



SIEG logement social et droit français

Etude rédigée par

Norbert Foulquier

Professeur de droit public à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne

Alice Fuchs-Cessot

Maître de conférences à l'Université Paris 8 – Vincennes Saint-Denis

Isabelle Hasquenoph

Maître de conférences à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne

13 mars 2024

Introduction	5
Partie 1 – Le SIEG logement social : une qualification relevant de la France dans le respect du droit de l’Union européenne.....	13
Chapitre 1 – Les SIEG et le droit de l’Union européenne	13
Section 1 – La définition du SIEG logement social dans le droit de l’Union européenne.....	13
§ 1 – L’absence de définition du SIEG logement social dans le droit primaire de l’Union européenne	13
I – La définition de la notion de SIEG par la jurisprudence européenne	14
A – Une activité économique.....	14
B – Un acte de puissance publique	15
C – Une mission d’intérêt général.....	16
II – La définition du SIEG logement social par la Commission européenne.....	16
III – L’absence de remise en cause par la CJUE de la définition du SIEG logement social par la Commission européenne	17
Section 2 – Les régimes juridiques du financement du SIEG logement social.....	19
§ 1 – Le principe de l’interdiction des aides d’Etat	19
I – Les financements qualifiés d’aides d’Etat	19
II – Les financements non qualifiés d’aides d’Etat.....	20
A - Le financement qui ne procure pas un avantage	20
B – Le financement qui n’affecte pas les échanges ou qui ne menace pas de fausser la concurrence	21
1 - Les aides de minimis	21
2 – Les règlements de minimis SIEG.....	22
§ 2 – L’exception : les aides d’Etat autorisées.....	23
§ 3 – Les exceptions propres aux aides d’Etat accordées aux SIEG.....	24
I – La dérogation générale, imposant une notification : le régime de l’article 106§2 TFUE	24
A - L’encadrement matériel des aides d’Etat accordées aux SIEG, sur le fondement de l’article 106§2	25
B - L’encadrement procédural des aides d’Etat accordées aux SIEG, sur le fondement de l’article 106§2	25
II – La dérogation spéciale, écartant la notification : le régime Almunia	25
A – Le champ d’application de la décision 2012/21/UE	26
B – Les conditions posées par la Décision Almunia.....	27
C – Les modalités procédurales imposées par la décision Almunia	29
Chapitre 2 – L’importante marge de manœuvre de la France pour décider des activités SIEG logement social	30
Section 1 – La compétence exclusive des Etats membres pour légiférer en matière de logement social	30

§ 1 – Le logement et les compétences exclusives de l’Union européenne	30
§ 2 – Le logement et les compétences d’appui de l’Union européenne.....	30
§ 3 – Le logement et les compétences partagées de l’Union européenne avec les Etats membres.....	31
Section 2 – Le droit des Etats membres à déterminer quelles activités logement relèvent de la qualification de SIEG logement social.....	32
§ 1 – Le pouvoir discrétionnaire des Etats membres	32
I – Un pouvoir consacré par le droit primaire de l’Union européenne	32
A - L’article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l’UE.....	32
B - L’article 14 TFUE.....	32
C – Le Protocole sur les services d’intérêt général (SIG) n°26 annexé au TFUE 2009 ...	33
II – Un pouvoir confirmé par la Commission européenne et le juge de l’Union européenne	33
A – Par la Commission européenne	33
B – Par la jurisprudence européenne.....	34
§ 2 – Un pouvoir discrétionnaire encadré	34
I – Un pouvoir discrétionnaire encadré par la Commission européenne	34
II - Un pouvoir discrétionnaire encadré par le juge	35
III - Un contrôle de la notion de SIEG logement social à ne pas surestimer	37
Partie 2 – Le logement social français et la plasticité du SIEG logement social européen.....	38
Chapitre 1 – La conformité de la définition SIEG du logement social français avec la décision Almunia.....	39
§1 – Les activités SALS des OHLM.....	39
I – Des activités SALS toujours plus nombreuses	39
II – Des cibles variables	41
III – Les 12 activités SALS des OHLM.....	43
§ 2 – Les activités SALS des OHLM agréés OFS	44
I – L’interprétation de l’article L. 411-2 du CCH comme englobant le BRS	46
II – L’interprétation de l’article L. 411-2 du CCH comme englobant le BRSA.....	47
Chapitre 2 - La conformité du régime SIEG logement social français avec la décision Almunia	49
Section 1 – Les aides accordées aux OHLM pour leurs activités SALS HLM.....	49
§ 1 - Les aides directes.....	49
§ 2 - Les prêts à taux préférentiel.....	50
§ 3 - Les garanties d’emprunt	51
§ 4 - Les régimes fiscaux avantageux	53
Section 2 - Les aides accordées aux OHLM agréés OFS pour les activités en BRS ou BRSA	54
Conclusion.....	55

Résumé

Le droit de l'Union européenne conçoit la notion de SIEG – et a fortiori celle de SIEG logement social – comme une notion évolutive.

Les applications nationales du SIEG logement social n'ont donc pas vocation à être figées dans le marbre car l'Union reconnaît que les besoins en logement social peuvent varier selon les Etats, leur situation économique, les époques... Ainsi, la définition de la vulnérabilité retenue dans la décision Almunia est susceptible d'être appréciée différemment selon les politiques publiques nationales envisagées en matière de logement.

En l'état actuel de la définition du SIEG Almunia logement social (SALS), la seule contrainte résulte du fait qu'une ou plusieurs cibles doivent être attachées aux activités qualifiées comme telles. Mais cette contrainte est légère car une cible peut être considérée comme existante dès lors que tous les habitants d'un Etat ne bénéficient pas de cette activité.

A l'instar des autres Etats membres de l'Union européenne, la France dispose donc d'une marge de manœuvre importante pour faire évoluer le contenu de son SIEG logement social, et notamment celui de son SALS.

Elle a déjà fréquemment utilisé cette marge depuis 2000, et elle peut encore l'utiliser aujourd'hui dans le respect de la décision d'Almunia comme en atteste le fait que les organismes HLM agréés OFS peuvent bénéficier du régime SALS lorsqu'ils perçoivent des aides d'Etat pour leurs activités BRS et BRSA

Par ailleurs, du point de vue de la forme, il convient de relever que la technique de la liste limitative utilisée à l'article L. 411-2 du CCH est une technique rassurante pour la Commission européenne qui a ainsi une vision claire des évolutions de l'application française du SALS.

En définitive, le modèle français généraliste de logement social est compatible avec l'état actuel du droit européen.

Introduction

Le logement social : une politique constitutive de la République. Déjà au XIX^e siècle, la France a développé une politique du logement social. En effet, en la matière, la loi fondatrice est la loi Siegfried du 30 novembre 1894 qui prévoyait la possibilité pour l'Etat et les collectivités locales de subventionner des sociétés privées pour réaliser des habitations bon marché. Ainsi, sans forcer, on pourrait établir un lien entre République et logement social. Grâce à cette politique, la République française est devenue une "République sociale". Cette originalité a même été consacrée par le pouvoir constituant puisque le premier article de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce, comme principe politique constitutif et comme principe juridique constitutionnel, que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».

Des organismes dédiés : les OHLM. Après la loi Siegfried qui avait encouragé la création de sociétés d'habitations à bon marché aujourd'hui regroupées dans la fédération des ESH, le législateur est intervenu pour créer la catégorie des sociétés coopératives HLM en 1906, puis celle des offices d'habitations à bon marché en 1912 devenus aujourd'hui les offices publics de l'habitat. Ce sont ces organismes qui, depuis plus de 100 ans déjà, portent - avec les SEM agréées logement social depuis 1977 - les activités de logement social dans notre pays. Ces OHLM sont directement intéressés par la notion de « service d'intérêt économique général » (SIEG) logement social, car celle-ci détermine dans quelles conditions ils peuvent recevoir des aides d'Etat, dans le respect du droit de l'Union européenne.

La question de la compatibilité des politiques du logement social avec le droit européen. En créant, en 1957, ce qui deviendra l'Union européenne, la France n'a pas abandonné ses politiques du logement social. Ce n'est pas le lieu ici de l'étudier, mais on peut même se demander si la Constitution ne lui interdirait pas. Quoiqu'il en soit, ces politiques se sont enrichies pour faire face à la pénurie endémique de logements, au regard des besoins de la population.

Si, comme les autres pays membres, la France a pu développer l'offre de logements sociaux, jusqu'aux années 1980, sans entrave européenne, c'est parce que longtemps, le droit communautaire, aujourd'hui le droit de l'Union européenne, a ignoré l'enjeu politique, social et économique du logement social. Depuis 1986, il en est allé différemment, au point qu'à partir des années 2010 et aujourd'hui, tout particulièrement, se pose la question de la conformité des aides publiques mises en place, en France, pour permettre le développement et même le maintien de l'offre de logements sociaux avec le droit de l'Union européenne. En effet, celui-ci interdit, par principe, que les Etats membres accordent aux entreprises des "aides", si celles-ci sont susceptibles d'altérer la libre concurrence sur le marché européen. L'offre de logement étant considérée comme une activité de marché, la politique de logement social, c'est-à-dire celle publiquement aidée, doit compter avec le droit de l'Union européenne. Mais, comme cela sera démontré, parce que l'offre de logements sociaux constitue un SIEG, qui autorise, par dérogation, l'octroi d'aides d'Etat, les pouvoirs publics français ont pu et pourront développer les aides d'Etat en faveur du logement social, évidemment à la condition de respecter les contraintes imposées par le droit de l'Union européenne en vertu de sa primauté sur notre droit national.

L'émergence de la question et la notion de SIEG. Dès l'origine, le traité de Rome de 1957 visait à son article 90 les services d'intérêt économique général (SIEG). Cet article avait un triple objectif : poser le principe de la soumission des entreprises exerçant des activités économiques d'intérêt général aux règles de concurrence, les faire bénéficier à certaines conditions d'un régime dérogatoire et, enfin, conférer un rôle spécifique de décision et de surveillance à la Commission européenne en la matière (désormais art. 106 TFUE, ex 86 TCE)¹. Pour autant, pendant les 30 premières années de la construction européenne, un consensus politique a existé concernant les services publics : chaque État était en charge de leur définition, de leur organisation et de leur financement. La Commission n'a pas utilisé le pouvoir de décision qui lui était conféré en matière de SIEG. L'histoire, les traditions, la culture des États membres en matière d'activités d'intérêt général étaient ainsi totalement préservées. Mais, à partir de 1986, l'objectif du Marché unique, défini par l'Acte unique européen, a poussé les institutions européennes à engager un processus d'« européanisation » des SIEG².

Dans les années 1990, la jurisprudence de la CJUE a évolué pour retenir une définition extensive de la notion d'activité économique. Les critères d'une activité SIEG au sens de l'article 106 du TFUE ont également été précisés (voir *infra*). Quant à la Commission européenne, elle a commencé à se préoccuper de distinguer la notion de service d'intérêt général (SIG) - notion qui ne figurait pas dans les traités à l'époque - et celle de SIEG. Dans sa communication de 1996 relative aux SIG³, elle définissait ainsi les premiers comme les services « comprenant des services marchands ou non » et les seconds comme ceux visés dans le traité et comprenant « des activités de service marchand ». Mais, pas plus à cette époque que dans sa deuxième communication parue en 2000, elle n'avait défini ce qu'elle entendait par service non marchand. Elle semblait même parfois confondre les notions de SIG et de SIEG, par exemple lorsqu'elle évoquait les SIG, et non les SIEG, à propos de l'article 14 TFUE⁴ (ex art. 16 TCE) inséré par le traité d'Amsterdam en 1997 et qui vise pourtant les SIEG uniquement⁵.

¹ Art. 106 TFUE : « 1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres ».

² Pierre Bauby, *L'européanisation des services publics*, Presses de SciencesPo, Paris, 2011.

³ COM (96) 443, du 11/09/1996, in JOCE 1996, n°C-281, p. 3. Dans cette communication, la Commission avait classé le logement dans les SIG au même titre que la protection sociale, l'école et l'eau. Elle avait alors affirmé que « c'est aux niveaux national ou régional que doit être garantie la satisfaction de ces besoins essentiels ».

⁴ Art 16 du traité CE (ex 7D) : « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. »

⁵ Dans cette communication, la Commission européenne mentionnait le logement dans une phrase portant sur les SIEG mais dans un paragraphe intitulé SIG. Elle citait le logement au même titre que l'habillement et l'alimentation en expliquant que les pouvoirs publics peuvent considérer que le marché

En 1997, souhaitant que soit mieux précisée la répartition des rôles entre l'Union européenne et ses membres, les Etats ont en effet souhaité que soient précisés dans le droit primaire à la fois la place qu'occupent les SIEG parmi les valeurs communes de l'Union mais aussi le fait qu'en la matière, l'Europe et les Etats devaient intervenir dans les limites de leurs compétences respectives. Mais à l'époque, ils ne se sont pas préoccupés d'insérer dans les traités une référence aux services d'intérêt général non économiques. Ainsi, ce n'est qu'en 2009 avec l'adoption du protocole n°26 SIG annexé au traité de Lisbonne que cette notion de service non économique d'intérêt général a été explicitement consacrée⁶.

Les différentes conceptions du logement social en Europe. Pour ce qui nous intéresse ici, il convient de souligner que ce protocole a été voulu par les Etats en réaction à un contentieux intéressant le logement social aux Pays-Bas. À cause de cette affaire, les Pays-Bas ont dû abandonner leur conception universaliste du logement social.

Précisons qu'il est habituel de classer les régimes nationaux du logement social en Europe en trois catégories : le modèle universaliste, le modèle généraliste et le modèle résiduel⁷ :

- La conception universelle du logement social, parfois qualifiée de « logement d'intérêt public », est caractérisée « par l'absence de ciblage sur une demande sociale donnée ». Il s'agit de « fournir un logement en direction de l'ensemble de la demande, demande sociale incluse, en complément de l'offre présente sur le marché » ;
- Dans sa conception généraliste, le logement social voit ses missions « définies plus globalement en référence au logement des personnes ayant des difficultés à accéder à un logement aux conditions du marché en raison de l'insuffisance de leurs revenus » ;
 - ⇒ C'est à ce modèle que l'on rattache habituellement le système du logement social français.
- Dans sa conception résiduelle, le logement social voit ses missions strictement définies en référence au logement des personnes défavorisées et des groupes sociaux clairement identifiés en raison de leur exclusion effective ou potentielle du marché du logement.

On verra que cette présentation est politique. En droit, il n'existe que deux modèles : l'un est universel, l'autre est ciblé, avec une cible plus ou moins large.

Quoi qu'il en soit, la remise en cause du modèle néerlandais universel par la Commission européenne a provoqué l'adoption de textes visant à protéger le financement public du

n'est pas à même de fournir correctement certains besoins fondamentaux et peuvent alors établir un certain nombre de prestations de services spécifiques destinées à répondre à ces besoins sous forme d'obligations de services d'intérêt général.

⁶ Article 2 du protocole n°26 SIG annexé au traité de Lisbonne : « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général. »

⁷ Selon une typologie présentée par Laurent Ghekiere: « Le développement du logement social dans l'Union européenne », *Recherches et Prévisions*, n°94, décembre 2008, pp. 21-34.

logement social grâce à la notion de SIEG.

La construction lente de la notion de SIEG en droit de l'Union européenne. Mais le mouvement d'europanisation des SIEG né au milieu des années 80 a mis du temps à impacter le logement social français. Pendant longtemps, son rattachement à la catégorie de SIEG n'est pas allé de soi. D'abord, sans doute en raison de la confusion qui régnait quant à la distinction entre SIG et SIEG. Dans sa communication de 1996, la Commission européenne se limitait à indiquer que le logement était un SIG. Et si dans sa communication de 2000, elle évoquait le logement comme une activité SIEG, c'était dans un paragraphe consacré aux SIG. Ensuite, si le point de savoir si le logement social devait être considéré comme une activité SIEG n'a pas été au centre des débats, c'est très probablement parce que le logement n'est pas une compétence de l'Union européenne et que cette activité locale apparaissait comme peu susceptible de perturber les échanges entre les Etats membres.

Tout au plus, la Commission européenne avait-elle souligné que l'activité de financement du logement social était susceptible d'affecter ces échanges, à l'occasion de son contrôle de la compatibilité de l'aide apportée par la France au Crédit foncier de France⁸, avec les exigences communautaires. En 2001, elle avait également qualifié de SIEG l'activité de l'Agence irlandaise de financement du logement et autorisé l'aide apportée par le Gouvernement irlandais à cet organisme sous forme de garanties d'emprunts. Se dessinait ainsi progressivement l'idée que le logement social - pour certaines activités, tout au moins - devait être rattaché au SIEG. Mais on pouvait aussi y voir un « baiser de la mort » car cela signifiait qu'aux yeux des instances européennes, la production et l'exploitation de logements sociaux était une activité économique qui ne pouvait que par dérogation bénéficier d'aides d'Etat. Les appréhensions des acteurs du logement social des Etats membres étaient renforcées par le fait que la question de la qualification communautaire du logement social était et reste obscurcie « *par le caractère protéiforme des interventions : activité de construction, de vente, de réhabilitation, politique sociale, accueil des populations les plus vulnérables, fonction d'aménagement urbain...* »⁹.

Pour toutes ces raisons, à la différence d'autres domaines tels que les transports ou les télécommunications, le logement social n'a été saisi que tardivement dans les filets du SIEG.

La plasticité du SIEG logement social européen. Comme ni les traités ni le Parlement européens et le Conseil des ministères ni la Cour de justice de l'Union européenne n'ont défini le SIEG logement social, c'est la Commission européenne, pour pouvoir contrôler les aides d'Etat, qui a posé la définition européenne de ce SIEG, en reprenant les critères généraux du SIEG précisés par la Cour de justice. Et tant que ni la Cour de justice ni le Parlement ni le Conseil n'auront imposé leur propre définition du SIEG logement social, c'est celle de la Commission qui constituera le droit positif européen s'imposant aux Etats en la matière.

La Commission a posé sa première définition du SIEG logement social dans sa décision Monti Kroes du 28 novembre 2005 n°2005/842/CE. Elle l'a modifiée ensuite par sa décision Almunia du 20 décembre 2011, n° 2012/21/UE. Dans la décision Almunia, la Commission a retenu une définition plus large du SIEG logement social que dans sa décision Monti Kroes, tout en respectant la jurisprudence de la Cour relative à la définition générale du SIEG. En 2005, le logement social était destiné seulement « *aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux*

⁸ La Commission avait, à juste titre, souligné la contribution du CCF aux politiques du logement social.

⁹ Thèse R. Graëffly.

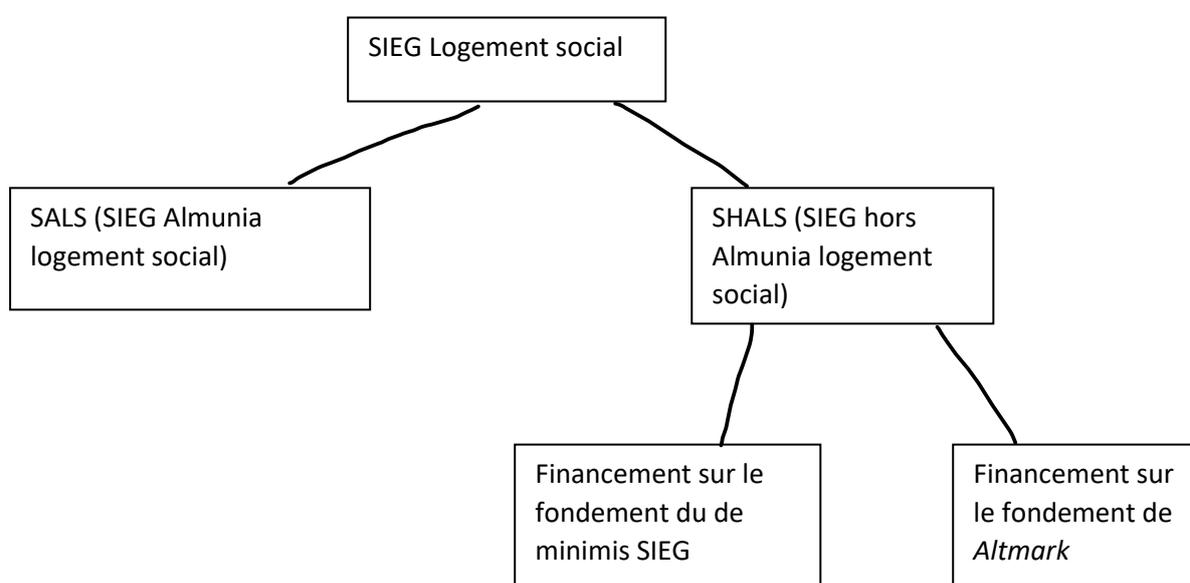
vulnérables » ; en 2011, la Commission l'a étendu « *aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés* ».

Trois enseignements sont à tirer de l'enchaînement de ces textes.

=> Tout d'abord, puisque la Commission a accepté de faire évoluer sa définition du SIEG logement social, elle pourrait, si elle y était incitée, en retenir une définition plus extensive encore. Evidemment, un retour en arrière, avec une définition plus restrictive, serait aussi légalement possible.

=> Ensuite, il ressort qu'aux yeux de la Commission, le SIEG logement social se caractérise par ses destinataires, qui sont des personnes qui ne peuvent pas se loger aisément aux conditions du marché. Insister, comme le fait la Commission, sur les difficultés de solvabilité des bénéficiaires du SIEG logement social, c'est une autre manière d'identifier et d'imposer la dimension sociale, c'est-à-dire la finalité solidaire et non pas économique, de cette politique, afin d'éviter qu'elle ne soit instrumentalisée pour fausser le marché.

=> La catégorie de SIEG logement social comprend deux sous-ensembles : celui du SIEG Alumina logement social (SALS) et celui du SIEG hors Alumina logement social (SHALS). Comme nous le verrons, ce dernier comprend les financements accordés au logement social soit dans le cadre de la jurisprudence *Altmark* (v. infra) soit dans le cadre du règlement de minimis SIEG (v. infra).



Le rattachement en France du logement social au SIEG. La tardiveté avec laquelle la Commission a pris ses décisions relatives au SIEG logement social dont la première ne date donc que de 2005 explique que la France ait mis du temps à rattacher le régime d'aide des organismes HLM à la notion de SIEG. Ce rattachement s'est fait en deux temps. Dans un premier temps, la loi SRU du 13 décembre 2000¹⁰ a inséré la notion de service d'intérêt général (SIG) à l'article L. 411-2 du CCH. Dans l'exposé des motifs du projet de loi SRU intégrant la référence au "service d'intérêt général" à l'article L. 411-2 du CCH, il était indiqué que cette

¹⁰ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

disposition « *est complétée afin de prévoir que les organismes HLM bénéficient de dispositions fiscales et d'aides spécifiques de l'Etat au titre de leur mission d'intérêt général et contribuent à la réalisation des objectifs définis à l'article L. 301-1* ». Même si le projet ne se référait pas explicitement à la notion européenne de SIEG, il va sans dire que le gouvernement avait à l'esprit les évolutions du droit de l'Union européenne en la matière.

En effet, si dans le projet de loi SRU de 2000, le Gouvernement avait qualifié les activités des organismes HLM de « services d'intérêt général », c'était dans la droite ligne de ce qu'exigeait la Commission européenne à l'époque en matière de logement¹¹. Et si la loi ne se prononçait pas sur leur qualité de SIEG ou de services d'intérêt général *non* économiques c'est parce que, même au niveau européen, personne ne s'était clairement saisi de cette question.

Lors de l'adoption de la loi SRU, dans l'hémicycle, les débats tournèrent autour du point de savoir si l'accession sociale à la propriété pouvait être qualifiée de service d'intérêt général (SIG). C'est à l'occasion de ce débat que le gouvernement et les parlementaires ont invoqué différents volets du droit européen, ce qui les a conduits à des conclusions divergentes. Les parlementaires qui défendaient l'idée que l'accession sociale à la propriété était une mission d'intérêt général au sens européen, se fondaient sur une proposition de directive définissant largement le logement social, au point d'y intégrer l'accession. En faisant abstraction de l'indépendance des législations, ils faisaient aussi valoir la directive TVA de l'époque qui adoptait une définition large du logement social, comprenant l'accession. De son côté, le gouvernement s'opposait à la reconnaissance de l'accession sociale à la propriété en tant que service d'intérêt général, en arguant que cette activité relevait du secteur concurrentiel, alors que, selon lui, ce qui caractérisait les activités de logement locatif social, c'était leur nature non économique. L'avenir démentira cette analyse, mais elle explique ce moment de la législation française.

Dans un deuxième temps, l'expression SIEG a été substituée à celle de SIG et la décision Almunia a été insérée à l'article L 411-2 du CCH. Ainsi, depuis cette date, il n'y a plus de doute sur le fait que le droit français qualifie de SIEG les activités des OHLM qui y sont mentionnées.

En droit français, cela s'est traduit par la modification de l'article L. 411-2 qui, aujourd'hui, est ainsi rédigée :

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

¹¹ Une 2e communication sur les SIG a été adoptée en septembre 2000 par la Commission européenne mais au regard de la concomitance de dates d'adoption des deux textes, elle n'a sans doute pas pu être prise en compte à l'époque par les parlementaires. En outre, si cette communication semblait marquer une évolution de la position de la commission en faveur d'une qualification des activités de logement en tant que SIEG, son contenu n'était pas limpide COM (2000) 580 SIG.

-la construction, l'acquisition, l'amélioration, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 831-1 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources. Font toutefois partie du service d'intérêt général, jusqu'au 1er janvier 2020, les opérations susmentionnées destinées à des personnes de revenu intermédiaire dont les ressources ne dépassent pas les plafonds fixés au titre IX du livre III, lorsque les logements correspondants représentent moins de 10 % des logements locatifs sociaux mentionnés à l'article L. 302-5 détenus par l'organisme :

-la réalisation d'opérations d'accession à la propriété destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum, majorés de 11 %, fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 831-1 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources. Font toutefois partie du service d'intérêt général, dans la limite de 25 % des logements vendus par l'organisme, les opérations destinées à des personnes de revenu intermédiaire dont les ressources dépassent les plafonds maximum susmentionnés sans excéder les plafonds fixés au titre IX du livre III, majorés de 11 %, lorsque l'ensemble des opérations sont assorties de garanties pour l'accédant dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat :

-la gestion ou l'acquisition en vue de leur revente, avec l'accord du maire de la commune d'implantation et du représentant de l'Etat dans le département, de logements situés dans des copropriétés connaissant des difficultés importantes de fonctionnement ou faisant l'objet d'un plan de sauvegarde en application de l'article L. 615-1 ou d'une opération programmée d'amélioration de l'habitat visée à l'article L. 303-1 ou situés dans le périmètre d'opérations de requalification de copropriétés dégradées prévues à l'article L. 741-1 ainsi que, pour une période maximale de dix ans à compter de la première cession, la gestion des copropriétés issues de la cession des logements locatifs mentionnés au neuvième alinéa du présent article tant que l'organisme vendeur y demeure propriétaire de logements. A défaut d'opposition de la part du représentant de l'Etat notifiée dans le délai de deux mois à compter de la date de la réception de la demande, son avis est réputé favorable :

-l'intervention comme opérateur, sans pouvoir être tiers-financeur, dans le cadre des procédures prévues à l'article 29-11 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis et de l'article L. 615-10 du présent code :

-les services accessoires aux opérations susmentionnées et les services que les organismes d'habitations à loyer modéré se rendent entre eux pour les besoins des opérations susmentionnées [...] ».

Notre étude montre qu'à l'instar des autres Etats membres, la France ne peut qualifier des activités de logement social de SIEG que dans le respect du droit de l'Union européenne (I).

Toutefois - à ce jour - cela n'a jamais été une contrainte dès lors que le logement social français a bénéficié de la plasticité du SIEG logement social européen (II).

A la condition de respecter les procédures européennes - au demeurant allégées dans le cadre du régime résultant de la décision Almunia de 2011 - les pouvoirs publics français peuvent ainsi accorder des aides d'Etat à leurs organismes HLM pour la réalisation de la plupart (!) de leurs missions et notamment de leurs activités en BRS et BRSA.

Partie 1 – Le SIEG logement social : une qualification relevant de la France dans le respect du droit de l’Union européenne

En l’état du droit de l’Union européenne, la France dispose d’une importante marge de manœuvre pour décider quelles sont les activités des organismes HLM entrant dans le champ du SIEG logement social.

Chapitre 1 – Les SIEG et le droit de l’Union européenne

A la notion européenne de SIEG correspondent des régimes juridiques spécifiques de financement. Leur explication s’impose car ils constituent le cadre dans lequel les autorités françaises peuvent qualifier les activités de leurs organismes HLM de SIEG logement social et donc en aider le financement.

Section 1 – La définition du SIEG logement social dans le droit de l’Union européenne

Les traités de l’Union européenne ne définissent ni la notion de SIEG ni a fortiori le SIEG logement social. Cette lacune a été progressivement comblée par le juge de l’Union européenne. En effet, la CJUE a, arrêt après arrêt, précisé la notion générale de SIEG. Et c’est en respectant cette définition que la Commission européenne a posé celle de SIEG logement social.

§ 1 – L’absence de définition du SIEG logement social dans le droit primaire de l’Union européenne

Comme déjà indiqué, la notion de SIEG logement social n’apparaît pas dans le droit primaire de l’Union européenne. Seule la notion de SIEG y est consacrée, sans toutefois être définie. En effet, la notion de SIEG a d’abord été consacrée par le Traité de Rome de 1957, à l’article 106 TFUE (ex-article 86 TCE) :

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n’édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d’intérêt économique général ou présentant le caractère d’un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l’application de ces règles ne fait pas échec à l’accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l’intérêt de l’Union.

3. La Commission veille à l’application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Cet article 106 TFUE autorise donc une dérogation aux règles du Traité dans le cas où l'application de ces règles ferait échec au bon accomplissement, en droit ou en fait, des missions de SIEG.

Trente ans plus tard, le Traité d'Amsterdam a introduit une nouvelle référence aux SIEG à l'article devenu l'article 14 TFUE :

« Sans préjudice des articles 77, 90 et 92, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu' au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Ces textes, qui consacrent la notion de SIEG, ne visent pas spécifiquement le logement social, pas plus d'ailleurs qu'un autre secteur particulier. De plus, ils ne définissent pas la notion de SIEG, dont les critères ont finalement été définis par la jurisprudence européenne.

I – La définition de la notion de SIEG par la jurisprudence européenne

Face à l'absence de définition de cette notion dans les Traités, c'est le juge de l'Union européenne qui a précisé les critères du SIEG.

En vertu de sa jurisprudence et selon la formule de la Commission qui vise à la synthétiser, la notion de SIEG est « évolutive et dépend, entre autres choses, des besoins des citoyens, des évolutions techniques et commerciales et des préférences sociales et politiques propres à chaque Etats membres »¹². Les instances européennes n'ont donc pas fixé de liste exhaustive des activités qualifiées de SIEG : la qualification de SIEG relève du cas par cas, et les Etats membres bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer quelles activités relèvent de la qualification de SIEG (*infra*).

Malgré leur large pouvoir d'appréciation, les Etats membres ne peuvent qualifier une activité de SIEG que si celle-ci répond à trois conditions progressivement dégagées par la jurisprudence européenne.

A – Une activité économique

L'activité qualifiée de SIEG doit tout d'abord être une activité économique. Cette notion d'activité économique renvoie à « l'offre de biens ou de services sur un marché »¹³. Elle permet d'identifier l'entreprise, sujet du droit de la concurrence, laquelle s'entend de toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de

¹² Communication de la Commission du 20 décembre 2011 n° 2012/C 8/02 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, pt 45

¹³ CJCE 16 juin 1987, Commission c/ Italie, aff. C-118/85, Rec. 2599, pt 7 ; CJCE 18 juin 1998, Commission c/ Italie, aff. C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851, pt 36 ; TPICE, 4 mars 2003, FENIN c/ Commission, aff. T-319/99, Rec. II-357, pt 36 ; CJCE, 11 juillet 2006, FENIN c/ Commission, aff. C-205/03, Rec. I-6295, *Europe* n°10, oct. 2006, comm. 288 L. Idot ; *CMLR* 2007, 44, p. 1131, T. Prosser, W.-H. Roth ; *RLC* n°9, 1^{er} oct. 2006, note L. Arcelin.

financement¹⁴. La poursuite d'un but lucratif importe peu¹⁵: en effet, « *même si aucun but lucratif n'est poursuivi, il peut exister une participation au marché susceptible de mettre en cause les objectifs du droit de la concurrence* »¹⁶. La notion d'activité économique est donc large et fonctionnelle : l'objectif du droit de l'Union est d'assurer une applicabilité étendue du droit du marché.

Cette emprise du droit européen de la concurrence connaît toutefois deux limites forgées par le juge européen : les activités typiquement de puissance publique¹⁷, ainsi que les activités exclusivement sociales¹⁸, constituent des activités non économiques échappant à l'applicabilité du droit de la concurrence.

Ces deux exceptions sont toutefois restrictives.

Ainsi, concernant la 2e exception, seule la réunion de deux critères cumulatifs permet d'identifier une activité exclusivement sociale autorisant la mise à l'écart du droit de la concurrence : un fonctionnement selon le principe de solidarité et un contrôle de l'Etat. La simple finalité sociale de l'activité, l'absence de but lucratif poursuivi ou le fait que le régime comporte quelques éléments de solidarité¹⁹ ne font pas obstacle à l'identification d'une activité économique²⁰.

Ces jurisprudences ne permettent donc pas de regarder le logement social comme étant une activité non économique, notamment puisque les activités de logement social des organismes HLM affectent indéniablement le marché du logement. C'est donc parce que cette activité est économique qu'elle a pu être qualifiée de SIEG, c'est-à-dire de service d'intérêt économique général, par la Commission.

B – Un acte de puissance publique

Aux termes de la jurisprudence européenne, les entreprises doivent être « chargées de la gestion d'un SIEG par un acte de la puissance publique »²¹. Cette deuxième condition implique que la mission soit confiée à l'entreprise par un acte exprès de la puissance publique : cet acte pouvant être de nature législative, réglementaire ou conventionnelle. Dans le régime dérogatoire bâti par la Commission européenne pour permettre le financement des SIEG avec sa décision *Almunia* (analysée *infra*), le « mandat », qui établit les obligations de service public mises à la charge de l'opérateur, remplit cette fonction.

¹⁴ CJCE 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, aff. C-41/90, Rec. I-1979

¹⁵ CJCE 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, aff. C-41/90, Rec. I-1979 ; CJUE 22 octobre 2015, Easy Pay, aff. C-185/14. A propos de l'absence de but lucratif : CJCE 16 novembre 1995, FFSA, aff. C-244/94, Rec. I-4013, pt 21 ; CJCE 12 septembre 2000, Pavlov, aff. C-180/98 à C-184/98, Rec. I-6451, pt 117 ; CJCE 16 mars 2004, AOK Bundesverband, aff. C-264/01, C-306/01, C-355/01, Rec. I-2493, pt 49 ; CJCE 1^{er} juillet 2008, MOTOE, aff. C-49/07, Rec. I-4863.

¹⁶ Concl. P. Maduro sur CJCE 11 juillet 2006, Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN), aff. C-205/03 Rec. I-6319, pt 14

¹⁷ CJCE 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol, aff. C-394/92, Rec. I-94

¹⁸ CJCE 17 février 1993 Poucet et Pistre, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637.

¹⁹ CJCE 22 janvier 2002, Cical di Battistello Venanzio & Co, aff. C-218/00, Rec. 691, pt 37 ; CJCE 21 septembre 1999 Albany international, aff. C-67/96 Rec. I-5751

²⁰ L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Thèse Paris 1, Bruylant, 2006 ; CJCE 26 avril 1988, Bond van Adverteerders et autres, aff. C-352/85, Rec. p. 2085

²¹ CJCE 21 mars 1974, BRT c/ SABAM, aff. C-127/73, Rec. 313

C – Une mission d'intérêt général

Enfin, l'activité qualifiée de SIEG doit relever d'une mission d'intérêt général, c'est-à-dire présenter un intérêt particulier par rapport aux autres activités économiques²². La Commission européenne a précisé que « les services doivent être destinés aux citoyens ou fournis dans l'intérêt de la société dans son ensemble »²³.

Cela ne signifie pas que les usagers directs d'un SIEG soient en pratique toute la population. Comme le prouvent les décisions Monti Kroes de 2005 et Almunia de 2011, un SIEG peut avoir une population cible. Ce qui importe, c'est qu'en aidant une catégorie de citoyens - catégorie qui doit être ouverte à toute personne qui répond à ses conditions de définition -, c'est l'ensemble de la société qui s'en trouve mieux.

De manière générale, la qualification de SIEG suppose donc la réunion de trois conditions : l'existence d'une activité économique, remplissant une mission d'intérêt général, confiée à l'entreprise par un acte de puissance publique.

II – La définition du SIEG logement social par la Commission européenne

Comme déjà indiqué, la notion de SIEG logement social n'a fait l'objet d'aucun règlement ou directive du Parlement et du Conseil, ni d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Seule la Commission en a donné une définition, pour en encadrer l'activité. Pour cela, elle a repris les trois éléments de la définition générale du SIEG dégagés par la Cour. Comme l'application de ces trois critères peut être plus ou moins stricte, la Commission a pu adopter des acceptions différentes du SIEG logement social : plus précisément, entre 2005 et 2011, celles-ci sont devenues plus larges, ce qui a facilité son financement par des aides d'Etat.

Dès les années 2000, lors de ses contrôles d'aides d'Etat, la Commission européenne a utilisé, pour cerner le SIEG logement social, la référence à des ménages socialement défavorisés²⁴. Cette conception a été reprise dans les décisions Monti Kroes puis Almunia (même si elle y a été légèrement modifiée - cf. *infra*), textes de droit dérivé précisant les conditions auxquelles des compensations d'obligations de service public peuvent déroger au droit des aides d'Etat (*infra*).

Si le b/ de l'article 2 de la décision Monti Kroes du 28 novembre 2005 2005/842/CE visait seulement les compensations de service public octroyées « aux entreprises de logement social », il ne pouvait pas se lire s'en tenir compte de son préambule. Et selon celui-ci : *“les entreprises de logement social qui procurent un logement aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux vulnérables qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché, doivent bénéficier de l'exemption de notification énoncée dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'ils*

²² CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, aff. C-179/90, Rec. I-5889; CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91; CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92

²³ Communication de la Commission du 20 décembre 2011 n° 2012/C 8/02 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, pt 50.

²⁴ Voir par exemple : décision du 3 juillet 2001 concernant l'aide d'Etat N 209/01; lettre du 14 juillet 2005 relative à l'aide d'Etat E 2/2005.

reçoivent excède les seuils prévus par celle-ci, pour autant que les services qu'ils fournissent soient qualifiés de SIEG par les Etats membres" (cdt 16). Le logement social se caractérisait donc par ses destinataires, c'est-à-dire les personnes défavorisées ou les groupes sociaux vulnérables en raison de leur capacité financière limitée.

Désormais, la définition du SIEG logement social figure au c/ de l'article 2 de la décision Almunia du 20 novembre 2011 qui fait entrer dans son champ d'application les compensations octroyées pour des services répondant "à des besoins sociaux concernant (...) le logement social (...) des groupes vulnérables". Cette définition doit être lue en tenant compte des précisions figurant au considérant 11, dans lequel la Commission fait référence aux "entreprises assurant des services sociaux, y compris la fourniture de logement social aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché, doivent aussi bénéficier de l'exemption de notification prévue dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'elles reçoivent dépasse le seuil de notification général fixé dans la présente décision. [...] Pour bénéficier de l'exemption de notification, les services sociaux devront être des services bien définis répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables".

Si la décision Almunia vise désormais les « groupes vulnérables », cette expression doit être comprise à l'aune du préambule qui se réfère aux « personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés » (le ou étant cumulatif), marquant ainsi l'acceptation d'une conception plus large du logement social. La Commission européenne admet ainsi la conception généraliste du logement social, c'est-à-dire celle qui caractérise le système français.

III – L'absence de remise en cause par la CJUE de la définition du SIEG logement social par la Commission européenne

Cette définition de la notion de logement social n'a pas été remise en cause par le juge de l'Union. En effet, lorsqu'il a eu l'occasion de donner sa propre définition, il ne l'a pas fait et n'a pas cherché à corriger les textes de la Commission.

Ainsi, dans l'affaire Eric Libert du 8 mai 2013, intéressant précisément le secteur du logement social qui a été jugé postérieurement aux décisions Monti Kroes de 2005 et Almunia de 2011, la Cour a précisé à l'occasion de l'examen des critères de la jurisprudence *Altmark* (*infra*) qu' "il ne saurait être exclu que des services de logement social puissent être qualifiés de service public. À cet égard, la circonstance, évoquée par la juridiction de renvoi, selon laquelle la charge sociale bénéficie non pas directement aux particuliers, demandeurs de logements sociaux, mais aux sociétés de logement social, n'a aucune incidence sur la qualification du service en question" (pt 88)²⁵.

Comme il arrive fréquemment que les expressions, voire les notions de SIEG et de service

²⁵ CJUE 8 mai 2013, Eric Libert, aff. C-203/11, pt 88

public soient assimilées par les avocats généraux²⁶ et par la Cour elle-même²⁷, en affirmant dans sa décision *Eric Libert* de 2013, que des services de logement social peuvent être qualifiés de service public, elle n'était pas loin de les considérer comme des SIEG.

Les arrêts postérieurs de la Cour l'ont confirmé dans la mesure où elle s'y réfère largement à la pratique décisionnelle de la Commission européenne en la matière.

Ceci est particulièrement net dans l'arrêt *Stichting Woonlinie* du 15 novembre 2018²⁸. On trouve dans cet arrêt plusieurs références à la pratique décisionnelle de la Commission.

Tout d'abord, la Cour mentionne, sans la remettre en cause, la décision de la Commission du 3 juillet 2001 concernant l'aide d'État N 209/01. Dans cette décision, la Commission fournissait un exemple d'une définition d'un SIEG dans le domaine du logement social faisant clairement référence à des critères sociaux et à des ménages socialement défavorisés. Comme l'explique le Tribunal, «la mesure d'aide visée dans cette décision consistait dans la garantie de [l'Irlande] accordée à la Housing Finance Agency (HFA, agence pour le financement du logement, Irlande) dans le cadre de son activité de prêt et de levée de fonds, destinée aux activités de logement social réalisées par les collectivités locales. Elle a indiqué que la garantie d'État de la HFA ne pouvait être accordée qu'en faveur de personnes qui satisfaisaient à certains critères, à savoir qu'elles avaient besoin d'un prêt, que leurs revenus étaient en dessous d'une certaine limite et qu'elles étaient inéligibles à un prêt de source commerciale».

Ensuite, toujours dans son arrêt *Stichting Woonlinie*, la Cour relève que dans sa lettre du 14 juillet 2005 relative à l'aide d'État E 2/2005 relative au logement social aux Pays-Bas, la Commission a indiqué que la définition du SIEG du logement social devait établir un lien direct avec les ménages défavorisés. À cet égard, elle a indiqué que la solution proposée par les autorités néerlandaises consistant à réduire la valeur maximale des logements qui pouvaient être considérés comme des « logements sociaux » ne résolvait pas ce problème.

Particulièrement depuis l'adoption des décisions *Monti Kroes* et *Almunia*, le juge se réfère à la définition du logement social formulée par la Commission. Toujours dans *l'affaire Stichting Woonlinie*, le juge indique que « la Commission s'est contentée de considérer, dans la décision attaquée, que cette nouvelle définition du SIEG du logement social satisfaisait aux exigences de la décision 2005/842. Il ne saurait cependant être exclu que la Commission ait également approuvé une définition du SIEG proposée par les autorités néerlandaises reposant sur un autre critère qu'une limitation de revenus, si cette définition était suffisamment claire et établissait un lien avec les personnes défavorisées ».

En l'état du droit la définition du SIEG logement social telle que précisée par la Commission européenne semble donc confortée par le juge de l'Union. Cette qualification entraîne l'application d'un régime juridique dérogatoire au droit de l'Union européenne et favorable au logement social français.

²⁶ Par ex., les conclusions de l'avocat général Tizzano sur l'arrêt *Ferring* (point 41) - conclusions de l'avocat général Jacobs sur l'arrêt de la CJUE, 20 nov. 2003, GEMO, n° C-126/01.

²⁷ Par ex., dans l'arrêt *BUPA* de 2008, la CJUE a jugé que «il n'est pas contesté par les parties que la notion d'obligation de service public visée par [l'arrêt *Altmark*] correspond à celle du SIEG tel que désignée par la décision attaquée et qu'elle ne diverge pas de celle visées à l'article 86, paragraphe 2 CE».

²⁸ TPIUE 15 novembre 2018, *Stichting Woonlinie* (RENV II), aff. T-202/10, pt 80.

Section 2 – Les régimes juridiques du financement du SIEG logement social

Dès 1957, le traité CEE a posé le principe de l'interdiction des aides d'Etat. Dès cette date, il a également posé l'exception des aides autorisées et a réservé un sort particulier aux aides autorisées accordées aux activités SIEG. L'étude de tous ces régimes – et pas seulement celui issu de la décision *Almunia* – intéresse les organismes HLM dès lors que ceux-ci sont habilités à exercer d'autres activités que celles que l'article L. 411-2 du CCH identifie comme SIEG au titre de cette décision (c'est-à-dire des SALS). Il s'agit alors de savoir dans quelles conditions, ces organismes peuvent bénéficier de ces autres régimes. La connaissance de cette possibilité est aussi le moyen de mesurer les spécificités des aides propres aux SIEG.

Ainsi pour les activités de logement social qualifiées de SIEG, comme pour les autres SIEG, le droit de l'Union européenne autorise un régime de financement public, par dérogation aux règles de la libre concurrence. Avant d'étudier ce régime particulier, il importe de rappeler le contenu du principe de l'interdiction des aides d'Etat ainsi que l'exception des aides autorisées.

§ 1 – Le principe de l'interdiction des aides d'Etat

Non seulement les entreprises ordinaires mais aussi celles qui sont chargées d'un SIEG sont soumises aux règles de la concurrence. En effet, comme le stipule l'article 106§2 TFUE, « les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence ». S'appliquent, en principe, le droit des abus de position dominante et des ententes, le droit des libertés de circulation et le droit des aides d'Etat.

D'où l'importance de définir la notion d'aides d'Etat, afin de déterminer le champ de l'interdiction de principe, pour les Etats, d'en accorder. Il s'agit ici de comprendre ce qui constitue une aide d'Etat et les soutiens publics à une activité qui ne sont pas qualifiés comme telle. La distinction est importante car les organismes HLM peuvent aussi bénéficier de ces soutiens publics, si leur cumul n'a pas pour effet de dépasser :

- les seuils délimitant les financements publics non constitutifs d'aides d'Etat, tels que les aides de minimis ou le montant des compensations d'obligations de service public au sens de la jurisprudence *Altmark* du 24 juillet 2003 (cf. *infra*) ;
- le coût net supportés par une entreprise chargée d'un SIEG, y compris son bénéfice raisonnable (v. point 15, décision *Almunia* du 20 décembre 2011).

I – Les financements qualifiés d'aides d'Etat

L'article 107 TFUE, anciennement l'article 87 du Traité CE, donne la définition textuelle de l'aide d'Etat : définition qui a été précisée par la Cour de justice de l'Union européenne.

Selon cet article 107 TFUE,

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

La Cour de justice de l'Union européenne a complété cette définition de l'aide d'Etat en posant ses 4 critères²⁹.

Il y a aide d'Etat si l'aide accordée à une activité de marché est

- Une aide versée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat
 - Une aide sélective
 - Une aide qui procure à son bénéficiaire un avantage
 - Une aide qui affecte les échanges ou fausse ou menace de fausser la concurrence.
- Sur ce dernier point, le juge de l'Union a précisé, dans l'affaire *Eric Libert* à propos du logement social, qu'il y a lieu "non pas d'établir une incidence réelle de l'aide en cause sur les échanges entre les États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si cette aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence"³⁰.

Si le financement remplit ces 4 critères cumulatifs, il s'agit en principe d'une aide d'Etat incompatible avec le droit de l'Union européenne.

II – Les financements non qualifiés d'aides d'Etat

Certains financements échappent à la qualification d'aide d'Etat au motif que l'une des quatre conditions édictées par l'article 107§1 TFUE, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, n'est pas remplie. Ainsi, ces financements peuvent être versés aux OHLM, sans violer le droit de l'Union européenne.

A - Le financement qui ne procure pas un avantage

Dès lors qu'un financement ne procure pas un avantage à son bénéficiaire, il ne saurait s'agir d'une aide d'Etat. Cet élément de la définition de la notion d'aide d'Etat est au cœur de la jurisprudence *Altmark* du 23 juillet 2003. Plus précisément, lorsqu'un financement n'a pour objet et pour effet que de compenser une obligation de service public, sans en dépasser son coût, il ne répond pas à la définition de l'aide d'Etat.

²⁹ CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00, Rec. I-7747.

³⁰ CJUE 8 mai 2013, *Eric Libert*, aff. jointes C-197/11 et C-203/11; (arrêts du 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, Rec. p. I-11137, point 54, ainsi que du 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Rec. p. I-289, point 140).

L'arrêt *Altmark* a posé quatre critères aux termes desquels une compensation d'OSP n'est pas une aide d'Etat. Ces critères sont cumulatifs.

- L'entreprise doit être chargée d'obligations de service public clairement définies ;
- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- Le montant de la compensation doit se limiter à ce qui est strictement nécessaire. En effet, « *la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable relatif à l'exécution de ces obligations* » ;
- Le 4^{ème} critère est un critère d'efficience. Il pose une alternative : soit l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public a été choisie à l'issue d'une « procédure de marché public » ; soit elle ne l'a pas été et, dans ce cas, le niveau de compensation doit être déterminé sur la base des coûts que supporterait, pour l'exécution de la même mission, une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée.

Si les 4 critères de la jurisprudence *Altmark* sont remplis, la mesure ne constitue pas une aide d'Etat : le critère de l'avantage fait défaut. Le financement échappe alors à l'obligation de notification et au contrôle réalisé par la Commission au titre du droit des aides d'Etat (art. 108§3 TFUE).

Dit autrement, à la condition que les 4 critères de la jurisprudence *Altmark* soient satisfaits, les pouvoirs publics peuvent accorder aux organismes HLM des financements en compensation de leurs obligations de SHALS (SIEG hors Almunia).

En revanche, si l'un des 4 critères de la jurisprudence *Altmark* n'est pas rempli, la mesure est qualifiée d'aide d'Etat. Mais elle peut encore bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 106§2 TFUE, c'est-à-dire du régime des aides pour les SIEG prévu par la décision Almunia (v. *infra*).

B – Le financement qui n'affecte pas les échanges ou qui ne menace pas de fausser la concurrence

1 - Les aides de minimis

Les aides d'un faible montant sont considérées comme insuffisantes pour fausser la concurrence entre les Etats membres ou fausser ou menacer de fausser la concurrence. Dans la

mesure où elles ne remplissent donc pas tous les critères posés à l'article 107§1 TFUE, elles ne sont pas qualifiées d'aides d'Etat et sont dispensées de l'obligation de notification.

Plusieurs règlements de minimis se sont succédé depuis le premier règlement adopté par la Commission en 2006. Depuis le 1^{er} janvier 2024, le règlement n°2023/2831 porte à 300 000 euros (contre 200 000 euros auparavant) le plafond des aides de minimis qu'une même entreprise peut recevoir d'un État membre sur une période de trois ans³¹ [4].

Ainsi, les pouvoirs publics peuvent accorder aux OHLM – pour leurs activités non SIEG – des aides ne dépassant pas ce plafond, sans avoir à respecter une procédure imposée par le droit de l'Union européenne.

2 – Les règlements de minimis SIEG

A côté de ce règlement de minimis général, un règlement de minimis spécifique aux aides octroyées aux entreprises fournissant un service d'intérêt économique général a été élaboré par la Commission européenne. Le Règlement de minimis SIEG originel (n°360/2012), pris en même temps et en complément de la décision Almunia, a été récemment remplacé par un Règlement (UE) 2023/2832 du 13 décembre 2023³². Ce Règlement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2024 et est applicable jusqu'au 31 décembre 2030 (art. 8). Il augmente notamment à 750 000 euros (contre 500 000 précédemment) le plafond des aides de minimis pour la prestation de services d'intérêt économique général qu'une même entreprise peut recevoir d'un État membre sur une période de trois ans.

Le règlement de minimis SIEG présente un intérêt pour les aides accordées dans le secteur du logement social. Ce règlement a en effet un champ d'application large, puisqu'il s'applique "aux aides octroyées aux entreprises fournissant un SIEG dans tous les secteurs", et que le logement social ne fait pas partie des exceptions listées (art. 1).

En vertu du règlement 2023/2832, les États membres contrôlent les aides octroyées pour faire en sorte que le plafond fixé par le présent règlement ne soit pas dépassé et que les règles en matière de cumul soient respectées. Pour se conformer à cette obligation, les États membres doivent veiller à ce qu'à partir du 1^{er} janvier 2026, "des informations relatives aux aides de minimis octroyées pour les services d'intérêt économique général figurent dans un registre central au niveau national ou au niveau de l'Union. Le registre central contient des informations ayant trait à l'identification du bénéficiaire, au montant de l'aide, à la date d'octroi, à l'autorité chargée de l'octroi, à l'instrument d'aide et au secteur concerné" (art. 6§1). Le règlement prévoit encore que "Sur demande écrite de la Commission, l'État membre concerné communique à celle-ci, dans un délai de 20 jours ouvrables ou dans un délai plus long fixé dans cette demande, toutes les informations jugées nécessaires par la Commission pour pouvoir

³¹ Règlement n°1998/2006 du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité aux aides de minimis; Règlement (UE) n° 1407/2013 sur les aides de minimis.

³² Règlement (UE) 2023/2832 de la Commission du 13 décembre 2023 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis octroyées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général.

déterminer si les conditions énoncées dans le présent règlement ont été respectées, en particulier le montant total des aides de minimis au sens du présent règlement et de tout autre règlement de minimis qui ont été octroyées à une entreprise” (art. 6§6).

En pratique, si un OHLM exerce une activité SIEG, sans que celle-ci soit listée dans l'article L. 411-2 du CCH, - c'est-à-dire une activité SHALS - cette activité peut bénéficier d'un financement public, sans contrainte procédurale européenne autre que son inscription dans le registre prévu par le règlement de minimis SIEG, dès lors que celui-ci ne dépasse pas les 750 000 euros.

Si l'activité de l'OHLM n'est pas un SIEG – ni c'est-à-dire ni une activité SALS, ni une activité SHALS –, elle peut bénéficier du régime de minimis de droit commun, c'est-à-dire percevoir de 300 000 euros sur 3 ans.

§ 2 – L'exception : les aides d'Etat autorisées

Même s'il pose le principe de l'interdiction des aides d'Etat, l'article 107 du TFUE prévoit toutefois une série d'exceptions. Cet article liste les aides qui sont compatibles ou qui peuvent l'être avec la libre concurrence qui structure le marché européen.

Selon cette disposition,

« Sont compatibles avec le marché intérieur :

- a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,
- b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,
- c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point.

3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur :

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

C'est surtout le 3. c) de l'article 107 du TFUE qui pourrait servir de fondement à des aides en faveur du logement social, mais l'exigence d'une absence d'altération des conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun est une contrainte forte. Et ce d'autant plus que ces aides sont soumises à une procédure assez lourde de contrôle par la Commission. En effet, ces aides doivent être notifiées quand elles sont nouvelles. Une aide nouvelle ne peut pas être versée avant sa notification à la Commission. Sinon elle est « illégale » selon la terminologie européenne et le juge nationale doit en ordonner la récupération.

Quant aux aides dites existantes, c'est-à-dire celles qui ne sont pas nouvelles, elles sont soumises à un contrôle permanent de compatibilité avec la libre concurrence sur le marché européen, de la part de la Commission (art. 108 TFUE).

On comprend aisément l'insécurité que ce régime génère pour les bénéficiaires de ces aides. D'où l'intérêt du régime SIEG résultant de la décision Almunia, c'est-à-dire le régime SALS.

§ 3 – Les exceptions propres aux aides d'Etat accordées aux SIEG

Lorsqu'une activité SIEG bénéficie d'une aide d'Etat celle-ci peut être licite si ce financement est nécessaire à la réalisation de cette activité et qu'il n'affecte pas le développement des échanges au sein de l'Union européenne dans une mesure contraire à son intérêt (art. 106§2 TFUE). Dit autrement, pour le financement de ces activités, la dérogation au droit de la concurrence et du marché intérieur de l'Union européenne est licite. Ces dérogations présentent un intérêt particulier dans le domaine du logement social.

Mais comme la dérogation générale posée par l'article 106§2 ne peut être exploitée qu'en se pliant au formalisme de la notification et au contrôle *a priori* de la Commission, on comprend tout l'intérêt, notamment pour les OHLM, du régime Almunia qui permet d'y échapper... lorsque le bénéficiaire du financement ne peut pas bénéficier du règlement de minimis SIEG, à cause du montant de l'aide (v. supra).

I – La dérogation générale, imposant une notification : le régime de l'article 106§2 TFUE

Pour mémoire, en vertu de l'article 106§2 TFUE : “les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union”.

Ainsi, si une activité est susceptible d'être qualifiée de SIEG et si l'application des règles du traité entrave son exécution, elle peut bénéficier d'une aide d'Etat, autre que celles autorisées par l'article 107 TFUE.

Mais cette aide est encadrée matériellement et formellement.

A - L'encadrement matériel des aides d'Etat accordées aux SIEG, sur le fondement de l'article 106§2

Aujourd'hui, cet encadrement est précisé par le texte de la Commission justement intitulé « Encadrement de l'Union Européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public » (n° 2012/C 8/03, JOUE n° C 8, 11 janv. 2012, p. 15).

Tout d'abord, l'aide ne peut affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

Ensuite, l'aide doit être nécessaire à l'accomplissement du SIEG. Cette condition n'implique pas de prouver que l'équilibre financier ou la viabilité de l'opérateur seraient menacés sans la dérogation : il suffit de montrer qu'il y a une impossibilité pour le service de fonctionner dans des conditions économiquement acceptables sans dérogation.

Enfin, l'aide doit être proportionnée, dans le sens que la dérogation qu'elle constitue au droit européen de la concurrence doit être proportionnée à la mission poursuivie.

Si l'aide remplit toutes ces conditions, elle sera considérée comme « compatible » avec la libre concurrence au sein de l'Union européenne. Ainsi, une aide qui ne remplirait pas les conditions de la jurisprudence *Altmark* a pu être considérée comme étant compatible sur le fondement de l'article 106§2 TFUE³³.

B - L'encadrement procédural des aides d'Etat accordées aux SIEG, sur le fondement de l'article 106§2

Afin d'éviter que les Etats n'invoquent abusivement le bénéfice du SIEG pour soutenir leurs entreprises, l'octroi des aides d'Etats aux SIEG doit être précédé d'une notification à la Commission ; celle-ci disposant d'un certain délai pour l'interdire.

Cette procédure prend du temps. D'où l'intérêt de l'instauration du régime de contrôle a posteriori aujourd'hui résultant de la décision *Almunia*.

II – La dérogation spéciale, écartant la notification : le régime *Almunia*

Sur le fondement de l'article 106 TFUE, la Commission avait adopté le 28 novembre 2005 la décision *Monti Kroes* qui créait un régime d'aides d'Etat pour les SIEG, dispensés d'une notification au bénéfice d'un contrôle a posteriori.

Tout en en gardant l'esprit, la Commission a remplacé la décision *Monti Kroes* par la décision *Almunia*. La pratique préfère parler de paquet *Almunia* car la Commission a publié le même

³³ Par ex., Déc. n°2004/838/CE de la Commission du 10 décembre 2003 relative aux aides d'Etat mises à exécution par la France en faveur de France 2 et de France 3, JOUE n° L. 361, 8 décembre 2004.

jour plusieurs textes qui porte sur les aides d'Etat³⁴.

Ces textes sont les suivants :

- la Décision n° 2012/21/UE, 20 déc. 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2 du TFUE aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE n° L7, 11 janv. 2012, p.3 ;
- l'Encadrement de l'Union Européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public, n° 2012/C 8/03, JOUE n° C 8, 11 janv. 2012, p.15 ;
- le Règlement (UE) n°2023/2832 de minimis SIEG, qui remplace depuis le 1er janvier 2024 le Règlement (UE) n°360/2012 du 25 avril 2012
- la Communication n° 2012/C 8/02, 11 janvier 2012, relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général : JOUE n° C 8, 11 janv. 2012, p. 4.

L'intérêt, pour les organismes HLM, du régime Almunia résultant de la décision n°2012/21/UE est multiple :

- il permet d'éviter l'obligation de notifier le projet d'aide à la commission et son contrôle *a priori* ;
- le calcul de la compensation des obligations de service public est plus avantageux que celui prévu par la jurisprudence *Altmark*, car le critère de l'efficacité imposée par cette jurisprudence ne s'applique pas dans le cadre de la décision Almunia ;
- une surcompensation des obligations de service public est tolérée dans une certaine limite ;
- le montant de l'aide n'est pas plafonnée, à la différence de ce que prévoit le régime de minimis SIEG.

A – Le champ d'application de la décision 2012/21/UE

Cette décision n°2012/21/UE du paquet Almunia définit précisément son champ d'application : son article 2 identifie 5 catégories, incluant le logement social :

³⁴ M. Karpenschif, "Du paquet Monti/Kroes au Paquet Almunia: le financement des SIEG simplifié et sécurisé? JCP A n°1, 9 janvier 2012, p. 2006.

Article 2

Champ d'application

1. La présente décision s'applique aux aides d'État sous forme de compensations de service public accordées à des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, paragraphe 2, du traité, et qui relèvent d'une des catégories suivantes: [...]

c) compensations octroyées pour des services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le **logement social** et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables ;

La Commission a précisé au considérant 11 que :

Cdt 11. « les entreprises assurant des services sociaux, y compris la fourniture de logement social aux **personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés** qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché, doivent aussi bénéficier de l'exemption de notification prévue dans la présente décision, même si le montant de la compensation qu'elles reçoivent dépasse le seuil de notification général fixé dans la présente décision. [...] Pour bénéficier de l'exemption de notification, les services sociaux devront être des services bien définis répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables.

B – Les conditions posées par la Décision Almunia

La décision (art. 1) énonce dans quelles conditions « les aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un SIEG sont compatibles avec le marché intérieur et **exemptées de l'obligation de notification** de l'aide à la Commission.

1) Les Etats membres doivent tout d'abord recourir à un **mandat** - c'est-à-dire un acte de la puissance publique, déterminant « la nature et la durée des obligations de service public ; l'entreprise et, s'il y a lieu, le territoire concerné ; la nature de tout droit exclusif ou spécial octroyé à l'entreprise par l'autorité octroyant l'aide ; la description du mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ; les modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières ».

Ni la définition générale des règles applicables à une activité ni le pouvoir de contrôle exercé par la puissance publique sur une entreprise, ne suffisent à identifier un « mandat ».

2) La **durée du mandat** est limitée à 10 ans. En effet, pour bénéficier de l'exemption, l'aide doit avoir été accordée dans le cadre d'un mandat dont la durée n'excède pas 10 ans (sauf à ce que l'entreprise en charge du SIEG doive consentir un investissement important qui doit être amorti sur une plus longue période – art. 2 al. 2). A contrario, si la mesure est supérieure à 10 ans sans pouvoir bénéficier de l'exception liée à l'amortissement des investissements, l'aide d'Etat ne bénéficie pas de l'exemption de notification et doit être notifiée.

3) La décision 2012/21 doit en outre être **visée** (art. 4).

4) Les Etats membres doivent ensuite mettre en place des mécanismes garantissant une allocation **proportionnée** des aides afin **d'éviter toute surcompensation**.

Cet élément est crucial, car une surcompensation dépassant les limites tolérées sera déclarée incompatible, et le financement versé devra être restitué.

L'article 5 de la décision Almunia de la décision fixe les exigences relatives à la compensation. Il prévoit notamment que "le montant de la compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public, **y compris un bénéfice raisonnable**" (art. 5§1). Ce bénéfice raisonnable s'entend du "taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque" (art. 5§5). S'il n'est pas opportun de se référer au taux de rendement, les Etats membres peuvent se fonder sur d'autres indicateurs (§8). L'article 5 fixe encore la méthode de calcul du coût net (§2), qui impose la tenue d'une comptabilité analytique (§3).

En aval, l'article 6 de la décision prévoit un contrôle de la surcompensation des obligations de service public. Les Etats membres doivent veiller à ce que la compensation remplisse les conditions fixées à l'article 5, fournissent à la Commission des éléments de preuve à sa demande, et procèdent à des contrôles réguliers au minimum tous les trois ans pendant la durée du mandat et à son terme.

L'un des avantages du régime Almunia est que celui-ci **tolère la surcompensation dans une limite de 10%**, dès lors qu'elle est reportée, c'est-à-dire récupérée, sur la période suivante. En effet, selon l'article 6 de la décision Almunia, « Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle moyenne, la surcompensation peut être reportée sur la période suivante et déduite du montant de la compensation due pour cette période" (art. 6). Sur ce point, le régime Monti Kroes était à la fois plus tolérant et plus strict à l'égard du logement social : il précisait en effet, spécifiquement en ce domaine, que "Toute surcompensation éventuelle peut être reportée sur la période suivante, jusqu'à un maximum de 20 % de la compensation annuelle, à condition que l'entreprise concernée gère uniquement des services d'intérêt économique général" (art. 6 de la décision 2005/842/CE). Cette mention n'a pas été reprise dans la décision Almunia.

Si ces conditions sont satisfaites, et que l'aide entre dans le champ d'application de la Décision,

aucune obligation de notification ne s'impose (art. 3).

C – Les modalités procédurales imposées par la décision Almunia

Pour éviter des abus, puisque les aides d'Etat entrant dans le champ de la décision Almunia et en respectant les conditions sont soustraites à l'obligation d'être préalablement notifiée à la Commission, celle-ci les contrôle a posteriori.

C'est pourquoi :

- les Etats membres tiennent à la disposition de la Commission (pendant la durée du mandat et pendant 10 ans à compter de sa fin) toutes les informations nécessaires pour établir la compatibilité des compensations (art. 8) ;
- Tous les 2 ans, chaque Etat membre remet à la Commission un rapport sur la mise en œuvre de la Décision (art. 9) ;
- Les organismes bénéficiaires de ces aides doivent en tenir une comptabilité séparée : celle-ci facilite le contrôle de la Commission et assure que ces aides ne financent pas des activités qui n'entreraient pas dans le champ de la décision Almunia.

La compensation de service public n'entrant pas dans le champ de la décision Almunia est soumise aux principes posés par **l'encadrement 2012/C 8/03**, qui précise les conditions auxquelles l'aide peut être jugée compatible avec le marché intérieur.

En l'état du droit, il apparaît que les organismes HLM peuvent bénéficier de plusieurs dérogations aux règles de la libre concurrence :

- Au titre du SIEG Almunia logement social (SALS) : pour les activités bénéficiant d'un mandat Almunia ;
- Au titre du SIEG hors Almunia logement social (pour les activités hors Almunia : *Altmark* et de minimis SIEG) ;
- Au titre du règlement général de minimis pour les activités ne pouvant pas être qualifiées de SIEG.

Chapitre 2 – L’importante marge de manœuvre de la France pour décider des activités SIEG logement social

Dans le respect du cadre précité, la France dispose d’une marge de manœuvre pour qualifier de SIEG ses activités de logement social. Cette marge est d’autant plus importante que la politique du logement social relève de la compétence exclusive des Etats membres (1) et que le contrôle de la Commission européenne en matière de SIEG est un contrôle minimum (2).

Section 1 – La compétence exclusive des Etats membres pour légiférer en matière de logement social

À la différence des États membres, l’Union européenne ne jouit pas de la compétence de la compétence. Elle ne peut donc intervenir que dans le cadre des titres à agir qui lui sont accordés par les traités européens. Plus précisément, l’Union européenne détient trois types de compétences lui conférant un pouvoir normatif plus ou moins étendu : compétence exclusive, compétence d’appui et compétence partagée. En tout état de cause, le domaine du logement ne relève d’aucune de ces catégories de compétences.

§ 1 – Le logement et les compétences exclusives de l’Union européenne

Premièrement, au titre de l’article 3 du TFUE, l’Union européenne détient des compétences exclusives dans les domaines suivants : l’union douanière; l’établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l’euro; la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche; la politique commerciale commune et la conclusion d’accords internationaux sous certaines conditions . Si la rédaction de l’article 3 laisse penser que cette liste est exhaustive, comme le souligne la doctrine, l’Union européenne détient également d’autres compétences exclusives au titre d’autres articles du TFUE. Par exemple, l’article 15(3) du TFUE prévoit que le Parlement européen et le Conseil fixent des principes généraux et des limites au droit d’accès aux documents des institutions européennes. Pour ce qui nous intéresse ici - et même si cela n’est pas relevé habituellement par la doctrine - doit également être considéré comme une compétence exclusive, le titre à agir conféré à l’Union européenne pour fixer les grands principes et le régime des SIEG (art 14 et 106 du TFUE).

Dans le cadre des “compétences exclusives”, l’Union européenne peut harmoniser la législation des Etats membres. En effet, des législations et des actes contraignants ne peuvent être adoptés qu’au niveau de l’Union européenne, et non par un Etat membre - sauf quand celle-ci les y autorise “.

§ 2 – Le logement et les compétences d’appui de l’Union européenne

Deuxièmement, au titre de l’article 6 du TFUE, l’Union européenne détient des compétences d’appui qui concernent sept domaines : la protection et l’amélioration de la santé humaine ; l’industrie ; la culture ; le tourisme ; l’éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le

sport ; la protection civile ; la coopération administrative. Dans ces domaines, elle peut intervenir pour appuyer les actions des Etats, mais sans harmoniser leurs législations et réglementations.

§ 3 – Le logement et les compétences partagées de l’Union européenne avec les Etats membres

Troisièmement, l’Union européenne dispose de compétences partagées. A cet égard, l’article 4, paragraphe 2, du TFUE dresse une liste de treize domaines principaux de nature diverse qui regroupent des politiques apparaissant dans l’ensemble du TFUE : : le marché intérieur ; la politique sociale (pour certains aspects) ; la cohésion économique, sociale et territoriale (politique régionale) ; l’agriculture et la pêche (à l’exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer) ; l’environnement ; la protection des consommateurs ; les transports ; les réseaux transeuropéens ; l’énergie ; l’espace de liberté, de sécurité et de justice ; les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (pour certains aspects) ; la recherche, le développement technologique et l’espace ; la coopération au développement et l’aide humanitaire. Cette liste ne doit pas être considérée comme exhaustive car en vertu de l’article 4, paragraphe 1, du TFUE, l’Union européenne dispose d’une compétence partagée avec les États membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6.

Dans le cadre des domaines relevant d’une compétence partagée, l’Union européenne peut adopter des mesures d’harmonisation en appliquant la procédure législative ordinaire (voir l’article 289 du TFUE) et dispose d’une priorité pour légiférer. En effet, les États membres ne peuvent agir que si elle choisit de ne pas exercer sa compétence. Les États peuvent toutefois demander à la Commission européenne d’abroger un acte législatif adopté dans l’un de ces domaines afin de mieux garantir le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (déclaration n° 18 annexée au traité de Lisbonne, v. *infra*).

Au fil du temps, le champ des compétences de l’Union européenne a été élargi mais jamais au logement. Ainsi cette thématique ne relève ni de la liste des compétences exclusives, ni de celle des compétences d’appui, ni de celle des compétences partagées. En outre, aucun des domaines visés par les articles 3, 4 et 6 du TFUE ne peuvent être considérés comme englobant le logement. Concernant la politique sociale qui relève des compétences partagées, il convient de souligner que là encore les activités de logement social ne peuvent pas directement y être rattachées. Tout au plus l’article 151 TFUE mentionne-il l’amélioration des conditions de vie.

En l’état du droit, et en l’absence d’autres dispositions des traités conférant à l’Union européenne une compétence en matière de logement, on peut considérer qu’il existe une compétence exclusive des Etats membres à légiférer dans ce domaine, sous réserve de respecter le droit de l’Union européenne du marché intérieur et de la concurrence.

Section 2 – Le droit des Etats membres à déterminer quelles activités logement relèvent de la qualification de SIEG logement social

Comme l'Union européenne n'est pas habilitée à légiférer en matière de logement, cela augmente la marge d'appréciation des Etats membres dans la détermination des activités relevant de la qualification de SIEG logement social (§1), évidemment sous le contrôle de la Commission européenne et de la Cour de Justice de l'Union européenne (§2).

§ 1 – Le pouvoir discrétionnaire des Etats membres

Ce pouvoir, consacré par plusieurs dispositions relevant du droit primaire de l'Union, est conforté tant par les textes de droit dérivé adoptés par la Commission européenne que par la jurisprudence européenne.

I – Un pouvoir consacré par le droit primaire de l'Union européenne

Ce pouvoir discrétionnaire est consacré par plusieurs dispositions du droit primaire de l'Union : l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'article 14 TFUE, le protocole n°26 relatif aux SIG.

A - L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

« L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. »

La Charte des droits fondamentaux de l'Union consacre ainsi le droit des Etats membres à organiser un accès aux SIEG à travers leur législation et leur pratique. La Charte des droits fondamentaux de l'Union a été proclamée lors du Conseil européen du 7 décembre 2000 à Nice.

B - L'article 14 TFUE

« Sans préjudice de l'article 4 du traité sur l'Union européenne et des articles 93, 106 et 107 du présent traité, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services. »

L'article 14 du TFUE confie au Conseil et au Parlement européen le soin de légiférer (via des règlements) en ce qui concerne les principes et les conditions dans lesquelles les SIEG doivent fonctionner. La seconde phrase de cet article 14 a été insérée dans le TFUE par le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

Il faut toutefois souligner que le Parlement européen et le Conseil n'ont jamais adopté de règlement établissant les principes et fixant les conditions permettant aux SIEG d'accomplir leurs missions.

C – Le Protocole sur les services d'intérêt général (SIG) n°26 annexé au TFUE 2009

Ce protocole a été adopté suite au contentieux sur le SIEG logement des Pays Bas³⁵.

“LES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES,
SOUHAILANT souligner l'importance des services d'intérêt général,
SONT CONVENUES des dispositions interprétatives ci-après, qui sont annexées au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

« Article premier

Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment :

-le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs :

-la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;

-un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs.

II – Un pouvoir confirmé par la Commission européenne et le juge de l'Union européenne

Ce pouvoir d'appréciation des Etats membres est conforté par la doctrine de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour.

A – Par la Commission européenne

La Commission européenne a elle-même reconnu ce pouvoir discrétionnaire des Etats membres. Ainsi dans sa Communication sur les SIG de 2000, elle s'est référée à la « liberté de définition » des Etats membres, qui signifie que « ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant des SIEG sur la base des caractéristiques de ces activités », la seule limite à cette liberté étant « le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste ».

³⁵ Décision 15 déc. 2009, relative aux aides d'Etat E 2/2005 et N 642/2009, C(2009)9963 final, JOCE C 31 du 9 fév. 2010.

B – Par la jurisprudence européenne

La jurisprudence européenne conforte également ce pouvoir discrétionnaire dont disposent les Etats membres dans la détermination des activités relevant de la qualification de SIEG. Ainsi, le juge de l'Union a eu l'occasion d'indiquer que :

- *“il ressort du point 22 de la communication sur les services d'intérêt général (voir point 12 ci-dessus) et de la jurisprudence du Tribunal que les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG et que la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste”*³⁶ ;
- il n'appartient pas à l'Union de *“se prononcer sur l'étendue des missions de service public (confiées), à savoir le niveau des coûts liés à ce service, ni sur l'opportunité des choix politiques pris à cet égard par les autorités nationales, ni sur l'efficacité de l'exploitant public”*³⁷ ;
- ou encore que les Etats membres disposent *“d'un large pouvoir d'appréciation [...] afin de déterminer les exigences que comportent la protection [...] de l'ordre social, compte tenu des particularités socio-culturelles de chaque Etat membre”*³⁸.

Cette liberté, ainsi consacrée, n'en est pas moins encadrée.

§ 2 – Un pouvoir discrétionnaire encadré

La Commission (1) et le juge (2) exercent une surveillance sur la mise en œuvre des articles 106§1 et 2 TFUE, dont il faut mesurer les incidences sur la marge de manœuvre des Etats membres (3).

I – Un pouvoir discrétionnaire encadré par la Commission européenne

Bien que le droit primaire de l'Union européenne, la Commission européenne et la jurisprudence européenne protègent la liberté des Etats membres dans la définition et l'organisation des SIEG, cette liberté ne doit pas s'exercer de manière contraire à l'intérêt de l'Union. En ce sens, le juge de l'Union a indiqué que *« le pouvoir de définition des SIEG par l'Etat membre n'est pas illimité et ne peut être exercé de manière arbitraire aux seules fins de faire échapper un secteur particulier à l'application des règles de concurrence »*³⁹.

³⁶ TPICE, 12 février 2008, British United Provident Association (BUPA) c/ Commission, aff. T-289/03, pt 166 ; TPICE, 15 juin 2005, Fred Olsen c/ Commission, T 17/02, pt 216 ; TPICE 27 février 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95, Rec. p. II-229, point 99

³⁷ Trib. UE, 16 oct. 2013, TFI c/ Commission, aff. T-275/11 pt 133 (à propos du service public de la radiodiffusion)

³⁸ TPICE, 27 oct. 1994, Ladbrooke Racing Ltd c/ Commission, aff. T-32/93 (à propos du secteur des jeux)

³⁹ TPICE, 12 février 2008, British United Provident Association (BUPA) c/ Commission, aff. T-289/03 pt 168 ; TPIUE 15 novembre 2018, Sitching Woonlinie (RENV II), aff. T-202/10, pt 80.

Ainsi, bien que les Etats membres bénéficient d'une importante marge de manœuvre pour décider des activités qualifiées de SIEG, et notamment de SIEG logement social, cette qualification fait l'objet d'un contrôle par la Commission européenne⁴⁰.

Ce contrôle se comprend d'autant mieux que la qualification de SIEG conditionne une dérogation aux dispositions du Traité (art. 106§2 TFUE). Il s'exerce dans le cadre de l'article 106§3 TFUE.

En vertu de cet article 106§3 TFUE, « *La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres* ».

La Commission peut donc sur ce fondement :

- exercer un pouvoir autonome de contrôle de la mise en œuvre des articles 106§1 et 2 TFUE ;
- adopter des textes de droit dérivé : c'est précisément sur ce fondement que la décision Almunia a été adoptée.

La décision Almunia ayant été analysée *supra*, le propos se concentrera sur le contrôle exercé par la Commission européenne.

Ce contrôle est un contrôle restreint, **limité à l'erreur manifeste d'appréciation**. En effet, la Cour de justice de l'Union a eu l'occasion d'indiquer que "*les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG. Partant, la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste*".

Cela ne signifie pas toutefois que la Commission n'a aucune marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ce contrôle. En effet, la Cour a jugé qu' "*Il ressort des dispositions du paragraphe 3 de l'article 90 du traité [devenu 106§3 TFUE] et de l'économie de l'ensemble des dispositions de cet article que le pouvoir de surveillance dont dispose la Commission à l'égard des États membres responsables d'une atteinte portée aux règles du traité implique nécessairement la mise en œuvre d'une marge d'appréciation de la part de cette institution*"⁴¹.

Le contrôle de la Commission européenne sur la qualification de SIEG par les Etats membres exerce une influence, qui ne doit donc pas être surestimée, sur les conceptions nationales du logement social (*infra*).

La liberté des Etats membres de définir leurs SIEG est également encadrée par le juge.

II - Un pouvoir discrétionnaire encadré par le juge

Le juge exerce un contrôle restreint sur les décisions de la Commission européenne, limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

⁴⁰ L. Ghekiere, « Evolution du sens du logement social à l'heure de la crise et du droit UE de la concurrence », Note de l'USH, 2011

⁴¹ Trib. UE, 27 février 1997, FFSA e.a./Commission, T-106/95, Rec. p. II-229, pt 98.

Là encore, ce contrôle est cohérent avec l'affirmation d'une large marge d'appréciation des Etats membres dans la qualification des activités SIEG. L'arrêt *Stichting Woonlinie*⁴² est particulièrement clair à cet égard : « *selon une jurisprudence constante, au regard, d'une part, du large pouvoir d'appréciation dont dispose l'État membre quant à la définition d'une mission de SIEG et aux conditions de sa mise en œuvre et, d'autre part, de la portée du contrôle limitée à l'erreur manifeste que la Commission est habilitée à exercer à ce titre, le contrôle devant être exercé par le Tribunal sur l'appréciation de la Commission à cet égard ne saurait non plus dépasser la même limite et que, dès lors, ce contrôle doit se borner à examiner si la Commission a constaté ou a rejeté à bon droit l'existence d'une erreur manifeste de l'État membre (pt 82 - voir arrêt du 1^{er} mars 2017, France/Commission, T-366/13, non publié, EU:T:2017:135, point 106 et jurisprudence citée) ».*

Ce contrôle du juge limité à l'erreur manifeste n'est pas toujours favorable aux Etats membres. Si la Commission a validé la qualification de SIEG qu'un Etat a donnée à une activité, le fait que ce contrôle du juge soit limité multiplie les chances que la décision de l'Etat ne soit pas remise en cause.

En revanche, si la Commission n'a pas validé la qualification de SIEG qu'un Etat a donnée à une activité, le fait que ce contrôle du juge soit limité diminue les chances de cet Etat de voir la décision de la Commission remise en cause

Tout l'enjeu est donc de convaincre la Commission européenne du bien-fondé de la qualification de SIEG.

On peut remarquer tout de même que le contrôle du juge, censé être limité à l'erreur manifeste, semble s'être progressivement approfondi : comme le note un auteur, « cette auto-restriction paraît... plus proclamée qu'appliquée »⁴³. Deux arrêts du juge de l'Union, dont l'un intéresse spécifiquement le logement social, illustrent cette tendance.

Le premier est l'arrêt *BUPA* du Tribunal de l'Union européenne de 2008. L'affaire intéressait le domaine des services sociaux d'intérêt général mais pas directement le secteur du logement social : il était question de la conformité au droit de l'Union d'un système irlandais d'égalisation des risques sur le marché de l'assurance maladie privée. Le juge indique que « *même si l'État membre dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la détermination de ce qu'il considère comme un SIEG, cela ne le dispense pas, lorsqu'il invoque l'existence et la nécessité de la protection d'une mission SIEG, de veiller à ce que cette dernière satisfasse certains critères minimaux communs à toute mission SIEG au sens du traité CE, tels que précisés par la jurisprudence, et de démontrer que ces critères sont bien satisfaits dans le cas d'espèce* ». Parmi ces critères minimaux, le juge énumère : la présence d'un acte de la puissance publique investissant l'opérateur d'une mission de SIEG, le caractère universel et obligatoire de cette mission, et ajoute que « *l'État membre doit indiquer les raisons pour lesquelles il estime que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques* » (pts 172 et s).

Une deuxième décision du Tribunal de l'Union, rendue cette fois spécifiquement à propos du logement social, illustre cette tendance à un certain approfondissement du contrôle du juge (qui

⁴² TPIUE 15 novembre 2018, *Stichting Woonlinie* (RENV II), aff. T-202/10 et 203/10

⁴³ T. Delavenne, « Une marchandisation insidieuse de la démocratie sociale ? La qualification de SIEG face au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation », in *Démocratie et marché dans l'Union*, dir. Carpano et Marti, 5 mars 2021

ne semble pas se limiter à la recherche d'une erreur "manifeste" de la Commission). Il s'agit de l'arrêt *Stichting Woonlinie* (RENV II)⁴⁴ relatif au régime d'aide néerlandais en faveur des sociétés de logement social. Dans cette affaire, la Commission avait indiqué aux autorités néerlandaises que l'absence de définition précise de la mission confiée aux sociétés de logement constituait une erreur manifeste d'appréciation. Le juge indique qu'il appartenait aux autorités néerlandaises « de démontrer que la définition de la mission conférée aux sociétés de logement était suffisamment précise pour répondre à l'objectif du SIEG du logement social, qui est, selon la décision 2005/842, de procurer un logement aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux vulnérables qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché ».

Le juge de l'Union va donc parfois plus loin qu'un simple contrôle de l'erreur "manifeste" de la décision de la Commission. Ceci ne l'a pas empêché, dans les exemples ci-dessus, de confirmer la position de la Commission européenne quant à l'appréciation de la qualification de SIEG par l'Etat membre.

III - Un contrôle de la notion de SIEG logement social à ne pas surestimer

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation exercé par la Commission européenne a eu des effets sur le système de logement social de certains Etats membres mais uniquement pour ceux qui renaient une conception universaliste. En effet, ce sont les tenants de ce modèle, les Pays-Bas⁴⁵ et la Suède qui ont dû revoir leur système⁴⁶.

Pour autant, il ne faut pas exagérer l'influence du contrôle de la Commission. En effet, comme il revient aux Etats membres de définir leurs SIEG et donc leurs usagers, c'est à eux de circonscrire ce qu'ils entendent par "groupes vulnérables" et "personnes défavorisées et groupes sociaux moins avantagés", leur identification est nécessairement relative, c'est-à-dire au regard du reste de la population, du contexte économique et des choix politiques de promouvoir ou non l'égalité concrète entre les individus en matière d'accès à tel ou tel service ou type de bien. C'est pourquoi il est peu probable que le modèle français du logement social soit remis en cause par les instances européennes. A ce jour, comme nous allons le voir, ce modèle a même largement bénéficié de la plasticité du SIEG logement social européen.

⁴⁴ TPIUE 15 nov. 2018, T 202/10 RENV II et T 203/10

⁴⁵ Décision 15 déc. 2009, relative aux aides d'Etat E 2/ 2005 et N 642/2009 ; CJUE, 15 mars 2017, *Stichting Woonlinie* e.a. c/ Commission, aff. C-414/15 P, et *Stichting Woonpunt* e.a. c/ Commission, aff. C-495/15 P ; TPICE 15 nov. 2018 T 202/10 RENV II et T 203/10 RENV II

⁴⁶ Voir à ce propos C. Estas, "Logement social et services sociaux d'intérêt général dans l'Union", AJDA 2014, p. 327

Partie 2 – Le logement social français et la plasticité du SIEG logement social européen

Pendant les trente premières années de la construction européenne, la question ne s'est pas posée de savoir si les activités de logement social des OHLM relevaient ou non de la qualification de SIEG. Ce n'est qu'à la suite de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE et des communications de la Commission européenne en matière de SIG que les autorités françaises se sont saisies de cet enjeu en matière de logement. La loi SRU de 2000 a ainsi ajouté à l'article L. 411-2 du CCH – qui, jusqu'à cette époque, visait seulement les catégories d'OHLM – une liste d'activités pour lesquelles ceux-ci bénéficiaient d'exonérations fiscales et d'aides spécifiques de l'Etat au titre du service d'intérêt général.

Par la suite, la Commission européenne est intervenue à plusieurs reprises pour encadrer les activités SIEG des Etats membres et a visé le logement dans ses décisions : d'abord, dans la décision Monti Kroes de 2011 et, ensuite, dans la décision Almunia de 2015. Comme on l'a vu dans la première partie, en l'état du droit de l'Union européenne, la catégorie de SIEG logement social regroupe deux sous-catégories : celle du SIEG Almunia logement social (SALS) et celle du SIEG hors Almunia logement social (SHALS), cette deuxième catégorie n'entrant pas dans le champ des aides d'Etat.

Depuis 2000, de son côté, l'application française du SIEG logement social a évolué mais elle a toujours respecté le droit de l'Union européenne, ce qui montre la capacité de la définition européenne à prendre en compte les différents choix politiques de notre pays en matière de logement. Cette plasticité permet ainsi d'envisager différentes perspectives d'évolution de notre SIEG logement social tant formelle que matérielle.

En l'état du droit, l'essentiel du SIEG logement social français réside dans les activités SALS des OHLM⁴⁷

⁴⁷ Il convient de relever que les SEM agréés exercent les mêmes activités SALS que les organismes HLM. A noter que la référence au SIG pour les SEM agréées pour le logement social a été insérée par l'article 64 de la loi du 25 mars 2009 qui a créé l'article L. 481-1 du CCH. En outre, la France a retenu récemment cette qualification pour les activités des foncières solidaires visées dans le décret n° 2020-1186 (cf. article 199 terdecies 0 AB du CGI). En l'état du droit, il apparaît que tant dans sa définition que dans son régime l'application française du SIEG logement social est bien en conformité avec la décision Almunia.

Chapitre 1 – La conformité de la définition SIEG du logement social français avec la décision Almunia

Dans le respect du droit de l'Union européenne, la France utilise la technique de la liste pour définir les activités relevant de la catégorie SALS, c'est-à-dire les SIEG Almunia logement social (§1). Cette liste – qui est exhaustive – a évolué au fil du temps et l'article L. 411-2 du CCH doit aujourd'hui être interprété comme englobant les activités BRS et BRSA, lorsqu'elles sont exercées par des OHLM agréés OFS (§2).

§1 – Les activités SALS des OHLM

L'évolution de la liste des activités SIEG mentionnées à l'article L. 411-2 est marquée par deux mouvements distincts : d'une part, ces activités sont de plus en plus nombreuses et, d'autre part, les cibles en bénéficiant ont varié au service de politiques visant un public réduit. En l'état du droit, toutes les activités des organismes HLM visées à cet article entrent dans le champ de la décision Almunia (c. art 2).

I – Des activités SALS toujours plus nombreuses

Ces dernières années, le législateur n'a eu de cesse de multiplier le nombre de compétences des OHLM qualifiées de SIEG et désormais de SALS ; ceci à l'occasion de six réformes législatives.

En 2000, seules 4 activités étaient qualifiées comme telles à savoir : la construction, l'acquisition, l'attribution et la gestion de logements locatifs sociaux⁴⁸.

Par la suite, en 2003⁴⁹, ont été ajoutées à cette liste la réalisation d'opérations d'accession à la propriété et les services accessoires aux opérations qualifiées de SIEG.

En 2004, ce sont les aliénations du patrimoine immobilier appartenant aux OHLM (logements compris) et la gestion des copropriétés (c'est-à-dire l'activité de syndic) issues de ces aliénations qui ont fait leur entrée à l'article L. 411-2⁵⁰. A l'époque, ces activités SIEG ont pu être considérées comme respectant le droit de l'Union européenne. En effet, la vente de biens immobiliers autres que des logements est une activité accessoire à la vente de logements sociaux permettant aux OHLM d'équilibrer leurs comptes. Quant à l'activité de syndic pour toute copropriété issue de la vente de logements HLM, elle a aussi été considérée comme SIEG au motif qu'il s'agissait de prévenir le délabrement d'immeubles habités par d'anciens locataires de logements sociaux du fait de l'insuffisance de leurs moyens économiques.

⁴⁸ Loi n°2000-1208 du 13 décembre SRU (art. 145).

⁴⁹ Loi de finances n° 2002-1311 du 30 décembre 2003 (art. 96 II).

⁵⁰ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement (art. 21).

Par la suite, en 2005⁵¹, le législateur a réduit le champ de l'activité de syndic des OHLM qualifiée de SIEG aux seules copropriétés issues de la vente HLM tant que l'OHLM vendeur y demeurerait propriétaire de plus de la moitié des lots. Non seulement la loi a imposé que cette activité s'exerce dans une copropriété mixte (personnes physiques/OHLM), mais elle a également limité dans le temps cette qualification à une période maximale de dix ans à compter de la première cession. Enfin, en 2006⁵², le champ SIEG de l'activité de syndic a été de nouveau étendu et depuis cette date, elle est considérée comme telle dès lors que l'OHLM demeure propriétaire de logements.

En 2005⁵³, le législateur a également qualifié de SIEG une nouvelle activité : celle de la gestion locative par les OHLM de logements ne leur appartenant pas et situés dans des copropriétés connaissant des difficultés importantes de fonctionnement ou faisant l'objet d'une opération programmée d'amélioration de l'habitat (cf. art. L. 303-1 du CCH). Il s'agissait ainsi d'aider les OHLM à accompagner au mieux les locataires de ces copropriétés fragiles. Cette même loi a également réduit le champ de l'activité SIEG d'aliénation des OHLM aux seuls logements HLM⁵⁴ ce qui relevait d'un choix politique et n'était pas imposé par le droit de l'Union européenne.

En 2007, le dixième alinéa de l'article L. 411-2 a été modifié afin d'intégrer aux activités SIEG, l'acquisition de logements situés dans les copropriétés en difficulté - telles qu'entendues pour l'activité de gestion locative - en vue de leur revente⁵⁵. En 2014, la loi ALUR a qualifié de SIEG les interventions des OHLM comme opérateur pour de nouvelles missions en lien avec les copropriétés : soit des missions concourant au redressement de copropriétés mises sous administration provisoire (notamment la maîtrise d'ouvrage d'un programme de travaux et la mise au point du financement de l'opération), soit des missions d'entretien des parties communes ou de parties communes expropriées par une commune ou un EPCI et gérées par l'OHLM⁵⁶. Enfin, la dernière modification de l'article L. 411-2 du CCH date de la loi ELAN du 23 novembre 2018 qui y a intégré les services que les OHLM se rendent entre eux pour les besoins d'opérations SIEG⁵⁷.

Par ailleurs, la question de la qualification des activités exercées au « *titre de la mission d'intérêt général que constitue la recherche de la mixité sociale et de la diversité de l'habitat* » visées au 14e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH mérite une attention particulière. En effet, formellement, cet alinéa ne figure pas dans la liste des items visés à la suite de la décision *Almunia*. Ainsi une interprétation prudente de cette disposition conduit à considérer que les activités qui y sont visées "aménagement" "accession" et "prestations de services" et qui doivent être réalisées dans un but d'intérêt général de mixité sociale et de diversité de l'habitat relèvent de la catégorie du SHALS.

⁵¹ Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

⁵² Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 (art. 58).

⁵³ Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

⁵⁴ Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

⁵⁵ Loi n°2007-290 du 5 mars 2007 (art. 15).

⁵⁶ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (art. 103).

⁵⁷ Loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (art. 88).

Mais une interprétation plus souple nous semble pouvoir également être retenue. D'abord, il faut rappeler que cet alinéa a été introduit à l'article L. 411-2 du CCH par la loi SRU - à une époque donc où la Commission européenne n'était pas encore intervenue pour réglementer le SIEG logement social - et il n'a jamais été modifié depuis lors. Désormais, cet alinéa figure au sein d'un article qui a été construit, au fur et à mesure, pour mettre la France en conformité avec les exigences européennes et tout particulièrement avec la décision Almunia depuis 2014. Enfin, sur le fond, il mentionne un objectif d'intérêt général qui rejoint pleinement "l'inclusion sociale des groupes vulnérables" mentionnée dans la décision Almunia. Au regard de tous ces éléments, l'idée peut donc être défendue que ces activités relèvent de la catégorie SALS. Si l'on souhaitait consolider cette interprétation, une réécriture formelle de l'article L. 411-2 du CCH serait utile. Il suffirait alors d'ajouter un nouvel item à la liste déjà existante en y faisant figurer cet alinéa.

II – Des cibles variables

En ce qui concerne les cibles, il faut distinguer trois cas de figures :

- les activités qui concernent la construction, l'acquisition, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs,
- les activités qui concernent les opérations d'accession à la propriété de logements et
- les activités qui concernent les copropriétés.

En ce qui concerne la construction, l'acquisition, l'attribution et la gestion de logements sociaux, la cible a varié au fil des réformes mais il y en a toujours eu une.

Ainsi, dans un premier temps, la loi a prévu que ces activités devaient concerner des logements locatifs destinés à des personnes dont les revenus étaient inférieurs à des plafonds, sans plus de précision.

Dans un 2^e temps, la loi du 9 août 2004⁵⁸ a précisé que ces plafonds devaient être fixés par l'autorité administrative et que les loyers de ces logements devaient être plafonnés.

Dans un 3^e temps, la loi du 30 décembre 2005⁵⁹ a modifié l'article L. 411-2 du CCH. D'une part, elle a réduit la marge de manœuvre du pouvoir réglementaire concernant ces plafonds en indiquant que sont éligibles à l'obtention d'un logement social les personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 351-2 du CCH et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources. D'autre part, elle a créé une 2^e cible pour ces activités : celle des personnes de revenus intermédiaires dont les ressources ne dépassent pas les plafonds fixés au titre IX du livre II (c'est-à-dire les plafonds des prêts locatifs intermédiaires) lorsque les logements correspondants représentent moins de 10% des logements locatifs sociaux.

⁵⁸ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement (art. 21).

⁵⁹ Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

Dans un 4^e temps, la loi du 6 août 2015⁶⁰ a limité dans le temps la qualification SIEG des opérations relatives à cette 2^e cible en indiquant qu'elles ne conserveraient cette qualification que jusqu'en 2020, ce qui était un choix politique strictement franco-français et en aucun cas imposé par la décision Almunia.

Il convient de souligner que même si les cibles des activités de construction, d'acquisition, d'attribution et de gestion de logements sociaux ont été plus ou moins étendues au gré des réformes, tout en respectant son modèle généraliste en matière de politique de location du logement social, la France ne s'est jamais écartée des exigences du droit européen.

En ce qui concerne la cession, il en va de même. Dans un premier temps, en 2004⁶¹, la cible SIEG a été définie de façon autonome à celle des activités précitées. Etaient ainsi considérées comme SIEG non seulement les ventes aux locataires de logements sociaux mais aussi celles à un OHLM. Dans ce cas, le logement devait continuer à être loué à des personnes sous condition de ressources et demeurait donc un logement social. Ainsi le droit de l'Union européenne était respecté. A l'époque, la loi avait aussi qualifié de SIEG la cession d'un logement social à toute personne physique ou morale à la condition qu'il s'agisse d'assurer l'équilibre économique et social d'un ou plusieurs ensembles d'habitation connaissant des difficultés particulières. Là encore, la France devait être considérée comme respectant ses engagements européens car c'est un but de mixité sociale de l'habitat qui était poursuivi afin d'éviter une trop grande dégradation des quartiers comportant des logements sociaux. Si ces cibles ont été revues dès 2005, il s'agissait donc d'un choix politique et pas d'un choix imposé par l'Union européenne. Depuis la loi de finances du 30 décembre 2005⁶², les cibles de l'activité SIEG de cession de logements sociaux ont été assimilées à celles des activités de construction, d'acquisition, d'attribution et de gestion de ces mêmes logements. Elles ont donc varié au fil des réformes précitées et sont aujourd'hui constituées de deux cibles : celle des personnes qui ne dépassent pas les plafonds des logements conventionnés et celle des personnes qui ne dépassent pas les plafonds des prêts locatifs intermédiaires.

En ce qui concerne l'accession à la propriété, là encore la condition de la cible est satisfaite. En 2004, deux types d'opérations d'accession ont été qualifiées de SIEG : celles bénéficiant à des accédants auxquels étaient accordées des garanties selon des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et celles destinées à des personnes dont les revenus étaient inférieurs à des plafonds fixés par l'autorité administrative. Par la suite, la loi du 30 décembre 2005⁶³ a revu la formulation de ces cibles en les calquant sur celles des activités de construction, d'acquisition, d'attribution, de gestion et de cession de logements sociaux, tout en imposant que ces deux catégories d'accédant bénéficient de garanties. Ces deux cibles ont à nouveau été modifiées par la loi ALUR. Il s'agissait alors de considérer comme SIEG les opérations d'accession à la propriété pour des personnes aux revenus moins modestes que précédemment. Ainsi, les plafonds de la première et de la seconde cible sont désormais tous deux majorés de 11%. Malgré cet élargissement du public, l'idée de cible est conservée dès lors que les bénéficiaires d'opérations d'accession à la propriété ne représentent qu'une partie de la population.

⁶⁰ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 (art. 74).

⁶¹ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement (art. 21).

⁶² Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

⁶³ Loi de finances n°2005-1720 du 30 décembre 2005 (art. 44).

En ce qui concerne les copropriétés, en 2004⁶⁴, la cible de l'activité SIEG syndic des OHLM a été entendue largement comme englobant tout habitant d'une copropriété issue d'une vente de logement HLM. Par la suite, en 2005, la cible a été réduite aux seuls habitants de copropriétés mixtes entendues comme des copropriétés dans lesquelles l'OHLM vendeur demeure propriétaire de plus de la moitié des lots de la copropriété. Puis, en 2006⁶⁵, la cible a été à nouveau étendue cette fois-ci aux habitants des copropriétés mixtes entendues comme issues d'une vente HLM tant que l'OHLM y est propriétaire de logements.

En ce qui concerne l'activité SALS de gestion locative de logements n'appartenant pas aux OHLM, la cible réside dans tout locataire d'un logement situé dans une copropriété connaissant des difficultés particulières au sens de l'alinéa 11 de l'article L. 411-2 du CCH.

Enfin concernant les autres missions SIEG des OHLM comme opérateur dans des copropriétés, la cible réside dans tout habitant d'une copropriété mise sous administration provisoire ou d'une copropriété en difficulté au sein de laquelle l'organisme OHLM s'est vu confier la gestion de parties communes qui ont été expropriées par la commune ou l'intercommunalité.

Ainsi, malgré les évolutions des cibles pour ces différentes activités, l'article L. 411-2 du CCH a toujours respecté le droit de l'Union européenne.

III – Les 12 activités SALS des OHLM

En l'état du droit, toutes les compétences des OHLM ne sont pas qualifiées de SALS mais ce ne sont tout de même pas moins de 12 types d'activités qui peuvent être identifiées comme telle à la lecture de l'article L. 411-2 du CCH :

- Construction de logements locatifs sociaux (Loi n°2000-1208 du 13 décembre SRU),
- Acquisition de logements locatifs sociaux (Loi n°2000-1208 du 13 décembre SRU),
- Attribution de logements locatifs sociaux (Loi n°2000-1208 du 13 décembre SRU),
- Gestion de logements locatifs sociaux (Loi n°2000-1208 du 13 décembre SRU),
- Cession de logements locatifs sociaux (Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement),
- Réalisation d'opérations d'accession à la propriété (Loi de finances n° 2002-1311 du 30 décembre 2003),
- Gestion de logements locatifs ne leur appartenant pas situés dans des copropriétés en difficulté (Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement),
- Acquisition en vue de leur revente de logements situés dans des copropriétés en difficulté⁶⁶ (Loi n°2007-290 du 5 mars 2007),

⁶⁴ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement (art. 21).

⁶⁵ Loi n°2006-872 du 13 juillet 2006 (art. 58).

⁶⁶ Au sens du 11e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH.

- Gestion des copropriétés issues de la cession des logements locatifs : syndic (Loi n° 2004-804 du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement),
- Intervention comme opérateur pour des missions en lien avec les copropriétés en difficulté⁶⁷ : soit des missions concourant au redressement de copropriétés mises sous administration provisoire (notamment la maîtrise d'ouvrage d'un programme de travaux et la mise au point du financement de l'opération), soit des missions d'entretien de parties communes expropriées par des communes ou des EPCI (Loi ALUR du 24 mars 2014),
- Services accessoires aux opérations SIEG (Loi de finances n° 2002-1311 du 30 décembre 2003),
- Services que les organismes d'habitations à loyer modéré se rendent entre eux pour les besoins des opérations SIEG (Loi ELAN du 23 novembre 2018).

A ces 12 activités peuvent également être ajoutées celles visées au 14e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH, à condition de retenir l'interprétation souple évoquée *supra*.

Toutes ces activités répondent à un besoin d'intérêt général en lien avec le logement social permettant à des personnes vulnérables de pouvoir se loger. C'est évident pour ce qui est des activités de construction, d'acquisition, d'attribution (location) et de gestion de logements locatifs sociaux sous conditions de ressources et avec des plafonds de loyer. La vente de ces logements répond également à un besoin d'intérêt général parce que celle-ci est soumise à des critères de revenus. Il en va de même pour ce qui est de l'accession à la propriété. Pour ce qui est des activités liées aux copropriétés, qu'il s'agisse de la gestion des copropriétés mixtes, de logements situés dans des copropriétés en difficulté ou des différentes interventions des OHLM en tant qu'opérateur, le lien peut sembler moins évident. Pour autant il s'agit là soit de gérer au mieux des copropriétés en difficulté, soit de redresser des copropriétés, soit d'éviter qu'elles ne se dégradent. Toutes ces mesures préventives visent à aider des habitants qui se trouvent en fragilité pour entretenir leur bien. Elles doivent permettre d'éviter qu'ils ne viennent ensuite allonger la liste des demandeurs du logement social. A cet égard, il convient de souligner que la notion de SALS telle qu'elle est appliquée en France n'implique pas forcément qu'un organisme HLM soit propriétaire du logement concerné, ce qui ne pose pas de problème au regard du droit de l'Union européenne qui ne se préoccupe guère du critère organique.

A ces activités HLM SALS, viennent s'ajouter des activités SALS supplémentaires pour les organismes HLM agréés OFS.

§ 2 – Les activités SALS des OHLM agréés OFS

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR)⁶⁸ et de l'ordonnance du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire⁶⁹, les

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁶⁹ Ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire.

organismes à but non lucratif détenant un agrément⁷⁰ en tant qu'organisme de foncier solidaire (OFS) peuvent produire des logements à destination des ménages modestes (au sens où elles disposent de ressources limitées) via la conclusion de BRS. Et depuis l'ordonnance du 8 février 2023⁷¹, ces organismes peuvent également conclure des baux réels solidaires d'activité.

Aux termes de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme :

« Les organismes de foncier solidaire ont pour objet principal, représentant tout ou partie de leur activité, de gérer des terrains ou des biens immobiliers dont ils sont propriétaires, le cas échéant après avoir procédé à leur acquisition, en vue de réaliser, y compris par des travaux de réhabilitation ou de rénovation, des logements destinés à des personnes aux ressources modestes, sous conditions de plafond, et des équipements collectifs conformément aux objectifs de l'article L. 301-1 du code de la construction et de l'habitation.

A titre subsidiaire, sur des terrains préalablement acquis ou gérés au titre de leur activité principale, les organismes de foncier solidaire peuvent intervenir en vue de réaliser ou de faire réaliser des locaux à usage commercial ou professionnel, afin de favoriser la mixité fonctionnelle.

Les organismes de foncier solidaire sont agréés par le représentant de l'Etat dans la région, après avis de l'instance prévue à l'article L. 364-1 dudit code. Peuvent être agréés à exercer l'activité d'organisme de foncier solidaire, à titre principal ou accessoire, les organismes sans but lucratif et les organismes mentionnés aux articles L. 411-2 et L. 481-1 du même code.

L'organisme de foncier solidaire reste propriétaire des terrains et consent au preneur, dans le cadre d'un bail de longue durée, s'il y a lieu avec obligation de construire ou de réhabiliter, rénover ou gérer des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété des logements, à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale, ou des locaux à usage commercial ou professionnel, sous des conditions de prix de cession et, le cas échéant, de plafonds de ressources et de loyers. (...) ».

Cet article relatif aux compétences des organismes agréés OFS doit être lu au regard de plusieurs dispositions du CCH qui y renvoient et qui précisent le régime du BRS⁷² et celui du BRSA⁷³. Dans aucune de ces dispositions ne figure une référence à la décision Almunia. En l'état du droit, les activités BRS et BRSA des organismes agréés OFS ne relèvent donc pas, en principe, du SIEG logement social. Pour autant, il existe une exception en ce qui concerne les organismes HLM détenant l'agrément OFS. En effet, l'article L. 411-2 du CCH doit être interprété comme englobant les activités BRS et BRSA des organismes HLM agréés OFS.

⁷⁰ La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN) autorise explicitement les organismes HLM à être agréés OFS.

⁷¹ Ordonnance n°2023-80 du 8 février 2023 relative au bail réel solidaire d'activité.

⁷² Le régime du BRS figure aux articles L. 255-1 et s. du CCH.

⁷³ Le régime du BRSA figure aux articles L. 256-1 et s. du CCH.

C'est pourquoi - les concernant - ces activités entrent dans le champ d'application de la décision Almunia.

L'article L. 411-2 du CCH donne la liste des activités des OHLM entrant dans le champ de la décision Almunia.

En effet, il dispose que

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

Cet article ne vise pas explicitement les activités que les organismes HLM agréés OFS réalisent grâce aux BRS et au BRSA. Toutefois, en raison tant des termes utilisés dans cet article que de la particularité même de ces baux, ceux-ci sont implicitement mais nécessairement compris dans le champ de l'article L. 411-2 du CCH. C'est vrai pour le BRS autant que pour le BRSA.

I – L'interprétation de l'article L. 411-2 du CCH comme englobant le BRS

Les organismes HLM agréés OFS peuvent conduire deux types d'opération permettant de loger des personnes aux ressources modestes via la conclusion d'un BRS. Dans les deux cas, ces opérations entrent dans le champ de l'article L. 411-2 du CCH et bénéficient donc du régime Almunia.

Si le bien objet du BRS est l'habitation principale du preneur, celui-ci se voit conférer par l'organisme HLM OFS un droit réel immobilier et bénéficie ainsi d'une quasi-propiété sur son logement. Le BRS est alors analysé comme un mode d'accession à la propriété et entre dans le champ d'Almunia sur le fondement du 10^e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH qui vise « la réalisation d'opérations d'accession à la propriété destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum, majorés de 11 %, fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 831-1 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources ».

En 2024, les plafonds de ressources pour obtenir un BRS ont beaucoup augmenté et permettent désormais à plus de 3,8 millions de personnes d'être éligibles. Pour autant, comme les autorités françaises ont maintenu le principe de plafonds d'éligibilité, l'exigence d'une cible des bénéficiaires du logement social produit en BRS est respectée. C'est pourquoi l'évolution de ce critère financier – qui respecte les plafonds de revenus fixés à l'alinéa 10 – ne fait pas obstacle à ce que l'octroi d'un BRS à une personne habitant le logement bénéficie du régime Almunia⁷⁴. Pour conserver le bénéfice de ce régime Almunia, il conviendra de veiller à toujours

⁷⁴ Arrêté du 11 décembre 2023.

respecter en matière de BRS accession les plafonds de revenus visés au 10^e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH.

Si l'organisme HLM OFS conclut un BRS avec un opérateur afin que celui-ci construise les logements et les loue ensuite, on conserve aussi le bénéfice du régime Almunia puisque le 9^e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH vise la construction puis la gestion des logements locatifs à loyers plafonnés et qu'en l'état actuel du droit, les plafonds de revenus fixés à l'article R. 255-2 du CCH en matière de location de BRS ne dépassent pas les plafonds maximum fixés pour l'attribution des logements locatifs conventionnés. Là encore, pour conserver le bénéfice du régime Almunia en matière de BRS locatif, il conviendra d'être vigilant et ne pas modifier le plafond de revenus des locataires de ces logements au-delà de ce que permet le 9^e alinéa de l'article L. 411-2 du CCH.

II – L'interprétation de l'article L. 411-2 du CCH comme englobant le BRSA

Les activités des OHLM agréés OFS faisant l'objet de BRSA entrent également dans le champ de l'article L. 411-2 du CCH, mais pour une autre raison que le BRS. En effet, c'est parce que le BRSA ne peut porter que sur des activités accessoires à celles faisant l'objet d'un BRS et parce que ce dernier entre dans le champ d'application de l'article L. 411-2 du CCH que le BRSA en fait autant.

Le fait que le BRSA est un accessoire du BRS ne résulte pas de sa définition qui en est donnée par l'article L. 256-1 du CCH, mais du 2^e alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme précité :

« A titre subsidiaire, sur des terrains préalablement acquis ou gérés au titre de leur activité principale, les organismes de foncier solidaire peuvent intervenir en vue de réaliser ou de faire réaliser des locaux à usage commercial ou professionnel, afin de favoriser la mixité fonctionnelle ».

Or comme l'article L. 411-2 du CCH vise « les services accessoires aux opérations » de « construction, d'acquisition, d'amélioration, d'attribution, de la gestion et de la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs conventionnés dans les conditions définies à l'article L. 831-1 et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources ».

Il en résulte sans le moindre doute que la réalisation de locaux à usage commercial ou professionnel par les organismes HLM agréés OFS grâce à des BRSA bénéficie du régime Almunia.

La France disposant d'une large marge d'appréciation quant à son appréciation des groupes vulnérables qui peut varier selon la volonté politique et la situation du logement de notre pays, toutes les activités SALS HLM et SALS OFS peuvent être considérées comme entrant dans le champ de la décision Almunia qui définit le SIEG logement social comme devant répondre à des « besoins sociaux concernant (...) le logement social (...) des groupes vulnérables ».

A la liste des 12 activités SIEG HLM, il convient donc d'ajouter pour les seuls organismes HLM agréés OFS les activités BRS et BRSA.

Chapitre 2 - La conformité du régime SIEG logement social français avec la décision Almunia

En l'état du droit français, tant les activités HLM des organismes HLM que les activités BRS et BRSA des organismes HLM agréées OFS bénéficient du régime Almunia.

Section 1 – Les aides accordées aux OHLM pour leurs activités SALS HLM

Les aides accordées aux organismes HLM pour leurs activités auxquelles la qualité de SALS a été reconnue par l'article L. 411-2 du CCH sont de 4 natures.

Il s'agit :

- d'aides directes ;
- de prêts à taux préférentiel ;
- de garantie d'emprunt ;
- de régimes fiscaux avantageux.

Il est important de relever que l'article L. 411-2 du CCH n'a pas à mentionner les aides susceptibles d'être accordées aux OHLM exploitant le SIEG logement social, pour être conforme à la décision Almunia.

De même, il n'est pas obligatoire que les textes fondant ces aides renvoient à la décision Almunia, ce qui n'empêche pas quelques textes de le faire, comme par exemple, l'article 244 quater X du CGI relatif au crédit d'impôt pour les opérations de construction de logements sociaux dans les départements d'outre-mer.

Ce qui importe, comme déjà indiqué, pour échapper à l'obligation de notification à la Commission, c'est d'une part que les activités bénéficiant d'aides d'Etat soient qualifiées de SIEG, par un texte qui renvoie à la décision Almunia et, d'autre part, que ces aides soient exposées dans des rapports que le Gouvernement adresse tous les deux ans à la Commission.

Ces règles valent pour toutes les catégories d'aides d'Etat dont bénéficient les OHLM pour leurs activités SIEG logement social.

§ 1 - Les aides directes

Les aides directes accordées aux organismes HLM, conformément à la décision Almunia, peuvent être :

- des subventions financières accordées par l'Etat lui-même, ses établissements publics, ou encore des collectivités territoriales ou leurs établissements publics ;
- des prix préférentiels accordés par ces mêmes personnes publiques, notamment lors de la cession du foncier sur lequel se réalisent les opérations de logements sociaux.

Sur ce point, il faut mentionner l'article L. 3211-7 du Code général de la propriété des personnes publiques qui définit les conditions dans lesquelles l'Etat peut céder, en accordant un rabais, des dépendances de son domaine privé immobilier pour des opérations de logements sociaux. Des aides en matière de foncier peuvent aussi être accordées par les établissements publics de l'Etat, la SNCF, les sociétés du secteur public au sens de l'article L. 141 de la loi n°2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 (CGPPP, art. L. 3211-13-1) ainsi que par l'Agence nationale de la rénovation urbaine (ANRU) qui peut accorder des aides aux OHLM dans le cadre des projets de renouvellement urbain (CGI, art. 1384 C).

Quant aux collectivités territoriales, elles peuvent céder des éléments de leur foncier ou conclure des contrats de location-vente ou crédit-bail, en-deçà de leur valeur vénale pour aider à la réalisation d'opérations de logements sociaux, conformément au Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1511-3).

Par ailleurs, on relèvera aussi que l'Union européenne participe de cette politique d'aides directes, via les subventions que le FEDER attribue pour les travaux d'économie d'énergie des logements locatifs sociaux. Il est évident que ces subventions ne sont pas des aides d'Etat puisque versées par l'Union européenne. Mais leur existence même conforte le principe des aides accordées par les Etats membres aux acteurs du logement social.

§ 2 - Les prêts à taux préférentiel

Les prêts à taux préférentiel sont accordés aux organismes HLM, par la Caisse des dépôts et des consignations. Ces prêts sont l'une des missions que le législateur a attribuées à la Caisse.

En effet, en vertu de l'article L. 518-2 du code monétaire et financier,

« La Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles.

La Caisse des dépôts et consignations est un établissement spécial chargé d'administrer les dépôts et les consignations, d'assurer les services relatifs aux caisses ou aux fonds dont la gestion lui a été confiée et d'exercer les autres attributions de même nature qui lui sont légalement déléguées. Elle est chargée de la protection de l'épargne populaire, du financement du logement social et de la gestion d'organismes de retraite. Elle contribue également au développement économique local et national, particulièrement dans les domaines de l'emploi, de la politique de la ville, de la lutte contre l'exclusion bancaire et financière, de la création d'entreprise et du développement durable.

La Caisse des dépôts et consignations est un investisseur de long terme et contribue, dans le respect de ses intérêts patrimoniaux, au développement des entreprises.

La Caisse des dépôts et consignations est placée, de la manière la plus spéciale, sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative ».

En vertu d'une pratique nationale qui s'explique par le souci de l'équilibre des comptes de la Caisse des dépôts et consignations et par celui d'orienter ces prêts vers les types de logements

qui font le plus défaut et/ou que l'on souhaite privilégier, et sans donc que ce soit une exigence européenne, les taux des prêts accordés sont différents selon le type de logements financés : ils sont d'autant plus bas que les contreparties sociales (plafonds de loyer, plafonds de ressources) exigées de la part des organismes HLM sont importantes.

§ 3 - Les garanties d'emprunt

Les garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales aux organismes HLM sont un moyen de réduire le coût de leurs emprunts. Il s'agit donc d'aides d'Etat.

En effet, selon l'article L. 312-2-1 du CCH,

« En complément ou indépendamment des aides de l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent apporter des aides destinées à la réalisation de logements locatifs sociaux, à la réhabilitation ou à la démolition de logements locatifs ainsi que de places d'hébergement, ainsi qu'aux opérations de rénovation urbaine incluant notamment la gestion urbaine et les interventions sur les copropriétés dégradées ».

Le Code général des collectivités territoriales précise cette disposition en autorisant et encadrant les garanties d'emprunt que les communes, leurs établissements publics de coopération intercommunales, les départements et les régions peuvent accorder. On peut même dire que s'il y a bien un domaine pour lequel le législateur a autorisé les garanties d'emprunt des collectivités territoriales, c'est celui du logement social.

C'est évidemment vrai pour les communes. En effet, l'article L. 2252-2 du code général des collectivités territoriales dispose :

« I.- Les dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 2252-1 [qui limite le montant des garanties d'emprunt !] ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou aux cautionnements accordés par une commune :

1° Pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les sociétés d'économie mixte ;

2° Pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements bénéficiant d'une subvention de l'Etat ou réalisées avec le bénéfice de prêts aidés par l'Etat ou adossés en tout ou partie à des ressources défiscalisées ;

3° En application du plan départemental prévu à l'article 2 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement [DALO] ;

4° Pour les opérations prévues à l'article L. 312-3-1 du code de la construction et de l'habitation ;

5° Pour les opérations d'acquisition réalisées par les organismes de foncier solidaire définis au premier alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme.

II.- Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 2252-1 ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts accordées par une commune pour des opérations

d'aménagement réalisées dans les conditions définies par les articles L. 300-4 à L. 300-5-2 du code de l'urbanisme, à la double condition que ces opérations :

- concernent principalement la construction de logements ;
- soient situées dans des communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants telle que définie à l'article 232 du code général des impôts ou dans des communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique identifiées en application des dispositions du dernier alinéa du II de l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation. »

Même quand une commune est devenue membre d'un EPCI, elle garde cette capacité à accorder des garanties d'emprunt aux organismes HLM. En effet, en vertu de l'article L. 2252-5 du code général des collectivités territoriales,

« Nonobstant le transfert, volontaire ou de plein droit, de tout ou partie de ses compétences en matière de politique du logement ou d'habitat à un établissement public de coopération intercommunale, la commune conserve la possibilité d'accorder une garantie d'emprunt ou son cautionnement pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements sociaux visées à l'article L. 2252-2 et d'apporter à ces opérations des subventions ou des aides foncières. »

Pour les départements, le régime des garanties d'emprunt est fixé par l'article L. 3231-4-1 du code général des collectivités territoriales. Cet article est très proche de l'article L. 2252-2 relatif aux garanties d'emprunt des communes ; il n'en diffère que par l'absence du 5° relatif aux opérations d'acquisition réalisées par les organismes de foncier solidaire.

En effet, selon l'article L. 3231-4-1,

« I. – Les dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 3231-4 [qui limitent les garanties d'emprunt des départements] ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou aux cautionnements accordés par un département :

1° Pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les sociétés d'économie mixte ;

2° Pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements bénéficiant d'une subvention de l'Etat ou réalisées avec le bénéfice de prêts aidés par l'Etat ou adossés en tout ou partie à des ressources défiscalisées ;

3° En application du plan départemental prévu à l'article 2 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement [DALO] ;

4° Pour les opérations prévues à l'article L. 312-3-1 du code de la construction et de l'habitation.

II. – Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 3231-4 ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts accordées par un département pour des opérations d'aménagement réalisées dans les conditions définies par les articles L. 300-4 à L. 300-5-2 du code de l'urbanisme, à la double condition que ces opérations :

- concernent principalement la construction de logements ;
- soient situées dans des communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants telle que définie à l'article 232 du code général des impôts

ou dans des communes de plus de 15 000 habitants en forte croissance démographique identifiées en application des dispositions du dernier alinéa du II de l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation. »

Les régions sont soumises exactement au même régime que les départements concernant les garanties d'emprunt en matière de logements sociaux, en application de l'article L. 4253-2 du code général des collectivités territoriales.

§ 4 - Les régimes fiscaux avantageux

Le soutien d'une activité par les pouvoirs publics peut prendre la forme d'un régime fiscal avantageux, notamment par un taux d'imposition réduit. Ce soutien se traduit par une renonciation à une part des recettes fiscales qui auraient dû être normalement attendues ; c'est pourquoi la Cour de Justice de l'Union européenne analyse ces régimes fiscaux comme des aides d'Etat lorsqu'elle favorise seulement certains acteurs d'un marché, ce qui est le cas pour les organismes HLM sur le marché du logement (CJUE, gr. ch., 8 nov. 2022, aff. C-885/19 P et 898/19 P, Fiat Chrysler Finance Europe).

Ces régimes fiscaux privilégiés des organismes HLM sont les suivants :

- une exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties pendant 25 ans pour la construction de logements sociaux (qui peut être étendue à 30 ans sous conditions de performance énergétique) ;
- une exonération d'impôt sur les sociétés pour leurs activités au titre du SIEG ;
- un crédit d'impôt pour certaines opérations d'acquisition ou de construction de logements neufs dans les départements d'outre-mer (CGI, art. 244 quater X).

Par ailleurs, les organismes HLM bénéficient également d'un taux réduit de TVA pour certaines de leurs opérations.

Au lieu des 20 %, ils sont soumis à un taux de 5,5 % :

- dans le secteur de l'accession sociale à la propriété et
- dans le secteur du logement locatif social pour les logements financés par un prêt locatif aidé d'intégration (PLAI), pour les logements financés par un prêt locatif à usage social (PLUS) lorsqu'ils relèvent de la politique de renouvellement urbain,
- ainsi que pour certains travaux portant sur ces logements ou participant au renouvellement urbain.

Ils sont soumis au taux de 10 % dans les autres cas.

Toutefois, ce financement public n'entre pas dans le champ d'Almunia. En effet, il relève de la dérogation prévue à l'article 98 de la directive du 28 novembre 2006 (version modifiée en 2022) et qui, à son annexe III, dresse la liste des livraisons de biens et des prestations de services pouvant faire l'objet des taux réduits.

Pour ce qui nous intéresse ici on y trouve :

« la livraison et la construction de logements, dans le cadre de la politique sociale, telle qu'elle est définie par les États membres; la rénovation et la transformation, y compris la démolition et la reconstruction, et la réparation de logements et de logements privés; la location de biens immobiliers à usage résidentiel »⁷⁵.

Section 2 - Les aides accordées aux OHLM agréés OFS pour les activités en BRS ou BRSA

Comme les activités que les organismes HLM agréés OFS réalisent en BRS ou BRSA entrent dans le champ de l'article L. 411-2 du CCH, les aides accordées pour ces activités bénéficient du régime Almunia.

C'est vrai, par exemple, pour les prix préférentiels accordés par l'Etat⁷⁶ ou les collectivités locales⁷⁷, aux organismes HLM agréés OFS lors de la cession du foncier sur lequel se réalisent les opérations en BRS et en BRSA.

C'est vrai aussi en matière de garantie d'emprunt, malgré ce que pourrait laisser croire la comparaison des articles L. 2252-2, L. 3231-4 et L. 4253-1 du CGCT. En effet, le Code général des collectivités territoriales prévoit expressément que les communes peuvent octroyer des aides.

L'article L. 2252-2 du code général des collectivités territoriales dispose que :

« I.- Les dispositions des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 2252-1 [qui limite le montant des garanties d'emprunt !] ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou aux cautionnements accordés par une commune : [...] 5° Pour les opérations d'acquisition réalisées par les organismes de foncier solidaire définis au premier alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme ».

Cela signifie que les communes peuvent garantir les emprunts des organismes HLM agréés OFS sans être limitées par les dispositions de l'article L. 2252-1 du CGCT.

Or les opérations visées au 5° ne se retrouvent pas dans les articles L. 3231-4-1 et L. 4253-2 du code général des collectivités territoriales, relatifs respectivement aux départements et aux régions. Mais les articles L. 3231-4 et L. 4253-1 contiennent chacun un alinéa affranchissant les départements et les régions des plafonds de garanties d'emprunts « aux organismes agréés organismes de foncier solidaire en vue de réaliser leur objet principal mentionné à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme ».

⁷⁵ Directive 2006/112/CE du conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée telle que modifiée par la directive 2022/542 CE du 5 avril 2022.

⁷⁶ Sur le fondement de l'art. L. 3111-7 du CG3P visé à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme.

⁷⁷ Sur le fondement de l'art. L. 1511-3 du CGCT. A propos des cessions de terrain à un prix inférieur à sa valeur, voir aussi CE, 14 oct. 2015, Commune de Chatillon, n° 375577.

Dans le respect d'Almunia, toutes les aides accordées aux organismes HLM au titre de leurs activités HLM SALS précitées, peuvent donc être accordées à ceux qui ont également l'agrément OFS pour leurs activités BRS et BRSA.

En revanche, en ce qui concerne la comptabilité, les organismes HLM agréés OFS sont soumis à une double contrainte. D'une part, comme toute entreprise bénéficiant du régime Almunia, ils doivent tenir des comptes séparés pour leurs activités SIEG et non SIEG (obligation reprise à l'article L. 411-2 du CCH). D'autre part, ils doivent aussi, en vertu de l'article R. 329-3 du code de l'urbanisme, tenir une comptabilité spécifique pour leurs activités BRS et BRSA. Cette contrainte supplémentaire n'est pas imposée par le droit de l'Union européenne et reste à la discrétion du législateur français.

Dès lors que les activités BRS et BRSA des OHLM agréés OFS entrent dans le champ d'Almunia, il convient de veiller à ce que les aides d'Etat que ces organismes perçoivent soient paramétrées - tout comme les aides accordées aux activités HLM SALS - dans le respect de cette décision. Il convient également de faire figurer ces aides d'Etat dans le rapport adressé à la Commission européenne⁷⁸.

A noter qu'en l'état du droit, les aides aux activités BRS et BRSA des organismes agréés OFS non OHLM ne peuvent pas bénéficier de l'exemption de notification prévue par la décision Almunia. En effet, à la différence des OHLM agréés OFS, la gestion de ces activités ne leur a pas été confiée par un acte se référant à cette décision.

Le financement des activités BRS et BRSA des organismes HLM agréés OFS entre dans le champ de la décision Almunia.

Point de vigilance : l'exigence de la double contrainte comptable.

Conclusion

Le droit de l'Union européenne conçoit la notion de SIEG – et *a fortiori* celle de SIEG logement social – comme une notion évolutive.

Les applications nationales du SIEG logement social n'ont donc pas vocation à être figées dans le marbre car l'Union reconnaît que les besoins en logement social peuvent varier selon les Etats, leur situation économique, les époques... Ainsi, la définition de la vulnérabilité retenue dans la décision Almunia est susceptible d'être appréciée différemment selon les politiques publiques nationales envisagées en matière de logement.

En l'état actuel de la définition du SALS, la seule contrainte résulte du fait qu'une ou plusieurs cibles doivent être attachées aux activités qualifiées comme telles. Mais cette contrainte est

⁷⁸ Article 9 de la décision Almunia.

légère car une cible peut être considérée comme existante dès lors que tous les habitants d'un Etat ne bénéficient pas de cette activité.

A l'instar des autres Etats membres de l'Union européenne, la France dispose donc d'une marge de manœuvre importante pour faire évoluer le contenu de son SIEG logement social, et notamment celui de son SALS.

Elle a déjà fréquemment utilisé cette marge depuis 2000, et elle peut encore l'utiliser aujourd'hui dans le respect de la décision d'Almunia.

Par ailleurs, du point de vue de la forme, il convient de relever que la technique de la liste limitative utilisée à l'article L. 411-2 du CCH est une technique rassurante pour la Commission européenne qui a ainsi une vision claire des évolutions de l'application française du SALS.

En définitive, le modèle français généraliste de logement social est compatible avec l'état actuel du droit européen.