

LE
DU DIRECTEUR
GÉNÉRAL
D'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT

GUIDE
JURIDIQUE

Mars 2018



ET

Directeurs Généraux OPH
LA FÉDÉRATION NATIONALE

Guide rédigé par
M^e Lorène CARRERE et M^e Marjorie ABBAL
du Cabinet Seban & Associés.

comité de relecture
Patrick BAUDET, Christophe BOUSCAUD, Jean-Claude METAYER,
Jean-Christophe MARGELIDON et Anne SARRAZIN.

ÉDITORIAL

Voici la quatrième édition du guide à l'attention des directeurs généraux d'Offices Publics de l'Habitat. Ce document qui résulte d'un travail commun entre les services de la Fédération des OPH, les représentants de la Fédération nationale des Directeurs Généraux d'OPH et le Cabinet Seban & Associés intègre les derniers textes publiés et les nouvelles jurisprudences.

L'objectif de ce guide est de sécuriser le cadre juridique au sein duquel évolue le directeur général. Il ne peut le faire de manière effective qu'en tenant compte des transformations qui affectent notre champ professionnel. C'est pourquoi la réflexion prend en compte l'impact des éventuelles fusions et des rapprochements sur la position du directeur général. Cette réflexion n'en est qu'à ses débuts et s'exprime en accompagnement du parcours du projet de loi ELAN (celui-ci devrait commencer à être discuté au Parlement à compter des mois d'avril ou mai 2018 pour être définitivement adopté à l'automne de cette année).

Dans ce cadre, la Fédération des offices a présenté et défend un projet de groupe territorialisé « horizontal » - ou communauté d'organismes – permettant de prendre en compte la spécificité de nos organismes. La discussion avec le Gouvernement est engagée et se poursuit. Les directeurs généraux sont naturellement au cœur de ces projets territoriaux et vont contribuer à les impulser. Il convient, dès maintenant, de se poser les bonnes questions pour qu'ils trouvent, en toute sécurité juridique, toute la place qui doit être la leur au sein de ce dispositif.

La forme initiale du guide est maintenue avec, dans quelques encadrés, les évolutions potentielles.

Le président de la Fédération des OPH
Alain CACHEUX

Le président de la FNDOPH
Patrick BAUDET

SOMMAIRE

Introduction	6
I. La procédure de recrutement du directeur général	8
II. Le contrat du directeur général	11
1. Les dispositions de référence	
2. La durée du contrat	
• Le cas du directeur général qui n'a pas la qualité de fonctionnaire en position de détachement	
• Le cas du directeur général qui a la qualité de fonctionnaire en position de détachement	
3. La rémunération	
• La part forfaitaire	
• La part variable	
4. Les avantages annexes	
5. La protection sociale	
6. Les congés	
• Les congés pour raison de santé	
• Les congés annuels	
• Les congés non rémunérés pour raisons familiales ou personnelles	
• Les congés maternité, paternité et adoption	
• La réduction du temps de travail et le compte épargne-temps	
III. L'exercice des fonctions du directeur général	28
1. La déclaration de patrimoine et la déclaration d'intérêts	
2. Les compétences du directeur général	
3. Le régime des délégations de signature et la question de la délégation de pouvoirs	
• Le régime des délégations de signature	
• La question de la délégation de pouvoirs et l'hypothèse de l'intérim	

IV. La mise en cause de la responsabilité du directeur général	40
1. Rappel des possibilités de mise en cause de la responsabilité du directeur général	
1.1. La responsabilité « civile »	
1.2. La responsabilité pénale des OPH et de leurs dirigeants	
- 1.2.1. Les grands principes de la responsabilité pénale	
- 1.2.2. Aperçu des infractions pénales applicables aux dirigeants	
• Le délit de favoritisme	
• La prise illégale d'intérêts	
• Les atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui et la mise en danger	
- 1.3. La responsabilité devant les juridictions financières	
2. L'assurance des risques encourus par un directeur général d'OPH	
2.1. Le bénéfice de la protection fonctionnelle	
2.2. La nécessité d'une assurance individuelle complémentaire	
V. La fin du contrat du directeur général.....	48
1. La démission ou la demande de fin anticipée de détachement	
2. Le licenciement	
3. L'admission à la retraite	
4. Le décès	
5. La convention de rupture	
6. Le cas de la fusion entre OPH	
Clauses-types.....	57
Liste des questions-réponses.....	62
Textes de référence.....	64

INTRODUCTION

Le directeur général est l'**organe exécutif de l'Office Public de l'Habitat** (OPH) et dirige de ce fait l'activité de l'OPH, dans le cadre des orientations générales fixées par le conseil d'administration (CA).

Ses fonctions sont précisées à l'article R. 421-18 du Code de la construction et de l'habitation (CCH), tel qu'il a été créé par le décret n° 2008-566 du 18 juin 2008 *relatif à l'administration des Offices Publics de l'Habitat*. C'est ainsi notamment que le directeur général passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile, représente l'office en justice, est chargé de l'exécution des budgets, a autorité sur les services etc.

Au regard de l'importance des fonctions exercées par le directeur général, il est essentiel que son **recrutement** soit géré de manière rigoureuse (Chapitre I) et que les règles essentielles à cette étape soient aussi bien maîtrisées que celles qui concernent le **contenu du contrat** (Chapitre II), les conditions d'**exercice des fonctions** (Chapitre III) et de mise en œuvre de la **responsabilité** (Chapitre IV) comme, enfin, celles relatives au terme de l'**engagement** (Chapitre V).

L'ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 *relative aux Offices Publics de l'Habitat* conférant aux OPH le statut d'« établissements publics locaux à caractère industriel et commercial »¹, leurs directeurs généraux doivent avoir un statut conforme à ce qui est prévu par la jurisprudence administrative pour les directeurs des établissements de cette catégorie. En application de la jurisprudence du Conseil d'Etat de *Robert Lafreygère*², ils ont donc la qualité d'agents publics.

C'est ainsi qu'en complément du décret n°2009-1218 du 12 octobre 2009³, le décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale trouve à s'appliquer. Voir notamment la circulaire du 22 décembre 2009 NOR DEVU0930265C relative aux nouvelles dispositions issues du décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 applicables aux directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat et un arrêt récent de la Cour administrative d'appel de Versailles⁴.

1) cf. article 1 de l'ordonnance créant l'article L. 421-1 du CCH.

2) CE, 26 janvier 1923, de Robert Lafreygère, Rec. CE 1923, p. 67 ; CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec. CE 1957, p. 158 et, plus récemment, pour une application *a contrario*, CAA Marseille, 22 mai 2012, *Commune de Rougon*, req. n° 11MA03076. Voir également, pour le Directeur général d'OPH : CAA de Lyon, 3 novembre 2015, *Monsieur X. contre Allier Habitat*, req. n° 14LY00013.

3) Ce décret est codifié aux articles R. 421-19 à R. 421-20-6

4) CAA Versailles, 2 mars 2017, *Monsieur A. c/ OPH de Courbevoie*, n° 14VE02215.

1

Comment s'articulent le décret du 12 octobre 2009 et celui du 15 février 1988 ?

Il convient que le directeur général se réfère d'abord aux articles R. 421-19 et suivants du CCH et, ensuite, au décret du 15 février 1988 (pour les cas tels que la discipline, les congés autres que les raisons de santé et les autres points non abordés par le décret du 12 octobre 2009).

2

Est-ce que les règles du Code du travail (qui s'appliquent au personnel des OPH, sauf lorsqu'ils ont conservé la qualité de fonctionnaire après la fusion entre OPHLM et OPAC opérée par l'ordonnance du 1^{er} février 2007) s'appliquent au directeur général d'un OPH ?

Le décret du 12 octobre 2009 a prévu deux renvois au Code du travail :

- d'une part, l'article R. 421-20-1 du CCH indique que le contrat du directeur général peut stipuler le bénéfice de l'intéressement des salariés dans les conditions de l'article L. 3311-1 du Code du travail ; cet article prévoit la prise en charge à des régimes collectifs de prévoyance et de retraite complémentaire lorsque le directeur général n'est pas un fonctionnaire en détachement ;
- d'autre part, l'article R. 421-20-4 du CCH prévoit dans son III que le directeur général involontairement privé d'emploi - lorsqu'il n'a pas la qualité de fonctionnaire recruté par la voie du détachement - a droit à une allocation d'assurance versée par l'office sauf si l'office adhère au régime prévu à l'article L. 5422-13 du Code du travail.

En dehors de ces renvois exprès, le Code du travail ne s'applique pas aux directeurs généraux d'OPH.

I. LA PROCÉDURE DE RECRUTEMENT DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

Le troisième alinéa de l'article R. 421-17 du CCH prévoit que **le président de l'OPH « propose au conseil d'administration la nomination du directeur général et signe son contrat »**, sachant que le choix du directeur général ne peut se porter sur un membre du CA⁵.

Qu'il vienne du secteur privé ou qu'il ait la qualité de fonctionnaire recruté par la voie du détachement, le directeur général d'un OPH est donc nécessairement recruté sur le fondement d'un contrat, qu'il signe avec le président après autorisation du CA.

Ce pouvoir d'autorisation conféré au CA implique que le contrat (comme plus tard ses éventuels avenants) soit **soumis au vote du CA pour délibération avant sa signature**.

Concernant les règles d'adoption de la délibération portant nomination du nouveau directeur général et autorisation du président à signer son contrat, il est nécessaire de respecter l'article R. 421-13 du CCH. En conséquence :

- l'ordre du jour de la séance du CA doit avoir été porté à la connaissance de ses membres au moins dix jours à l'avance, sauf urgence dûment motivée (comme, par exemple, la nomination d'un directeur général par intérim) ;

- le choix du directeur général doit obtenir la majorité des deux tiers des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés.

Enfin, **le contrat est adressé au Préfet dans le cadre du contrôle de légalité**. En effet, ainsi que cela est rappelé par la circulaire UHC/OC n° 2007-46 du 25 juillet 2007 *relative aux Offices Publics de l'Habitat* : « De la qualité d'établissement public local, il résulte que les actes des OPH sont soumis à des règles d'entrée en vigueur et de soumission au contrôle de légalité. »

Au cas précis du directeur général, c'est le plus souvent en application de l'article L. 2131-12 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) - auquel fait renvoi l'article L5211-3 applicable tant aux EPCI qu'aux EPT - que son contrat est transmis en préfecture, et ceci dès lors qu'il se réfère lui-même à l'article L2131-2 5°, selon lequel doivent obligatoirement être transmis au représentant de l'Etat dans le département, **dans un délai de quinze jours à compter de leur signature**, « les décisions individuelles relatives à la nomination, au recrutement, y compris le contrat d'engagement, et au licenciement des agents non titulaires [...] », sans quoi elles ne peuvent être exécutées.

5) Cela est expressément exclu par l'article R. 421-18 du CCH, selon lequel « Les fonctions de directeur général sont incompatibles avec celles de membre du conseil d'administration ». En pareille hypothèse il faudrait donc que le directeur pressenti démissionne du conseil d'administration pour que celui-ci puisse, ensuite, accepter sa nomination et autoriser le président à signer son contrat.

1

Existe-t-il une autre procédure que celle décrite à l'article R. 421-18 du CCH pour le cas du recrutement d'un directeur général par intérim?

Aux termes du dixième alinéa de l'article R. 421-18 du CCH :

« En cas d'absence ou d'empêchement du directeur général, ses pouvoirs sont assumés par l'un des directeurs ou chefs de service, désigné par le conseil d'administration.

La prolongation de cet intérim pour une durée supérieure à six mois doit être décidée par le conseil d'administration ».

C'est ainsi que, là encore, il est nécessaire que la désignation du directeur général par intérim intervienne après **vote du CA**, même si le fondement textuel du recrutement est différent et qu'il est **nécessaire que le directeur général intérimaire appartienne déjà à l'OPH, en qualité de directeur ou de chef de service**, peu importe son statut ou son ancienneté.

→ Voir également sur l'intérim page 32.

2

Le directeur général par intérim bénéficie-t-il des mêmes conditions d'emploi que le directeur général ?

L'article R. 421-18 du CCH se limitant à prévoir que le directeur ou chef de service désigné par le CA de l'OPH comme directeur général par intérim « assume » les pouvoirs du directeur général absent ou empêché, il n'y a pas lieu de prévoir ni un aménagement particulier de son engagement ni un contrat de travail à durée déterminée de directeur général (d'autant que le contrat du directeur général est, comme est indiqué à l'article L. 421-12 du CCH, signé pour une durée qui se veut indéterminée).

En conclusion, le directeur général intérimaire **ne saurait automatiquement tirer d'avantage particulier de sa situation**, notamment du point de vue de sa rémunération. Simplement, si le directeur général par intérim a la qualité de salarié, une prime exceptionnelle peut être envisagée, avec une précaution de validation de son principe et de son montant par le conseil d'administration.

Il convient de préciser que cette prime exceptionnelle ne saurait être attribuée à un fonctionnaire, en tant que ce n'est pas un élément de rémunération autorisé par les textes applicables.

→ Voir également sur l'intérim page 32.

3

Existe-t-il des formalités de publicité particulières pour la vacance de l'emploi de directeur général ?

Le décret du 12 octobre 2009 ne prévoit aucune formalité de publicité particulière et le CCH comme la jurisprudence sont tout aussi muets sur la question de la publicité de la vacance de l'emploi de directeur général d'un OPH.

4

Des fonctions antérieures peuvent-elles être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté du directeur général ?

Aucune disposition relevant du statut du directeur général ne prévoit à ce jour le principe d'une quelconque reprise d'ancienneté.

Ne peuvent par conséquent être reprises ni l'ancienneté qu'un directeur général aurait pu acquérir en qualité de directeur général adjoint ou de toute autre fonction de direction, ni celle acquise dans le cadre de fonctions antérieures de direction générale par intérim ou même de fonctions de direction générale dans un autre office.

Simplement, à l'occasion de la négociation de son contrat, le directeur général peut faire valoir l'expérience précédemment acquise pour que la clause relative au licenciement prévoit que chaque année d'ancienneté acquise dans ses fonctions actuelles ne lui ouvre pas droit à seulement deux mois de rémunération dans le calcul de l'indemnité de licenciement. Sur ce dernier point, il est à noter qu'en tout état de cause, le calcul final de l'indemnité de licenciement ne saurait aller au-delà de 24 mois de rémunération (majoré de 25% au-delà de 55 ans).

II. LE CONTRAT DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

1. LES DISPOSITIONS DE RÉFÉRENCE

L'article L.421-12 du CCH prévoit que :

« Le directeur général [...] est recruté par un contrat à durée indéterminée. Néanmoins, lorsque le directeur général est recruté par la voie du détachement, la durée du contrat est liée à celle du détachement. **Un décret en Conseil d'Etat précise les principales caractéristiques du contrat** et fixe notamment les conditions d'exercice des fonctions et de rémunération, le cas échéant les avantages annexes, ainsi que l'indemnité pouvant être allouée en cas de cessation de fonction.

Ce décret prévoit en outre les conditions dans lesquelles un fonctionnaire relevant de l'office peut être détaché sur l'emploi de directeur général [...] ».

C'est ainsi que le décret du 12 octobre 2009 (codifié au CCH) est essentiellement consacré au statut des directeurs généraux des OPH, les articles R. 421-19 et suivants du CCH portant sur :

- la période d'essai (article R. 421-19) ;
- la rémunération (article R. 421-20) ;
- les avantages accessoires (article R. 421-20-1) ;

- l'assujettissement à la législation relative à la sécurité sociale, aux prestations familiales et aux accidents du travail et le bénéfice des congés pour raison de santé des fonctionnaires territoriaux (article R. 421-20-2) ;
- la démission et la demande de fin de détachement à l'initiative du directeur général (article R. 421-20-3, cf. chapitre V) ;
- le licenciement et la fin anticipée du détachement à l'initiative de l'OPH (article R. 421-20-4, cf. chapitre V) ;
- le cas spécifique du fonctionnaire relevant de l'OPH (article R. 421-20-5 et R. 421-20-6) ;
- la convention de rupture (article R. 421-20-7).

Enfin, à défaut de disposer d'une jurisprudence fournie sur l'ensemble des sujets, les directeurs généraux peuvent se référer à la circulaire du 22 décembre 2009 qui apporte un certain nombre de précisions, comme, par exemple, le cas du détachement sur l'emploi de directeur général d'un agent fonctionnaire de l'office⁶.

2. LA DURÉE DU CONTRAT

La durée du contrat nécessite de distinguer deux cas, à savoir, d'une part, celui du directeur général qui n'a pas la qualité de fonctionnaire en position de détachement et, d'autre part, celui du directeur général qui a la qualité de fonctionnaire en position de détachement.

Mais au préalable, on doit souligner qu'en application du premier alinéa de l'article R. 421-19 du CCH **une période d'essai peut éventuellement être stipulée au contrat, du moment**

que sa durée n'excède pas six mois. En l'absence d'autre précision il apparaît que cette période d'essai est applicable quelle que soit la qualité du directeur général (fonctionnaire en détachement ou non), comme cela est d'ailleurs indiqué par la circulaire.

Simplement, eu égard au fait que la fin des fonctions du directeur général en période d'essai est liée à sa nomination, il apparaît nécessaire que la décision de mettre fin aux fonctions

6) Cette circulaire indique en effet que la signature du contrat vaut décision de détachement (mais sans préciser que cela exclurait le renouvellement à l'issue des cinq ans).

en cours ou au terme de la période d'essai soit préalablement soumise au CA, comme c'est le cas pour la nomination et le licenciement et qu'elle soit motivée de façon suffisante. Au cas précis du directeur général ayant la qualité de fonctionnaire détaché, le silence du CCH sur une procédure dérogatoire au droit commun applicable à la fin anticipée de détachement à l'initiative de l'organisme d'accueil implique qu'il soit fait application de ces règles de droit commun (exemple : article 67 de la loi du 26 janvier 1984 pour l'agent fonctionnaire territorial).

En revanche, en l'absence de procédure propre à la fin de la période d'essai, il n'existe pas de droit pour le directeur général d'obtenir communication de son dossier comme cela est le cas pour la procédure de licenciement prévue à l'article R. 421-20-4 du CCH.

- *La durée du contrat du directeur général qui n'a pas la qualité de fonctionnaire en position de détachement*

Comme indiqué par l'article L.421-12 du CCH il s'agit d'un **contrat à durée indéterminée**.

- *La durée du contrat du directeur général qui a la qualité de fonctionnaire en position de détachement*

Dans ce cas précis, l'article L. 421-12 du CCH prévoit que « la durée du contrat est liée à celle du détachement », ce qui implique qu'il ne peut être regardé comme ayant à proprement parler une durée indéterminée à l'instar de celui du directeur général recruté directement.

En revanche, il est susceptible d'avoir cette qualité dans les faits, si le détachement est, lui, régulièrement renouvelé par l'administration d'origine de l'agent à la fin de chaque période.

C'est d'ailleurs exactement ce qu'indique la circulaire du 22 décembre 2009 selon laquelle le contrat du directeur général « est un contrat à durée indéterminée, sauf lorsque le postulant a la qualité de fonctionnaire, auquel cas la durée du contrat est liée à celle du détachement, lequel se poursuit par périodes de cinq ans successives, **renouvelables indéfiniment** ».

Concrètement, il est donc nécessaire au fonctionnaire qui occupe l'emploi de directeur général d'un OPH de veiller auprès de son administration d'origine au renouvellement régulier de son détachement, afin de permettre à son contrat de perdurer selon une durée indéterminée.

C'est ainsi par exemple que, dans le cas où l'agent détaché a la qualité de fonctionnaire territorial, cela implique que l'agent demande à son administration d'origine le renouvellement de son détachement à l'issue de chaque période et que l'avis de la Commission administrative paritaire soit recueilli au préalable. En effet, l'article 9 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 *relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration* prévoit que la durée maximale d'une période de détachement est de cinq ans, renouvelable à la demande de l'agent, après avis de la Commission administrative paritaire (cf. article 27 du même décret).

De même, si le fonctionnaire a la qualité de fonctionnaire d'Etat ou qu'il est issu de la fonction publique hospitalière les règles applicables dans son corps d'origine à la fin de détachement anticipée doivent être appliquées.

Enfin, si le contrat signé avec l'office s'apparente à un contrat à durée indéterminée en ce sens qu'il ne peut y être mis un terme autrement qu'au travers d'un licenciement, l'administration d'origine de l'agent détaché peut, elle, s'opposer au renouvellement du détachement **mais uniquement pour des raisons liées aux nécessités du service (caractère indispensable de la présence de l'agent) ou à un avis d'incompatibilité rendu par la Commission de déontologie.**

En l'absence de disposition prévoyant la signature d'un nouveau contrat à l'issue du renouvellement du détachement, il n'est pas nécessaire de conclure un nouveau contrat ou même un avenant (sauf si le contrat tel qu'il a été initialement rédigé a expressément limité à 5 ans la durée de l'engagement). Au contraire, le même contrat se reconduit automatiquement, en même temps que le détachement se renouvelle.

3. LA RÉMUNÉRATION

Une rémunération composée d'une part forfaitaire et d'une part variable est prévue par l'article R. 421-20 du CCH.

■ LA PART FORFAITAIRE

Elle est **librement fixée dans le contrat mais dans la limite d'un plafond** en fonction du nombre de logements locatifs gérés par l'OPH soit en qualité de propriétaire soit agissant pour le compte de tiers.

Ce nombre est apprécié au 31 décembre de l'exercice précédant l'année où le contrat est signé, sachant que **la vente ou la démolition** de ces logements locatifs pendant la durée du contrat du directeur général est **sans incidence sur la détermination de la part forfaitaire de la rémunération jusqu'au terme de ce contrat.**

En revanche, **en cas d'augmentation** du nombre de logements locatifs gérés **qui se traduirait par un changement de tranche** au 31 décembre, **la part forfaitaire doit être revue par le CA sur proposition du président dès le 1^{er} janvier suivant**⁷. Dans le cas où l'augmentation du nombre de logements n'entraîne pas un changement de tranche, c'est en revanche uniquement de manière optionnelle que le CA intervient pour réviser la rémunération du directeur.

De même, les ministres chargés du Logement et du Budget peuvent, par décision conjointe, autoriser, à titre exceptionnel, un dépassement du plafond de la part forfaitaire (cf. IV de l'article R. 421-20).

CALCUL DE LA RÉMUNÉRATION FORFAITAIRE :

La circulaire du 22 décembre 2009 apporte des précisions s'agissant de la prise en compte des logements-foyers et des centres d'hébergement. Actuellement, les montants plafonds sont les suivants :

NOMBRE DE LOGEMENTS LOCATIFS gérés par l'office (L)

MONTANT ANNUEL MAXIMAL de la part forfaitaire (valeur octobre 2009)

Inférieur à 2 000	45 000 € + (10 × L) €
Compris entre 2 000 et 5 000 exclus	50 000 € + (7,5 × L) €
Compris entre 5 000 et 10 000 exclus	77 500 € + (2,00 × L) €
Compris entre 10 000 et 15 000 exclus	82 500 € + (1,50 × L) €
Compris entre 15 000 inclus et 30 000 exclus	94 950 € + (0,67 × L) €
Egal ou supérieur à 30 000	97 050 € + (0,60 × L) €

NB : Le montant de la part forfaitaire de la rémunération et les plafonds figurant dans le tableau ci-dessus évoluent au 1^{er} janvier de chaque année dans les mêmes conditions que la revalorisation des rémunérations des dirigeants des entreprises publiques. Une première revalorisation est intervenue en 2010 à hauteur de 1,20%. Aucune revalorisation n'est intervenue depuis.

■ LA PART VARIABLE

A la part forfaitaire s'ajoute une part variable, **qui ne peut excéder 15 % de la part forfaitaire (sauf autorisation ministérielle).**

Les critères de calcul sont prévus dans le contrat⁸, de même que les modalités du versement, en une ou plusieurs fois.

A noter que la part variable est versée pendant l'année N+1 au titre de l'activité de l'année N, et ce suivant l'accord du conseil d'administration (ou du Bureau s'il a reçu une délégation à cet égard).

Pour la mise en œuvre des critères prévus au contrat, des objectifs et des indicateurs qui déclinent ces critères sont ensuite votés chaque année par le CA (ou pour une période de trois ans au plus) sur proposition du président. Ils doivent alors être notifiés par écrit au directeur général, au plus tard au cours du premier trimestre de l'année (ou dans un délai de trois mois à compter de la date d'une nouvelle nomination intervenant en cours d'année).

Enfin, le CA approuve tous les ans le montant attribué.

7) Une telle décision entraîne la signature d'un avenant au contrat.

8) La circulaire du 22 décembre 2009 indique que le contrôle de légalité n'a pas à porter sur les critères discutés librement entre l'OPH et son directeur général.

4. LES AVANTAGES ANNEXES

Pour mémoire l'article R. 421-20 prévoit que « la rémunération annuelle brute du directeur général est **exclusive de tous avantages annexes en espèces ou en nature autres que ceux mentionnés à l'article R. 421-20-1** ». L'énumération qui est faite par cette disposition est donc exhaustive :

- prise en charge des cotisations patronales à des régimes collectifs de prévoyance et de retraite complémentaire prévus par un accord collectif conclu au sein de l'OPH (sauf si le directeur général est un fonctionnaire en position de détachement),
- intéressement des salariés à l'entreprise en vertu d'un accord conclu au sein de l'OPH en application des articles L. 3311-1 et suivants du Code du travail ;
- disposition d'un véhicule de fonctions (si l'OPH gère plus de 5 000 logements locatifs).

- remboursement sur justificatifs des frais exposés dans le cadre des déplacements et activités liés aux fonctions.

Du fait du caractère exhaustif de ces avantages, les tickets-restaurants ne peuvent ainsi être distribués aux directeurs généraux des OPH.

S'agissant du bénéfice d'un véhicule de fonctions, il permet au directeur général d'avoir à sa disposition de manière permanente et exclusive un véhicule, qu'il peut ainsi remiser à domicile. Une utilisation à des fins personnelles doit alors donner lieu à une fiscalisation, au travers de la déclaration d'un avantage en nature dans la déclaration de revenus. Les frais de déplacement engagés à titre personnel (essence et péage) ne peuvent en revanche être supportés par l'office.

Le directeur général qui ne peut bénéficier d'un véhicule de fonctions peut en revanche utiliser un véhicule de service de manière ponctuelle, comme les autres agents de l'office, lequel devra, sauf à titre exceptionnel et occasionnel, être restitué à l'office après chaque utilisation.

5. LA PROTECTION SOCIALE

Le tableau ci-après distingue la situation du directeur général recruté directement de celle du directeur général ayant la qualité de fonctionnaire en position de détachement.

DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT	DIRECTEUR GÉNÉRAL FONCTIONNAIRE DÉTACHÉ
<p>Article R. 421-20-2 du CCH : « Le directeur général est assujéti à la législation relative à la sécurité sociale, aux prestations familiales et aux accidents du travail ».</p>	<p>L'article R. 421-20-6 du CCH ne prévoit pas d'applicabilité de l'article R. 421-20-2 ; il convient donc d'appliquer les règles relatives à la situation du fonctionnaire détaché auprès d'un établissement public industriel et commercial.</p>
<p>Maladie Régime général de la sécurité sociale</p>	<p>Maladie Régime général de la sécurité sociale (du fait du détachement dans un EPIC)</p>
<p>Retraite Régime général de la sécurité sociale complété par l'IRCANTEC</p>	<p>Retraite Malgré son détachement le directeur général est affilié à la CNRACL par son administration d'origine qui se fait rembourser par l'OPH d'accueil. La complémentaire RAFP est en revanche payée directement par l'OPH d'accueil</p>
<p>Prévoyance et retraite complémentaire Prise en charge par l'OPH des cotisations patronales à des régimes collectifs de prévoyance et de retraite complémentaire prévus par un accord collectif conclu au sein de l'office (cf. article R. 421-20-1 du CCH)</p>	<p>Prévoyance Participation de l'OPH à un régime de prévoyance si une telle participation a été mise en place (cf. article 1^{er} du décret du 8 novembre 2011⁹ qui s'applique aux agents contractuels employés par un EPIC)</p>

9) Décret n° 2011-1474 du 8 novembre 2011 relatif à la participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs agents : « La participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics mentionnée à l'article 22 bis de la loi du 13 juillet 1983 susvisée bénéficie aux fonctionnaires et agents de droit public et de droit privé relevant des collectivités et établissements mentionnés aux articles 2 et 12 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée qui adhèrent à des règlements ou souscrivent des contrats garantissant la mise en œuvre de dispositifs de solidarité entre les bénéficiaires, agents et retraités, dans les conditions prévues au présent décret. [...] ».

6. LES CONGÉS

■ LES CONGÉS POUR RAISONS DE SANTÉ

L'article R. 421-20-2 du CCH prévoit que les directeurs généraux des OPH bénéficient des congés pour raisons de santé des fonctionnaires territoriaux, mais il ne s'applique pas aux directeurs généraux détachés (cf. article R. 421-20-6 du même Code).

En pratique il en ressort :

- que les directeurs généraux non fonctionnaires bénéficient des congés pour raisons de santé prévus à l'article 57 de la loi du 26 janvier 1984 pour les fonctionnaires (cf. 2° à 4° bis) ;
- que les directeurs généraux fonctionnaires en position de détachement (qui sont de ce fait placés sur un emploi d'agent public¹⁰) bénéficient des congés pour raisons de santé prévus au décret du 15 février 1988 pour les agents contractuels (cf. titre III).

Si la solution apparaît quelque peu surprenante (les non fonctionnaires bénéficiant du régime des fonctionnaires et les fonctionnaires détachés de celui des contractuels) ni la circulaire du 22 décembre 2009 ni la jurisprudence n'ont à ce jour fourni une autre solution.

■ LES CONGÉS ANNUELS

Conformément à la jurisprudence récente (cf. CAA Versailles, 2 mars 2017, *Monsieur A. c/ OPH de Courbevoie*, précité) s'applique par défaut le décret du 15 février 1988 qui fait renvoi au décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985 relatif aux congés annuels des fonctionnaires territoriaux, soit un congé annuel égal à cinq fois les obligations hebdomadaires de service.

■ LES CONGÉS NON RÉMUNÉRÉS POUR RAISONS FAMILIALES OU PERSONNELLES

En l'absence de disposition contraire dans le décret du 12 octobre 2009, ce type de congé peut bénéficier aux directeurs généraux des OPH dans les conditions d'octroi posées par le titre IV du décret du 15 février 1988.

■ LES CONGÉS MATERNITÉ, PATERNITÉ ET ADOPTION

Distincts des congés pour raisons de santé, ces congés ne sont pas visés par le décret du 12 octobre 2009.

A défaut de texte, on doit donc se référer aux articles 10 et suivants du décret du 15 février 1988 qui prévoient que l'agent contractuel en activité a droit, après six mois de services, à un congé de maternité, à un congé de paternité ou à un congé d'adoption avec plein traitement d'une durée égale à celle qui est prévue par la législation sur la sécurité sociale.

■ LA RÉDUCTION DU TEMPS DE TRAVAIL (RTT) ET LE COMPTE ÉPARGNE-TEMPS (CET)

Aucune disposition du décret du 12 octobre 2009 ne répond à la question de savoir si le directeur général d'un OPH peut ou non bénéficier de RTT et d'un CET.

Il convient donc d'appliquer les règles en vigueur pour les agents publics employés par un établissement public industriel et commercial, et ceci dans la mesure où il est acquis que le directeur général a cette qualité d'agent public (cf. CE, 26 janvier 1923, *Robert de Lafreygère*, précitée)¹¹.

10) cf. article 64 de la loi du 26 janvier 1984 : « Le fonctionnaire détaché est soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement, à l'exception des dispositions des articles L. 1234-9, L. 1243-1 à L. 1243-4 et L. 1243-6 du Code du travail ou de toute disposition législative, réglementaire ou conventionnelle prévoyant le versement d'indemnité de licenciement ou de fin de carrière ».

11) En conséquence de ce statut il n'y a pas lieu de considérer que l'article L. 3111-2 du Code du travail qui exclut les cadres dirigeants du régime de réduction du temps de travail s'appliquerait, même si sa rédaction prête à confusion en visant le personnel des établissements publics industriels et commerciaux.

C'est ainsi que pour l'heure, on peut se référer à la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale qui a inséré dans la loi du 26 janvier 1984 un article 7-1, selon lequel :

« Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail des agents des collectivités territoriales et des établissements publics mentionnés au premier alinéa de l'article 2 sont fixées par la collectivité ou l'établissement, **dans les limites applicables aux agents de l'Etat**, en tenant compte de la spécificité des missions exercées par ces collectivités ou établissements.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du premier alinéa. Ce décret **prévoit les conditions dans lesquelles la collectivité ou l'établissement peut, par délibération, proposer une compensation financière à ses agents, d'un montant identique à celle dont peuvent bénéficier les agents de l'Etat, en contrepartie des jours inscrits à leur compte épargne-temps** » (cf. alinéa 1 et 2).

En conséquence de ce renvoi, le cas du directeur général d'OPH agent public d'un établissement public local nécessite qu'il soit fait application du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 pris pour l'application de l'article 7-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique territoriale, dont l'article 1^{er} indique que :

« Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail applicables aux agents des collectivités territoriales et des établissements publics en relevant sont déterminées **dans les conditions prévues par le décret du 25 août 2000 susvisé sous réserve des dispositions suivantes** ».

Enfin, l'article 10 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature prévoit que :

« Sans préjudice des dispositions de l'article 3, **le régime de travail de personnels chargés soit de fonctions d'encadrement, soit de fonctions de conception lorsqu'ils bénéficient d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail ou sont soumis à de fréquents déplacements de longue durée peut, le cas échéant, faire l'objet de dispositions spécifiques adaptées à la nature et à l'organisation du service ainsi qu'au contenu des missions de ces personnels.** [...] ».

Les trois conclusions à tirer de l'applicabilité de ces dispositions sont les suivantes :

- Le directeur général a **droit à des jours de RTT** ;
- Comme les jours de congé qu'il ne prendrait pas, il **peut les placer sur un compte épargne-temps** régi par le décret n° 2004-878 du 26 août 2004 relatif au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale. Ce décret institue en préalable à la monétisation de jours de congés l'ouverture d'un CET et contient des règles spécifiques en termes de nombre de jours indemnisables (à partir du 21^{ème} jour épargné jusqu'au 60^{ème}) et de montant forfaitaire par jour épargné (125 € pour un agent de catégorie A) ;
- **La durée du travail peut être décomptée en jours**, soit dans le même cadre que pour d'autres agents de droit public de l'office qui exercent des fonctions d'encadrement soit, s'il n'y en a pas, dans un cadre qui lui sera propre et donc préalablement soumis à délibération du conseil d'administration.

S'agissant du solde du CET, il convient de se référer à la question n° 13 pour connaître les règles de liquidation. Mais on peut noter d'emblée que c'est **seulement à partir d'une année d'ancienneté qu'est ouvert le bénéfice du CET.**

1

Quels sont les droits du directeur général en matière de formation ?

Aucune disposition relevant du statut du directeur général ne prévoit selon quelles conditions le directeur général peut bénéficier de formations.

L'article 6 de la loi n° 84-594 du 12 juillet 1984 *relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale et complétant la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale prévoyant néanmoins que « les agents contractuels peuvent suivre des actions de formation visées au présent titre et continuer à percevoir une rémunération [...] »*, il leur est ouvert le bénéfice des actions de formation prévues aux 2°, 3°, 4° et 5° de l'article 1^{er} de la loi n° 84-594 du 12 juillet 1984, et donc notamment :

- de formations de perfectionnement, dispensées en cours de carrière à la demande de l'agent (dans le cadre du droit individuel à la formation) ou de l'employeur ;
- de formations de préparation aux concours et examens professionnels de la fonction publique (dans le cadre du droit individuel à la formation) ;
- de formations personnelles.

Par ailleurs, pour le calcul de la cotisation due au Centre national de la fonction publique territoriale, il y a lieu de prendre en compte la rémunération du directeur général, et ce en application de l'article 12-2 de la loi du 26 janvier 1984 précitée qui prévoit que la participation à lui verser est calculée « *sur la masse des rémunérations versées aux agents relevant de la collectivité ou de l'établissement telles qu'elles apparaissent aux états liquidatifs mensuels ou trimestriels dressés pour le règlement des charges sociales dues aux organismes de sécurité sociale, au titre de l'assurance maladie* ».

2

Quelle est l'autorité compétente pour prononcer le renouvellement du détachement du directeur général fonctionnaire lorsque ce dernier est un fonctionnaire de l'office ?

Le directeur général ayant autorité sur les services et compétence en matière de gestion de la carrière des agents, il est tentant d'envisager qu'il signe lui-même l'arrêté de renouvellement de son détachement. Le détachement et la nomination du directeur général (de la compétence du conseil d'administration) sont néanmoins liés de manière intrinsèque, puisque c'est la nomination par le conseil d'administration en qualité de directeur général qui entraîne le détachement.

En l'absence de jurisprudence, la sécurité juridique recommande donc de soumettre le renouvellement du détachement au conseil d'administration, afin qu'il autorise le président à signer l'arrêté comme il l'a autorisé à signer le contrat.

Pour autant, le renouvellement du détachement ne peut être l'occasion pour un conseil d'administration de démettre un directeur général de ses fonctions par la voie d'un refus de renouvellement, en passant outre la procédure de licenciement.

En effet, il faudrait pour ce faire démontrer qu'il existe une nécessité absolue pour le bon fonctionnement du service à voir le directeur général enfin réintégrer les fonctions qui étaient les siennes avant sa nomination (cf. article 14 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

La solution la plus adéquate pourrait, en l'absence de jurisprudence contraire et de contre indication particulière dans les textes applicables au détachement, consister dans une habilitation donnée au président par le conseil d'administration dès la signature du contrat pour signer les arrêtés de renouvellement du détachement. Ceci serait d'autant moins contestable que la circulaire du 22 décembre 2009 va jusqu'à affirmer que « *la ou les délibération(s) par laquelle ou lesquelles le conseil d'administration nomme le directeur général et autorise le président à signer son contrat vaut décision de détachement à compter de l'entrée en vigueur de cette dernière délibération* » ce qui, par extension, pourrait être considéré comme excluant pour le directeur général fonctionnaire détaché de l'office qu'il soit réellement nécessaire de renouveler son détachement tant qu'il reste directeur général.

Outre cette précision dans la délibération du conseil d'administration portant nomination du directeur général, la formulation du contrat pourrait être adaptée (cf. clause-type n° 2 en fin de Guide) pour rendre nécessaire et automatique le renouvellement du détachement.

3

Comment le CA peut-il déléguer au bureau la compétence d'approbation annuelle du montant de la part variable de la rémunération attribuée au directeur général prévue par l'article R. 421-16 du CCH ?

Aux termes de cet article :

« Le conseil d'administration règle par ses délibérations les affaires de l'office, et notamment [...]

10° Nomme le directeur général et autorise le président du conseil d'administration à signer le contrat et ses avenants entre l'office et le directeur général. **Il approuve chaque année le montant de la part variable de la rémunération attribué au directeur général.** Il met fin aux fonctions du directeur général, sur proposition du président ; [...]

Le bureau peut recevoir délégation de compétence pour l'exercice des attributions du conseil d'administration, hormis celles mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 5°. Concernant l'exercice des attributions mentionnées au 10°, le conseil d'administration ne peut déléguer au bureau ni l'autorisation donnée au président de signer le contrat et ses avenants entre l'office et le directeur général, ni la décision de mettre fin aux fonctions du directeur général [...]

C'est ainsi que, sur proposition du président, le bureau peut sans difficulté recevoir du CA une délégation de compétence pour approuver chaque année le montant de la part variable de la rémunération du directeur général, **à condition évidemment que cette délégation soit régulière**, c'est-à-dire :

- que l'ordre du jour des délibérations ait été porté à la connaissance des membres du CA au moins dix jours à l'avance,
- que la délibération ait été prise à la majorité des membres du conseil ayant voix délibérative, présents ou représentés,
- que les deux tiers des membres ayant voix délibérative au moins aient participé à la séance ou aient été représentés (cf. article R. 421-13 du CCH).

4

Le directeur général peut-il percevoir des indemnités d'astreinte, à l'instar des autres agents de l'office ?

Si le conseil d'administration peut décider de créer des astreintes (article 5 du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 pris pour l'application de l'article 7-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique territoriale) le décret afférent au montant des indemnités (décret n° 2005-542 du 19 mai 2005 relatif aux modalités de la rémunération ou de la compensation des astreintes et des permanences dans la fonction publique territoriale) vient exclure les agents qui perçoivent une nouvelle bonification indiciaire au titre de l'exercice de « fonctions de responsabilité supérieure ».

Bien que le directeur général d'OPH ne bénéficie pas de cette indemnité puisque sa rémunération est fixée exclusivement par le CCH et qu'elle est réservée aux fonctionnaires, le fait que ses fonctions correspondent précisément à des fonctions de responsabilité supérieure paraît de nature à exclure le bénéfice d'une indemnité d'astreinte, de même d'ailleurs que les règles de calcul de sa rémunération pour laquelle le CCH mentionne exclusivement une part forfaitaire et une part variable.

5

Quelles clauses doivent nécessairement figurer dans le contrat du directeur général ?

Aucun texte n'impose précisément le contenu du contrat du directeur général d'un OPH, à l'exception de l'article R. 421-20 du CCH qui dispose que le contrat doit stipuler les critères du calcul de la part variable de la rémunération

Dès lors, **pour éviter d'en atténuer la lisibilité, il est opportun que le contenu des clauses soit limité à son objet précis : les conditions d'engagement du directeur général (objet du contrat, durée, rémunération et accessoires, protection sociale, congés annuels, discipline et cessation des fonctions)** et non pas les conditions de l'exercice de ses missions (compétences précises, délégations reçues du CA ou délégations pouvant être données, congés et autorisations d'absence d'autre nature que les congé maladie et congés annuels, etc.).

6

Comment fonctionne le prélèvement des cotisations retraite du directeur général fonctionnaire en position de détachement ?

Le décret n° 2007-173 du 7 février 2007 *relatif à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales* organise un mécanisme de paiement de la cotisation CNRACL par l'administration d'origine, suivi d'un remboursement par l'employeur établissement public industriel et commercial.

En revanche, concernant le régime de retraite complémentaire RAFP, la circulaire du 12 décembre 2008 du ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique *portant abrogation de la circulaire interministérielle FP7 n° 2079-6C-04-2787 du 23 août 2004 et relative au recouvrement des cotisations et contributions retraite des agents détachés* indique que « *Pour les fonctionnaires détachés sur un emploi conduisant ou non à pension de la CPAM ou de la CNRACL, les parts salarié et employeur de la cotisation [RAFP] sont versées par l'employeur d'accueil* » ce qui exclut le mécanisme du remboursement prévu pour la cotisation retraite de base.

7

Le directeur général fonctionnaire peut-il prétendre à la garantie individuelle du pouvoir d'achat ?

Non seulement la garantie individuelle du pouvoir d'achat est un **complément de rémunération qui n'est pas prévu par la liste exhaustive** des accessoires de rémunération du directeur général mais il se trouve également que l'article 1^{er} du décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 *relatif à l'instauration d'une indemnité dite de garantie individuelle du pouvoir d'achat aux agents publics* **limite son octroi pour les contractuels recrutés sur contrat à durée indéterminée et rémunérés par référence expresse à un indice** (ce qui n'est pas le cas du directeur général d'OPH dont la rémunération est fixée par le CCH en fonction du nombre de logements gérés par l'office).

8

Le contrat du directeur général doit-il être transmis au ministre chargé du Logement ?

L'article R. 421-19 du CCH dispose que :

« Dès la nomination du directeur général, le président du conseil d'administration de l'Office Public de l'Habitat en informe le ministre chargé du logement ».

Cet article impose ainsi d'informer le ministre chargé du Logement de la nomination du directeur général, **mais sans pour autant qu'il soit nécessaire de lui transférer le contrat ni aller jusqu'à prescrire cette formalité à peine de nullité.**

C'est ainsi que, contrairement à la transmission en Préfecture des contrats de recrutement des agents publics rendue obligatoire par le CGCT pour permettre à de tels actes de devenir exécutoires, l'information du ministre prévue par l'article R. 421-19 du CCH n'est pas une condition de la validité du contrat du directeur général.

Outre cette première formalité, l'article R. 421-20 du CCH prévoit que :

*« Le président du conseil d'administration de l'Office Public de l'Habitat informe, avant le 31 mars de chaque année, le ministre chargé du Logement du **montant de la rémunération annuelle brute et des avantages annexes mentionnés à l'article R. 421-20-1 qui ont été attribués au directeur général au titre de l'année précédente.***

Un arrêté du ministre chargé du Logement détermine les modalités d'application de l'alinéa précédent ainsi que les modalités de diffusion, sous forme non nominative, des résultats de cette collecte en veillant à la protection des données à caractère personnel ».

L'arrêté visé par cet article n'étant toujours pas paru, sa portée est limitée : il peut donc être exigé la communication au ministre du montant de la rémunération et des avantages annexes (sans que des modalités précises de communication s'appliquent¹²) mais pas envisagé de diffusion des données, en l'absence de toute condition de mise en œuvre dûment décidée.

12) C'est ainsi que, sur la communication du montant de la rémunération et des avantages, l'absence d'arrêté pourrait permettre de refuser de remplir la dernière page du formulaire type habituellement adressé aux offices, et dans laquelle il est sollicité l'indication des cinq rémunérations les plus élevées de l'office outre celle du directeur général.

9

Un cumul de direction de deux OPH est-il possible ?

Il a été jugé par le Tribunal administratif de Bordeaux le 15 décembre 2009 (req. n° 09011746) que la fonction de DG d'un OPH « *correspond à un emploi permanent [...] destiné à assurer la fonction exécutive de l'office* » et qui « *ne saurait être assimilé à une activité accessoire* ».

Ainsi, l'exercice d'une deuxième direction générale apparaît en principe impossible, a fortiori au regard de l'article 7 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique qui impose que les activités accessoires se déroulent hors des heures d'exercice de l'emploi public.

Toutefois, l'article L. 421-12-1 du CCH tel qu'il qu'inséré dans ledit Code par la loi ALUR prévoit que :

« *Un directeur général d'office **peut occuper une autre fonction de direction, dès lors qu'elle n'est qu'accessoire et ne donne lieu à aucune rémunération supplémentaire.** Un tel cumul ne peut concerner qu'un organisme d'habitations à loyer modéré au sens de l'article L. 411-2, une société d'économie mixte exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux ainsi que, le cas échéant, d'aménagement ou un organisme mentionné à l'article L. 365-1* ».

Il en résulte à ce jour **l'impossibilité de cumuler cette fonction avec un autre emploi rémunéré de directeur général**, mais pas une interdiction absolue du moment que l'activité intervient à titre aussi bien gracieux qu'accessoire.

10

Quelles sont conséquences de l'irrégularité de la rémunération prévue au contrat du directeur général ?

Les décisions accordant un avantage financier sont, au sens d'une jurisprudence constante, des décisions créatrices de droits pour leur bénéficiaire qui ne peuvent, dès lors, être retirées que dans un délai de quatre mois¹³.

Toutefois, la régularisation d'un trop-perçu de rémunération est possible¹⁴ dans le délai de prescription posé par l'article 37-I de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000¹⁵ qui est – sauf fraude avérée – de deux ans à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement.

C'est ainsi que récemment un directeur d'OPH a pu être condamné au reversement d'une somme de 51 080,60 euros, laquelle somme représentait un avantage logement non autorisé par les textes, un avantage véhicule de fonctions et des jours indemnisés de manière irrégulière dans le cadre de la liquidation d'un compte-épargne temps¹⁶.

Au-delà de ce délai de prescription de deux ans, l'irrégularité consiste uniquement à modifier pour l'avenir les règles de calcul de la rémunération du directeur général d'un OPH ayant bénéficié d'un trop-perçu mais il n'y a pas à craindre de recouvrement forcé.

11

Le fonctionnaire détaché peut-il bénéficier du régime de protection sociale complémentaire de son OPH d'origine ?

L'article 64 de la loi du 26 janvier 1984 précitée prévoit dans son alinéa 3 que :

*« Le fonctionnaire détaché est **soumis aux règles régissant la fonction qu'il exerce par l'effet de son détachement**, à l'exception des dispositions des articles L. 1234-9, L. 1243-1 à L. 1243-4 et L. 1243-6 du Code du travail ou de toute disposition législative, réglementaire ou conventionnelle prévoyant le versement d'indemnité de licenciement ou de fin de carrière ».*

En l'absence de disposition contraire au sein du CCH il ne peut donc bénéficier du régime de protection sociale de son établissement d'origine.

13) Conseil d'Etat, Assemblée, 26 octobre 2001, *Ternon*, req. n° 197018 ; Conseil d'Etat, Section, 6 novembre 2002, *Soulier*, req. n° 223041).

14) Cour administrative d'appel de Versailles, 10 juillet 2008, *Aubertier*, req. n° 06VE01835.

15) « Les créances résultant de paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive. »

16) TA de Châlons-en-Champagne, 23 mars 2017, req. n° 1500547.

12

Le directeur général exerce-t-il ses fonctions sur un emploi fonctionnel ?

L'article 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions relatives à la fonction publique territoriale* et relatif aux emplois fonctionnels indique que ceux-ci sont limités à certains postes de direction dans les collectivités territoriales et à d'autres dans des établissements publics dont la liste est fixée par le décret n° 88-546 du 6 mai 1988 *fixant la liste des établissements publics mentionnés à l'article 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*.

Si, préalablement à la disparition des OPHLM, il ressortait de ce décret que leurs directeurs pouvaient exercer leurs fonctions sur de tels emplois lorsque l'office comptait au moins 5 000 logements, tel n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} février 2007 créant les OPH.

Par ailleurs, aucune des dispositions du CCH relative à la situation des directeurs généraux d'OPH n'indique que les actuelles modalités de recrutement (directement sur un CDI ou par détachement sur cet emploi en CDI) devraient compter une 3^e possibilité qui consisterait dans la création d'un emploi fonctionnel.

Néanmoins, la Cour administrative d'appel de Marseille a rendu une décision contraire (3 juin 2014, *OPH des Bouches-du-Rhône*, req. n° 13MA02127, qui a depuis été reprise par le Tribunal administratif de Toulon, assez logiquement d'ailleurs puisqu'il relève de la Cour de Marseille (TA Toulon, 3 juillet 2015, *Monsieur X. contre OPH de la Seyne-sur-Mer*, req. n° 1404141).

Il s'agit d'une jurisprudence dont on peut toutefois encore supposer qu'elle ne sera pas reprise par le Conseil d'Etat tant la spécificité de l'emploi de directeur général d'OPH est évidente et implique une distinction avec les emplois de direction au sens de l'article 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

En effet, la Cour s'est limitée à se fonder sur la circonstance selon laquelle le pouvoir réglementaire a omis - après la parution de l'ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 *relative aux Offices Publics de l'Habitat* - de supprimer de la liste des emplois fonctionnels figurant au décret n° 88-546 du 6 mai 1988 *fixant la liste des établissements publics mentionnés à l'article 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale* l'emploi de directeur général d'Office Public d'Habitations à Loyer Modéré, alors pourtant que cette catégorie d'établissement a disparu avec l'ordonnance précitée.

Comme le Rapporteur public l'y invitait (cf. conclusions au BJCL n° 9/14, p. 555), la Cour administrative d'appel de Marseille a donc complètement ignoré qu'en application du décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 *relatif aux directeurs généraux des offices publics de l'habitat*, le directeur général d'OPH **dispose de conditions d'emploi qui lui sont propres et qui diffèrent de celles des agents placés sur emploi fonctionnel, que ce soit au niveau du recrutement comme de la rémunération et de la fin des fonctions.**

D'ailleurs, **la Cour administrative d'appel de Versailles ne s'est pas trompée¹⁷ quant à la différence de statut entre les anciens directeurs d'OPHLM et les directeurs d'OPH ni quant au fait que le nouveau statut avait entraîné la disparition de l'ancien.**

C'est ainsi que dès le 22 septembre 2011, dans un arrêt dans lequel une ancienne directrice d'OPHLM demandait sa réintégration sur l'emploi de directeur général d'OPH à la suite de l'annulation de sa révocation, la Cour administrative d'appel a jugé « *qu'eu égard à la modification du statut de l'organisme, de ses missions et des règles de nomination de son directeur général en conséquence de l'intervention de l'ordonnance susvisée du 1^{er} février 2007 relative aux offices publics de l'habitat, Mme A ne pouvait, en exécution de l'arrêt susvisé, prétendre à une nomination dans le nouveau poste* ».

La jurisprudence *OPH des Bouches-du-Rhône* qui n'est malheureusement pas soumise au contrôle du Conseil d'Etat, appelle le pouvoir réglementaire à modifier le décret du 6 mai 1988 pour lever l'ambiguïté. Ceci est d'autant plus nécessaire que c'est ce même pouvoir réglementaire qui est à l'origine de la création par le décret du 12 octobre 2009 d'un nouveau statut spécifique de directeur général d'OPH, que la jurisprudence précitée méconnaît totalement en considérant que la fonction entrerait dans la liste de celles qui donnent lieu à la création d'un emploi fonctionnel.

Dans l'attente de cette prise de conscience par le pouvoir réglementaire de la contrariété entre les deux situations, l'existence de la jurisprudence de la CAA de Marseille et du TA de Toulon doit néanmoins être signalée.

17) CAA de Versailles, 22 septembre 2011, *Madame X. contre Châtillon Habitat*, req. n° 11VE01298.

13

Comment indemniser le solde de congés payés et le solde du CET en fin de contrat ?

S'agissant du solde de congés payés, il n'existe en principe aucune indemnisation des jours de congés non pris.

L'article 5 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 prévoit néanmoins une exception :

« A la fin d'un contrat à durée déterminée ou en cas de licenciement n'intervenant pas à titre de sanction disciplinaire, l'agent qui, du fait de l'administration, n'a pu bénéficier de tout ou partie de ses congés annuels a droit à une indemnité compensatrice.

Lorsque l'agent n'a pu bénéficier d'aucun congé annuel, l'indemnité compensatrice est égale au 1 / 10^{ème} de la rémunération totale brute perçue par l'agent lors de l'année en cours.

Lorsque l'agent a pu bénéficier d'une partie de ses congés annuels, l'indemnité compensatrice est proportionnelle au nombre de jours de congés annuels dus et non pris.

L'indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération que l'agent aurait perçue pendant la période de congés annuels dus et non pris.

L'indemnité est soumise aux mêmes retenues que la rémunération de l'agent ».

Il en résulte que le solde des congés payés peut être indemnisé, en tout ou partie, **s'il est expressément refusé au directeur général d'en bénéficier** avant la date de fin de son contrat.

S'agissant du solde du CET, il peut y avoir une indemnisation du nombre de jours restant si le conseil d'administration, dans sa délibération afférente à l'utilisation du compte épargne-temps, a bien prévu une monétisation des jours.

De plus, si le nombre de jours inscrits sur le CET ne dépasse pas 20, ils ne peuvent être utilisés que sous forme de congés.

Il est enfin à noter que le décret n° 2004-878 du 26 août 2004 *relatif au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale* prévoit un montant forfaitaire par catégorie statutaire, selon lequel l'indemnisation se fait actuellement à hauteur de 125 euros par jour.

14

Quels sont les pouvoirs de l'ANCOLS vis-à-vis du Directeur général au titre des suites d'un contrôle ?

L'article L. 342-14 du CCH prévoit que :

« 1.- Après que la personne ou l'organisme a été mis en mesure de présenter ses observations en application de l'article L. 342-12 ou, en cas de mise en demeure, à l'issue du délai mentionné à ce même article, **l'agence peut proposer au ministre chargé du Logement de prononcer les sanctions suivantes :**

[...]

2° S'il s'agit d'un organisme d'habitations à loyer modéré mentionné à l'article L. 411-2, d'un groupement d'intérêt économique ou de toute autre structure de mutualisation comprenant un organisme d'habitations à loyer modéré mentionné au même article L. 411-2 :

[...]

d) **La révocation d'un ou plusieurs dirigeants** ou membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire ;

[...] ».

Cet article est complété par l'article L. 342-16, qui indique que :

« **Les sanctions** mentionnées au 1 de l'article L. 342-14 sont **fixées en fonction de la gravité des faits reprochés**, de la situation financière et de la taille de l'organisme. Les sanctions pécuniaires sont recouvrées comme en matière d'impôts directs. Leur produit est versé à la Caisse de garantie du logement locatif social.

Les décisions de sanction prises en application des articles L. 342-14 et L. 342-15 sont communiquées au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et au directoire de l'organisme ou à l'organe dirigeant, dès sa plus proche réunion.

Les décisions de sanction prononcées en application des articles L. 342-14 et L. 342-15 sont **susceptibles d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat** ».

Ces dispositions du CCH telles qu'issues de la loi ALUR commencent à être mises en œuvre par l'Agence, par exemple pour le cas où des modifications d'irrégularités ont été sollicitées à l'occasion de précédents contrôles, sans pour autant que l'office y donne suite.

III. L'EXERCICE DES FONCTIONS DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

Après avoir précisé les obligations déclaratives qui pèsent sur le directeur général (1), le présent chapitre exposera quelles sont ses compétences (2) et les conditions dans lesquelles des délégations peuvent éventuellement intervenir (3).

1. LA DÉCLARATION DE SITUATION PATRIMONIALE ET LA DÉCLARATION D'INTÉRÊTS

La loi n° 88-227 du 11 mars 1988 *relative à la transparence financière de la vie politique* ayant été abrogée, les obligations de déclaration qui pèsent sur le directeur général résultent désormais de l'application du III de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 *relative à la transparence de la vie publique*¹⁸.

C'est ainsi que les **directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat gérant un parc de plus de 2 000 logements au 31 décembre de l'année précédant celle de leur nomination** doivent adresser au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique :

- d'une part, une déclaration de situation patrimoniale ;
- mais aussi, d'autre part, une déclaration d'intérêts.

Une copie de la déclaration d'intérêts doit en outre être adressée au ministre chargé du Logement¹⁹.

Le fait pour une des personnes mentionnées à l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013 de ne pas déposer l'une des déclarations prévues, d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est puni d'une **peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende**²⁰.

Ainsi qu'il ressort du I de ce même article 11, l'établissement des déclarations doit intervenir « dans les conditions prévues aux quatre premiers alinéas du I et aux II et III de l'article 4 ». D'un point de vue pratique, il en résulte pour les directeurs d'OPH que :

- La déclaration de patrimoine doit être **exhaustive, exacte et sincère et concerner la totalité des biens propres ainsi que, le cas échéant, ceux de la communauté ou les biens indivis**. Ces biens sont évalués à la **date de la déclaration**, comme en matière de droits de mutation à titre gratuit.
- **Dans les mêmes conditions, une déclaration faisant apparaître les intérêts détenus à la date de la déclaration et dans les cinq années précédant cette date doit être établie.**
- Durant l'exercice des fonctions, la situation patrimoniale ou les intérêts détenus qui connaissent une **modification substantielle en fait doivent, dans un délai d'un mois, faire l'objet d'une nouvelle déclaration** à la Haute Autorité.
- **Ces obligations de déclaration s'appliquent également dans les deux mois qui suivent la cessation des fonctions**, pour une cause autre que le décès. Dans ce cas, la déclaration de situation patrimoniale comporte une récapitulation de l'ensemble des revenus perçus et, le cas échéant, par la communauté depuis le début de l'exercice des fonctions.

18) Ces dispositions sont entrées en vigueur le 20 décembre 2013.

19) cf. 7^{ème} alinéa du III de l'article 11 de la loi précitée.

20) cf. I de l'article 26 de la loi du 11 octobre 2013.

- Les déclarations sont adressées personnellement au président de la Haute Autorité ;
- Elles portent sur les éléments suivants :

DÉCLARATION DE SITUATION PATRIMONIALE	DÉCLARATION D'INTÉRÊTS
<ul style="list-style-type: none"> 1° Les immeubles bâtis et non bâtis ; 2° Les valeurs mobilières ; 3° Les assurances-vie ; 4° Les comptes bancaires courants ou d'épargne, les livrets et les autres produits d'épargne ; 5° Les biens mobiliers divers d'une valeur supérieure à un montant fixé par voie réglementaire ; 6° Les véhicules terrestres à moteur, bateaux et avions ; 7° Les fonds de commerce ou clientèles, les charges et offices ; 8° Les biens mobiliers, immobiliers et les comptes détenus à l'étranger ; 9° Les autres biens ; 10° Le passif. 	<ul style="list-style-type: none"> 1° Les activités professionnelles donnant lieu à rémunération ou gratification exercées à la date de la nomination ; 2° Les activités professionnelles ayant donné lieu à rémunération ou gratification exercées au cours des cinq dernières années ; 3° Les activités de consultant exercées à la date de la nomination et au cours des cinq dernières années ; 4° Les participations aux organes dirigeants d'un organisme public ou privé ou d'une société à la date de la nomination ou lors des cinq dernières années ; 5° Les participations financières directes dans le capital d'une société à la date de la nomination ; 6° Les fonctions bénévoles susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts ; 7° Les fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination.
<p>NB : Le cas échéant, la déclaration de situation patrimoniale précise, pour chaque élément, s'il s'agit de biens propres, de biens de la communauté ou de biens indivis.</p> <p>Les déclarations de situation patrimoniale déposées en cas de cessation des fonctions comportent également une présentation des événements majeurs ayant affecté la composition du patrimoine depuis la précédente déclaration.</p>	<p>NB : La déclaration précise le montant des rémunérations, indemnités ou gratifications perçues au titre des fonctions et mandats électifs exercés à la date de la nomination.</p>

Des modèles de déclarations sont annexés au décret n° 2013-1212 du 23 décembre 2013 *relatif aux déclarations de situation patrimoniale et déclarations d'intérêts adressées à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.*

Le délai de transmission des déclarations est de deux mois suivant la nomination.

Conformément à l'article 33 de la loi du 11 octobre 2013, les directeurs généraux des OPH concernés par l'obligation de déclaration déjà en fonctions devaient déposer leurs premières déclarations au plus tard le 1^{er} octobre 2014 dans les conditions décrites à la question-réponse n° 1 de ce chapitre.

Il est à noter que les sollicitations de l'ANCOLS quant à la transmission des déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts n'ont pas à être satisfaites.

En effet, la Haute autorité de lutte pour la transparence de la vie publique est une autorité administrative indépendante qui, en application de la loi du 11 octobre 2013, est seule dépositaire de ces déclarations, sans que les directeurs généraux d'OPH n'entrent par ailleurs dans la liste des personnes dont les déclarations peuvent faire l'objet d'une publication ou d'une consultation en Préfecture.

Plus encore, l'article 19 de la loi indique que, dans l'exercice

de leurs attributions, les membres de la Haute Autorité ne reçoivent et ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité. Une demande de l'ANCOLS ne saurait ainsi *a priori* être satisfaite même par la Haute autorité elle-même.

Enfin, la communication semble dépourvue d'intérêt en ce sens que la Haute autorité a le pouvoir de demander aux dépositaires des déclarations toute explication ou tout document nécessaire à l'exercice de ses missions et peut charger un ou plusieurs de ses membres ou rapporteurs de procéder ou de faire procéder par les agents de ses services à des vérifications portant sur le contenu des déclarations.

2. LES COMPÉTENCES DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

Au sein de l'office, les compétences sont réparties entre le directeur général, le conseil d'administration et le président.

Les fonctions du directeur général sont définies à l'article R. 421-18 du CCH :

« [...] Le directeur général **assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration et du bureau dont il prépare et exécute les décisions.**

Il passe tous actes et contrats au nom de l'office et le représente dans tous les actes de la vie civile.

Il représente l'office en justice, sauf dans les cas prévus au cinquième alinéa de l'article R. 421-17. Il doit rendre compte au conseil d'administration des actions en justice qu'il a introduites lors de la plus prochaine séance de ce conseil.

Le directeur général est chargé de l'exécution des budgets. Dans les Offices Publics de l'Habitat soumis aux règles de la comptabilité publique, il engage, liquide et ordonnance toutes dépenses et recettes. Il exerce les compétences que lui confèrent les dispositions de la section I du chapitre III du titre II du livre IV (partie réglementaire).

Le directeur général peut, par délégation du conseil d'administration et dans les limites fixées par lui, être chargé de souscrire les emprunts et de réaliser les opérations utiles à leur gestion, et de recourir aux crédits de trésorerie. Il peut également, dans les mêmes conditions, réaliser les opérations relatives au placement des fonds de l'office. Il rend compte de son action en la matière, au conseil d'administration, à la plus prochaine réunion de ce conseil.

Le directeur général a autorité sur les services, recrute, nomme et, le cas échéant, licencie le personnel. Il préside le comité d'entreprise.

[...].

Le directeur général rend compte de sa gestion au conseil d'administration et lui présente un rapport annuel en la matière ».

En outre, l'article L. 421-23 du CCH prévoit que pour la gestion des agents de l'office ayant la qualité de fonctionnaires territoriaux le directeur général doit être regardé comme « l'autorité territoriale ».

C'est ainsi que la compétence du président en matière de signature d'actes et de représentation est limitée au contenu de l'article R. 421-17 du CCH :

- signature du contrat du directeur ;
- représentation auprès des pouvoirs publics, des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière d'habitat ;
- représentation en justice pour les contentieux dans lesquels les administrateurs ou le directeur général sont mis en cause à titre personnel dans le cadre de leurs fonctions.

La liste exhaustive de l'article R. 421-18 du CCH des compétences propres du directeur général et de celles qui peuvent lui être déléguées par le conseil d'administration (cf. 7^{ème} alinéa relatif aux emprunts, opérations utiles à leur gestion, crédits de trésorerie et opérations relatives au placement des fonds de l'office) mérite d'être précisée concernant la compétence pour ester en justice (voir sur ce point questions-réponses n° 4 et 5 de ce chapitre).

3. LE RÉGIME DES DÉLÉGATIONS DE SIGNATURE ET LA QUESTION DES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS

NB : Le régime des délégations au sens du droit pénal est distinct de celui exposé ci-dessous et exposé à la question-réponse n° 6 de ce chapitre.

■ LE RÉGIME DES DÉLÉGATIONS DE SIGNATURE

Elles sont prévues par le 9^e alinéa de l'article R. 421-18 du CCH :

« Le directeur général peut déléguer **sa signature** avec l'accord du conseil d'administration aux membres du personnel de l'office exerçant les fonctions de directeur ou de chef de service ».

Avant de préciser les conditions de mise en œuvre des délégations de signature ainsi prévues, il est utile de souligner que, par son objet, la délégation de signature s'oppose à la délégation de pouvoirs qui aboutit à ce que l'autorité délégante se dessaisisse de sa compétence au profit d'une autre.

En effet, la délégation de signature ne vise à transférer aucune capacité décisionnelle mais, uniquement, à faciliter l'organisation du **service en permettant à une personne de signer pour le compte d'une autre les documents objets de la délégation.**

Devant systématiquement être prévue par un texte (ce qui est le cas ici avec l'article R. 421-18 du CCH)²¹ la délégation de signature des actes des collectivités et de leurs établissements publics doit répondre à des exigences de précision suffisantes, imposées de manière constante par la jurisprudence.

Notamment, il a été jugé que les délégations de l'autorité exécutive définies dans des termes trop généraux sont irrégulières²² de même que celles qui n'identifient pas clairement le délégataire²³ et qui n'ont pas fait l'objet de formalités de publicité²⁴.

Pour un OPH, **cela implique concrètement les cinq précautions suivantes :**

- que le directeur délègue sa signature sur un **volet de compétences précis** (exemple : la signature des décisions relatives à l'entrée et la sortie de fonctions des agents de l'OPH, la signature des marchés publics, la signature des notifications de rejet des offres en la matière etc. en évitant donc les formules floues de type signer « *tous documents se rapportant à la passation des marchés publics* ») ;
- que le bénéficiaire de la délégation soit **nommément identifié** ;
- que cette personne **exerce soit des fonctions de directeur soit des fonctions de chef de service au sein de l'office** ;
- que la décision portant délégation de signature soit soumise pour **accord préalable au conseil d'administration** ;
- qu'enfin, la décision soit **régulièrement publiée et affichée.**

En revanche, le champ des domaines dans lesquels les délégations de signature du directeur général peuvent intervenir n'est pas limité par l'article R. 421-18 du CCH et les délégations de signature du directeur général peuvent donc intervenir en toutes matières (du moment évidemment qu'elles concernent les missions qui sont les siennes en application de cet article).

21) En application de cette règle une délégation qui serait faite par le délégataire en son absence à un autre délégataire sera irrégulière, et ceci dans la mesure où aucun article du CCH ne le prévoit.

22) Exemple : Est irrégulière la formule relative à l'autorisation de « *signer toutes pièces nécessaires à une bonne administration des intérêts de la ville* » (CE, 18 février 1998, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine*, req. n° 152572). Est également irrégulière la délégation à l'effet de signer la correspondance, les visas, les légalisations, les certificats traités et tous autres actes et documents (TA Orléans, 14 novembre 1991, *Société pour l'étude, la protection et l'aménagement de la nature en Touraine*, JCP 1992.IV.2004). Enfin, ne permet pas de signer la décision de licenciement d'un agent la délégation de signature relative à « l'ensemble des recrutements » (CAA de Paris, 11 avril 2006, *Ville de Paris*, req. n° 05PA04055).

23) CE, 30 septembre 1996, *Préfet Seine-Maritime*, Rec. CE 1996, p. 354.

24) CAA de Marseille, 27 avril 2004, *Centre hospitalier de Hyères*, req. n° 02MA01733.

■ LA QUESTION DES DÉLÉGATIONS DE POUVOIRS ET L'HYPOTHÈSE DE L'INTÉRIM

Outre la délégation de signature envisagée au 9^e alinéa de l'article R. 421-18 du CCH, le 10^e alinéa dispose que :

« En cas d'absence ou d'empêchement du directeur général, ses pouvoirs sont assumés par l'un des directeurs ou chefs de service, désigné par le conseil d'administration. La prolongation de cet intérim pour une durée supérieure à six mois doit être décidée par le conseil d'administration ».

C'est ainsi que, contrairement au régime classique des délégations de pouvoirs selon lequel il s'agit pour l'autorité délégante qui y est expressément autorisée par un texte de choisir la personne auprès de qui elle entend se dessaisir d'une partie de ses pouvoirs pour se décharger de certaines tâches, **cet article organise exclusivement l'intérim du directeur général dans le cas d'une absence ou d'un empêchement tel que le fonctionnement de l'office pourrait être gêné.**

Par ailleurs, la désignation de l'intérimaire nommément désigné n'est susceptible d'être opérée que par l'assemblée délibérante, sans que le directeur général n'ait la capacité de choisir lui-même le bénéficiaire unique de cette décision, ce qui achève d'exclure toute possibilité de « délégation de pouvoirs » au sens habituel du terme.

Mais cela ne constitue pas un frein au bon fonctionnement de l'office. En effet, le directeur général peut donner suffisamment de délégations de signature aux directeurs et chefs de services de l'office pour leur permettre d'assurer en son absence le bon fonctionnement de l'office et il est possible au conseil d'administration, dans le cas d'une absence ou d'un empêchement d'une durée qu'il estime trop importante, de désigner de son propre gré pour une période donnée un directeur général par intérim (qui exercera alors l'ensemble des fonctions du directeur général qui ne pouvaient jusque là être couvertes par les délégations de signature).

Il peut même être envisagé que, par avance, le conseil d'administration indique quel sera le directeur général par intérim en cas d'absence ou d'empêchement du directeur général. Simplement, si l'intérim se prolonge au-delà de six mois parce que l'absence ou l'empêchement du directeur général se prolonge d'autant, il conviendra de soumettre à nouveau la situation au conseil d'administration.

> Voir également, sur l'intérim, les questions n°1 et n°2 p 9.

QUESTIONS REponses

(CHAPITRE III, LES FONCTIONS
DU DIRECTEUR GÉNÉRAL)

1

Le directeur général par intérim doit-il répondre aux obligations posées par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ?

L'article 11 de cette loi vise uniquement les directeurs généraux des OPH gérant un parc de plus de 2 000 logements au 31 décembre de l'année précédant celle de leur « *nomination* », sans préciser que le directeur ou chef de service désigné par le CA qui exercerait les pouvoirs du directeur général en cas d'absence ou d'empêchement serait lui aussi concerné par les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts.

Sans plus de précisions et dans la mesure où le directeur général par intérim n'a pas le statut de directeur général (il n'en a pas le contrat, ni par conséquent la rémunération etc.) et qu'il n'est pas nommé sur ces fonctions, il ne semble donc pas qu'une telle obligation doive être remplie.

Cela aurait d'autant moins d'intérêt que la période d'intérim se veut aussi courte que possible, alors que le directeur général d'OPH nouvellement nommé a deux mois suivant sa nomination pour adresser les déclarations attendues à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique.

A noter cependant qu'à ce jour aucune confirmation ni infirmation de cette position n'est recensée.

2

Le directeur général entre-t-il dans le cadre posé à l'article L. 231 du Code électoral qui prévoit certaines inéligibilités ?

Modifié par la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, cet article du Code électoral prévoit depuis le 23 mars 2014 que :

« [...] Ne peuvent être élus conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois :

[...] 8° Les personnes exerçant, au sein du conseil régional, du conseil départemental, de la collectivité territoriale de Corse, de Guyane ou de Martinique, d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre ou de leurs établissements publics, les fonctions de directeur général des services, directeur général adjoint des services, directeur des services, directeur adjoint des services ou chef de service, ainsi que les fonctions de directeur de cabinet, directeur adjoint de cabinet ou chef de cabinet en ayant reçu délégation de signature du président, du président de l'assemblée ou du président du conseil exécutif [...] ».

C'est ainsi qu'il ne peut être envisagé de mandat électoral municipal du directeur général d'un établissement public industriel et commercial tel qu'un OPH dans un ressort correspondant à celui de l'office qu'il dirige.

Ce texte s'applique aux directeurs généraux rattachés un département ou à un EPCI à fiscalité propre, qui ne peuvent donc être élus conseillers municipaux dans les communes situées sur le territoire de l'EPCI.

Au contraire, dans les établissements publics territoriaux (EPT) situés sur le territoire de la métropole du Grand Paris – qui ne sont pas des établissements à fiscalité propre – le rattachement d'un OPH à un EPT n'exclut pas une élection dès lors que le texte de l'article L.231 du code électoral est d'interprétation stricte²⁵ et ne vise que les établissements publics rattachés aux régions, aux départements, à la collectivité territoriale de Corse, à la Guyane, à la Martinique et aux établissements publics de coopération communale à fiscalité propre.

Enfin, de la même manière, le cas exceptionnel d'un directeur général d'un OPH qui n'aurait pas encore été rattaché à un EPCI à fiscalité propre permet d'envisager un tel mandat, puisque le texte ne vise pas les établissements rattachés aux communes.

25) CE, Sect., 4 février 2015, *Monsieur A.*, req n°383019.

Si aucune jurisprudence n'a été rendue à ce jour pour confirmer ce point ni non plus exactement au cas d'un directeur général d'OPH, une décision confirme d'ores et déjà l'inéligibilité d'un directeur financier et informatique et d'une directrice des affaires locatives d'un OPH départemental « *compte tenu des responsabilités qu'ils exerçaient, comportant notamment l'encadrement d'un service, et alors même qu'ils n'auraient aucune délégation leur donnant un pouvoir de décision* »²⁶.

Pour tenir compte de l'évolution du rattachement des OPH, et notamment de la création des EPT, il n'est pas exclu que le législateur vienne modifier à terme le texte de l'article L231-1 du Code électoral.

3

Dans quel cadre le directeur général peut-il prendre les décisions relatives aux emprunts, opérations utiles à leur gestion, crédits de trésorerie et opérations relatives au placement des fonds de l'office ?

L'article R. 421-18 du CCH prévoit que « *Le directeur général peut, par délégation du conseil d'administration et dans les limites fixées par lui, être chargé de souscrire les emprunts et de réaliser les opérations utiles à leur gestion, et de recourir aux crédits de trésorerie. Il peut également, dans les mêmes conditions, réaliser les opérations relatives au placement des fonds de l'office. Il rend compte de son action en la matière, au conseil d'administration, à la plus prochaine réunion de ce conseil* ».

C'est ainsi qu'en résumé, les compétences ici énumérées peuvent appartenir au directeur général selon les trois conditions suivantes :

- une délégation expresse du conseil d'administration donnée par voie de délibération ;
- une limite financière posée par le conseil d'administration pour chaque compétence, ainsi que cela est régulièrement rappelé par les organismes de contrôle ;
- un compte-rendu de l'action du directeur général présenté à la réunion du Conseil suivant celle à laquelle la délégation lui a été donnée.

26) CE, 3 décembre 2014, *Monsieur A.*, req. n° 382684.

4

Comment s'organise la représentation en justice par le directeur général des intérêts de l'OPH ?

Une habilitation du conseil d'administration est nécessaire et doit intervenir pour chaque affaire, que l'office soit demandeur ou défendeur.

Si la question de l'habilitation ne fait pas de difficulté dans la mesure où l'article R. 421-16 du CCH indique bien que le CA « 11° Autorise, selon le cas, le président ou le directeur général à ester en justice, en application des articles R. 421-17 ou R. 421-18 », le Conseil d'Etat est venu récemment renforcer les exigences de la jurisprudence quant à la représentation en justice des intérêts des OPH.

En effet, dans un arrêt du 12 juillet 2013 *OPH Grand Lyon Habitat* (req. n° 357134²⁷), le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions du CCH telles qu'actuellement rédigées ne permettent pas au directeur général (ni d'ailleurs au président dans les hypothèses où c'est à lui que revient la compétence) de bénéficier d'une autorisation permanente pour agir en justice au nom de l'office.

C'est ainsi que, sauf les cas d'urgence (exemple : défense dans un référé-suspension) et les actions en recouvrement de créances tous deux visés expressément par la deuxième partie du 11° de l'article R. 421-18²⁸, **les OPH doivent désormais :**

- **soit faire systématiquement délibérer le CA ;**
- **soit, pour alléger la procédure, faire délibérer le CA afin qu'il délègue au bureau le pouvoir d'autoriser le directeur général à ester en justice chaque fois que cela se révèle nécessaire ;**
- **quelle que soit la solution choisie valider les interventions dans les instances en cours²⁹.**

27) « Qu'il résulte de ces dispositions que le président du conseil d'administration d'un Office Public de l'Habitat ne peut ester en justice au nom de l'office qu'après y avoir été expressément autorisé soit par une délibération de son conseil d'administration, soit par son bureau, lorsque celui-ci s'est vu déléguer cette compétence par le conseil d'administration dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article R. 421-16 du code de la construction et de l'habitation ; que la même règle s'applique au directeur général de l'office, qui peut toutefois ester en justice sans autorisation du conseil d'administration ou du bureau en cas d'urgence et dans les litiges relatifs au recouvrement d'une créance ; qu'il ne résulte pas de ces dispositions que le président du conseil d'administration et le directeur général peuvent bénéficier d'une autorisation permanente pour introduire au nom de l'office toutes instances devant les juridictions ; qu'ainsi, en jugeant que ces dispositions ne permettraient ni au président du conseil d'administration de l'Office Public de l'Habitat Grand Lyon Habitat ni à son directeur général d'être autorisés par le conseil d'administration à ester en justice de manière permanente, le président de la sixième chambre du tribunal administratif de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit ».

28) « Toutefois, en cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agit d'une action en recouvrement d'une créance, le directeur général peut intenter une action en justice sans cette autorisation ».

29) cf. Pour un rappel de la possibilité de validation *a posteriori* : CAA de Douai, 16 mai 2013, *OPH d'Amiens*, req. n° 11DA01428.

5

Comment le CA peut-il déléguer au bureau la compétence pour autoriser le Directeur à agir en justice ?

Sur le fondement de l'article R. 421-16 du CCH (selon lequel « *Le bureau peut recevoir délégation de compétence pour l'exercice des attributions du conseil d'administration, hormis celles mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 5°* ») le CA peut délibérer **dans les conditions classiques posées par l'article R. 421-13 du CCH** et confier au bureau la compétence pour autoriser à chaque nouvelle affaire le directeur général à représenter l'office en justice.

En permettant de décider de la représentation en justice à l'occasion de réunions dont l'organisation est moins contraignante que la réunion d'un CA, cette solution devrait permettre de contrebalancer l'impact de la jurisprudence *OPH Grand Lyon Habitat* citée précédemment.

6

Quelles sont les conséquences des délégations de signature en termes de responsabilités ?

Contrairement aux hypothèses visées par le Code général des collectivités territoriales (exemple : article L. 2122-19 pour la délégation de signature du Maire), l'article R. 421-8 du CCH n'indique pas expressément que la délégation de signature intervient « *sous la surveillance et la responsabilité* » du directeur général, ce qui pourrait laisser à penser a priori qu'elle lui permet de se dessaisir de toute responsabilité.

Tel n'est toutefois pas le cas. En effet, la délégation de signature ne paraît pas amener le directeur général à se dessaisir entièrement de sa compétence dans les matières concernées, si bien qu'il n'est pas certain que la recherche de sa responsabilité puisse être exclue sur le seul fondement de l'absence de précision de l'article R. 421-8.

Ceci souligné, il convient d'observer que la responsabilité civile d'un agent public ou sa responsabilité pénale ne sont pas automatiquement engagées du seul fait qu'il est réputé être le signataire d'une décision.

En termes de responsabilité civile tout d'abord, peut être engagée à titre personnel la responsabilité d'un agent public mais de manière relativement rare dès lors que le lien avec le service permet de privilégier la mise en cause de la responsabilité de l'OPH, bien plus intéressante en termes de solvabilité (cf. Chapitre IV).

En termes de responsabilité pénale ensuite, l'effet exonératoire d'une délégation pour le délégant et générateur de responsabilité pour le délégataire est soumis aux conditions de compétence, d'autorité, de moyens et d'effectivité posée par la jurisprudence pénale, indépendamment de sa qualification de délégation de pouvoir ou de signature, au sens du droit administratif.

Dès lors qu'une délégation de signature remplira ces conditions, le Juge pénal lui fera produire un effet exonératoire de responsabilité, sous réserve bien évidemment que le délégant n'ait personnellement commis un acte infractionnel susceptible d'engager sa responsabilité pénale, qu'il soit volontaire (infraction intentionnelle) ou involontaire (infraction non intentionnelle) (Cass.crim.14 nov.2000, pourvoi n° 00-81.664) ; le délégataire devient alors représentant de la personne morale, et peut à ce titre engager la responsabilité de cette dernière du fait de ses agissements (TGI Strasbourg, 27 mars 2007, pourvoi n°331762, JurisData n°2007-331762).

Soulignons toutefois, sans remettre en cause le principe de l'efficacité de ces délégations de pouvoir de fait, que la chambre criminelle de la Cour de cassation semble, depuis un arrêt du 18 juin 2013, en subordonner les effets à la régularité formelle de l'acte qui la sous-tend (*pourvoi n°12-84.368.3357*).

7

Le directeur général peut-il déléguer sa signature pour signer des actes notariés ?

L'article R. 421-18 du CCH prévoit que le directeur général « *passé tous les actes et contrats au nom de l'office* », ce qui implique pour lui qu'il a la qualité pour signer les actes notariés, tels que les actes authentiques de vente par exemple.

Ceci ne faisant pas de difficulté et s'agissant de la question de savoir s'il peut déléguer sa signature pour de tels actes, l'article R. 421-18 du CCH poursuit en indiquant qu'il peut opérer ainsi, **sans limitation du domaine d'intervention des actes**.

En conclusion, **sous couvert d'une délégation régulière** (précise, nominative, autorisée par le conseil d'administration et dont la publicité a été assurée), le directeur général peut déléguer **soit à un directeur de service soit à un chef de service** la possibilité de signer un ou plusieurs actes notariés clairement identifiés.

Il est également courant d'envisager la signature d'actes notariés au travers d'un notaire ou d'un clerc ayant reçu procuration de la part du directeur général pour une opération précise. Reste qu'en l'absence de jurisprudence confirmant expressément cette possibilité, il convient de privilégier la solution de la délégation de signature à un directeur ou un chef de service, et ceci d'autant plus qu'une réponse ministérielle ancienne va dans ce sens, en indiquant de faire application du texte sur les délégations de signature et de respecter la liste des personnes énumérées³⁰.

Par ailleurs, sur le point précis des actes dont l'authenticité est prévue par la loi, l'article 710-1 du Code civil créé par la loi n° 2011-331 de modernisation des professions juridiques et judiciaires du 28 mars 2011 dispose que : « *Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative* ». C'est ainsi que la procuration donnée à un mandataire tel qu'un clerc de notaire devra, en tout état de cause, être reçue elle-même devant notaire pour certains actes, comme l'acte authentique de vente.

30) JOAN, 19 décembre 1988, p. 3748, n° 4444.

IV. LA MISE EN CAUSE, DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

Etant possible de mettre en cause directement la responsabilité d'un Directeur d'OPH (1), il est nécessaire pour celui-ci de connaître les assurances dont il dispose (2).

1. RAPPEL DES POSSIBILITÉS DE MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ D'UN DIRECTEUR GÉNÉRAL D'OPH

En application de la jurisprudence Robert de Lafreygère citée *supra*, les directeurs d'OPH sont des agents publics qui sont, en conséquence, placés sous un régime de responsabilité qui implique de distinguer entre faute strictement personnelle et faute en lien avec le service (1.1).

Par ailleurs, il est primordial pour tout directeur général d'un OPH d'avoir conscience que sa responsabilité peut, à l'instar de celle de tout agent public, être mise en cause au plan pénal (1.2) et, enfin, devant les juridictions financières (1.3).

■ 1.1. LA RESPONSABILITÉ « CIVILE »³¹

En premier lieu, les victimes de dommages qu'elles estiment imputables au directeur général peuvent rechercher à engager sa responsabilité personnelle plutôt que celle de l'OPH lui-même.

Dans ce cadre là, à moins que la faute commise par le directeur général revête un caractère strictement personnel et dépourvu de lien suffisant avec le service³² (exemple : violences volontaires commises par le directeur général sur un agent de l'office rencontré en dehors de l'office et dans des circonstances sans lien avec l'activité professionnelle), c'est le juge ad-

ministratif qui va connaître du litige visant directement le directeur général au motif du lien avec le service (exemple : accident de la route intervenu au volant d'un véhicule de fonctions pendant le service).

Toutefois, pour des considérations tenant à la solvabilité, la faute en lien avec le service donne davantage lieu à une mise en cause du seul OPH auprès de la juridiction administrative plutôt qu'à une mise en cause personnelle du directeur général devant cette même juridiction.

En effet, il est de jurisprudence constante que les collectivités et leurs établissements publics doivent assumer les conséquences des fautes qui sont en lien avec le service, et ceci quand bien même leur gravité leur conférerait en parallèle le caractère d'une faute personnelle.

En ce sens, il a récemment été jugé que :

« c'est avec l'autorité et les moyens que lui conféraient ses fonctions que le maire de Saint-Paul a émis les fausses attestations qui ont causé le préjudice subi par la BFCOI ; que la faute ainsi commise, alors même que sa gravité lui conférerait le caractère d'une faute personnelle détachable du service, n'est donc pas dépourvue de tout lien avec celui-ci, ce

31) Le terme de responsabilité « civile » est employé ici selon l'opposition classique avec la responsabilité pénale. Toutefois, dans la mesure où c'est en principe devant le Juge administratif que des litiges afférents à l'exercice des fonctions de directeur général doivent être portés, on pourrait parler aussi de responsabilité « administrative ».

32) Commet une faute personnelle de la compétence du juge judiciaire l'agent de police qui, invité chez un ami, le blesse mortellement en maniant maladroitement et imprudemment le revolver dont il dispose dans le cadre de son activité professionnelle mais qu'il n'a pas l'obligation de transporter avec lui lorsqu'il ne travaille pas (CE, 30 janvier 1948, Buffevant, Rec. CE 1948, p. 51. ; CE, 30 juin 1952, Carré, : Rec. CE 1952, p. 313).

qui autorise sa victime à demander au juge administratif de condamner la commune de Saint-Paul à en assumer l'entière réparation [...] » (CE, 2 mars 2007, Banque française commerciale d'Océan indien, req. n° 283257).

Cependant, malgré le lien avec le service qui permettrait à un requérant de privilégier la responsabilité de l'OPH à celle du directeur général, l'OPH lui-même pourrait réclamer au directeur général le remboursement du préjudice qu'il a subi s'il se révélait que la faute commise revêt - de par sa gravité - un caractère personnel³³.

C'est ainsi qu'un agent public a pu être condamné au remboursement de 50% des sommes mises à la charge de son employeur en conséquence d'un accident mortel causé par une conduite en état d'ébriété d'un véhicule de service³⁴.

Ceci précisé, il est à noter que dans l'hypothèse de la faute commise en lien avec le service, l'OPH se doit d'accorder à son directeur général la protection fonctionnelle prévue à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. C'est ainsi qu'*in fine* le choix du requérant de mettre en cause sa responsabilité personnelle plutôt que celle de l'office sera en principe dépourvue de conséquences (cf. ci-dessous 2.1).

■ 1.2. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES OPH ET DE LEURS DIRIGEANTS

1.2.1. Les grands principes de la responsabilité pénale

La responsabilité pénale personnelle du dirigeant d'un office tel que le directeur général ne peut par principe être engagée qu'au titre d'un comportement fautif qu'il a **personnellement** commis, soit comme auteur principal, soit comme complice.

Son fait peut par ailleurs cumulativement engager la responsabilité pénale de l'office, personne morale, dans les conditions de l'article 121-1 du Code pénal.

La responsabilité pénale d'un office peut en effet être engagée pour toute infraction commise pour son compte par ses organes et représentants, sachant que :

- **la notion d'organe**, désigne les instances statutaires collégiales de l'office ;
- **la notion de représentant** désigne ses représentants légaux (président, directeur général) mais aussi ses collaborateurs, notamment lorsqu'ils sont investis d'une délégation de pouvoirs (cf. question-réponse n°6 p.38).

1.2.2. Aperçu des infractions pénales applicables aux dirigeants

Au cas précis du directeur général, celui-ci dispose de différents pouvoirs pouvant constituer le support d'infractions pénales. Citons à titre d'exemples le pouvoir disciplinaire, les prérogatives liées à l'embauche du personnel, la participation aux procédures de passation de marchés publics, les règles en matière d'hygiène et de sécurité applicables à ses salariés...

A l'instar de tout chef d'entreprise, ces pouvoirs du directeur général d'OPH peuvent constituer le support de différentes infractions, qu'il s'agisse de contraventions (manquements aux obligations pesant sur les propriétaires d'immeubles bâtis au regard de la législation sur l'amiante...) ou de délits (favoritisme, discrimination, délit d'entrave, prise illégale d'intérêts, atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui...).

Toutes ne peuvent bien évidemment être abordées dans le cadre du présent guide, qui concentrera donc ses développements sur trois exemples :

- le délit de favoritisme ;
- le délit de prise illégale d'intérêts ;
- les atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui.

● Le délit de favoritisme

Le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous le nom de délit de favoritisme, est puni par l'article 432-14 du Code pénal d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement

33) cf. Arrêt *Banque française commerciale d'Océan indien* précité.

34) CAA de Bordeaux, 21 mars 2006, *Monsieur X. contre ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire*, req. n° 03BX00225 : « Considérant que si M. X soutient que l'administration aurait commis une faute de nature à atténuer sa propre responsabilité, en ne l'informant pas des risques encourus en cas de faute commise dans la conduite d'un véhicule de service et non couverte par une assurance personnelle, cette circonstance est sans influence sur le bien-fondé de l'action récursoire de l'administration motivée par la faute personnelle caractérisée et détachable du service commise par l'agent. Considérant qu'eu égard à la gravité de la faute commise par le requérant et aux circonstances de fait, le ministre de l'Intérieur n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation de la part de responsabilité incombant à l'intéressé, en mettant à sa charge cinquante pour cent des conséquences dommageables qui sont résultées de l'accident ».

et 200 000 euros d'amende, pouvant être portée au double du produit de l'infraction.

Il est soumis à une condition préalable tenant à la qualité de l'auteur (A) et réprime la méconnaissance volontaire de dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public (B) aux fins de procurer à autrui un avantage injustifié (C).

(A) La qualité de l'auteur

Seules peuvent être poursuivies sur le fondement de l'article 432-14 du Code pénal les personnes qui y sont limitativement énumérées, notamment les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public, ou toute personne agissant pour leur compte.

Hors ces hypothèses, la jurisprudence est venue préciser que l'article 432-14 du Code pénal ne pouvait s'appliquer au dirigeant d'une « *personne morale de droit privé chargée d'une mission d'intérêt général* »³⁵.

En revanche, **cette qualité a été reconnue au directeur général d'un Office Public d'Aménagement de la Construction³⁶ et d'un Office Public HLM³⁷, si bien que le directeur général d'un OPH doit, à cet égard, être considéré comme susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal.**

(B) La méconnaissance des règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public

Sur le plan matériel, le délit de favoritisme réprime la méconnaissance volontaire des normes juridiques garantissant la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux marchés publics et délégations de service public.

A ce titre, il est important de rappeler que l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a impulsé la réforme du droit de la commande publique ; les décrets du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics

et aux marchés de défense ou de sécurité, pris en application de l'Ordonnance, ont achevé la transposition des directives européennes et mettent en œuvre la réforme.

Ainsi, depuis le 1^{er} avril 2016, l'ancien code des marchés publics, en vigueur depuis 2006, comme 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 sont abrogés.

Au demeurant, et pour les marchés encore soumis aux anciennes dispositions, il sera rappelé que l'article 132 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* soumet en principe les marchés passés par les Offices Publics de l'Habitat à 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 et non au Code des marchés publics*.

Dans ce cadre, la question s'était posée de savoir si la méconnaissance des règles édictées par l'ordonnance du 6 juin 2005 pouvait consommer le délit.

A ce titre, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du Code pénal semble impliquer que le délit ne puisse s'appliquer hors les cas spécifiquement prévus par le texte d'incrimination, à savoir les « marchés publics » et les « délégations de service public ».

Pour autant, l'intention supposée du législateur qui, en réprimant les manquements aux règles de liberté d'accès et d'égalité de traitement dans les marchés publics et les délégations de services, aurait entendu sanctionner plus des principes généraux de la commande publique.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris a opté pour la première solution, en considérant jugé que « *la violation des règles applicables aux marchés soumis à cette Ordonnance n'est pas pénalement sanctionnée et ne peut notamment pas être poursuivie sur le fondement d'une quelconque autre infraction de favoritisme* »³⁸.

35 CA PARIS, Pôle 5 Ch. 12, 26 novembre 2012, n° JurisData 2012-030490

36) Cass.crim., 5 juin 2002, n° de pourvoi: 01-83517

37) Cass.crim. 19 juin 2002, n° de pourvoi: 01-85408

38) CA PARIS, Pôle 5 Ch. 12, 26 novembre 2012, n° JurisData 2012-030490

Depuis lors, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de trancher en faveur de la seconde solution ; ainsi pour les marchés passés sous l'empire de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée, le délit trouve application. *Il résulte des termes de l'article 432-14 du code pénal qu'il s'applique à l'ensemble des marchés publics et non pas seulement aux marchés régis par le code des marchés publics, lequel a été créé postérieurement à la date d'entrée en vigueur dudit article dans sa rédaction actuelle ; que, ces dispositions pénales ont pour objet de faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès de la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes, qui constituent également des exigences posées par le droit de l'union européenne, gouvernent l'ensemble de la commande publique ; qu'il s'en déduit que la méconnaissance des dispositions de 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, et notamment de son article 6 qui rappelle les mêmes principes, entre dans les prévisions de l'article 432-14.*³⁹

Ajoutons que l'élément intentionnel du délit est généralement déduit par le juge pénal de la nature des manquements constatés et de l'expérience de l'intéressé, faisant présumer de sa parfaite connaissance de la réglementation et du caractère délictueux des agissements constatés.

(C) L'avantage injustifié

Le délit de favoritisme implique enfin que les manquements aient procuré un avantage injustifié à autrui - et non à soi-même - qui peut consister dans la communication d'informations privilégiées à un candidat⁴⁰, le fractionnement d'un marché⁴¹, une analyse partielle des offres, une décision d'attribution reposant sur des critères illégaux, une reconduction illicite⁴² etc.

En tout état de cause, l'avantage n'est pas nécessairement un profit directement matériel ou le bénéfice de l'attribution d'un marché.

● Le délit de prise illégale d'intérêts

Le délit de prise illégale d'intérêts sanctionne deux types de comportement :

- le fait pour une personne chargée notamment d'une mission de service public, de prendre, recevoir ou conserver un intérêt quelconque dans une opération ou une entreprise qu'on a concomitamment la charge de liquider, de surveiller ou de payer ;
- le fait pour un ancien agent d'une administration publique ou titulaire de fonctions exécutives locales, de prendre dans un délai de trois ans de la cessation de ses fonctions, une participation par capital ou travail au sein d'une entreprise ou opération qu'il avait la charge de contrôler.

Sous sa première acception, le délit de prise illégale d'intérêts, plus connu sous le nom de délit d'ingérence, est puni par l'article 432-12 du Code pénal d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende, pouvant être portée au double du produit de l'infraction.

Nous nous limiterons ici à cette seule qualification, plus directement applicable aux dirigeants d'Offices Publics de l'Habitat tels que les directeurs généraux.

(A) La qualité de l'auteur

Le délit de prise illégale d'intérêts ne peut être imputé qu'à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public.

La jurisprudence pénale a reconnu cette qualité au directeur général d'un Office Public d'Aménagement de la Construction⁴³ et d'un Office Public HLM⁴⁴, auquel doit ici être assimilé le directeur général d'OPH.

39) Cass. Cim, 17 février 2016, n°15-85.363

40) Cass. crim., 23 mai 2007 : JurisData n° 2007-039877

41) CA Caen, 26 juin 1998 : JurisData n° 1998-042549. - CA Paris, 23 mars 2000 : JurisData n° 2000-117773. - Cass. crim., 13 déc. 2000 : Bull. crim. 2000, n° 374. - Cass. crim., 11 déc. 2002 : JurisData n° 2002-018102. - CA Rennes, 1er avr. 2004 : JurisData n° 2004-249005. - Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503. - Cass. crim., 26 janv. 2005, n° 04-82.542. - Cass. crim., 29 juin 2005, n° 00-84.602. - Cass. crim., 4 mai 2006 : JurisData n° 2006-033687. - Cass. crim., 13 sept. 2006, n° 05-83.159. - CA Aix-en-Provence, 14 mars 2007 : JurisData n° 2007-332425

42) Cass. crim., 26 janv. 2005, n° 04-84.805

43) Cass.crim., 5 juin 2002, n° de pourvoi: 01-83517

44) Cass.crim. 19 juin 2002, n° de pourvoi: 01-85408

(B) L'acte matériel du délit de prise illégale d'intérêts

L'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêts est double :

- La surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement d'une entreprise ou d'une opération, qui peut résulter tant d'un pouvoir de décision que de celui d'influer sur le contenu d'une décision prise par d'autres⁴⁵.
- Celle, d'autre part, d'un « intérêt quelconque » direct ou indirect pris, reçu ou conservé dans l'opération ou l'entreprise concernée ; cet intérêt peut s'entendre d'un bénéfice matériel⁴⁶ mais aussi moral⁴⁷.

A titre d'exemple, le fait pour le directeur général d'un OPH de participer dans le cadre de ses fonctions à une décision portant sur une opération concernant l'un de ses proches pourra consommer le délit, dès lors qu'il aura agi en connaissance de cause.

● Les atteintes involontaires à l'intégrité physique d'autrui et la mise en danger

Les infractions involontaires constituent l'un des domaines importants de mise en cause de la responsabilité pénale des dirigeants, notamment dans le cadre des accidents de travail, sous les qualifications principales de :

- homicides et blessures involontaires, en cas d'accident consommé ;
- risque causé à autrui – la faute de mise en danger.

Au cas spécifique d'un Office Public de l'Habitat, ces délits trouveront à s'appliquer en cas d'accident trouvant son origine, en tout ou partie, dans une faute involontaire de l'office, de ses agents ou dirigeants tels que le directeur général et concernant :

- soit l'occupant d'un immeuble donné à bail par l'office ;
- soit un agent de l'office dans le cadre de travaux réalisés en régie ;
- soit le préposé d'un prestataire employé par l'office.

Les risques sanitaires liés à l'amiante et au plomb relèvent plus particulièrement de ces deux dernières hypothèses d'un office public employeur ou maître d'ouvrage, débiteur principal ou subsidiaire de certaines obligations de sécurité en la matière, sous l'angle d'une mise en danger, d'un homicide ou de blessures involontaires.

(A) Les typologies de fautes pouvant consommer les infractions involontaires

En cas de dommage consommé, le dirigeant, personne physique, pourra engager sa responsabilité pénale au titre d'une faute involontaire d'intensité variable, selon qu'il aura directement ou indirectement concouru à la réalisation dudit dommage.

Si le fait du dirigeant est la **cause directe** du dommage, sa responsabilité pénale personnelle pourra être engagée au titre :

- d'une faute simple de négligence ou d'imprudence ;
- d'un manquement simple à une obligation textuelle de sécurité ou de prudence.

Si le fait du dirigeant est la **cause indirecte** du dommage, sa responsabilité pénale personnelle pourra être engagée au titre d'une faute qualifiée consistant dans :

- une violation manifestement délibérée d'une obligation textuelle particulière de sécurité ou de prudence ;
- une faute caractérisée ayant exposé autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer.

Notons que la responsabilité pénale de l'office pourra être concomitamment engagée, quelle que soit la nature du lien de causalité, pour la faute simple de négligence ou d'imprudence de son dirigeant.

En l'absence de dommage consommé, la responsabilité pénale du dirigeant (directeur général) et/ou de l'office pourra également être engagée en cas d'exposition d'autrui à « *un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* ».

La faute requise sera alors celle de **mise en danger**, consistant là encore dans la violation manifestement délibérée d'une obligation textuelle particulière de sécurité ou de prudence.

A titre d'exemples, ont pu être considérées par la jurisprudence pénale comme constitutives d'obligations textuelles de sécurité ou de prudence :

- l'arrêt du 15 septembre 2009 sur l'entretien des chaudières à gaz individuelles ;

45) Cass. crim. 19 sept. 2003 : JurisData n° 2003-021728

46) CA Toulouse, 7 oct. 1999, D. 2000, IR, p. 66

47) Crim. 5 novembre 1998, N° de pourvoi: 97-80419 ; Crim. 29 septembre 1999, N° de pourvoi: 98-81796

- le décret du 9 septembre 2004 sur l'entretien des ascenseurs des immeubles d'habitation ;
- la norme NF15-100 sur les installations électriques ;
- les dispositions pesant sur l'employeur au titre des risques d'exposition à l'amiante⁴⁸.

Un manquement à ces prescriptions imputable à l'office pourrait ainsi engager, s'il a concouru à la réalisation d'un dommage, la responsabilité pénale de son directeur général ; en l'absence de dommage consommé, une faute de mise en danger pourrait être retenue.

Il le pourrait également au titre de la faute caractérisée, dans l'hypothèse notamment où il apparaîtrait en tant que tel impropre à consommer un manquement (simple ou manifestement délibéré selon la nature de la causalité) à une obligation textuelle de sécurité (générale ou particulière selon là encore la nature de la causalité).

(B) Les diligences normales

Par principe, la responsabilité pénale de l'auteur d'une faute non intentionnelle, simple comme aggravée⁴⁹, ne sera pas engagée s'il justifie avoir accompli des diligences normales pour prévenir la réalisation du dommage.

Ces diligences sont appréciées souverainement par le juge pénal, au regard notamment de la nature des missions et fonctions du dirigeant mis en cause, ainsi que des compétences, pouvoirs et moyens dont il disposait.

■ 1.3. LA RESPONSABILITÉ DEVANT LES JURIDICTIONS FINANCIÈRES

En troisième lieu, **une responsabilité peut être recherchée auprès des juridictions financières** que sont la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) et la Chambre régionale des comptes (CRC).

En effet, l'article L. 312-1 du Code des juridictions financières prévoit qu'est justiciable de **la CDBF** « *Tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités territoriales* ».

Des amendes pourraient ainsi être prononcées en cas de manquement aux règles posées par ledit Code (cf. article L. 313-1).

En outre, la théorie de la gestion de fait peut amener à reconnaître comme comptable de fait, justiciable de **la CRC**, toute personne ayant, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, participé à un maniement irrégulier des deniers publics⁵⁰, ce qui pourrait par exemple être le cas du directeur général d'un OPH à comptabilité publique qui serait regardé comme s'étant immiscé dans les fonctions de comptable public (et contre qui pourrait intervenir une amende dans les conditions fixées à l'article L. 131-11 du Code des juridictions financières).

2. L'ASSURANCE DES RISQUES ENCOURUS PAR UN DIRECTEUR GÉNÉRAL D'OPH

La protection fonctionnelle dont bénéficient les agents publics couvre nombre des responsabilités auxquelles un directeur d'office peut être amené à faire face (2.1), mais il ne lui en est pas moins nécessaire de souscrire une assurance individuelle (2.2), qui ne saurait pour autant couvrir de manière exhaustive l'ensemble des risques précédemment évoqués.

■ 2.1. LE BÉNÉFICE DE LA PROTECTION FONCTIONNELLE, PREMIÈRE ASSURANCE DU DIRECTEUR D'OPH

L'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* dispose pour mémoire que :

48) Articles R. 4412-94 et suivants du Code du travail notamment.

49) Cass. Crim. 25 avril 2006 : JurisData n° 2006-0033667.

50) C. comptes, 21 novembre 1996, *Hély*, Dr. Adm., n° 2, 1997, p.25.

« I.- A raison de ses fonctions et indépendamment des règles fixées par le code pénal et par les lois spéciales, le fonctionnaire ou, le cas échéant, l'ancien fonctionnaire bénéficie, dans les conditions prévues au présent article, d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire.

II.- Lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.

III.- Lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection. Le fonctionnaire entendu en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficie de cette protection. La collectivité publique est également tenue de protéger le fonctionnaire qui, à raison de tels faits, est placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale.

IV.- La collectivité publique est tenue de protéger le fonctionnaire contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté.

V.- La protection peut être accordée, sur leur demande, au conjoint, au concubin, au partenaire lié par un pacte civil de solidarité au fonctionnaire, à ses enfants et à ses ascendants directs pour les instances civiles ou pénales qu'ils engagent contre les auteurs d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne dont ils sont eux-mêmes victimes du fait des fonctions exercées par le fonctionnaire.

Elle peut également être accordée, à leur demande, au conjoint, au concubin ou au partenaire lié par un pacte civil de solidarité qui engage une instance civile ou pénale contre les auteurs d'atteintes volontaires à la vie du fonctionnaire du

fait des fonctions exercées par celui-ci. En l'absence d'action engagée par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, la protection peut être accordée aux enfants ou, à défaut, aux ascendants directs du fonctionnaire qui engagent une telle action.

VI.- La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des faits mentionnés aux IV et V la restitution des sommes versées au fonctionnaire ou aux personnes mentionnées au V. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe, qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale.

VII.- Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions et les limites de la prise en charge par la collectivité publique, au titre de la protection, des frais exposés dans le cadre d'instances civiles ou pénales par le fonctionnaire ou les personnes mentionnées au V.»

Applicable aux agents publics contractuels (et donc aux directeurs d'établissements publics industriels et commerciaux tels que les OPH) en vertu de son dernier alinéa, cet article constitue pour le directeur d'OPH une première assurance des responsabilités qui peuvent être les siennes du fait de ses fonctions.

En effet, elle peut non seulement être actionnée s'il est victime d'attaques (comme, pour prendre un exemple relativement courant, de diffamation) mais, surtout, elle lui offre une double protection, qui se matérialise :

- d'une part, par la couverture des condamnations civiles qui pourraient être prononcées contre lui en raison d'une faute de service, en prenant en charge à cette occasion les frais de justice exposés ;
- d'autre part, par la prise en charge des frais liés à une procédure pénale à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

A cet égard, il est en effet essentiel de rappeler qu'il n'existe aucune automaticité entre sanction pénale et faute personnelle⁵¹, si bien que ne sont qualifiées de fautes personnelles que les fautes commises à l'occasion du service qui revêtent une gravité particulière⁵².

51) Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, *Thépaz*, *Rec. Leb.*, p. 224.

52) Conseil d'Etat, 28 décembre 2001, *Valette*, req. n° 213931.

Constituant un droit pour les fonctionnaires, la protection fonctionnelle doit nécessairement être accordée par l'administration sachant que pour apprécier la situation, elle ne peut se limiter à considérer que des faits sont simplement susceptibles de présenter le caractère d'une faute personnelle. C'est ainsi que la Cour administrative d'appel de Lyon, après avoir rappelé que « l'autorité administrative doit apprécier, au vu des éléments dont elle dispose à la date de sa décision, si les poursuites pénales engagées à l'encontre du fonctionnaire concerné portent sur des faits ayant ou non le caractère d'une faute personnelle », a jugé qu'un ancien conseiller d'administration scolaire et disciplinaire mis en cause pour des faits de favoritisme se rattachant à ses fonctions aurait du bénéficier de la protection fonctionnelle et ceci alors même « que les faits reprochés semblaient présenter le caractère d'une faute personnelle »⁵³.

C'est donc dans la grande majorité des cas de mise en cause de sa responsabilité que le directeur d'OPH est assuré via la protection fonctionnelle de l'office, sauf faute personnelle immédiatement et légitimement qualifiée comme telle par le conseil d'administration.

En termes de procédure d'octroi enfin, il convient que le CA prenne une délibération pour en valider le principe puisqu'il « règle par ses délibérations les affaires de l'office » (cf. R. 421-16 du CCH) et que les compétences du président vis-à-vis du directeur général sont limitées par le contenu de l'article R. 421-17 du CCH, mais il n'est pas nécessaire par la suite que les différentes actions diligentées à ce titre soient autorisées par le CA.

■ 2.2. LA NÉCESSITÉ D'UNE ASSURANCE INDIVIDUELLE COMPLÉMENTAIRE

Si la protection fonctionnelle permet de couvrir en grande partie les risques auxquels un directeur d'office peut être confronté, il n'en reste pas moins qu'on peut dans certains cas envisager un refus immédiat de la protection pour des faits particulièrement graves et aisément établis et, surtout, une suppression de la protection fonctionnelle en phase d'appel.

En effet, la protection doit être sollicitée à chaque étape de la procédure judiciaire concernée et il peut à ce moment là être envisagé un refus de couverture, fondé sur les éléments dont l'administration a pris connaissance à l'occasion de l'instruction de l'affaire en première instance et qui sont difficilement réfutables par l'agent.

Pour cette raison, il est donc indispensable au directeur d'un OPH de souscrire à titre personnel une assurance qui le couvrira à la fois contre les dommages qu'il peut causer à des tiers (responsabilité civile étendue aux activités professionnelles) et qui lui offrira une prise en charge des frais d'avocat qu'il pourrait être amené à exposer (protection juridique).

Cela est d'autant plus nécessaire qu'il n'est pas inenvisageable que, dès la demande initiale et même si les conditions d'octroi sont réunies, de mauvaises relations entre le directeur et le président amènent à un refus d'octroi de la protection fonctionnelle par le conseil d'administration.

Ceci étant précisé, il doit enfin être souligné que tous les risques qui résident dans la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité du directeur d'OPH devant le juge pénal ou les juridictions financières ne peuvent malheureusement pas être pris en compte par l'assurance responsabilité « civile », qui ne saurait couvrir les amendes et les condamnations consistant dans des peines d'emprisonnement.

53) CAA Lyon, 7 novembre 2006, *Monsieur André X*, req. n°03LY00384.

V. LA FIN DU CONTRAT DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

Les dispositions du CCH issues du décret du 12 octobre 2009 prévoient deux hypothèses de fin au contrat du directeur général, selon que celle-ci intervient à l'initiative du directeur lui-même ou à l'initiative de l'office. Il s'agit :

- du cas de la démission ou de la demande de fin anticipée de détachement (1) ;
- du cas du licenciement (2).

S'ajoutent à ces deux hypothèses l'admission à la retraite (3) et le décès (4), ainsi que la convention de rupture (5) et le cas d'une fusion entre offices (6).

1. LA DÉMISSION OU LA DEMANDE DE FIN ANTICIPÉE DE DÉTACHEMENT

L'article R. 421-20-3 du CCH prévoit que :

« Le directeur général qui souhaite **présenter sa démission, ou mettre fin à son détachement avant le terme de cinq ans** lorsqu'il est fonctionnaire, adresse à cet effet au président du conseil d'administration une **lettre recommandée avec accusé de réception exprimant sa volonté non équivoque de cesser ses fonctions**. Il est tenu de respecter un **préavis de trois mois**, sauf si le président l'en dispense en tout ou partie ».

Dans le cas du directeur général recruté directement comme dans celui du directeur général fonctionnaire en position de détachement sur l'emploi de directeur général, il convient donc d'un point de vue formel qu'une **lettre recommandée avec accusé de réception dépourvue d'ambiguïté** soit adressée par le directeur général au président du conseil d'administration.

S'agissant en revanche des effets de la décision du directeur général de quitter son emploi, il convient de distinguer entre les deux hypothèses :

- dans la première, le directeur quitte l'office sans que cela n'implique d'autres conséquences pour quiconque ;
- dans le cas du fonctionnaire en position de détachement il devra être fait application par son administration d'origine des règles relatives à la fin anticipée de cette position selon l'initiative de l'agent, et ce en l'absence de disposition contraire au droit commun dans le CCH.

Au cas le plus classique du fonctionnaire territorial, cela implique de faire application du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 *relatif aux positions de détachement, hors cadres, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et de l'intégration* qui prévoit dans son article 10 que le fonctionnaire cesse d'être rémunéré si son administration d'origine ne peut le réintégrer immédiatement, et qu'il est alors placé en disponibilité jusqu'à ce qu'intervienne sa réintégration (sans droit à chômage puisqu'il est à l'origine de la décision⁵⁴). En revanche, si la réintégration n'est pas intervenue à la date de fin de détachement initialement prévue, l'agent doit être réintégré dans les conditions prévues à l'article 67 de la loi du 26 janvier 1984⁵⁵.

54) Question écrite Assemblée Nationale n° 69222, 5 juillet 2005.

55) « [...] A l'expiration d'un détachement de longue durée, le fonctionnaire est, sauf intégration dans le cadre d'emplois ou corps de détachement, réintégré dans son corps ou cadre d'emplois et réaffecté à la première vacance ou création d'emploi dans un emploi correspondant à son grade relevant de sa collectivité ou de son établissement d'origine. Il est tenu compte, lors de sa réintégration, du grade et de l'échelon qu'il a atteints dans le corps ou cadre d'emplois de détachement sous réserve qu'ils lui soient plus favorables. Toutefois, cette disposition n'est pas applicable au fonctionnaire dont le détachement dans un corps ou cadre d'emplois pour l'accomplissement d'un stage ou d'une période de scolarité n'est pas suivi d'une titularisation. Lorsque le fonctionnaire détaché refuse l'emploi proposé, il ne peut être nommé à l'emploi auquel il peut prétendre ou à un emploi équivalent que lorsqu'une vacance est ouverte ou un poste créé. Il est, en attendant, placé en position de disponibilité d'office. Lorsqu'aucun emploi n'est vacant, le fonctionnaire est maintenu en surnombre pendant un an dans sa collectivité d'origine dans les conditions prévues à l'article 97. Si, au terme de ce délai, il ne peut être réintégré et reclassé dans un emploi correspondant à son grade, le fonctionnaire est pris en charge dans les conditions prévues à l'article 97 soit par le Centre national de la fonction publique territoriale pour les fonctionnaires relevant de l'un des cadres d'emplois de catégorie A auxquels renvoie l'article 45, soit par le centre de gestion dans le ressort duquel se trouve la collectivité ou l'établissement qui les employait antérieurement à leur détachement pour les autres fonctionnaires. Le fonctionnaire a priorité pour être affecté dans un emploi correspondant à son grade de la collectivité ou de l'établissement d'origine [...] ».

Enfin, au cas spécifique où le directeur général était un agent de l'office détaché sur l'emploi de directeur général, l'article R. 421-20-5 du CCH prévoit dans son II un régime dérogatoire au régime de droit commun qui vient d'être exposé :

« Lorsqu'il est mis fin au détachement d'un fonctionnaire relevant de l'office sur l'emploi de directeur général, soit à la demande de l'office, soit à la demande du fonctionnaire, celui-ci est réintégré dans son cadre d'emplois ou dans son corps

et a droit, le cas échéant en surnombre, à une nouvelle affectation au sein de l'office, dans un emploi correspondant à son grade ».

Ainsi, à la suite de sa décision de cesser d'exercer les fonctions de directeur général, il n'est pas besoin au directeur général fonctionnaire de l'office d'attendre la fin normale du détachement pour être réintégré en surnombre et payé de nouveau selon son grade.

2. LE LICENCIEMENT

Certaines règles de l'article R. 421-20-4 du CCH étant communes aux cas du directeur général recruté directement et à celui ayant la qualité de fonctionnaire détaché, et d'autres étant spécifiques à chaque situation, les garanties dont ils disposent en cas de licenciement peuvent être présentées ainsi :

DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

Le président communique par écrit au directeur général son projet de licenciement et l'informe de son droit à obtenir la communication de son dossier individuel, à présenter ses observations et à être assisté d'un défenseur de son choix.

Aucun entretien préalable n'est ainsi imposé⁵⁶, simplement une possibilité pour le directeur général de présenter des observations et d'être assisté tout au long de la procédure s'il le souhaite.

Il n'existe pas non plus de délai minimum entre l'information du directeur général et la séance du CA.⁵⁷

Le CA est ensuite saisi d'une proposition écrite et motivée du président, à la suite de laquelle il délibère pour autoriser ou non le licenciement.

Naturellement, le CA doit avoir été convoqué dans les conditions de droit commun pour garantir la légalité externe de sa délibération.

Le licenciement du directeur général doit obtenir la majorité des deux tiers des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés. (cf question 1 p 55)

La cessation des fonctions ne prend effet qu'après un préavis de trois mois (sauf faute grave), pendant lesquels la rémunération est maintenue.

Le président peut dispenser l'intéressé d'exécuter tout ou partie du préavis (auquel cas la rémunération est maintenue⁵⁸).

DIRECTEUR GÉNÉRAL FONCTIONNAIRE EN DÉTACHEMENT

56) cf. TA de Clermont-Ferrand, 7 novembre 2013, req. n° 1201344 ; Confirmé par CAA de Lyon, 3 novembre 2015, précité.

57) cf. TA de Clermont-Ferrand et CAA de Lyon du 3 novembre 2015, précités.

58) Le décret comme la circulaire sont muets quant au maintien pendant une dispense de préavis du bénéfice du véhicule de fonctions, désigné par le décret (cf. article R. 421-20-1) comme un « avantage », sans plus de précisions. Dans cette mesure, le directeur général qui souhaite le conserver alors qu'il est déchargé de toute obligation de servir a donc tout intérêt à négocier d'emblée avec le président le maintien dudit avantage le temps de l'expiration du délai de préavis dont il est dispensé.

DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

DIRECTEUR GÉNÉRAL FONCTIONNAIRE EN DÉTACHEMENT

Le directeur général qui n'a pas la qualité de fonctionnaire recruté par voie de détachement a droit à une indemnité (sauf faute grave).

Cette indemnité :

- est calculée par référence à la rémunération brute de base du dernier mois précédant la notification du licenciement ;
- ne peut être inférieure à deux mois de rémunération par année entière d'ancienneté, entendue de date à date, dans la limite de vingt-quatre mois de rémunération⁶¹ ;
- est majorée de 25 % si le directeur général a atteint l'âge de cinquante-cinq ans ;
- est payée en totalité le dernier jour du préavis ou à la date d'effet de la dispense d'exécution du préavis.

Sont évidemment pris en compte pour l'ancienneté les services exercés en qualité de directeur général de l'OPH ainsi qu'en qualité de directeur général de l'OPAC ou de directeur de l'OPHLM préexistant à celui-ci et transformé en OPH. En revanche, des services dans un OPH précédent ne peuvent pas être pris en compte⁶², et pas davantage dans une SEM ou tout autre organisme HLM.

Droit aux indemnités d'aide au retour à l'emploi⁶³.

NB : Depuis le 1^{er} juillet 2014 de nouvelles règles encadrent l'indemnisation des chômeurs, notamment pour ce qui concerne le montant journalier de l'allocation d'aide au retour à l'emploi.

Le licenciement emporte fin du détachement.

La rémunération est maintenue par l'office jusqu'à la fin de la période de détachement en cours s'il n'y a pas de réintégration possible dans l'immédiat dans l'administration d'origine. S'appliquent ensuite les règles de droit commun posées par l'article 67 de la loi du 26 janvier 1984 précité.

Cas spécifique du directeur général agent de l'office⁵⁹ : il est réintégré immédiatement, en surnombre s'il n'y a pas de poste vacant correspondant à son grade. Ce droit au surnombre a été jugé comme valant de manière indéfinie, de sorte qu'à l'issue d'une période d'une année il ne pourrait pas être envisagé de prise en charge par le Centre de gestion⁶⁰.

Pas de droit à indemnité (du fait du maintien de la rémunération jusqu'à la fin de la durée du détachement en cours).

Pas de droit aux indemnités d'aide au retour à l'emploi (pour les mêmes raisons que celles précisées ci-dessus).

S'agissant des motifs de licenciement, celui-ci peut être motivé par une simple perte de confiance mais il peut naturellement aussi consister dans un licenciement pour faute grave⁶⁴ qui prive le directeur général de l'indemnité de licenciement et du préavis.

59) cf. II R. 421-20-4 du CCH.

60) TA de Cergy-Pontoise, 21 juin 2017, *Monsieur D. c/ OPH de Montrouge*, req. n° 1601106.

61) Toute fraction de service égale ou supérieure à six mois est comptée pour un an, toute fraction de service inférieure à six mois n'est pas prise en compte.

62) CAA de Lyon, 3 novembre 2015, précité.

63) cf. article R. 421-20-4 III

64) Voir, pour des exemples de griefs qui justifient d'un licenciement pour faute grave : CAA de Lyon, 21 avril 2015, *Monsieur X. contre Léman Habitat*, req. n° 13LY03087.

3. L'ADMISSION À LA RETRAITE

Les difficultés relatives à l'admission à la retraite du directeur général sont essentiellement concentrées sur la limite d'âge. **En effet, une fois celle-ci atteinte, il n'est pas envisageable, sauf exceptions liées à des charges de famille ou à une carrière incomplète, que le directeur général continue d'exercer ses fonctions.** Et naturellement, un recrutement passé la limite d'âge n'est pas plus envisageable, ainsi que la Cour administrative d'appel de Marseille l'a jugé récemment⁶⁵.

Le tableau suivant (qui ne prend pas en compte les régimes spécifiques de départs anticipés) présente les règles applicables selon que le directeur général a été recruté directement et qu'il exerce comme agent public contractuel ou qu'il a la qualité de fonctionnaire en position de détachement :

DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT		DIRECTEUR GÉNÉRAL FONCTIONNAIRE EN DÉTACHEMENT	
OUVERTURE DES DROITS			
Année de naissance		Age minimum de départ à la retraite	
Avant le 1 ^{er} juillet 1951		60 ans	
Entre le 1 ^{er} juillet et le 31 décembre 1951		60 ans et 4 mois	
En 1952		60 ans et 9 mois	
En 1953		61 ans et 2 mois	
En 1954		61 ans et 7 mois	
À partir de 1955		62 ans	

LIMITE D'ÂGE	
<p>L'article 6-1 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public fixe la limite d'âge des contractuels des établissements publics locaux autres que ceux ayant une nature industrielle et commerciale. Pour les agents directeurs d'EPIC tels qu'un OPH il apparaît donc qu'il faille s'en référer plutôt à l'article 7 de cette même loi, même s'il s'applique aux directeurs des établissements publics de l'Etat (en effet, selon le principe de parité, les directeurs des établissements publics des collectivités territoriales devraient être traités comme ceux des établissements publics de l'Etat).</p>	<p>Pour les fonctionnaires territoriaux, on se réfère à la limite d'âge fixée pour les agents de l'Etat, sauf si le statut particulier prévoit une règle spécifique⁶⁶.</p> <p>De manière générale, on peut retenir que les agents nés avant le 1^{er} juillet 1951 atteignent la limite d'âge à 65 ans, que ceux nés entre le 1^{er} juillet 1951 et le 31 décembre 1954 l'atteignent entre 65 ans et quatre mois et 66 ans et sept mois et, enfin que ceux nés en 1955 et après l'atteignent à 67 ans.</p>

65) CAA de Marseille, 7 mars 2017, M. F c/ OPH des Bouches-du-Rhône, req. n° 15MA05004

66) cf. II de l'article 29 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites

DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

En conséquence, il faut donc se référer (par renvoi de l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984) au 1^{er} alinéa de l'article 1^{er}, qui **fixe la limite entre 65 et 67 ans**, avec les mêmes règles transitoires définies ci-contre pour les fonctionnaires⁶⁷.

DIRECTEUR GÉNÉRAL FONCTIONNAIRE EN DÉTACHEMENT

A noter que si la position de détachement ne devrait pas influencer sur l'atteinte de la limite d'âge, même s'il a été prononcé pour une durée courant au-delà de cette limite⁶⁸, les dispositions de l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984 permettent de considérer que le cas du directeur général d'un établissement public est une exception à ce principe⁶⁹. Toutefois, dans les faits, ceci est sans intérêt pratique puisque les limites d'âges sont identiques. Mais si des règles spécifiques étaient créées pour le directeur général d'OPH recruté directement (exemple : recul à 68 ans), le directeur général fonctionnaire en position de détachement pourrait en profiter.

RECU DE LA LIMITE D'ÂGE

L'article 7 de la loi du 13 septembre 1984 prévoit que les règles relatives à la limite d'âge ne font pas obstacle à ce que les titulaires des fonctions de directeur d'un établissement public soient maintenus en fonction, au-delà de cette limite, pour continuer à les exercer à titre intérimaire, c'est-à-dire pour un temps limité (exemple : recrutement du successeur).

En revanche, ce même article indique que l'article 6-I de la loi du 13 septembre 1984 ne s'applique pas au directeur d'un EPIC, si bien qu'il ne peut être envisagé le recul de la limite d'âge qui y est prévu pour les autres agents, notamment au regard des charges de famille.

Les fonctionnaires territoriaux peuvent prétendre, à titre personnel, à un recul de la limite d'âge, prévu à l'article 4 de la loi du 18 août 1936 concernant la mise à la retraite pour ancienneté, au regard des charges de famille qui y sont énumérées.

Ils peuvent également demander une prolongation d'activité pour carrière incomplète lorsque la durée de services est inférieure au nombre de trimestres nécessaires pour obtenir une retraite maximum, sous réserve de leur aptitude physique et de l'intérêt du service⁷⁰.

Enfin, **il n'existe pas, à ce jour, de texte prévoyant d'indemnité de départ à la retraite pour les directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat, si bien qu'il n'est pas envisageable que ceux-ci en perçoivent une**⁷¹.

C'est ainsi que les anciens directeurs généraux d'OPAC qui bénéficiaient de l'indemnité de fin de carrière prévue par l'article 29 du décret du 17 juin 1993⁷² ne peuvent plus s'en prévaloir, quand bien même leur contrat n'aurait pas été dûment modifié⁷³.

67) cf. dernier alinéa de l'article 2 du décret n° 2009-1744 du 30 décembre 2009 pris pour l'application de l'article 1-3 de la loi n° 84-834 du 13 septembre 1984 relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public : « Pour les fonctionnaires relevant des titres III et IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales, et en l'absence de limite d'âge déterminée par leur statut particulier, la limite d'âge à prendre en considération est celle applicable aux agents de l'Etat ».

68) CE, 9 juillet 1986, *Mademoiselle Mathilde X.*, req. n° 48450.

69) Article 7 de la loi du 13 septembre 1984, 3^{ème} alinéa : « Pour les agents publics placés hors de leur corps d'origine afin d'occuper les fonctions mentionnées au premier alinéa, les règles fixant une limite d'âge dans leur corps d'origine ne font pas obstacle à ce que ces agents exercent lesdites fonctions jusqu'à ce qu'ils atteignent la limite d'âge fixée pour celles-ci. Dans ce cas, la radiation des cadres et la liquidation de la pension sont différées à la date de cessation des fonctions ».

70) cf. article 1^{er}-1 de la loi du 13 septembre 1984.

71) TA de Clermont-Ferrand, 7 novembre 2013, précité et également CAA de Versailles, 4 novembre 2014, *Hauts de Seine Habitat*, req. n° 13VE01878 (annulation d'une délibération du CA allouant au DG une indemnité de cessation de fonctions à l'occasion de son départ en retraite, sur la base d'un déféré préfectoral).

72) Décret n° 93-852 du 17 juin 1993 portant règlement statutaire des personnels ne relevant pas du statut de la fonction publique territoriale employés par les offices publics d'aménagement et de construction et portant modification du code de la construction et de l'habitation.

73) Sur ce point, il convient en effet de souligner que les dispositions relatives à la rémunération et aux avantages du directeur général contenues dans le CCH sont d'ordre public (Voir en ce sens : TA de Clermont-Ferrand, 7 novembre 2013, précité et CAA de Lyon, 3 novembre 2015 précité).

4. LE DÉCÈS

Dans le cadre de l'accord national pour une protection sociale complémentaire dans les OPH, il a été prévu le versement d'un capital-décès aux ayants-droits des agents des offices.

Les directeurs généraux en bénéficient au titre de leur droit à prise en charge par l'office de leur complémentaire santé. En revanche, le contrat ne peut pas stipuler d'indemnité spécifique au directeur général⁷⁴.

5. LA CONVENTION DE RUPTURE

Le décret du 12 octobre 2009 n'avait prévu aucune alternative à la démission et au licenciement qui aurait permis de décider d'une cessation de fonctions en contrepartie d'une indemnisation.

Alors que la particularité des fonctions de directeur général d'OPH pourrait le justifier, **la seule possibilité « amiable » qui existait pour mettre un terme à un conflit lié à une fin de fonctions résidait donc dans un accord trouvé postérieurement à un licenciement et au recours exercé contre cette décision⁷⁵.**

A moins qu'un contentieux soit initié par le directeur général auprès du Tribunal administratif au titre de la contestation de la légalité de son licenciement et que, pour y mettre un terme, il soit mis fin au litige par une transaction intervenue dans les conditions posées aux articles 2044 et suivants du Code civil, il n'existait donc initialement aucune possibilité de règlement transactionnel.

Néanmoins, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (Loi Macron)* a permis l'insertion dans le CCH d'un article L. 421-12-2, selon lequel :

« L'office et le directeur général peuvent décider par convention des conditions de la rupture du contrat qui les lie. Le président et le directeur général conviennent des termes de la convention lors d'un entretien préalable à la rupture, au

cours duquel chacun peut être assisté par la personne de son choix. La convention de rupture définit le montant de l'indemnité de rupture. Cette disposition n'est pas applicable aux fonctionnaires détachés dans l'emploi de directeur général.

Les conditions d'application du présent article, notamment la définition des modalités de calcul de l'indemnité de rupture, sont précisées par voie réglementaire ».

C'est dans ce cadre que le décret n°2016-442 du 11 avril 2016 est venu rendre efficient ce dispositif de convention de rupture, exclusivement applicable au directeur général qui n'est pas un fonctionnaire détaché sur cet emploi.

L'article R. 421-20-7 du CCH prévoit ainsi que la convention fixe la date de rupture du contrat ainsi que le montant de l'indemnité de rupture, lequel ne peut être inférieur au montant de l'indemnité de licenciement ni supérieur au montant de cette même indemnité majorée de deux fois la rémunération brute de base du mois précédent la date de l'entretien visé à l'article L. 421-12-2 du CCH.

La signature de la convention par le Président de l'office est soumise à l'accord préalable du Conseil d'administration.

Il est prévu par ailleurs pour chaque partie un délai de rétractation de quinze jours.

74) Réponse ministérielle à la question n° 41702 parue au JOAN du 21 mars 2017.

75) Les dispositions du CCH applicables au licenciement étant d'ordre public, il n'était pas envisageable en effet de passer outre via une rupture conventionnelle.

Enfin, le directeur général a droit aux indemnités d'aide au retour à l'emploi ainsi qu'indiqué à l'article L. 5422-1 du Code du travail dans sa version modifiée par la loi Macron.

A noter que l'indemnité de rupture peut, selon les cas et notamment le montant, être soumise à l'impôt sur le revenu, à

la CSG, à la CRDS et au forfait social, qui sont tantôt à la charge du bénéficiaire, tantôt à celle de l'employeur. Selon les situations, il convient donc que les parties prennent compte de cette fiscalisation dans leur négociation, selon les règles applicables à la date du versement et qui peuvent varier d'une année sur l'autre.

6. LE CAS DE LA FUSION ENTRE OPH

L'article L. 421-7 du CCH prévoit l'hypothèse d'une fusion entre deux OPH, mais il est muet sur le sort du personnel.

Le Code du travail permet de régler le sort du personnel salarié, tandis que le V de l'article 120 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale prévoit celui des agents ayant soit la qualité de fonctionnaire soit celle d'agent contractuel de droit public qui « sont réputés relever de l'office issu du regroupement dans les conditions de statut et d'emploi qui sont les leurs. ».

Une décision récente du Conseil d'Etat en date du 15 avril 2016 confirme l'applicabilité du V de l'article 120 de la loi du 26 janvier 1984 au directeur général :

« 10. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 120 de la loi du 26 janvier 1984 [...] il incombait à l'OPH " Cap L'Orient Agglomération Habitat" [...] de rechercher s'il était possible de réintégrer M.A... dans un de ses emplois de direction, en vertu d'un contrat de droit public à durée indéterminée alors même que ces emplois sont en principe soumis aux règles du code du travail, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demandait, dans tout autre emploi de l'office, le licenciement de M.A...ne pouvant être envisagé, sous réserve du respect des règles relatives au préavis et aux droits à indemnités qui lui sont applicables, que si une telle réintégration s'avérait impossible faute d'emploi vacant ou du fait du refus par l'intéressé de la proposition qui lui serait faite⁷⁶ ».

Il en résulte que le directeur général de l'office absorbé doit se voir proposer un CDI de droit public pour un emploi de direction (exemple : directeur général adjoint) ou, à défaut, s'il le demande, tout autre d'emploi.

Faute d'une telle possibilité pour l'OPH ou en cas de refus du directeur général de la proposition qui lui est faite, il doit alors être licencié.

L'arrêt n'est pas particulièrement explicite quant aux conditions d'un tel licenciement. Mais il semble néanmoins que l'expression « sous réserve du respect des règles relatives au préavis et aux droits à indemnités qui lui sont applicables » implique, le cas échéant, un licenciement conforme aux dispositions de l'article R. 421-20-4 du Code de la construction et de l'habitation relatives au licenciement du directeur général d'un Office Public de l'Habitat.

Cela est d'autant plus probable que le licenciement selon les règles du contrat conclu avant la modification de situation de l'employeur est aussi ce qui est prévu dans l'hypothèse où des agents de droit public, à la suite d'un transfert de l'activité de leur employeur vers un employeur privé, refusent la proposition de contrat qui leur est nécessairement faite par le repreneur de l'activité⁷⁷.

Cela étant, il n'existe pas à ce jour de jurisprudence topique qui confirmerait ce point.

76) CE, 15 avril 2016, Monsieur A. contre OPH Cap l'orient agglomération habitat, req. n° 384685.

77) cf. article L. 1224-3-1 du Code du travail

1

Quelles sont les règles de décompte des voix en cas de licenciement ?

L'article R. 421-13 du CCH prévoit, s'agissant des conditions de quorum et de majorité applicables au licenciement du Directeur général, que :

« [...] Les décisions sont prises à la majorité des membres du conseil ayant voix délibérative, présents ou représentés, à l'exception des décisions relatives à la nomination du directeur général et à la cessation de ses fonctions qui sont prises à la majorité des deux tiers des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Le conseil ne peut valablement délibérer que si les deux tiers des membres ayant voix délibérative au moins participent à la séance ou sont représentés. Lorsque le quorum n'est pas atteint, les décisions sur les questions portées à l'ordre du jour de la séance peuvent être prises, après convocation régulière, à la séance suivante à la majorité des membres ayant voix délibérative, présents ou représentés.

Un administrateur ne peut se faire représenter que par un autre administrateur. Chaque administrateur ne peut recevoir qu'un seul mandat ».

En l'absence de disposition particulière qui porterait sur le nombre de suffrages « exprimés », les votes blancs et les abstentions paraissent sans influence sur le calcul de l'atteinte de la majorité requise pour adopter une décision de licenciement du directeur général.

Exemple : Dans un Conseil d'administration de 23 membres, le quorum fixé à 16 administrateurs présents ou représentés (2/3 des membres).

Il est nécessaire si seulement 16 administrateurs sont présents ou représentés qu'au moins 11 voix soient pour le licenciement (2/3 des présents ou représentés), sachant que les 5 autres voix seront comptabilisées en « contre », « blanc » ou « abstention » selon le cas, sans incidence sur le seuil minimum de 11 voix.

Conseil : Pour éviter les votes blancs et les abstentions, le règlement intérieur de l'office peut prévoir que la demande d'un administrateur allant dans le sens d'un vote à bulletin secret soit obligatoirement accueillie.

QUESTIONS REPONSES

(CHAPITRE III, LES FONCTIONS
DU DIRECTEUR GÉNÉRAL)

2

Les cotisations chômage du Directeur général fonctionnaire détaché peuvent-elles être soumises au régime général ?

En tant qu'établissements publics industriels et commerciaux, les OPH ont le choix entre deux régimes :

- L'auto assurance : l'employeur assure lui même la gestion et le financement de l'indemnisation du chômage de ses agents. Il n'est pas affilié au régime général de l'assurance chômage, c'est-à-dire qu'il n'y contribue pas.
- La gestion par le régime général, au travers d'une adhésion irrévocable.

Ainsi, **si l'office a opté pour une gestion par le régime général au travers d'une adhésion irrévocable**, les cotisations chômage sont celles du régime général pour l'ensemble des agents de l'office, y compris pour le directeur général fonctionnaire détaché (Voir sur ce point, Lamy Social, § 5783 : le fonctionnaire détaché « *relève du champ d'application du régime d'assurance chômage lorsqu'il exerce une activité salariée dans une entreprise ou un organisme visé à l'article L. 5422-13 du Code du travail ou auprès d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ayant adhéré au régime d'assurance chômage* »).

A toutes fins utiles, il convient de rappeler que la fiche de l'Unédic « *Employeurs et salariés (secteur privé et public) concernés par l'assurance chômage* » à jour du 3 décembre 2015 indique que l'EPIC qui opte pour l'adhésion au régime de l'assurance chômage doit le faire dans ce cas pour l'ensemble de son personnel, y compris le personnel fonctionnaire.

CLAUSES-TYPES

Les présentes clauses (présentées à titre d'exemple et de manière non exhaustive) peuvent être reprises dans le cadre soit de l'élaboration d'un contrat d'engagement soit de la mise à jour par voie d'avenant d'un contrat existant, en vue d'assurer la conformité de leur contenu aux dispositions législatives et réglementaires actuellement en vigueur.

Selon que le directeur général a été recruté directement ou qu'il a la qualité de fonctionnaire en détachement, le contenu de certaines clauses doit être adapté à sa situation.

1. OBJET DU CONTRAT

« Le présent contrat a pour objet l'engagement de Madame/Monsieur [...] en qualité de directeur/directrice général(e) de l'Office Public de l'Habitat de [...].

Lella directeur/directrice général(e) exercera à temps plein l'ensemble des fonctions définies à l'article R. 421-18 du Code de la construction et de l'habitation. ».

2. DURÉE DU CONTRAT

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

« Le présent contrat prendra effet en date du [...], pour une durée indéterminée. ».

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL QUI A LA QUALITÉ DE FONCTIONNAIRE EN POSITION DE DÉTACHEMENT :

1- le directeur général est un fonctionnaire extérieur à l'office :

« Le présent contrat est conclu pour une période égale à celle du détachement prononcé par [administration d'origine du directeur général] soit [maximum cinq] ans.

Chaque renouvellement du détachement de Madame/Monsieur [...] entraînera automatiquement la reconduction du présent contrat, pour une période égale à celle du détachement renouvelé, sans limitation du nombre de renouvellements possibles. ».

2 le directeur général est un fonctionnaire de l'office :

« Le présent contrat prendra effet en date du [...], pour une durée indéterminée.

Eu égard à sa qualité de fonctionnaire de l'office détaché sur l'emploi de directeur général, Madame/Monsieur [...] verra son détachement renouvelé à chaque échéance au travers d'un arrêté signé du président de l'Office public de l'Habitat de [...]. ».

NB : Prévoir une date d'effet postérieure à la transmission en préfecture de la délibération du conseil d'administration autorisant le président à signer le contrat ainsi que du contrat tel qu'il va être signé (annexe de la délibération). Par exemple, pour une délibération du 2 janvier accompagnée du projet de contrat transmise en préfecture le 3 janvier, le contrat pourra être signé le 4 et entrer en vigueur dès le 5.

3. PÉRIODE D'ESSAI

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

« En application du premier alinéa de l'article R. 421-19 du Code de la construction et de l'habitation, il est prévu une période d'essai d'une durée de [six maximum] mois.

Le conseil d'administration peut, sur proposition motivée du président de l'office, décider de mettre un terme au présent contrat en cours de période d'essai comme à son expiration. ».

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL QUI A LA QUALITÉ DE FONCTIONNAIRE EN POSITION DE DÉTACHEMENT :

« En application du premier alinéa de l'article R. 421-19 du Code de la construction et de l'habitation, il est prévu une période d'essai d'une durée de [six maximum] mois.

Le conseil d'administration peut, sur proposition motivée du président de l'office, décider de mettre un terme au présent contrat en cours de période d'essai comme à son expiration. ».

NB : En complément, il convient d'ajouter un paragraphe selon :

1- que le directeur général est un fonctionnaire extérieur à l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découlerait de la décision de mettre fin au contrat pendant la période d'essai est soumise aux règles de droit commun applicables à la fin anticipée de détachement à l'initiative de l'autorité d'accueil. ».

2- que le directeur général est fonctionnaire de l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découle de la décision de mettre fin au contrat pendant la période d'essai entraîne la réintégration en qualité d'agent de l'office dans un emploi correspondant au grade détenu, le cas échéant en sur-nombre. ».

4. RÉMUNÉRATION

« La rémunération de Madame/Monsieur [...] est composée d'une part forfaitaire et d'une part variable.

■ 4.1. PART FORFAITAIRE

Au titre de la part forfaitaire, Madame/Monsieur [...] percevra la somme annuelle de [Voir les plafonds prévus à l'article R. 421-20 du Code de la construction et de l'habitation, en fonction du nombre de logements gérés par l'office l'année précédant la signature du contrat] euros bruts, soit [1/12ème de la somme annuelle] euros bruts par mois.

La rémunération forfaitaire et le plafond applicable évoluent au 1^{er} janvier de chaque année, dans les mêmes conditions que la revalorisation des rémunérations des dirigeants des entreprises publiques.

En cas d'augmentation au 31 décembre de chaque année du nombre de logements locatifs gérés qui se traduirait par un changement de tranche, le président de l'office propose au conseil d'administration de se prononcer sur une augmentation du montant de la part forfaitaire.

■ 4.2. PART VARIABLE

Il est prévu l'attribution à Madame/Monsieur [...] d'une part variable dont le montant annuel brut ne peut excéder 15% de la part forfaitaire annuelle brute fixée ci-dessus. Toutefois, un déplaçonnement temporaire peut être demandé au Ministre chargé du Logement, sur délibération motivée du conseil d'administration.

Le montant de cette part est fonction des critères suivants :

[à compléter selon la volonté des parties

-

-

-].

Les présents critères font [chaque année ou pour une période de trois ans] l'objet d'une déclinaison d'objectifs et d'indicateurs définis par le conseil d'administration sur proposition du président.

Les objectifs et indicateurs votés par le conseil d'administration sont notifiés par écrit à Madame/Monsieur [...] au plus tard au cours du premier trimestre de l'année à laquelle ils se rapportent. Pour le calcul de la part variable de la première année de contrat, cette notification des objectifs et des indicateurs intervient dans les trois mois de l'entrée en vigueur de l'engagement de Madame/Monsieur [...].

L'attribution de la part variable est fonction de la réalisation des objectifs.

Son montant annuel est approuvé par le conseil d'administration sur proposition du président.

Elle est versée [selon une périodicité choisie par les parties : en une fois, semestriellement, etc.]. ».

EXEMPLES DE CRITÈRES, OBJECTIFS ET INDICATEURS :

CRITÈRE	OBJECTIF	INDICATEUR
Maîtrise de la vacance locative	Taux de vacance inférieur à X %	Taux de vacance
Satisfaction des locataires	Satisfaction supérieure à l'année précédente ou à un taux fixé par la délibération	Baromètre de satisfaction l'enquête annuelle
Capacité d'auto-financement de l'office	Auto-financement supérieur ou égal à X %	Ration d'auto-financement
Rénovations	% de logements à rénover	% de logements rénovés
Mise en œuvre d'un programme en particulier	A terminer avant le X	Réussite du projet

5. AVANTAGES ANNEXES

« Madame/Monsieur [...] bénéficie en sa qualité de Directeur/Directrice général(e) de l'office des avantages annexes suivants :

- l'intéressement prévu à l'article L. 3311-1 du Code du travail ;
- [la prise en charge des cotisations patronales à des régimes collectifs de prévoyance et de retraite complémentaire prévus par l'accord collectif conclu au sein de l'office ;]
- [un véhicule de fonctions ouvrant droit au remboursement sur justificatifs des frais exposés dans le cadre des déplacements et activités liés aux fonctions]. ».

NB :

- Ces avantages ne sont qu'une possibilité, leur octroi étant librement décidé par les parties. Il peut être fait un choix entre seulement certains d'entre eux, si bien sur le directeur général remplit les conditions pour en bénéficier, à savoir :

- la qualité de directeur général recruté directement pour la prise en charge des cotisations visées ci-dessus ;
- la gestion par l'office de plus de 5.000 logements pour le bénéfice d'un véhicule de fonction et le remboursement des frais liés à son utilisation.

6. DÉMISSION

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

« Si Madame/Monsieur [...] entend démissionner de ses fonctions de Directeur/Directrice général(e) de l'office, il/elle doit faire connaître sa décision par la voie d'une lettre au contenu non équivoque adressée au président par voie de lettre recommandée avec accusé de réception.

La réception par le président de la lettre de démission fait courir un préavis de trois mois.

A la demande de Madame/Monsieur [...] ce préavis pourra, si le président en est d'accord, être réduit en tout ou partie. ».

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL QUI A LA QUALITÉ DE FONCTIONNAIRE EN POSITION DE DÉTACHEMENT :

« Si Madame/Monsieur [...] entend démissionner de ses fonctions de Directeur/Directrice général(e) de l'office et qu'il soit ainsi mis fin de manière anticipée à son détachement, il/elle doit faire connaître sa décision par la voie d'une lettre au contenu non équivoque adressée au président par voie de lettre recommandée avec accusé de réception.

La réception par le président de la lettre de démission fait courir un préavis de trois mois.

A la demande de Madame/Monsieur [...] ce préavis pourra, si le président en est d'accord, être réduit en tout ou partie. ».

NB : En complément, il convient d'ajouter un paragraphe selon :

1- que le directeur général n'est pas fonctionnaire de l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découlerait de sa démission est soumise aux règles de droit commun applicables à la fin anticipée de détachement à l'initiative de l'agent. ».

2- que le directeur général est fonctionnaire de l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découlerait de sa démission entraîne la réintégration en qualité d'agent de l'office dans un emploi correspondant au grade détenu, le cas échéant en surnombre. ».

7. LICENCIEMENT

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL RECRUTÉ DIRECTEMENT

« Madame/Monsieur [...] peut être licencié par délibération du conseil d'administration votée à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés ayant voix délibérative et sur proposition écrite et motivée du président.

Le cas échéant, Madame/Monsieur [...] se verra préalablement communiquer par écrit la proposition du président et se verra informer de son droit à obtenir la communication de son dossier individuel et à présenter des observations avec, tout au long de la procédure l'assistance s'il/elle le souhaite du défenseur de son choix.

Sauf dans le cas d'un licenciement pour faute grave, la cessation de fonctions ne prend effet qu'après un préavis de trois mois à compter de la notification de la décision de licenciement, pendant lesquels la rémunération en qualité de directeur général est maintenue.

Si le directeur général le souhaite, une dispense d'exécution de tout ou partie de l'exercice des fonctions pendant le préavis peut lui être accordée par le président.

Sauf faute grave, le licenciement donne droit au versement d'une indemnité égale à [au moins deux] mois de rémunération par année d'ancienneté dans les fonctions de direction de l'office, selon les modalités de calcul et de majoration éventuelle prévues à l'article R. 421-20-4 du Code de la construction et de l'habitation. En toute hypothèse, le montant de l'indemnité de licenciement ne peut excéder vingt-quatre mois de rémunération et doit être payée en totalité le dernier jour du préavis ou à la date d'effet de la dispense d'exécution. ».

POUR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL QUI A LA QUALITÉ DE FONCTIONNAIRE EN POSITION DE DÉTACHEMENT :

« Madame/Monsieur [...] peut être licencié par délibération du conseil d'administration votée à la majorité des deux tiers des membres présents ou représentés ayant voix délibérative et sur proposition écrite et motivée du président.

Le cas échéant, Madame/Monsieur [...] se verra préalablement communiquer par écrit la proposition du président et se verra informer de son droit à obtenir la communication de son dossier individuel et à présenter des observations avec, tout au long de la procédure l'assistance s'il/elle le souhaite du défenseur de son choix.

Sauf dans le cas d'un licenciement pour faute grave, la cessation de fonctions ne prend effet qu'après un préavis de trois mois à compter de la notification de la décision de licenciement pendant lesquels la rémunération en qualité de directeur général est maintenue.

Si le directeur général le sollicite, une dispense d'exécution de tout ou partie de l'exercice des fonctions pendant le préavis peut lui être accordée par le président.

Aucune indemnité de licenciement ne sera versée à Madame/Monsieur [...]. ».

NB : En complément, il convient d'ajouter un paragraphe selon :

1- que le directeur général n'est pas fonctionnaire de l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découlerait de son licenciement est soumise aux règles de droit commun applicables à la fin anticipée de détachement à l'initiative de l'autorité d'accueil. ».

2- que le directeur général est fonctionnaire de l'office :

« La fin anticipée du détachement de Madame/Monsieur [...] qui découlerait de son licenciement entraîne la réintégration en qualité d'agent de l'office dans un emploi correspondant au grade détenu, le cas échéant en surnombre. ».

Liste des questions-réponses

INTRODUCTION

- 1 - Comment s'articulent le décret du 15 février 1988 et le décret du 12 octobre 2009 ? P7
- 2 - Est-ce que les règles du Code du travail (qui s'appliquent au personnel des OPH, sauf lorsqu'ils ont conservé la qualité de fonctionnaire après la fusion entre OPHLM et OPAC opéré par l'ordonnance du 1^{er} février 2007) s'appliquent au directeur général d'un OPH ? P7

RECRUTEMENT

- 1 - Existe-t-il une autre procédure que celle décrite à l'article R. 421-18 du CCH pour le cas du recrutement d'un directeur général par intérim ? P9
- 2 - Le directeur général par intérim bénéficie-t-il des mêmes conditions d'emploi que le directeur général ? P9
- 3 - Existe-t-il des formalités de publicité particulières pour la vacance de l'emploi de directeur général ? P10
- 4 - Des fonctions antérieures peuvent-elles être prises en compte dans le calcul de l'ancienneté du directeur général ? P10

LE CONTRAT

- 1 - Quels sont les droits du directeur général en matière de formation ? P17
- 2 - Quelle est l'autorité compétente pour prononcer le renouvellement du détachement du directeur général fonctionnaire lorsque ce dernier est un fonctionnaire de l'office ? P18
- 3 - Comment le CA peut-il déléguer au bureau la compétence d'approbation annuelle du montant de la part variable de la rémunération attribué au directeur général prévue par l'article R. 421-16 du CCH ? P19
- 4 - Le directeur général peut-il percevoir des indemnités d'astreinte, à l'instar des autres agents de l'office ? P19
- 5 - Quelles clauses doivent nécessairement figurer dans le contrat du directeur général ? P20
- 6 - Comment fonctionne le prélèvement des cotisations retraite du directeur général en position de détachement ? P20
- 7 - Le directeur général fonctionnaire peut-il prétendre à la Garantie individuelle du pouvoir d'achat ? P21
- 8 - Le contrat du directeur général doit-il être transmis au ministre chargé du logement ? P21
- 9 - Un cumul de direction de deux OPH est-il possible ? P22

- 10 - Quelles sont conséquences de l'irrégularité de la rémunération prévue au contrat du directeur général ? P23**
- 11 - Le fonctionnaire détaché peut-il bénéficier du régime de protection sociale de son OPH d'origine ? P23**
- 12 - Le directeur général exerce t-il ses fonctions sur un emploi fonctionnel ? P24**
- 13 - Comment indemniser le solde de congés payés et le solde du CET en fin de contrat ? P26**
- 14 - Quels sont les pouvoirs de l'ANCOLS vis-à-vis du directeur général au titre des suites d'un contrôle ?.. P27**

LES FONCTIONS DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

- 1 - Le directeur général par intérim doit-il répondre aux obligations posées par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ? P33**
- 2 - Le directeur général entre t-il dans le cadre posé à l'article L. 231 du Code électoral qui prévoit certaines inéligibilités ? P34**
- 3 - Dans quel cadre le directeur général peut-il prendre les décisions relatives aux emprunts, opérations utiles à leur gestion, crédits de trésorerie et opérations relatives au placement des fonds de l'office ? P35**
- 4 - Comment s'organise la représentation en justice par le directeur général des intérêts de l'OPH ? P36**
- 5 - Comment le CA peut-il déléguer au bureau la compétence pour autoriser le directeur à agir en justice ? P37**
- 6 - Quelles sont les conséquences des délégations de signature en termes de responsabilités ? P38**
- 7 - Le directeur général peut-il déléguer sa signature pour signer des actes notariés ? P39**

LA FIN DU CONTRAT DU DIRECTEUR GÉNÉRAL

- 1 - Quelles sont les règles de décompte des voix en cas de licenciement ? P55**
- 2 - Les cotisations chômage du directeur général fonctionnaire détaché peuvent-elles être soumises au régime général ? P56**

Textes de référence

- Ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 *relative aux Offices Publics de l'Habitat* et articles L. 421-1 à L. 421-24 du CCH
- Décret n° 2008-566 du 18 juin 2008 *relatif à l'administration des Offices Publics de l'Habitat* et articles R. 421-1 à R. 421-22 du CCH
- Décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 *relatif aux directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat*
- Circulaire du 22 décembre 2009 *relative aux nouvelles dispositions issues du décret n° 2009-1218 du 12 octobre 2009 applicables aux directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat*
- Décret n° 88-145 du 15 février 1988 *pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.*
- Décret n° 2011-636 du 8 juin 2011 *portant dispositions relatives aux personnels des Offices Publics de l'Habitat (cf. Titre III, pour le Directeur général détaché qui a la qualité de fonctionnaire de l'Office)*
- Décret n° 2016-442 du 11 avril 2016 *relatif aux conventions de rupture des contrats des directeurs généraux des Offices Publics de l'Habitat et modifiant le code de la construction et de l'habitation*

FÉDÉRATION NATIONALE DES OFFICES PUBLICS DE L'HABITAT

14, rue Lord Byron - 75384 Paris Cedex 08 • Tél : 01 40 75 78 00 • Télécopie : 01 40 75 68 17 • www.foph.fr
Association Loi 1901 • Siret 428 437 529 00012 • APE 941 IZ • Membre de l'Union sociale pour l'habitat

FÉDÉRATION NATIONALE DES DIRECTEURS D'OFFICES PUBLICS DE L'HABITAT

Reims Habitat • 71, avenue d'Epervay - BP 2720 - 51055 Reims Cedex