

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

XV^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.487 du 28 septembre 2018

215.845/XV-2805

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Emmanuel VAN NUFFEL
et Kévin MUNUNGU, avocats,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles,

contre :

l'Institut des Comptes Nationaux (ICN),
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François DE BOCK
et Pascaline MICHOU, avocats,
chaussée de Waterloo 612
1050 Bruxelles.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 15 mai 2015, la société coopérative à responsabilité limitée Fonds du Logement de la Région de Bruxelles-Capitale poursuit l'annulation de "la décision du 30 mars 2015 de l'Institut des comptes nationaux de la classer dans le secteur des administrations publiques du système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne (SEC 2010), sous-secteur S. 1312 Administrations d'États fédérés".

II. Procédure

Un arrêt n° 232.249 du 17 septembre 2015 a rejeté la demande de suspension et a réservé les dépens. Il a été notifié aux parties.

La partie requérante a, le 29 septembre 2015, demandé la poursuite de la procédure.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du Règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les derniers mémoires ont été régulièrement échangés.

Par une ordonnance du 19 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience publique du 20 février 2018 à 9 heures 30.

M^{me} Diane DÉOM, conseiller d'État, a fait rapport.

M^e Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Jean-François DE BOCK, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, a été entendu en son avis.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours ainsi que leur contexte sont exposés dans l'arrêt n° 232.249 du 17 septembre 2015, qui a rejeté la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

La recevabilité du recours n'est plus contestée par la partie adverse dans le cadre de la procédure au fond. Le recours est recevable.

V. Moyen unique

A. Argumentation de la partie requérante

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante a renoncé au premier moyen de la requête et "restructuré" le second, devenant donc le moyen unique. Elle présente ce dernier dans les termes suivants :

" 23. Pour sa lisibilité et la compréhension de l'argument, aux différentes phases du raisonnement qui amène à la décision de classement d'une unité

institutionnelle dans l'un des secteurs du SEC 2010 (si, alors; sinon), le deuxième moyen de la requête est restructuré en branches.

Cette restructuration n'amène aucune modification du fondement juridique du moyen tel qu'il a été formulé dans la requête et des éléments de fait et de droit qui le soutiennent au développement.

24. Pris de la violation [du] règlement UE n° 549/2013 relatif au Système des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne, Annexe A, en particulier chapitre 1, notamment paragraphes 1.34, 1.35 et 1.37, chapitre 2, paragraphe 2.32 et paragraphes 2.23 et 2.25, et chapitre 20, notamment paragraphe 20.17, paragraphes 20.29 à 20.34, et paragraphes 20.309 et 20.310, [des] principes de bonne administration, en particulier l'obligation d'examen sérieux, l'obligation de faire reposer sa décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles et le principe du raisonnable, et de l'excès de pouvoir;

En ce que l'ICN a appliqué les méthodes prescrites par le SEC 2010 pour le classement d'une unité institutionnelle dans les secteurs des administrations publiques selon un raisonnement en deux phases, i) d'identification des éléments indicateurs d'un contrôle permettant à l'unité de contrôle de déterminer la politique générale de l'unité contrôlée au sens du § 20.309 du SEC 2010, puis ii) d'identification d'éléments marquant sa domination sur celle-ci, jusque dans sa gestion journalière, le plaçant sous son "pilotage automatique" au sens du § 2.23 du SEC 2010;

Qu'après avoir considéré que le FONDS ne peut pas agir indépendamment de la Région de Bruxelles-Capitale, il a postulé, sur la base de ce constat, qu'il n'assume pas le risque économique de son activité et l'a classé alors dans le secteur des administrations publiques du SEC 2010;

Alors que, première branche, le classement d'une institution qui exerce une activité financière dans le SEC 2010 se fait au départ de deux critères: d'une part, les contrôles qui pèsent sur ses actifs et ses passifs et, d'autre part, le risque économique qu'elle assume concrètement;

Que ce n'est que par exception que le § 2.23 du SEC 2010 présume l'absence de prise de risque lorsque l'unité contrôlée ne peut pas agir indépendamment de l'unité de contrôle;

Que cette présomption n'est pas irréfragable, l'unité concernée pouvant la renverser en démontrant qu'elle assume ce risque;

Qu'en l'espèce, l'ICN a traité la présomption comme étant irréfragable, et n'a pas pris en considération, dans sa décision, les éléments que le FONDS avait amenés à la discussion sur le risque de son activité;

Que, seconde branche, subsidiaire, le classement d'une institution financière captive avec l'unité qui la contrôle suppose qu'elle lui soit soumise, "en pilotage automatique" au sens du § 2.23 du SEC 2010, c'est-à-dire qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir de décision autonome, ni même de gestion;

Que, d'une part, les structures juridiques qui encadrent les relations entre le FONDS et la Région de Bruxelles-Capitale, identifiées par l'ICN, ne sont pas d'une intensité telle qu'elles entraîneraient une dépendance du FONDS ou sa mise "en pilotage automatique" au sens du § 2.23 du SEC 2010;

Que ces structures laissent, en réalité, au FONDS la maîtrise de son pouvoir de décision et de gestion de ses activités;

Que, d'autre part, le financement des activités du FONDS par la Région de Bruxelles-Capitale ne suffit à caractériser une dépendance, en particulier ses emprunts ne sont pas soumis à l'autorisation préalable de la Région de Bruxelles-Capitale et le FONDS assume concrètement les risques de son activité, notamment sur les emprunts qu'elle couvre avec sa garantie;

Que, troisième branche, *infra* subsidiaire, pour classer une unité institutionnelle dans le secteur public, il doit être démontré en tout état de cause qu'elle est soumise au contrôle d'une administration publique au sens du paragraphe 20.309 du SEC 2010, permettant de déterminer sa politique générale;

Que les contrôles que la Région de Bruxelles-Capitale peut exercer sur le FONDS sont partiellement d'informations et, lorsqu'ils sont de nature contraignante, la contrainte ne lui permet pas de déterminer la politique générale du FONDS;

De sorte que, première branche, l'ICN, en particulier, n'a pas fait reposer sa décision sur des motifs pertinents et a violé le § 2.23 du SEC 2010;

Que, deuxième branche, subsidiaire, l'ICN, en particulier, n'a pas fait reposer sa décision sur des motifs pertinents et a violé le § 2.23 du SEC 2010;

Que, troisième branche, *infra* subsidiaire, l'ICN, en particulier, n'a pas fait reposer sa décision sur des motifs pertinents et a violé le § 20.309 du SEC 2010;

Que la décision de classement dans le secteur des administrations publiques en résultant est, donc, irrégulière".

Dans son dernier mémoire, elle explicite à nouveau le cadre légal de la contestation.

Elle met en évidence la différence de degré entre le contrôle d'une administration publique au sens du § 20.309 du SEC 2010, soit la capacité de cette administration publique à déterminer la politique générale de l'institution, et la dépendance totale qui caractérise l'institution captive.

Elle dénonce une confusion entre les indices de contrôle et ceux du "pilotage automatique" ou de la dépendance complète. Elle soutient que si un élément de contrôle constaté permet d'influencer la politique générale de l'unité contrôlée, il faut des circonstances particulières pour que cet élément de contrôle puisse aller au-delà et entraîner la dépendance de l'unité contrôlée jusque dans sa gestion journalière.

La partie requérante déduit des §§ 2.21 à 2.23 que, pour apprécier si une unité institutionnelle placée sous le contrôle d'une administration publique exerce ou non une activité marchande, il faut, dans le domaine des activités financières, avoir égard à une double condition: la contrainte sur les actifs et les passifs (c'est-à-dire le contrôle), d'une part, et la prise en charge du risque de l'activité, d'autre part. Il estime que c'est seulement par exception que, lorsqu'une institution financière est contrôlée jusque dans sa gestion journalière, on présume le report du risque de son activité sur l'unité de contrôle, ce qui justifie son classement avec cette dernière. Lorsqu'au contraire, en dépit de sa dépendance, l'institution contrôlée est concrètement maître de ses décisions dans sa gestion quotidienne, il faudrait revenir au régime général et vérifier si elle assume ou non le risque de son activité. Elle considère que l'acte attaqué omet à tort l'analyse du risque en présumant que celui-ci est reporté sur l'unité de contrôle. Elle cite le règlement qui régissait précédemment la matière ("SCN 2008").

Elle invoque le principe de réalité économique sous-jacent au SEC 2010, comme l'exprime son § 20.164, et conteste une appréciation qui, selon elle, a été guidée par des éléments théoriques et abstraits, sans analyse des effets réels des procédés de contrôle sur la politique générale du Fonds ou son pouvoir de décision.

Elle conteste en particulier l'incidence de la garantie de ses emprunts ainsi que celle de l'encadrement de son activité par la Région de Bruxelles-Capitale.

À propos de la garantie, elle considère qu'elle ne suffit pas à constituer un indice de contrôle de sa politique générale par la Région, ce qui, selon elle, nécessiterait qu'elle s'accompagne de mesures concrètes de contrôle. Elle estime que la motivation de l'acte attaqué ne fait pas apparaître, contrairement à ce que prescrit le § 20.309, g, du SEC 2010, que les conditions de cette garantie sont plus strictes que celles auxquelles sont soumises les garanties données par les institutions bancaires privées. Elle affirme également que les contrôles exercés par la Région sont inhérents à la politique régionale du logement et sont appréhendés à un autre titre, soit la réglementation excessive de l'activité (§ 20.309, h) ou l'implication dans le fonctionnement des organes de l'unité contrôlée (§ 20.309, i) mais qu'ils n'ont ni pour finalité ni pour effet de réduire le risque de la garantie de l'unité de contrôle.

Elle expose ensuite que la garantie n'a pas pour effet de déplacer le risque de l'activité vers la Région ni d'anéantir la maîtrise de l'unité contrôlée sur ses passifs. Elle fait valoir que, dans la réalité économique, cette garantie n'a pas pour finalité de permettre au Fonds d'accéder à l'emprunt ni de le libérer du risque de son activité, de couvrir le risque de défaut ou une capacité insuffisante à couvrir ses engagements. Selon elle, elle a été conçue pour permettre de fixer à un taux attractif le taux d'intérêt appliqué aux crédits que le Fonds octroie, de sorte que ce soutien financier ne dénature pas *in se* l'activité d'octroi de crédits qui reste fondamentalement de nature économique. Elle relativise le risque de défaut de ses clients et relève que la garantie de la Région n'est, en principe, pas à première demande, de sorte que le Fonds répondrait d'abord lui-même de son défaut éventuel avant que son créancier ne fasse appel à la garantie. Elle conclut que la garantie ne libère pas son activité des contingences de la rationalité économique.

Elle ajoute que, depuis la conclusion d'une convention conclue le 9 septembre 2015 avec la Région, la garantie qu'elle reçoit de celle-ci fait l'objet d'une rémunération par une commission annuelle fixée, compte tenu du risque, à 15 points de base du montant garanti. Elle estime que la rémunération de la garantie étant économiquement significative, elle peut amener une modification de la qualification des rapports entre elle-même et la Région. Elle souligne également que cette convention prévoit des contre-garanties en faveur de la Région (interdiction de

consentir des sûretés sur les créances hypothécaires à concurrence de 110 % du montant garanti, et mise en gage au profit de la Région de l'ensemble des créances du Fonds), mécanismes classiques qui réduisent significativement le risque encouru par la Région sur son activité.

Elle conclut que la garantie de la Région ne déplace pas le risque du Fonds sur la Région et sollicite, à titre subsidiaire, que les deux questions préjudicielles suivantes, portant sur la qualification dans le SEC 2010 de la garantie de la Région de Bruxelles-Capitale sur les emprunts du Fonds, soient posées à la Cour de Justice de l'Union européenne:

"- Une garantie qui, comme en l'espèce, est donnée par une administration publique à un opérateur économique participant à la réalisation d'une politique publique, principalement pour lui permettre d'obtenir des taux d'intérêts sur ses emprunts plus avantageux que ceux qu'il aurait obtenus en contractant sans cette garantie et pour lui permettre alors de répercuter cet avantage sur les taux des crédits qu'il accorde lui-même aux bénéficiaires de la politique publique, constitue-t-elle une garantie ponctuelle (ou *one-off*) au sens du paragraphe 20.254 du règlement 549/2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne?

- Dans l'affirmative, le fait que cette garantie ponctuelle n'est pas enregistrée comme un actif ou un passif dans les comptes de patrimoine de l'administration publique garante n'a-t-il pas pour conséquence que, toutes autres choses étant égales par ailleurs, le risque de l'activité de l'opérateur économique dont l'emprunt est couvert par cette garantie n'est pas supporté par l'administration publique garante au sens des paragraphes 2.21 et 2.23 du règlement 549/2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne?"

Elle demande également qu'une question préjudicielle portant sur l'analyse de la garantie sur les emprunts du Fonds en tant que facteur de déplacement du risque sur la Région de Bruxelles-Capitale soit posée à la Cour de Justice de l'Union européenne dans les termes suivants :

"Le traitement d'une garantie donnée par une administration publique à un opérateur économique participant à la réalisation d'une politique publique comme entraînant *per se* et, donc, sans analyse concrète, un déplacement du risque de l'activité de cet opérateur économique sur l'administration publique au sens des paragraphes 2.21 et 2.22 du règlement 549/2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux de l'Union européenne ne viole-t-il pas ces dispositions avec la disposition du paragraphe 20.164, en tant qu'il prescrit un principe de réalité économique sous-jacent à l'analyse comptable des relations économiques entre une administration publique et un opérateur économique qu'elle soutient?"

Quant à l'encadrement de son activité par la Région, la partie requérante soutient qu'on ne peut donner aux dispositions du Code du Logement une portée

qu'elles n'ont pas et que ni l'existence ni l'objet du Fonds ne dépendent d'une quelconque délégation de la Région. Elle rappelle l'histoire du Fonds, issu de l'initiative privée en 1929, soit bien avant la création de la Région de Bruxelles-Capitale, et affirme que son activité a été prise en considération par les pouvoirs publics plutôt pour la faciliter que pour la réglementer. Elle estime que le Code du Logement constate l'existence du Fonds et reconnaît l'utilité publique de son activité mais ne lui confie aucune mission qu'il ne réalisait pas déjà antérieurement. Elle affirme que le Fonds existe par la volonté de ses fondateurs et que son intégration dans le Code du Logement le soumet sans doute à des règles de droit public, mais seulement partiellement et sans incidence sur son "être juridique" ou son objet social. Elle rappelle que la nature publique ou privée d'une entité n'est pas un élément qualifiant dans le champ du SEC 2010.

Elle analyse ensuite la nature du contrat de gestion qui la lie à la Région et considère qu'il ne s'agit pas d'un instrument juridique de même nature que celui qui accompagne la décentralisation des services publics. Selon elle, il s'agit ici d'un instrument juridique négocié pour fixer un programme et des objectifs sur lesquels les parties se sont accordées. Elle qualifie sa participation à la réalisation de la politique régionale du logement de partenariat dont elle est l'acteur principal. Elle relève que le contrat de gestion prévoit en son point 4.1 que c'est le Fonds qui propose les conditions de son activité, qui sont seulement validées ensuite par un arrêté du Gouvernement. Elle affirme également que, dans l'exécution du contrat de gestion, l'action du Fonds est "première et déterminante" et qu'elle maîtrise les paramètres de son activité. Elle relève, en ce sens, les articles 112, 6°, du Code du Logement, la chargeant de "promouvoir l'expérimentation et la réflexion" dans les domaines concernés et de "proposer au Gouvernement des politiques nouvelles", ainsi que l'article 5, alinéa 2, du contrat de gestion qui va dans le même sens. Elle illustre ce propos.

Elle conteste *a fortiori* que l'encadrement de son activité puisse constituer un facteur d'anéantissement de sa maîtrise sur ses actifs. Elle relève que les conditions d'octroi de ses prêts hypothécaires, fixées par l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 mars 2008 en exécution de l'article 112, § 1^{er}, 1°, du Code bruxellois du Logement, sont strictement liées à l'objectif poursuivi – faciliter l'accès à la propriété de personnes qui n'y parviendraient pas sans aide –, tendent à éviter la spéculation et à préserver la viabilité économique de l'activité. Elle considère qu'elles lui laissent une grande marge de manœuvre pour exécuter ses opérations et détaille cet argument, en particulier quant à l'empêchement de la propriété multiple, la dérogation à l'obligation d'occuper l'immeuble, la décision d'octroi du prêt, son montant, sa durée, les garanties complémentaires dont il doit être assorti et sa résiliation ou la

reprise d'encours. Elle conclut que ce cadre réglementaire ne constitue pas un facteur de réduction de son indépendance d'action et que la Région a simplement pris en considération une activité que le Fonds exerçait déjà sans intervention du législateur. Elle sollicite à titre subsidiaire de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne une question préjudicielle rédigée comme suit :

"Une réglementation fixant le cadre des opérations réalisant une politique publique à laquelle participe un opérateur économique soutenu par une administration publique, telles que les conditions auxquelles doivent répondre les bénéficiaires de cette politique et auxquelles l'opérateur économique peut contracter avec ces bénéficiaires constitue-t-elle une réglementation annihilant l'indépendance de cet opérateur au sens des paragraphes 2.21 à 2.23 du règlement 549/2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne, i) lorsque ces conditions sont économiquement justifiées et, toutes autres choses étant égales par ailleurs, ne diffèrent pas des conditions auxquelles des opérations similaires sont réalisées en dehors de la politique publique par d'autres opérateurs économiques, ou ii) lorsque l'opérateur économique dispose d'une liberté d'action à l'intérieur de ce cadre, ou iii) lorsque l'opérateur économique dispose d'un pouvoir initiateur de la norme par la proposition?".

Elle conclut en affirmant que l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

Elle réitère ensuite les critiques concernant les autres indices que l'acte attaqué retient comme suffisant à caractériser sa dépendance à l'égard de la Région de Bruxelles-Capitale.

B. Argumentation de la partie adverse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse constate que la partie requérante n'a pas modifié son argumentation malgré l'arrêt rejetant sa demande de suspension.

Elle fait valoir que l'article 20.309 du SEC 2010 définit le contrôle par plusieurs critères, qui ne sont pas cumulatifs, comme l'indique l'article 20.310; que les termes "*tels que*" permettent de considérer que certains critères sont suffisants à eux seuls; qu'il lui appartient donc de déterminer les critères pertinents pour établir le contrôle d'une unité par une administration publique; qu'elle s'est fondée sur les indicateurs g) (autorisation de la Région pour les emprunts) et i) (financement quasi intégral par la Région, soit par des dotations ou des prêts sans intérêt, soit par l'octroi d'une garantie sur ses emprunts); et que la partie requérante émet de longues considérations sur l'indicateur h), alors que l'acte attaqué n'y fait pas référence, de sorte que ces critiques sont dénuées de pertinence.

À propos de l'autorisation requise pour emprunter, elle relève que 99,7 % des emprunts de la partie requérante sont garantis par la Région, de sorte que la possibilité d'emprunter sans l'accord de la Région a peu d'incidence en pratique. Elle estime que la partie requérante contredit la réalité économique en soutenant que cet état de fait ne détermine pas concrètement une forme de dépendance. Elle développe les raisons pour lesquelles le contrôle des commissaires du Gouvernement, le pouvoir de substitution, les sanctions prévues par le contrat de gestion, l'approbation des prévisions budgétaires, des rapports d'activité et des comptes annuels et la nécessité de l'accord du ministre pour créer de nouveaux services internes impliquant soit un investissement significatif, soit des répercussions importantes sur ses frais de gestion, constituent des éléments suffisants pour considérer que le gouvernement régional peut déterminer la politique générale de la partie requérante. Elle réfute la thèse selon laquelle la relation entre le Fonds et la Région serait négociée. Selon elle, l'historique du Fonds n'a pas d'importance pour déterminer sa situation actuelle et, d'autre part, l'existence d'un partenariat n'exclut pas que la Région puisse déterminer la politique générale du Fonds.

Elle soutient par ailleurs que la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que la Région n'exerce pas de contrainte significative sur sa gestion quotidienne, sur ses actifs et son passif. Elle renvoie aux passages du *Manual on Government Deficit and Debt* (MGDD) qui donne des exemples de contraintes sur les actifs et d'unités sous contrôle public ayant les caractéristiques des institutions financières captives et souligne, comme l'acte attaqué, que ces passages sont pertinents par rapport à l'activité de la partie requérante, consistant à octroyer des crédits hypothécaires dans des conditions fortement encadrées par le gouvernement. Elle fait valoir que la marge de manœuvre de la partie requérante dans l'exercice de son activité principale est donc limitée et que son pouvoir d'initiative pour faire modifier les conditions d'octroi des crédits confirme qu'elle a besoin de l'accord de la Région. En ce qui concerne les contraintes sur le passif qui sont décrites au chapitre I.6.2, point 32, du MGDD, la partie adverse expose que ce cas visait bien la partie requérante, dont les sources de financement sont des subsides, des prêts accordés par les pouvoirs publics et des garanties sur emprunts.

Elle rappelle les termes de l'arrêt n° 232.249 du 17 septembre 2015 et considère qu'elle ne devait pas apprécier la qualité de producteur "marchand/non-marchand" de la partie requérante ni le risque de son activité. Elle invoque sur ce point l'article 20.34 du SEC 2010, selon lequel le test marchand/non marchand ne s'applique pas aux sociétés dont les activités sont de nature financière. Elle affirme que l'article 112, § 1^{er}, du Code du Logement constitue un encadrement suffisant pour conclure à l'inexistence de la marge de manœuvre de la partie requérante, que le pouvoir d'initiative est largement contrebalancé par le pouvoir de décision régionale,

que les contraintes sont avérées, et que le financement de la partie requérante est exclusivement d'origine publique ou garanti par la Région.

Elle conclut que son interprétation est conforme à la réglementation européenne et à la position d'Eurostat et estime qu'il faudrait, pour conclure au fondement des moyens, poser des questions préjudicielles à la Cour de justice, ce que ne suggère même pas la partie requérante [à ce stade de la procédure].

C. Appréciation du Conseil d'État

La régularité de la décision attaquée doit être appréciée par référence au "SEC 2010" établi par le règlement (UE) n° 549/2013, mais non par référence au *Manual on Government Deficit and Debt* (MGDD) qui n'émane pas d'une autorité dotée de pouvoir réglementaire et qui n'a, en outre, été publié qu'en langue anglaise.

Le SEC 2010 suppose le regroupement en cinq secteurs de toutes les unités institutionnelles, qu'il définit comme des entités économiques ayant la capacité de détenir des biens et des actifs, souscrire des engagements, exercer des activités économiques et réaliser, en leur nom propre, des opérations avec d'autres unités (§ 1.57, définition reprise au § 2.01).

Il détaille en son chapitre 2, plus spécialement aux points 2.12 et 2.13, ce qu'il faut entendre par unité institutionnelle. Le point 2.13, c), précise notamment que "les entités qui, tout en étant dotées d'une comptabilité complète, ne disposent pas de l'autonomie de décision, font partie des unités qui les contrôlent". Il aborde ensuite diverses catégories particulières, parmi lesquelles les "institutions financières captives", auxquelles sont consacrés les §§ 2.21 à 2.23, et les "unités des administrations publiques à vocation spéciale", visées au §§ 2.27 et 2.28. Ces textes disposent respectivement comme suit :

"2.21. Une société holding qui détient simplement des actifs de filiales est un exemple d'institution financière captive. Les autres unités qui sont aussi traitées comme des institutions financières captives sont notamment les unités qui présentent les caractéristiques des entités à vocation spéciale décrites ci-dessus, y compris les fonds d'investissement et les fonds de pension, et les unités utilisées pour détenir et gérer le patrimoine de particuliers ou de familles, émettre des titres de créance pour le compte de sociétés apparentées (une telle société pouvant alors être appelée un "intermédiaire") et exercer d'autres fonctions financières.

2.22. Le degré d'indépendance de ces entités par rapport à leur société mère ressort du contrôle qu'elles ont sur leurs actifs et leurs passifs et de la mesure dans laquelle elles peuvent supporter les risques et tirer des revenus liés aux actifs et aux passifs. Ces unités sont classées dans le secteur des sociétés financières.

2.23. Une entité de ce type qui ne peut agir indépendamment de sa société mère et n'est qu'un détenteur passif d'actifs et de passifs (on dit parfois qu'elle est "en pilotage automatique") n'est considérée comme une unité

institutionnelle distincte que si elle est résidente d'une économie différente de celle de sa société mère. Si elle est résidente de la même économie que sa société mère, elle est considérée comme une "filiale artificielle" conformément à la description ci-dessous".

"2.27. Les administrations publiques peuvent aussi créer des unités spéciales, dotées de caractéristiques et de fonctions analogues à celles des institutions financières captives et des filiales artificielles. De telles unités et leurs regroupements n'ont pas le pouvoir d'agir indépendamment, et la gamme des opérations dans lesquelles elles peuvent s'engager est limitée. Elles ne supportent pas les risques et ne perçoivent pas de revenus liés aux actifs et aux passifs qu'elles détiennent. De telles unités, si elles sont résidentes, doivent être traitées comme faisant partie intégrante des administrations publiques et non comme des unités distinctes. Si elles sont non résidentes, elles doivent être traitées comme des unités distinctes. Toutes les opérations qu'elles réalisent à l'étranger doivent se refléter dans des opérations correspondantes avec les administrations publiques. Ainsi, une unité qui emprunte à l'étranger est considérée comme prêtant la même somme aux administrations publiques, et dans les mêmes conditions, que l'emprunt d'origine.

2.28. En résumé, les comptes d'une entité à vocation spéciale ne disposant pas du droit d'agir indépendamment doivent être regroupés avec ceux de sa société mère, sauf si elle est résidente d'une économie autre que celle où réside cette dernière. Cette règle générale compte une exception, à savoir les EVS non résidentes qui sont créées par des administrations publiques".

Le SEC 2010 définit ensuite les secteurs dans lesquels doivent être classées les entités institutionnelles et, au § 2.32, il illustre ce processus d'affectation par un diagramme. Parmi ces secteurs figurent celui des administrations publiques (secteur 13) et celui des sociétés financières (secteur 12), pouvant être publiques, privées nationales ou sous contrôle étranger (§ 2.71). Les secteurs sont subdivisés en sous-secteurs.

Le § 2.99 détaille dans les termes suivants quelles entités relèvent du sous-secteur S.127, intitulé "institutions financières captives et prêteurs non institutionnels" :

"2.99. Relèvent notamment du sous-secteur S.127 les sociétés et quasi-sociétés financières suivantes:

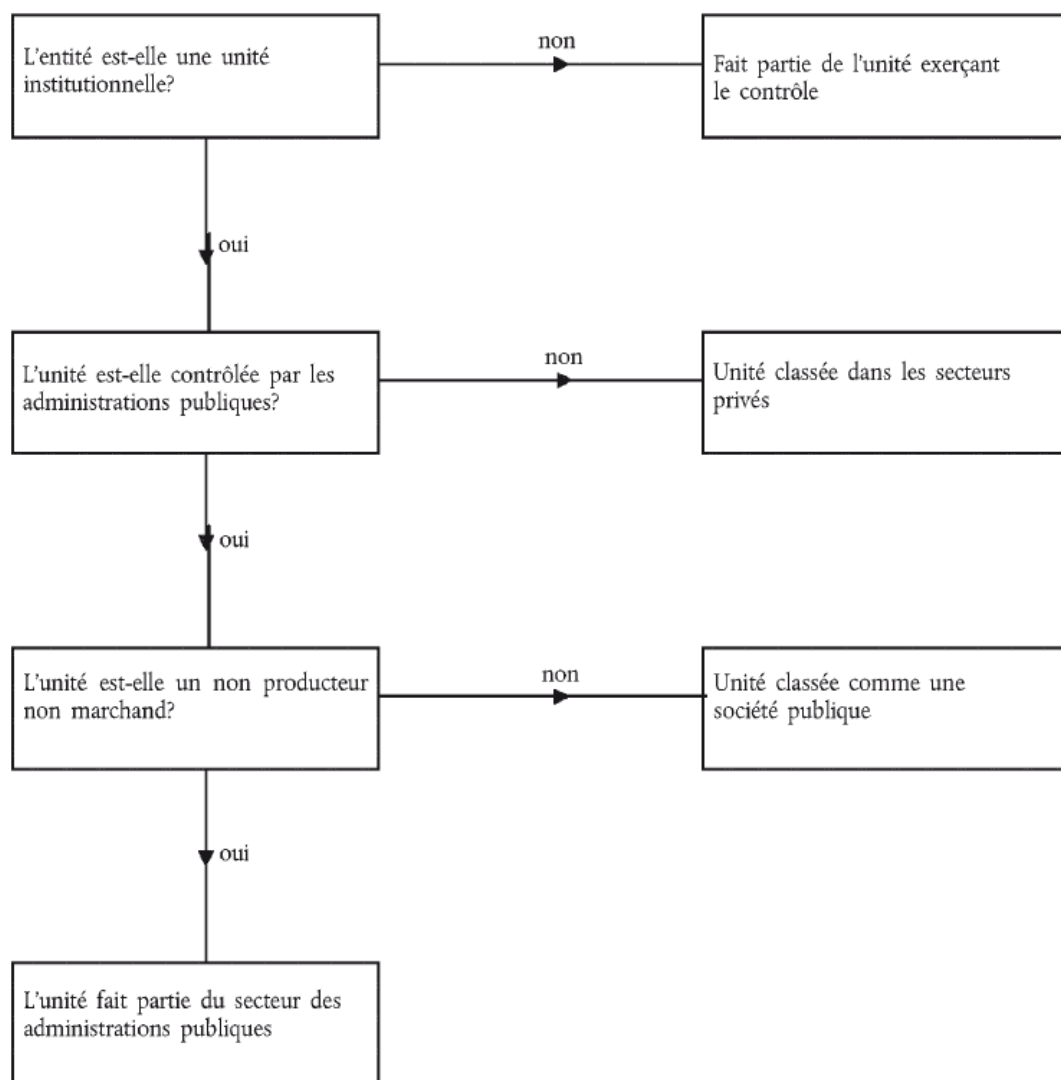
- a) les unités qui constituent des entités juridiques comme les fiducies, les agences immobilières, les organismes de comptabilité ou les sociétés boîtes aux lettres;
- b) les sociétés holding [...];
- c) les entités à vocation spéciale qui peuvent être considérées comme des unités institutionnelles et qui lèvent des fonds sur les marchés ouverts, destinés à être utilisés par leur société mère;
- d) les unités qui fournissent des services financiers exclusivement grâce à leurs fonds propres ou à des fonds fournis par un bailleur de fonds à une série de clients et qui endossent le risque financier en cas de défaut de paiement du débiteur. Citons comme exemples les prêteurs non institutionnels ou les sociétés qui accordent des prêts étudiants ou des prêts au commerce extérieur à partir de fonds reçus d'un bailleur de fonds comme une administration publique ou une institution sans but lucratif et les prêteurs sur gage qui s'engagent principalement dans le prêt;

e) les fonds à vocation spéciale des administrations publiques, généralement appelés "fonds souverains", s'ils sont classés parmi les sociétés financières".

Il paraît résulter de cette disposition, spécialement du *littera d*, qu'une entité institutionnelle qualifiée d'institution financière captive peut néanmoins être classée dans le secteur des sociétés financières, même lorsqu'elle accorde des prêts grâce à des fonds "reçus d'un bailleur de fonds comme une administration publique", pour autant qu'elle "endosse le risque financier en cas de défaut de paiement du débiteur".

En son chapitre 20, intitulé "Les comptes des administrations publiques", le SEC 2010 définit ce secteur et comporte au § 20.17 un "arbre de décision", qui diffère du diagramme figurant au § 2.32, voire le contredit, et qui se présente comme suit :

Diagramme 20.1 – Arbre de décision



Le SEC aborde ensuite aux points 20.19 et suivants la distinction "entre marchand et non marchand". Il définit un "test marchand/non marchand", énonçant en substance qu'une entité marchande doit couvrir au moins 50 % de ses coûts par ses ventes au cours d'une période continue de plusieurs années, et précise ensuite :

"L'intermédiation financière et le domaine des administrations publiques

20.32. Le cas des unités engagées dans des activités financières nécessite une considération particulière. L'intermédiation financière est l'activité par laquelle des unités acquièrent des actifs financiers et, simultanément, contractent des engagements en leur nom propre par le biais d'opérations financières.

20.33. Un intermédiaire financier s'expose lui-même au risque en souscrivant des engagements en son nom propre. Si, par exemple, une unité financière publique gère des actifs mais ne s'expose pas elle-même au risque en souscrivant des engagements pour son propre compte, elle n'est pas considérée comme un intermédiaire financier et elle est classée dans le secteur des administrations publiques plutôt que dans celui des sociétés financières.

20.34. Appliquer le critère quantitatif du test marchand/non marchand aux sociétés publiques engagées dans l'intermédiation financière ou dans la gestion d'actifs n'est généralement pas pertinent, car leurs ressources proviennent à la fois de revenus de la propriété et de gains de détention".

Enfin, le § 20.309 du SEC 2010 est rédigé comme suit :

"20.309 Le contrôle d'une unité du secteur public résidente est défini comme le pouvoir de déterminer sa politique générale. Cela peut se faire au moyen des droits directs d'une seule unité du secteur public ou des droits collectifs de plusieurs d'entre elles. Les indicateurs de contrôle suivants sont pris en considération:

a) droit de nommer, de démettre de leurs fonctions ou de s'opposer à une proportion majoritaire de responsables, de membres d'un conseil d'administration, etc. Le droit de nommer, de démettre de leurs fonctions, d'approuver ou de s'opposer à une proportion majoritaire des membres des instances dirigeantes d'une entité est suffisant pour établir un contrôle. Ces droits peuvent être détenus directement par une seule unité du secteur public ou indirectement par des unités du secteur public regroupées. Si la première série de nominations est contrôlée par le secteur public mais que les remplacements ultérieurs ne sont pas soumis à ce contrôle, l'entité reste dans le secteur public jusqu'à ce que la nomination de la majorité des dirigeants ne soit plus le résultat de nominations contrôlées;

b) droit de nommer, de démettre de leurs fonctions ou de s'opposer aux membres les plus importants du personnel. Si le contrôle de la politique générale est effectivement déterminé par des membres influents du conseil d'administration, par exemple le directeur général, le président et le directeur financier, le pouvoir de nommer, de démettre de leurs fonctions ou de s'opposer à ces membres du personnel revêt encore plus d'importance;

c) droit de nommer, de démettre de leurs fonctions ou de s'opposer à une proportion majoritaire de personnes occupant les postes liés aux principaux organes de l'entité. Si les tâches relatives aux éléments clés de la politique générale, comme la rémunération du personnel dirigeant ou la stratégie commerciale, sont déléguées à des sous-comités, le droit de nommer, de démettre ou de s'opposer aux dirigeants de ces sous-comités est déterminant pour l'établissement d'un contrôle;

d) possession de la majorité des droits de vote. Cet aspect est normalement synonyme de contrôle lorsque les décisions sont prises sur la base d'un vote par action. Les actions peuvent être détenues directement ou

indirectement et les actions détenues par toutes les unités du secteur public sont regroupées. Si les décisions ne sont pas prises sur la base d'un vote par action, la situation doit être examinée afin de savoir si le secteur public dispose d'un vote majoritaire;

e) droits induits par des actions et options spéciales. Ces actions préférentielles ou spéciales étaient autrefois courantes dans les sociétés privatisées et se retrouvent encore dans certaines entités à vocation spéciale. Dans certains cas, elles donnent aux entités du secteur public des droits résiduels pour protéger leurs intérêts; elles peuvent être permanentes ou limitées dans le temps. L'existence de ces actions n'est pas en soi un indicateur de contrôle, mais elle doit faire l'objet d'une analyse détaillée, notamment en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles les pouvoirs indiqués peuvent être invoqués. Si ces pouvoirs influent sur la politique générale courante de l'entité, ils sont importants pour les décisions relatives au classement. Dans d'autres cas, il existe des pouvoirs de réserve qui peuvent conférer des droits de contrôle sur la politique générale dans les situations d'urgence, *etc.*; ces pouvoirs ne sont pas considérés comme déterminants s'ils n'ont pas d'influence sur la politique appliquée, bien que, s'ils sont mis en œuvre, ils déclenchent généralement un reclassement immédiat. L'existence d'une option d'achat d'actions pour les entités du secteur public dans certaines circonstances constitue une situation de nature similaire et il est nécessaire d'apprécier si les pouvoirs de mise en œuvre de cette option ont une influence sur la politique générale de l'entité;

f) droits de contrôle par l'intermédiaire de dispositions contractuelles. Si toutes les ventes d'une entité sont destinées à une seule entité du secteur public ou à un groupe d'entités du secteur public, on peut parler d'influence dominante qui peut être considérée comme l'exercice d'un contrôle. La présence d'autres clients ou la possibilité d'avoir d'autres clients constitue une indication montrant que l'entité n'est pas contrôlée par des unités du secteur public. Si l'entité n'est pas en mesure de traiter avec des clients hors secteur public en raison de l'influence de celui-ci, une telle situation indique l'existence d'un contrôle exercé par le secteur public;

g) droits de contrôle résultant d'accords ou d'autorisations d'emprunter des fonds. Souvent, les bailleurs de fonds imposent des contrôles dans les conditions d'octroi des crédits. Si le secteur public impose des contrôles induits par le prêt de fonds ou dans le but de protéger son exposition au risque due à l'octroi d'une garantie, contrôles qui sont plus rigoureux que ceux auxquels est normalement soumise une entité du secteur privé par une banque, il s'agit d'un indicateur de contrôle. Si une entité doit demander au secteur public l'autorisation d'emprunter des fonds, il s'agit également d'un indicateur de contrôle;

h) contrôle exercé par l'intermédiaire d'une réglementation excessive. Lorsque la réglementation est assez stricte pour dicter dans les faits la politique générale de l'entreprise, il s'agit d'une forme de contrôle. Dans certains cas, les autorités publiques peuvent disposer d'un fort pouvoir d'intervention réglementaire, en particulier dans des domaines tels que les activités de monopoles et les services privatisés dans lesquels il existe un élément de service public. Il est possible qu'une implication réglementaire existe dans des domaines importants, par exemple la fixation des prix, sans que l'entité cède le contrôle de sa politique générale. Le choix d'entrer dans un environnement strictement réglementé ou d'opérer dans un tel environnement indique également que l'entité n'est pas soumise à un contrôle;

i) autres. L'exercice d'un contrôle peut aussi découler de pouvoirs ou de droits réglementaires figurant dans l'acte constitutif d'une entité, destinés par exemple à limiter les activités, les objectifs et les aspects opérationnels, à approuver les budgets ou à empêcher l'entité de modifier ses statuts, de se

dissoudre, d'approuver des dividendes ou de mettre fin à sa relation avec le secteur public. Une entité qui est entièrement ou quasi entièrement financée par le secteur public est considérée comme placée sous contrôle si les contrôles exercés sur ce flux de financement sont suffisamment restrictifs pour imposer une politique générale dans ce domaine".

L'acte attaqué porte sur le classement du Fonds requérant. Ce dernier a été créé par des personnes privées qui en sont toujours les actionnaires. Ses missions sont reconnues d'utilité publique par la Région de Bruxelles-Capitale et elles sont encadrées principalement par le Code bruxellois du Logement et ses arrêtés d'exécution.

La motivation formelle de l'acte attaqué fait tout d'abord apparaître les raisons pour lesquelles le Fonds requérant est une unité institutionnelle distincte (point 1) qui est contrôlée par une administration publique au sens du § 20.309 du SEC 2010 (point 2). Elle aborde ensuite la qualification du Fonds comme institution marchande (point 3). Sur ce dernier point, l'auteur de l'acte vérifie si le Fonds présente les caractéristiques d'une institution financière captive et répond par l'affirmative, en concluant au classement de l'entité dans le secteur des administrations publiques (point 3). La partie requérante conteste tant se trouver sous le contrôle d'une administration publique, qui disposerait d'une capacité à déterminer sa politique générale (point 2), que constituer une institution financière captive (point 3).

Point 1 de l'acte attaqué

Pour qualifier le Fonds d'unité institutionnelle distincte, la partie adverse a relevé qu'il dispose d'une autonomie de décision dans l'exercice de sa fonction principale au sens du § 2.12 du SEC 2010, ce qui se traduit par "le droit de posséder des actifs, la capacité de prendre des décisions économiques et d'exercer des activités économiques dont il peut être tenu pour responsable en droit, la capacité de souscrire des engagements, de contracter des dettes et d'autres obligations et de passer des contrats en son propre nom et la capacité d'établir une comptabilité complète". L'acte attaqué n'est pas critiqué sur ce point.

Point 2 de l'acte attaqué

Pour conclure à l'existence d'un contrôle de la Région de Bruxelles-Capitale sur la partie requérante, la partie adverse a principalement tenu compte des éléments suivants :

1. le Fonds est quasi entièrement financé par la Région, directement par des dotations et des prêts sans intérêt, indirectement par la garantie de ses emprunts;
2. les emprunts garantis doivent être autorisés par le Gouvernement, et pratiquement tous les emprunts du Fonds qui ne sont pas souscrits directement auprès de la Région ou d'une autre administration publique, sont garantis par la Région;
3. en contrepartie de ce financement, le Fonds participe à la politique de la Région en matière de logement; sa politique générale est définie par la Région dans un contrat de gestion et dans le Code bruxellois du Logement, nonobstant la circonstance que cela se fasse sur la base d'un partenariat mutuellement consenti;
4. le Gouvernement exerce son pouvoir de contrôle via deux commissaires qu'il nomme et révoque, qui ont un droit illimité de surveillance sur les opérations de la société et qui doivent être convoqués à toutes les réunions du conseil d'administration et des autres organes de gestion: ils sont chargés de veiller au respect par le Fonds de la législation, de la réglementation, du contrat de gestion et de l'intérêt général; ils veillent à ce que les activités du Fonds s'inscrivent dans la politique générale du logement déterminée par le Gouvernement; le fait que les commissaires exercent leur contrôle *a posteriori* n'atténue pas la portée de ce contrôle;
5. le Gouvernement peut, après deux avertissements, se substituer au Fonds en cas de non-respect par ce dernier des obligations lui incombant;
6. la Région peut aussi, en cas de manquement grave par le Fonds à l'une de ses obligations, décider de réduire ou de revoir les modalités de financement de ses activités; vu l'importance pour le Fonds du financement de la Région, il s'agit là d'une sanction pouvant avoir des conséquences importantes pour celui-ci;
7. le Fonds doit soumettre pour approbation les prévisions budgétaires de ses dépenses annuelles au ministre compétent;
8. il doit remettre au ministre ses rapports et comptes annuels, qui doivent contenir certaines informations précisées dans le contrat de gestion;
9. il ne peut créer de nouveaux services internes impliquant soit un investissement significatif, soit des répercussions importantes sur les frais de gestion du Fonds sans l'accord préalable du ministre, ce qui limite fortement le développement éventuel de nouvelles activités.

Il y a lieu de vérifier si l'ensemble de ces critères crée un faisceau d'indices de nature à fonder l'appréciation de la partie adverse, au regard du § 20.309 du SEC 2010.

L'exactitude et la pertinence du premier indice (financement quasi intégral par la Région) ne sont pas contestées.

L'exactitude du deuxième indice (existence d'une garantie des emprunts par la Région) n'est pas contestée en elle-même. La politique générale du Fonds est nécessairement affectée par la mesure dans laquelle le Gouvernement autorise le recours à de tels emprunts garantis. Le § 20.309, g, du SEC 2010 prévoit explicitement que "si une entité doit demander au secteur public l'autorisation d'emprunter des fonds, il s'agit également d'un indicateur de contrôle". La partie adverse a pu avoir égard à la réalité économique qui montre que la quasi-totalité des emprunts contractés par le Fonds le sont sous la garantie de la Région et requièrent donc son autorisation. Dans ces conditions, la nécessité d'obtenir une autorisation du gouvernement pour les emprunts garantis constitue en soi la manifestation d'un pouvoir de contrôle, et la partie adverse n'était pas tenue d'identifier des modes de contrôle plus spécifiques résultant de cette situation.

Le troisième indice (définition de la politique générale par la Région) nécessite d'examiner comment sont définies les orientations de l'activité du Fonds. Il ressort du contexte historique évoqué par la partie requérante que le Fonds n'a pas été créé par les pouvoirs publics et que son objet social a été défini par ses fondateurs et non par la Région de Bruxelles-Capitale. Toutefois, son activité a été progressivement, et elle est actuellement, insérée dans un cadre législatif qui la régit de manière substantielle. L'article 112 du Code bruxellois du Logement lui confie expressément "des missions d'utilité publique" et il est considéré comme un "opérateur immobilier public" par diverses réglementations. Le contrat de gestion doit porter sur les objets énumérés à l'article 114 du Code. Si le gouvernement et le Fonds ne peuvent s'accorder sur la teneur du contrat de gestion, la deuxième phrase de l'article 113 porte qu'à défaut de contrat de gestion, et après consultation du Fonds, le gouvernement fixe les conditions particulières d'exécution de l'article 114 pour la durée d'un exercice budgétaire. Le contrat de gestion doit être publié au *Moniteur belge* et le respect de ses dispositions est contrôlé, au même titre que celui des lois, décrets et règlements, par les commissaires du gouvernement dont il est question dans le quatrième indice. Dès lors, si le contrat de gestion concrétise bien un partenariat conclu entre le Fonds et la Région, il s'agit d'une relation inégalitaire dans laquelle la Région joue un rôle prépondérant à la fois par l'ampleur des moyens financiers qu'elle consacre aux missions concernées et par le pouvoir réglementaire qui lui appartient.

Le Fonds requérant, qui tient son existence et son capital de l'initiative privée, conserve en principe la liberté de décider de son maintien et d'orienter ses activités. Toutefois, il ne peut être fait abstraction de l'encadrement législatif qui

vient d'être résumé et de la réalité économique qui lui est sous-jacente. En considérant que la politique générale du Fonds "est définie par la Région dans un contrat de gestion et dans le Code bruxellois du Logement, nonobstant la circonstance que cela se fasse sur la base d'un partenariat mutuellement consenti", la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Le quatrième indice (le contrôle à l'intervention de commissaires du Gouvernement) témoigne de l'extension au Fonds d'une technique de tutelle administrative courante dans les organismes d'intérêt public des catégories B, C et D. Le rôle de ces commissaires s'étend à toutes les décisions de tous les organes du Fonds. Il dépasse le contrôle de légalité et de régularité puisqu'il s'exerce par référence au respect de la législation, du contrat de gestion ou de l'intérêt général. Il peut, en cas de recours au Gouvernement, déboucher sur l'annulation des décisions adoptées par le Fonds. Il n'y a pas d'erreur manifeste à considérer qu'un tel contrôle revêt un caractère "influent et significatif" comme l'a estimé la partie adverse. La présence de commissaires du Gouvernement au sein des organes d'administration exerce nécessairement une influence, fût-elle purement préventive, sur les décisions adoptées.

Le cinquième indice (le pouvoir de substitution du Gouvernement) vise un procédé dont la mise en œuvre, exceptionnelle, se limite aux cas où le Fonds, préalablement averti, s'abstiendrait de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du Code du Logement. L'existence d'un tel mécanisme incite les organismes auxquels il s'applique à exécuter leurs obligations et constitue une prérogative exorbitante du droit commun. Il ne concourt pas en lui-même à permettre à la Région d'influencer la politique générale des organismes compétents en matière de logement, mais complète l'ascendant que la Région exerce par ailleurs sur ces institutions.

De même, le sixième indice (réduction ou révision des modalités de financement en cas de manquement grave) constitue un procédé qui ne s'applique qu'en cas de manquement grave et n'est utilisé qu'exceptionnellement. Compte tenu de l'importance des moyens financiers alloués par la Région, il s'agit d'un moyen de pression dont l'existence incite les organismes auxquels il s'applique à exécuter leurs obligations. Il ne concourt pas en lui-même à permettre à la Région d'influencer la politique générale des organismes compétents en matière de logement, mais complète l'ascendant que la Région exerce par ailleurs sur ces institutions.

Le septième indice (approbation des prévisions budgétaires par le ministre) consiste en une forme de tutelle budgétaire qui porte sur l'ensemble des mouvements financiers du Fonds. Même si ce procédé est destiné à faciliter

l'élaboration, par la Région, de ses propres prévisions budgétaires, il n'en reste pas moins qu'il manifeste un mode de contrôle qui caractérise habituellement la situation des organismes d'intérêt public. L'affirmation du Fonds requérant, selon laquelle ces prévisions n'engloberaient que les dépenses d'investissement, à l'exclusion des dépenses de fonctionnement, n'est étayée par aucune pièce. En outre, il n'en demeure pas moins que ce procédé permet à la Région d'exercer une influence déterminante sur l'ampleur des moyens qui pourront être consacrés à l'exercice des diverses missions du Fonds.

Le huitième indice (rapports et comptes annuels) est le complément du septième : il porte sur une obligation qui permet à la Région de s'assurer que le Fonds agit et dépense conformément à ses obligations. La transmission des rapports et comptes annuels n'emporte par elle-même aucune capacité d'influence sur la politique générale du Fonds, mais elle concourt à l'exercice des autres modes de contrôles relevés au titre des autres critères.

Le neuvième indice (accord du ministre à la création de nouveaux services) manifeste la capacité d'influence de la Région sur la structure interne du Fonds et la limitation de l'autonomie de ce dernier dans l'organisation de ses propres services. La comparaison avec les clauses qui seraient insérées par les institutions bancaires dans certains contrats de prêt ne dément pas la pertinence de cet élément pour apprécier l'étendue du contrôle pouvant être exercé sur le Fonds par la Région de Bruxelles-Capitale. La circonstance que cette obligation a été supprimée depuis lors ne peut influencer la légalité de l'acte attaqué, laquelle doit s'apprécier au jour où il a été adopté.

Même si certains des indices relevés ne sont pas convaincants à eux seuls, leur combinaison manifeste une influence déterminante de la Région de Bruxelles-Capitale sur la politique générale du Fonds requérant. De l'ensemble des critères énoncés par la décision attaquée, la partie adverse a pu conclure que ce dernier est contrôlé par une administration publique. Sur ce point, le moyen n'est pas fondé.

Point 3 de l'acte attaqué

La motivation de la décision attaquée réfute l'objection selon laquelle l'analyse du classement d'une institution ayant les caractéristiques d'une institution financière captive constituerait une exception ou une dérogation.

Elle mentionne pour le surplus ce qui suit (page 5) :

"Si une unité contrôlée par les administrations publiques répond aux caractéristiques des unités financières captives, elle sera considérée comme non marchande et devra être classée dans le secteur des administrations publiques. Dès lors qu'une unité sous contrôle public présente les caractéristiques des institutions financières captives, elle n'est pas considérée comme un intermédiaire financier et l'analyse de son exposition au risque n'est pas pertinente".

Or, il ressort des dispositions précitées du SEC 2010 et plus spécialement de son § 20.17 qu'une entité institutionnelle distincte, contrôlée par une administration publique, ne doit être classée dans le secteur des administrations publiques que si elle est qualifiée de producteur non marchand. Pour les intermédiaires financiers, cette qualification suppose que l'entité institutionnelle "ne s'expose pas elle-même au risque en souscrivant des engagements pour son propre compte" comme le prévoit le § 20.33.

Comme il a été souligné ci-avant, l'acte attaqué reconnaît au Fonds requérant le caractère d'une entité institutionnelle distincte (point 1). Toutefois, il le classe dans le secteur des administrations publiques en raison, en substance, de son manque d'indépendance à l'égard de la Région de Bruxelles-Capitale. Comme le dénonce la partie requérante, la partie adverse fait ainsi l'économie d'une analyse du risque, pourtant requise par le § 20.33, en se référant aux §§ 2.22 et 2.23. Cependant, l'objet de ces deux dernières dispositions est de définir quelles organisations constituent des entités institutionnelles distinctes, question à laquelle l'acte attaqué a déjà répondu par l'affirmative.

La démarche adoptée par la partie adverse repose sur l'affirmation selon laquelle "dès lors qu'une unité sous contrôle public présente les caractéristiques des institutions financières captives, elle n'est pas considérée comme un intermédiaire financier et l'analyse de son exposition au risque n'est pas pertinente". Aucune disposition du SEC 2010 n'est citée qui viendrait étayer directement ce point de vue.

Pour statuer sur le moyen, il est nécessaire de décider si les dispositions précitées du SEC 2010 fournissent un fondement à cette affirmation. Le moyen met donc en cause l'interprétation de ces dispositions. Il y a dès lors lieu de poser à la Cour de Justice de l'Union européenne une question préjudicielle formulée comme suit :

"Les §§ 2.22, 2.23, 2.27, 2.28 et 20.33 du règlement 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une entité institutionnelle distincte, placée sous le contrôle d'une administration publique, doit être considérée comme non marchande et relève donc du secteur des administrations publiques si elle présente les

caractéristiques d'une institution financière captive, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le critère de son exposition au risque ?".

Par ailleurs, le Fonds requérant met en cause la légalité des motifs retenus par la partie adverse pour le qualifier d'institution financière captive. Pour ce faire, l'auteur de l'acte attaqué se réfère essentiellement à diverses dispositions du MGDD. La décision précise : "Ce concept de dépendance va au-delà de la définition de contrôle au sens du SEC qui s'applique à la politique générale d'une unité. Il concerne la marge de manœuvre laissée dans la gestion quotidienne de ses activités".

Après avoir réfuté l'objection selon laquelle seule une institution créée par les pouvoirs publics pourrait constituer une institution financière captive, la décision attaquée détaille ensuite les éléments qui sont jugés constitutifs de contraintes sur les actifs et sur les passifs du Fonds, en se référant essentiellement au MGDD et aux exemples qui y sont donnés. La motivation de l'acte attaqué reprend à ce titre divers indices de dépendance. Elle mentionne en particulier qu'en raison de la fixation par le Gouvernement du taux d'intérêt des crédits accordés par le Fonds, ce dernier ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour déterminer ses revenus. En ce qui concerne les passifs, elle s'attache principalement à l'existence des subventions et prêts de la Région ainsi qu'à la garantie des emprunts par la Région. L'acte attaqué n'indique pas explicitement que le Fonds "ne peut agir indépendamment" de la Région de Bruxelles-Capitale, selon les termes des §§ 2.23 et 2.28 du SEC 2010, que le contrôle de la Région va au-delà du pouvoir d'orienter la politique générale ou que le Fonds ne dispose d'aucune autonomie dans sa gestion journalière. Il ressort cependant de ses termes que la partie adverse a considéré qu'il en allait bien ainsi.

Dans ses écrits de procédure, la partie adverse ne rencontre pas, autrement qu'en renvoyant aux motifs de l'acte attaqué, l'argumentation de la partie requérante quant à la marge de manœuvre que lui laissent les arrêtés réglementant son activité. Il en va de même de l'argument selon lequel la garantie accordée aux emprunts du Fonds par la Région de Bruxelles-Capitale n'aurait qu'une portée économique limitée et n'amènerait pas le Fonds à s'écarter de la logique économique dans la gestion courante de ses opérations de prêt hypothécaire.

Pour se prononcer sur la légalité des motifs qui ont amené la partie adverse à considérer le Fonds comme une institution financière captive, il y a lieu d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne. Les questions préjudicielles proposées par la partie requérante le sont tardivement et, en tant qu'elles se réfèrent à la notion de garantie ponctuelle, elles procèdent d'éléments étrangers au moyen tel que développé dans la requête.

Le Conseil d'État estime devoir poser à la Cour une question préjudicielle formulée dans les termes suivants :

"Une entité fonctionnant sous le contrôle d'une administration publique peut-elle être qualifiée d'institution financière captive, au sens des paragraphes 2.21 à 2.23, 2.27 et 2.28 du règlement 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux :

a) au motif que la réglementation de son activité par cette administration publique lui enlève la maîtrise sur ses actifs, alors qu'elle lui laisse la capacité de décider de l'octroi des prêts hypothécaires qu'elle accorde, de leur durée, de leur montant et de certaines de leurs conditions, tout en déterminant d'autres éléments et notamment le taux d'intérêt dont ils sont assortis;

b) au motif que, notamment, la garantie qui est accordée par cette administration publique aux emprunts qu'elle contracte lui enlève la maîtrise sur ses passifs, sans examiner la finalité et les effets d'une telle garantie en fonction de ses caractéristiques en l'espèce et de la réalité économique sous-jacente ?".

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

Les deux questions préjudicielles suivantes sont posées à la Cour de Justice de l'Union européenne :

"Les §§ 2.22, 2.23, 2.27, 2.28 et 20.33 du règlement 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une entité institutionnelle distincte, placée sous le contrôle d'une administration publique, doit être considérée comme non marchande et relève dès lors du secteur des administrations publiques si elle présente les caractéristiques d'une institution financière captive, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le critère de son exposition au risque ?".

"Une entité fonctionnant sous le contrôle d'une administration publique peut-elle être qualifiée d'institution financière captive, au sens des paragraphes 2.21 à 2.23, 2.27 et 2.28 du règlement 549/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux :

a) au motif que la réglementation de son activité par cette administration publique lui enlève la maîtrise sur ses actifs, alors qu'elle lui laisse la capacité de décider de l'octroi des prêts hypothécaires qu'elle accorde, de leur durée, de leur montant et de certaines de leurs conditions, tout en

déterminant d'autres éléments et notamment le taux d'intérêt dont ils sont assortis;

b) au motif que, notamment, la garantie qui est accordée par cette administration publique aux emprunts qu'elle contracte lui enlève la maîtrise sur ses passifs, sans examiner la finalité et les effets d'une telle garantie en fonction de ses caractéristiques en l'espèce et de la réalité économique sous-jacente ?".

Article 3.

Sur le vu des réponses données par la Cour de Justice de l'Union européenne aux questions posées à l'article 2, le membre de l'auditorat désigné par M. l'auditeur général adjoint est chargé de rédiger un rapport complémentaire.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le vingt-huit septembre deux mille dix-huit par :

M ^{me} Pascale VANDERNACHT,	président de chambre,
M ^{me} Diane DÉOM,	conseiller d'État,
M. Frédéric GOSSELIN,	conseiller d'État,
M. Frédéric QUINTIN,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Frédéric QUINTIN

Pascale VANDERNACHT