

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 45.966/4
DU 25 FÉVRIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Vice-Président et Ministre du Budget, des Finances et de l'Équipement de la Région wallonne, le 4 février 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation générale

Le décret en projet tend, notamment, à redéfinir l'objet social de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures (ci-après : la SOFICO), qui fait actuellement l'objet de l'article 2 du décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures.

Comme l'indique le commentaire de l'article 2 en projet,

"La nouvelle rédaction vise [...] à permettre à la SOFICO d'étendre ses compétences :

1/ à l'ensemble des infrastructures routières, autoroutières et fluviales qui relèvent du programme d'achèvement des chaînons manquants, de suppression des goulets d'étranglement et d'achèvement des grands axes inscrits sur les schémas européens du réseau transeuropéen de transport;

2/) à l'entretien, dont elle assure à la fois le financement, la réalisation et l'exploitation, à titre onéreux, du réseau routier et autoroutier d'intérêt régional."

Il y a lieu d'examiner si cette importante extension des compétences de la SOFICO est compatible avec les normes d'intensité de force obligatoire supérieure, et en particulier avec le droit communautaire, compte tenu des évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en la matière.

L'activité consistant à réaliser, à entretenir, à exploiter, à gérer ou à mettre à disposition d'utilisateurs, des infrastructures routières ou fluviales doit être qualifiée d'activité économique, lorsqu'elle est prestée contre rémunération ⁽¹⁾. Tant le décret actuel que le décret en projet, précisent que l'activité confiée à la SOFICO est exercée "à titre onéreux". Il est d'ailleurs de l'essence même de la création de la société SOFICO que la réalisation et l'entretien d'infrastructures par celle-ci soient financés par les recettes provenant de l'exploitation de ces infrastructures ⁽²⁾. Dès lors que la mission confiée à la SOFICO constitue une activité économique, cette société doit être qualifiée d'entreprise

(1) Selon une jurisprudence constante de la Cour, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (voir, notamment, arrêts du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 36, du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 19). La mise à disposition d'infrastructures par des entités chargées de la gestion de celles-ci constitue une activité économique (arrêt du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission, Rec.2002,p.I-9297). Comme l'écrit Pierre Nihoul, "...échappent à cette qualification, certaines missions en raison de leur nature, soit, d'une part, les activités mettant en jeu des prérogatives de puissance publique (justice, armée, police,...) et d'autre part, les missions exercées sans possibilité de rentabilité économique, telles que la protection sociale" ("Les services publics locaux à l'épreuve du droit européen", in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen, Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception "in house"*, dir. F. Gosselin, C. Molitor, Ph. Quertainmont, Kluwer, 2008, p. 106). Tel n'est pas le cas des activités confiées à la SOFICO par le décret en projet.

(2) Comme l'indique l'exposé des motifs, le but poursuivi par la Région en créant la SOFICO est notamment de permettre un "financement alternatif" des infrastructures visées par le décret, c'est-à-dire un financement qui n'alourdit pas la dette de la Région, telle qu'elle est comptabilisée conformément au système européen des comptes (SEC95). Il résulte d'une décision prise par EUROSTAT le 11 février 2004 que les actifs liés à un partenariat entre une administration publique et un opérateur "privé" sont classés comme actifs non-publics et ne sont pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si le partenaire privé supporte le risque de construction et au moins un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/FR/2-110_22004-AP-FR.HTML). S'il n'est pas exclu que des recettes du partenaire "privé" proviennent directement du budget de la Région, ces recettes doivent en tout cas consister essentiellement en une rémunération des infrastructures ou des services rendus par ce partenaire à la Région ou aux utilisateurs de ces infrastructures ou de ces services. Car si la Région se limitait à rembourser les dépenses consenties par la SOFICO pour la mise à disposition d'infrastructures, indépendamment de la disponibilité de celles-ci ou de leur utilisation, les conditions pour que les actifs de la SOFICO ne soient pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques ne seraient en tout état de cause pas remplies.

au sens de l'article 86 du Traité CE. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes que, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ⁽³⁾.

La question se pose dès lors de savoir si la Région wallonne n'a pas l'obligation de mettre en concurrence les activités économiques qu'elle entend confier à la SOFICO.

Certes les règles relatives aux marchés publics ne sont pas applicables à l'attribution d'une telle activité à une entreprise par voie décrétales. En effet, selon la définition des marchés publics donnée par l'article premier, paragraphe 2, a), de la directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, un marché public nécessite l'existence d'une convention.

Toutefois, même si l'attribution d'une activité économique déterminée par une autorité publique à une entreprise ne tombe pas sous le champ d'application des directives en matière de marchés publics lorsqu'elle est réalisée en dehors d'un contrat, l'autorité publique qui l'attribue est tenue de "respecter les règles fondamentales du traité CE, les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle" ⁽⁴⁾.

Selon la jurisprudence de la Cour, les articles 43 CE (liberté d'établissement) et 49 CE (libre prestation des services) sont une expression particulière du principe d'égalité de traitement ⁽⁵⁾. Elles prohibent toutes les mesures indistinctement applicables susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les

⁽³⁾ Voir, notamment, arrêts du 23 avril 1991, Hoefner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, et du 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 17.

⁽⁴⁾ Voir, en ce sens, C.J.C.E., arrêt du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, point 25, et les autres références citées par cet arrêt.

⁽⁵⁾ C.J.C.E., arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, point 48.

ressortissants communautaires d'activités économiques sur le territoire d'autres États membres.

Ces principes, qui ont été rappelés par la Cour, à l'occasion d'affaires concernant des concessions de service public, lesquelles sont également exclues du champ d'application des directives en matière de marchés publics, devraient valoir également dans l'hypothèse où l'attribution d'une activité économique à un opérateur est effectuée par un acte unilatéral de l'autorité. En effet, comme l'a indiqué la Cour dans son arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005, "l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépendent pas de l'existence d'un contrat" ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

En outre, l'article 86, paragraphe 1^{er}, du Traité CE, prévoit que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édifient ou ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment celles prévues aux articles 12 CE et 81 CE à 89 CE.

⁽⁶⁾ *Id.* point 60.

⁽⁷⁾ Voir l'avis 42.982/4, donné le 25 juin 2007, sur un avant-projet d'ordonnance du 6 mars 2008 portant organisation des transports publics desservant des lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale (*Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2007/2008, n° A-444/1, p. 19).

⁽⁸⁾ Voir également la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire :
"... les concessions, même si elles ne sont pas visées par les directives marchés publics, sont soumises aux règles et aux principes du traité, dans la mesure où elles sont octroyées par le biais d'actes imputables à l'État, et ont pour objet la prestation d'activités économiques.
En effet, qu'il soit contractuel ou unilatéral, tout acte étatique (23) fixant les conditions auxquelles une prestation d'activités économiques est subordonnée, est à apprécier au regard des règles et des principes du traité et tout spécialement de celles des articles 43 à 55 [du Traité CE].
Sont donc visés par la présente communication, les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers - que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers - la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activités économiques au sens des articles 43 à 55 (ex-articles 52 à 66) du traité (J.O.C.E. n° C 121 du 29/04/2000, point 2.4, p. 5)".

L'obligation de transparence, qui résulte des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Elle "consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication" ⁽⁹⁾.

Toutefois comme la Cour l'a rappelé dans plusieurs arrêts,

"L'application des règles énoncées aux articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique est cependant exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité ou les autorités qui la détiennent" ⁽¹⁰⁾.

Il résulte de l'article 2 de l'avant-projet que la SOFICO satisfait à la deuxième condition, dès lors que la totalité de son activité est réalisée avec la Région wallonne.

Par contre, il n'est nullement certain que la première condition soit satisfaite. En effet, comme vient encore de le rappeler récemment la Cour de Justice des Communautés européennes, il est exclu qu'une autorité publique concédante puisse exercer, sur une entité concessionnaire, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services si une entreprise privée détient une participation dans le capital de cette entité ⁽¹¹⁾.

"La participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services" ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Arrêt *Parking Brixen* précité, point 49.

⁽¹⁰⁾ Arrêt *Coditel*, précité, point 26; 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 50, *Parking Brixen*, précité, point 62.

⁽¹¹⁾ Arrêt *Coditel*, précité, point 30.

⁽¹²⁾ Arrêt du 6 avril 2006, *AMAV*, C-410/04, point 31; 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, C-26/03, point 49).

Or l'article 1^{er}, alinéa 3, du décret du 10 mars 1994 précité prévoit que

"La Société régionale d'investissement de Wallonie, les personnes publiques et privées de l'accord du Gouvernement wallon, peuvent prendre des participations dans le capital de la société".

La circonstance que la SOFICO est une société ouverte, même en partie, au capital privé, empêche de la considérer comme une structure de gestion "interne" d'un service public dans le chef de la Région ⁽¹³⁾.

Il résulte de ce qui précède qu'il est douteux que l'attribution des missions prévue par le décret en projet à la société d'économie mixte qu'est la SOFICO, soit conforme aux règles fondamentales du Traité CE.

Il en irait autrement si la SOFICO était constitué exclusivement par des pouvoirs publics ⁽¹⁴⁾.

Par ailleurs, la simple mention faite dans l'exposé des motifs de ce que la compétence confiée par la Région à la SOFICO "se situe dans la continuité du service d'intérêt économique général, qui lui a été dévolu depuis sa construction" n'est pas de nature, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à aboutir à une autre conclusion.

⁽¹³⁾ Voir, en ce sens, arrêt du 21 juillet 2005, *Coname*, point 26; *Anav*, précité, point 31.

⁽¹⁴⁾ Comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt *Coditel* précité, "...la circonstance que l'autorité publique concédante détient ensemble avec d'autres autorités publiques, la totalité du capital d'une société concessionnaire tend à indiquer, sans être décisive, que cette autorité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services"(point 31). Même s'il subsiste des "zones d'ombre" sur ce critère du contrôle analogue utilisé par la Cour (voir sur ces "zones d'ombre", Ph. Quertainmont, *Avant-propos*, in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen, Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception "in house"*, dir. F. Gosselin, C. Molitor, Ph. Quertainmont, Kluwer, 2008, p.30), il semble que l'on peut déduire des modalités prévues par les articles 2, §§ 2 et 3, et 11, § 2, alinéa 3, en projet, ainsi que des articles 5, 8^{ter}, 9 du décret du 10 mars 1994 que le Gouvernement exerce sur la SOFICO un "contrôle analogue" à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

1. L'article 2, § 1^{er}, 2/), en projet entend confier à la SOFICO l'entretien du réseau routier et autoroutier construit d'intérêt régional, "dont elle assure à la fois le financement, la réalisation et l'exploitation".

Il résulte de l'exposé des motifs que la construction de nouvelles routes d'intérêt régional continuerait à être réalisée par les services du Gouvernement wallon.

La question se pose naturellement de savoir comment la SOFICO peut "exploiter" l'entretien des routes. Si en effet on conçoit aisément la manière dont la société peut exploiter des infrastructures qu'elle a réalisées, il n'en va pas de même pour l'"exploitation" de l'entretien des routes. Si l'intention est de permettre à la SOFICO, comme semble l'indiquer l'exposé des motifs, de tirer des recettes des infrastructures dont elle doit assurer ou dont elle aura assuré l'entretien, le projet doit le prévoir expressément en des termes plus clairs.

2. Le b) sous le paragraphe 1^{er}, 2/), en projet, indique que par "réseau d'intérêt régional" il y a lieu de comprendre les infrastructures qui ressortissent à la compétence de la Région wallonne. Selon les informations fournies par le fonctionnaire délégué, l'intention est d'exclure le réseau routier provincial et communal. Dès lors que le réseau routier provincial ou communal relève également de la compétence de la Région wallonne, il convient de reformuler cette disposition de manière à ce que l'exclusion du réseau provincial et communal apparaisse plus clairement.

3. Il y a lieu d'éviter d'interrompre une énumération en y insérant des alinéas. Une telle rédaction nuit en effet à la bonne compréhension du texte. Ainsi, par exemple, il n'apparaît pas clairement que l'exclusion des dépendances qui figure sous le a) de l'alinéa inséré sous le 2/) en projet, ne vaut pas également pour le 1/) en projet.

.../...

Article 3

Par définition, un péage est une rétribution payée par des utilisateurs ou, éventuellement, pour leur compte. Les mots "le cas échéant" dans la disposition en projet ne se justifient donc pas. Selon le fonctionnaire délégué, il s'agirait de prévoir que la SOFICO puisse recevoir des recettes de la Région wallonne qui ne constitueraient pas des péages payés par celle-ci pour le compte d'utilisateurs. Si telle est l'intention de l'auteur de l'avant-projet, le texte devrait être revu pour mieux traduire cette intention.

Son attention est toutefois attirée :

- d'une part, sur le fait que si la Région finance la SOFICO sans que ce financement constitue une rémunération pour la mise à disposition d'infrastructures réalisées ou entretenues par la SOFICO, la question se posera de savoir si les conditions seront encore réunies pour que le bilan de la SOFICO ne soit pas repris dans celui des administrations publiques ⁽¹⁵⁾;
 - d'autre part, sur ce que le mécanisme qui serait ainsi conçu serait susceptible d'être qualifié d'aide d'État, dont la compatibilité avec le droit européen devrait alors pouvoir être justifié ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.
-

⁽¹⁵⁾ Selon la décision prise par EUROSTAT le 11 février 2004 et citée dans la note 1, la Région ne sera pas réputée "supporter le «risque de disponibilité» que s'il lui est permis de réduire de façon significative (à titre de pénalité) ses paiements périodiques, comme tout «client normal" pourrait l'exiger dans un contrat commercial", et elle sera réputée supporter le "risque lié à la demande" si elle est "obligée de garantir un niveau donné de paiement au partenaire indépendamment du niveau effectif de la demande exprimée par l'utilisateur final, rendant sans effet les fluctuations du niveau de la demande sur la rentabilité du partenaire".

⁽¹⁶⁾ Voir dans un sens analogue, l'avis 22.822/9, donné le 1^{er} décembre 1993, sur un avant-projet devenu le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures (*Doc. parl.*, Parl. wall., 1993-1994, n/ 206/1 - observation II) et l'avis 39.442/2/4, donné le 19 décembre 2005, sur un avant-projet devenu le décret-programme du 23 février 2006 relatif aux actions prioritaires pour l'avenir wallon (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n/ 296/1 - observation générale 1 sous le chapitre IX).

⁽¹⁷⁾ Il est également renvoyé à l'article 88 CE, paragraphe 3, pour ce qui concerne l'éventuelle obligation de notification préalable d'une aide d'État à la Commission.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE