

CONSEIL D'ETAT, SECTION D'ADMINISTRATION.

A R R E T

n° 165.959 du 14 décembre 2006

G./A.178.738/VI-17.283
G./A.178.765/VI-17.285
G./A.178.961/VI-17.294
G./A.179.002/VI-17.297
G./A.179.046/VI-17.303
G./A.179.092/VI-17.309
G./A.179.093/VI-17.308
G./A.179.138/VI-17.319

En cause : **la société anonyme TELENET BIDCO NV**
en abrégé TELENET,

ayant élu domicile chez
Mes Jan MEYERS et Déborah JANSSENS, avocats,
rue de la Loi, n° 57,
1040 Bruxelles,

contre :

- 1. l'Association intercommunale de Développement Economique et d'Aménagement de la Région Mons-Borinage-Centre, en abrégé IDEA,**
- 2. la société coopérative à responsabilité limitée SEDITEL,**
- 3. la Société intercommunale mixte d'Électricité et de Gaz, en abrégé INTERMOSANE,**
- 4. l'Association intercommunale namuroise de Télédistribution, en abrégé INATEL,**
- 5. la Société intercommunale pour la Distribution du Gaz et de l'Electricité dans la Région de Mouscron, en abrégé SIMOGEL,**
- 6. l'Intercommunale générale de Distribution de Signaux analogiques et numériques en Hainaut occidental, en abrégé IGEHO,**
- 7. la société coopérative à responsabilité limitée TELELUX,**
- 8. la Société intercommunale d'Electricité et de Gaz des Régions de l'Est, en abrégé INTER^{EST}_{OST},**

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTENDAELE et Eric MARON, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

Parties intervenantes:

- 1. la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision, en abrégé BRUTELE,**
- 2. l'Association liégeoise d'Electricité, en abrégé ALE,**

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG et
Nathalie FORTEMPS, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT SIEGEANT
EN REFERE,**

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 20 novembre 2006 par la société anonyme TELENET BIDCO NV, en abrégé TELENET, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de l'Association intercommunale de Développement Economique et d'Aménagement de la Région Mons-Borinage-Centre, en abrégé IDEA, le 15 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A.178.738/VI-17.283);

Vu l'ordonnance du 22 novembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 24 novembre 2006 à 9 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 1^{er} décembre 2006 à 9 heures 30 puis à l'audience du 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête introduite le 22 novembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision, en abrégé BRUTELE, et l'Association liégeoise d'Electricité, en abrégé ALE, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 21 novembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée SEDITEL le 16 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie

requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 178.765/VI-17.285);

Vu l'ordonnance du 23 novembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} décembre 2006 à 9 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 1^{er} décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 28 novembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la Société intercommunale mixte d'Electricité et de Gaz, en abrégé INTERMOSANE, le 20 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 178.961/VI-17.294);

Vu l'ordonnance du 29 novembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} décembre 2006 à 9 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 1^{er} décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 29 novembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de l'Association intercommunale namuroise de Télédistribution, en abrégé INATEL, le 22 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de

câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 179.002/VI-17.297);

Vu l'ordonnance du 30 novembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} décembre 2006 à 9 heures 30, date à laquelle l'affaire a été mise en continuation à l'audience du 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 1^{er} décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 30 novembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la Société intercommunale pour la Distribution du Gaz et de l'Electricité dans la Région de Mouscron, en abrégé SIMOGEL, le 23 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 179.046/VI-17.303);

Vu l'ordonnance du 1^{er} décembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 11 décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 4 décembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de l'Intercommunale générale de Distribution de Signaux analogiques et numériques en Hainaut occidental, en abrégé IGEHO, le 24 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par

ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 179.092/VI-17.309);

Vu l'ordonnance du 5 décembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 11 décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 4 décembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée TELELUX le 27 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 179.093/VI-17.308);

Vu l'ordonnance du 5 décembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 11 décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu la demande introduite selon la procédure d'extrême urgence le 5 décembre 2006 par la même requérante, qui tend à la suspension de l'exécution de la décision prise par le conseil d'administration de la Société intercommunale d'Electricité et de Gaz des Régions de l'Est, en abrégé INTER^{EST}_{OST}, le 28 novembre 2006 de privilégier l'offre faite par le consortium constitué par ALE et BRUTELE sur les autres offres, dont celle de la requérante, soumises dans le cadre de la procédure de vente des activités de

câblodistribution de la partie adverse et de sept autres intercommunales, d'écarter l'offre soumise par la partie requérante dans le cadre de cette procédure et d'entamer des négociations exclusives avec ALE-BRUTELE sur la base de leur offre (G./A. 179.138/VI-17.319);

Vu l'ordonnance du 7 décembre 2006 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 11 décembre 2006 à 15 heures;

Vu la requête déposée à l'audience du 11 décembre 2006 par laquelle la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision et l'Association liégeoise d'Electricité demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé;

Vu le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. LEROY, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes Jan MEYERS et Daniel FESLER, avocats, comparaisant pour la partie requérante, Me Eric MARON, avocat, comparaisant pour les parties adverses et Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour les parties intervenantes;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen des recours se présentent comme suit:

Les parties adverses exploitent des réseaux de télédistribution en Wallonie. Soucieuses à la fois de rationaliser leurs activités et d'en accroître les performances, sur la recommandation d'un bureau d'études spécialisé, elles ont projeté de commercialiser une offre dite «*triple play*» (télédistribution, internet et téléphone), de créer à cette fin une entité commune et de s'associer à un partenaire financier et commercial.

Elles ont dans un premier temps engagé un processus dénommé «Tempo», dans lequel les huit parties adverses, qui sont des sociétés intercommunales de télédistribution (une «pure» – IDEA – et sept mixtes), ont confié à la banque d'affaires ING une mission de conseil et d'assistance ayant pour objet, d'une part, de réaliser une évaluation des actifs et des contributions de chaque intercommunale, et, d'autre part, de les assister dans la phase de recherche d'un partenaire stratégique en vue d'aboutir à la constitution d'une structure commune appelée «NewCo», dont il aurait souscrit 50 % du capital.

La banque ING a engagé des négociations, en langue anglaise; elle a adressé le 4 avril 2006 à six partenaires potentiels un document intitulé «*Information Memorandum*» (traduit par la requérante par «règlement de procédure») et les a invités à remettre une offre indicative pour l'acquisition de la moitié du capital de la société à créer. Ces partenaires sont ALTICE, BELGACOM, COGECO, le groupement d'intérêt économique constitué par ALE et BRUTELE, MOBISTAR et TELENET. Ce document définissait les critères de sélection comme suit (traduction de la requérante):

- « – le prix proposé et les termes de l'offre indicative;
- l'aptitude et l'engagement à créer de la valeur pour NewCo, ses actionnaires, clients et employés, spécialement dans le développement d'activités *triple play*;
- l'aptitude à intégrer dans une plate-forme la gestion des relations avec les clients de NewCo;
- l'expérience dans le développement de nouvelles offres et l'augmentation des revenus par client;
- l'engagement et l'aptitude à gérer le processus en cours dans le respect du calendrier décrit et des règles définies dans ce Règlement de Procédure (*Process Letter*);
- le plan relatif à la politique de l'emploi et à la politique d'intégration de NewCo, et la future implication de directeurs clé (*sic*) issus du partenaire potentiel au sein de NewCo.».

Il était précisé que l'ordre des critères reflétait leur importance relative et, en outre, qu'une lacune significative ou le non-respect d'un seul de ces critères était susceptible de disqualifier un candidat pour la sélection sur la liste restreinte.

Le 19 avril 2006, les six partenaires consultés ont remis une offre indicative; en marge de son offre, ALE-BRUTELE s'est déclarée intéressée par l'acquisition de 100% du capital de la société à créer. La banque ING a analysé ces offres et procédé à leur comparaison. Ses conclusions sont les suivantes (traduction):

- « – TELENET, ALTICE et COGECO ont reçu les notes les plus élevées;
- l'offre indicative du GIE ALE-BRUTELE est forte en terme de prix, mais son expérience pour le *triple play* n'est pas démontrée et dépend d'un partenaire externe (Telenet) dans le développement d'une offre de téléphonie résidentielle; ce manque de savoir-faire pénalise le GIE dans le classement;

- en comparaison des autres offres indicatives, l’offre de MOBISTAR se positionne faiblement sur certains critères clés comme le prix et la valeur ajoutée;
- l’offre de BELGACOM ne respecte pas la demande puisqu’elle propose d’acquérir les actifs et ensuite de les donner en location».

En conséquence, elle recommande de sélectionner les trois meilleurs candidats, soit ALTICE, COGECO et TELENET. En même temps, elle relève que l’offre de ALE-BRUTELE d’acquérir 100 % des actions avec une prime de 10 % mérite plus ample examen et recommande d’inviter cette dernière ainsi que les trois candidats retenus à remettre une offre pour 100 % des actions. Les conseils d’administration des huit intercommunales se sont ralliés à ces propositions par des délibérations adoptées entre le 25 avril et le 15 mai 2006 (INTER^{EST}_{OST}: 25 avril; TELELUX: 28 avril; SIMOGEL, IGEHO et INATEL: 2 mai; SEDITEL: 4 mai; IDEA: 10 mai; INTERMOSANE: 15 mai).

Par deux courriers du 4 mai 2006 (également qualifiés de «règlements de procédure» par la requérante), ING a invité, d’une part, les trois candidats sélectionnés à remettre, pour le 2 juin 2006 au plus tard, une offre définitive et liante pour une prise de participation de 50 % dans le capital de NewCo, et, d’autre part, les trois mêmes candidats et ALE-BRUTELE à remettre pour la même date, une offre définitive et liante pour une prise de participation à 100 %. Ces courriers déterminent les modalités d’accès à la «data room» et celles des rencontres avec les représentants des huit intercommunales. Ils précisent également les éléments qui doivent figurer dans les offres ainsi que les critères d’évaluation de celles-ci. Pour l’offre à 50 %, ces critères sont similaires à ceux mentionnés le 4 avril. Pour celle à 100 %, ils sont formulés comme suit (traduction de la requérante):

- « – le prix proposé, les modalités de l’offre définitive, comprenant sans s’y limiter les *mark-up* du SPA, conditions de financement, limites de validité de l’offre ou autres conditions;
- la stratégie de post-acquisition et le plan relatif à la politique d’emploi et à la politique d’intégration au sein de NewCo».

ALE-BRUTELE a introduit des recours auprès de l’autorité de tutelle contre les délibérations précitées des conseils d’administration des intercommunales, relevant diverses irrégularités, notamment le fait que la procédure a été menée par la banque ING sans qu’il apparaisse que celle-ci en ait été régulièrement chargée par l’attribution d’un marché de services financiers, la circonstance que la procédure a été poursuivie le 4 mai avant que tous les conseils d’administration concernés se soient prononcés, le fait que la procédure a été menée en langue anglaise sans respecter les lois coordonnées sur l’emploi des langues en matière administrative, un défaut de motivation

en la forme et quant au fond des délibérations de certains conseils d'administration, et une infraction à la législation wallonne sur les intercommunales dans la constitution de la société NewCo. Ces recours sont restés sans suite.

Par un courrier du 10 mai 2006, ALE-BRUTELE a informé ING qu'elle n'entendait pas donner suite au courrier de cette dernière du 4 mai, mais ses membres, les intercommunales ALE et BRUTELE ont, le 17 mai 2006, sous la dénomination de «VOO», adressé directement aux autres intercommunales et à l'ensemble des communes associées un courrier formulant à l'attention directe des communes des propositions d'association ou d'achat, sans toutefois formuler d'offre ferme.

Le 2 juin 2006, ALTICE et TELENET ont remis à la banque ING, à la suite du courrier du 4 mai, des offres liantes pour les deux variantes, 50 % et 100 %.

Le 17 ou le 18 juin 2006, ALE et BRUTELE ont adressé aux autres intercommunales un courrier par lequel elles confirment leur intention de faire une offre liante fondée sur une valorisation de l'ensemble des réseaux à la somme de 475 millions d'euros.

La banque ING a, pendant ce temps, procédé à la comparaison des offres qui lui avaient été remises, et conclu que celles de TELENET étaient, en raison principalement de leur prix, plus intéressantes que celles d'ALTICE, tant pour le projet à 50 % que pour celui à 100 %. L'offre la plus élevée était celle de TELENET, qui proposait la somme de 474,5 M€ (millions d'euros) pour l'ensemble des réseaux.

Après une réunion des présidents des intercommunales qui s'est tenue le 5 juillet 2006, les conseils d'administration des huit intercommunales ont décidé de mettre un terme à la procédure menée jusque là sous le nom de «Tempo», et de lancer une nouvelle procédure, dénommée «Câble Wallonie», visant à la désignation d'un acquéreur pour une participation de contrôle à 100 % dans la nouvelle structure NewCo. Dans cette perspective, ils ont décidé de consulter les trois candidats dont les offres à 100 % remises dans la procédure «Tempo» avaient paru les plus intéressantes, soit ALTICE, ALE-BRUTELE et TELENET. Un comité de pilotage composé de deux représentants d'INTERMIXT (un groupement d'intercommunales mixtes), de deux représentants d'IDEA et de deux représentants d'ELECTRABEL a été chargé d'assurer la mise en œuvre concrète de la nouvelle procédure. Pour celle-ci, il n'a plus été fait appel aux services de la banque ING mais à un cabinet d'avocats.

Les décisions des conseils d'administration des huit intercommunales ont été prises entre le 6 et le 18 juillet (IGEHO et SIMOGEL: 6 juillet; INTERMOSANE: 7 juillet; INATEL: 11 juillet; IDEA: 12 juillet; TELELUX: 14 juillet; INTER^{EST}_{OST}: 18 juillet; SEDITEL: 20 juillet); leur dispositif est rédigé comme suit:

« Quant à la sélection des candidats ayant remis une offre liante et quant aux suites à donner à la procédure TEMPO:

- L'offre liante la plus intéressante, parmi les deux offres liantes qui ont été déposées dans le cadre de la procédure TEMPO, est, tel que ces offres ont été remises, celle de TELENET, tant pour le projet à 50 % que pour le projet à 100 %;
- Il est constaté qu'il est préférable, pour les raisons évoquées ci-avant, de mettre un terme à la procédure TEMPO;
- Il est décidé de clôturer cette procédure sans lui donner d'effet et, partant, sans prendre de décision quant au choix du partenaire qui participera à la nouvelle structure à constituer;

Quant au lancement d'une procédure de désignation d'un acquéreur:

- Il est décidé de lancer une procédure de sélection visant à la désignation de l'acquéreur pour une participation de contrôle à 100 % dans la nouvelle structure NewCo à constituer regroupant les activités de câblodistribution des intercommunales mixtes et d'IDEA, sous réserve de la possibilité pour les candidats d'autoriser, selon des modalités qu'ils proposeront, le cas échéant, les actuels vendeurs à acquérir postérieurement des parts dans la nouvelle entité à constituer;
- Trois candidats sont consultés dans ce cadre: ALTICE, GIE ALE-BRUTELE et TELENET;
- Il est décidé de constituer un comité de pilotage chargé d'assurer la mise en œuvre concrète et la bonne fin de la procédure de désignation d'un acquéreur (notamment, conditions et modalités d'accès à la Data Room; calendrier, délais, suivi et contrôle de la procédure et de la remise des offres; analyse des offres en vue de permettre au conseil d'administration de prendre sa décision en pleine connaissance de cause) qui sera composé de deux représentants et d'un suppléant pour la fondation d'utilité publique INTERMIXT, de deux représentants et d'un suppléant pour la s.a. ELECTRABEL et de deux représentants et d'un suppléant pour l'intercommunale s.c. IDEA;
- Les critères d'évaluation des offres remises sont définis comme suit, l'ordre des critères reflétant leur importance relative:
 - 1° Le prix proposé;
 - 2° Les termes et conditions contenus dans l'offre liante incluant, sans caractère limitatif, les conditions et réserves d'ajustement du prix proposé, les conditions et modifications apportées au contrat de vente d'actions, les conditions liées au financement, les limites de validité de l'offre, ...;
 - 3° Les engagements relatifs à la reprise du personnel et son intégration dans la nouvelle structure à constituer;
- Les offres liantes ne seront prises en considération que pour autant que le prix de référence pour une prise de participation à 100 % ne soit pas inférieur à 474,5 M€ net de toutes dettes financières étant entendu que des conditions et réserves d'ajustement objectives et raisonnables peuvent, le cas échéant, être formulées;
- Dans le cadre du dépôt de leur offre liante, les candidats consultés sont invités à examiner si un accord peut être trouvé entre eux (accord entre deux ou trois candidats) auquel cas une offre liante commune peut être déposée.».

Ces décisions font l'objet d'un recours en annulation introduit par la requérante le 25 septembre 2006 et pendant sous le numéro de rôle G./A.177.077/VI-17.236.

Le 24 juillet, un courrier établi sur papier à en-tête du cabinet d'avocat, signé par deux membres du comité de pilotage, et désignant un membre de ce cabinet comme destinataire des courriers officiels, adresse aux candidats retenus une «lettre de procédure» (en français) les invitant à présenter une offre définitive et liante au plus tard le 6 septembre 2006.

Le 23 août, ALE-BRUTELE adresse un recours à l'autorité de tutelle contre la décision du conseil d'administration d'IDEA du 12 juillet et, apparemment, les décisions de juillet des autres intercommunales, estimant celles-ci illégales pour divers motifs qu'il n'apparaît pas utile de détailler ici. Ce recours est également resté sans suite.

A la date fixée du 6 septembre 2006, les trois candidats consultés ont remis une offre liante. Celle d'ALE-BRUTELE contenait des réserves quant à la légalité de la procédure; la requérante considère cette offre comme remise «en dehors de la procédure», mais non les parties adverses et intervenante. Les trois offres ont été analysées par le comité de pilotage. Celui-ci, dans la note qu'il a établie le 31 octobre 2006, a constaté que les offres d'ALTICE et de TELENET proposaient un prix inférieur au minimum fixé, ce qui avait pour conséquence qu'elles ne pouvaient être prises en considération. En ce qui concerne l'offre d'ALE-BRUTELE, il a constaté qu'elle proposait un prix légèrement supérieur au minimum fixé, mais qu'elle ne comportait pas les documents établissant que le candidat disposait des crédits bancaires nécessaires pour l'achat de 100 % des actions ou parts de NewCo. En outre, ALE-BRUTELE n'ayant, dans un premier temps, pas accepté la procédure annoncée par la lettre du 24 juillet 2006, le projet de convention de cession d'actions ne lui avait pas été soumis de telle sorte que ce candidat n'a pu initialement formuler des propositions d'amendements à cette convention. ALE-BRUTELE justifiait l'absence de garantie quant au financement par le fait qu'elle est une personne morale de droit public soumise à la législation sur les marchés publics et qu'elle ne pouvait de ce fait obtenir d'engagement bancaire sans lancer une procédure de marché public. Le comité de pilotage a invité ALE-BRUTELE à lui communiquer tous les renseignements nécessaires sur ces deux points; en réponse ALE-BRUTELE a communiqué des propositions d'amendements à la convention de cession et les documents établissant qu'elle dispose des fonds nécessaires. En

conclusion de cette note, le comité de pilotage a proposé aux conseils d'administration des intercommunales d'adopter les décisions suivantes:

- « – Les candidatures d'ALTICE et de TELENET dans le cadre du projet Câble Wallonie sont écartées;
- La candidature du GIE ALE-BRUTELE, dans le cadre de ce projet, est retenue à la condition que la validité de leur offre soit prolongée jusqu'à l'issue des négociations;
- Le comité de pilotage est mandaté afin de négocier avec le candidat retenu le contenu de la convention de cession d'action et de tous les autres documents contractuels y relatifs, outre les modalités de transfert du personnel».

Le 15 novembre 2006, le conseil d'administration de l'intercommunale IDEA a pris une décision dont le dispositif est le texte proposé par le comité de pilotage. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.178.738/VI-17.283.

Le 16 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale SEDITEL a pris une décision identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.178.765/VI-17.285.

Le 20 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale INTERMOSANE a pris une décision identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.178.961/VI-17.294.

Le 22 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale INATEL a pris une décision de portée identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.179.002/VI-17.297.

Le 23 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale SIMOGEL a pris une décision identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.179.046/VI-17.303.

Le 24 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale IGEHO a pris une décision identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.179.092/VI-17.309.

Le 27 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale TELELUX a pris une décision de portée identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.179.093/VI-17.308.

Le 28 novembre 2006 le conseil d'administration de l'intercommunale INTER^{EST}_{OST} a pris une décision identique. Il s'agit de l'acte attaqué par le recours G./A.179.138/VI-17.319.

Saisi par requête unilatérale de la requérante, le président du tribunal de première instance de Namur siégeant en référé a prononcé le 20 novembre 2006, une ordonnance par laquelle:

– il ordonne à chacune des intercommunales parties adverses au présent recours «de communiquer à la requérante... toute décision ou acte relatif à la procédure de vente ou de cession de (leurs) activités de câblodistribution et ce, au plus tard le jour suivant la prise d'une telle décision ou un tel acte ou, pour les décisions prises ou actes posés entre le 1^{er} août 2006 et la signification de l'(...) ordonnance, au plus tard le premier jour ouvrable suivant ladite signification»;

– et il interdit «à chacune des intercommunales précitées de prendre aucune décision et de poser aucun acte emportant la cession ou la vente de tout ou partie de (leurs) activités de câblodistribution ou relatif à la conclusion de tout accord ou convention au sujet de la cession ou la vente de tout ou partie de (leurs) activités de câblodistribution, qui ne soit assujéti à la condition suspensive de l'absence, à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant sa communication à la requérante... d'un recours en suspension devant le Conseil d'Etat à l'encontre de la décision ou acte dont question ou de leur exécution... et en cas de tel recours, de son épuisement par le prononcé de décisions définitives et exécutoires»;

Considérant que les recours sont connexes et qu'il y a lieu de les joindre;

Considérant que, par requêtes introduites le 22 novembre 2006, le 1^{er} décembre 2006 et le 11 décembre 2006, la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision, en abrégé BRUTELE, et l'Association liégeoise d'Electricité, en abrégé ALE, demandent à intervenir dans la procédure en référé; qu'il y a lieu d'accueillir ces requêtes;

Considérant que la requérante et les parties adverses déposent des pièces dont elles précisent qu'elles sont couvertes par le «secret des affaires» et qu'elles ne peuvent être communiquées aux parties intervenantes; que celles-ci s'opposent à ce que ces pièces soient utilisées sans qu'elles aient pu en prendre connaissance et discuter leur incidence sur le recours;

Considérant que les pièces en question n'apparaissent pas utiles à l'examen des présents recours; qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il convient de les communiquer aux parties intervenantes, de les écarter des débats ou de les y maintenir à la seule consultation de l'auditorat et du siège;

Considérant que la requérante justifie dans les termes suivants la recevabilité des recours quant à la décision attaquée:

« La décision attaquée est un acte d'une autorité administrative faisant grief à la partie requérante et, à ce titre, susceptible de recours devant le Conseil d'Etat.

La partie adverse, en sa qualité d'intercommunale, est une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Par ailleurs, la décision attaquée n'est pas une décision préparatoire en ce qu'elle produit des conséquences juridiques, modifie la situation juridique des parties et lèse définitivement les intérêts de la partie requérante, dont elle écarte définitivement la candidature dans le cadre de la procédure de vente. En effet, la décision attaquée est libellée comme suit:

(Suit la citation de l'acte attaqué)

Une telle décision, consistant à écarter, dans le cadre de la procédure de vente, la candidature de la partie requérante et à poursuivre les négociations exclusivement avec ALE/BRUTELE, constitue pour la partie requérante une décision dommageable qui est susceptible d'annulation et de suspension. Le fait que l'assemblée générale soit encore appelée à approuver la convention de cession d'actions ne confère pas à la décision attaquée le caractère d'un acte préparatoire. L'écartement de la candidature de la partie requérante emporte d'ores et déjà pour elle des conséquences juridiques et modifie sa situation juridique.

La décision attaquée n'est donc pas un acte préparatoire. Elle relève au moins de la catégorie des actes interlocutoires. Selon M. LEROY, les actes interlocutoires sont ceux *"posés au cours d'une procédure administrative [qui] ont pour effet de commander partiellement la solution définitive. Ils aiguillent en quelque sorte le cours de la procédure, éliminant certaines décisions qui étaient a priori imaginables. (...) [Ces actes] peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, lequel n'est toutefois recevable que s'il est introduit par une personne que la décision interlocutoire lèse de manière définitive."*

En tout état de cause, la partie adverse admet que la décision attaquée soit susceptible de recours devant le Conseil d'Etat puisque elle mentionne expressément dans la notification de sa décision à la partie requérante la possibilité d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat»;

Considérant que l'opération de cession des activités de câblodistribution d'entreprises publiques ou semi-publiques à une société à créer n'est régie ni par la législation sur les marchés publics ni par aucune directive européenne; que, notamment, les règles de sélection qualitative établies aux articles 16 à 20, 42 à 47 et 68 à 74 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics n'y sont pas applicables, pas plus que la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux;

Considérant que les personnes qui ont agi pour le compte des parties adverses dans l'organisation de la procédure décidée en juillet – apparemment un cabinet d'avocats et deux membres du comité de pilotage créé par les décisions des conseils d'administration de juillet – ont établi le 24 juillet 2006 un document appelé «lettre de

procédure» indiquant aux concurrents retenus la manière dont l'information nécessaire à l'établissement de leur offre allait être mise à leur disposition, le contenu de l'offre qu'ils sont invités à remettre, les critères d'évaluation des offres (ceux-ci sont repris des délibérations des conseils d'administration), la mention de la personne à qui s'adresser (un membre du cabinet d'avocat), et une «clause d'exonération de responsabilité» rédigée comme suit:

« Les Intercommunales et leurs actionnaires ne seront en aucun cas tenus d'accepter, d'examiner ou de prendre en considération toute Offre définitive que vous pourriez soumettre. Les Intercommunales et leurs actionnaires se réservent aussi expressément le droit, sans justification aucune, à tout moment et à tous égards, de modifier ou de mettre un terme à ces procédures, de mettre fin aux discussions avec vous-même ou tout/tous autre(s) acquéreur(s) potentiel(s), et de négocier avec toute(s) autre(s) partie(s).

De même, les Intercommunales et leurs actionnaires pourront, à tout moment et à leur absolue discrétion, prendre des arrangements spécifiques avec tout/tous acquéreur(s) potentiel(s), sans en avertir les autres acquéreur(s) potentiel(s).

Par ailleurs, vous ne serez pas habilité à revendiquer la moindre forme d'exclusivité relativement au processus de vente en vertu du présent courrier, et les Intercommunales et leurs actionnaires ne seront pas tenus d'entrer dans des négociations exclusives à moins que cela n'ait été explicitement et expressément convenu en vertu d'un contrat écrit dûment signé par ou au nom des Intercommunales.

Les Intercommunales soulignent que tout au long du processus, vous serez responsable de vos propres coûts et dépenses en rapport avec la Transaction proposée.

En soumettant une Offre définitive, vous confirmez votre accord plein et entier avec les termes et conditions repris dans le présent courrier.»;

Considérant que la «lettre de procédure» du 24 juillet était accompagnée d'un «engagement de confidentialité» auquel les candidats étaient invités à souscrire, et qui comportait le passage suivant:

« 9 Procédure

Nous comprenons que la procédure concernant l'Opération Envisagée¹ peut être modifiée ou interrompue à tout moment et sans préavis et nous acceptons que les Intercommunales ne soient tenues d'accepter aucune offre ou proposition que nous pourrions faire ou qui pourrait être faite en notre nom au cours des négociations relatives à l'Opération Envisagée. Nous reconnaissons que, dans la mesure où une information est couverte ou protégée par un privilège de confidentialité, le fait que cette information soit communiquée à nos Agents ou à nous ne constitue pas une renonciation audit privilège ni à tout autre droit que les Intercommunales peuvent avoir sur l'information et que le fait de fournir une information ne peut être considéré comme une forme d'engagement de la part des Intercommunales à procéder à quelque transaction que ce soit.

10 Offre

Nous reconnaissons que l'information mise à notre disposition ou à celle de nos Agents dans le cadre de l'Opération Envisagée ne constitue pas une offre ou une invitation des Intercommunales, des Actionnaires ou de leurs Agents, que ce soit directement ou par mandataires. Nous reconnaissons que toute information mise à

¹Expression désignant l'acquisition à 100 % de Newco.

notre disposition à celle de nos Agents avant ou pendant le cours des négociations dans le cadre de l'Opération Envisagée ne constituera pas une base pour quelque contrat que ce soit et aucune obligation juridiquement contraignante au nom des Intercommunales dans le cadre de l'Opération Envisagée ne naîtra avant la signature d'un accord écrit. Nous reconnaissons qu'en fournissant une information, les Intercommunales ne contractent aucune obligation de fournir un accès à des informations supplémentaires ni de mettre à jour ou de corriger les imprécisions qui pourraient apparaître dans l'information fournie et nous nous fierons exclusivement aux termes d'un accord signé et écrit conclu dans le cadre de l'Opération Envisagée;

Considérant que ni l'*Information Memorandum* adressé aux partenaires potentiels le 4 avril par la banque ING ni la «lettre de procédure» du 24 juillet, qui est fortement inspirée de cet *Information Memorandum*, ne constituent des actes réglementaires, ne serait-ce que parce qu'ils émanent de personnes dépourvues de toute compétence pour adopter des règlements; que le dossier n'indique du reste pas qui est l'auteur de la «lettre de procédure», ni à la suite de quelle relation juridique cet auteur agit pour le compte des intercommunales; que la signature de cette «lettre de procédure» par deux membres du comité de pilotage désigné par les délibérations de juillet ne modifie en rien cette constatation, d'une part parce que ce comité n'a lui-même – et ne pourrait légalement avoir – aucun pouvoir réglementaire, étant seulement «chargé d'assurer la mise en œuvre concrète de la nouvelle procédure», et, d'autre part, parce qu'aucune délibération de ce comité n'est versée au dossier et qu'aucune disposition n'habilite deux de ses membres à agir en son nom;

Considérant qu'il s'en déduit que l'ensemble du processus ayant abouti aux décisions attaquées échappe à toute normativité contraignante; qu'il s'inscrit dans le cadre de négociations menées en vue de la conclusion d'un contrat; que la requérante a incidemment indiqué que la «clause d'exonération de responsabilité» insérée dans la «lettre de procédure» du 24 juillet (et qui figurait déjà dans l'*Information Memorandum* du 4 avril) avait pour objet de mettre les parties adverses à l'abri d'une action en responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo*, ce qui implique qu'il s'agit bien de *contrahendum*; que les décisions attaquées ne sont pas d'une nature différente de celles que pourrait prendre toute société commerciale qui, cherchant à se défaire d'une branche de son activité tout en se souciant de l'avenir de celle-ci, décide de poursuivre ses négociations avec un des candidats à la reprise qui se soit manifesté et avec qui des pourparlers ont eu lieu; qu'elles ne revêtent une forme administrative qu'en raison de la qualité de leurs auteurs; qu'il s'ensuit que, nonobstant l'expression figurant dans les actes attaqués, selon laquelle «les candidatures d'ALTICE et de TELENET dans le cadre du projet Câble Wallonie sont écartées», les parties adverses n'ont pu, en droit, prendre là une décision administrative définitive à leur égard, au contraire de ce qui se passe lorsqu'une autorité procède à une sélection qualitative en application des

dispositions pertinentes de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics; que dans l'hypothèse où les négociations avec le partenaire retenu (et qui ne l'est que «sous condition», ce qui confirme que rien n'est définitif) n'aboutiraient pas, rien – et notamment pas les actes attaqués – ne leur interdiraient de reprendre les pourparlers avec la requérante; que, notamment, les parties intervenantes ne pourraient y voir le retrait irrégulier de décisions qui auraient créé des droits dans son chef; qu'à l'égard de la requérante, à défaut d'avoir l'effet contraignant propre aux actes administratifs, les actes attaqués ne présentent pas le caractère d'actes interlocutoires; qu'ils font partie d'un processus de négociation pré-contractuelle empreint de liberté contractuelle et étranger au droit administratif, qui ne pourra déboucher, le cas échéant, sur un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, et, pour autant que les autres conditions soient remplies, d'une demande de suspension, que le jour où les parties adverses prendront effectivement la décision d'attribuer une participation à 100 % dans le capital de Newco au partenaire avec lequel les négociations auront pu être menées à bien; que les demandes de suspension sont dirigées contre l'exécution d'actes qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation;

Considérant que la circonstance que les parties adverses ou leurs avocats ont apprécié différemment la nature des actes attaqués ne pourrait avoir pour effet de modifier ou de déterminer la qualification de ceux-ci au regard des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ni de rendre le Conseil d'Etat compétent;

Considérant qu'à défaut d'être dirigées contre l'exécution d'actes susceptibles de recours, les demandes de suspension ne sont pas recevables,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les affaires inscrites sous les numéros G./A.178.738/VI-17.283, G./A.178.765/VI-17.285, G./A. 178.961/VI-17.294, G./A. 179.002/VI-17.297, G./A.179.046/VI-17.303, G./A. 179.092/VI-17.309, G./A. 179.093/VI-17.308 et G./A.179.138/VI-17.319 sont jointes.

Article 2.

Les requêtes en intervention introduites par la Société intercommunale pour la Diffusion de la Télévision, en abrégé BRUTELE, et par l'Association liégeoise d'Electricité, en abrégé ALE, dans la procédure en référé sont accueillies.

Article 3.

Les demandes de suspension d'extrême urgence sont rejetées.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 5.400 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des référés, le quatorze décembre deux mille six, par :

M.	LEROY,	président de chambre,
M ^{me}	SCHMITZ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

V. SCHMITZ.

M. LEROY.