

RÉGLEMENTATION

COMMANDE PUBLIQUE

La passation de marchés via les sociétés de coordination

Le regroupement des organismes HLM invite à une mutualisation des achats.
Avec un outil privilégié, la centrale d'achat.

Depuis le 1er janvier 2021, les organismes d'HLM et sociétés d'économie mixte agréées gérant moins de 12 000 logements locatifs sociaux ont, sous réserve d'exceptions limitatives, l'obligation d'appartenir à un groupe (art. L. 423-2 et L. 481-1-2 du Code de la construction et de l'habitation [CCH]). La souscription au capital d'une société de coordination (SAC) constituée et agréée sur le fondement de l'article L. 423-1-2 du CCH est une des modalités permettant de satisfaire cette obligation (art. L. 423-1-1 2° du CCH).

L'appartenance de ces organismes à un groupe constitué sous l'égide d'une SAC a des impacts en termes de commande publique. En effet, ladite société et les organismes associés sont des pouvoirs adjudicateurs soumis au Code de la commande publique (art. L. 421-26 du CCH pour les OPH, L. 433-1 du CCH pour les organismes privés d'HLM et L. 481-4 du CCH pour les SEM agréées). En outre, la SAC exerce la compétence obligatoire suivante : « Définir et mettre en œuvre une politique d'achat des biens et services, hors investissements immobiliers, nécessaires à l'exercice par les associés de leurs activités » (art. L. 423-1-2 3° du CCH).

Ceci nécessite donc de préciser l'encadrement applicable aux relations entre la SAC et ses associés et les modalités de mise en œuvre de la politique d'achat des biens et services du groupe.

Les relations entre la société de coordination et ses associés

Les SAC exercent, pour le compte de leurs associés, des compétences obligatoires définies par l'article L. 423-1-2 du CCH et leurs clauses types statutaires (annexes à l'article R. 423-86 du CCH). Elles peuvent aussi exercer des compétences facultatives les amenant à intervenir comme prestataires de services au profit de leurs associés (par exemple, afin de les assister dans toutes leurs interventions sur des immeubles qui leur appartiennent ou qu'ils gèrent).

Prestations de gré à gré. Elles peuvent se prévaloir, pour ce faire et afin de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence, de l'exception de quasi-régie (ou « in house ») [art. L. 2511-3 du Code de la commande publique, CCP] exercée, en particulier, conjointement entre les organismes associés (art. L. 2511-4 du CCP). Cette exception permet également aux organismes associés de réaliser des prestations de gré à gré pour le compte de la SAC (art. L. 2511-2 1° du CCP : hypothèse dite « ascendante »).

Critères de la quasi-régie. Les critères cumulatifs permettant de caractériser la quasi-régie sont les suivants : - l'existence d'un contrôle analogue conjoint par les pouvoirs adjudicateurs sur la personne morale contrôlée ; - le respect d'un seuil mi-

nimal (80 %) d'activité réalisée par la personne morale dédiée au bénéfice du pouvoir adjudicateur qui la contrôle ; - l'absence de participation directe de capitaux privés au sein de la personne morale contrôlée, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

L'intégration, même minoritaire, d'une entité n'étant pas soumise à la commande publique, est susceptible d'exclure la caractérisation de la quasi-régie.

La satisfaction des deux derniers critères ne fait pas de doute s'agissant de la SAC, dès lors que : - elle exerce la totalité de ses compétences obligatoires et facultatives au bénéfice de ses membres, conformément à son objet social défini par la loi et ses clauses types réglementaires (art. L. 423-1-1 et art. 4 des annexes à l'article R. 423-86 du CCH) ; - l'ensemble de ses associés et actionnaires sont, en principe, des organismes de logement social (HLM ou SEM agréées), pouvoirs adjudicateurs par qualification législative (voir art. L. 423-2 et L. 481-1-2 du CCH). Il ne s'agit donc pas de participation directe de capitaux privés, au sens du droit de la com-

mande publique, nonobstant la nature privée de certains de ces organismes en droit interne (1).

Il conviendra néanmoins de demeurer vigilant quant à la possibilité d'intégrer à l'actionnariat de la société des entreprises publiques locales non agréées (SPL, SEM ou encore Semop) [art. L. 423-1-3 du CCH] dont la qualification de pouvoir adjudicateur relève d'une analyse au cas par cas. En effet, l'intégration, même minoritaire, d'une entité n'étant pas soumise à la commande publique, est susceptible d'exclure la caractérisation de la quasi-régie.

Contrôle analogue conjoint. Ceci étant exposé, les SAC et leurs associés devront en outre caractériser l'existence d'un contrôle analogue conjoint. Classiquement (art. L. 2511-4 du CCP), ceci nécessite de démontrer que tous les organismes associés sont représentés au sein des instances décisionnelles (même indirectement) [2], l'exercice conjoint d'une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la société (excluant une participation minoritaire purement symbolique sans aucune influence) [3] et l'absence de poursuite d'intérêts contraires.

Il doit être relevé qu'aux termes d'une réponse apportée le 17 mars 2022 à la Fédération des OPH, la sous-direction du droit de la commande publique de la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Economie a confirmé qu'il n'existe pas d'obstacle structurel à la caractérisation du contrôle analogue résultant de l'exercice, par la SAC, d'une forme de contrôle réciproque sur ses associés (4). En effet, ce sont les représentants des organismes associés, majoritaires au sein des instances de la société, qui déterminent la manière dont la SAC exerce son activité, y compris la manière dont elle

les contrôle en retour. Ceci lève, à notre sens, les doutes qui ont pu être exprimés concernant la poursuite, de ce fait, d'intérêts contraires susceptibles de faire obstacle au contrôle analogue.

Il résulte de tout ce qui précède qu'un aménagement pertinent de la gouvernance de la SAC peut permettre de caractériser les conditions de l'exception de quasi-régie, permettant de déroger aux règles de la commande publique dans le cadre des relations entre la SAC et les organismes qui y sont associés.

La mise en œuvre de la politique d'achat des biens et services du groupe

Dans ce cadre, la SAC peut mettre en œuvre une politique de mutualisation des achats en recourant aux dispositifs prévus par le Code de la commande publique.

Il doit être rappelé que cette mutualisation exclut les « investissements immobiliers » (art. L. 423-1-2 3° du CCH). A cet égard, la grande majorité des marchés de travaux des organismes associés d'une SAC demeureront, en tout état de cause, conclus directement par ces derniers. En revanche, des marchés de « petits travaux » (par exemple d'entretien de bâtiments existants) pourraient être mutualisés. Et, s'agissant de services, les marchés de maîtrise d'œuvre sont mutualisables sans restrictions.

En l'absence de patrimoine et eu égard au caractère limité de son activité propre, la SAC a rarement vocation à intégrer un groupement de commandes constitué avec les organismes qui y sont associés, afin d'assurer un rôle de coordonnateur. Les organismes associés conservent néanmoins la possibilité de consti-

tuer, entre eux, un groupement de commandes en vue de la passation de marchés répondant conjointement à leurs besoins (art. L. 2113-6 du CCP). Il s'agit de l'hypothèse de mutualisation la moins intégrée.

Centrale d'achat grossiste ou intermédiaire. Alternativement, la SAC peut être érigée en centrale d'achat, conformément à l'article L. 2113-2 du CCP. Il s'agit du schéma retenu, en pratique, par un nombre grandissant de SAC (5).

Conformément à cet article, la SAC érigée en centrale d'achat peut intervenir dans le cadre d'une mission de : - grossiste : à ce titre la centrale acquiert les fournitures ou services destinés aux organismes membres. L'acheteur n'a alors pas de lien contractuel avec le fournisseur ou le prestataire de services. Les actes d'exécution du marché public, comme la résiliation par exemple, doivent donc être effectués par la centrale d'achat, seule cocontractante du fournisseur ou du prestataire de services.

La société de coordination érigée en centrale d'achat peut intervenir dans le cadre d'une mission de grossiste ou d'intermédiaire.

- intermédiaire : la centrale passe les marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés aux organismes membres. Dans ce cadre, l'acheteur a un lien contractuel avec le fournisseur ou le prestataire, la centrale agissant au nom et pour le compte des membres. Cette dernière est au minimum responsable de la procédure de passation et de sa légalité. D'autres interventions sont pos-

sibles (au stade de l'exécution notamment) mais doivent, dans ce cas, être expressément prévues par des clauses particulières.

Il doit être observé que rien n'exclut qu'une même centrale d'achat puisse, à la fois, intervenir en tant que grossiste et intermédiaire selon les marchés (6).

D'un point de vue comparatif, le format « grossiste » permet de confier clairement et globalement les fonctions de passation et d'exécution à la centrale dans un cadre juridique unifié (soit des marchés privés, eu égard à la nature juridique de la SAC). Les OPH, personnes morales de droit public, perdent néanmoins le bénéfice de certaines clauses exorbitantes de droit public (7).

Le format « intermédiaire » peut emporter une complexité opérationnelle lorsque des entités de nature juridique distincte (publique et privée) sont associées de la SAC. Il permet néanmoins une plus grande flexibilité avec la possibilité de confier à la

centrale des missions à géométrie variable (exemple : avenants, marchés subséquents, pénalités, etc.), ou de conserver la totalité des missions d'exécution au sein des organismes.

Marchés hybrides. A notre connaissance, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur l'exécution d'un marché conclu par une centrale d'achat intermédiaire pour le compte de bénéficiaires « mixtes » (publics et privés). Mais par analogie avec la jurisprudence récente du Tribunal des conflits relative aux groupements de commandes hybrides, il semble pouvoir être considéré qu'au stade de l'exécution, d'éventuels litiges postérieurs à la signature du marché relèveront de règles de droit privé lorsqu'ils concernent les acheteurs bénéficiaires privés et de droit public lorsqu'ils concernent les acheteurs bénéficiaires publics (8). En pratique, les SAC à l'actionnariat mixte recourant à ce schéma devront donc accorder une vigilance particulière à la rédaction de leurs marchés, en distinguant éventuellement certaines clauses dont l'applicabilité dépendra de la

nature juridique de l'associé au profit duquel le marché a été conclu.

Le caractère hybride de ces marchés devrait également faire l'objet d'une vigilance particulière de la part des entreprises soumissionnaires, afin de mesurer la portée de leurs engagements contractuels en fonction des bénéficiaires de la centrale. Elles porteront aussi une attention particulière à l'éventuelle répartition des missions d'exécution entre la centrale d'achat et ses bénéficiaires, afin de s'adresser à l'interlocuteur adéquat. Par exemple, il est possible que la répartition prévoie que l'exécution opérationnelle telle que le paiement des prestations, l'application des pénalités, etc. relève de la responsabilité des organismes bénéficiaires, mais que des actes tels que la résiliation du marché relève de la responsabilité de la centrale d'achat. ■

Par Sophie Imbault, avocate associée, Earth Avocats

ENCADRÉS DE L'ARTICLE

Ce qu'il faut retenir

Les sociétés de coordination, constituées dans le cadre des mouvements de rapprochement des organismes de logement social depuis la loi Elan, sont un outil important de mutualisation.

D'une part, elles permettent de mutualiser les moyens en exerçant leurs compétences au profit de leurs associés.

Dans ce cadre, la caractérisation d'une exception de quasi-régie (ou « in house ») ouvre une dérogation aux règles de publicité et de mise en concurrence s'agissant des prestations entre la société et les organismes (ascendantes ou descendantes).

D'autre part, la mise en œuvre d'une politique d'achat des biens et services au sein du groupe conduit un nombre grandissant d'organismes à ériger leur société de coordination en centrale d'achat. Celle-ci intervient alors, au profit de ses membres, en tant que grossiste et/ou intermédiaire. Les entreprises ont donc tout intérêt à accorder une attention particulière aux procédures de passation mises en œuvre par ces sociétés en vue de répondre aux besoins de leurs associés, étant précisé que les achats relatifs aux investissements immobiliers demeureront directement portés par les organismes.

