

UN MODÈLE BELGE POUR LES SIEG ?

Ann-Lawrence DURVIAUX*

1. Introduction

La question posée en titre peut recevoir des réponses diverses.

Légère d'abord, depuis le célèbre « Sire, il n'y a pas de belges... »¹, passé à la postérité lorsqu'il a été repris à la une du New York Times, la réponse ne peut qu'être négative.

Moins légère ensuite, si l'on veut y répondre sérieusement, il est délicat de ne pas tomber dans une certaine *belgitude*, soit cette interrogation identitaire des belges toujours mélangée d'une certaine autodérision. Cette même *belgitude* qui est critiquée par ailleurs par les philosophes (ce serait un sophisme), les historiens (ce serait une réécriture de l'histoire), et les psychologues (ce serait nombriliste). Aussi paradoxale qu'elle soit en définitive, un peu de *belgitude* aide à évoquer l'architecture institutionnelle belge sans lasser son auditoire ou ses lecteurs (non-belges, eux aussi), tant celle-ci peut apparaître complexe dans ses données fondamentales.

Pour aller à l'essentiel, enfin, et répondre à la question de manière plus technique, *il n'existe pas de modèle belge des SIEG pour deux raisons simples.*

Premièrement, si le concept de SIEG reçoit une interprétation autonome en droit européen, ce dernier ne requiert pas une transposition au sens strict dans les ordres juridiques des États membres, pour autant que ces derniers respectent les contraintes imposées. Il n'y a dès lors pas eu de grands débats sur les SIEG en Belgique, la thématique étant, la plupart du temps, évoquée

* Professeur à l'Université de Liège (Département de droit public économique et marchés publics).

¹ La formule est de Jules Destrée. Elle figure dans sa Lettre au Roi sur la séparation de la Wallonie et de la Flandre. Elle a été publiée dans la *Revue de Belgique*, le 15 août 1912, reprise le 23 août dans l'*Express* (grand journal liégeois de l'époque) et le 24 dans *Le Journal de Charleroi*...

en creux d'une réforme portant sur des politiques ou des institutions. La terminologie en droit interne est restée inchangée, la théorie de service public reste enseignée en droit administratif, tout au plus un chapitre relatif au SIEG s'est ajouté pour opérer la synthèse entre la notion de droit interne et la notion de SIEG du droit européen². Les politiques de libéralisation sectorielles européennes ont entraîné plus de modifications fondamentales que les règles européennes relative aux SIEG, avec la démonopolisation d'activités et la création d'autorités de régulation, et la réorganisation des activités des fonctions de production, gestionnaires des infrastructures ou autres activités de services.

Deuxièmement, la transformation progressive de l'État belge, passant d'un État central à un État fédéral composé de communautés et de régions – dans l'attente de la prochaine réforme institutionnelle – s'est réalisée essentiellement par une redistribution de compétences (au sens de champ d'intervention ou de matière) et de moyens financiers entre les différentes entités, laissant à chacune une très grande liberté dans le choix des modes de gestion de leurs « services publics » ou des modalités de l'interventionnisme. Cette liberté a donné lieu à une *grande diversité d'institutions à tous les niveaux* (fédéral, régional, local)³. Ces institutions présentent cependant de nombreux points de convergences : organismes dépourvus de personnalité juridique (services d'administration générale, services à gestion séparée, entreprises d'État ou régionales, régies de fait ou de droit au niveau local) ; des entreprises publiques personnalisées (administrations personnalisées, établissements publics, régies communales autonomes, associations de droit public, entreprises publiques autonomes) ; les entreprises publiques créent généralement des filiales.

En réalité, les modes de gestion des SIEG en droit interne a plus été influencée par le *droit européen des contrats publics* et singulièrement de la jurisprudence *Teckal* au sujet des relations « in house » et s'est généralement traduite par une diminution des rares coopérations institutionnelles publiques/privées, au profit de structures publiques pures.

Il n'en reste pas moins, que de nombreuses prestations et que la quasi-totalité des investissements publics sont réalisés concrètement par des entreprises privées qui se voient confier ces prestations dans le cadre de marchés publics comportant soit exclusivement l'exécution, soit l'exécution

² A.-L. DURVIAUX, D. FISSE, *Droit administratif*, t. 1, *L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 195-235 ; *Le paraétatisme, Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Ouvrage collectif, Bruxelles, La Chartre, 2010.

³ A.-L. DURVIAUX, M. HERBIET, *Droit public économique*, La Chartre, 2008 ; A.-L. DURVIAUX, I. GABRIEL, *Droit administratif*, t. 2, *Les entreprises publiques locales en Région wallonne*, Bruxelles, Larcier, 2010.

et la conception, soit encore la conception, l'exécution et la maintenance de bâtiments); les marchés publics peuvent également porter sur le financement (promotion de fournitures ou de travaux); soit dans le cadre de concession de service (volet exploitation), soit dans le cadre de concession de travaux publics (volet construction et exploitation).

Après avoir rappelé quelques données historiques et contextuelles de l'interventionnisme des pouvoirs publics en Belgique, nous démontrerons l'influence du droit européen des contrats publics sur les modes de gestion des pouvoirs publics. Tout en étant rétive à toute idée de modèle, la grande diversité des approches présentent des convergences certaines.

I. L'INTERVENTIONNISME : MODALITÉS ET CONTEXTE

2. *Les modalités*

Les pouvoirs publics peuvent soit exercer *directement* une activité économique en créant une entreprise publique qui reste centralisée, soit exercer une activité économique à *l'intervention d'organismes* qu'ils créent unilatéralement ou auxquels ils participent, dont ils assument la maîtrise totale⁴ ou dans lesquels ils disposent d'une position dominante⁵, soit seulement souscrire des participations minoritaires dans des *entreprises privées*⁶. Les pouvoirs publics peuvent, enfin, agir par l'intermédiaire d'entreprises privées auxquelles ils confient la gestion d'un service public par voie de *concession ou d'agrément*.

3. *Les raisons*

L'interventionnisme n'est pas un phénomène nouveau et évolutif⁷. Les causes et les justifications sont diverses, et variables selon les époques et les

⁴ C'est le cas lorsque l'État crée un établissement public : fruit de la volonté unilatérale, l'État en assure la maîtrise totale et dispose d'ailleurs de la totalité du fonds social (ex. : l'Office national du ducroire). Autre exemple : les filiales dont la Société fédérale d'investissement est actionnaire unique.

⁵ L'État, et plus généralement les pouvoirs publics, s'associent parfois à des partenaires privés, avec lesquels ils doivent partager les pouvoirs de gestion. Ils n'en conservent pas moins une position dominante, c'est-à-dire le pouvoir du dernier mot. Exemples : les intercommunales mixtes (telles que Intermosane), les confitureries Materne, ...

⁶ Ainsi en est-il des apports d'argent frais réalisés sous forme de prises de participations minoritaires souscrites dans des entreprises privées par la Société fédérale d'investissement (SFI) ou la Société régionale d'investissement de Wallonie (SRIW). Une fois les objectifs de relance ou d'expansion réalisés, cet argent est recyclé dans d'autres sociétés.

⁷ M.-A. FLAMME, « Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Belgique », *Rev. Int. Soc. ULB*, 1966, p. 143 et 147 ; v. aussi M. BOLCA, *Le contrôle des entreprises publiques en Belgique*, Thèse de doctorat en droit ULg, 1981-82, pp. 30-33.

domaines envisagés.

4. *Les considérations d'indépendance et de type identitaire*

L'interventionnisme peut s'analyser d'abord comme une *réaction contre les institutions du régime politique antérieur* à l'indépendance du pays (1830). La création de la Banque Nationale de Belgique avait pour but de confier le privilège de l'émission à ce nouvel organisme en l'enlevant à *la Société Générale*, jugée trop *orangiste* (loi du 10 mai 1850). Le rachat systématique par l'État, dès 1857, des concessions de lignes de chemins de fer, à la Compagnie des Chemins de fer du Nord français, pour y substituer une exploitation directe en régie, visait à pallier la menace d'une emprise financière française trop importante sur ce secteur. Il peut tendre aussi à *éviter une prolifération excessive en Belgique de sociétés à capitaux étrangers ou multinationales*, sans regard des autorités publiques compétentes⁸.

Dans le même ordre d'idée, les pouvoirs publics souhaitent parfois empêcher qu'une entreprise belge (ou wallonne) ne tombe entièrement sous contrôle étranger, lorsque ce contrôle risque d'avoir pour conséquence le déclin de l'activité en cause en Belgique (ou en Wallonie), les entreprises étrangères ne reprenant parfois des firmes belges que pour les faire disparaître⁹. Ainsi, les Conserveries de Geer – anciens Établissements Monjardin –, ancienne filiale de la Société Marie Thumas tombée en faillite en 1980, avaient été reprises par la Région wallonne et la SRIW afin de sauvegarder la dernière conserverie wallonne et d'éviter ainsi que la société française Bonduelle, en reprenant les activités de Marie Thumas, abandonne définitivement son ancienne filiale. En 1985, cette société a demandé, et obtenu, le concordat judiciaire. Celui-ci a donné naissance à une nouvelle société, la Hesbaye Frost, au sein de laquelle la SRIW a pris une participation de 49,83%. Ce même souci de maintenir en Wallonie une industrie menacée par le désengagement de son principal actionnaire étranger (le groupe Grace) a justifié, dans un premier temps, l'intervention massive des pouvoirs publics (SNI, Région wallonne via la SRIW) dans le capital de la société Materne-Confilux (87%).

Depuis la réforme des institutions, l'intervention des pouvoirs publics se justifie parfois par le seul souci *d'assumer* les matières devenues régionales ou communautaires. Il est ainsi du décret du 1^{er} juillet 1982 créant, pour la Communauté française, un Commissariat Général aux

⁸ Notons que l'intervention des pouvoirs publics répond aussi souvent au souci, pour l'investisseur étranger, de s'assurer certaines garanties quant aux chances de succès des investissements entrepris.

⁹ Doc. Parl., Exposé fait par le Gouvernement sur sa « nouvelle politique industrielle », Chambre, session 1977- 1978, n° 301, p. 37.

Relations Internationales, et du décret du Conseil régional wallon du 22 février 1990 portant création de l'Agence wallonne à l'exportation¹⁰.

5. *L'échec des concessions au 19^e siècle*

Les vertus de l'initiative privée sont défendues par toute doctrine libérale sous l'angle économique. Les autorités publiques ont dès lors privilégié le procédé de la concession de service public, qui présentait le double avantage de les débarrasser du risque financier de l'opération, tout en faisant gérer la plupart des services publics à caractère économique par des personnes privées offrant, sur le plan technique, une compétence et une expérience éprouvées. Les pouvoirs publics déchantèrent, dans la mesure où le système de la concession aboutissait à des doubles emplois et, donc, à des dépenses inutiles des communes voisines. Par exemple, elles concédaient à des sociétés différentes, la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité sur leur territoire respectif. Ces choix ont eu des conséquences néfastes : établissement d'installation séparée, gaspillage des moyens disponibles et souvent une rivalité stérile entre les concessionnaires. Avec les crises et les guerres, les sociétés privées ont tenté de monopoliser les gains tout en transférant les risques aux pouvoirs publics. Après la Première Guerre mondiale, les prix des matières premières ont flambé. Les sociétés concessionnaires, à bout de souffle, se tournèrent vers le Gouvernement pour demander une révision fondamentale de leurs contrats. Les pouvoirs publics ont abandonné largement le recours à la concession de service public pour en assurer la gestion, soit en régie (les pouvoirs publics gèrent eux-mêmes les services), soit dans le cadre d'associations avec les particuliers (création d'intercommunales mixtes), le partenaire privé n'étant souvent que l'ancien concessionnaire, mais le pouvoir du *dernier mot* appartenant cette fois aux pouvoirs publics.

6. *Le manque « d'intérêt » du monde capitaliste*

Une troisième cause est le manque d'intérêt du monde capitaliste pour des entreprises considérées comme pas ou peu rentables, l'insuffisance ou la carence de l'initiative privée dans des domaines d'activités considérés pourtant comme essentiels, par les pouvoirs publics, pour la vie en société et le développement économique du pays¹¹.

C'est ainsi que la C.G.E.R.¹² fut créée en 1865 par les pouvoirs publics

¹⁰ Ce dernier texte est aujourd'hui abrogé : le législateur wallon lui a effectivement substitué le décret du 2 avril 1998 créant l'Agence wallonne à l'exportation.

¹¹ V. dans le même sens : Livre vert sur les services d'intérêt général, Commission des Communautés européennes, 21 mai 2003, §22.

¹² Aujourd'hui totalement privatisée par cession au groupe belgo-néerlandais Fortis, v. pour ce

pour assurer la collecte, la gestion et le placement de l'épargne populaire : l'épargne des personnes à revenu modeste offrait peu d'attrait pour les banques et caisses d'épargne privées dans la mesure où elle entraînait des opérations nombreuses portant sur des sommes relativement minimales, avec pour conséquence des frais de gestion élevés pour une rentabilité médiocre. Ce genre d'épargne excluait, par ailleurs, toute opération à caractère spéculatif.

La Société Nationale de Crédit à l'Industrie (SNCI) vit le jour en 1919, pour répondre à des besoins de crédits spécifiques¹³ qui n'étaient pas rencontrés, jusque là, par les organismes privés¹⁴.

L'Office Central de Crédit Hypothécaire, créé en 1936 et devenu le CREDIBE, SA de droit public depuis le 2 mai 2001, exerce une action régulatrice au niveau de la formation des taux d'intérêt des prêts hypothécaires et de la mobilisation des créances afférentes auxdits prêts¹⁵.

Cockerill-Sambre a été confronté, dans les années 80, au désengagement massif des capitaux privés transférés vers des secteurs à croissance et rentabilité supérieures, ce qui imposa indirectement aux pouvoirs publics une prise de participation massive afin de sauvegarder l'existence de l'activité sidérurgique en Wallonie, élément essentiel de la structure économique de la Région¹⁶.

7. *Les guerres et les crises*

Dans ces périodes troublées, l'État se doit d'intervenir, par voie d'autorité, pour normaliser, au plus vite, les relations économiques,

qui concerne la dernière tranche, la loi du 19 août 1998 relative à l'éventuelle cession par la SFP de ses actions de CGER-Banque et de CGER-Assurances, et l'arrêté royal du 21 décembre 1998 relatif à la cession par la SFP de ses actions de CGER-Banque et de CGER-Assurances.

¹³ Ex. : crédits pour l'extension d'entreprises, crédits aux PME.

¹⁴ La SNCI relève également aujourd'hui entièrement du secteur privé, dans la mesure où l'État avait cédé, en 1997 et 1998, les parts qu'il y détenait à la CGER.

¹⁵ L'OCCH a terminé un vaste processus de privatisation. Fin décembre 2000, l'OCCH a filialisé ses activités de gestion de crédit hypothécaire et de contentieux à STATER Belgium (Groupe ABN-AMRO), dans laquelle l'OCCH détient encore 28%. En mai 2002, les activités de production hypothécaire ont été cédées à une filiale de la Banque d'Épargne ARGENTA, dans laquelle l'OCCH détient 10%. L'État avait rencontré quelques difficultés à trouver acquéreur, compte tenu du passif de l'organisme (v. loi du 16 mars 1998 abrogeant l'AR n° 226 instituant un OCCH, loi du 23 avril 1999 relative à l'éventuelle cession par la Société fédérale de participations de ses actions de l'OCCH et arrêtés royaux du 3 juin 1999 et du 31 décembre 1999 modifiant, en ce qui concerne l'OCCH, la loi coordonnée du 24 décembre 1996 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé).

¹⁶ La Région wallonne a, depuis lors, cédé au groupe privé français Usinor, à la fin de l'année 1998, 53,77% des 78,77% qu'elle détenait dans le capital du sidérurgiste, marquant ainsi son désengagement de l'entreprise et en perdant par conséquent le contrôle, même si elle conservera pendant cinq ans au moins une participation minoritaire de 25%.

financières et sociales. Ainsi, après la grande crise économique, l'État est venu au secours des institutions privées de crédit. Telles sont les raisons de la création de l'Office Central de la Petite Épargne, et de l'Institut de Réescompte et de Garantie.

Il fallut aussi réanimer le secteur agricole en le dotant d'un organisme de crédit spécifique, l'INCA (Institut National de Crédit Agricole)¹⁷ mais également d'institutions chargées de promouvoir, tant en Belgique qu'à l'étranger, les produits de nos agriculteurs, l'Office National du Lait et de ses Dérivés¹⁸ et l'Office National des Débouchés Agricoles et Horticoles (ONDAH)¹⁹. Après la guerre, il importait de reconstruire, au plus vite, le patrimoine immobilier de la Belgique, et notamment le logement. La Société Nationale des Habitations et Logements à Bon Marché (1919) et la Société Nationale Terrienne (1935)²⁰ ont été créées à cet effet. Durant la crise économique des années 80, et encore aujourd'hui, le même phénomène se répète : le manque de rentabilité des capitaux investis ou l'insuffisance de fonds propres crée des problèmes de financement pour nombre d'entreprises. Or, ce financement est souvent indispensable à leur restructuration, à leur reconversion ou à leur expansion (ex. : la SA Royal Boch, holding actionnaire de la Manufacture royal Boch). Les pouvoirs publics apportent de l'argent frais pour soulager la trésorerie des entreprises par l'intermédiaire de la SFI, de la SRIW, de la GIMV²¹, de la SRIB²², ainsi que de leurs filiales spécialisées telles que, pour la Région wallonne, la SOWAGEP ou la SWS²³. Ces apports prennent la forme de prises de participations minoritaires ou de souscriptions d'obligations convertibles en actions.

Dans un même ordre d'esprit, en vue de lutter plus efficacement contre

¹⁷ Aujourd'hui cédé à la banque BACOB.

¹⁸ Dissous par l'arrêté royal du 23 décembre 1994.

¹⁹ Les missions de promotion et le personnel de cet organisme ont été transférés aux Régions par la loi ordinaire de réformes institutionnelles du 16 juillet 1993 (art. 350).

²⁰ Ces deux organismes ont été supprimés (loi coordonnée du 13 mars 1991 relative à la suppression ou à la restructuration d'organismes d'intérêt public et d'autres services de l'État (art. 2). Les missions de ces deux organismes ont été reprises, pour la Région wallonne, par la Société wallonne du logement (décret du 25 oct. 1984), pour la Région de Bruxelles-Capitale par la Société du logement de la Région de Bruxelles-Capitale (arrêté royal du 9 août 1985), pour la Région flamande par la Société flamande du logement (décret 21 déc. 1988) et la Société flamande terrienne (décret 21 déc. 1988).

²¹ Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Vlaanderen.

²² Société régionale d'investissement de Bruxelles.

²³ Société pour la gestion des participations de la Région wallonne dans des sociétés commerciales et Société wallonne pour la sidérurgie ; dans le cadre de la dernière réforme de la SRIW (décret du 6 mai 1999 portant modification, pour la Région wallonne, du chapitre V de la loi du 2 avril 1962 constituant une société nationale d'investissement et des sociétés régionales d'investissement), ces deux sociétés ont été replacées sous le contrôle direct de la Région wallonne et fusionnées en une seule entité, la SOGEPA (Société wallonne de gestion et de participations).

le chômage, le Fonds de participation a été chargé d'octroyer des prêts subordonnés aux chômeurs complets indemnisés désireux de s'établir comme indépendants ou de créer une entreprise²⁴.

Nul besoin de rappeler qu'en 2008, lorsque la crise financière a menacé les économies européennes et américaines notamment, les pouvoirs publics belges (et d'autres pays) ont du prendre leurs responsabilités – les positions idéologiques non interventionnistes cédant aux nécessités (objectives ou non) du moment.

8. *Les conceptions du rôle des pouvoirs publics dans l'économie*

Si, dans la doctrine libérale classique, l'État doit limiter son action à quelques services traditionnels (enseignement, police, justice, assistance sociale, travaux publics, armée, affaires étrangères) et se garder de toute immixtion dans le domaine économique, réservé à l'initiative privée, la pression des circonstances (guerres et crises), de même que l'évolution des idées, aura tôt fait de substituer à celle-ci une conception nouvelle beaucoup plus interventionniste²⁵.

Il est généralement admis que les pouvoirs publics ont pour mission de *satisfaire certains besoins collectifs* considérés comme essentiels pour la vie en société²⁶. Tel est le cas des services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, des chemins de fer et autres moyens de transport en commun, des postes, télégraphes et téléphones, du logement social, etc. Ils ont également pour mission *d'intervenir dans des secteurs de l'économie* qui présentent un intérêt pour la collectivité. Il peut en être ainsi compte tenu, d'une part, de l'importance et de l'impact qu'ils ont dans le contexte global de l'économie du pays (secteurs nationaux comme les charbonnages, la sidérurgie, le textile ou les chantiers navals, la construction aéronautique SONACA, etc.) ou, d'autre part, de l'image de marque qu'ils présentent du savoir-faire belge à l'étranger²⁷.

Ces entreprises sont souvent très importantes sur le plan économique et

²⁴ Loi du 28 juillet 1992 portant des dispositions fiscales et financières (art. 73 et s.).

Il s'agit essentiellement d'avances ou de prêts consentis avec une clause de subordination valable au plus tard jusqu'à l'échéance du contrat et par laquelle le créancier accepte de ne prendre rang, pour le remboursement de la créance résultant de son prêt ou de ses avances subordonnées, qu'après l'ensemble du passif, donc même après les créanciers chirographaires, s'il y a faillite ou concours de créanciers sur l'actif de l'emprunteur en cause. Les fonds prêtés constituent un complément en fonds propres. La subordination constitue une garantie originale, juridiquement autonome, consistant en la renonciation par un créancier, au bénéfice du traitement égalitaire avec un autre, plusieurs autres ou tous les autres créanciers du même débiteur.

²⁵ Nous retrouvons la distinction, chère aux économistes, entre biens et services marchands et biens et services non marchands.

²⁶ Parfois à perte.

²⁷ Par ex., SA Manufacture Royal de La Louvière, <http://www.royalboch.com/>

social (activité essentielle, nombre d'emplois qu'elles permettent de maintenir)²⁸.

En Belgique, il n'y a pas eu de véritables nationalisations²⁹ d'entreprises ou de secteurs d'activités³⁰ (c'est-à-dire de transferts forcés à la collectivité de la propriété de certains biens ou moyens de production appartenant à des personnes privées, par la volonté expresse et unilatérale du législateur)^{31 32}. Cependant, bien des secteurs de la vie économique sont gérés par les pouvoirs publics³³. Il ne s'agit pas d'appropriation forcée des moyens de production.

La prépondérance des pouvoirs publics dans certaines entreprises de certains secteurs industriels, commerciaux ou financiers (sidérurgie, textile, charbonnage, etc.) résulte des demandes d'intervention réitérées du secteur privé.

En Belgique, les « secteurs étatisés » ont été essentiellement et souvent temporairement – outre les activités de service public – des secteurs en difficulté ou des secteurs de pointe à gros risques, alors qu'en France, les secteurs nationalisés étaient généralement des secteurs à haut niveau de rentabilité (banques, assurances, électronique, industries chimiques, pétrolières, automobiles, ...)³⁴.

II. L'INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS PUBLICS

9. Introduction

Depuis une dizaine d'années, la question de la collaboration entre personnes de droit public dans le cadre de la réglementation sur les marchés publics³⁵ et de l'obligation générale de mise en concurrence³⁶ a fait l'objet

²⁸ J.-M. VAN BOL, « L'entreprise publique comme instrument de la politique de l'État : le cas de la politique industrielle », *APT*, 1983, p. 118 ; par ex., à une certaine époque, Cockerill-Sambre, SA Manufacture de cristaux du Val St-Lambert, Groupe Louis De Poortere, Cellulose des Ardennes.

²⁹ Sur la nationalisation, v. not. G. VEDEL, « La technique de nationalisation », *Droit social*, 1946 ; D. DEOM, *Le régime juridique des entreprises publiques*, Story-Scientia, 1990.

³⁰ Comme ce fut le cas en France ou au Royaume-Uni.

³¹ Sur la différence entre nationalisation et prise de participation dans le capital d'une société, v. not. A. S. MESCHERIAKOFF, « L'autonomie des entreprises publiques – élément pour une théorie », *RDP*, 1985, p. 1605.

³² V. sur la question des privatisations en Belgique, France et Italie : N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruylant-LGDJ, 2002.

³³ Certains parlent de secteurs étatisés.

³⁴ Notons cependant que, depuis 1986, nombre de ces entreprises ont fait l'objet d'une privatisation complète ou partielle (Renault, Rhône-Poulenc, etc.).

³⁵ Actuellement : Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de

d'une jurisprudence de plus en plus étoffée de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Il s'agit chaque fois de déterminer si un rapport³⁷ entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci (une ou plusieurs autres autorités publiques ; une ou plusieurs sociétés d'économie mixte ; un ou plusieurs partenaires privés ; etc.) constitue un contrat soumis au droit des contrats et marchés publics. Une lecture littérale des textes invite à considérer de tels accords comme soumis à cette réglementation, mais le point n'est pas explicitement tranché par les directives applicables.

En consacrant la jurisprudence commentée ci-dessous, la Cour de Justice fait échapper au droit des marchés et contrats publics certains rapports entre une autorité publique et une personne juridique distincte de celle-ci, alors même que la Cour tend en général à conférer un champ d'application large aux directives européennes sur les marchés publics³⁸ afin de garantir les objectifs que celles-ci poursuivent³⁹.

La jurisprudence examinée ici a été consacrée dans tous les domaines du droit des contrats et marchés publics : marchés publics de fournitures⁴⁰, marchés publics de services⁴¹, marchés publics de travaux⁴² et concessions de services publics⁴³.

Cette jurisprudence est fondée par la Cour de Justice sur les directives de marchés publics (pour les marchés publics) et sur le droit primaire (not. les art. 12, 43 et 49 Traité CE – aujourd'hui, respectivement, art. 18, 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou « TFUE »)

l'énergie, des transports et des services postaux, *JOUE*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1 ; Directive 2004/18/CE du Parlement européen 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, *JOUE*, n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114.

³⁶ Obligation consacrée à propos des contrats publics à titre onéreux échappant au champ d'application des directives citées à la note précédente (tels que les concessions de services publics) : CJUE, 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec. CJUE*, p. I-10745.

³⁷ Il peut s'agir, selon le droit national concerné, d'un rapport contractuel ou d'un rapport organique, hiérarchique, etc.

³⁸ A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 41-42, pp. 58-60. Cf. également S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, n° 6.19, p. 297.

³⁹ P. LEWALLE, « La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et les mesures d'exécution », in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, C.D.V.A., collection scientifique, Liège, 1997, p. 54. Pour un exposé historique et critique approfondi, cf. : A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 117 et s., p. 131 et s.

⁴⁰ Pour la première fois par : CJUE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

⁴¹ Pour la première fois par : CJUE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03.

⁴² Pour la première fois par : CJUE, 13 janv. 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/03.

⁴³ Pour la première fois par : CJUE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03. Cf. également : CJUE, 21 juill. 2005, *Coname*, aff. 231/03.

(pour les concessions de services publics).

Un marché public est, d'après les directives applicables, un « *contrat à titre onéreux* »⁴⁴. Or, l'existence d'un contrat présuppose qu'il y ait une convention entre deux personnes distinctes. Par conséquent, il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier⁴⁵ – qui peut donc être un autre pouvoir adjudicateur.

La règle est donc l'application de la réglementation sur les marchés publics à tout rapport contractuel (à titre onéreux), y compris entre des autorités publiques juridiquement distinctes.

Un rapport (organique, par ex.) entre deux services ou départements de la même administration (aucun de ceux-ci ne disposant d'une personnalité juridique distincte) ne sera pas soumis à la réglementation : il ne constitue pas un contrat puisqu'il n'y a juridiquement qu'une seule et même personne morale⁴⁶.

Au fil du temps et de manière tout-à-fait prétorienne, la Cour de Justice a consacré au moins deux réelles dérogations au principe de l'application de la réglementation des marchés publics : l'exception dite « in house » ou « quasi-in house » et, plus récemment, la coopération entre autorités publiques.

La Commission parle à ce propos de « coopération interne »⁴⁷.

Il faut pour cela que l'autorité publique « exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités publiques] qui la détiennent »⁴⁸.

⁴⁴ Art. 1.2. a) de la directive 2004/18/CE ; art. 1.2. a) de la directive 2004/17/CE.

⁴⁵ CJUE, 18 nov. 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, pts 49 et 50 ; CJUE, 13 janv. 2005, *Commission c/ Espagne*, aff. C-84/03, pt 38 ; CJUE, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, pt 58 ; CJUE, *Carbotermo*, 11 mai 2001, aff. C-340/04, pts 32 et 33 ; CJUE, 10 avril 2008, *Termoraggi*, aff. C-323/07, pt 18.

⁴⁶ CJUE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, pt 48. Cf. également : CJUE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, pt 61 ; CJUE, 13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, pt 48 ; CJUE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, pt 45 ; CJUE, 10 sept. 2009, *Sea*, aff. C-573/07, pt 57.

⁴⁷ Commission européenne, *Livre vert du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant*, COM(2011) 15 final, p. 22.

⁴⁸ Jurisprudence constante : CJUE, *Teckal*, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, pt 50 ; CJUE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, pt 49 ; CJUE, 13 janv. 2005, *Commission c/ Espagne*, aff. C-84/03, pt 38 ; CJUE, 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, pts 58 et 62 ; CJUE, 20 oct. 2005, *Commission c/ France*, aff. C-264/03, pt 50 ; CJUE, 10 nov. 2005, *Commission c/ Autriche*, aff. C-29/04, pt 34 ; CJUE, 12 janv. 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, pt 24 ; CJUE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, pt 33 ; CJUE, 18 janv. 2007, *Jean Auroux e.a. c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, pt 63 ; CJUE, 19 avril 2007, *Asemfo c/ Tragsa*, aff. C-295/05, pt 55 ; CJUE, 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, pt 58 ; CJUE, 8 avril 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, aff. C-337/05, pt 36 ; CJUE, 10 avril 2008, *Termoraggi*, aff. C-323/07, pt 18 ; CJUE, 17 juill. 2008, *Commission c/ Italie (Mantoue)*, aff. C-371/05, pt 22 ; CJUE,

Ces deux conditions distinctes sont cumulatives : si l'une n'est pas remplie, cela dispense la Cour de vérifier si l'autre est satisfaite⁴⁹ et entraîne l'application du droit des marchés et contrats publics.

Sur base de cette jurisprudence, en octobre 2002 et décembre 2003, la Commission européenne a adressé au Royaume de Belgique deux mises en demeure visant spécifiquement l'organisation des services publics locaux.

10. La réponse du Gouvernement belge

Le Gouvernement belge a répondu clairement à la Commission que « le choix des modes de gestion de l'action administrative constitue une prérogative de puissance publique et, à ce titre, entre dans la catégorie des activités participant à l'exercice de l'autorité publique (art. 45 du Traité). Ce choix échappe dès lors aux règles du Traité ».

Les entités compétentes (Les Régions) pour cette question en Belgique ont cependant développé des stratégies différentes.

La Commission européenne a abandonné les plaintes en considérant que : « le cadre juridique applicable (aux modes de gestion de services publics locaux confiés à des entités mixtes) *clarifié* dans la mesure où les autorités belges ont établi dans ces textes explicatifs les conséquences de l'arrêt *Stadt Halle* pour la passation de marchés publics à des entités « mixtes » qui exécutent des services publics locaux ». Elle se réserve toutefois le *droit de demander aux autorités d'autres clarifications* lorsqu'il s'agit d'entités dans lesquelles participent uniquement des entités publiques. Elle se réserve également « le *droit d'introduire, dans des cas spécifiques, une procédure d'infraction* lorsqu'un mode de gestion, fût-il strictement public ou mixte, ne tiendrait pas compte des règles communautaires applicables aux marchés publics ».

11. La Région wallonne

La Région wallonne a pris deux circulaires (13 juillet 2006⁵⁰ et 15 juillet 2008⁵¹) et un décret (19 juillet 2006⁵²) afin de répondre aux critiques

13 nov. 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, pt 26 ; CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, pt 34 ; CJUE, 10 sept. 2009, *Sea*, aff. C-573/07, pt 36 ; CJUE, 22 déc. 2010, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, aff. C-215/09, pt 32.

⁴⁹ Cf. CJUE, 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, aff. C-220/06, pt 59 (condition de l'« essentiel de l'activité » pas remplie, donc pas de vérification de la condition du contrôle analogue) ; CJUE, 8 avril 2008, *Commission c/ Italie (Agusta)*, aff. C-337/05, pts 40 et 41 (absence de « contrôle analogue », donc pas de vérification de la condition de l'« essentiel de l'activité »).

⁵⁰ « Relative aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales (...) », *M.B.*, 27 juill. 2006.

⁵¹ « Relative aux relations contractuelles entre communes et intercommunales (...) », *M.B.*, 23 août 2008.

formulées par la Commission européenne.

Les deux circulaires ont pour objet de rappeler aux institutions publiques locales, la jurisprudence de la Cour de Justice. Elles mettent l'accent sur les différences du régime juridique entre les structures publiques pures et les structures mixtes (présence du capital privé). Elles soulignent que la mise en concurrence est exclue si la relation repose sur un droit exclusif qui peut être prévu par les statuts.

Si les travaux préparatoires du décret du 19 juillet 2006 indique qu'il « tient compte de l'évolution du droit européen relatif aux modes de gestion des services publics locaux et à l'application de la réglementation des marchés publics découlant notamment de la jurisprudence de la CJCE », le décret a été adopté plutôt dans une perspective interne, un volet important de la déclaration régionale étant la rationalisation du secteur public. Partant le décret définit, le cadre général de la coopération entre communes, tout en maintenant la possibilité pour les personnes morales de droit privé, de participer au capital de l'Intercommunale, le décret va renforcer le contrôle exercé par les associés communaux sur les intercommunales.

Ces circulaires et ce décret ont eu un impact sur le comportement des acteurs⁵³.

Certaines intercommunales ont inséré une clause d'exclusivité dans leurs statuts à leur profit pour certaines prestations de services au bénéfice des leur affiliés⁵⁴.

De nombreuses intercommunales sont passés d'une structure mixte du capital à une structure pure⁵⁵. Cette sortie du capital privé a parfois été compensée par l'association d'observateurs issus de la société civile aux travaux des conseils d'administration et de plusieurs commissions permanentes, ou l'entrée au capital de nouveaux actionnaires publics (dont la SPGE) pour répondre à la seconde condition de la relation « in house » (essentiel de l'activité).

⁵² « Modifiant le livre V de la première partie du Code de la Démocratie locale et de la décentralisation et le livre I^{er} de la troisième partie du même Code », *M.B.*, 23 août 2008.

⁵³ V. les exemples de notre exposé « Focus sur la coopération public-public », coprésenté avec L. Vander Borgh, à l'occasion de la journée d'étude consacrée aux intercommunales, organisée par l'Union des Villes et Communes de Wallonie, le 30 sept. 2011.

⁵⁴ Par ex., l'article 3 des statuts de l'IDEA, dispose que : L'intercommunale a notamment pour objet :

« (...) 2. Mener à bien toute activité généralement quelconque susceptible de contribuer au secteur déchets. Par leur adhésion au secteur propreté publique, *les communes se dessaisissent de manière exclusive envers l'IDEA de leur compétence* en matière de service public de collecte de déchets ménagers et/ou de collecte sélective de déchets et/ou de parcs à conteneurs et/ou de traitement des ordures ménagères et ce, en fonction de leurs prises de participations au secteur II (...) ».

⁵⁵ Par ex., IGRECTEC, SPI+, AIVE, BEP, Création d'IDELUX Projet Public.

12. La Région flamande

La région flamande a adopté un décret le 6 juillet 2001⁵⁶ et une circulaire du 14 septembre 2007⁵⁷. Le décret, antérieur à la première mise en demeure de la Commission européenne, entendait élargir les formes de coopération intercommunale en redéfinissant le cadre général de la coopération entre communes et en interdisant toute participation de personnes de droit privé aux structures de coopération disposant d'une personnalité morale.

Les communes ont désormais le choix entre plusieurs structures de coopération.

Premièrement, l'association interlocale (*interlocale vereniging*) ne dispose pas de personnalité morale, n'implique aucun transfert de gestion. Elle est créée pour la réalisation d'un projet bien défini d'intérêt communal (ex. : dans le domaine sportif).

Deuxièmement, l'association de projet (*projectvereniging*) dispose d'une personnalité morale, n'implique pas de transfert de gestion. Elle permet la planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet clairement défini.

Troisièmement, l'association prestataire de services (*dienstverlenende vereniging*), jouit d'une *personnalité morale*, n'implique pas de transfert de gestion. Elle permet d'assurer un service auxiliaire de soutien pour les communes participantes (ex. : dans le développement régional).

Pour finir, l'association chargée de mission (*opdrachthoudende vereniging*), jouit d'une personnalité morale et bénéficie d'un transfert de gestion. Cette association se voit confier l'exécution des tâches, et le pouvoir de décision qui n'est dès lors plus exercé par les communes (ex. : dans le domaine des déchets et de la télédistribution).

Le transfert de gestion est l'attribution par les communes participantes à une structure de coopération de la mise en œuvre des décisions qu'elles ont prises dans le cadre des objets de cette structure, étant entendu que les communes participantes s'interdisent le droit d'accomplir la même mission seules ou avec le concours de tiers⁵⁸.

Le décret ne contient aucune précision relative à l'application du droit des marchés publics. Seuls les travaux préparatoires évoquent brièvement les relations « in house » en précisant que le transfert de gestion ne doit pas

⁵⁶ « Houdende de intergemeentelijke samenwerking », (*DIS*), *M.B.*, 31 août 2001, entrée en vigueur le 10 nov. 2001.

⁵⁷ « Relative à l'application de la législation sur les marchés publics. Adjudication « in house ». Implications du principe d'égalité lors de l'adjudication de marchés publics », *M.B.*, 23 août 2008.

⁵⁸ Décret flamand du 6 juill. 2001 « houdende de intergemeentelijke samenwerking », *M.B.*, 31 août 2001, art. 12, § 1^{er}.

être précédé d'une mise en concurrence et que pour les autres formes de coopération, il importe d'introduire une clause d'exclusivité.

Les statuts de l'Iveka décrivent un objectif, à savoir : « la gestion du réseau de distribution, dans le sens du décret électricité et gaz et leurs arrêtés d'exécution, ainsi que l'exercice de toute activité connexe, comme l'éclairage public, l'utilisation et éventuellement la génération d'électricité au moyen de cogénération et d'un moteur à gaz, relié aux installations de distribution, dans le cadre de l'énergie requise pour les pertes de tension et/ou sa consommation propre ».

Dans ses statuts de 2003, Leiedal prévoit une clause très détaillée « d'exclusivité réciproque » : « Les services pour une ou plusieurs communes participantes pour lesquelles la (les) commune(s) participante(s) octroie(nt) une « exclusivité réciproque ». « Exclusivité réciproque » signifie dans le cadre de cet article :

- Leiedal fournit les services décrits de manière limitative sur une base exclusive à la (les) commune(s) participante(s) ; et

- La (les) commune(s) participante(s) s'engage(nt) à exclusivement faire appel à Leiedal, sous réserve du droit de la (des) commune(s) participante(s) d'exécuter ces activités en régie ; et

- La prestation de services exclusive est octroyée sur une base de partage des coûts, ce qui signifie que les communes ne paient à Leiedal que leur part des dépenses et frais communs liés aux services exécutés sur une base exclusive.

a) Les conseils communaux des communes participantes décident de l'attribution des exclusivités, au plus tard pour la première assemblée générale de l'année suivant la reconstitution des conseils communaux des communes participantes ;

b) Les services exclusifs qui sont offerts aux administrations communales sont énumérés dans le document intitulé « annexe 2 aux statuts ». Le document susmentionné intitulé « annexe 2 aux statuts » demeure attaché au présent acte de sorte qu'ils constituent un seul et même ensemble indivisible » ;

c) Les communes participantes peuvent octroyer une exclusivité pour tout ou partie des services exclusifs repris dans l'annexe 2 ;

d) Les services exclusifs sont fournis sur la base d'une estimation déterminée au préalable et en concertation, par sous-prestation, des unités de temps requises, ainsi que du délai d'exécution. Toute déviation au montant présumé est soumise à l'approbation du Collège des Bourgmestres et échevins ;

e) Conformément au principe de partage des coûts, les unités de temps véritablement consacrées à l'exécution de la prestation seront facturées au tarif unitaire fixé en concertation sans que la part à payer n'excède le

montant estimé au début de la prestation, comme éventuellement adapté, comme prévu sous.

f) Le tarif unitaire pour la prestation de services exclusive sera fixé par le conseil d'administration et, pendant l'exécution d'une sous-mission spécifique, ne sera adapté qu'à l'évolution de l'indice santé.

g) Si pendant l'exécution de la prestation de services exclusive, Leiedal commet une faute grave, la commune participante sera habilitée à, en première instance, envoyer un avertissement.

(...)

§ 3. Les services aux autorités de droit public participantes ou les autres administrations du secteur public qui n'apparaissent pas dans la liste des services exclusifs et qui sont attribués à l'occasion à l'issue de l'application de la procédure prévue dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés pour l'adjudication de travaux, livraisons et services ».

Les statuts de l'IGEMO prévoient la possibilité d'octroi d'exclusivité « dans un seul sens », à savoir par les communes participant à l'IGEMO : « Les communes participantes peuvent, pour les services suivants, accorder l'exclusivité à l'association intercommunale pour le développement de la Région Mechelen en omgeving (IGEMO) ».

13. La Région de Bruxelles-Capitale

La Région n'a pas voulu apporter de modification à la loi de 1986 relative aux intercommunales. Elle s'est contentée d'adopter une circulaire du 11 juillet 2006⁵⁹ qui rappelle, à l'instar de celle adoptée en Région wallonne, la jurisprudence de la Cour de Justice. Cette circulaire reprend la notion de « dessaisissement totale de compétence », inventée par le Conseil d'État de Belgique dans les années septante pour régler le problème de la coopération contractuelle entre pouvoirs publics, combinée avec l'inscription dans les statuts de la compétence comme mission propre de l'intercommunale. C'est en réalité plutôt un transfert de compétence entre institutions publiques et non une coopération contractuelle. Elle ajoute la technique de droits exclusifs.

Les pouvoirs locaux de la Région Bruxelles-Capitale ont évolué de la même manière en redécouvrant les vertus d'une structure publique pure⁶⁰, en mettant en place des mécanismes de dessaisissement⁶¹ et en introduisant

⁵⁹ « Relative à l'exercice de la tutelle régionale dans le cadre des relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs », *M.B.*, 13 oct. 2006.

⁶⁰ Sibelga est une IC mixte dont le partenaire privé est Electrabel. Cependant, toutes les actions d'Electrabel seront cédées aux communes en 2012, date à laquelle la structure *deviendra pure*.

⁶¹ Les communes ont consenti lors de l'adoption de leurs statuts un *dessaisissement intégral*

des clauses ou droits d'exclusivité⁶².

Dans le secteur de l'eau, l'IBDE et Vivaqua, sont deux structures publiques « pures », l'ordonnance du 20 octobre 2006 a confié des droits exclusifs aux structures opérant dans le secteur de l'eau pour les actifs propriété des communes (infrastructures). Lorsque l'IBDE souhaite externaliser l'une de ses missions, elle ne peut recourir qu'à Vivaqua en tant qu'opérateur bénéficiant de droits spéciaux.

14. Conclusions

Les points de convergences sont nombreux : utilisation de mesures législatives (Wallonie, Flandre), évolution des structures de coopération (Wallonie, Flandre), exclusions de partenaires privés (en Flandre dans le décret relatif aux modes de coopérations, en Wallonie et à Bruxelles, souvent dans le cadre de législations sectorielles (secteurs libéralisés), introduction de droits exclusifs (secteurs libéralisés et par les acteurs), utilisation de la notion de dessaisissement (Flandre, prévu par le décret relatif aux modes de coopérations, utilisés par les acteurs dans les trois Régions en héritage de la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique datant des années septante.

Reste à dégager les potentialités de l'arrêt CJUE, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06 pour la coopération publique. La réflexion est en cours.

au profit de Sibelga de toutes les installations nécessaires à la réception et à la distribution d'électricité.

⁶² Les ordonnances de 2001 et 2004 octroient l'une un *monopole* de la gestion du réseau électrique, l'autre le *droit exclusif* de gérer les réseaux de distribution de gaz Sibelga.

