

N ° 429069 – Société anonyme coopérative d'intérêt collectif (SACIC) d'habitations à loyer modéré (HLM) Gambetta PACA

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 4 novembre 2020

Lecture du 23 novembre 2020

Conclusions

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public

Le régime des « organismes d'habitations à loyer modéré », qui comprennent, en vertu de l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation (CCH) dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, les offices publics de l'habitat (OPH), les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré (SA HLM), les sociétés anonymes coopératives de production d'habitations à loyer modéré et les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré (SACP et SACIC HLM), ainsi enfin que les fondations d'habitations à loyer modéré, est étroitement encadré.

Cet encadrement porte en particulier sur leur gouvernance, sur leurs compétences (celles des SACIC HLM sont, par exemple, définies à l'article L. 422-3 du code de la construction et de l'habitation, auquel renvoie l'article L. 422-3-2 du même code, tandis que la limitation de leur champ géographique découle de l'article R. 422-8-1), sur leurs statuts, qui doivent contenir des clauses conformes aux clauses types reproduites en annexe à la partie réglementaire du code de la construction et de l'habitation (issues, en ce qui concerne les SACIC HLM, du décret n° 2004-1087 du 14 octobre 2004), ainsi que sur les liens capitalistiques qu'elles peuvent entretenir avec d'autres personnes morales, sur la distribution de dividendes et plus largement sur leur régime financier et comptable, dont le législateur a renvoyé à des décrets la détermination par l'article L. 423-3 du CCH.

Dans le cadre de ce régime, l'emploi de leurs fonds par les organismes d'HLM n'est pas libre (sur l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article L. 423-3 du code de fixer des règles régissant l'emploi de leurs fonds disponibles par ces organismes, cf. CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*, n° 116489, p. 191).

En premier lieu, leurs recettes sont en principe consacrées uniquement à la réalisation de leur objet social tel que défini dans le cadre de leur compétence d'attribution.¹

¹ Ces organismes sont par ailleurs tenus, lorsque le montant total de leurs prêts et investissements immobiliers est inférieur au montant des sommes restant à amortir sur les prêts consentis par l'Etat, de verser la différence à la CDC dans le délai d'un mois pour être affectée au remboursement des emprunts correspondants (article R. 423-76 du CCH).

En deuxième lieu, les organismes d'HLM sont soumis à une obligation de dépôt de leurs disponibilités, et leurs facultés de placer leurs fonds pour les faire fructifier sont limitées.

Ainsi, l'article R*. 423-74 du CCH, dans sa rédaction applicable lors des années 2010 et 2011, dispose que « *Les sociétés d'habitations à loyer modéré déposent leurs fonds auprès du Trésor public, à la Caisse des dépôts et consignations, à la Banque de France, à La Poste ou auprès d'un établissement de crédit ayant obtenu un agrément en vertu des dispositions applicables dans les Etats membres de la Communauté européenne (...). / Elles peuvent également effectuer des dépôts sur un compte à terme ouvert dans les mêmes conditions ou sur un premier livret de la Caisse nationale d'épargne ou des caisses d'épargne et de prévoyance.* » Ces dispositions, visant toutes les sociétés d'HLM et non les seules SA HLM, sont applicables non seulement à ces dernières, mais aussi aux SACIC et SACP HLM.

Cette obligation de dépôt des fonds, issue à l'origine de l'article 7 du décret n° 51-1161 du 4 octobre 1951 portant règlement de comptabilité pour les sociétés d'habitation à loyer modéré et de crédit immobilier, n'est pas sans parallèle. Elle rappelle notamment la règle d'obligation de dépôt au Trésor des fonds libres des collectivités locales et de leurs établissements publics, énoncée pour la première fois par un décret impérial du 27 février 1811 et reprise aujourd'hui à l'article 26 de la LOLF. Vous avez jugé l'obligation de dépôt de leurs fonds par les organismes de logement social justifiée par l'accomplissement de la mission particulière de service d'intérêt général qui leur incombe (CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*, préc.).

L'article R*. 423-75 du CCH, dont l'origine remonte à l'article 8 du même décret du 4 octobre 1951, dispose par ailleurs que : « *En dehors des opérations prévues par la législation en vigueur, les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré et les sociétés coopératives de production, d'intérêt collectif ou de location-attribution d'habitations à loyer modéré ne peuvent effectuer que des achats de titres émis ou garantis par les Etats membres de la Communauté européenne (...), ou de parts ou actions d'OPCVM gérant exclusivement des titres émis ou garantis par les Etats membres de la Communauté (...), libellés en euros.* »

Qu'ils soient opérés sur le fondement de l'article R*. 423-74 ou sur celui de l'article R*. 423-75 du code de la construction et de l'habitation, les placements des organismes HLM seront donc *a priori* peu rémunérateurs mais aussi peu risqués. Eu égard à l'origine de leurs moyens financiers et aux activités que leurs ressources doivent leur permettre d'accomplir, ces organismes se voient ainsi, tout à la fois, interdits d'effectuer des placements risqués, et dissuadés – puisqu'ils rapporteraient peu – d'accumuler des excédents de trésorerie au lieu de les affecter à la réalisation de leurs missions d'intérêt général.

En troisième lieu, aux côtés de cette obligation de dépôts de leurs fonds et de cette faculté d'acquisition de bons du Trésor, obligations et autres titres émis ou garantis par les Etats ou de parts d'OPCVM dont l'actif est exclusivement composé de tels titres, qui répondent l'une comme l'autre à des fins premières de placement financier, les sociétés d'HLM peuvent prendre des participations dans d'autres organismes. Toutefois, cette faculté d'entrer au capital d'autres entités ne peut s'opérer que dans la sphère du logement social, en lien avec leur objet.

Ainsi, certaines des compétences constituant l'objet même des SACP et SACIC d'HLM tel que défini aux articles L. 422-3 et L. 422-3-2 du CCH prennent la forme de prises de participation : c'est le cas de l'acquisition de parts dans des SCI ayant pour objet d'entretenir, gérer ou donner en gestion à des personnes physiques ou morales des résidences hôtelières à vocation sociale (6° bis de l'article L. 422-3), et de la souscription ou acquisition, avec l'accord du préfet, de parts ou actions dans des sociétés pouvant réaliser des opérations d'aménagement ou conclure une convention de projet urbain partenarial (11° du même article). Les organismes d'HLM peuvent également, en vertu de l'article L. 423-1-1 du code, créer entre eux, en vue de favoriser leur coopération et la gestion de projets communs dans un ou des périmètres donnés, une société anonyme d'HLM, ainsi que, depuis le rétablissement d'un article L. 423-6 par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, des sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux. Plus généralement, les SA d'HLM, les SACIC d'HLM et les SACP d'HLM peuvent, en vertu du premier alinéa de l'article R. 423-75-1 du code dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1595 du 9 novembre 2007, « *souscrire ou acquérir des actions ou des parts d'autres sociétés d'habitations à loyer modéré, de sociétés anonymes de coordination d'organismes d'habitations à loyer modéré, ou de sociétés d'économie mixte, ou de sociétés ou d'organismes à caractère mutualiste ou coopératif susceptibles de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation sur les HLM.* »²

Enfin depuis la création d'un article L. 423-15 par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, le code de la construction et de l'habitation prévoit que les organismes d'HLM – publics et privés – peuvent consentir des avances en compte courant à leurs filiales dans des conditions étroites et précisément définies en termes de bénéficiaire (une société d'HLM dont l'organisme détient au moins 5 % du capital), de taux (une rémunération ne pouvant excéder de 1,5 point le taux servi au détenteur d'un livret A) et de formalité (un régime de déclaration préalable aux ministres chargés du logement et de l'économie, au moins deux mois à l'avance). La même loi a introduit dans le code un article L. 423-16 autorisant ces organismes à consentir sur leurs ressources disponibles à long terme des prêts participatifs aux sociétés d'HLM qu'il contrôle.

Avant la loi du 17 mai 2011, le code de la construction ne comportait aucune disposition interdisant ou autorisant l'octroi de telles avances, hormis pour les sociétés anonymes d'HLM, dont les clauses statutaires types annexées au code en vertu de l'article R. 422-1 stipulaient à leur article 11 que ces sociétés ne pouvaient accorder d'avances en compte courant que sous des conditions de taux et de liens capitalistiques identiques à celles ensuite reprises à l'article L. 423-15, mais dans le cadre d'un régime plus strict encore d'autorisation.

Que peut-on déduire du silence du code avant 2011, réserve faite de cette clause-type au sein du statut des SA d'HLM ? La totale liberté des autres organismes d'HLM de consentir des avances en compte courant à toutes les sociétés dans lesquelles ils détenaient des parts et actions et avaient la qualité d'associé, ou au contraire l'interdiction de pratiquer de telles avances ?

² Les SA d'HLM – et elles seules – peuvent en outre, en vertu du second alinéa du même article, souscrire ou acquérir des parts de SCI ayant pour objet la réalisation d'immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation destinés à des accédants dont les ressources n'excèdent pas certains plafonds.

L'on pourrait estimer que l'octroi d'avances en compte courant constitue une pratique accessoire à la qualité d'associé d'une société, et en déduire qu'en autorisant les sociétés coopératives d'HLM à souscrire ou acquérir des parts de certaines sociétés actives dans le logement social, le législateur avait implicitement mais nécessairement autorisé l'octroi libre par les organismes d'HLM autres que les sociétés d'HLM d'avances en compte courant à leurs filiales.

Toutefois, il résulte des travaux préparatoires de la loi du 17 mai 2011, et plus encore de la loi ELAN ayant ultérieurement élargi à l'article L. 423-15 le champ des organismes pouvant bénéficier d'une avance en compte courant de la part d'un organisme d'HLM à tout bailleur membre du même groupe d'organismes de logement social ou de la même société de coordination, et ayant raccourci le délai de non-opposition des ministres du logement et de l'économie à 15 jours, qu'en adoptant puis en modifiant l'article L. 423-15 du code, le législateur a entendu autoriser et simplifier des mouvements de capitaux, une mutualisation financière et des opérations de trésorerie qui ne pouvaient se faire auparavant.

Certes, il arrive parfois que vous jugiez qu'une intervention que le législateur avait crue nécessaire pour autoriser une pratique donnée ne l'était en réalité pas, la pratique en cause étant déjà autorisée dans l'état antérieur du droit, voire même que vous regardiez cette intervention comme ayant restreint, par les conditions mises à son exercice, une faculté qui aurait, auparavant, été plus large.

Mais tel ne nous paraît pas le cas ici. Les organismes d'HLM agissent en effet dans un cadre profondément contraint et réglementé, destiné à assurer l'utilisation et l'affectation de leurs fonds au financement de l'activité de logement social, sous réserve des placements prévus par la loi et le règlement. Or l'octroi d'avances en compte courant constitue à la fois un emploi de fonds libres et un prêt, les sommes ainsi avancées étant alors confiées par la société d'HLM à un autre organisme et n'étant pas affectées à l'exercice en propre par le prêteur des missions qui lui sont confiées par la loi. Or les statuts des SACIC n'envisageaient pas une utilisation de leurs fonds à des fins de prêts à très court terme à leurs filiales.

En tout état de cause, à supposer même que l'octroi d'avances n'ait, dans le silence du CCH, pas été interdit par la combinaison des règles de droit commun issues du code de commerce avec les règles dérogatoires expresses du CCH, un point nous paraît certain : l'octroi de telles avances s'opérait, avant l'intervention de la loi du 17 mai 2011, en dehors des emplois de fonds prévus par le code de la construction et de l'habitation.

L'étroit et contraignant carcan législatif et réglementaire que nous venons de décrire n'est toutefois pas sans motif ni contrepartie. Il s'explique en effet par les nécessités des missions de service public confiées aux organismes d'HLM et par les considérables avantages en termes de financements publics (subventions budgétaires et prêts) mais aussi de fiscalité qui leur sont octroyés pour la réalisation de ces missions (sur la qualification de service public, eu égard à l'intérêt général de l'activité des sociétés d'HLM, aux conditions de leur création, de leur organisation et de fonctionnement, aux obligations qui leur sont imposées et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui leur sont assignés sont atteints, cf. CE, 7 juin 2019,

SA HLM Antin Résidences, n° 422569, aux Tables ; ou pour un précédent plus ancien, relatif à une société coopérative d'HLM, CE, 31 juillet 1992, *Mme V...*, n° 102487, T. p. 987 ; sur la justification de l'obligation de dépôt des fonds et de la restriction à la libre circulation des capitaux qui en découle par les nécessités liées au service d'intérêt économique général de ces organismes, cf. CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*, n° 116489, p. 191).

En effet, les organismes d'HLM bénéficient, aux termes de l'article L. 411-2 du CCH, « *d'exonérations fiscales et d'aides spécifiques de l'Etat au titre du service d'intérêt général défini comme : / - la construction, l'acquisition, l'amélioration, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs [à certains plafonds fixés par l'autorité administrative] ; / - la réalisation d'opérations d'accession à la propriété [destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs, là encore, à certains plafonds] ; - la gestion ou l'acquisition en vue de leur revente, avec l'accord du maire et du préfet, de logements situés dans des copropriétés connaissant des difficultés importantes de fonctionnement ou faisant l'objet d'un plan de sauvegarde ou d'une opération programmée d'amélioration de l'habitat [...]; - les services accessoires aux opérations susmentionnées.* »

Les exonérations fiscales annoncées par l'article L. 411-2 du CCH ne sont pas définies à cet article mais au code général des impôts.

Concernant l'IS, la loi de finances pour 2004 a substitué, à compter du 1^{er} janvier 2006, à l'ancienne exonération générale dont bénéficiaient les OPHLM et les sociétés d'HLM régis par les articles L. 411-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, une exonération à la fois plus ciblée en termes de bénéficiaires concernés, et plus vaste en termes d'organismes visés.³

L'article 207 dispose ainsi désormais que « *1. Sont exonérés d'impôt sur les sociétés : (...) 4° Les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation (...), les sociétés d'économie mixte visées à l'article L. 481-1-1 du même code et les sociétés anonymes de coordination (...) pour : / a.- les opérations réalisées au titre du service d'intérêt général défini aux septième, huitième et neuvième alinéas de l'article L. 411-2 du même code ainsi que les services accessoires à ces opérations ; / b. - les produits engendrés par les locaux annexes et accessoires des ensembles d'habitations mentionnés à l'article L. 411-1 du même code, à la condition que ces locaux soient nécessaires à la vie économique et sociale de ces ensembles ; / c.- les produits*

³ Notons qu'avant même que les modifications apportées la loi de finances pour 2004 ne créent un pont exprès entre les missions d'intérêt général confiées par le CCH aux organismes d'HLM et l'exonération prévue en termes larges par l'ancien article 207, il a été jugé que les exonérations prévues au 4° du 1 de l'article 207 avaient été instituées eu égard à la nature des opérations que vise l'article L. 411-1 du code de la construction et de l'habitation et qu'elles ne trouvaient dès lors pas à s'appliquer à un office public ou une société d'habitations à loyer modéré qui exerce, autrement que de manière accessoire, une activité de promotion immobilière qui n'est pas destinée à permettre l'accession à la propriété de personnes aux revenus modestes (CE, 21 décembre 2007, *SA d'HLM Anjou Castors*, n° 291674 296648, T. pp. 799-808, RJF 2008 n° 285, concl. P. Collin BDCF 2008 n° 34).

financiers issus du placement de la trésorerie de ces organismes. / La fraction du bénéfice provenant d'activités autres que celles visées aux alinéas précédents et au 6° bis est soumise à l'impôt sur les sociétés ».

Eu égard à l'objet de ces dispositions, le c du 4° du 1 de l'article 207 du CGI nous paraît devoir être lu comme visant, non pas tous les produits financiers retirés par un organisme d'HLM du placement de sa trésorerie, mais uniquement les produits financiers retirés de ceux de ses placements effectués en conformité avec les règles statutaires et financières édictées au code de la construction et de l'habitation et comme excluant, par suite, du bénéfice de l'exonération tout produit financier qu'un organisme d'HLM retirerait d'un emploi de ses fonds non prévu et autorisé par ce code.

L'on pourrait certes objecter que tout produit financier d'un organisme d'HLM, que le placement ait été conforme ou non aux dispositions du CCH, sera en principe, compte tenu des obligations d'affectation pesant sur cet organisme et de ses compétences d'attribution, utilisé par cet office pour ses missions d'intérêt général et qu'il devrait, pour ce motif et aux fins de ne pas amoindrir par une charge fiscale d'IS les ressources qui pourront être affectées à ces missions, être exonéré d'impôt.

Toutefois, si l'exonération instituée au 4° du 1 de l'article 207 a été accordée aux organismes d'HLM en raison de leur mission d'intérêt général définie à l'article L. 411-2 du CCH, elle l'a tout aussi nécessairement été au vu du régime très encadré dans lequel ce code et leur statut les enserment et dans le cadre réglementé duquel ils sont, par suite, appelés à se mouvoir, à agir, et à placer leurs fonds. Lorsque le législateur a octroyé cette exonération, il l'a selon nous nécessairement consentie en ayant à l'esprit le caractère contraint des placements qu'un organisme d'HLM peut réaliser.

Faut-il, pour autant, en déduire à l'instar de la cour dans la présente affaire, que les produits financiers des placements de trésorerie exonérés en application du c du 4° du 1 de l'article 207 sont uniquement ceux des placements autorisés par les dispositions des articles R. 423-74 (sur les dépôts de fonds) et R. 423-75 (sur les titres émis ou garantis par un Etat) du code de la construction et de l'habitation ?

Nous ne le croyons pas.

Des avances en compte courant octroyées en conformité avec les dispositions du CCH nous semblent également pouvoir être regardées comme relevant du c du 4° du 1 de l'article 207 du CGI. Certes, de telles avances ne constituent pas des placements au sens pur et courant du terme, en ce qu'une filiale n'est pas un établissement bancaire, qu'un compte courant d'associé n'est pas un compte d'épargne rémunéré, que leur horizon peut ne pas se réduire au très court terme, et qu'une avance n'est pas davantage un titre. Il s'agit de prêts, qui donnent lieu au versement d'intérêts. Toutefois, dès lors qu'il résulte des travaux préparatoires des versions successives de l'article L. 423-15 du CCH que cette disposition vise à permettre, dans l'objectif de favoriser le financement du logement locatif social, la circulation et la mutualisation des excédents de trésorerie entre les sociétés d'HLM et leurs filiales, moyennant rémunération encadrée, il n'est selon nous guère difficile de voir dans ces avances,

à partir du moment où la loi a expressément autorisé un tel emploi rémunéré de leurs fonds par les sociétés d'HLM, un placement de leur trésorerie au sens de l'article 207 du CGI dont les produits financiers peuvent être exonérés d'IS en vertu de cet article. Pareille solution ne saurait en revanche pas valoir pour les prêts participatifs.

Par suite, dans la présente affaire, la SACIC d'habitations à loyer modéré Gambetta PACA est fondée à soutenir que la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit en jugeant qu'au seul motif que les placements litigieux n'ont pas été réalisés conformément aux dispositions des articles R. 423-74 et R. 423-75 du code de la construction et de l'habitation, les produits correspondants ne pouvaient bénéficier de l'exonération prévue au c du 4° de l'article 207 du CGI. Il lui incombait de rechercher si ces avances en compte courant consenties par la société requérante à ses filiales avaient été octroyées en conformité avec les autres dispositions du code de la construction et de l'habitation, régissant l'octroi de telles avances.

Le fond du dossier n'étant en l'état pas très clair sur le statut exact des filiales destinataires des avances, et aucun débat n'ayant eu lieu sur ce point, il nous paraît préférable après cassation de renvoyer l'affaire à la cour. Il semblerait toutefois, à ce stade, que les filiales en cause n'aient pas été au nombre de celles visées à l'article L. 423-15 du CCH.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 22 janvier 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille ;
- au renvoi de l'affaire devant cette cour ;
- et à ce que l'Etat verse 3 000 euros à la société anonyme coopérative d'intérêt collectif d'habitations à loyer modéré Gambetta PACA au titre de l'article L. 761-1 du CJA.