service public assumée par l'université, ni au principe de spécialité des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel ”. Certes, ce n'était pas l'Université elle-même qui assurait les prestations de kinésithérapie, mais par cet arrêt, le Conseil a tout de même – et c'est ce qui nous intéresse – admis que l'établissement public pouvait permettre l'occupation de son domaine public en vue de l'information et le suivi thérapeutique de ses étudiants dans la mesure où ce n'était pas contraire à son objet social (CE, 12 déc. 1994, n° 98455, *Colin* : Rec. CE, tables).

Cette double exigence d'utilité aux usagers et de non contrariété avec l'objet de l'établissement publics constitue un guide pour déterminer les sociétés ou organismes qui exercent des activités “ au moins connexes ” à celles statutaires des OPH. Toutefois, rappelons que, selon les termes de l'article L. 421-2, 6° du CCH, non seulement les activités de ces entités devront “ au moins connexes ” à celles des OPH, mais également faciliter leurs actions.

Si, à cela, on ajoute l'indétermination de la notion de “ valorisation des compétences ”, on aboutit à la conclusion que la condition de facilitation posée par l'article L. 421-2, 6° du CCH doit être interprétée largement. Dès lors que l'organisme mutualiste ou coopératif peut aider les OPH dans l'exécution de leurs missions, la prise de participation est licite. Ainsi, la création d'un fonds comme la FIDES mis en place par Habitat Réuni paraît conforme à l'article L. 421-2, 6° du CCH.

2 – Les actions mises au service de son objet principal

Toutefois, les prises de participations par des OPH autorisées par l'article L. 421-2, 6 ° du CCH ne sauraient servir de prétexte à la modification des missions des OPH, ce qui relèverait du législateur (par ex., CE, 3 déc. 1993, n°139021, *Association de protection du site Alma Mater*).

Cette exigence ne signifie pas pour autant que la structure dans laquelle l'OPH prend des parts doit obligatoirement tourner toutes ses activités dans l'intérêt direct de l'OPH ; cela ne serait pas concevable si l'OPH acquière une part minoritaire dans une société dont l'objet social ne recoupe que partiellement ses missions ; l'exemple type est la prise de part par un OPH dans le capital d'une caisse d'épargne. En revanche, si toutes les activités de la société ou de l'organisme mutualiste ou coopératif correspondent à l'objet principal des OPH, il ne fait pas de doute que la jurisprudence du Conseil d'Etat serait respectée.

B – Le respect de la réglementation des habitations à loyers modérés

Comme le relevait le conseiller d'Etat François Loloum dans son rapport sur *les modalités de coopération entre les organismes d'HLM* de 2005, les organismes d'HLM ne sauraient manquer “ aux exigences de leur mission de service public qui justifient leur statut ” sans perdre leur âme. Notamment, même si les OPH peuvent coopérer entre eux ou avec d'autres institutions, ils ne peuvent légalement abandonner leurs compétences. Ici, la distinction entre ce qui constitue l'objet des OPH défini à l'article L. 421-1 du CCH et ce que les OPH peuvent faire décrit aux articles L. 421-2 et suivants prend toute son importance. En effet, les OPH ne peuvent pas abandonner ce qui fait leur objet.

Sur ce point, la doctrine administrative et la jurisprudence abondent dans le même sens.

Ainsi, dans son rapport de 2008, la Mission Interministérielle d'Inspection du Logement Social (MIILOS) a rappelé la nécessité pour les organismes HLM de disposer des moyens propres suffisants pour l'exercice direct de leurs missions essentielles. Notamment, le “ principe de spécialité ne permet pas à une entreprise chargée d'une mission de service public de déléguer l'essentiel de son activité et des moyens qui y sont attachés. Les organismes HLM doivent rester maîtres de leurs décisions et conserver en propre un minimum de moyens nécessaire à l'exercice de leur cœur de métier et de leurs missions sociales dans le respect du code de la construction et de l'habitation ”. D'où la dissolution de certaines structures qui regroupaient tous les moyens en personnel d'organismes HLM.

Toujours selon la MIILOS, il est impossible pour les organismes HLM de ne pas exercer personnellement certaines de leurs missions. Ainsi, viole les articles L. 442-9 et R 442-22 du CCH la mise en gérance de logements sociaux par une association de gestion ou un GIE. Ces critiques adressées à certaines sociétés anonymes d'HLM ne doivent pas être oubliées lors de la mise en œuvre de l'article L. 421-2, 6° du CCH par les OPH car, dit autrement, faciliter une action ne permet pas de la transférer.

Rendue à propos d'autres établissements publics que les OPH, la jurisprudence confirme les analyses de la MIILOS. Par exemple, une caisse des écoles ne peut financer du personnel scolaire en lieu et place de la commune (CAA Marseille, 16 sept. 2004, n° 00MA00791, *Caisse des écoles de Cavalaire-sur-Mer* - voir aussi CAA Bordeaux, 8 juillet 2008, n°06BX01974, *Syndicat intercommunal d'électrification rurale de Chateauroux* : Rec. CE tables).

Ainsi, si le principe de spécialité n'interdit pas en lui-même que les OPH prennent des parts dans des organismes à caractère mutualiste ou coopératif, l'indisponibilité des compétences interdit aux OPH de leur transférer leur “ cœur de métier ”.

III – Les contraintes du droit de la concurrence et les risques de la participation

Le droit national et européen de la concurrence pèse sur la mise en œuvre de l'article L. 421-2, 6° du CCH. Mais il faut aussi compter avec les risques que les prises de participations peuvent faire courir aux OPH.

A – Le droit de la concurrence

Parmi les éléments du droit de la concurrence, il convient de se concentrer sur les aides d'Etat et le droit de la concurrence.

1 – Les aides d'Etat

Certes, les OPH gèrent des services d'intérêt économiques généraux (SIEG)⁴ : ce caractère résulte de la décision de la Commission du 20 décembre 2011⁵, devancée en cela par le Conseil d'Etat (CE, 24 avril 1992, n° 116489, *Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM* : Rec. CE) et l'article L. 411-2 CCH l'indique explicitement⁶. La Commission affirme ainsi la primauté des missions du logement social sur l'application des règles de libre concurrence. La Commission exige dans sa décision que le SIEG soit attribué au moyen d'un mandat qui y fasse explicitement référence.

Ceci dit, au regard du régime des aides d'Etat, il faut distinguer le fait qu'un OPH rejoint une structure déjà existant et le fait que des OPH se regroupent.

a – Lorsque la société ou l'organisme coopératif ou mutualiste comprend des actionnaires de droit privé autre que du secteur HLM, la prise de participation par l'OPH ne sera pas considérée comme une aide d'Etat seulement si l'OPH se comporte comme un “ investisseur avisé en économie de marché ” (*Communication de la Commission aux États membres - Application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier*”, JOCE n° C 273, 18 octobre 1991). Dit autrement, le droit des aides d'Etat n'interdit pas les prises de participation des OPH mais, en pratique, la suspicion sera moins forte si la société ou l'organisme coopératif ou mutualiste ne se trouve pas dans une situation économique difficile au moment où l'OPH acquerra ses actions ou ses parts.

⁴ P. Soler-Couteaux et N. Lavielle, “ Le logement social, toujours en quête d'efficacité ”, *AJDA* 2014, 1082.

⁵ Décision C (2011) 9380 du 20 décembre 2012 de la Commission, du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.

⁶ “ Les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés aux alinéas précédents bénéficient, en conformité avec la décision 2012/21/UE de la Commission, du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, d'exonérations fiscales et d'aides spécifiques de l'Etat au titre du service d'intérêt général ”

Comme, pour les autorités européennes, la détention du capital d'une société par des personnes publiques n'exclut en rien la qualité d'entreprise, le même raisonnement qui conduit à la reconnaissance d'une aide d'Etat doit être tenu lorsqu'un OPH adhère à une société ou un organisme coopératif ou mutualiste déjà constitué et regroupant exclusivement des OPH.

S'il y a aide d'Etat, cela ne signifie pas que la prise de participation est nécessairement illégale, mais il s'agirait d'une aide d'Etat compatible de façon facultative qui nécessiterait une notification à la Commission européenne.

b – En revanche, en lui-même, le regroupement de plusieurs OPH, par la création d'une société à caractère mutualiste ou coopératif, n'équivaut pas à une aide d'Etat.

2 – Le droit de la concurrence

Toutefois, il ne faut pas que cette structure, qu'elle rassemble seulement des OPH ou qu'elle regroupe des OPH et d'autres organismes, soit le siège de pratiques anticoncurrentielles ni qu'elle viole le droit de la commande publique.

a – Les pratiques anticoncurrentielles

Parmi les pratiques anticoncurrentielles, le droit de la concurrence, tant européen que national, interdit les ententes ou les abus de position dominante.

Le regroupement des OPH soit entre eux, soit avec d'autres acteurs du logement pourrait faciliter entre ces personnes des ententes ou un abus de position dominante. Evidemment, ces actes illicites ne pourraient se produire que si les sociétés ou les organismes à caractère mutualiste ou coopératif dans lesquels les OPH prennent des parts exercent une activité économique. Si ces sociétés ou organismes n'ont pour seule mission que la défense des intérêts des OPH ou encore servent à partager les compétences et expertises acquises par chacun de leurs membres, le risque qu'ils commettent une entente ou un abus de position dominante devient faible.

b – Le droit de la commande publique

Les OPH sont soumis aux règles de la commande publique en tant que pouvoir adjudicateurs au sens du droit de l'Union européenne en vertu de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. La CJUE a également donné, dans un arrêt du 1^{er} février 2001, une définition large de la notion de pouvoir adjudicateur permettant d'englober tous les organismes HLM⁷. Partant, les contrats qu'ils passent à titre onéreux pour la satisfaction de leurs besoins doivent être précédés de mesures de publicité et de mise en concurrence (v. sur ce point *supra*, 1^{ère} partie).

Surtout, ce qu'il ne faut pas méconnaître, c'est le fait que ces obligations de publicité et de mise en concurrence risquent de s'imposer dans l'hypothèse où la société ou l'organisme à caractère mutualiste ou coopératif confierait des missions de construction *lato sensu* aux OPH qui en seraient membres ou leur passerait un autre type de commande.

Certes, les droits européen et français admettent, sous certaines conditions, que ces commandes ne soient pas précédées de mesures de publicité et de mise en concurrence. En effet, consacrée

⁷ CJCE 1^{er} févr. 2001, C 237/99 (critère du contrôle de la personne publique sur la SA : ce contrôle permet aux pouvoirs publics d'exercer une influence sur cette société en matière de marché, de sorte qu'elles sont dotées des pouvoirs d'adjudication qui entraînent l'application des règles de la commande publique).

par le juge de l'Union dans l'arrêt *Teckal* (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sr c/ Commune Di Viano*, aff C-107/98), l'exception du *in house* permet à un pouvoir adjudicateur d'attribuer un contrat sans mise en concurrence à une entité sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui. Mais cette absence de mise en concurrence n'est possible (avant les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE, v. ci-dessous) qu'à condition que le capital ne soit détenu que par des personnes publiques, la présence d'une personne privée entraînant nécessairement selon la Cour un détournement de la recherche de l'intérêt général (CJCE, 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, aff C. 26-03). Le Conseil d'Etat a reconnu l'exception du *in house* par l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* (CE, sect., 6 avril 2007, n° 284736, *Commune d'Aix en Provence* : Rec. CE), et le droit français impose comme troisième condition que l'entité *in house* soit soumise aux règles de la commande publique pour la passation de ses propres marchés. La Cour a ensuite admis, dans l'arrêt *Coditel Brabant* de 2008, le contrôle analogue conjoint, permettant à plusieurs pouvoirs adjudicateurs de coopérer au sein d'une structure *in house* (CJUE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff C-324/07) ; solution reprise par le juge français dès 2009 (CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*). L'effectivité du contrôle analogue conjoint a toutefois été critiquée par la doctrine, et la jurisprudence s'est depuis employée à consolider ce contrôle : les arrêts *Econord* du juge de l'Union (CJUE, 29 novembre 2012, aff. jointes C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA*) et *Marsannay-La-Côte* du Conseil d'Etat français (CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune de Marsannay-la-Côte* : Rec. CE) indiquent que l'exercice conjoint du contrôle analogue nécessite non seulement une participation au capital de l'entité *in house*, mais également une participation directe au sein des organes dirigeants de la structure. En effet, le contrôle analogue suppose la possibilité d'exercer une influence déterminante sur les décisions importantes et les objectifs stratégiques de l'entité (CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff C- 458/03), ce qui paraît impossible au regard de pouvoir adjudicateur détenant un pourcentage infime du capital et se faisant indirectement représenter au sein des organes dirigeants de la société. Le juge pose donc des barrières à la reconnaissance du contrôle analogue conjoint, et partant à la possibilité de coopérer au sein d'une structure *in house*. L'objectif est louable : il s'agit de ne pas contourner les règles de mise en concurrence alors que le contrôle analogue n'existerait pas.

La prise de participation, par des OPH, au sein d'une structure à caractère coopératif ou mutualiste peut conduire à reconnaître à cette structure le caractère d'entité *in house* par rapport à ses actionnaires si la structure coopérative n'est constituée que de personnes publiques, uniquement par des OPH par exemple, et qu'elle se trouve dans une relation *in house* avec ses actionnaires ou, en vertu des directives du 26 février 2014, que les personnes privées n'y exercent pas d'influence décisive⁹.

La coopération des OPH au sein d'une structure *in house* doit donc être maniée avec prudence : les critères du *in house* devront être strictement respectés.

⁸ KARPENSCHIF M., "Les Sociétés publiques locales et le droit de la concurrence", *Le Moniteur Contrats publics*, Avril 2013 n° 131, NOGUELLOU R., "La notion de contrôle analogue", *RLCT* n° 60/2010, p. 19.

⁹ Article 12 de la directive sur les marchés publics : "Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;
- b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. "

La reconnaissance d'une relation *in house* offre des avantages majeurs : l'absence de mise en concurrence permet aux pouvoirs adjudicateurs de réaliser des gains de temps et d'argent considérables, et permet à la personne publique de garder un contrôle étroit sur la réalisation de l'activité. Toutefois, cette absence de mise en concurrence conduit à l'impossibilité de comparer l'efficacité économique entre les offres, empêchant ainsi de vérifier si un opérateur privé aurait été plus efficace pour réaliser le même contrat.

B – Les risques de la participation

En prenant des parts dans une société ou un organisme à caractère mutualiste ou coopératif, un OPH prend des risques financiers. En effet, l'OPH peut être amené à payer les dettes de la structure dont il est actionnaire. L'actualité a démontré que par elle-même, la nature mutualiste ou coopérative d'une société n'est pas la garantie d'une saine gestion. OPH s'expose à une action en comblement de passif.

Certes, les biens des personnes publiques sont insaisissables mais le Conseil d'Etat a aménagé ce principe par son arrêt *Société fermière de Campoloro* de 2005 (CE, sect., 18 nov. 2005, n° 271898, *Sté fermière de Campoloro et Sté de gestion du port de Campoloro* : Rec. CE 2005, p. 515). Les risques induits par l'acquisition de parts ou actions dans une structure éligible à l'article L. 421-2, 6° du CCH ne doivent donc pas être ignorés.

En revanche, comme ni la loi du 10 septembre 1947 ni le code de la mutualité contiennent des dispositions permettant à un actionnaire majoritaire d'imposer une offre publique de retrait, *a priori* un OPH ne pourrait se voir contraint de céder ses actions et parts dans une société ou un organisme à caractère mutualiste ou coopératif. Il n'y a donc pas lieu d'insister sur la jurisprudence en vertu de laquelle les parts et actions détenues par une personne publique ne sont pas protégées par le principe d'insaisissabilité (CE, 4 juill. 2012, n° 356168, *Dpt de Saône-et-Loire* : Rec. CE 2012, à paraître. – CA Paris, 29 nov. 2012, *Dpt de Saône-et-Loire c/ Sté APRR et Sté Eiffarie* : *AJDA* 2013, p. 522, note G. Eveillard.).

En résumé, le risque financier encouru par un OPH qui recourait à l'article L. 421-2, 6° serait une contribution à la dette de l'organisme dans lequel il prendrait des parts, à la suite d'une action en comblement de passif.