

Avis de droit

du Professeur Nicolas Levrat

rédigé à la demande de l'Association Suisse des locataires

Plan :

- 1. Contexte**
- 2. Le régime des aides d'Etat en droit de l'Union européenne et sa possible incidence sur les politiques publiques de soutien au logement**
 - 2.1. La définition des aides d'Etat en droit de l'UE
 - 2.2. Articulation entre aides d'Etat et marché intérieur
 - 2.3. Les catégories d'aides d'Etat
 - 2.4. Les procédures de supervision des aides d'Etat
 - 2.5. Aides d'Etat et politiques publiques de soutien au logement
- 3. Contenu et champ d'application du projet d'Accord-cadre**
 - 3.1. La singularité des relations entre la Suisse et l'Union européenne
 - 3.2. Objectifs de l'Accord-cadre
 - 3.3. Champ d'application de l'Accord-cadre
 - 3.4. Prise en compte des aides d'Etat dans l'Accord-cadre
 - 3.5. Les mécanismes de mise en œuvre et de règlement des différends applicables à la Suisse selon le projet d'Accord-cadre
- 4. Réponse aux cinq questions soulevées**
- 5. Références**

1. Contexte

1. Après quelques dix années de négociations difficiles, la Suisse et l'Union européenne ont abouti à l'adoption du texte d'un accord en novembre 2018. Cet accord intitulé « accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe » est plus communément connu sous le nom « d'Accord-cadre » ou « Accord institutionnel ». Sa finalité, pour répondre à une demande de l'Union européenne, est d'offrir un cadre institutionnel et juridique unique pour les nombreux accords bilatéraux existants et à venir entre la Suisse et l'Union européenne, afin « de garantir aux parties contractantes, aux opérateurs économiques et aux particuliers une plus grande sécurité juridique et l'égalité de traitement dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, sur la base d'accords conclus ou à conclure [...] » (art. premier § 1 du projet d'Accord-cadre).

2. Le Gouvernement suisse – selon une pratique assez courante pour les projets d'actes de politique intérieure, plus novatrice pour un projet d'accord international – a rendu public début décembre 2018 le texte de cet accord, et a entrepris un processus de vaste consultation des parties intéressées en Suisse, avant de procéder plus avant avec une signature et une ratification de ce texte. C'est dans le cadre de cette procédure de consultation que le présent avis de droit a été sollicité.

Les principales questions sur lesquelles l'ASLOCA souhaite une réponse sont les suivantes :

1. L'Accord cadre CH-UE définit les aides d'Etat. Cette définition est-elle identique à celle définie dans le Traité de Lisbonne ?

2. Selon l'Accord cadre CH-UE la jurisprudence de la CJUE doit être appliquée par les tribunaux suisses. Ce mécanisme de contrôle judiciaire est-il applicable aussi à la problématique des aides d'Etat ?

3. Quelles sont les restrictions posées à ce jour aux mesures foncières, subventions et toute autre mesure en faveur du logement et singulièrement aux mesures en faveur des coopératives et des promoteurs de logements abordables par la Commission européenne et la CJUE ? Quelques exemples tirés de la jurisprudence dans divers pays européens peuvent-ils illustrer le propos ?

4. Les mécanismes de l'Accord-cadre CH-UE en matière d'aides d'Etat sont-ils applicables immédiatement dès l'entrée en vigueur de l'accord ? En d'autres termes, dès l'entrée en vigueur de l'accord, une autorité publique d'un Etat membre, l'Union européenne elle-même, par le biais de la Commission européenne par exemple ou un acteur immobilier ou un investisseur privé suisse ou européen sur le marché foncier et immobilier suisse, peut-il agir en se prévalant des règles et de la jurisprudence en matière d'aide d'Etat et remettre en cause une mesure ou une politique fédérale, cantonale ou municipale foncière, financière ou autre en faveur du logement et singulièrement de promotion des coopératives ou d'autres formes de logement abordable ?

5. En cas de réponse négative à la question 4, quels développements conventionnels entre la Suisse et l'UE, tel qu'un accord sectoriel ou un accord de protection des investissements, sont nécessaires pour une application des mécanismes de l'accord en matière d'aides d'Etat sur le marché du logement pouvant remettre en cause une mesure ou une politique fédérale, cantonale ou municipale foncière, financière ou autre, en faveur du logement et singulièrement de promotion des coopératives ou d'autres formes de logement abordable ?

3. Afin de répondre à ces questions, qui portent essentiellement sur la notion d'aide d'Etat en droit de l'UE et ses possibles applicabilité et incidences sur les mesures en matière de politique du logement en Suisse, nous allons procéder comme suit :

Tout d'abord, nous examinerons la notion d'aide d'Etat en droit de l'Union européenne, et la mesure dans laquelle le champ et les conditions d'application du droit de l'Union européenne en la matière (auxquels l'art. 8A § 2 du projet d'Accord-cadre fait expressément référence) pourraient avoir une incidence sur les politiques suisses en matière de logement, et notamment le statut et les activités des coopératives de logement, qui jouent un rôle important en Suisse. Cela nous sera utile pour répondre aux questions 3 et 4.

Dans un deuxième temps, nous rappellerons la singularité des relations entre la Suisse et l'Union européenne (3.1); cela nous permettra de mieux situer la place et le rôle que cet « Accord-cadre » sera appelé à jouer dans les relations entre la Suisse et l'UE, et les incidences que sa mise en œuvre aura – ou pourrait avoir dans le futur – sur la politique du logement en Suisse ; cela nous sera utile pour répondre à la question 5. Nous examinerons notamment le champ d'application de cet Accord

institutionnel (3.3) ; cela permettra de répondre sans ambiguïté aucune à la question 4. Nous verrons également quelle est la portée juridique, pour le droit suisse, des références que cet Accord-cadre fait à la notion d'aides d'Etat (3.4) ; cela sera utile pour répondre aux questions 1, 3 et 5. Nous examinerons enfin brièvement les mécanismes de mise en œuvre et de contrôle prévus par l'Accord-cadre pour ce qui concerne l'appréciation de la conformité des régimes existants ou à venir avec le marché intérieur de l'UE ; cela sera notamment utile pour répondre à la question 4.

Dans un troisième temps, nous répondrons aux cinq questions posées (4).

2. Le régime des aides d'Etat en droit de l'Union européenne et sa possible incidence sur les politiques publiques de soutien au logement

4. La réglementation des aides d'Etat dans la perspective du marché intérieur fait partie de la politique de la concurrence de la communauté européenne dès 1957. Ainsi dès la version originale du Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) signé à Rome le 25 mars 1957 entre les six Etats fondateurs des Communautés européennes, on trouve un article 92 TCEE dont le libellé du premier paragraphe est le suivant : « 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. » Cette définition est presque mot pour mot celle que l'on retrouve à l'art. 107 § 1 TFUE ; seules deux modifications apparaissent. Premièrement, la référence n'est plus faite « aux dérogations prévues par le présent traité » mais « aux dérogations prévues par les traités ». Deuxièmement, la référence n'est plus faite au « marché commun » mais au « marché intérieur ».

A part ces deux modifications le texte est strictement le même dans le TFUE, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, que celui du traité instituant la CEE en 1957. La première modification n'a plus d'importance (le pluriel des traités visait la période durant laquelle coexistaient les trois communautés (CECA, CEE et EURATOM) ; aujourd'hui, le traité CECA ne produit plus d'effets juridiques (il s'est éteint après 50 ans d'existence, le 24 juillet 2002) et le traité EURATOM jouit d'un statut particulier qu'il n'est pas nécessaire d'examiner dans le cadre du

présent avis de droit. La seconde modification dénote simplement un changement d'appellation effectué par le Traité de Maastricht ; l'article 3 du Traité instituant la CEE révisé par le Traité de Maastricht – qui change d'ailleurs à cette occasion d'appellation pour devenir Traité instituant la CE (Communauté européenne) – introduit la notion de marché intérieur, qui va coexister avec la notion de marché commun inscrite à l'art. 2 TCE. Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'art. 2 TCE disparaît, et seule subsiste l'appellation de marché intérieur. Ce changement d'appellation n'a aucune incidence sur les règles de fond en matière d'aides d'Etat.

Les règles principales relatives aux aides d'Etat sont donc les mêmes depuis 1958.

2.1. La définition des aides d'Etat en droit de l'UE

5. L'intervention de la puissance publique dans le secteur économique n'est pas interdite dans le cadre du marché intérieur. Il faut cependant distinguer principalement trois cas de figure, qui donnent lieu à des qualifications et solutions juridiques différentes. Tout d'abord, des activités de nature économique peuvent légitimement être conduites par des acteurs publics, appartenant à des collectivités publiques, ou sous forme de régies détenues directement par des collectivités publiques. Il a même été admis par la Cour qu'une collaboration entre autorités publiques, même réalisée sous la forme d'une entreprise qui ne relève pas du droit public mais dont l'ensemble des membres sont des collectivités publiques, n'était pas de ce simple fait contraire aux dispositions des traités (voir les arrêts *Coditel Brabant wallon c. Commune d'Uccle*, *Commission c. Allemagne* et *WAZV Gotha c. Eurawasser*, tous rendus entre 2008 et 2009).

6. Deuxièmement, dans le cadre de la libéralisation des services, la Commission européenne a reconnu le caractère spécifique de certains services publics, de nature économique, mais dont la fonction principale était la réalisation de la mission de service public dans le cadre de l'intérêt général. Le traité d'Amsterdam (1997) va introduire dans le droit primaire de l'UE, un nouvel article 7D TCE, lequel reconnaît en droit cette **notion de « service d'intérêt économique général » (SIEG)** dont la portée est transversale en droit de l'UE. C'est aujourd'hui l'art. 14 TFUE qui fait référence à ces derniers (la disposition figure aujourd'hui dans le Titre II – dispositions d'application générale – de la Première partie du TFUE). Cela signifie que dans tous les domaines couverts par le TFUE (et donc au sein du marché intérieur) peuvent exister des SIEG, selon la définition que leur donnent les Etats membres.

Les Etats membres restent libres de définir les services (publics) d'intérêt économique général (voir l'arrêt du Tribunal du 12 février 2008, *BUPA c. Commission*); cependant, l'art. 106 TFUE précise que « 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. » (art. 106 § 1 TFUE). Soulignons que parmi les articles 101 à 109 TFUE figurent les articles 107 et 108, qui constituent le cœur du mécanisme communautaire de la définition (107) et de la mise en œuvre du régime de surveillance des aides d'Etat (108). Selon l'art. 106 TFUE et la doctrine unanime (voir *DONY et al.*, 39, *KARPENSCHIF*, 104) le régime applicable à des entreprises exclusivement chargées de la gestion de services d'intérêt économique général fait que celles-ci restent soumises aux règles de la concurrence (notamment l'art. 107 TFUE), mais font l'objet d'un pouvoir d'examen restreint par la Commission, notamment limité au contrôle de l'absence d'erreur manifeste par un Etat membre dans sa définition d'un SIEG (voir l'arrêt *BUPA c. Commission*). Ce régime est moins contraignant que celui de l'application directe des articles 107 et 108 TFUE, lequel confère à la Commission européenne un pouvoir d'appréciation dans la qualification de l'aide d'Etat qui est plus étendu. Dans son arrêt du 15 novembre 2018 (*Woonlinie & al c. Commission*) le Tribunal de l'UE admet sans hésitation qu'une politique de logement social constitue une SIEG (voir l'arrêt *Woonlinie* du 15 novembre 2018, §§ 68 à 105). Dans ce cadre juridique, la Commission a édicté une « Communication sur l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public » (voir *JOUE*, C7297/4 du 29 novembre 2005) laquelle reprend d'ailleurs les critères dégagés par la Cour dans l'arrêt *Altmark* (2004) et définit les limites dans lesquelles les moyens publics peuvent être utilisés pour compenser une obligation de service public.

7. Les autres entreprises qui ne réalisent pas une mission de service public au sens d'un SIEG et qui bénéficient, sous quelque forme que ce soit, de ressources publiques sont soumises au régime des aides d'Etat telles que définies à l'art. 107 §1 TFUE, sous réserve des exceptions reconnues par les § 2 et 3 de ce même article. L'article 107 TFUE reprend les termes de l'art. 92 TCEE et se lit comme suit : « 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. »

Les paragraphes 2 et 3 de cet article 107 TFUE définissent certaines aides d'Etat qui sont compatibles avec le marché intérieur (§2) et des aides qui « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur » (§ 3). A noter, et ce n'est pas sans intérêt pour qui concerne les enjeux du logement social, que l'art. 107 § 2 TFUE considère comme compatible avec le marché intérieur « les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits. »

Hors ces exceptions, les aides d'Etats sont incompatibles avec le marché intérieur, pour autant qu'elles remplissent quatre conditions cumulatives : Premièrement, l'aide doit être accordée « par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit ». Deuxièmement, la mesure doit affecter les échanges entre Etats membres, ou fausser ou être susceptibles de fausser la concurrence. Troisièmement, la mesure, pour être contraire aux traités, doit « favoriser certaines entreprises ou certaines productions », donc être sélective ou discriminatoire. Enfin, cette discrimination entre entreprises doit procurer un avantage (favoriser) l'entreprise qui en est bénéficiaire.

8. Avant de nous pencher brièvement sur ces quatre conditions, il convient de rappeler que **cette problématique des aides d'Etat ne s'applique qu'à des entreprises**. Soulignons à ce propos que dans sa pratique de contrôle des aides d'Etat, la Commission (voir 2.3 ci-dessous) – agissant elle-même sous le contrôle de la juridiction communautaire, puisque ses décisions peuvent être contestées par le biais d'un recours en annulation (263 TFUE) – ne se réfère pas une conception formelle de l'entreprise, mais à la réalité économique des activités menées. Ainsi dans une décision du 12 septembre 2013 (*RFA c. Commission*) le Tribunal confirmera la position de la Commission qui considérait que des associations de protection de l'environnement à but non lucratif, auxquelles l'Etat confiait à titre gracieux la gestion des zones de patrimoine naturel national, devaient être considérées comme des entreprises – malgré leur statut légal – dans la mesure ou dans le cadre de leur activité de gestion de ces zones naturelles protégées, ces associations avaient des activités secondaires qui relevaient de l'entreprise, notamment parce qu'elles commercialisaient du bois coupé dans ces zones ou attribuaient des permis de pêche, ce qui relevait d'une activité commerciale ! La qualification d'un acteur comme « entreprise » dépend donc de la nature économique des activités, principales ou secondaires, qu'il développe dans les faits, et non de son statut juridique formel.

9. L'origine de l'aide d'Etat a donné lieu à une jurisprudence importante et constante. **Toute ressource publique**, qu'elle soit affectée par une autorité publique – quelle que soit sa place dans la structure de l'Etat – ou par une entité dont les ressources proviennent des finances publiques (quel que soit le statut de cette entité) **dont bénéficie une entreprise pourra être considérée comme une « aide d'Etat »**, pour autant que les autres conditions soient remplies. De même, les modalités de l'aide, que celle-ci soit directe (transfert ou soutien financier, transfert de propriété ou fourniture de prestations au-dessous des prix du marché) ou indirecte (manque à gagner pour les finances publiques, par exemple par le biais d'un régime fiscal favorable ou l'exonération de certaines redevances), n'ont pas d'incidence sur la qualification d'aide d'Etat. Dans tous les cas, pour autant que les autres conditions soient satisfaites, une telle mesure pourra être qualifiée d'aide d'Etat.

10. Deuxièmement, et c'est le critère le plus évolutif, **l'aide examinée doit « affecter les échanges entre Etats membres, ou fausser ou être susceptibles de fausser la concurrence »**. En fonction de l'évolution de la libéralisation de nouveaux secteurs économiques dans le cadre du marché intérieur, cette appréciation par la Commission peut varier dans le temps. Ainsi comme a pu l'affirmer la Cour la « circonstance qu'un secteur économique a fait l'objet d'une libéralisation au niveau communautaire est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides sur la concurrence ainsi que leurs effets sur les échanges entre Etats membres. » (CJUE, 10 janvier 2006, *Casa di Risparmio di Firenze*). Ainsi selon le Tribunal de l'UE, « il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un Etat membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres Etats membres de pénétrer le marché de cet Etat membre en sont diminuées. » (Tribunal UE, 18 janvier 2012, *Djebel c. Commission*).

Ce critère ne peut donc en aucun cas faire l'objet d'une définition générale, sa portée variant avec le développement du marché intérieur (voir 2.2 ci-dessous).

11. Troisième critère, **le caractère sélectif et discriminatoire de la mesure** dépend de plusieurs critères d'appréciation. Tout d'abord, si la mesure soumise à examen est de portée générale, si elle n'identifie pas des destinataires particuliers ou n'a pas été prise discrétionnairement par une autorité publique avec pour conséquence de favoriser certains acteurs

économiques au détriment d'autres, alors il ne s'agit pas d'une aide d'Etat prohibée par l'art. 107 TFUE. A ce sujet, se posera évidemment la question d'une discrimination entre entreprises jouissant, en vertu du droit commun de statuts différents, dont il résulte un traitement (fiscal par exemple) différencié. L'appréciation peut être complexe et donner lieu à des réponses nuancées. Ainsi, dans le domaine du logement social qui intéresse cet avis de droit et qui en Suisse est notamment mis en œuvre par le biais de coopératives d'habitations, la Cour a dans un arrêt du 8 septembre 2011 considéré que bien que bénéficiant d'un régime fiscal plus favorable que certaines entreprises concurrentes, un tel régime fiscal applicable à des sociétés coopératives n'était pas constitutif d'une aide d'Etat, notamment parce que « les sociétés coopératives obéissent à des principes de fonctionnement particulier qui les distinguent nettement des autres opérateurs économiques », ce notamment parce que « des sociétés coopératives de production et de travail telles que celles en cause au principal ne sauraient, en principe, être considérées comme se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable à celle des sociétés commerciales, pour autant toutefois qu'elles agissent dans l'intérêt économique de leurs membres et qu'elles entretiennent une relation non pas purement commerciale, mais personnelle et particulière avec ces derniers, dans laquelle ces membres sont activement impliqués [...] » (CJUE, 8 septembre 2011, aff. jtes C-78 à C-80/06, § 58).

Enfin, pour ce qui concerne ce critère et cela ne saurait être sans intérêt au regard du système institutionnel suisse, la Cour a admis que le territoire de référence pour juger du caractère discriminatoire d'une mesure d'aide n'était pas nécessairement, en raison de l'organisation constitutionnelle de certains Etats, le territoire national dans son ensemble mais, le cas échéant, le territoire de la collectivité concernée, laquelle peut promulguer une mesure générale (pour son propre territoire) dans l'exercice de ses compétences propres, qui ne saurait en raison de son auteur être considéré comme une mesure discriminatoire en faveur d'une région au regard des autres, comme l'aurait été la même mesure adoptée par une autorité nationale sur un plan national (CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c. Commission*, C-88/03). Au regard de l'organisation fédérale de la Suisse et de la grande autonomie des cantons en matière fiscale et de politique économique, ce facteur d'appréciation du caractère discriminatoire de certaines mesure régionales (ou cantonales pour ce qui nous concerne) pourrait constituer un garde-fou important au bénéfice de mesures cantonales spécifiques – pour autant qu'elles n'aient pas un effet discriminatoire entre « entreprises » sur le territoire cantonal.

12. Dernier critère, la mesure examinée ne doit pas offrir un avantage à son (ses) bénéficiaire(s). Ainsi notamment, dans la mesure où elle pourrait n'être considérée que comme la compensation exacte d'une obligation de service public, « l'aide » pourrait ne pas être contraire au traité. Cela renvoie au critère de proportionnalité mis en œuvre par la Commission dans sa Communication de 2011 sur « l'Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public ». Ainsi dans une affaire jugée en 2016 par la Cour d'Appel Administrative de Douai (France), les juges constatent que « compte tenu notamment des stipulations de l'article 24.1.3 de la convention relatif au reversement des participations par l'aménageur en cas de solde d'exploitation positif, il n'est pas établi que la compensation dépasse 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 qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; [...] par suite, le moyen tiré de ce que le contrat aurait instauré une aide d'Etat doit être écartée. » (4 février 2016, CAA Douai, *Communauté d'agglomération Creilloise*, § 24). En d'autres termes, si l'avantage qu'accorde une autorité publique n'excède pas les charges que les conditions de réalisation d'une mission de service public (comme p. ex. la mise à disposition de logements sociaux à des coûts inférieurs à ceux du marché libre) imposent à l'entreprise, cet « avantage » (comme p. ex. un régime fiscal favorable, ou la cession de terrains à un prix préférentiel) n'est pas constitutif d'une aide d'Etat (voir en ce sens KARPENSHIF, 74-83).

13. En conclusion, force est de constater **l'absence d'une définition claire de la notion d'aide d'Etat en droit de l'UE**. Contrairement à de nombreux autres domaines du droit de l'UE, la question des aides d'Etat n'a pas fait l'objet du développement d'un droit dérivé substantiel (bien que dès le Traité de Rome de 1957, l'art. 94 TCEE – aujourd'hui 109 TFUE – confère une compétence normative à la CEE puis à l'UE en la matière). C'est donc essentiellement de la pratique de la Commission dans sa fonction de contrôle de la compatibilité des aides d'Etat selon l'art. 108 TFUE (initialement 93 TCEE) et des décisions de la Cour ou du Tribunal de l'UE en cas de contestation de ces décisions que s'est forgée la portée de cette notion d'aide d'Etat.

Selon cette logique la Commission européenne, dans sa mission de contrôle de la compatibilité des aides avec le(s) traité(s) essaie, par l'adoption d'actes non-contraignants (Communications notamment) d'explicitier l'usage qu'elle fait des critères que met à sa disposition l'art. 107 TFUE dans différents secteurs pour lesquels les aides d'Etat constituent une problématique importante.

« L'Annexe X » de l'Accord-cadre (sur les dispositions considérées comme nécessaires, au sens de l'article 8B paragraphe 6 premier tiret, pour l'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien) donne un bon reflet de ce cadre juridique pour ce qui concerne le régime des aides d'Etat dans le domaine du transport aérien ; formel, comme p.ex. le Règlement (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* (inférieure à 500'000 Euros) ; ou informel comme de nombreuses « Communications » ou « lignes directrices ». Par ce biais et même en l'absence d'une définition claire et exhaustive de la portée de la notion d'aide d'Etat, la Commission européenne essaie de conférer une certaine prévisibilité aux décisions qu'elle est amenée à prendre dans le cadre des contrôles qu'elle effectue selon les modalités de l'art. 108 TFUE (voir 2.4 ci-dessous). Dans le cadre de l'Accord-cadre, l'art. 8C relatif à la transparence et aux modalités de coopération, notamment entre autorités de surveillance, exige « un régime de transparence équivalent en termes de substance et de procédures à celui de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat » (8C § 2 de l'Accord-cadre), précisément afin que les opérateurs économiques actifs en Suisse puissent de manière raisonnable anticiper la pratique de l'autorité indépendante de surveillance suisse à laquelle se réfère l'art. 8B de l'Accord-cadre.

2.2. *Articulation entre aides d'Etat et marché intérieur*

14. Le marché intérieur (originellement marché commun ; par souci de simplification pour le lecteur, nous utiliserons dans la suite de cet avis le terme de marché intérieur – terme actuellement en vigueur – même si avant 1993, il s'agit formellement d'un anachronisme) est le moyen par lequel les Etats signataires du Traité de Rome de 1957 instituent une Communauté économique européenne, laquelle vise à promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit. » (art. 2 TCE). L'art. 3 TCE précise ainsi que « aux Fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans *les conditions et selon les rythmes prévus par le présent Traité* » (c'est nous qui soulignons) une série d'actions dont notamment, « l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent, » (art. 3 a TCEE), « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des

capitaux, » (art. 3 c TCEE) et « l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun » (art. 3 f TCEE). Ce qu'il est important de retenir de ces dispositions, c'est que **le marché intérieur n'est pas un régime établi par les traités, mais le résultat de la mise en œuvre dynamique et progressive de principes et politiques inscrits dans le traité au fondement de la CEE**, aujourd'hui de l'UE (qui selon l'art. 1 § 3 TUE a succédé à la Communauté européenne, laquelle s'était nominalement substituée à la Communauté économique européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht en 1993).

15. En conséquence, si la définition formelle des aides d'Etat n'a pas évolué depuis 1957, l'incidence de certains mécanismes relevant de l'intervention de l'Etat dans l'économie va avoir des impacts différents sur les échanges entre Etats et la concurrence, en fonction de l'évolution de la réalisation du marché intérieur. Politiquement, l'achèvement du marché intérieur a été proclamé par la Commission Delors et les douze Etats membres de l'époque au premier janvier 1993. Dans les faits, de nombreuses évolutions de ce marché intérieur ont encore lieu depuis, notamment pour ce qui concerne la libre circulation des personnes (qui va s'étendre au delà des seuls travailleurs et indépendants tels que visés par le régime initial de la libre circulation des personnes à tous les ressortissants des Etats membres, actifs ou inactifs), des capitaux, et surtout des services (qui reste un domaine en chantier, même au sein de l'UE). **En conséquence, dans la mesure où les aides d'Etats sont considérées comme incompatibles avec le marché intérieur selon quatre conditions posées par l'art. 107 § 1 TUE, même si les critères formels de définition des aides d'Etat ne changent pas, l'évolution des domaines inclus dans le marché intérieur a pour conséquence que la portée de la notion d'aide d'Etat au sens des traités au fondement de l'UE est, malgré la stabilité des termes qui la définit, évolutive dans ses effets.** Ainsi par exemple, dans un arrêt du 24 mars 2011 (*Freistaat Sachsen e.a.*), le Tribunal constate que l'exclusion des infrastructures aéroportuaires du régime des aides d'Etat traditionnellement admise par la Commission n'a, à partir de 2000, plus lieu d'être (décision confirmée en pourvoi le 19 décembre 2012, C-288/11 P). Ainsi, tant l'évolution des pratiques économiques que la libéralisation progressive dans le cadre du marché intérieur de certains secteurs d'activités « peuvent conduire à ce qu'une activité longtemps considérée comme n'étant pas économique le devienne » (KARPENSCHIF, 28). De même, certains secteurs d'activité qui pendant longtemps ont pu être considérés comme non susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres ou la concurrence en droit européen (l'une des conditions pour qu'une intervention de financements publics puisse

être considérée comme une aide d'Etat au sens du TFUE), notamment en raison de leur dimension apparemment locale, peuvent ultérieurement être considérés comme affectant la mise en concurrence entre des prestataires de service locaux et des prestataires de services étrangers. Voir en ce sens l'arrêt du 24 juillet 2003 (*Altmark*), lequel couronne une évolution jurisprudentielle relative aux services publics d'intérêt économique général de dimension locale, ici dans le domaine particulier des transports publics locaux (soumis pour ce qui concerne les aides d'Etat à un régime particulier, définit par l'art. 93 TFUE). Le raisonnement n'en vaut pas moins pour les autres secteurs effectivement ou potentiellement concernés par le développement du marché intérieur et soumis au régime général des articles 107 et 108 TFUE.

2.3. Les catégories d'aides d'Etat

16. L'article 108 § 1 TFUE se lit comme suit : « La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur. » Il ressort de ce libellé que certaines aides d'Etats ne sont pas visées par cette disposition, ce qui n'en altère pas moins leur qualification d'aides d'Etat.

17. Tout d'abord, l'article 108 § 1 mentionne « les régimes d'aides ». C'est-à-dire des dispositifs de portée générale, qui autorisent certaines catégories d'acteurs économiques dans certains secteurs d'activité, à bénéficier d'un concours des finances publiques dans la réalisation de leur activité économique. Ainsi par exemple dans l'affaire *Woonlinie & al c. Commission*, le Tribunal de l'UE a eu à se prononcer en novembre 2018 sur la compatibilité d'un régime d'aide d'Etat – les mesures de soutien au logement social telles qu'existantes aux Pays-Bas – et non sur une aide particulière. En effet, une autorité publique (voir § 9 ci-dessus pour la portée large de cette notion dans le contexte des aides d'Etat) peut aussi, en dehors d'un « régime », décider par une mesure particulière, la mobilisation de ressources publiques au bénéfice d'une « entreprise » (voir le § 8 ci-dessus pour la définition large de ce terme dans le domaine des aides d'Etat) dans un but d'intérêt public. Une telle « aide individuelle » est évidemment soumise, en tant que telle, à un contrôle de sa conformité aux règles de concurrence en vigueur au sein du marché intérieur. Il convient donc de distinguer une aide individuelle, qui est en principe soumise à notification et contrôle *a priori* (108 § 3 TFUE), d'un régime d'aide au sein duquel, pour autant que le régime n'ait pas été jugé incompatible avec l'art. 107 TFUE, chaque décision de l'autorité publique

résultant en l'octroi d'une aide ne doit pas faire l'objet d'un contrôle *a priori* (le régime étant considéré comme neutre du point de vue de la concurrence). Evidemment, cette logique n'exclut pas la contestation d'une décision d'aide particulière au sein d'un régime conforme, le requérant considérant que cette décision individuelle n'est pas conforme au régime tel qu'il a été validé (contrôle de légalité).

18. L'article 108 § 1 concerne selon son libellé, « les régimes d'aides existants ». A contrario, il peut exister des régimes d'aides nouveaux. Cette distinction est procéduralement importante. En effet, si les aides existantes donnent lieu à un « examen permanent » de leur compatibilité avec le marché intérieur par la Commission et les Etats membres (il s'agit donc d'une procédure de coopération), les nouveaux régimes d'aides d'Etat doivent faire l'objet d'une notification à la Commission et d'un examen préalable à leur entrée en vigueur par cette dernière (art. 108 § 3 TFUE). Si la Commission considère le régime nouveau comme incompatible, l'Etat ne peut l'instaurer. Si nonobstant l'avis négatif de la Commission l'Etat met en œuvre le régime nouveau ou la décision d'aide individuelle, la Commission est en droit d'intervenir pour les faire répéter, conformément à la procédure prévue par l'art. 108 § 2 TFUE.

La distinction entre régime existant et régime nouveau d'aide d'Etat n'est pas toujours limpide, puisque l'art. 107 § 3 TFUE s'applique non seulement à des projets tendant à instituer des régimes d'aides nouveaux, mais aussi à des projets de modification de régimes d'aides existants. Selon l'ampleur de la modification du régime, celui-ci restera comme une aide existante, ou sera qualifié d'aide nouvelle. C'est la Commission européenne qui apprécie ce point, le cas échéant (en cas de contestation) sous contrôle du Tribunal ou de la Cour de l'UE.

2.4. Les procédures de supervision des aides d'Etat

19. Comme indiqué dans la section précédente, la Commission et les Etats membres procèdent à un « examen permanent » (pour les aides existantes) ou un examen *a priori* (pour les aides nouvelles ou les modifications d'aides existantes) de la compatibilité des régimes d'intervention fondés sur des ressources de l'Etat (voir § 9 ci-dessus) avec les principes de l'art. 107 TFUE. Seule la Commission est habilitée, *in fine*, à se déterminer sur la compatibilité ou non d'une aide individuelle ou d'un régime d'aide d'Etat avec les critères posés par l'art. 107 TFUE (respectivement 106 § 2 pour les SIEG ou 93 pour les transports). Ce contrôle s'effectue cependant sous la supervision de la juridiction communautaire. Ainsi, si la Commission estime qu'une aide

d'Etat individuelle ou un régime d'aide d'Etat n'est pas conforme aux critères posés par l'art. 107 TFUE, elle peut, « après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations » (art. 108 § 2 TFUE) décider, à propos de l'aide ou du régime examiné, « que l'Etat intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. » (art. 108 § 2 TFUE). « Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne, par dérogation aux articles 258 et 259 » (art. 108 § 2 al. 2 TFUE) ; il s'agit en l'espèce d'une procédure de recours en manquement accélérée devant la Cour de Justice. Bien évidemment, la décision de la Commission selon laquelle l'Etat intéressé doit supprimer ou modifier l'aide ou le régime d'aide est elle aussi soumise à contrôle juridictionnel, et l'Etat ou un bénéficiaire (voire une entreprise tierce pour autant qu'elle soit directement et individuellement concernée par la décision de la Commission) peut en contester la validité devant le Tribunal ou la Cour de Justice de l'UE par un recours en annulation (selon 263 TFUE). Ce sont ces deux types de procédures qui constituent l'essentiel du contentieux en matière d'aides d'Etat devant la juridiction communautaire, et donc de l'évolution prétorienne de la portée juridique de la notion d'aide d'Etat au sens de l'art. 107 TFUE.

Bien évidemment, ni les pouvoirs publics ni les entreprises opérant sur le territoire suisse ne seront soumis à ces procédures (raison pour laquelle nous ne détaillons pas plus avant les modalités et étapes de celles-ci). Nous le verrons, cependant, l'Accord-cadre demande à la Suisse d'instituer une « autorité indépendante, dotée des pouvoirs nécessaires à l'application pleine et entière des dispositions du présent chapitre [c'est-à-dire relatif aux aides d'Etat] » (art. 8B 2 du projet d'Accord-cadre), dont les modalités de fonctionnement et le cadre procédural devraient se rapprocher de ce qui existe dans l'UE. Par contre, des entreprises suisses opérant dans l'UE pourraient être soumises à de telles procédures, mais cette question ne concerne aucune hypothèse qui pourrait relever du champ du présent avis de droit.

20. Bien que la Commission jouisse du monopole de la détermination de la compatibilité d'une mesure qualifiée d'aide d'Etat avec les critères posés par le Traité au sein de l'UE, les juges nationaux sont souvent appelés à connaître d'un contentieux, dans le cadre de leur fonction juridictionnelle, lorsqu'est soulevé un argument relatif à une aide d'Etat ; soit entre des opérateurs économiques et l'Etat (contentieux de nature administrative, le plus fréquent) soit entre opérateurs privés (procédure civile). Dans ce cadre, ils peuvent être amenés à vérifier la conformité d'une

mesure qualifiée d'aide d'Etat avec les dispositions du droit communautaire. Bien évidemment, leur décision ne lie pas la Commission européenne qui pourrait, en cas de saisine selon 108 § 3, adopter une qualification différente d'une mesure que celle décidée par une juridiction nationale. Par ailleurs, en cas de doute sur l'interprétation des critères de qualification d'une mesure comme aide d'Etat au sens de l'art. 107 TFUE (respectivement 106 ou 93 TFUE), tout juge national a la possibilité d'adresser une *question préjudicielle* relative à l'interprétation de l'article concerné dans le cas d'espèce, selon la procédure prévue par l'art. 267 TFUE.

Là encore, ce mécanisme de question préjudicielle ne sera pas accessible aux juges suisses.

21. En conclusion, les mécanismes de mise en œuvre du contrôle des régimes d'aides d'Etat ou d'aides d'Etat individuelles, contrairement aux critères de fond déterminant les aides d'Etat, ne s'appliqueront pas en Suisse ; l'accord-cadre ne le prévoit pas. Par contre, la Suisse s'engage par le biais de l'art. 8B du projet d'Accord-cadre, à exercer « une surveillance permanente de la conformité des aides d'Etat avec les dispositions du présent accord et des accords visés au paragraphe premier de l'article 8A » (art. 8 B § 3) ; à cette fin, « la Suisse adopte et applique les dispositions nécessaires en vue d'assurer à tout moment un niveau de surveillance équivalent à celui d'application dans l'Union européenne » (art. 8B § 6 du projet d'Accord-cadre). Il faudra donc connaître la nature de cette « autorité indépendante » et ses compétences précises dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord-cadre pour pouvoir se prononcer utilement sur la portée d'un tel mécanisme pour ce qui concerne les autorités publiques et les acteurs économiques actifs en Suisse, et ceci dans les limites et selon les conditions pas encore connues qui seront celles fixées par chaque Accord relatif au marché intérieur postérieur à l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre. Il n'est donc à ce stade pas possible de proposer de conclusion générale sur ces procédures de supervision.

2.5. Aides d'Etats et politiques publiques de soutien au logement

22. Comme le précise l'art. 5 TUE, « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. » (art. 5 § 1 TUE). En conséquence, « en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. » (art. 5 § 2 TUE). En matière de politique du logement, l'union européenne ne s'est pas vu attribuer de compétence. Cependant, comme nous

l'avons vu ci-dessus (§ 16), l'art. 108 § 1 TFUE soumet « tous les régimes d'aide d'Etat existants » à un contrôle permanent de la part de la Commission et des Etats membres. Cela peut donc concerner des régimes juridiques qui constitueraient des aides d'Etat au sens des traités dans le domaine du logement, et notamment du logement social ; mais ceci pour autant que la politique du logement entre dans le champ d'application des traités (TUE et TFUE).

23. Aussi dans la mesure où une politique de logement social pourrait avoir pour effet de fausser la concurrence (voir le § 10 ci-dessus), elle pourrait constituer un régime d'aide d'Etat dont la compatibilité avec les dispositions du traité doit être évaluée. C'est le point de vue de la Commission (et c'est notamment les conclusions de cette évaluation par la Commission européenne de certains aspects du régime de logement social aux Pays-Bas qui a donné lieu à un long contentieux ayant abouti au jugement du 15 novembre 2018 (*Woonlinie & al c. Commission*)).

Les politiques d'aide au logement en Europe sont variées, tant dans leur conception que dans leurs modalités de mise en œuvre (SCALON & WHITEHEAD, GHEKIÈRE). Il est ainsi impossible de tirer des conclusions générales sur la compatibilité des politiques de logement social nationales avec les traités, d'autant que l'examen de ces politiques ne se fera que sous l'angle particulier des régimes d'aides d'Etat. Ce qui est cependant acquis est que la fourniture de logement social par les pouvoirs publics, ou par des opérateurs privés soutenus par des politiques publiques, constitue une mission de service public, ou un « service d'intérêt économique général » (CZISHKE, TOUSSAIN ; de même le Tribunal UE dans l'affaire *Woonlinie & al. C. Commission* aux §§ 68 à 104). En ce sens, il conviendra de se demander dans chaque situation si l'analyse d'une politique nationale de logement social doit être conduite sous l'empire des critères de l'art. 107 TFUE (aides d'Etat), ou pas plutôt selon les critères de l'art. 106 § 2 TFEU concernant les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, lesquelles restent néanmoins soumises aux règles de l'art. 107 TFUE. Cependant, dans le cas de l'art. 106 § 2 TFUE, le pouvoir d'examen de la Commission est limité au contrôle de l'absence « d'erreur manifeste » des pouvoirs publics dans leur définition du SIEG (voir l'arrêt de 2018 *Woonlinie & al. C. Commission*, §§ 68 à 95).

La qualification dépendra probablement de l'ensemble des activités menées par les entreprises concernées. Dans l'affaire *Woonlinie & al c. Commission* jugée par le Tribunal de l'UE en novembre 2018, le contentieux ne portait pas tant sur la mission principale des sociétés de logement (fournir du logement social), que sur la possibilité pour ces sociétés qui bénéficiaient d'un régime

d'aide d'Etat selon la Commission, de se livrer subsidiairement à des activités économiques qui ne relevaient pas de la mission de fourniture de logement social. Et que donc dans le cadre de ces activités périphériques, leur statut juridique et les avantages qu'elles en tiraient, plaçaient ses sociétés de logement en concurrence « faussée » au regard d'opérateurs économiques actifs – sans aucune mission relative au logement social – dans le domaine du logement (agents immobiliers). Soulignons encore à propos du logement social que l'accès à un logement relève des droits fondamentaux tels que garantis par l'Union européenne et ses Etats membres, notamment l'article 34 § 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui stipule que « L'Union reconnaît et respecte le droit à [...] une aide au logement destinée à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes ». Cette disposition ne suffit cependant pas à conférer à l'UE une compétence en matière de politique du logement, car comme le précise l'art. 6 § 1 al. 2 TUE, « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. » Cependant et de longue date (1957), dans le domaine des aides d'Etat, ce droit est également garanti, puisque l'art. 107 § 2 considère comme compatible avec le marché intérieur « les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels ». Cela recoupe également l'exigence de l'art. 9 TFUE selon lequel « dans la définition et la mise en oeuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale [...] ».

24. La difficulté ne se pose donc pas avec le principe du maintien d'une politique de logement social dans le cadre du marché intérieur de l'UE, mais dans les modalités de mise en oeuvre d'une telle politique, et de leurs possibles effets sur la concurrence dans le cadre du marché du logement (libre), aux marges du logement social *stricto sensu*. Marges qu'il peut être difficile à établir. Rappelons cependant que la définition des Services d'intérêt économique général reste de la compétence des Etats membres, et que la compétence de contrôle de la Commission en la matière est limitée aux erreurs manifestes, ce qui est beaucoup plus étroit que ce que l'autorise à faire l'art. 108 TFUE pour des régimes ou des aides individuelles qui ne relèvent pas des SIEG. Dans le cadre de l'affaire *Woonlinie & al. C. Commission*, cette dernière considère que le gouvernement néerlandais commet une erreur manifeste dans la définition de sa politique de logement social en n'en délimitant pas les bénéficiaires de manière suffisamment précise (§§ 116 à 139).

3. Contenu et champ d'application du projet d'Accord-cadre

25. Après avoir examiné d'une manière large les enjeux de la problématique des aides d'Etat dans le cadre des politiques de logement social en Europe, voyons dans quelle mesure, l'Accord-cadre dont le projet est soumis à consultation affecterait la politique suisse en matière de logement. De ce point de vue, il nous paraît important de souligner qu'un accord de ce type constituera un objet nouveau et singulier en droit européen, ce qui rend toute perspective comparatiste délicate (3.1). Comprendre et rappeler les objectifs de cet Accord-cadre (3.2) nous aidera également à en comprendre la rationalité, et son rôle dans le développement des relations futures entre la Suisse et l'UE. Nous verrons cependant que le champ d'application de l'Accord-cadre lors de son entrée en vigueur sera extrêmement limité. Par contre, et c'est la raison de son appellation « d'Accord-cadre », il devrait ensuite avoir une incidence et une application pour tout accord futur – relatif à l'accès au marché intérieur – entre la Suisse et l'UE ; de ce point de vue, sa portée potentielle est immense (pour autant que les relations conventionnelles entre la Suisse et l'UE continuent à se développer). Nous verrons ensuite la prise en compte de la problématique des aides d'Etat dans cet accord-cadre (3.4), avant de nous pencher brièvement sur les mécanismes de mise en œuvre (3.5) et de règlement des différends prévus dans le cadre de l'accord (3.6).

3.1. La singularité des relations entre la Suisse et l'Union européenne

26. L'Union européenne entretient des relations privilégiées avec son voisinage. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009), l'article 8 TUE stipule : « L'Union développe avec les pays de son voisinage des relations privilégiées, en vue d'établir un espace de prospérité et de bon voisinage, fondé sur les valeurs de l'Union et caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération. » Dans cette optique, nous précisons le paragraphe 2 de ce même article, « l'Union peut conclure des accords spécifiques avec les pays concernés. Ces accords peuvent comporter des droits et obligations réciproques ainsi que la possibilité de conduire des actions en commun. Leur mise en œuvre fait l'objet d'une concertation périodique. » Cette disposition est cependant trompeuse puisque la Suisse, voisine enclavée dans l'Union européenne, n'est pas concernée par cette disposition ou sa mise en œuvre. En effet, la « politique de voisinage » que développe l'UE sur la base de cette disposition est une substitution (maladroite) à la politique volontariste d'élargissement qu'a mené l'UE entre 1975 (Grèce, Espagne et Portugal) et 2010 (qui continue à produire des effets avec l'adhésion de la Croatie en 2013 et vraisemblablement d'autres

Etats des Balkans qui sont dans le processus devant conduire à l'adhésion). L'adhésion à l'UE reste possible (art. 49 TUE), mais ce n'est plus une politique prioritaire pour l'UE ; s'y est substituée la politique de voisinage, qui concerne les frontières Est et Sud (sud-méditerranée de l'UE) de l'Europe, à l'exception de la Russie et de la Turquie, qui ont des régimes particuliers.

Par ailleurs, les Etats membres de l'AELE ne sont pas non plus concernés par cette politique de voisinage. Ils sont placés sous le régime de l'Espace économique européen (EEE), auquel la Suisse a refusé d'adhérer un 6 décembre 1992.

Le processus du Brexit pourrait/devrait donner lieu à une relation d'un nouveau type dont on ne connaît pas encore la nature (seule existe une « déclaration politique » qui esquisse les grandes lignes – assez floues – d'une relation future entre l'UE et le Royaume-Uni). Mais quel que soit le résultat du processus en cours, il paraît improbable que la situation d'un ex Etat membre puisse être comparable à celle de la Suisse, qui est et restera donc singulière.

27. Cet Accord-cadre marque cependant un tournant dans les relations entre la Suisse et l'UE (s'il entre en vigueur) et c'est pourquoi il nous paraît important de le situer dans la perspective large de la présente section. La « voie bilatérale » s'est imposée tant à la Suisse qu'à l'Union européenne, suite au rejet de l'EEE par la Suisse. L'objectif de l'EEE pour l'UE et les pays membres de l'AELE (ils étaient encore sept lorsque cet accord est négocié) était pour l'UE de fournir un cadre unique et dynamique (reprise quasi-automatique de l'acquis) pour les relations avec les principaux partenaires économiques de son voisinage, qui permettrait de ne pas avoir à renégocier constamment des accords nouveaux pour tenir compte des progrès de l'intégration européenne (d'où le processus de reprise dynamique de l'évolution du droit européen par les Etats non-membres de l'UE parties à l'EEE). Pour les Etats membres de l'AELE, l'objectif était un accès au marché intérieur (intégration économique, pour résumer) sans adhésion à l'UE (intégration politique, pour résumer là encore).

La Suisse ayant rejeté par référendum son adhésion à l'EEE, la voie bilatérale s'est (lentement) imposée, la Suisse obtenant un accès partiel et facilité à certains aspects du marché intérieur en échange d'un accord sur le transport par rail et par route à travers notre pays (qui est notamment le chemin le plus court entre deux des grands pays fondateurs, l'Allemagne et l'Italie). Mais les Suisses refusaient le caractère dynamique de l'EEE (à l'exception de l'Accord relatif au transport aérien, seul accord bilatéral qui prévoit une reprise dynamique du droit de l'UE) et la soumission

à un mécanisme préétabli de règlement des différends (fonction que remplit la « Cour EEE » pour les Etats membres de l'EEE).

Les objectifs de l'UE (reprise dynamique du droit de l'UE par ses partenaires économiques et mécanisme de règlement des différends garantissant une application uniforme des règles contenues dans les accords) et de la Suisse (accès au marché intérieur de l'UE) n'ont pas changé. La voie bilatérale ne permet à ce jour à aucune des parties d'atteindre ses objectifs de manière satisfaisante. C'est pourquoi l'Accord-cadre est une tentative de concilier, d'une manière originale, ces intérêts réciproques mais divergents. De ce point de vue, il est singulier et ne peut être comparé à aucun accord préexistant, que ce soit dans la pratique de l'UE ou celle de la Suisse.

3.2. Objectifs de l'accord-cadre

28. Pour l'UE, les objectifs restent la reprise dynamique du droit de l'UE dans les domaines pour lesquels elle est liée par traité avec la Suisse et la mise en place d'un mécanisme garantissant une application uniforme du droit de l'UE dans ses relations avec la Suisse. A ces objectifs qui étaient déjà ceux de l'époque de la négociation de l'EEE (1990-92) s'est ajoutée aux objectifs de l'UE, suite à l'évolution de la sensibilité des dirigeants européens (et notamment de la Commission européenne) à la concurrence fiscale entre Etats au sein du marché intérieur – voir en ce sens les positions diamétralement opposées défendues par la Commission dans l'affaire *Schweppes* (CJUE, 12 septembre 2006, C-196/04) et *Commission c. Irlande (Apple)* (requête en manquement introduite le 4 octobre 2017, affaire en cours). Dans la première affaire (2006), la Commission soutient que la concurrence fiscale n'est pas contraire aux objectifs des traités ; dans la seconde, qu'il s'agit d'un régime d'aides d'Etat, incompatible avec l'art. 107 TFUE. Suite à la grave crise économique et financière de 2008 et aux difficultés rencontrées avec la Suisse dans le cadre de la taxation des entreprises multinationales implantées dans notre pays (régimes fiscaux cantonaux considérés par la Commission européenne comme des régimes d'aides d'Etat faussant la concurrence dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange de 1972), la volonté de réglementer les « aides d'Etat » de manière uniforme pour tous les accords relatifs au marché intérieur est devenue un objectif de l'UE.

29. Pour la Suisse, l'objectif est de poursuivre sur la voie bilatérale, et d'obtenir un meilleur accès pour ses entreprises au marché intérieur de l'UE (p. ex, dans le domaine du marché de l'électricité, ou les services bancaires). La Suisse est réticente aux mécanismes de reprise

dynamique du droit de l'UE et à un mécanisme obligatoire et commun pour l'interprétation des dispositions de l'accord et, le cas échéant, le règlement de différends entre la Suisse et l'UE. La Commission européenne a cependant clairement signifié à la Suisse qu'il n'y aurait pas de nouvel accord relatif au marché intérieur sans accord-cadre couvrant, pour tous les accords relatifs au marché intérieur, tant les mécanismes de reprise du droit de l'UE qu'un mécanisme garantissant l'application uniforme et le règlement des différends ; ainsi qu'une réglementation commune et appliquée de manière uniforme et coordonnée en matière d'aides d'Etat.

30. Les objectifs tels qu'ils résultent du texte du projet d'Accord correspondent pour l'essentiel à ceux de l'UE. La Suisse préserve ses intérêts en acceptant des concessions sur les principes, mais en limitant drastiquement le champ d'application de l'accord.

Comme indiqué au premier paragraphe, « l'objectif général » de l'accord est la sécurité juridique et l'égalité de traitement (art. 1^{er} de l'Accord-cadre). L'objectif de la Suisse est mentionné dans le § 6 du préambule (« renforcer et [à] approfondir la participation de la Suisse au marché intérieur, sur la base des mêmes règles que celles qui s'appliquent au marché intérieur, tout en préservant leur indépendance et celle de leurs institutions et, en ce qui concerne la Suisse, le respect des principes découlant de la démocratie directe et du fédéralisme. »

L'objectif d'une reprise dynamique de l'évolution du droit du marché intérieur est garanti par le chapitre 4 de la partie III de l'Accord-cadre (adaptation des accords concernés) et les principes visant à garantir une application uniforme sont remplis par les chapitres 1 et 3 de la partie III de l'accord, ainsi que par certaines dispositions générales et finales (notamment les articles 17 et 18).

Le contrôle du régime des aides d'Etat est institué par le chapitre 2 de la partie III, qui bien que s'intitulant « principes généraux garantissant le bon fonctionnement des parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe », vise exclusivement le régime des aides d'Etat et sa mise en œuvre.

L'Accord-cadre poursuit ainsi trois objectifs spécifiques distincts, qui chacun donnent lieu à des dispositions et des dynamiques qui seront particulières. Il est important de le souligner et de le comprendre, même si dans le cadre de cet avis de droit, nous nous concentrons sur la question des « aides d'Etat » telles que visées par le chapitre 2 de la Partie III de l'Accord-cadre.

3.3. *Champ d'application de l'accord-cadre*

31. Si la Suisse a dû faire des concessions majeures aux objectifs de l'Union européenne sur le fond, pour ce qui est du champ d'application de l'Accord-cadre par contre, elle a obtenu que l'accord couvre « les accords bilatéraux conclus et à conclure dans les domaines relatifs au marché intérieur » (art. 2 § 1 de l'Accord cadre). Sous cette qualification apparemment large se cache cependant un champ d'application très limité lors de l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, puisque pour ce qui concerne les « accords conclus », le paragraphe 2 de cet article 2 de l'Accord-cadre renvoie uniquement et limitativement à cinq des sept accords du premier « paquet » d'accords bilatéraux conclus le 21 juin 1999 (art. 2 § 2 de l'Accord cadre). Ainsi par exemple, l'Accord de 1972 relatif au libre-échange (qui a bien traité au marché intérieur) ne rentre pas dans le champ d'application de l'Accord-cadre. Cependant le paragraphe 4 du préambule de l'Accord-cadre indique sans guère d'ambiguïté la volonté des parties de renégocier l'accord de 1972, ce qui rendra alors l'ensemble du champ que le nouvel accord couvrira, puisqu'il sera un accord conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, soumis à l'ensemble des dispositions de l'Accord-cadre, y incluses les dispositions relatives aux aides d'Etat (préambule § 4). Autre absent étonnant du champ d'application d l'Accord-cadre, l'Accord bilatéral sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68), pourtant également conclu le 21 juin 1999, est exclu du champ d'application de l'Accord-cadre.

Ceci étant, tous les accords *futurs* relatifs au marché intérieur seront automatiquement soumis aux dispositions relatives à la reprise dynamique du droit, aux mécanismes de mise en œuvre et de règlement des différends, et aux règles et mécanismes de mise en œuvre relatifs aux aides d'Etat.

32. Autre singularité de cet accord, le Chapitre 2 de la Partie III (relatif aux aides d'Etat) a un champ d'application distinct, plus limitatif, que le reste de l'accord. En effet, il ne s'applique qu'à l'Accord de 1999 sur le transport aérien. Soulignons que cet accord est le seul accord qui prévoyait dès son entrée en vigueur la reprise dynamique du droit de l'UE, et qu'à ce titre, il est effectivement plus compatible à la mise en œuvre immédiate de ces dispositions particulières. Par contre, ce chapitre 2 « constituera le cadre qui sera repris, et complété si nécessaire, dans les accords bilatéraux dans les domaines relatifs au marché intérieur au sens de l'article 2, premier paragraphe. » (art. 8A § 1 de l'Accord cadre).

33. Pour que cela soit clair, ce champ d'application automatique pour les accords futurs signifie **qu'en acceptant cet Accord-cadre, la Suisse se prive de la possibilité de négocier les modalités de mise en œuvre des futurs accords relatifs à l'accès au marché intérieur qu'elle espère conclure.** La partie « institutionnelle » de ces futurs accords sera, pour l'essentiel, définie par l'Accord-cadre, dont les dispositions priment en principe sur celles des accords sectoriels, actuellement concernés ou à conclure (art. 17 du projet d'Accord-cadre). **Nous verrons cependant qu'il existe une possible marge de manœuvre pour les aides d'Etat.**

3.4. Prise en compte des aides d'Etat dans l'accord-cadre

34. Comme indiqué au paragraphe 28 ci-dessus, la Commission a souhaité établir un cadre relatif aux mesures – que le droit de l'UE pourrait qualifier d'aides d'Etat – qui pourraient être prises ou sont déjà appliquées par la Suisse et avoir une incidence sur les règles de concurrence dans le champ d'application des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE relatifs au marché intérieur.

Les dispositions de l'article 8A § 2 reprennent presque intégralement et mot pour mot les dispositions de l'article 107 TFUE. Seules ont été délaissées certaines exceptions spécifiques à certains Etats membres de l'UE (p. ex, l'autorisation d'un régime spécifique d'aides d'Etat pour l'Allemagne de l'Est (ex-RDA), non-pertinente pour la Suisse). **Les règles de fond en matière d'aides d'Etat prévues par l'Accord-cadre sont donc les mêmes que celles qui existent en droit de l'UE.** Pour la portée de ces règles et leur incidence sur le secteur du logement, nous renvoyons à la longue partie 2 de cet avis, ci-dessus.

Pour ce qui est des mécanismes de mise en œuvre de l'examen de la conformité des interventions économiques au moyens des finances publiques, le renvoi au droit de l'Union est moins simple, les acteurs économiques suisses n'étant pas soumis aux procédures propres à l'UE telles que menées par la Commission (voir la section 2.4. ci-dessus). Cependant, aux termes de l'article 8B de l'Accord-cadre, « la Suisse adopte et applique les dispositions nécessaires en vue d'assurer à tout moment un niveau de surveillance équivalent à celui d'application dans l'Union européenne. » Sans donc vouloir préjuger de l'institution (l'art. 8B § 2 de l'Accord-cadre exige pour la Suisse la mise en place d'une « autorité indépendante ») ni des procédures qui seront adoptées aux fins de l'application des règles relatives aux aides d'Etat, on peut raisonnablement présumer qu'elles s'inspireront des pouvoirs et des pratiques existantes dans l'UE, aux termes de l'art. 108 TFUE.

3.5. *Les mécanismes de mise en œuvre et de règlement des différends applicables à la Suisse selon le projet d'Accord-cadre*

35. Cette question a fait couler passablement d'encre en Suisse (... la peur des juges étrangers...), et elle ne constitue pas la partie principale du présent avis. **Soulignons cependant que la responsabilité de l'application de l'accord est de la responsabilité première de chacune des parties contractantes (art. 7 § 1 de l'Accord cadre). Toutes les autres dispositions sont subsidiaires à celle-ci.** Dans le cadre de cette mise en œuvre, « les parties contractantes prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent accord et des accords concernés. Les parties contractantes prennent toutes les mesures nécessaires, y inclus le cas échéant les mesures équivalentes de mise en oeuvre, en vue d'assurer le résultat à atteindre par les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, et s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation de leurs buts. » (art. 18 du projet d'Accord-cadre). Cette disposition paraphrase le « principe de coopération loyale » tel qu'il s'impose aux Etats membres de l'UE en vertu de l'art. 4 § 3 al. 2 TUE. La CJUE a donné un effet important à cette disposition dans certaines de ses décisions. Il n'est cependant pas certain que cette disposition ait à produire les mêmes effets vis-à-vis de la Suisse, la CJUE n'étant pas compétente pour contrôler la mise en œuvre de l'Accord-cadre dans l'ordre juridique suisse.

L'article 4 du projet d'Accord-cadre précise dans quelle mesure et selon quelles modalités, les autorités suisses devront se référer au droit de l'UE dans la mise en œuvre de l'Accord. L'interprétation se fera « dans le respect des principes du droit international public » (art. 4 § 1 du projet d'Accord-cadre) et non selon les principes d'application du droit de l'UE. Ce ne sera que « dans la mesure où [l'application des accords concernés] implique des notions de droit de l'Union européenne, [que] les dispositions du présent accord et des accords concernés et les actes juridiques de l'Union européenne auxquels référence y est faite, sont interprétés et appliqués conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, antérieure ou postérieure à la signature de l'accord concerné. » (art. 4 § 2 du projet d'Accord-cadre). Soulignons à ce propos que la Cour de justice de l'UE a très clairement expliqué, dans son avis rendu en 1991 sur l'Espace économique européen, que des dispositions formulées de manière exactement similaires en droit de l'UE et dans un traité faisant référence au droit de l'UE, n'avaient pas forcément la même portée

juridique en droit de l'UE et dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord-cadre, les contextes étant différents (voir CJUE, *Avis I/91*). Il faudra, le moment venu, ne pas oublier de s'en rappeler.

36. « La surveillance de l'application des accords est exercée conjointement par les Parties ». C'est l'article 7 § 2 du projet d'accord cadre qui le stipule. Cette surveillance conjointe s'exerce en principe « au sein des comités sectoriels compétents » (art. 7 § 2 du projet d'Accord-cadre). Un « comité mixte horizontal » est certes institué (art. 15 du projet d'Accord-cadre), mais ses compétences semblent subsidiaires à celles des comités sectoriels. Au sein des comités sectoriels, « en cas de difficulté d'interprétation ou d'application du présent accord ou d'un des accords sectoriels concernés ou d'un acte juridique qui y est mentionné, les parties contractantes se consultent » (art. 10 § 1 du projet d'Accord-cadre). Ces consultations sont relativement informelles et ne sont pas limitées dans le temps. Cependant, « si le comité sectoriel ne parvient pas à trouver une solution, chaque partie contractante peut demander que la question soit inscrite officiellement pour résolution à l'ordre du jour du comité sectoriel. » Ce n'est que si cette deuxième étape, obligatoire, ne conduit pas à une solution dans un délai de trois mois que l'une des parties peut demander la saisine d'un tribunal arbitral (art. 10 § 2) composé de 3 ou 5 juges (art. II.1 du Protocole n° 3 à l'Accord-cadre « sur le Tribunal arbitral »). C'est le cas échéant ce tribunal qui seul peut décider « lorsque le différend soulève une question concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition visée dans le deuxième paragraphe de l'article 4 du présent accord, et si son interprétation est pertinente pour régler le différend et nécessaire pour lui permettre de statuer, [de saisir] la Cour de justice de l'Union européenne. » (art. 10 § 3 de l'Accord-cadre). Cela laisse aux arbitres une marge d'appréciation importante pour décider de l'opportunité de saisir ou non la CJUE. En cas de saisine de la CJUE, la procédure sera conduite par analogie avec la procédure de la question préjudicielle (article II.9 § 5 du Protocole n° 3 à l'Accord-cadre sur le Tribunal arbitral). Ce qui veut dire que si « l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne lie le tribunal arbitral » (art. 10 § 2 de l'Accord-cadre), cet arrêt de la Cour ne porte que sur la question d'interprétation qui lui a été soumise ; la solution au différend reste donc de la compétence du tribunal arbitral ; jamais de la CJUE.

37. Soulignons aussi que pour ce qui concerne les mécanismes de surveillance de mise en œuvre des aides d'Etat en Suisse, qui seront accomplis par une autorité indépendante suisse, que les décisions de cette dernière seront le cas échéant soumises au contrôle des juridictions suisses,

et non des juridictions de l'UE. En la matière, l'autorité judiciaire suprême sera le Tribunal fédéral Suisse, et non la CJUE. Pour tenir compte de cet Etat de fait, l'article 11 du projet d'Accord-cadre prévoit que « pour favoriser l'interprétation homogène, le Tribunal fédéral suisse et la Cour de justice de l'Union européenne conviennent d'un dialogue dont les modalités seront fixées par les deux juridictions. ». Il s'agit d'un « dialogue des juges », mais aucunement d'une compétence juridictionnelle de la CJUE. Ainsi nous paraît-il **important de conclure sur ce point très présent dans le débat politique helvétique, que ce resteront principalement et presque exclusivement les autorités suisses qui auront la charge de la correcte mise en œuvre de cet Accord-cadre, et des accords sectoriels relatifs au marché intérieur que la Suisse conclura avec l'UE dans le futur**, puisque précisément les dispositions relatives à la mise en œuvre et au contrôle du respect de ces accords futurs seront ceux de l'Accord-cadre.

4. Réponses aux cinq questions soulevées

4.1. *L'Accord-cadre CH-UE définit les aides d'Etat. Cette définition est-elle identique à celle définie dans le Traité de Lisbonne ?*

38. **La réponse à cette question est indiscutablement positive.** L'art. 8A du projet d'Accord-cadre reprend, avec des ajustements mineurs, la définition des critères permettant de déterminer l'existence d'une aide d'Etat tels qu'ils figurent à l'art. 107 § 1 TFUE, ainsi que les exceptions telles qu'elles figurent à l'article 107 § 2 et 107 § 3 TFUE.

39. Comme nous l'avons cependant longuement vu dans la deuxième partie de cet avis, il n'y a pas de définition précise de la notion d'aide d'Etat dans le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (anciennement TCE et avant TCEE). Les critères figurant à l'art. 107 § 1 TFUE et repris à l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre sont restés inchangés depuis 1957. Leur portée a cependant beaucoup évolué selon l'interprétation qu'en a donné la Commission dans le cadre du contrôle de compatibilité des régimes d'aides d'Etat selon l'art. 108 TFUE (originellement 93 TCEE) et selon l'interprétation qu'en a fait la Cour ou le Tribunal dans les contentieux (en manquement, en annulation ou dans les cadre de la question préjudicielle) dont elle a eu à connaître, notamment en fonction de la réalisation progressive du marché intérieur et de la libéralisation d'un nombre croissant de secteurs économiques dans le cadre de ce dernier. **Il s'agit donc de la même définition que celle en vigueur dans l'UE ; elle n'en est pas claire ni simple pour autant.**

4.2. Selon l'Accord-cadre CH-UE la jurisprudence de la CJUE doit être appliquée par les tribunaux suisses. Ce mécanisme de contrôle judiciaire est-il applicable aussi à la problématique des aides d'Etat ?

40. **Le contrôle des aides d'Etats particulières ou des régimes d'aides d'Etat ne devrait pas être principalement effectué par la voie judiciaire.** En effet, l'art. 8B de l'Accord-cadre impose à la Suisse, dès son entrée en vigueur, l'institution d'une « autorité indépendante, dotée des pouvoirs nécessaires à l'application pleine et entière des dispositions du présent chapitre » (art. 8B § 2 de l'Accord-cadre). C'est donc cette autorité qui effectuera le contrôle primaire de la conformité des aides d'Etat individuelles ou des régimes d'aide d'Etat existants ou nouveaux (voir les §§ 18 à 21 ci-dessus). En effet, cette autorité indépendante doit exercer « une surveillance permanente de la conformité des aides d'Etat avec les dispositions du présent accord et des accords visés au paragraphe premier de l'article 8A. » (art. 8B § 2 de l'Accord-cadre). A cette fin « la Suisse adopte et applique les dispositions nécessaires en vue d'assurer à tout moment un niveau de surveillance équivalent à celui d'application dans l'Union européenne » (art. 8B § 6 de l'Accord-cadre). **Ce sera donc cette autorité indépendante qui devra effectuer le contrôle principal de la conformité des régimes d'aide d'Etats existants ou à instituer en Suisse.** Afin de permettre ce contrôle, « une procédure de notification des aides d'Etat est mise en place » (art. 8B § 3 de l'Accord-cadre). Il en résultera que « tout projet d'un régime d'aide d'Etat ou toute aide d'Etat individuelle ne peut être mis en place avant que l'autorité de surveillance n'ait rendu une décision finale. » (art. 8B § 3 de l'Accord-cadre). Cette procédure de contrôle *a priori* pour les aides ou régimes d'aides nouveaux correspond à la procédure de l'article 108 § 3 TFUE. Ce sera cette autorité de surveillance qui disposera « du pouvoir exclusif d'autoriser des régimes d'aides d'Etat et des aides d'Etat individuelles » (art. 8B § 4 de l'Accord-cadre).

41. Est-ce que pour autant les juridictions suisses seront incompétentes pour connaître d'un litige relatif à une aide d'Etat ? La réponse doit être négative. D'une part, **les décisions de cette autorité de surveillance pourront, selon sa nature et la nature de ses décisions, être soumises à un contrôle de légalité devant les juridictions suisses.** Deuxièmement, **une décision d'une autorité publique suisse qu'une entreprise considérerait comme constituant une aide d'Etat faussant la concurrence à son détriment, pour autant que l'on soit dans l'un des champs couverts par un des accords sectoriels auquel renvoie l'Accord-cadre, pourrait faire l'objet**

d'une contestation devant un juge suisse. Dans ce cas, ce sera bien au juge de déterminer si la requête est fondée, et donc si la décision contestée constitue ou non une aide d'Etat. Les juridictions suisses pourront donc aussi, le cas échéant, être compétentes.

42. Ceci étant, lors de l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, à teneur de l'article 8A § 1 de l'Accord-cadre, les mesures potentiellement constitutives d'aides d'Etat en Suisse ne concerneront, selon les dispositions de l'Accord-cadre, que le secteur du transport aérien, tel que couvert par l'accord bilatéral y relatif du 21 juin 1999 (voir aussi la section 4.4. ci-dessous). De plus, l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre renvoie, comme nous l'avons dit, aux règles de l'art. 107 TFUE prohibant les aides d'Etat qui auraient pour conséquence de fausser la concurrence. Mais l'article 8A § 2 de l'Accord-cadre commence par ces termes : « Sauf dérogations prévues par les accords visés au paragraphe premier du présent article. » Ainsi, **un accord sectoriel relatif au marché intérieur pourrait prévoir des dérogations au régime des aides d'Etat tel qu'il découle de l'application des articles 107 et 108 TFUE auxquels renvoie l'art. 8A de l'Accord-cadre.** Dans pareil cas, la règle de primauté des dispositions de l'Accord-cadre sur celles des accords sectoriels prévue par l'article 17 de l'Accord-cadre ne s'applique pas, puisque la dérogation est expressément prévue par l'Accord-cadre lui-même. Il conviendra donc, avant que d'appliquer les règles de l'art. 8A de l'Accord-cadre, de vérifier si l'accord sectoriel d'accès au marché intérieur ne contient pas de dérogations au régime général des aides d'Etat (voir aussi la section 4.4. ci-dessous).

4.3. *Quelles sont les restrictions posées à ce jour aux mesures foncières, subventions et toute autre mesure en faveur du logement et singulièrement aux mesures en faveur des coopératives et des promoteurs de logements abordables par la Commission européenne et la CJUE ? Quelques exemples tirés de la jurisprudence dans divers pays européens peuvent-ils illustrer le propos ?*

43. **Il n'y a à ce jour pas de mesure du type visé par la question dans le droit de l'UE.** Comme nous l'avons vu dans la section 2.5 ci-dessus (§§ 22 à 24), l'Union européenne ne dispose pas de compétence en matière de politique du logement. En conséquence, en vertu du principe d'attribution énoncé à l'art. 5 TUE, l'Union européenne ne peut agir dans ce domaine.

44. Par contre, comme nous l'avons vu dans la partie 2 du présent avis, tout régime d'aide d'Etat susceptible d'avoir une incidence sur les échanges dans le cadre du marché intérieur ou susceptible de fausser la concurrence doit être examiné par la Commission européenne en vue de

constater sa conformité avec les règles du marché intérieur. C'est dans ce cadre que des régimes nationaux de soutien au logement social ont fait l'objet d'examen de la part de la Commission. Comme nous l'avons souligné, des aides de nature sociale (notamment des aides individuelles telles que prévues à l'art. 107 § 2 a TFUE) ou une mobilisation des ressources publiques en vue de la réalisation d'une mission de service public sous la forme d'un service d'intérêt économique général (voir en ce sens TOUSSAIN), même prestée par une entreprise privée, ne sont pas *prima facie* contraires au traité. Elles doivent cependant donner lieu à examen, *a priori* s'il s'agit d'une aide individuelle ou d'un régime d'aide d'Etat nouveau (ou existant mais modifié), ou un « examen permanent » s'il s'agit d'un régime d'aide existant. C'est lors de cet examen que les modalités de mise en œuvre du régime d'aide peuvent être considérées par la Commission – respectivement l'autorité indépendante équivalente pour la Suisse selon l'art. 8B § 2 de l'Accord-cadre – comme constitutives d'une aide d'Etat telle que prohibée par l'article 107 TFUE.

4.4. *Les mécanismes de l'Accord-cadre CH-UE en matière d'aides d'Etat sont-ils applicables immédiatement dès l'entrée en vigueur de l'accord ? En d'autres termes, dès l'entrée en vigueur de l'accord, une autorité publique d'un Etat membre, l'Union européenne elle-même, par le biais de la Commission européenne par exemple ou un acteur immobilier ou un investisseur privé suisse ou européen sur le marché foncier et immobilier suisse, peut-il agir en se prévalant des règles et de la jurisprudence en matière d'aide d'Etat et remettre en cause une mesure ou une politique fédérale, cantonale ou municipale foncière, financière ou autre en faveur du logement et singulièrement de promotion des coopératives ou d'autres formes de logement abordable ?*

45. **La réponse est principalement négative**, ce pour deux raisons. D'une part, les dispositions en matière d'aides d'Etat ne s'appliquent lors de l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, à teneur de l'art. 8A § 1 de l'Accord-cadre, qu'au seul accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien. Pour ce qui concerne les enjeux du logement social en Suisse, il ne nous est pas paru que ledit Accord contienne des dispositions qui pourraient donner lieu à une mise en cause d'un régime d'aide d'Etat suisse en matière de politique de logement.

Deuxièmement, lors de l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, la Suisse devra instituer l'autorité indépendante chargée d'exercer le contrôle des aides d'Etats (ou doter des compétences et

procédures nécessaires une instance existante) (voir l' art. 8B §2 de l'Accord-cadre), ce qui devrait prendre quelques temps.

46. Pour ces deux raisons, la réponse à cette question doit être négative. Notons cependant que même sans saisir l'autorité indépendante chargée de la surveillance, un acteur économique actif en Suisse pourrait saisir une juridiction suisse pour demander le respect de l'Accord relatif au transport aérien dans le cadre duquel des pratiques ou une politique suisse conduirait à une distorsion de la concurrence ou une affectation des échanges entre la Suisse et l'UE et pourrait donc être qualifiée d'aide d'Etat. En pareil cas, le juge suisse ne pourrait exciper de l'absence de mise en place des procédures prévues à l'art. 8B de l'Accord-cadre pour justifier du non-respect des dispositions de l'article 107 TFUE tel que repris par l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre ; auquel cas, le juge suisse devrait, conformément à l'art. 4 § 2 de l'Accord-cadre, interpréter les pratiques, mesures ou politiques des autorités publiques suisses au sens de l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Mais encore une fois, **soulignons que pour ce qui concerne la question d'éventuelles aides d'Etat découlant de politiques d'autorités suisses en matière de logement, l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre n'aura aucune incidence.**

4.5. En cas de réponse négative à la question 4, quels développements conventionnels entre la Suisse et l'UE, tel qu'un accord sectoriel ou un accord de protection des investissements, sont nécessaires pour une application des mécanismes de l'accord en matière d'aides d'Etat sur le marché du logement pouvant remettre en cause une mesure ou une politique fédérale, cantonale ou municipale foncière, financière ou autre, en faveur du logement et singulièrement de promotion des coopératives ou d'autres formes de logement abordable ?

47. Dans la mesure où la réponse à la question précédente est indubitablement négative, et compte tenu de la vocation de l'Accord-cadre à faire appliquer les dispositions qu'il contient à tout accord d'accès sectoriel au marché intérieur de l'UE conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre, la question est pertinente.

48. **Pour ce qui concerne d'éventuels accords de protection des investissements entre la Suisse et l'UE**, l'UE n'est compétente que pour ce qui concerne les investissements directs. Pour les autres types d'investissement, notamment les investissements dits « de portefeuille », ce sont les Etats membres qui demeurent compétent. Quant à un Accord de protection des investissements directs entre la Suisse et l'UE, un tel Accord ne relève pas, du point de vue du droit de l'UE, de l'accès au marché intérieur de l'UE, mais de la politique commerciale commune (art. 207 TFUE), instituant un régime de protection des investissements réciproque qui n'est pas le droit de la libre circulation des capitaux, qui lui fait partie du marché intérieur. **Un tel accord ne constituerait en conséquence pas un accord relatif au marché intérieur au sens de l'art. 2 de l'Accord-cadre, et ne permettrait en conséquence pas d'appliquer les règles relatives aux aides d'Etat telles que prévues par l'Accord-cadre pour sa mise en œuvre** (sauf si bien sûr un tel accord faisait un renvoi exprès à ces règles ; mais la Suisse ne serait pas obligée de l'accepter).

49. Si dans le futur un accord entre la Suisse et l'UE relatif au marché intérieur pourrait avoir des incidences sur la politique du logement suisse, il pourrait être possible de prévoir, dans cet Accord, une exception spécifique concernant le logement social en Suisse. Aux termes de l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre, cette disposition s'applique « sauf dérogations prévues par les accords visés au paragraphe premier du présent article ». En conséquence, **une dérogation spécifique relative à la politique de soutien au logement en Suisse incluse dans un accord bilatéral futur relatif au marché intérieur pourrait empêcher l'application des dispositions de l'article 8B § 2 de l'Accord-cadre relatif aux aides d'Etat au secteur du logement, ou tout au moins du logement social**. En tout état de cause, les régimes de soutien existants feraient, le cas échéant, l'objet d'un examen (art. 8C de l'Accord-cadre qui renvoie implicitement à l'art. 108 TFUE) de leur compatibilité aux règles de la concurrence européenne (et notamment au régime d'aides d'Etat tel que défini par l'art. 107 TFUE), mais ne serait ni *a priori*, ni nécessairement constitutifs d'aides d'Etat. **La politique du logement social, comme l'a admis le Tribunal de l'UE dans son arrêt du 15 novembre 2018 (*Woonlinie & al*) peut constituer un service économique d'intérêt général, dont les Etats demeurent libre de définir les contours et les modalités, dans le respect des règles des traités relatif à la concurrence, en veillant « 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. » (art. 14 TFUE)**. Il y a certes un engagement de principe à respecter les règles générales des traités, notamment en matière de concurrence (c'est ce

que reconnaît l'art. 106 § 2 TFUE), mais cette exigence peut être mise en balance par tout Etat, avec l'accomplissement nécessaire de la mission de service public. Les Etats gardent leur compétence en matière de définition des services publics, et si la Commission peut certes exercer un contrôle sur tout régime d'aides d'Etat pour vérifier sa conformité au traité, son examen devra dans le cadre d'un Service d'intérêt économique général (SIEG) être limité à vérifier que l'Etat (la Suisse ou un Canton en l'espèce) n'a pas commis une « erreur manifeste » en définissant le service public.

50. En conclusion, l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre tel qu'il est actuellement rédigé ne devrait avoir aucune incidence directe sur la politique du logement en Suisse.

Un Accord futur relatif au marché intérieur pourrait, selon son contenu, amener à un contrôle des régimes de soutien à la politique du logement en Suisse, au regard des dispositions relatives aux aides d'Etat (articles 107 et 108 du TFUE, auquel renvoie le Chapitre 2 de la Partie III de l'Accord-cadre). Cependant, il pourrait être possible d'inclure dans un tel accord futur une dérogation visant à exclure la politique du logement du champ d'application du Chapitre 2 de la Partie III de l'Accord-cadre (comme le prévoit expressément l'art. 8A § 2 de l'Accord-cadre). A défaut, les politiques (fédérales ou cantonales) d'aide au logement devraient être qualifiées de service d'intérêt économique général, et la mission d'un tel service peut être mise en balance avec les exigences des règles européennes de la concurrence en matière d'aide d'Etat.

Par contre, si un accord futur relatif au marché intérieur conduisait à inclure la politique du logement dans le cadre du régime des aides d'Etat, il pourrait devenir difficile de faire évoluer ces politiques publiques, dans la mesure où toute aide nouvelle ou toute modification substantielle d'un régime d'aide existant, devrait faire l'objet d'un contrôle de conformité avec les règles en matière d'aides d'Etat préalable à son entrée en vigueur. Cela serait alors l'incidence principale, et probablement la plus problématique.

Fait à Genève, le 8 mars 2019 par le Professeur Nicolas Levrat

Références :

Textes juridiques (par ordre chronologique):

Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne du 25 mars 1957 (non publié ; texte disponible en ligne sur le site de l'UE : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>)

Règlement (CE) N° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *Journal officiel de l'UE* L83/1 du 27 mars 1999.

Communication de la Commission européenne sur l'Encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public, *Journal officiel UE*, C 297/4) du 29 novembre 2005.

Traité sur l'Union européenne (TUE) et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) entrés en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (version consolidée), *Journal officiel UE* C-202 du 6 juin 2016.

Communication de la Commission sur l'Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public (2011), *Journal officiel UE*, C 8/15 du 11 janvier 2012.

Règlement (UE) 2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel UE* L 248/9 du 24 septembre 2015.

Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe (texte disponible en ligne sur le site de l'administration fédérale, (<https://www.dfae.admin.ch/dea/fr/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelles-abkommen.html>) .

Doctrine :

CZISCHKE, Darinka, "Social housing and European community competition law" in SCALON K. et al. (eds), *Social housing in Europe*, Wiley & Sons, 2014, pp. 333-346.

DONY, Marianne, SMITS, Catherine, WALBROECK, Michel, BELLIS, Jean-François, LEVI, Laure, *Aides d'Etat*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2016 (3^e éd.).

GHEKIÈRE, Laurent, "Le développement du logement social dans l'Union européenne" *Revue des politiques sociales et familiales* 94.1 (2008), pp. 21-34.

KARPENSCHIF, Michaël, *Droit européen des aides d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2017 (2^e éd.).

LÉVY-VROELANT, Claire et TUTIN, Christian, (eds.), *Le Logement Social En Europe au Début du XXIe Siècle: la Révision Générale*. Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

SCANLON, Kathleen et WHITEHEAD, Christine, « Le logement social en Europe: tendances communes et diversités persistantes », in LÉVY-VROELANT (*op. cit.*), 2010, pp. 17-49.

SCANLON, Kathleen, FERNÁNDEZ ARRIGOITIA, Melissa and WHITEHEAD, Christine, "Social housing in Europe", *European Policy Analysis* 17 (2015), pp. 1-12.

TOUSSAIN, Virgine, *Social Housing as SGEI : legal analyse of the ECJ ruling*. <https://union-habitat-bruxelles.eu/social-housing-sgei-legal-analyse-ecj-ruling>.

Jurisprudence (par ordre chronologique):

- 14 décembre 1991, CJUE, *Avis 1/91 (Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen)*, (ECLI:EU:C:1991:490).
- 24 juillet 2003, CJUE, *Altmark trans. GmbH & Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, C-280/00 (ECLI:EU:C:2003:415)
- 10 janvier 2006, CJUE, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA e. a.*, C-222/04, (ECLI:EU:C:2006:8)

- 6 septembre 2006, CJUE, *Portugal c. Commission*, C-88/03 (ECLI:EU:C:2006:511)
- 12 septembre 2006, CJUE, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04 (ECLI:EU:C:2006:544)
- 12 février 2008, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd et BUPA Ireland Ltd c. Commission*, T-289/03, (ECLI:EU:T:2008:29)
- 13 novembre 2008, CJUE, *Coditel Brabant c. Commune d'Uccle et Région Bruxelles-Capitale*, C-324/07 (ECLI:EU:C:2008:621)
- 9 juin 2009, CJUE, *Commission c. Allemagne*, C-480/06 (ECLI:EU:C:2009:357)
- 10 septembre 2009, CJUE, *WAZV Gotha c. Eurawasser A & E mbH*, C-206/08 (ECLI:EU:C:2009:540)
- 24 mars 2011, Tribunal UE, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission* (T-443/08) et *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commission* (-445/08), aff. Jtes, Recueil 2011 II-01311
- 8 septembre 2011, CJUE, *Ministero dell'Economia e delle Finanze et Agenzia delle Entrate c. Paint Graphos Soc. coop. arl*, (C-78/08), *Adige Carni Soc. coop. arl, en liquidation c. Agenzia delle Entrate et Ministero dell'Economia e delle Finanze* (C-79/08) et *Ministero delle Finanze contre Michele Franchetto* (C-80/08), aff. jtes (ECLI:EU:C:2011:550)
- 18 janvier 2012, Tribunal UE, *Djebel - SGPS SA c. Commission*, T-422/07, (ECLI:EU:T:2012:11)
- 19 décembre 2012, CJUE, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission et Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commission*, C-288/11 P, (ECLI:EU:C:2012:821)
- 12 septembre 2013, *RFA c. Commission*, T-347/09, (ECLI:EU:T:2013:418)
- 4 février 2016, CAA Douai, *Communauté d'agglomération Creilloise*, req. N° 15DA01296
- 15 novembre 2018, Tribunal UE, *Stichting Woonlinie & al c. Commission*, T-202/10 RENV II et T 203/10 RENV II (ECLI:EU:T:2015:287)