



AGENCE NATIONALE POUR LA PARTICIPATION DES EMPLOYEURS A L'EFFORT DE CONSTRUCTION

COURRIER ADRESSE

AUX PRESIDENTS DES CIL

N/Réf. SCR – SDM / CD – 09 / 071

Paris, le 29 mai 2009

Monsieur le Président,

L'Agence a été amenée à s'interroger sur la nature et les modalités de passation des marchés que les CIL sont amenés à passer. Cette réflexion rejoignait notamment des constatations émises par la Cour des Comptes dans son dernier rapport public.

L'ANPEEC a en conséquence procédé à l'analyse des textes relatifs à la passation des marchés, à savoir :

- le code des marchés publics ;
- l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (transposant en droit français la directive communautaire 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services) ;
- les décrets s'y rapportant (notamment le décret 2005-1742 du 30 décembre 2005, modifié par le décret 2008-1334 du 17 décembre 2008).

Le code des marchés publics, tout comme l'ordonnance du 6 juin 2005 font appel à la notion de pouvoir adjudicateur, pour déterminer de leur champ d'application.

En conséquence de quoi, après examen de ces textes, ainsi que de la jurisprudence, essentiellement issue de la Cour de Justice des Communautés Européennes, il résulte que - si les CIL ne sont pas soumis au Code des marchés publics - **ils constituent bien des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005**, et notamment par application de son article 3-1° b) (voir annexe ci jointe).

.../...

Concernant les filiales dans lesquelles les CIL sont majoritaires, il semble bien que les règles contraignantes de l'ordonnance du 6 juin 2005 leur soient également applicables car elles constituent à double titre des pouvoirs adjudicateurs, tant au regard du a) que du b) de l'article 3-1° de l'ordonnance.

Vous trouverez en annexe une synthèse de l'analyse juridique ayant conduit à ce constat.

L'ordonnance du 6 juin 2005 était d'application immédiate dès sa parution.

Il appartient donc aux CIL d'en respecter dès à présent les termes et de faire preuve d'une nécessaire publicité en matière de passation des marchés. A défaut de quoi, le marché encourt le risque d'être annulé.

Sommairement, le décret d'application du 30 décembre 2005, modifié par décret du 17 décembre 2008 prévoit des seuils en deçà desquels les règles de procédure qu'il définit ne sont pas applicables, le pouvoir adjudicateur étant libre de définir les modalités de passation du contrat, sous réserve de respecter des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement et de transparence. Ces seuils, modifiés et surtout relevés récemment, sont, concernant les CIL :

- 5 150 000 € HT pour les marchés de travaux ;
- 206 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services (passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 3 de l'ordonnance notamment).

Lorsque ces seuils sont dépassés, les pouvoirs adjudicateurs doivent appliquer les règles prévues par l'ordonnance et ses décrets d'application.

Sur les conséquences de cette application, l'Agence adressera aux CIL, dans les meilleurs délais, des documents tendant à les aider sur un plan pratique. Toutefois, l'ANPEEC souligne que les textes appellent une mise en conformité immédiate et qu'un minimum de mise en concurrence, quel que soit le montant du marché, constitue une règle minimale de bonne gestion.

L'Agence reste naturellement à votre disposition pour toute précision nécessaire.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération distinguée.

Le Directeur Général,



François-Didier LEMOINE

P.J. : ANNEXE

ANNEXE

Application aux CIL des règles de publicité et de mise en concurrence pour la passation de leurs marchés

La question de savoir si les CIL sont tenus de respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de leurs opérations d'achat, revient à déterminer s'ils entrent dans le champ d'application du code des marchés publics ou dans celui de l'ordonnance du 6 juin 2005, ces deux textes ayant transposé en droit interne la directive 2004/18/CE, chacun pour des catégories d'organismes différents.

1 L'inapplication aux CIL du code des marchés publics

On peut immédiatement écarter l'application du code des marchés publics aux CIL.

En effet, l'article 2 du code, relatif à son champ d'application, prévoit que sont soumis à ces dispositions :

- l'Etat ;
- les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;
- les collectivités locales ;
- les établissements publics locaux.

Or, les CIL, associations de la loi de 1901, ne relèvent d'aucune des catégories énumérées par le code.

2 La question de l'application aux CIL de l'ordonnance du 6 juin 2005

En revanche, plus délicate est la question de savoir si les CIL sont tenus de respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence, mises en place par l'ordonnance du 6 juin 2005.

Ce texte s'applique aux entités qualifiées de pouvoirs adjudicateurs, au regard d'un triple critère organique, matériel et fonctionnel. En effet, aux termes des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 :

« *Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :*

- 1° *Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

- a) *soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;*
 - b) *soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;*
 - c) *Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance.*
- 2° *La Banque de France, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie des sciences morales et politiques.*
- 3° *La caisse des dépôts et consignations.*
- 4° *Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :*
- a) *soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics;*
 - b) *soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;*
 - c) *soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.*
- 5° *Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche ... ».*

S'agissant des CIL, l'ordonnance du 6 juin 2005 ne les vise pas spécifiquement comme entrant dans son champ d'application, et pas davantage les textes régissant les CIL ne prévoient qu'ils doivent respecter les procédures mises en place par l'ordonnance (contrairement, par exemple, aux textes relatifs aux SA d'HLM puisque l'article L. 433-1 du code de la construction et de l'habitation, tel que modifié par l'article 41 de l'ordonnance du 6 juin 2005, prévoit expressément que « les marchés conclus par les organismes privés d'habitation à loyer modéré sont soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 »).

Dès lors, ce n'est que si les CIL peuvent être qualifiés "d'organismes de droit privé ou des organismes de droit public" au sens de l'article 3 de l'ordonnance précitée qu'ils seront soumis aux dispositions de cette ordonnance.

Pour cela, les CIL doivent remplir trois conditions cumulatives dont il convient de vérifier la réalisation :

- avoir été créés spécifiquement pour satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial (2-1) ;
- être dotés de la personnalité juridique (2-2) ;
- être soumis à un contrôle financier, de gestion ou de composition des organes d'administration par l'Etat ou un autre pouvoir adjudicateur (2-3).

Ces trois critères doivent être analysés au regard de la jurisprudence communautaire, car l'ordonnance n'étant que la transposition en droit interne de la directive 2004/18/CE, elle se doit d'être conforme à cette dernière, en application du principe de l'interprétation conforme.

La conclusion en est que les trois conditions de qualification de l'organisme de droit public sont réunies.

2.1 La condition tenant à la création de l'organisme dans le but de « satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général avant un caractère autre qu'industriel ou commercial »

La jurisprudence et la doctrine s'accordent pour dire que l'appréciation de la poursuite d'un besoin d'intérêt général, autre qu'industriel ou commercial, est indépendante de la qualification juridique de l'organisme retenue en droit interne et résulte d'un faisceau d'indices.

2.1.1 *La notion de besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial*

(i) *En ce qui concerne la notion même de besoins d'intérêt général*

Selon la doctrine, la notion de besoins d'intérêt général est une notion autonome du droit communautaire, indépendante des contours qu'elle aurait en droit interne (v. Jurisclasseur, *Contrats et marchés publics*, fasc. 90 opérateurs de réseaux, point 12).

Les CIL, en collectant des fonds auprès des employeurs et en les utilisant pour la promotion du logement, notamment social, participent directement à cette politique sociale du logement, dont la contribution à l'intérêt général est difficilement contestable.

Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, force est d'ailleurs d'admettre que l'intérêt poursuivi par les CIL est bien plus large que leur propre intérêt, mais sert les intérêts des salariés bénéficiaires des aides dans le cadre d'une politique publique du logement, mais également, depuis la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, celui de personnes autres que les salariés.

Reste à vérifier si les besoins d'intérêt général dont les CIL ont la charge sont d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale.

(ii) *En ce qui concerne le caractère autre qu'industriel ou commercial*

La jurisprudence communautaire énonce de manière constante que *« constituent en général des besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial (. . .) des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens et de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante»* (v. notamment CJCE, 16 octobre 2003, *Com. c/ Royaume d'Espagne*, aff. C- 283/00).

Au sens de la jurisprudence européenne, le caractère autre qu'industriel et commercial peut concerner des activités qui peuvent être assurées par des entreprises privées sous la condition qu'une puissance publique conserve une influence déterminante sur la mise en œuvre du besoin à satisfaire.

S'agissant des CIL, il semble évident que leur mission relève de celles sur lesquelles l'Etat, pour des raisons d'intérêt général, conserve une influence déterminante. En effet, leur mission, déterminée par l'Etat qui fixe son objet de manière exclusive (codification des emplois dorénavant) s'inscrit dans le cadre des politiques de l'habitat, et présente un caractère obligatoire pour les différents acteurs concernés (employeurs, CIL, ANPEEC, etc.). Sans cette volonté des pouvoirs publics, les CIL tels que régis par le code de la construction et de l'habitation n'existeraient pas.

En l'espèce, plusieurs éléments nous paraissent en conséquence devoir conduire à considérer que le régime de l'activité des CIL ne suit pas la logique du marché et obéit plus à des considérations d'intérêt général.

Certes, certaines prestations offertes par les CIL, ou par les sociétés commerciales du titre V du décret du 11 mai 1990, peuvent entrer en concurrence avec des prestations proposées par des sociétés de droit commun. Ainsi, le Conseil de la concurrence, dans une décision n° 08-d-11 du 19 mai 2008 relative à une saisine de la société Executive Relocations a-t-il été amené à constater que *« des entités de la sphère du 1% logement exercent des activités en concurrence avec d'autres opérateurs »* (point 24).

Pour autant, ce constat ne suffit pas à exclure la qualification de besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial pour les CIL. En effet, les conditions dans lesquelles les missions sont exercées par les uns et les autres sont très différentes puisque l'activité des CIL (tout comme celle des filiales de titre V) est réglementée et n'est pas libre (prestations définies par l'Etat, dans leurs principes et dans leurs modalités, etc.).

Autrement dit, les CIL, ainsi que leurs filiales réglementées ou non, agissent dans un cadre légal et réglementaire limitant leur marge d'action et définissant les conditions de leurs interventions (l'article R. 313-31 du CCH définissant les emplois réglementaires).

En tout état de cause, à supposer même que certaines des prestations proposées par les CIL soient considérées comme relevant d'une logique de marché, la mission de collecte de fonds attribuée aux CIL par les textes échappe quant à elle à toute logique de marché puisqu'elle ne constitue pas une offre de prestation de services ou d'un bien et s'opère dans le cadre d'une mission désintéressée correspondant à son objet social.

A l'appui de cette position, il est possible de se référer à la jurisprudence administrative relative à la soumission des recettes des CIL à l'impôt sur les sociétés. Ainsi, dans un arrêt en date du 19 octobre 1988, le Conseil d'Etat avait-il jugé que si les produits des placements des sommes en attente d'emploi doivent être compris dans la base d'imposition à cet impôt, en revanche, tel n'est pas le cas « *des recettes du comité qui ont été procurées par une activité indissociable du but non lucratif poursuivi par lui et dont la perception découle, non de la mise en valeur d'un patrimoine ou du placement de sommes disponibles, mais de la réalisation même de la mission désintéressée qui correspond à l'objet social du comité* » (requête n° 63-939).

*

A la lumière de ces différents éléments, il paraît possible de conclure que **les CIL satisfont à des besoins d'intérêt général qui présente un caractère autre qu'industriel ou commercial.**

2.1.2 La notion d'organisme « créé spécifiquement » pour satisfaire des besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial

S'agissant des CIL, il convient de prendre en compte leurs statuts et l'ensemble des dispositions du code de la construction et de l'habitation (R. 313-21 et suivants) qui régissent leur activité.

Il suffit alors de constater que la mission de collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction et l'emploi des sommes ainsi versées à la promotion du logement, notamment social, résulte des textes réglementaires qui prévoient leur création ainsi que des statuts qui organisent leur modalité de fonctionnement. Autrement dit, les CIL ont bien été créés spécifiquement pour satisfaire à ces missions.

*

La condition de qualification des CIL comme "organismes de droit privé ou organisme de droit public crée dans le but de satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial" doit être considérée comme remplie.

2.2 La condition tenant à la personnalité juridique

Les CIL sont des associations soumises à la loi de 1901 faisant en principe l'objet d'une déclaration en préfecture préalablement à leur agrément par arrêté conjoint des ministres chargés de la construction et de l'habitation et de l'économie et des finances.

Or une association déclarée possède la personnalité juridique.

La condition relative à la personnalité juridique des CIL est donc remplie.

2.3 La condition tenant au contrôle de l'organisme par un pouvoir adjudicateur

Il y a lieu enfin de vérifier si la troisième condition de qualification d'un organisme, relative au contrôle, est également remplie en l'espèce.

Rappelons que, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005, le critère du contrôle trouve à s'appliquer lorsque :

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

Sur ces trois critères alternatifs prévus par les textes pour caractériser le contrôle, les deux premiers doivent immédiatement être écartés.

On ne peut tout d'abord pas considérer que les CIL sont majoritairement financés par la collectivité publique.

En effet, l'article R 313-25-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que:

- « Les sommes recueillies au titre de la participation des employeurs à l'effort de construction par les organismes collecteurs mentionnés à l'article R 313- 9 (2°, a) comprennent :

- a) Les versements effectués par les employeurs en application des articles R. 313 -8 à R. 313-11 ;
- b) Les versements effectués par d'autres organismes collecteurs, par l'Agence nationale pour la participation des employeurs à l'effort de construction ou par l'Union d'économie sociale du logement.
- c) Les remboursements des prêts consentis à l'aide de la participation des employeurs;
- d) La part du résultat non affectée aux réserves prévues aux articles R. 313-31-1 et R. 313-33-3 ou au report à nouveau débiteur.
- e) Le surplus du produit net de la liquidation excédant la moitié du capital social des sociétés mentionnées à l'article R. 313-31-2 ».

Ces recettes, quand bien même elles sont collectées dans un cadre obligatoire mis en place par l'Etat, ne constituent pas des deniers publics au sens du droit de la comptabilité publique (il pourrait s'agir de deniers privés réglementés). Par ailleurs, le fascicule édité par l'ANPEEC en 2007 sur le 1% logement dans sa partie relative à la présentation financière des collecteurs indique que les CIL ne reçoivent aucune contribution de l'Etat.

L'activité des CIL n'est donc pas financée par un pouvoir adjudicateur.

Ensuite, il ne ressort pas des clauses statutaires type des CIL que les organes de direction et d'administration de ces derniers sont majoritairement composés de membres désignés par des collectivités publiques.

Au contraire, il est prévu par les textes et par les statuts que les CIL sont uniquement composés d'employeurs et de salariés ou leur représentants, voire également des membres des entreprises cotisantes (voir article R 313-26 du code de la construction et de l'habitation et clauses statutaires types applicables aux associations).

Ce critère n'est donc pas non plus rempli.

Il faut dès lors vérifier si le troisième critère relatif au contrôle de la gestion des CIL par un pouvoir adjudicateur est rempli pour déterminer si les CIL peuvent eux-mêmes être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs.

Il faut tout de suite préciser qu'il n'existe pas, que ce soit en droit communautaire ou en droit interne, de définition de la notion de contrôle de la gestion.

Cependant, la jurisprudence communautaire a eu l'occasion de donner des indications sur cette notion. A ce titre, l'arrêt *Commission cf France*, du 1^{er} février 2001 relatif aux SA d'HLM ainsi que les conclusions de l'avocat général sur cette affaire sont particulièrement instructifs (CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission cf France*, aff. C-237/99).

Dans cette affaire, la République française et la Commission s'opposaient sur le sens qu'il convenait de donner à la notion de contrôle de la gestion permettant de qualifier l'existence d'un pouvoir adjudicateur, la République française estimant que ce critère n'était rempli qu'à la condition que les différents contrôles effectués permettent aux

pouvoirs publics de s'immiscer dans les décisions ayant trait à la bonne marché des SA d'HLM et non qu'ils constituent de simples contrôles de type administratif.

La Cour de justice, suivant le raisonnement soutenu par l'avocat général a considéré que « la gestion des SA HLM est soumise à un contrôle des pouvoirs publics qui leur permet d'influencer les décisions de ces dernières en matière de marchés publics » (Aff. C-237/99, pt. 59).

Pour arriver à cette conclusion, elle s'est appuyée sur les différents éléments suivants :

- les statuts des SA HLM doivent contenir des clauses conformes aux clauses statutaires types reproduites en annexe du CCH ;
- l'existence d'un contrôle exercé par le ministre chargé des finances et par le ministre chargé de la construction et de l'habitation ;
- le pouvoir du ministre chargé de la construction et de l'habitation de prononcer la dissolution d'une SA HLM et de nommer un liquidateur, ainsi que son pouvoir de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire ;
- la possibilité pour le ministre chargé de la construction et de l'habitation d'imposer aux SA HLM un profil de gestion déterminé soit en les contraignant à un minimum de dynamisme, soit en limitant leur activité considérée comme excessive ;
- les contrôles et propositions effectuées par la MILOS.

La plupart des éléments retenus pour qualifier l'existence d'un contrôle de la gestion des SA HLM se retrouvent s'agissant des CIL.

A cet égard, rappelons que les textes prévoient que:

- les statuts des CIL comportent obligatoirement des clauses types définies par décret (article R. 313-30 du code) ;
- les CIL rendent compte chaque année à l'ANPEEC et au Directeur départemental de l'équipement de l'importance des sommes recueillies et de l'utilisation de ses sommes selon des modalités fixées par voie réglementaire (article R. 313-21) ;
- le contrôle des CIL par le ministre chargé de l'économie et des finances et le ministre chargé du logement (idem) avec un contrôle sur place du Trésorier payeur général et du Directeur départemental de l'équipement ;
- le contrôle de l'inspection générale des finances (idem) ;
- un pouvoir d'information « des plus étendus » du Directeur départemental de l'équipement qui se fait communiquer « les comptes et tous les documents de l'association » et qui « est convoqué à toutes les séances des assemblées générales et du conseil d'administration et peut s'y faire représenter » (article R. 313-26) ;
- la possibilité de retirer l'agrément en cas de collecte insuffisante (article R. 313-28), permettant ainsi d'influer sur le dynamisme de la gestion ;

- les CIL rendent compte chaque année au Préfet et à l'ANPEEC du nombre d'employeurs affiliés ainsi que des modifications statutaires et des changements d'administrateurs (article R. 313- 29) ;
- à quoi il faut ajouter que les textes édictent des règles de gestion très précises qui s'imposent aux CIL (emploi des fonds, sort du résultat des exercices clos, etc.) et qui les exposent, en cas de manquement, à une décision du ministre du logement d'interdiction d'un ou plusieurs dirigeants, de retrait de l'agrément outre le prononcé d'une sanction pécuniaire n'excédant pas 1.500.000 € (voir en particulier l'article L313-13 du CCH qui dispose que « en cas d'irrégularité grave dans l'emploi des fonds, de faute grave dans la gestion, de carence dans la réalisation de l'objet social ou de non respect des conditions d'agrément, l'ANPEEC met l'association concernée en demeure de prendre, dans un délai déterminé, toute mesure de redressement utile») ;
- la possibilité pour le ministre du logement de prononcer la dissolution du CIL et de nommer un liquidateur en cas de retrait d'agrément (article L313-14 du CCH).
- le contrôle administratif de la Cour des comptes en application de l'article 111-7 du code des juridictions financières.

Ce cumul d'interventions de pouvoirs adjudicateurs dans le fonctionnement des CIL (Ministres, Préfets, Directeurs de l'équipement, etc.) conduit à considérer que, à l'image des SA HLM, le critère du contrôle de la gestion est rempli s'agissant des CIL, ce dernier ne s'exerçant pas seulement a posteriori, mais bien en temps réel et à tous les stades de la gestion, notamment par la présence, à toutes les assemblées et conseil d'administration d'un représentant de l'Etat et les pouvoirs (les clauses statutaires types applicables aux associations précisent en effet, -titre II, section 3-, que « *le directeur de l'équipement est convoqué à toutes les séances du conseil d'administration, il peut s'y faire représenter.* ». cela étant, dans la pratique, cette présence est rarement assurée, ce qui ne remet pas en cause pour autant d'argumentation ci-dessus).

3 Conclusion

En conclusion, il résulte de toutes les observations qui précèdent que les CIL doivent, être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, et qu'en cette qualité, ils sont soumis à ces dispositions ainsi qu'à celles du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 et du décret 2008-1334 du 17 décembre 2008 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs visés par l'ordonnance.

