

Les « aides foncières » sont-elles compatibles avec le Marché commun ?

Les réglementations relatives aux aides accordées aux entreprises par des Etats de l'Union Européenne sont édictées dans le Traité instituant la Communauté Européenne. En principe général, l'idée que l'aide de l'Etat fausse la concurrence et n'est de ce fait pas autorisée. Fournir des terrains à bas prix à des bailleurs sociaux pourrait bien ainsi entrer dans le champ de cette règle, rendant cette action illégale.

Etude de cas aux Pays-Bas.

Les auteurs :

Dr M.E.A. Haffner
Dr Ir. D.A. Groetelaers
Drs. H.M.H. van der Heijden
Prof. Dr W.K. Korthals Altes
Dr T. Tasan-Kok

Delft University of Technology
 OTB Research Institute for
 Housing, Urban and Mobility
 Studies

The Netherlands

M.E.A.Haffner@tudelft.nl

Les auteurs remercient la Delft
 University of Technology
 et son Delft Centre for
 Sustainable Urban Areas pour
 leur soutien financier.

En juillet 2005, le Gouvernement des Pays-Bas recevait une lettre signée par le Commissaire Européen à la Concurrence concernant l'irrecevabilité de certaines formes d'aides de l'Etat. Celles à destination des *Dutch Housing Associations*¹ (Dekker, 2005), en l'occurrence. Le courrier adressé par l'Union Européenne ne mentionne pas le fait que de nombreuses municipalités néerlandaises proposent à des *associations* des terrains à des prix bien plus bas que ceux dont s'acquittent les promoteurs. L'Union Européenne n'est-elle pas consciente de cette forme de soutien – qu'elle ne mentionne pas – ou cette dernière est-elle considérée comme incompatible avec le Marché commun ? Cet article s'intéresse aux pratiques relatives

à l'offre de terrains constructibles à bas prix pour des *associations*, ainsi qu'aux réglementations européennes en matière d'aide de l'Etat. Les règles qui encadrent l'aide de l'Etat au sein de l'Union Européenne sont inscrites dans le Traité de la Communauté Européenne et suivent le principe selon lequel une telle aide n'est pas autorisée car elle fausserait la concurrence. La mise à disposition, par des municipalités, de terrains à bas prix à destination d'*associations*, peut-elle être considérée comme une aide de l'Etat à la lumière de la législation européenne ? Si tel est le cas, dans quelles conditions une subvention de l'Etat pourrait être compatible avec le Marché commun ?

Commençons par clarifier la définition de l'aide de l'Etat telle qu'édic-

tée par l'Union Européenne ainsi que son interprétation dans le cas d'organisations proposant des services d'intérêt économique général (SIEG²), tels que les bailleurs sociaux³.

Définition par l'UE de l'aide de l'Etat

L'Union Européenne contrôle le marché européen afin de s'assurer que la concurrence entre les entreprises est libre et juste. Ce contrôle est exercé par un certain nombre de biais, non seulement par la prévention de collusions entre fournisseurs, mais également par la vérification qu'un processus d'appel d'offres opère parmi les différents entrepreneurs qui entrent en concurrence (voir par exemple Korthals et Altes, 2006). L'un des points importants de ces contrôles consiste à éviter que des « fuites » des aides de l'Etat n'interfèrent avec la concurrence. Le premier paragraphe de l'article 87 du traité de la Communauté Européenne précise que toute aide de l'Etat qui fausse la concurrence est « incompatible avec le Marché commun ».

1. L'appellation *Dutch Housing Associations* n'est pas traduite ici ; le terme association est conservé tout au long de l'article.

2. On entend par SIEG : « services de nature économique que les Etats-membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux

autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public. » (Commission of the European Communities, 2004, p.22). Le logement social rentre dans cette catégorie.

3. Les bailleurs sociaux (NDT : *social Landlords* dans le texte original) sont des organisations (telles les *Dutch Housing Associations*) qui proposent et gèrent des logements à destination de populations qui n'auraient pas les moyens de se loger en leur absence.

Traité instituant la Communauté Européenne

Article 87 premier paragraphe

« Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le Marché commun, 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. »

De telles aides, au sens de l'article 87 paragraphe 1, n'existent que si leurs bénéficiaires sont « certaines entreprises ou [...] certaines productions. » Dans la mesure où il s'agit ici d'une promotion sélective, le soutien à l'export est concerné par la définition.

Le terme « entreprise » a été défini par la Cour Européenne de Justice comme « toute entité engagée dans une activité économique, et ce indépendamment du statut juridique de l'entité et de son mode de financement » (Affaire C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH, 1991, p. I-1979). Cela s'applique à la fois aux personnes morales dans le cadre du droit privé, et aux entités publiques dans le cadre du droit public. « L'activité économique » est définie comme « toute activité consistant à proposer des biens et des services sur un marché » (Affaire 118/85, Commission contre Italie, 1987, p.2599 paragraphe 7).

Pour déterminer si une « entreprise » est impliquée, il est important de se pencher :

- ✓ sur la nature de ses tâches et activités ;
- ✓ mais également sur la manière dont celles-ci ont pu être incorporées dans une loi

(la tâche est-elle typique pour un gouvernement, s'agit-il d'une tâche d'intérêt général ?) ;

- ✓ et sur la présence ou absence d'une situation de concurrence (la situation du marché telle qu'elle est ou devrait être rencontrée dans la pratique).

L'exemple d'une organisation à but non lucratif, dont les activités économiques sont menées en concurrence avec d'autres organisations, illustre le dernier point : il s'agit en effet d'une « entreprise » d'après la définition du traité. D'après cette logique, il est clair que, lorsqu'une municipalité fournit des terrains à une association, l'offre représente un cas de subvention. Le fait de fournir du foncier serait de ce fait considéré comme une aide accordée par l'Etat.

Offre de foncier et aides accordées par l'Etat

La Commission Européenne a publié en 1997 une communication relative aux aides accordées par les Etats et aux ventes de terrains et de bâtiments. Ce document précise les conditions sous lesquelles ce type de transaction, lorsqu'elle est le fait d'organismes publics, n'est pas considéré comme une aide de l'Etat. Il faut un prix de vente conforme à celui du marché calculé sur la base d'une activité économique normale. La Commission Européenne cite aujourd'hui cette communication lorsqu'il s'agit de location, de mise en location ou d'acquisition de terrains ou de bâtiments. Le commu-

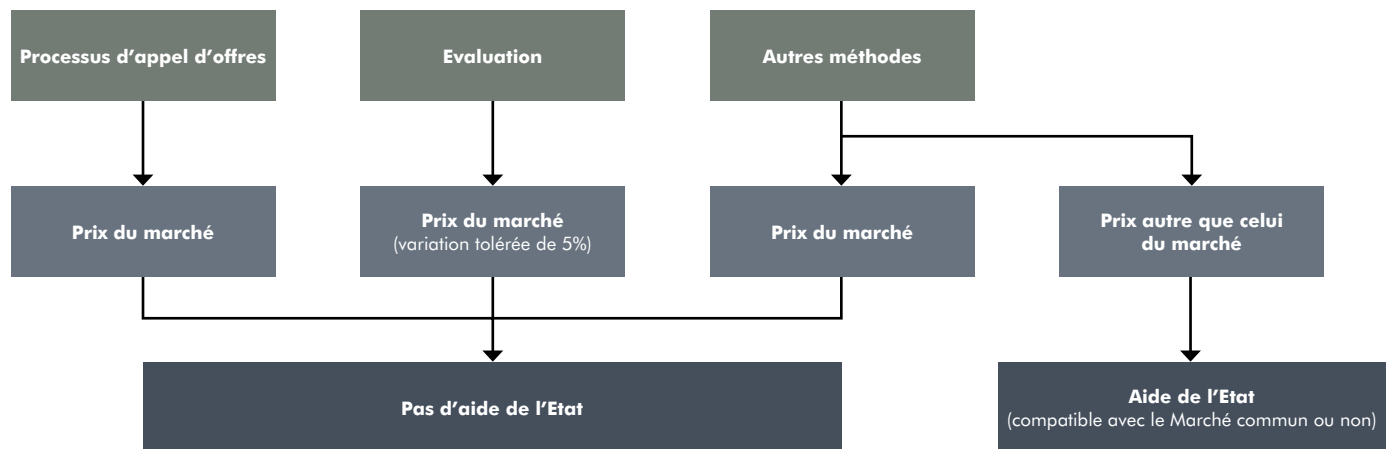
niqué distingue deux principes de base : la vente par le biais d'une « procédure d'offre inconditionnelle » (une *procédure ouverte, non discriminatoire et inconditionnelle*) d'une part ; les ventes réalisées sans cette procédure d'offre inconditionnelle d'autre part. Dans le cadre du premier principe, le processus d'appel d'offres garantit que la vente a lieu au prix du marché ; dans le cadre du second, une estimation est requise pour arriver au prix du marché.

Le Communiqué stipule que la vente de terrain par le biais d'un processus ouvert, inconditionnel et ayant fait l'objet d'une publicité suffisante ne constitue pas un cas d'aide de l'Etat car elle a les caractéristiques d'une enchère pour laquelle la meilleure offre est, par définition, au prix du marché. En l'absence d'un processus d'offre inconditionnelle, il peut toujours exister un prix du marché si le terrain a fait l'objet d'une évaluation par un expert indépendant. Dans les faits, le prix payé peut présenter une variation de plus ou moins 5 % par rapport au prix indiqué lors de l'évaluation. Ce dernier ne peut être inférieur au prix auquel le terrain a été acquis à l'origine (si la transaction a eu lieu au cours des trois dernières années et à moins que l'expert ne détermine que le secteur entier a été affecté par une baisse des prix). Si le terrain en question ne peut être vendu dans un délai raisonnable, un nouveau prix peut être fixé. D'après la « décision SCI » de la Commission relative à cette évaluation, des questions de nature qualitative entrent également en jeu (CEE, 2001). L'utilisation envisagée pour ce terrain doit également être prise en compte.

D'après la Communication (voir figure 1), il existe donc deux méthodes pour



Figure 1 : Définition du prix du marché dans le cadre d'une vente de foncier par une municipalité



déterminer le prix d'un terrain à la vente : un processus d'offre inconditionnelle ou une évaluation. Si une municipalité ne parvient pas à offrir des terrains au prix du marché lorsqu'elle acquiert, vend ou loue des terrains, la situation sera considérée comme un cas d'aide de l'Etat (qui pourrait toujours être compatible avec le Marché commun, mais là n'est pas le débat), à moins que la compensation proposée ne soit liée à un service d'intérêt général.

Critères de l'UE relatifs à la compensation de « services d'intérêt économique général »

Si les contributions financières des gouvernements sont destinées à des entreprises qui fournissent des « services d'intérêt économique général » (SIEG), elles peuvent être considérées comme « compensation » plutôt que comme « aide de l'Etat » (Commission Européenne, 2005a et voir Figure 2). Une compensation serait ainsi autorisée dans le cas où il s'agirait de remplir une mission de service public imposée par l'Etat. Le traité de la Communauté Européenne ne donne pas de définition précise des SIEGs ; ce sont les Etats-Membres qui les définissent. Mais ces définitions n'en sont pas moins assujetties au contrôle de la Commission dans le but d'identifier des erreurs évidentes. En principe, de tels services, tels que le logement social, sont considérés comme des activités économiques et sociales, régulées par le gouvernement à un degré plus ou moins important, et qui ne sont ou ne peuvent être

abandonnées au marché libre. Les aides accordées par l'Etat aux SIEGs doivent être en phase avec les réglementations de l'Union Européenne (notamment l'article 86), à moins que l'on puisse considérer ces aides comme des compensations.

Traité Instituant la Communauté Européenne 2

Article 86 paragraphe 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. »

L'aide de l'Etat peut être considérée comme une compensation pour un SIEG lorsque les critères de la décision relative à l'affaire Altmark sont remplis – décision rendue par la Cour Européenne de Justice le 24 juillet 2003⁴ :

- ✓ Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ;
- ✓ Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- ✓ Troisièmement, 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 afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;

- ✓ Quatrièmement, la compensation doit être déterminée de façon particulière lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public (permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité). Dans ce cas, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne (i.e. bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises), aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Si ces quatre critères sont validés, le prix est considéré comme étant celui du marché. Celui-ci inclut la compensation permettant d'exécuter un SIEG et il n'est pas question d'une aide de l'Etat. Si les quatre critères ne sont pas remplis, ou s'il existe un doute, le versement doit être déclaré comme aide accordée par l'Etat – déclaration qui pourrait faire l'objet d'une confirmation. Dans l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de ser-

4. CCE, 2005b ; Bovis, 2005 ; voir également http://ec.europa.eu/citizens_agenda/index_fr.htm

vice public publié au *Journal officiel de l'Union européenne* le 29 novembre 2005, la Commission Européenne affirme qu'une légalisation nationale est nécessaire pour spécifier d'autres critères d'identification de SIEG (CCE, 2005b, p. 5/6). Doivent être indiqués « la nature précise des obligations de service public et leur durée » ainsi que « les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation », tel que nous l'avons noté plus haut. Si la somme versée est trop importante « surcompensation », ce versement doit en principe être remboursé. Lorsque le montant de la surcompensation ne dépasse pas 10 % du montant de la compensation annuelle, il peut être reporté sur l'année suivante. Au lieu d'être reversée, cette surcompensation peut être utilisée pour financer un autre service d'intérêt économique général exploité par la même entreprise. Si les coûts encourus par l'entreprise varient considérablement d'une année à l'autre, une surcompensation exceptionnelle supérieure à 10 % peut se révéler nécessaire au fonctionnement du SIEG. Dans un tel cas de figure, l'approche est acceptée dans la mesure où la surcompensation fait l'objet d'une notification à la Commission Européenne.

Le débat relatif aux SIEG est plus large qu'une simple discussion autour de la compensation ou de l'aide de l'Etat sous forme de foncier proposé à un prix inférieur à celui du marché pour des logements sociaux. A contrario du débat très fo-

calisé que nous proposons ici, une discussion plus étendue engloberait toutes les formes que les aides de l'Etat peuvent prendre dans le domaine du logement social.

Aux Pays-Bas

Dans la pratique néerlandaise, le prix du foncier à destination de projets de logements privés est soit défini par le biais d'un « calcul résiduel » ou d'une variante de cette méthode, soit déterminé par une consultation entre les parties publiques et privées. Ces processus ne déboucheront pas toujours sur le prix du marché tel que prévu par la Communication de la Commission Européenne. Si des enchères sont parfois utilisées (Van de Heijden, Groetelaers et De Vries, 2006), l'évaluation du terrain est beaucoup plus rare.

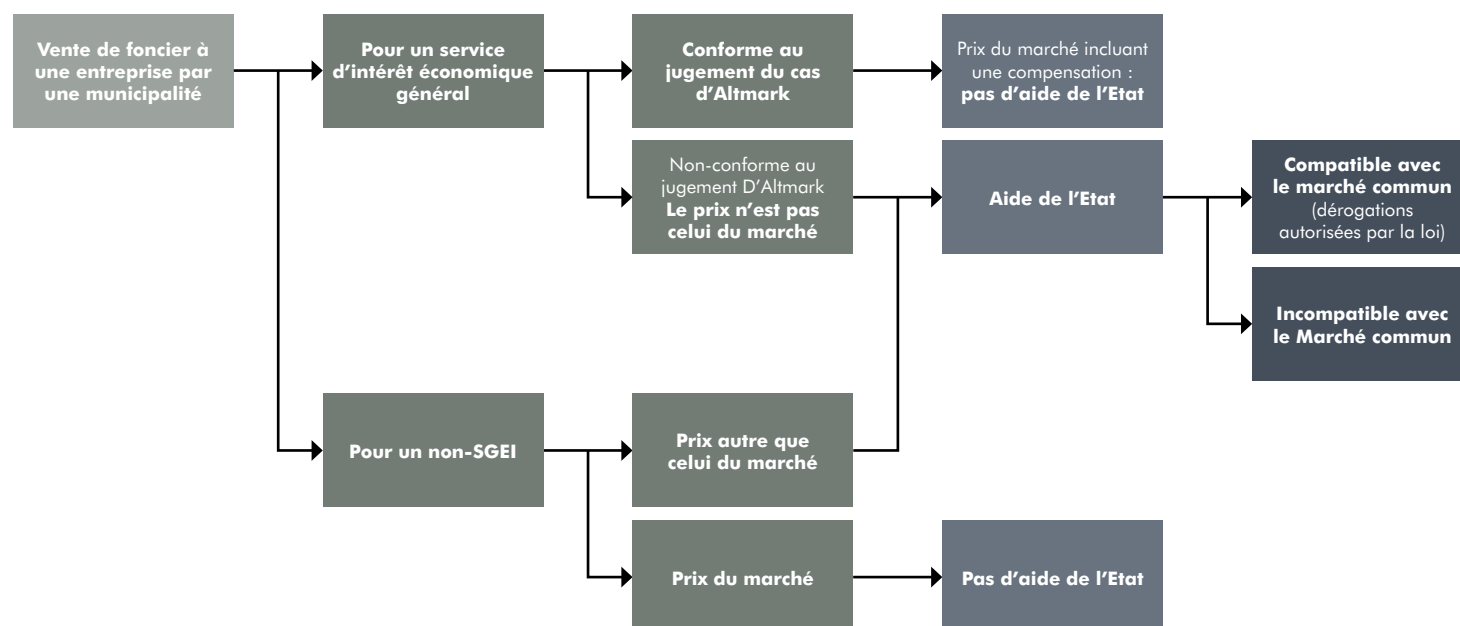
Lorsqu'elles proposent des terrains constructibles, les municipalités définissent le prix que les associations paieront différemment que pour un terrain à destination d'un promoteur privé. La plupart des municipalités utilisent un prix fixe lorsqu'il s'agit de logements sociaux ou d'autres projets immobiliers à vocation sociale (Ecorys-Vastgoed, 2006). Pourtant, la manière dont ils sont fixés n'est pas toujours claire. Faire appel à une autre méthode n'implique par pour autant une aide de l'Etat, dans la mesure où les associations sont dans l'obligation de remplir une obligation de service public. Dans ce cas, les critères d'Altmark sont-ils remplis ? Dans le pre-

mier cas – celui d'une obligation de service public clairement définie – il existe deux types d'arguments. Le premier consiste à affirmer que les associations remplissent ce critère parce qu'elles agissent en accord avec un devoir public, en l'occurrence le *Housing Act* de 1901 et la réglementation relative au secteur du logement social (Décret portant sur la gestion du logement social, BBSH). Le second est que l'obligation de service public est clairement décrite pour chacune des transactions foncières impliquant une association.

Il faut reconnaître que la description actuelle du devoir public dans le BBSH – l'offre préférentielle de logements appropriés pour des personnes aux faibles revenus et à la recherche d'un logement (artL13, BBSH) – n'est pas particulièrement concrète. En principe, il est possible de formuler un devoir public, y compris le fait de rendre compte et de rendre des comptes, qui remplisse les critères d'Altmark, mais il est impossible de le faire à court terme.

Par conséquent, le second point de vue – une description de l'obligation de service public par transaction – est aujourd'hui plus approprié. D'après la décision relative au cas d'Altmark, la compensation maximale peut se calculer comme étant la différence entre d'une part, le prix du terrain au prix du marché s'il était vendu pour un projet privé (sur la base d'un marché public, ou pour une entreprise moyenne) et, d'autre part, le prix du terrain

Figure 2 : Vente de foncier pour du logement social (en tant que service d'intérêt économique général) et aide de l'Etat





© chasmer

Références

- ✓ Alexis, A., 2002, Services publics et aides d'Etat, *Revue du droit de l'Union Européenne* 2002 (1), 63-107
- ✓ CCE, 1997, Communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'Etat contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *Journal officiel des Communautés européennes*, 40, C 209/3-5.
- ✓ CCE, 2001, Décision de la Commission du 13 février 2001 concernant l'aide d'Etat accordée par les Pays-Bas en faveur de SCI-Systèmes (2001/517/CE), *Journal officiel des Communautés européennes*, 44, L 186/43-57.
- ✓ CCE, 2005a, Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE 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 (2005/842/CE), *Journal officiel de l'Union européenne*, 48, L 312/67-73.
- ✓ CCE, 2005b, Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, *Journal officiel de l'Union européenne*, 48, C 297/4-7.
- ✓ Commission of the European Communities, 2004, *White Paper on services of general interest*, Brussels, COM (2004) 374 final, 12 May.
- ✓ Heijden, Harry, van der, Daniëlle Groetelaers, Paul de Vries, 2006, *Wegwijs in de grondprijs ; (on)mogelijkheden om gronduitgifte-prijzen voor woningbouw te monitoren*, Delft, Onderzoeksinstituut OTB.
- ✓ Korthals Altes, Willem K., 2006, *The Single European Market and Land Development, Planning Theory & Practice*, 7 (3) : 247-266.

vendu à une fin de SIEG. Prenons l'exemple d'une *association* qui, sur une période de cinq années, est contrainte de proposer un logement à la location pour un faible prix. La réduction du prix du foncier ne peut être supérieure à la seule dépréciation engendrée par ce loyer modéré proposé sur cinq ans. Le fait que l'*association* continuera sans doute à mettre à disposition ce logement à bas prix une fois les cinq années écoulées n'est pas pris en compte car en l'absence d'une obligation explicite, il ne s'agit pas d'un SEIG et les calculs doivent être basés sur les prix du marché une fois le temps réglementaire écoulé.

Afin de déterminer le prix du marché pour ce terrain, un enchérisseur (dans le cadre d'un marché public) ou un évaluateur doit également tenir compte des logements qui seront construits sur ce terrain. La différence entre le prix du marché et le «prix SEIG» pour des logements comparables est exprimée par la différence de valeur entre un projet de logement privé et un projet doté du statut de SIEG, tous deux exprimés en valeur nette actuelle. La différence entre les deux valeurs peut donc être considérée comme la marge de manœuvre permettant de baisser le prix du terrain afin de compenser la fourniture d'un SIEG, par exemple l'offre de logements sociaux.

D'après le second critère de la décision relative au cas d'Altmark, toute compensation financière doit être calculée de manière objective et transparente et doit l'être avant que le terrain ne soit mis en vente. Pour permettre de répondre à cette condition, la détermination de la compensation maximale peut être basée sur des directives standardisées en vue de fixer la nouvelle valeur du projet de logements. Ce faisant, deux questions cruciales émergent : le niveau proposé des loyers d'une part, la durée de la location des logements sociaux d'autre part. Ces deux points devraient donc être considérés de manière explicite lorsqu'il s'agit de décrire l'obligation de service public relative à une vente de terrain.

Dans le cas des Pays-Bas toutefois, ces calculs détaillés ne semblent plus être nécessaires. En effet, un accord entre le ministre chargé du logement et le DG de l'Union Européenne en charge de la concurrence a été rendu public. D'après le communiqué de presse du ministère en date du 8 octobre 2009, toute aide de l'Etat accordée à des *associations* sera considérée comme une compensation, dans

la mesure où une part équivalente à 90 % du stock de logements sociaux disponible est effectivement allouée à une cible « sociale », laquelle représente 43 % de l'ensemble des ménages.

Cas d'école

A quelques exceptions près, l'aide de l'Etat est en définitive considérée comme une manière de fausser la concurrence. Toutefois, dans le cas des *associations*, qui offrent des services d'intérêt économique général, il s'agit plutôt de se demander si l'aide accordée par l'Etat sera considérée comme une compensation. Il en sera ainsi si les critères de la décision relative au cas d'Altmark sont remplis. Ceux-ci appellent à une bonne définition de l'obligation de service public pour lesquels les paramètres de la compensation sont établis en amont et de manière transparente et objective, sans qu'il n'existe de surcompensation.

En ce qui concerne les Pays-Bas, nous avons examiné deux options qui permettent de bien définir une obligation de service public ; soit dans la législation générale en la définissant de façon claire, ou dans les documents relatifs à chaque vente de terrain. En définitive, il semble que la législation générale devra être modifiée et appliquée dans la mesure où la Commission Européenne et les Pays-Bas ont approuvé le fait que si une part équivalente à 90 % de du stock annuel de logements sociaux disponible est attribuée à une cible sociale, le loyer fixé est considéré comme celui du marché, qui inclut pour le bailleur la compensation relative au fait d'offrir le SIEG. Dans ce cas de figure, il n'est pas question d'aide attribuée par l'Etat ; il semble que la marge de 10 % autorisée pour le montant de la surcompensation ait été utilisée comme guide dans la détermination des 90 %.

Le cas des Pays-Bas peut être utile à d'autres pays de l'Union Européenne où des bailleurs sociaux offrant des SIEG dans des situations où – en accord avec ce texte – le prix de terrains à destination de logements sociaux est inférieur à celui du marché. Ce cas démontre qu'il existe différentes options pour permettre aux bailleurs d'intervenir en respectant les préceptes de l'Union Européenne. L'objectif serait d'éviter que les aides de l'Etat ne soient considérées comme des actions faussant la concurrence entre les organismes qui proposent des logements locatifs sociaux. ■