CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. JEAN MISCHO

présentées le 19 octobre 2000 [1]

1. La lecture de deux publications françaises, le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* et le *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, a révélé à la Commission l'absence de publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, série S, de trois avis de marchés de travaux publiés, respectivement, par deux offices publics d'aménagement et de construction (ci-après «OPAC») et une société anonyme d'habitations à loyer modéré (ci-après «SA HLM»). La Commission est d'avis que l'article 11 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (ci-après la «directive») [2], imposait leur publication dans ladite série S, compte tenu tout à la fois de leur montant et de la qualité de l'organisme proposant le marché.

2. Pour la Commission, en effet, tant les OPAC que les SA HLM sont à considérer comme des pouvoirs adjudicateurs, au sens de l'article 1er, sous b), de la directive.

3. La réponse de la République française à la lettre de mise en demeure qui lui avait été adressée n'ayant pas satisfait la Commission, celle-ci, après avoir, selon ses propres dires, relevé de nombreux autres marchés passés par des organismes du même type, qui n'avaient pas fait l'objet d'une publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, de telle sorte que l'on pouvait parler d'une pratique constante, a émis un avis motivé. Enfin, n'étant toujours pas satisfaite des explications des autorités françaises, elle a introduit le recours sur lequel nous devons nous pencher.

4. Il convient cependant de noter immédiatement que, durant le déroulement de la procédure écrite, le litige a évolué.

5. En effet, la République française a, dès la présentation de son mémoire en défense, reconnu que les OPAC, au vu de la jurisprudence de la Cour, en particulier des arrêts rendus le 15 janvier 1998 [3] et le 10 novembre 1998 [4], sont effectivement des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1er, sous b), de la directive, reconnaissant par là même que de tels organismes sont tenus de publier leurs avis de marchés au *Journal officiel des Communautés européennes*, série S. S'agissant des OPAC, la

1 — Langue originale: le français.

2 — JO L 199, p. 54.

3 — Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73).

4 — BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821).

Cour ne pourra donc que constater le manquement.

6. Sur les SA HLM, le litige a aussi connu un rétrécissement, en ce sens que, tout en restant en désaccord sur le point de savoir s'il y a lieu ou non de les considérer comme des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive, les parties sont, au fil de leurs écritures, arrivées à la constatation que leurs points de vue ne s'opposent que sur une question très précise, dont la réponse qu'elle recevra commandera l'issue du litige, à savoir si le contrôle dont font l'objet les SA HLM de la part des pouvoirs publics correspond très précisément au type de contrôle auquel se réfère la directive, lorsqu'elle énonce les critères permettant d'identifier les pouvoirs adjudicateurs.

7. La directive, pour avoir été interprétée dans les arrêts Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. et BFI Holding, précités, est devenue familière à la Cour. C'est pourquoi nous ne croyons pas utile de rappeler ici le contexte dans lequel elle a été arrêtée, les objectifs qu'elle poursuit et son articulation générale. Nous pouvons porter notre attention directement sur son article 1er, qui, à travers une série de définitions, en fixe le champ d'application. Aux termes de celui-ci,

«Aux fins de la présente directive:

a) les 'marchés publics de travaux' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;

b) sont considérés comme 'pouvoirs adjudicateurs', l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par 'organisme de droit public' tout organisme:

— créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

— doté de la personnalité juridique

et

— dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 35. À cet effet, les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs dites listes;

...»

8. Dans sa requête, la Commission entreprend de démontrer, en s'appuyant principalement sur le code de la construction et de l'habitation (ci-après le «code»), publié par le *Journal officiel de la République française*, que les SA HLM sont à considérer comme des organismes publics et, partant, comme des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1[er], sous b), de la directive.

9. À cet effet, elle relève, en premier lieu, que l'on est bien en présence d'organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, à savoir le logement des personnes et familles de ressources modestes, et que ces organismes sont dotés de la personnalité morale, de sorte que les deux premières conditions que pose ledit article pour que puisse être opérée la qualification d'organisme de droit public sont réunies.

10. S'attachant, ensuite, à la troisième condition, la Commission souligne, sans être contredite sur ce point, qu'il suffit que soit présente une seule des trois caractéristiques auxquelles se réfère la directive, à savoir un financement provenant majoritairement des pouvoirs publics, un contrôle de la gestion par ces derniers et une désignation par les mêmes de plus de la moitié des membres des organes dirigeants, pour qu'un organisme soit réputé y satisfaire.

11. Pour elle, il est patent, au vu d'un certain nombre de dispositions du code, sur lesquelles il nous faudra nous pencher, que le contrôle exercé par les pouvoirs publics sur les SA HLM s'identifie très précisément à celui qu'avait en vue le législateur communautaire.

12. Dans son mémoire en défense, la République française entreprend de démontrer que le contrôle auquel sont soumises ces sociétés ne correspond nullement à celui auquel se réfère la directive. Pour elle, les différents contrôles dont fait état la Commission ne permettent nullement aux pouvoirs publics de s'immiscer dans les décisions ayant trait à la bonne marche des SA HLM. Ce sont des contrôles de type administratif, qui doivent être distingués du contrôle de gestion ou d'investissement que vise, selon elle, l'article 1er, sous b).

13. Dans sa réplique, la Commission récuse la pertinence d'une telle distinction. De son point de vue, rien dans l'article 1er, sous b), ne permet d'affirmer que n'est visé qu'un contrôle donnant aux pouvoirs publics la possibilité de s'immiscer dans la gestion au jour le jour de la société.

14. Dans sa duplique, la République française, partant toujours de la prémisse que, pour qu'il y ait contrôle de la gestion au sens de l'article 1er, sous b), il faut qu'il existe un contrôle portant une appréciation sur la manière dont sont administrés les fonds, argumente pour démontrer que les différents contrôles mis en exergue par la Commission sont de nature administrative et excluent toute immixtion dans la gestion.

15. Dans son mémoire en intervention, le Royaume-Uni se rallie à l'interprétation de la directive sur laquelle la République française fonde sa défense.

16. Il apparaît ainsi très clairement que la question qui oppose les parties est celle de savoir quand on doit considérer que la gestion d'un organisme est soumise au contrôle d'un autre organisme.

17. La réponse à cette question ne dépend, à notre avis, pas uniquement du sens qu'il faut attacher au terme contrôle, mais aussi de ce qu'il faut entendre par gestion, même si c'est sur la notion de contrôle que s'affrontent les parties.

18. Examinons donc successivement ces deux termes.

Quelle gestion? Quel contrôle?

19. Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, le terme gestion, qui décrit l'action de gérer, est à rapprocher des termes administration, direction, management, organisation, termes qui tous impliquent l'exercice d'une certaine forme de pouvoir.

20. Ceci nous incite à penser qu'un contrôle, qui ne porterait pas sur la manière dont ceux qui détiennent le pouvoir au sein d'un organisme orientent l'action de celui-

ci, ne devrait pas être qualifié de contrôle sur la gestion dudit organisme.

21. Cette signification du terme «gestion» n'est pas contredite par les termes «gestión» [5], «gestione» [6] et «gestão» [7] qu'utilisent, respectivement, les versions espagnole, italienne et portugaise de la directive, et le terme «diacheirísi» qu'utilise la version en langue hellénique [8].

22. Elle est même renforcée par l'usage, respectivement, des termes «Leitung» [9] et «management» [10] dans les versions allemande et anglaise, et par le recours cumulatif, en néerlandais, aux termes «activiteiten» et «beheer» [11].

23. Il semble que le terme «drift» figurant dans la version danoise puisse, lui aussi, être considéré comme équivalent du terme «gestion» [12].

24. Si nous nous tournons maintenant vers le terme «contrôle», nous devons constater que l'analyse sémantique de ce terme ne fournit malheureusement pas d'indication permettant d'arbitrer entre les deux conceptions opposées dont se prévalent, d'une part, la Commission et, d'autre part, la République française et le Royaume-Uni.

25. Ainsi, la consultation du dictionnaire *Le Petit Robert* fait apparaître que, par «contrôle», on vise aussi bien une relation de surveillance et de vérification qu'une relation de domination et de direction.

26. Certes, la première signification y est présentée comme bénéficiant de l'antériorité et la seconde comme apparue seulement au XX^{e} siècle et donnant en français au terme «contrôle» le sens que revêt en anglais le terme «control». Mais cette évolution sémantique n'est certainement pas de nature à nous permettre d'identifier sans hésitation l'acception du terme «contrôle» qu'avait en vue le législateur communautaire en 1993.

27. Toujours sur le plan sémantique, on peut noter que, lorsqu'il s'agit de décrire une situation dans laquelle «contrôle» signifie «domination», on parlera d'une entreprise qui détient le contrôle d'une autre, et non pas d'une entreprise qui exerce un contrôle sur une autre, mais que l'inverse n'est pas vrai, en ce sens que le fait d'être soumis à un contrôle n'implique pas

5 — «todo organismo...» «... cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos...»

6 — «organismo...» «... oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi...»

7 — «qualquer organismo...» «... cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou...»

8 — «κάθε οργανισμός...» «... είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς...»

9 — «jede Einrichtung...» «... die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt...»

10 — «any body...» «... or subject to management supervision by those bodies...»

11 — «iedere instelling...» «waarvan of wel de activiteiten... of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten...»

12 — «organ...» «eller hvis drift er underlagt disses kontrol...»

forcément l'existence d'un pouvoir d'interférence dans la prise de décision.

28. Face à cette impossibilité de tirer une conclusion de l'analyse du texte français de la directive, à partir duquel raisonnent le gouvernement français et la Commission, les règles d'interprétation consacrées par la jurisprudence de la Cour nous commandent de nous tourner vers ses autres versions linguistiques.

29. Les versions espagnole, italienne et portugaise, qui utilisent respectivement les termes «control», «controllo» et «controlo», et la version hellénique, qui utilise le terme «élencho», ne nous apportent pas plus de renseignements que la version française.

30. À première vue, l'utilisation, dans la version allemande, là où la version française utilise «contrôle», du terme «Aufsicht», qui est utilisé dans le langage courant pour traduire «surveillance», peut donner à penser que le législateur communautaire n'a pas entendu viser spécifiquement un contrôle impliquant un pouvoir d'ingérence.

31. Mais, il nous paraît cependant difficile de tirer les conclusions définitives du recours au terme «Aufsicht», dans la mesure où, en langue allemande, pour désigner dans une société anonyme le conseil de surveillance, c'est-à-dire l'organe qui, avec le directoire, détient le pouvoir, lorsque la société n'est pas construite suivant le modèle classique qui fait intervenir un conseil d'administration, on utilise le terme «Aufsichtsrat». En effet, dans ce mode d'administration de la société anonyme, l'«Aufsichtsrat», loin d'être un simple contrôleur du directoire, est, au contraire, associé à la gestion de la société, en ce sens qu'il n'est pas tenu à l'écart de la définition de ses objectifs et de sa stratégie.

32. Le terme «toezicht» qu'utilise la version néerlandaise suscite, mutatis mutandis, les mêmes remarques que le terme «Aufsicht» de la version allemande.

33. La version en langue anglaise de la directive ne nous éclaire pas davantage, car l'expression «management supervision» ne renseigne pas sur l'étendue des pouvoirs du contrôleur, simple surveillance de la régularité de la gestion ou possibilité d'interférer dans les décisions de gestion.

34. Au terme de cette rapide incursion dans le pluralisme linguistique propre au droit communautaire, quelle conclusion peut-on tirer?

35. Certainement pas une conclusion définitive quant au type de contrôle auquel

entendait se référer le législateur communautaire, qui nous permettrait d'aborder directement l'examen in concreto des contrôles qui pèsent sur les SA HLM pour les confronter audit type.

36. Il nous semble, cependant, que notre incursion n'a pas été inutile, car elle nous a au moins démontré que ce ne serait pas faire violence au texte que de considérer qu'un contrôle qui relève de la surveillance exercée sur la manière dont est dirigé l'organisme en cause, et non pas de l'immixtion dans sa direction, suffit pour que l'on soit en présence d'un organisme de droit public au sens de l'article 1er, sous b), de la directive.

37. L'étape suivante de notre quête sera donc l'exploration de la jurisprudence de la Cour, non pas dans l'espoir d'y trouver une définition du contrôle au sens de l'article 1er, sous b), car, si une telle définition existait, il va de soi que les parties s'y seraient référées et nous-mêmes en aurions immédiatement fait la pierre d'angle de notre raisonnement, mais pour y rechercher des éléments susceptibles de nous éclairer sur l'approche qui doit présider à l'identification des organismes de droit public entrant dans le champ d'application de la directive.

38. Le seul arrêt ayant jusqu'à ce jour abordé le problème de l'interprétation de la notion d'organisme de droit public au sens de la directive 93/37 est l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité [13].

39. Il est vrai que ladite notion, qui figure également à l'article 1er, sous b), d'une autre directive intervenue dans le domaine des marchés publics, la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services [14], a aussi été examinée dans l'arrêt BFI Holding, précité. Cet arrêt rappelle que, «en vue de donner plein effet au principe de la libre circulation, la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, point 11). Cette nécessité s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire» (point 62). Mais pour l'essentiel, il est consacré à la question de savoir ce qu'est un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. C'est donc sur l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, que notre attention doit se concentrer.

40. À notre avis, son intérêt pour l'affaire qui nous occupe ne réside pas, contraire-

13 — L'arrêt du 17 décembre 1998, Commission/Irlande (C-353/96, Rec. p. I-8565), traite de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), qui a précédé la directive en cause ici.

14 — JO L 209, p. 1.

ment à ce que suggère la Commission, dans les constatations suivantes, retenues par la Cour au point 28 de l'arrêt pour conclure que la troisième condition était remplie:

— l'«Österreichische Staatsdruckerei» (Imprimerie d'État autrichienne, ci-après l'«ÖS») a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, n'ayant pas un caractère industriel et commercial, à savoir la production de documents administratifs soumis à des degrés divers à un régime de sécurité, et possède la personnalité juridique;

— le directeur général de l'ÖS est nommé par un organe composé en majorité des membres nommés par la chancellerie fédérale ou différents ministères;

— de plus elle est soumise au contrôle de la Cour des comptes et un office de contrôle étatique est chargé de veiller aux imprimés soumis à un régime de sécurité;

— enfin, selon les déclarations faites à l'audience par la SRG la majorité des actions de l'ÖS reste dans les mains de l'État autrichien.

41. En effet, la constatation opérée quant à la désignation des organes dirigeants suffisait à elle seule à faire considérer la troisième condition comme remplie. Dès lors, la constatation opérée quant au contrôle exercé par la Cour des comptes et un office de contrôle étatique, que la Cour a d'ailleurs pris soin de faire précéder de la mention «de plus», ne saurait être considérée comme permettant de tirer des conclusions quant au degré de contrôle jugé suffisant par la Cour pour que cette condition soit remplie.

42. Tirer de pareilles conclusions serait, en l'espèce, d'autant plus hasardeux que l'avocat général Léger, dans ses conclusions dans cette affaire, a relevé que la définition, dans l'annexe I, XI, E.1, b), de l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne [15], des organismes autrichiens relevant du champ d'application de la directive fait intervenir la soumission au contrôle budgétaire de la Cour des comptes.

43. Ce qu'énonce la Cour à propos du contrôle exercé sur l'ÖS se ramène donc, d'une certaine manière, à constater que ledit organisme est précisément soumis à un contrôle dont la république d'Autriche a admis, lors de son adhésion, qu'il correspond à ce que vise la directive lorsqu'elle

15 — JO 1994, C 241, p. 21, et JO 1995, L 1, p. 1.

retient comme critère le contrôle par les pouvoirs publics.

44. L'intérêt véritable de l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, pour la question qui nous occupe réside dans la présentation synthétique des conditions qui doivent être réunies pour que l'on soit en présence d'un organisme de droit public, qu'il livre en exergue des développements consacrés à la vérification de la réunion de ces conditions dans le cas de l'ÖS.

45. On lit, en effet, à son point 20, que:

« À cet égard, il convient d'observer que, aux termes de l'article 1er, point b), deuxième alinéa, de la directive 93/37, un organisme de droit public est un organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique et *dépendant étroitement de l'État*[16], de collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. »

46. On remarquera immédiatement que la Cour, alors qu'elle rappelle en des termes empruntés directement à la directive les deux premières conditions, présente la troisième, sans s'arrêter aux trois critères alternatifs qu'elle impose de mettre en œuvre, comme se référant à un certain type de rapports avec les pouvoirs publics, la dépendance étroite. Nous pouvons donc en conclure que les trois critères qu'énonce l'article 1er, sous b), de la directive, s'agissant de la troisième condition, constituent trois moyens, pouvant être utilisés alternativement, de constater une même réalité, la situation de dépendance étroite vis-à-vis des pouvoirs publics.

47. Dès lors qu'ils sont alternatifs, mais doivent permettre de saisir la même réalité, ces critères doivent, s'agissant en quelque sorte d'instruments de mesure, présenter ce que l'on pourrait qualifier de même degré de sensibilité. Il nous paraît exclu que l'un d'entre eux puisse être interprété de telle manière qu'il fasse entrer dans la catégorie des organismes de droit public des entités présentant une situation de dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics très différente de celle des entités classées dans la même catégorie par application de l'un ou de l'autre des deux autres critères.

48. Concrètement, cela signifie que ne doivent être qualifiées d'organismes de droit public en raison du contrôle exercé sur leur gestion que des entités dont la dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics atteint la même intensité que la dépendance qui résulte d'un financement provenant majoritairement des pouvoirs publics ou

16 — Souligné par l'auteur.

que la dépendance entraînée par la nomination de plus de la moitié des membres composant les organes dirigeants par ces mêmes pouvoirs publics.

49. Cette approche pragmatique retenue par la Cour ne nous permet, certes, pas de trancher entre les deux conceptions de principe développées par la Commission, d'une part, et la République française, de l'autre, entre le caractère suffisant d'une simple surveillance de la régularité de la gestion et la nécessité de constater l'existence d'un contrôle incluant une forme d'immixtion dans la gestion. À la vérité, elle fait plus, elle transcende en quelque sorte cette opposition, en nous invitant à ne pas trop nous attarder sur la nature du contrôle exercé, mais à nous prononcer en fonction de la situation concrète créée par l'existence de ce contrôle. Cette approche nous semble en parfaite harmonie avec les objectifs des dispositions communautaires en matière de marchés publics que rappelait l'avocat général Léger lorsqu'il écrivait, au point 47 de ses conclusions relatives à l'affaire Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précitée, que:

«La législation communautaire sur les marchés publics s'est développée pour assurer, sur le plan communautaire, le respect des principes de libre concurrence, et de liberté d'établissement et de prestation de services, battus en brèche par ces comportements traditionnels et généralisés. L'objectif qui lui est assigné vise à garantir aux opérateurs économiques, quelle que soit leur origine, l'égalité d'accès aux marchés proposés, pour la réalisation de ses projets, par la puissance publique, indépendamment de la forme que celle-ci peut prendre.»

50. Dans une note en bas de page, l'avocat général a rappelé l'arrêt Beentjes, précité. Depuis lors, la Cour a précisé au point 62 de l'arrêt BFI Holding, précité, et au point 36 de l'arrêt Commission/Irlande, précité, que non seulement la notion d'État, mais également celle de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle.

51. Pour mettre en œuvre cette approche de la Cour, il nous faudra non pas nous demander à propos de chacun des contrôles pesant sur les SA HLM mis en avant par la Commission si, pris isolément et en tant que tel, il est de nature à placer lesdites sociétés dans une situation de dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, mais nous forger une opinion sur la question de savoir si, *compte tenu du cadre législatif et réglementaire dans lequel sont insérées* les SA HLM, les différents contrôles auxquels elles sont soumises créent de facto une étroite dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Il est clair, en effet, qu'un même contrôle peut faire l'objet d'une appréciation différente suivant le contexte dans lequel il s'insère. Un certain type de contrôle n'aura pas le même impact suivant que, de par les textes qui le régissent, l'organisme contrôlé dispose d'une très grande liberté quant à sa gestion ou qu'au

contraire ces mêmes textes encadrent très strictement son activité et lui imposent une ligne de gestion prédéterminée.

52. C'est pourquoi il nous paraît indispensable de nous pencher maintenant sur le statut des SA HLM et l'environnement juridique dans lequel elles s'insèrent.

Le cadre juridique dans lequel s'insèrent les activités des SA HLM

53. Les SA HLM sont des sociétés commerciales et sont régies à ce titre par la loi de 1966 sur les sociétés. Elles sont cependant d'une nature tout à fait particulière, car leur inclusion, par l'article L. 411-2 du code, dans la liste des organismes d'HLM, a pour effet leur soumission à toute une série de règles, fixées par ledit code. Certaines de celles-ci sont applicables à tous les organismes d'HLM, dont notamment les offices publics d'HLM et les OPAC, d'autres visent spécifiquement les SA HLM.

54. C'est ainsi que, en vertu de l'article L. 422-2 du code, elles ont pour objet de réaliser, dans les conditions fixées par leurs statuts, principalement en vue de la location, les opérations prévues à l'article L. 411-1. Ledit article L. 411-1 énumère ces opérations dans les termes suivants:

« Les dispositions du présent livre ont pour objet de fixer les règles relatives à la construction, l'acquisition, l'aménagement, l'assainissement, la réparation, la gestion d'habitations collectives ou individuelles, urbaines ou rurales, répondant aux caractéristiques techniques et de prix de revient déterminées par décision administrative et destinées aux personnes et aux familles de ressources modestes... »

55. On notera que non seulement c'est la loi qui fixe le type de clientèle à laquelle les SA HLM offrent leurs services, mais que c'est par décision administrative que sont fixés les caractéristiques techniques et les prix de revient des logements pour lesquels peuvent intervenir ces sociétés.

56. La constitution d'une SA HLM doit s'opérer dans le respect de statuts types, annexés à l'article R. 422-1 du code. Ces statuts types sont extrêmement détaillés. On y relève, au niveau de l'objet social de la société, une distinction entre l'objet principal, la location de logements, moyennant un loyer fixé conformément aux règles posées par le code, et la construction de tels logements, et l'objet accessoire, qui fait l'objet d'une énumération de 17 types d'activités très précisément définies.

57. Les statuts types précisent que la cession des actions doit se faire à un prix ne dépassant pas un plafond, dont ils définissent le mode de calcul, et qu'elle nécessite, sauf lorsqu'elle intervient dans un cadre familial, l'agrément du conseil d'administration ou de surveillance, lequel n'a pas à faire connaître les motifs de son agrément ou de son refus.

58. Le mandat des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SA HLM est exercé à titre gratuit, sous réserve d'une possibilité de versement aux titulaires d'un tel mandat qui exercent une activité salariée d'une indemnité forfaitaire d'un montant calculé par application de dispositions du code.

59. Si un bénéfice est réalisé, il ne peut être distribué un dividende supérieur à un certain niveau.

60. Selon le point 11 de ces statuts types,

«Dans le mois suivant celui au cours duquel s'est tenue l'assemblée générale ordinaire réunie en application de l'article 157 de la loi du 24 juillet 1966 précitée, la société adresse au représentant de l'État dans le département du siège, à la Caisse des dépôts et consignations et au ministre chargé du logement, l'ensemble des documents comptables et les rapports présentés à l'assemblée des actionnaires ainsi que le compte-rendu de celle-ci.

En cas de report de l'assemblée générale des actionnaires, la décision de justice accordant un délai supplémentaire doit être adressée dans les mêmes conditions.»

61. Le fait pour une SA HLM de se fondre dans ces statuts types n'est pas cependant suffisant pour lui permettre d'entreprendre son activité, car l'article L. 422-5 du code impose l'exigence d'un agrément par voie de décision administrative, agrément qui, en vertu de l'article R. 422-16, est délivré par le ministre chargé de la construction et de l'habitation, après avis du conseil départemental de l'habitat et du conseil supérieur des habitations à loyer modéré.

62. On relèvera que l'ancienne version des statuts types[17], annexée par erreur à la requête de la Commission, prévoyait la présence d'un commissaire du gouvernement, dont les compétences étaient définies dans les termes suivants:

«Lorsque la société est titulaire de l'agrément prévu au premier alinéa de l'article R. 422-4 du code de la construction et de

17 — Version résultant du décret n° 91-385, du 23 avril 1991, remplacé par le décret n° 93-749, du 27 mars 1993.

l'habitation, un commissaire du Gouvernement, désigné par arrêté du ministre chargé du logement, a tous les pouvoirs d'investigations sur pièces et sur place.

Il assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration et peut, le cas échéant, provoquer leur réunion. Il reçoit, dans les mêmes conditions que les membres du conseil d'administration, les convocations, ordres du jour et tous les autres documents qui doivent lui être adressés avant chaque séance. Il reçoit également copie des procès-verbaux desdites séances ainsi que des décisions prises par délégation du conseil d'administration.

Il peut également demander un nouvel examen de tout ou partie d'une délibération prise par le conseil d'administration, et ce dans les quinze jours qui suivent sa date de réception. Cet examen doit avoir lieu dans un délai maximum de quinze jours. L'exécution de la délibération en cause est alors suspendue jusqu'au nouvel examen.

Il fournit au ministre chargé du logement un rapport annuel sur l'activité de la société.

La rémunération du commissaire du Gouvernement, qui est à la charge de la société, est fixée par l'arrêté de nomination en application d'un barème défini par arrêté interministériel. »

63. Si cette disposition n'avait pas été supprimée en 1993, même le recours à une notion de contrôle de la gestion incluant un pouvoir d'immixtion, telle celle que retiennent la République française et le Royaume-Uni, conduirait à considérer que les SA HLM sont des organismes publics au sens de l'article 1er, sous b), de la directive.

64. Il résulte cependant des autres dispositions que doivent comporter obligatoirement leurs statuts, que nous venons d'exposer, que les SA HLM sont très étroitement encadrées, tant au niveau de ce qu'elles peuvent entreprendre comme activité qu'à celui de leur mode de fonctionnement et de l'utilisation de leurs capitaux, et que le profil de l'actionnaire d'une telle société est sans doute fort différent de celui d'une société anonyme qui n'est soumise qu'à la loi de 1966.

65. Cet encadrement ne doit, bien entendu, pas être confondu avec le contrôle auquel se réfère l'article 1er, sous b), de la directive. L'existence de règles, pour précises qu'elles soient, que doit respecter un organisme est une chose, le contrôle sur sa gestion en est une autre. En effet, si la surveillance de respect desdites règles et la sanction de leur violation ne pouvaient être assurées que par les tribunaux, il ne saurait être question de parler de contrôle par l'État, une collectivité publique ou un organisme de droit public.

66. Mais ce très strict encadrement ne peut être ignoré lorsqu'il s'agit de déterminer si

les SA HLM sont dans une situation de dépendance étroite vis-à-vis des pouvoirs publics.

67. En effet, si les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect aboutira immanquablement à une emprise des pouvoirs publics qui ne se différenciera pas beaucoup de celle que créent la nomination par ces derniers de la majorité des membres des organes dirigeants ou un financement majoritairement public, en ce sens que la gestion sera celle voulue par les pouvoirs publics et que le contrôle ne sera qu'un instrument venant parachever une domination, dont les règles d'encadrement auront créé les conditions.

68. En d'autres termes, et pour en revenir à l'approche dégagée par l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, en présence d'un encadrement normatif strict, le contrôle tel que l'entend la Commission dans son interprétation de l'article 1er, sous b), de la directive, produit, du point de vue de la dépendance étroite vis-à-vis des pouvoirs publics, le même résultat que produirait, en l'absence d'un tel encadrement, le contrôle au sens dudit article tel que le conçoit la République française.

Les contrôles en cause

69. Voyons maintenant si les différents contrôles dont fait état la Commission sont tels que l'on doive conclure qu'ils placent les SA HLM dans une situation de dépendance étroite par rapport aux pouvoirs publics.

70. La première disposition du code qu'invoque la Commission, pour établir que les SA HLM sont soumises à un contrôle de leur gestion par les pouvoirs publics, est l'article L. 422-7. Celui-ci dispose que:

«En cas d'irrégularités graves, de faute grave dans la gestion ou de carence du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance d'une société d'habitations à loyer modéré ou de crédit immobilier, le ministre chargé de la construction et de l'habitation peut, après avoir entendu les observations de la société ou celle-ci ayant été dûment appelée à les présenter, prononcer sa dissolution et nommer un liquidateur.»

71. Cette disposition appelle trois observations.

72. En premier lieu, il ne nous semble pas possible de soutenir que les trois situations visées concernent toutes les trois des déficiences dans la tenue de la comptabilité, des malversations ou des cas de corruption. Ces hypothèses relèvent essentiellement de la catégorie des «irrégularités graves».

73. En revanche, la «faute grave dans la gestion» peut difficilement viser autre chose que des décisions des organes prises à mauvais escient, par exemple en violation des objectifs que doit poursuivre la société, ou des décisions imprudentes sur le plan financier.

74. Enfin, le reproche de «carence» concerne des abstentions fautives ou un manque général de dynamisme.

75. Force est donc de conclure que ces deux dernières catégories relèvent de la politique de gestion et non pas du contrôle de la régularité.

76. En second lieu, l'on voit mal comment le ministre chargé de la construction et de l'habitation (ci-après le «ministre») pourrait déceler «une faute grave dans la gestion» ou une «carence» s'il n'opère pas, au moins à intervalles réguliers, un contrôle de cette gestion. Ce contrôle est effectivement rendu possible par l'obligation dans laquelle se trouve la société d'adresser au ministre et à d'autres autorités non seulement l'ensemble des documents comptables, mais surtout les rapports présentés à l'assemblée générale, ainsi que le compte-rendu de celle-ci (voir point 11 des statuts types, mentionné ci-dessus).

77. En troisième lieu, il est incontestable que les pouvoirs que confère cet article au ministre vont très loin, puisqu'ils permettent à ce dernier de décider, s'il lui apparaît que la gestion est gravement déficiente, de dissoudre une SA HLM.

78. La disposition suivante, l'article L. 422-8 [18], qu'invoque également la Commission, ouvre au ministre la possibilité de recourir à une mesure moins grave que la dissolution, la suspension des organes dirigeants, mais celle-ci s'accompagne de mesures drastiques quant à la gestion de la société, puisque celle-ci passe provisoirement entre les mains d'un administrateur provisoire nommé par le ministre.

18 — Dans les cas prévus à l'article L. 422-7, le ministre chargé du logement peut se borner à suspendre le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et le directoire, ou ce dernier seulement, par arrêté motivé, et nommer un administrateur provisoire auquel est transféré, de plein droit, l'ensemble des pouvoirs du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et du directoire pour la continuation des opérations en cours.
La mission de l'administrateur provisoire prend fin soit à la désignation d'un nouveau conseil d'administration ou d'un nouveau conseil de surveillance par l'assemblée générale réunie au plus tard avant l'expiration d'un délai d'un an, renouvelable une fois à dater de la décision ministérielle, soit, à défaut de cette désignation, à la nomination d'un liquidateur par le ministre chargé de la construction et de l'habitation.
Pendant une durée de deux ans à l'issue de la mission de l'administrateur provisoire, ce dernier doit être convoqué et peut assister à toutes les réunions du conseil d'administration ou du nouveau conseil de surveillance de la société et aux assemblées générales des actionnaires.
Si, au cours de cette période, il constate que les mesures indispensables de redressement de la société ne sont pas adoptées ou ne sont pas exécutées, il en informe le ministre chargé de la construction et de l'habitation. Celui-ci, en accord avec le ministre de l'Économie et des Finances, peut, après avoir entendu les observations de la société, soit procéder à la dissolution et à la liquidation de l'organisme en cause, soit suspendre à nouveau le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et nommer un administrateur provisoire en déterminant la durée de son mandat. Cet administrateur doit, avant l'expiration de son mandat, réunir une assemblée générale en vue de procéder à la désignation d'un nouveau conseil d'administration ou d'un nouveau conseil de surveillance. A défaut de cette désignation, il sera procédé à la dissolution et à la liquidation de l'organisme.

79. Il ne s'agit donc même plus d'une interférence de la gestion, mais du transfert des pouvoirs de gestion à une personne choisie par les pouvoirs publics.

80. De plus, la fin de la mission de cette dernière ne s'accompagne pas du retour au statu quo ante, puisque la société devra se soumettre pendant deux ans à une surveillance renforcée [19].

81. Toujours dans la partie législative du code, la Commission a relevé les articles L. 423-1 et L. 423-2 [20], qui permettent au ministre aussi bien de prononcer la liquidation d'une SA HLM dont l'activité est trop réduite que d'obliger, au contraire, une SA HLM dont l'activité dépasse un volume préfixé de céder à un autre organisme d'HLM une partie de son parc locatif.

82. De telles mesures permettent incontestablement au ministre de faire prévaloir un certain profil de gestion ou, tout au moins, soit d'imposer un minimum de dynamisme dans la gestion, soit d'empêcher la constitution de SA HLM revêtant le caractère de véritables empires immobiliers.

83. Le code ne se contente cependant pas, comme le relève la Commission, de prévoir des interventions ministérielles visant soit à porter remède à une gestion caractérisée par des fautes graves ou des déficiences, soit à faire respecter les limites à l'intérieur desquelles doit s'exercer l'activité des SA HLM. Il pose, en effet, en principe général, dans son article L. 451-1, la soumission des organismes d'HLM, et donc des SA HLM, «au contrôle de l'administration». L'article R. 451-1 précise que tous les organismes d'HLM, quels que soient leur nature juridique et le mode de financement de leurs opérations, «sont soumis au contrôle du ministre chargé des finances et du ministre chargé de la construction et de l'habitation». Pour assurer la pleine efficacité de ce contrôle, l'article L. 451-2 [21], étend ledit

19 — La Commission aurait aussi pu faire référence à l'article L. 422-6, qui prévoit des mesures de suspension individuelle de membres des organes dirigeants, et à l'article L. 422-9, qui prévoit que:
«Dans le cas où une société d'habitations à loyer modéré ou de crédit immobilier s'est abstenue, pendant une période de deux ans, de transmettre à l'autorité administrative compétente les documents administratifs et comptables énumérés par le décret prévu à l'article L. 423-3, ou si elle est dans l'impossibilité de renouveler son conseil d'administration ou de tenir une assemblée générale des actionnaires, l'autorité administrative peut prononcer sa dissolution et nommer un liquidateur, dans des conditions précisées par décret, soit à la demande des associés possédant la majorité du capital, soit à la demande du représentant de l'État dans le département soit de sa propre initiative.»

20 — Article L. 423-1:
«Tout organisme d'habitations à loyer modéré qui gère moins de 1 500 logements et qui n'a pas construit au moins 500 logements ou accordé 300 prêts pendant une période de dix ans peut être dissous et un liquidateur désigné par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation et, lorsqu'il s'agit d'un office public d'habitations à loyer modéré ou d'un office public d'aménagement et de construction, par arrêté conjoint dudit ministre et du ministre de l'intérieur.
Tout organisme d'habitations à loyer modéré gérant plus de 50 000 logements peut être mis en demeure, par arrêté du ministre chargé de la construction et de l'habitation, de céder tout ou partie des logements excédant ce nombre à un ou plusieurs organismes nommément désignés.»

21 — Les fonctionnaires chargés du contrôle prévu à l'article précédent peuvent, dans l'intérêt exclusif de ce contrôle, consulter, dans les bureaux des architectes ou entrepreneurs ayant traité avec des organismes soumis à ce même contrôle, tous documents comptables, copies de lettres, pièces de recettes et de dépenses.
Tout refus de communication dûment constaté entraîne à la charge de son auteur une amende de 60 000 FRF.

contrôle aux documents détenus par les architectes et entrepreneurs ayant traité avec les organismes d'HLM, en assortissant le refus de s'y plier de lourdes sanctions pécuniaires.

84. On notera que l'article L. 451-1 ne limite aucunement l'étendue du contrôle que peuvent exercer les pouvoirs publics sur les SA HLM, par exemple en précisant que ledit contrôle est un simple contrôle de régularité.

85. En fait, les pouvoirs publics ont à leur disposition, en dehors des moyens déjà décrits ci-dessus, toute une série d'instruments leur permettant d'orienter la gestion des SA HLM. La Commission en fournit deux exemples.

86. En premier lieu, l'article R. 423-72 du code, qui soumet une décision relevant manifestement de la gestion d'une société, à savoir la revalorisation de l'actif, à l'accord préalable du ministre.

87. En second lieu, le décret n° 93-236, du 22 février 1993, portant création de la mission interministérielle d'inspection du logement social. En vertu de l'article 3 dudit décret:

« La mission est chargée du contrôle des personnes physiques ou morales intervenant dans le domaine du logement social.

Elle contrôle sur pièces et sur place les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés au moyen de financements aidés ou réglementés par l'État ou faisant l'objet d'une convention avec celui-ci, ou adossés à des ressources défiscalisées.

...

Elle peut être chargée par les ministres dont elle relève de contrôles et d'enquêtes ainsi que d'études, d'audits ou d'évaluations dans le domaine du logement social.

Elle formule des propositions sur les suites à donner à ses rapports d'inspection et s'assure de la mise en œuvre par les personnes contrôlées des mesures prises par les ministres dont elle relève.

La mission apporte, à leur demande, son soutien aux services déconcentrés des ministères chargés de l'économie, des finances, du budget et de l'équipement. »

88. À l'évidence, cet organisme ne se contente pas d'observer. Il peut élaborer à l'intention du ministre des propositions touchant à la gestion des différents organismes d'HLM et, si le ministre les adopte, il s'assurera qu'elles sont effectivement mises en œuvre.

89. La République française ne conteste évidemment pas l'existence de ces différentes formes de contrôle.

90. S'agissant des différentes hypothèses d'intervention du ministre relevées par la Commission dans le code, elle met l'accent sur le fait qu'elles correspondent à des situations très particulières, qui ne se présentent que très rarement en pratique.

91. S'agissant du pouvoir général de contrôle du ministre elle fait valoir que:

«Il convient de souligner qu'il s'agit en l'espèce de contrôles inopinés sur place et sur pièces. Ils consistent en une vérification de la comptabilité des organismes. Les fonctionnaires peuvent réclamer la présentation des fonds, des valeurs et de tous documents. Ils peuvent exiger tous renseignements avec pour seule limite de ne pas s'ingérer dans le fonctionnement des services. L'aboutissement de ce contrôle prend la forme d'un rapport où les fonctionnaires-inspecteurs se contentent de signaler les malversations ou les abus au ministre. En définitive, cette mission d'inspection constitue plus une menace qui pèse constamment sur les organismes susceptibles d'être visités que d'un contrôle de gestion au sens strict d'où déboucheraient des décisions prises en termes de choix de stratégie ou d'investissement.»

92. Nous croyons cependant avoir démontré ci-dessus, à propos de l'article L. 422-7 du code et des statuts types auxquels doivent se plier les SA HLM, que le contrôle de l'autorité publique est plus large et qu'il concerne tous les documents soumis à l'assemblée générale et les rapports de celle-ci.

93. S'agissant de la mission interministérielle d'inspection du logement social, la République française fait valoir, dans son mémoire en duplique, que

«... la MILOS n'est pas en mesure d'adresser des injonctions ou des instructions aux organismes qu'elle contrôle. Ces inspections se concluent par un rapport contradictoire intégrant les réponses de l'organisme aux points positifs ou négatifs mis en

lumière par l'inspection et peuvent comporter des propositions ou des recommandations s'adressant aussi bien à l'organisme lui-même qu'à l'administration de tutelle. Le rapport est ensuite transmis, outre au président de l'organisme contrôlé, aux tutelles administratives locales (le Préfet et le Trésorier Payeur Général) et nationales (ministres chargés respectivement du Trésor et du Logement). Par sa nature et par ses destinataires, un rapport de la MILOS a donc bien valeur de contrôle administratif avec une portée de diagnostic et d'information. Si le comité directeur de la MILOS ou sa commission permanente veille aux suites à donner aux observations, la MILOS ne fait que préconiser des recommandations conduisant le cas échéant à une négociation avec l'organisme lui-même pour l'amener à évoluer, en particulier si sa situation économique devient critique.»

94. Mais, là encore, l'argumentation nous semble porter à faux, car ces inspections viennent s'ajouter aux autres contrôles déjà décrits. Il n'est, d'ailleurs, pas sans intérêt de relever que, aux dires mêmes de la République française, ladite mission peut être amenée à entrer en négociations avec l'organisme contrôlé «pour l'amener à évoluer».

95. À notre avis, dès lors que l'on se place dans la ligne de l'arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., précité, on ne peut que donner raison à la Commission, car tout concourt à démontrer qu'en fait les SA HLM sont, de par les contrôles qu'exercent les pouvoirs publics sur leur gestion, placées dans une situation d'étroite dépendance vis-à-vis de ces derniers.

96. Reste une dernière difficulté qui tient à la manière dont la Commission a conclu à la constatation d'un manquement. Dans son recours, elle demande, en effet, à la Cour de constater que, à l'occasion de différentes procédures d'adjudication de marchés publics concernant la construction de logements effectués par des OPAC et par des SA HLM, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37, et plus particulièrement de son article 11, paragraphe 2. À notre avis, il est difficile d'adjuger à la Commission ses conclusions dans ces termes.

97. Dès lors que la Commission ne demande pas à la Cour de constater un manquement aux obligations créées par la directive 93/37 tenant au fait que la République française n'a pas pris les dispositions nécessaires pour imposer aux OPAC et aux SA HLM de publier au *Journal officiel des Communautés européennes*, série S, leurs avis de marchés dans le cas où leur valeur dépasse le seuil fixé par ladite directive, ce qui n'aurait pas présenté de difficultés, étant donné que c'est bien ce point qui a été discuté durant la procédure, il nous semble que la Cour devrait se limiter à constater l'existence d'un manquement dans les trois hypothèses concrètes relevées par la Commission.

Conclusion

98. Compte tenu des développements qui précèdent, nous proposons à la Cour de:

— constater que, n'ayant pas pris les dispositions nécessaires pour que l'Office public d'aménagement et de construction du Val-de-Marne, la Société anonyme d'habitation à loyer modéré Logirel de Lyon et l'Office public d'aménagement et de construction de Paris fassent publier dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, série S, les avis de marchés qu'ils ont publiés, respectivement, au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* du 7 février 1995, au *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* du 16 février 1995 et au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* du 16 février 1995, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, plus particulièrement de son article 11, paragraphe 2;

— condamner la République française aux dépens.