

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

-----

AVIS 46.107/4  
DU 23 MARS 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 25 février 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "portant création de la société anonyme de droit public «Société de Développement de Liège-Guillemins», en abrégé, SDLG", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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.

### Observations générales

1. Le décret en projet tend à transformer en une société anonyme de droit public la "Société de développement de Liège Guillemins", société anonyme relevant actuellement du droit privé. Selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'avant-projet, la personne morale de droit public en projet aurait pour objet "le développement, la réalisation et l'exploitation de l'espace immobilier définis au périmètre de remembrement urbain".

L'objet social n'est à l'évidence pas défini avec suffisamment de précision dans le texte en projet. Ainsi qu'en a convenu la fonctionnaire déléguée, cette disposition sera complétée de manière à ce que soit déterminé ce qu'il ya lieu d'entendre par "le périmètre de remembrement urbain".

2. Il ressort de l'exposé des motifs et des dispositions de l'avant-projet, ainsi que des explications fournies par la fonctionnaire déléguée, que l'activité de la société consistera tout d'abord à effectuer ou, plus exactement à faire effectuer, des travaux d'aménagement ou de réaménagement de biens immobiliers situés dans le quartier de la gare TGV-Guillemins. Ces travaux pourront bénéficier de subsides tant européens que régionaux, le projet de réaménagement de ce quartier ayant été retenu dans le cadre de la programmation 2007-2013 des Fonds structurels européens. L'autre activité de la société consistera à exploiter ces biens immobiliers.

Les ressources de la société seront donc constituées essentiellement, d'une part, par les subventions publiques, et d'autre part, par le produit de l'exploitation des biens immobiliers concernés.

.../...

L'activité de la société en projet relève par conséquent de la notion d'entreprises aux fins de l'application des règles communautaires de concurrence, dès lors que "dans le contexte du droit de la concurrence, cette notion comprend, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, toute entité exerçant une activité économique, notamment celle consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné" <sup>(1)</sup>.

La question se pose dès lors de savoir si la Région wallonne n'a pas l'obligation de mettre en concurrence l'activité économique que le décret en projet tend à confier à la société de droit public en projet.

Comme vient de le rappeler récemment la section de législation dans son avis 45.966/4, donné le 25 février 2009, à l'égard d'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" :

"Certes les règles relatives aux marchés publics ne sont pas applicables à l'attribution d'une telle activité à une entreprise par voie décrétaie. 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» <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> C.J.C.E., 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. -3851, point 36; arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21.

<sup>(2)</sup> *Note infrapaginale 4 de l'avis cité* : 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.

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<sup>(3)</sup>. Elles prohibent toutes les mesures indistinctement applicables susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les 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»<sup>(4) (5) (6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> *Note infrapaginale 5 de l'avis cité* : C.J.C.E., arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, point 48.

<sup>(4)</sup> *Note infrapaginale 6 de l'avis cité* : *Id.* point 60.

<sup>(5)</sup> *Note infrapaginale 7 de l'avis cité* : 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).

<sup>(6)</sup> *Note infrapaginale 8 de l'avis cité* : 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)".

En outre, l'article 86, paragraphe 1<sup>er</sup>, 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.

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» <sup>(7)</sup>.

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» <sup>(8)</sup>.

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 <sup>(9)</sup>.

«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» <sup>(10)</sup>."

---

<sup>(7)</sup> Note infrapaginale 9 de l'avis cité : Arrêt *Parking Brixen* précité, point 49.

<sup>(8)</sup> Note infrapaginale 10 de l'avis cité : Arrêt *Coditel*, précité, point 26; 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, point 50, *Parking Brixen*, précité, point 62.

<sup>(9)</sup> Note infrapaginale 11 de l'avis cité : Arrêt *Coditel*, précité, point 30.

<sup>(10)</sup> Note infrapaginale 12 de l'avis cité : Arrêt du 6 avril 2006, *AMAV*, C-410/04, point 31; 11 janvier 2005 *Stadt Halle*, C-26/03, point 49).

L'article 3 de l'avant-projet prévoit que la société peut avoir pour actionnaires, outre la Région wallonne, et tout autre personne de droit public, "toute personne de droit privé". Les conditions pour que l'opération puisse être effectuée sans ouverture à la concurrence ne sont donc pas remplies.

Il ressort toutefois des informations fournies par la fonctionnaire déléguée que les biens immobiliers concernés sont la propriété de trois personnes morales de droit public, à savoir la Région wallonne, la Ville de Liège et la SNCB-Holding. L'intention de l'auteur de l'avant-projet est que le capital de la société soit, notamment, constitué par l'apport que feraient ces personnes morales de droit public, des biens immobiliers concernés. Les actuels actionnaires de la société anonyme de droit privé auraient exprimé leur intention de sortir du capital de la société dès lors que celle-ci aurait acquis le statut de société anonyme de droit public.

Si la société devait avoir pour actionnaires exclusivement des personnes morales de droit public qui sont propriétaires de biens immobiliers dans le périmètre de remembrement urbain, et qui feraient apport de ces biens à la société, l'absence d'appel à la concurrence peut se justifier au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière, notamment en ce qui concerne les articles 12, 43 et 49 CE.

L'article 3 de l'avant-projet sera revu en ce sens.

3. Le décret en projet inclut d'office (article 4, alinéa 7 et article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'avant-projet) dans la composition du conseil d'administration et dans le comité exécutif des membres nommés "sur [la] proposition de la SNCB-Holding".

Outre qu'une telle représentation d'office apparaît incompatible avec l'article 3 de l'avant-projet en application duquel la SNCB-Holding pourrait, et non devrait, être actionnaire, il convient de rappeler que le principe de l'autonomie respective de l'État fédéral, des Régions et des Communautés s'oppose à ce qu'une entité fédérale ou fédérée prévoie unilatéralement la participation obligatoire d'une instance relevant d'un autre niveau de pouvoir dans la composition des organes qu'elle institue.

.../...

Si telle est l'intention de l'auteur de l'avant-projet, une telle participation obligatoire ne pourrait être envisagée que moyennant le respect de l'un des mécanismes de coopération prévus à cet effet par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

En l'espèce, compte tenu de l'article 3 de l'avant-projet et de la philosophie dans laquelle s'inscrit l'avant-projet de décret, une autre possibilité peut être envisagée, qui consiste à rendre purement facultative la proposition d'administrateurs par la SNCB-Holding.

En effet, dans la mesure où la participation de cette entreprise publique autonome dans la société à constituer est justifiée par le fait qu'elle est propriétaire de biens immobiliers compris dans le périmètre déterminé par l'objet social, le décret en projet, dès lors que le capital de la société est détenu exclusivement par des personnes morales de droit public faisant apport de leurs biens immobiliers compris dans ce périmètre, pourrait même se limiter à prévoir que chacune de ces personnes peut proposer à l'assemblée générale la nomination d'un nombre égal d'administrateurs et proposer au conseil d'administration la nomination d'un nombre égal de membres du comité exécutif.

Si une disposition en ce sens est prévue, l'absence de proposition d'administrateurs par une des personnes morales de droit public concernée n'empêchera pas l'assemblée générale de constituer valablement le conseil d'administration, et ce dernier de constituer valablement le comité exécutif. La participation de la SNCB-Holding tant dans la constitution de la société elle-même que dans la composition de ses organes étant dès lors purement facultative, le principe d'autonomie respective de l'État fédéral et des entités fédérées sera ainsi respecté.

4. Il résulte de l'exposé des motifs et des explications de la fonctionnaire déléguée que, si la société en projet "se substitue à la société anonyme du même nom", les détenteurs du capital de la société anonyme de droit public ne seront pas les actuels actionnaires de la société anonyme de droit privé. L'exposé des motifs indique en effet que "la Région wallonne, la Ville de Liège et la SNCB entreront dans l'actionnariat de la société". Selon les informations fournies par la fonctionnaire déléguée, les actuels actionnaires, qui sont des personnes morales de droit privé, n'ont pas l'intention de rester dans la société devenue société anonyme de droit public.

En outre le décret en projet implique une modification des statuts de la société, notamment, quant à son objet social, la composition de ses organes, la répartition du capital et les modifications futures de celui-ci.

À cet égard, l'avant-projet se limite à prévoir que les modifications statutaires relèvent de la compétence de l'assemblée générale et seront soumises à l'approbation du Gouvernement. L'avant-projet doit être complété par des dispositions fixant les modalités de l'entrée dans le capital de la société de la Région wallonne, et le cas échéant, d'autres personnes de droit public, dont l'auteur de l'avant-projet entend permettre cette entrée, que cette entrée dans le capital se fasse au moyen d'une augmentation de capital ou par une cession des titres des personnes privées, auquel cas il appartient au législateur de fixer lui-même les conditions de cette cession.

### Observations particulières

#### Dispositif

#### Article 1<sup>er</sup>

1. En ce qui concerne l'alinéa 1<sup>er</sup>, il est renvoyé à l'observation générale n/ 1.

2. L'alinéa 3 prévoit que la société "peut, par voie d'apport, de souscription ou d'achat d'actions ou de droits sociaux ou de toute autre manière, participer à toutes les sociétés financières, industrielles ou commerciales qui ont un objet qui se rapporte directement ou indirectement au sien".

Dans plusieurs avis, et notamment dans son avis 44.514/4<sup>(11)</sup>, la section de législation a fait l'observation suivante :

---

<sup>(11)</sup> Avis donné le 27 mai 2008 sur un avant-projet de décret devenu le décret du 5 décembre 2008 portant création de a société anonyme de droit public "Le Circuit de Spa-Francorchamps" (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n/ 862/1, p. 11).

"1. En vertu du paragraphe 2, alinéa 2, la nouvelle société pourra «constituer toute société filiale ou participer au capital de toute autre société ayant un objet analogue ou connexe au sein».

Dans la mesure où ces pouvoirs donnés à la nouvelle société sont susceptibles d'aboutir à la création d'une personne morale de droit public, il faut tenir compte de l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui impose au législateur régional de régler la création, la composition, la compétence, le fonctionnement et le contrôle de la personne morale de droit public concernée. Dès lors, à défaut de fixer ces règles dans le projet de décret ou d'habiliter le Gouvernement à les fixer sous réserve de leur confirmation législative ultérieure [...], la possibilité de création d'une filiale par la nouvelle société ne peut pas être admise [...]."

La disposition en projet doit donc être complétée de manière à ce qu'il soit précisé que, si la société en projet peut prendre des participations dans d'autres sociétés, elle ne peut constituer de filiales.

### Article 3

Outre que la disposition en projet comporte des erreurs matérielles qui la rendent incompréhensible, celle-ci doit être fondamentalement revue à la lumière de l'observation générale n/ 2.

### Articles 4 et 5

Il est renvoyé à l'observation générale n/ 3.

### Article 6

Comme la section de législation du Conseil d'État l'a précisé dans son avis 41.869/4 précité <sup>(12)</sup>, il appartient au législateur de fixer lui-même les éléments essentiels de la rémunération du Commissaire du Gouvernement, et notamment, si cette rémunération sera à charge du Gouvernement ou de la société <sup>(13)</sup>.

### Article 8

Mieux vaudrait, pour la bonne compréhension de cette disposition, insérer, à l'alinéa 2, les mots "en outre" entre le mot "ses recettes proviennent" et les mots "de son activité".

### Article 12

Concernant la nature juridique de la relation de travail entre une personne morale de droit public et les membres de son personnel, la section de législation a rappelé ce qui suit dans l'avis 41.869/4, précité :

"L'article 87, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoit que les principes généraux du statut administratif et pécuniaire du personnel de l'État, désignés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, sont applicables de plein droit, notamment, au personnel des personnes morales de droit public qui dépendent des Communautés et des Régions.

En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 22 décembre 2000, qui fixe ces principes généraux, le membre du personnel des personnes morales de droit public qui dépend d'une Région ou d'une Communauté, et donc le membre du personnel de la SORASI, est dans une situation statutaire.

---

<sup>(12)</sup> Avis 41.869/4, donné le 4 janvier 2007, sur un avant-projet devenu le décret du 15 février 2007 portant création de la société anonyme de droit public " Société de rénovation et d'assainissement des sites industriels (SORASI)" (*Doc. parl.*, Parl. wall., n/ 534, 2006-2007, p. 9).

<sup>(13)</sup> Le décret du 12 février 2004 relatif aux Commissaires du Gouvernement qui, en vertu de l'article 3, § 2, de ce décret, sera applicable au commissaire prévu par le présent avant-projet ne règle en effet pas cette question.

L'article 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du même arrêté prévoit que des personnes peuvent être engagées sous contrat de travail aux fins exclusives :

- 1/ de répondre à des besoins exceptionnels et temporaires en personnel, qu'il s'agisse soit de la mise en œuvre d'actions limitées dans le temps, soit d'un surcroît extraordinaire de travail;
- 2/ de remplacer des agents en cas d'absence totale ou partielle, qu'ils soient ou non en activité de service, quand la durée de cette absence implique un remplacement et dont les modalités sont fixées dans le statut;
- 3/ d'accomplir des tâches auxiliaires ou spécifiques dont la liste est publiée au préalable par chaque exécutif;
- 4/ de pourvoir à l'exécution de tâches exigeant des connaissances particulières ou une expérience large de haut niveau, toutes les deux pertinentes pour les tâches à exécuter.

L'article 2, § 2, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000 précité dispose que le décret visé à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles peut déterminer que, pour les activités d'une personne morale de droit public qui entrent en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés, il sera satisfait pour l'exercice de ces activités aux besoins en personnel par des personnes engagées par contrat de travail. Lorsque la personne morale de droit public entre en concurrence avec d'autres opérateurs publics ou privés pour l'essentiel de sa mission, ce décret peut déterminer qu'il est satisfait aux besoins en personnel par des personnes engagées par contrat de travail.

De ce qui précède, il suit que la nature contractuelle que l'auteur du projet entend donner au lien unissant la SORASI à son personnel doit être consacrée par décret.

Toutefois, le législateur ne pourrait décider de cette nature contractuelle que dans le respect de l'ensemble des dispositions précitées. Il appartient donc à l'auteur de l'avant-projet de justifier que tel est bien le cas et, dans l'affirmative, de le prévoir expressément et dans les limites rappelées ci-avant. Le cas échéant, il y aura alors lieu de prévoir expressément que la SORASI et les membres de son personnel ou certains d'entre eux sont liés par un contrat de travail, et d'indiquer les fonctions qui répondent aux conditions de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 4/, de l'arrêté royal du 22 décembre 2000, précité, voire de son article 2, § 2, à supposer que la SORASI puisse se trouver en situation de concurrence avec d'autres opérateurs dans le cadre des missions qui lui sont dévolues."

La même observation vaut pour la disposition en projet. Si l'activité de la société en projet, qui consiste à exploiter les biens immobiliers compris dans le périmètre de remembrement urbain, peut effectivement être considérée comme une activité concurrentielle, il n'en va pas de même de l'activité essentielle qui consiste à effectuer ou à faire effectuer des travaux d'aménagement de ces biens immobiliers à l'aide des subventions.

L'avant-projet ne peut donc prévoir sans plus que le lien entre la société et les membres de son personnel est de nature contractuelle. Il peut en revanche prévoir que seront engagées par contrat de travail les personnes qui seront chargées de l'exploitation des biens immobiliers, ainsi que le cas échéant les personnes qui seront engagées aux fins exclusives visées à l'article 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de l'A.R.P.G.

-----

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