

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La notion d'entreprise publique dans la législation relative aux marchés publics

De Roy, David

Published in:
L'Entreprise et le Droit

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2001, 'La notion d'entreprise publique dans la législation relative aux marchés publics', *L'Entreprise et le Droit*, numéro 1, pp. 12-27.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La notion d'“entreprise publique” dans la législation relative aux marchés publics¹

La place occupée par les entreprises publiques dans le nouveau droit belge des marchés publics n'a pas manqué de retenir l'attention des auteurs les plus avisés²; nombreux sont-ils à avoir souligné les spécificités du régime juridique des commandes passées par ces entités, l'originalité de l'approche dichotomique qui les caractérise³ et les difficultés inhérentes à cette application sélective de la législation.

La jurisprudence relative à cette nouvelle législation est sans doute encore trop pauvre pour que les observateurs puissent se livrer à une première évaluation de l'importante réforme ainsi initiée en 1993. Il n'empêche toutefois que certains phénomènes ou faits récents se sont laissés percevoir dans le paysage des entreprises publiques et commandent de soumettre à une nouvelle lecture les dispositions régissant les marchés de ces entreprises. Ainsi, certaines d'entre elles, dont l'image était traditionnellement associée aux secteurs que le droit des marchés publics qualifie de “spéciaux” (eau, énergie, transports et télécommunications), connaissent aujourd'hui une importante diversification de leurs activités dans des domaines auxquels elles étaient étrangères⁴, et révèlent un ancrage dans les secteurs classiques. Par ailleurs, le nombre d'entreprises, tant fédérales que communautaires ou régionales, s'est considérablement accru au cours des dernières années dans les domaines les plus divers de l'action administrative, ce qui incite à examiner l'applicabilité de la législation sur les marchés à ces nouvelles entreprises publiques. Enfin, l'entrée en vigueur d'un arrêté royal du 10 janvier 1999⁵ invite à reconsidérer cette conception dichotomique des marchés passés par les entreprises publiques et, bien plus, annonce des effets sans doute inattendus lors de son adoption.

Ces circonstances ne contraignent sans doute pas à revenir sur les composantes caractéristiques du régime des commandes de ces entreprises publiques; elles incitent plutôt à examiner les modalités d'assujettissement de celles-ci à la législation relative aux marchés publics. A cet égard, la définition de l'entreprise publique paraît devoir focaliser l'attention. Ainsi qu'on le verra ultérieurement, la notion d'entreprise publique contribue à baliser le champ d'application de la loi du 24 décembre 1993. La manière dont elle aura été appréhendée par le législateur

¹ Etude achevée le 10 novembre 2000.

² Sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, il s'indique de citer, par ordre alphabétique des noms de leurs auteurs, les ouvrages de D. Bat-sellé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, 1999, pp. 40-44; D. D'Hooghe, “*De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*”, 2^e éd., Bruges, 1997, pp. 166-175, 229-231; D. D'Hooghe, “*De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en de uitvoeringsbesluiten: een algemene benadering*”, “*Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*”, Bruges, 1997, pp. 14-16; M.-A. Flamme et coll., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, 1996-1997, pp. 409-415, 460, 483-486; M.-A. et Ph. Flamme, “La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: révolution ou européanisation?”, *JT*, 1994, pp. 397-398; Ph. Flamme, “Les contrats et marchés des entreprises publiques non soumis à la réglementation des marchés publics - Principes et recommandations”, *ED* 1996, pp. 40-50; P. Lewalle, “La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution”. *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, 1997, pp. 59-64 (*Faculté de droit de l'Université de Liège. Commission “Droit et vie des affaires”*); P. Nihoul, “Le régime juridique des marchés publics de certaines entreprises publiques économiques fédérales et régionales”, *APT*, 1995, pp. 149-165; J. Romainville, “Le point de vue des entreprises publiques économiques fédérales. La situation de la SNCB”, *Entreprises publiques fédérales et régionales et marchés publics*, Séminaire IAP, 1993.

³ Pour faire bref à ce stade de l'exposé, une présentation schématique et sans doute simpliste révèle que, s'agissant des entreprises publiques, la réglementation relative aux marchés publics leur est applicable de manière sélective, selon le caractère commercial ou de service public des activités auxquelles leurs marchés se rapportent.

⁴ L'exemple le plus connu est sans doute celui de la SNCB, dont l'activité de transport de petits colis exercée par le département ABV se révèle étrangère à l'exploitation d'un réseau destiné “à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer” (activité de transport visée par la directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 dont il sera largement question dans la suite de cet exposé).

⁵ Arrêté royal du 10 janvier 1999 modifiant l'article 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'article 11 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (MB 14 janvier 1999).

sera donc déterminante pour apprécier le sort des entités susceptibles d'être qualifiées “entreprises publiques”. Or, la définition de celles-ci dans la loi du 24 décembre 1993 révèle de nombreuses difficultés qui, jusqu'à présent, n'ont pas été suffisamment soulignées⁶. Il s'avère donc utile de les identifier et d'en apprécier les effets sur la détermination du régime des commandes passées par les entreprises publiques.

Nous envisagerons l'examen de cette problématique en trois parties. Dans un premier temps, nous tenterons de cerner le sens usuel de la notion d'entreprise publique. Il s'agira ensuite de décrire l'émergence progressive de cette notion dans le droit belge des marchés publics; le détail de chacune des phases de cette évolution permettra d'identifier les sources d'inspiration des auteurs de la loi du 24 décembre 1993. C'est précisément à l'analyse du nouveau cadre normatif mis en place entre 1993 et 1997 que sera consacré le troisième volet de cet article.

Pour prévenir le risque de confusion que pourraient provoquer une matière complexe, un arsenal juridique d'une lisibilité parfois très limitée et – reconnaissons-le – un exposé particulièrement aride, une remarque préalable s'impose: eu égard à la perspective chronologique dans laquelle cette matière doit être située, il y a lieu – sauf indication contraire – de se référer à la version originale des directives, lois et arrêtés cités.

1. La notion d'entreprise publique

Affirmer que la notion d'entreprise publique ne se plie guère aisément au jeu des définitions relève aujourd'hui des lieux communs⁷. Nous ne nous appesantirons pas sur ce constat, pas plus que nous n'avons l'ambition d'apporter de réponses satisfaisantes aux questions qui en sont à l'origine. Nous nous bornerons donc à rappeler brièvement quelques-unes des caractéristiques des entreprises publiques, qui paraissent présenter une utilité particulière pour la suite de l'exposé.

Dans son sens usuel, l'entreprise publique peut être définie comme un organisme exerçant une activité économique (consistant en la production, la transformation ou la distribution de biens et/ou de services) et dans le fonctionnement duquel les pouvoirs publics jouent un rôle déterminant, que ce soit dans la détention d'une part importante de capital, dans la maîtrise des processus de décisions⁸ ou dans l'exercice de certaines formes de contrôle.

Dans les termes de cette définition, qui devrait sans doute recueillir un consensus assez large, peuvent se reconnaître d'innombrables entités: entre l'organisme d'intérêt public détenant une mission de service public et exerçant, à ce titre, une activité économique selon des méthodes coutumières aux entreprises privées, et une société commerciale de droit privé dont le capital est majoritairement détenu par un actionariat public, il y a sans doute peu de convergences; pourtant, toutes deux peuvent relever de cette notion d'entreprise publique. Les entités économiques ainsi susceptibles d'arborer ce label d'entreprise publique sont donc particulièrement variées; on ajoutera que les formes juridiques qu'elles revêtent sont tout aussi diversifiées: nombreux sont les organismes d'intérêt public⁹, intercommunales ou sociétés anonymes ou coopératives de droit public, voire même sociétés de droit public à finalité sociale, qui peuvent être

⁶ Si l'on excepte les développements que consacre à la notion d'entreprise publique D. D'Hooghe, “*De gunning van overheidscontracten*...”, pp. 166-173.

⁷ Sur la difficulté de cerner la notion d'entreprise publique, on se référera not. à D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, 1990, pp. 4-8; Ph. Quertainmont, “La concurrence du secteur public aux entreprises privées”, *APT*, 1982, p. 123.

⁸ Désignation des titulaires de fonctions de gestion, par exemple.

⁹ Au sens de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

qualifiés d'entreprises publiques. Ce sont probablement ces deux chefs de diversité (réalité économique et forme juridique) qui expliquent l'hésitation à doter la notion d'entreprise publique d'une quelconque valeur légale: d'une part, l'éventail d'entités économiques concernées pourrait contraindre à donner une définition à ce point large qu'elle risquerait de perdre toute utilité; d'autre part, la circonstance que ces entités revêtent déjà une forme juridique dispense de rechercher à tout prix une définition et un statut particuliers d'entreprise publique.

Aucune portée juridique ne paraît ainsi avoir été reconnue à cette notion d'entreprise publique jusqu'à ce que l'élaboration progressive d'un nouveau cadre normatif de la passation des commandes publiques y fasse droit¹⁰. C'est dire si l'émergence de cette notion dans la sphère des marchés publics se révèle non seulement inédite, mais également délicate. Nous nous proposons d'en identifier les différentes étapes.

2. L'émergence de la notion d'entreprise publique dans le droit belge des marchés publics

2.1. La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques¹¹

La loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques disposait en son article 11, 1er:

Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'en ce qui concerne les marchés ayant trait à la mise en œuvre de leurs tâches de service public.

C'est au travers de cette disposition qu'est apparue sans doute pour la première fois la notion d'"entreprise publique" dans l'arsenal juridique régissant la passation de commandes. L'affranchissement partiel dont ces entreprises acquièrent ainsi le bénéfice s'expliquait à la lumière des objectifs assignés à cette réforme de certains organismes d'intérêt public¹². Ceux-ci ne pouvaient envisager de relever les défis qu'impose la perspective du marché unique européen, sans que leurs statuts respectifs soient adaptés aux exigences d'une activité concurrentielle. A cette fin, le législateur fédéral leur a accordé une plus grande autonomie de gestion, les a soumis à des modes de contrôle dont les sociétés commerciales sont plus familières et les a affranchis de certaines des contraintes qui pèsent généralement sur les personnes de droit public, contraintes susceptibles de les handicaper dans une situation de concurrence avec des acteurs de droit privé. Parmi ces contraintes, figure évidemment l'assujettissement à la législation sur les marchés publics¹³.

La réforme de 1991 a précisément eu pour effet de soustraire les entreprises publiques autonomes à cette contrainte que peut représenter le respect de la législation relative aux marchés publics. L'affranchissement dont elles bénéficient ainsi n'est toutefois que partiel: le législateur s'est laissé guider par le fil rouge dont il a fait traverser de part en part cette réforme, à savoir la distinction entre les missions de service public détenues par ces entreprises publiques et les

activités ordinaires (ou commerciales) que leur objet statutaire leur permet d'exercer. S'agissant des marchés, si l'émancipation constitue la règle, l'assujettissement demeure l'exception: seuls les marchés relatifs aux missions de service public tombent dans le champ d'application de la législation sur les marchés publics.

Par ailleurs, il y a lieu de souligner de manière générale qu'au travers de cette loi du 21 mars 1991, la notion d'entreprise publique est abordée de façon directe et substantielle, et non incidemment et en superficie comme cela avait été le cas précédemment¹⁴. Certes, une définition légale de l'entreprise publique autonome fait défaut; néanmoins, les caractéristiques de celle-ci¹⁵ sont suffisamment précises pour en cerner le profil. Pour la première fois, une valeur juridique précise est reconnue à la notion d'entreprise publique et les organismes qui en relèvent sont aisément identifiables. Cette identification est d'ailleurs facilitée par la technique de désignation légale de ces organismes: ainsi, en vertu de l'article 1er § 3, de la loi, le Roi est habilité à classer parmi les entreprises publiques autonomes les organismes d'intérêt public qui, devant disposer d'une autonomie dans un secteur industriel ou commercial donné, peuvent obtenir celle-ci après mise en concordance de leur loi organique aux dispositions générales de la loi du 21 mars 1991, et signature d'un contrat de gestion.

La réforme initiée en 1991 visait ainsi la Régie des télégraphes et des téléphones (devenue Belgacom), la Régie des postes (devenue La Poste), la SNCB et la Régie des voies aériennes (transformée en Société nationale des voies aériennes, ci-après SNVA). Il faut toutefois noter qu'aucun contrat de gestion n'a été conclu entre l'Etat et la SNVA, avec pour conséquence que la Régie des voies aériennes ne s'est ainsi jamais vraiment démarquée de son statut d'organisme d'intérêt public soumis à la loi du 16 mars 1954; à la faveur d'une importante restructuration du secteur du transport aérien, la Régie des voies aériennes a disparu et deux nouvelles entreprises publiques autonomes entrent aujourd'hui dans le champ d'application de la loi du 21 mars 1991¹⁶: la Brussels International Airport Company (BIAC) et Belgocontrol.

Enfin, on ajoutera que la technique de désignation des entreprises publiques autonomes, dont question ci-dessus, permet d'intégrer d'autres organismes d'intérêt public dans le champ d'application de la loi du 21 mars 1991.

2.2. Les directives européennes "Marchés publics"

La directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications¹⁷ recourt à la notion d'"entreprise publique", qui s'entend de:

"toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement,

¹⁰ Certes, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 se réfère, en son article 9, aux entreprises que les Communautés et Régions peuvent créer, sans toutefois préciser la (ou les) réalités que sont censées recouvrir ces entreprises. Par ailleurs, les lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat envisagent le régime comptable des entreprises dites "d'Etat" (art. 108-139) qu'elles définissent comme étant les "services de l'Etat à caractère commercial, industriel ou financier, désignés par les lois particulières" (art. 108 § 1er).

¹¹ MB 27 mars 1991.

¹² Organismes jusqu'alors soumis à la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

¹³ Pour ne citer qu'un seul exemple des contraintes que fait peser sur ces entreprises le respect de la législation relative aux marchés publics, on notera que l'obligation de mise en concurrence par d'importants moyens de publicité (notamment à l'échelon européen) amène nécessairement ces entités à dévoiler leurs projets de commandes et à suggérer, de la sorte, certains enjeux stratégiques auxquels elles prêtent attention.

¹⁴ Cfr. ci-dessus, note 9.

¹⁵ Au sens de la loi du 21 mars 1991, l'entreprise publique autonome est un organisme d'intérêt public qui, exerçant des activités de nature industrielle ou commerciale, va bénéficier d'une autonomie organique et de fonctionnement, par la conclusion avec l'Etat fédéral d'un contrat de gestion définissant les tâches afférentes aux missions de service public, et régissant les modalités selon lesquelles ces tâches seront accomplies; une intervention préalable du législateur fédéral s'impose toutefois pour adapter le statut organique de l'institution concernée.

¹⁶ Sur une description plus circonstanciée de cette restructuration du secteur du transport aérien, on consultera avec intérêt l'étude de H. Matthijs, "De overheid en het luchthavenbeleid: de problematiek van de federale luchthaven en rol van de autonome overheidsbedrijven". TBP, 1999, pp. 476-491.

¹⁷ JOCE, L 199, 9 août 1993.

- détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise¹⁸.

Les circonstances dans lesquelles les directives "secteurs spéciaux"¹⁹ ont ainsi vu leur champ d'application inclure des personnes autres que les pouvoirs publics "traditionnels"²⁰ ont été soigneusement décrites par ailleurs²¹. Nous nous limiterons à souligner combien cette extension aux entreprises publiques²² du champ d'application de la réglementation reflète les préoccupations des autorités européennes; celles-ci ont voulu éviter que, dans ces entreprises caractérisées par une influence dominante des pouvoirs publics, les commandes soient exclusivement passées sur des marchés fermés à la concurrence, parce que balisés par ces pouvoirs publics qui en réserveraient l'accès à leurs seuls nationaux.

Par ailleurs, s'agissant de caractériser très succinctement l'application du droit communautaire des marchés aux entreprises publiques, on rappellera d'une part que la notion d'entreprise publique demeure totalement étrangère aux directives "secteurs classiques" et, d'autre part, que les entreprises publiques ne sont soumises à la directive 93/38 que pour leurs seules commandes afférentes à l'exercice d'activités relevant des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications²³ ²⁴. Cela implique qu'une entreprise publique active non seulement dans les secteurs spéciaux, mais également dans d'autres domaines, ne sera soumise aux directives "secteurs classiques" que si elle relève par ailleurs d'une des catégories de pouvoirs adjudicateurs visées par ces directives (les organismes de droit public, par exemple).

Enfin, si l'on s'interroge sur la manière dont les autorités européennes ont appréhendé la notion d'entreprise publique, on notera qu'elles ont opté pour une acception particulièrement large, s'apparentant au sens usuel dont il a été question dans la première partie de cet article. Elles ont en effet donné une définition en laquelle peuvent se reconnaître des entités très diverses; celles-ci pourraient d'ailleurs être de droit privé²⁵ et n'être pas nécessairement investies de missions

¹⁸ Art. 1^{er}, 2^o.

¹⁹ La directive 93/38 ne constitue pas la première intervention des autorités européennes dans la coordination des procédures de passation de marchés dans les secteurs spéciaux; elle emprunte, pour l'essentiel, à la directive 90/531 du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation de marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE, L 297/1, 29 octobre 1990) qui fut la première à doter les quatre secteurs naguère exclus d'un régime spécifique de passation de marchés publics. Cette directive 90/531 faisait déjà appel à une définition identique de la notion d'"entreprise publique". Dans le cadre de cet article, nous nous référons en principe exclusivement à la directive 93/38, qui consacre un stade plus avancé dans l'encadrement des marchés passés dans les secteurs spéciaux: la directive 93/38 intègre les marchés de services, que ne visait pas la directive 90/531.

²⁰ Ces pouvoirs publics que nous qualifions de "traditionnels" sont, au sens de l'article 1^{er} de la directive 93/38, "l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public".

²¹ Ph. et M.-A. Flamme, "La panoplie des directives "Marchés publics" se complète: les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyse de la directive 90/531 du 17 septembre 1990)", *Revue du Marché commun*, 1991, pp. 348-349; Chr. Maugüé, "L'actualité communautaire des marchés publics", *AJDA*, n^o spécial *Actualité des marchés publics*, 1994, p. 39.

²² Ainsi qu'aux personnes de droit privé actives dans les secteurs spéciaux et qui "bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre" (directive 93/38, art. 2, 1, b).

²³ Directive 93/38, art. 6.

²⁴ Alors que les pouvoirs adjudicateurs traditionnels sont soumis à la directive 93/38 pour leurs marchés passés dans les secteurs spéciaux, et aux directives "secteurs classiques" pour leurs autres commandes.

²⁵ D. Déom considère, pour sa part, qu'une entreprise à capital public ne sera pas nécessairement considérée comme entreprise publique; elle note que, dans certains cas, les pouvoirs publics n'interviennent dans une entreprise qu'au moyen d'une participation minoritaire et que "le caractère majoritaire ou minoritaire de la participation publique ne modifie pas sensiblement le régime juridique de l'entreprise à capital public" (*op.cit.*, p. 7, note 6). On ne saurait toutefois ignorer que, même si l'importance de l'actionnariat public dans le capital de l'entreprise n'altère pas le régime de celle-ci, l'influence des pouvoirs publics dans la gestion de cette entreprise peut être telle que le processus de décision s'en trouve conditionné, dans tous les domaines, et notamment dans celui des commandes. Dans la perspective qui a guidé les autorités européennes dans l'adoption des directives "secteurs spéciaux" (cfr. note suivante), il se conçoit dès lors aisément que de telles entreprises à actionnariat public soient englobées dans la catégorie des entreprises publiques.

de service public²⁶. On constatera à tout le moins qu'une telle définition ne permet pas d'identifier aisément les entités susceptibles d'en relever.

2.3. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services²⁷

La loi du 24 décembre 1993 consacre plusieurs de ses dispositions aux entreprises publiques:

Article 1er. § 2. - *Sous réserve de ce qui est prévu à l'alinéa 2 du présent article et à l'article 63, la présente loi n'est pas applicable aux marchés de travaux, de fournitures et de services des entreprises publiques, lorsqu'ils n'ont pas trait aux tâches de service public desdites entreprises publiques au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.*

Toutefois, les titres II et III du livre premier de la présente loi sont applicables pour les marchés de travaux, de fournitures et de services n'ayant pas trait aux tâches de service public des entreprises publiques au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, lorsque ces marchés sont soumis à des obligations résultant des directives européennes ou d'un acte international en matière de marchés publics. [...]

Art. 26. - *Les dispositions du présent titre²⁸ sont applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, ainsi qu'aux entreprises publiques, lorsqu'ils exercent une des activités visées au présent titre. Une liste non limitative de ces entreprises publiques est établie par le Roi.*

Toutefois, pour les entreprises publiques, les dispositions du présent titre ne sont applicables qu'aux marchés publics ayant trait à leurs tâches de service public telles que déterminées par une loi, un décret ou une ordonnance.

Art. 27. - *Au sens du présent titre, on entend par: [...]*

- *entreprise publique: toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:*

- *détiennent la majorité du capital de l'entreprise, ou*

- *disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou*

- *peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.*

Art. 46. - *L'article 11 § 1er, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques est remplacé par la disposition suivante:*

"§ 1er. Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services que pour les marchés publics ayant trait à leurs tâches de service public. Cela ne porte pas préjudice à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés n'ayant pas trait à ces mêmes tâches, mais se rapportant à une des activités visées par le livre II de cette loi."

²⁶ Cette approche des autorités européennes s'explique aisément par un souci d'efficacité de la directive 93/38, dès lors qu'il s'agit de rendre celle-ci applicable à toutes les entreprises dans lesquelles les pouvoirs publics exercent une influence dominante et que cette influence dominante se concrétise sous des formes particulièrement nombreuses et diverses. On notera par ailleurs que la définition de l'entreprise publique donnée par la directive 93/38 est directement inspirée de la directive 80/723 du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (JOCE, 29 juillet 1980, n^o L 195/35) et que la Cour de Justice, faisant application de cette directive dite "de transparence" n'a pas manqué, à son tour, de souligner la diversité des formes sous lesquelles une entreprise publique peut apparaître (CJCE, 6 juillet 1982, Aff. jointes 188-190/80, Rec. p. 2.545 et suiv., spéc. p. 2.576).

²⁷ M.B. 22 janvier 1994.

²⁸ Livre Ier, titre IV: "Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications".

Art. 63. – Les dispositions du livre II²⁹ sont applicables aux entreprises publiques pour les marchés de travaux, de fournitures et de services et les concours de projets dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs à ceux prévus à l'article 47 § 2, qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance mais se rapportent à une des activités visées par le livre II.

Les dispositions du livre II sont également applicables aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 1er et § 2, 1° à 8° et 10°, pour les marchés de travaux, de fournitures et de services et les concours de projets dont les montants estimés égalent ou dépassent ceux visés à l'alinéa 1er et se rapportant à la production d'électricité.

Le lecteur de ces dispositions sera tenté d'y rechercher une définition de l'entreprise publique; pour légitime qu'elle soit, cette démarche n'en révèle pas moins une évidente complexité, tant pour identifier les caractéristiques de l'entreprise publique ainsi visée, que pour désigner les entités qui en relèvent. Les nombreuses observations qui doivent être formulées à ce propos feront l'objet de développements plus substantiels dans la suite de cette contribution.

Dans l'immédiat, nous rappellerons simplement que le cadre normatif des marchés passés par les entreprises publiques est caractérisé par deux *distinguos* (secteurs classiques/secteurs spéciaux; missions de service public/activités commerciales) dont la mise en œuvre peut donner lieu à quatre combinaisons³⁰, à chacune desquelles correspondra un régime juridique particulier. Outre la difficulté de définir le régime juridique de ces commandes³¹, ce cadre normatif révélait une certaine asymétrie: s'agissant des marchés se rapportant à leurs activités commerciales, les entreprises publiques étaient partiellement soumises à la législation ou y échappaient totalement, selon que ces commandes relevaient des secteurs spéciaux ou classiques³². Cette asymétrie subsistera jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 10 janvier 1999.

2.4. L'arrêté royal du 10 janvier 1999

Chargée de vérifier le respect par les États Membres des obligations qui leur incombent en vertu du Traité instituant la Communauté européenne, la Commission s'est émue de la distinction, dans les secteurs classiques, entre les marchés des entreprises publiques qui se rapportent à l'exercice de leurs missions de service public, et ceux qui ont trait à l'exercice de leurs activités commerciales. Forte de la jurisprudence de la Cour de Justice³³, elle a adressé au Royaume de

²⁹ Livre II: "De la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications".

³⁰ A raison de l'activité à laquelle il se rapporte, tout marché sera nécessairement défini par rapport à ces deux *distinguos*; il peut contribuer à l'accomplissement d'une mission de service public ou à l'exercice d'une activité commerciale, lesquelles relèveront des secteurs classiques ou spéciaux; d'où les quatre combinaisons suivantes: secteurs spéciaux-service public; secteurs spéciaux-activité commerciale; secteurs classiques-service public; secteurs classiques-activité commerciale.

³¹ En effet, l'objet d'une commande ne permet pas toujours de désigner avec certitude celle des quatre combinaisons à laquelle elle correspondra; ainsi en est-il, par exemple, d'un marché contribuant tant aux missions de service public qu'aux activités commerciales (cf. P. Nihoul, *op.cit.*, pp. 155-156; J. Romainville, *op.cit.*, p. 2); il en est de même pour les commandes utiles à plusieurs activités, dont les unes relèvent des secteurs classiques et les autres des secteurs spéciaux.

³² Lorsque le marché se rapportait à une activité commerciale dans les secteurs spéciaux, il n'échappait totalement à la législation relative aux marchés publics que si son montant, tel qu'estimé avant le lancement de la procédure de passation, était inférieur aux seuils de mise en concurrence européenne. En revanche, dans les secteurs classiques, tous les marchés relatifs aux activités commerciales échappaient à la législation, et ce, sans égard à leur montant estimé.

³³ Dans l'arrêt Mannesmann, la Cour a considéré qu'un organisme de droit public, qui accomplit une mission en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général et qui, outre cette mission, exerce des activités commerciales, est soumis aux directives européennes "marchés publics" pour l'ensemble de ses marchés, sans qu'une distinction puisse être faite selon la nature des activités à l'exercice desquelles ils contribuent (CJCE, 15 janvier 1998, Aff. C-44/96, Rec., pp. 1-77 et suiv.); sur cette jurisprudence de la Cour de Justice, on consultera avec intérêt les quelques lignes qu'y consacre A.-L. Durvaux, "Les pouvoirs locaux et la nouvelle réglementation relative aux marchés publics: quels changements?", *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, 2000, pp. 57-59; cf. également M. Dony, "Les lignes directrices de la réglementation: de la théorie à la pratique", *Loc.cit.*, p. 32.

Belgique un avis motivé au titre de l'article 169 du Traité CE (devenu article 226), l'invitant à abolir cette distinction; celle-ci ne trouve en effet aucun écho dans les directives sur la passation des marchés. Il s'agissait donc pour les autorités belges d'assurer dorénavant une application uniforme (et non plus sélective) des directives européennes aux marchés des entreprises publiques, et ce, en dépit de la nature des activités de celle-ci. C'est à cette fin qu'a été adopté l'arrêté royal du 10 janvier 1999 modifiant l'article 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'article 11 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques³⁴. Dorénavant, les marchés des entreprises publiques passés dans les secteurs classiques pour l'exercice d'activités commerciales sont soumis à la loi du 24 décembre 1993³⁵, dès lors que leur montant est égal ou supérieur aux seuils d'application des directives européennes. Entre secteurs classiques et secteurs spéciaux, l'asymétrie dont il était question ci-dessus fait donc place à la symétrie...

Ainsi modifiés, les articles précités disposent:

Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

Article 1er. - [...] § 2. - Sous réserve de ce qui est prévu à l'alinéa 2 du présent article et à l'article 63, la présente loi n'est pas applicable aux marchés de travaux, de fournitures et de services des entreprises publiques, lorsqu'ils n'ont pas trait aux tâches de service public desdites entreprises publiques au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

Toutefois, les titres II et III du livre premier de la présente loi sont applicables pour les marchés de travaux, de fournitures et de services n'ayant pas trait aux tâches de service public des entreprises publiques au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, lorsque ces marchés sont soumis à des obligations résultant des directives européennes ou d'un acte international en matière de marchés publics.[...]

Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques

Art. 11. - 1er. - Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services que pour les marchés publics ayant trait à leurs tâches de service public. Cela ne porte pas préjudice à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés n'ayant pas trait à ces mêmes tâches, mais se rapportant à une des activités visées par les livres premier et II de cette loi.[...]

L'importance de la réforme provoquée par l'entrée en vigueur de cet arrêté royal n'est pas négligeable: il n'est pas excessif de soutenir qu'elle a contribué à briser une des lignes de force tracées par la loi du 21 mars 1991. Cette dernière faisait en effet de l'assujettissement des entreprises publiques autonomes à la législation sur les marchés publics une exception, alors que leur affranchissement était érigé en principe. Ce rapport est aujourd'hui inversé: en ne faisant plus échapper à la législation que les seuls marchés afférents à des activités commerciales et dont les montants sont inférieurs aux seuils européens, la loi du 24 décembre 1993 (pour les secteurs spéciaux) et l'arrêté royal du 10 janvier 1999 (pour les secteurs classiques) ont sensiblement atténué le dualisme censé caractériser le régime juridique des marchés des entreprises publiques. La portée et l'impact précis de ces bouleversements ne se laissent pas encore bien percevoir aujourd'hui; certaines des conséquences se profilent néanmoins: nous aurons ainsi l'occasion d'aborder la délicate question des commandes passées dans les secteurs classiques par des entreprises publiques traditionnellement actives dans les secteurs spéciaux.

³⁴ MB 14 janvier 1999.

³⁵ Et, partant, aux directives européennes 93/36 (fournitures), 93/37 (travaux) ou 92/50 (services) qui y sont transposées.

3. La notion d'entreprise publique dans la loi du 24 décembre 1993 et ses arrêtés d'exécution

Passant en revue les dispositions de la loi du 24 décembre 1993 qui régissent l'ancrage des entreprises publiques dans ce cadre normatif, l'observateur devine à peine la complexité de la notion d'entreprise publique, telle qu'appréhendée par le législateur. Cette notion emprunte à des sources d'inspiration diverses (3.1.) qui ne pouvaient qu'annoncer son caractère composite (3.2.). Celui-ci appelle d'inévitables critiques (3.3.) et laisse entrevoir les difficultés de désignation des entités concernées, particulièrement au travers des listes de pouvoirs adjudicateurs dressées par le Roi (3.4.).

3.1. Une filiation double

De toute évidence, le législateur s'est laissé guider par deux conceptions que véhiculent respectivement la loi du 21 mars 1991 et les directives européennes 90/531 et 93/38³⁶. La première lui a inspiré le dualisme lié à la distinction entre missions de service public et activités ordinaires (ou commerciales)³⁷: seuls certains organismes dont le statut légal³⁸ ménage ce *distinguo* - et ce, indépendamment des secteurs (classiques ou spéciaux) dans lesquels ils interviennent - sont ainsi visés. Aux secondes, il a emprunté la définition de l'entreprise publique³⁹, définition à large spectre⁴⁰, mais exclusivement d'usage dans la sphère des secteurs spéciaux⁴¹.

Certes, les approches de la notion d'entreprise publique qu'alimentent ces deux sources d'inspiration ne sont pas nécessairement incompatibles: elles ne semblent toutefois pas caractérisées par un commun dénominateur, sur lequel prendrait appui un sens univoque de l'entreprise publique.

Cette "filiation double" conduit donc naturellement l'observateur à s'interroger sur le sens assigné, dans la loi du 24 décembre 1993, à cette notion d'entreprise publique. Il se demandera notamment si, malgré son origine hybride, elle est appelée à recevoir une acception homogène qui se dégagerait du texte et de l'esprit de la loi. La réponse à cette interrogation nous paraît négative. La lecture des dispositions ci-dessus rappelées et leur interprétation, tant à la lumière des travaux préparatoires de la loi que du contexte dans lequel elles ont été adoptées, incitent en effet à les regrouper en trois catégories selon l'objectif poursuivi par le législateur au travers de leur adoption.

3.2. Une appellation générique pour trois catégories

Les entreprises publiques actives dans les secteurs spéciaux

Les articles 26, alinéa 1er, 27 et 63 tendent à assurer une correcte transposition de la directive 93/38 en ouvrant le champ d'application *ratione personae* des dispositions "secteurs spéciaux" aux entreprises publiques.

³⁶ Cfr. ci-dessus, note 18.

³⁷ Art. 1^{er} § 2; 26, al. 2; 46 et 63, al. 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993.

³⁸ Le qualificatif "légal" s'entendant au sens large puisqu'il fait référence aussi bien au décret ou à l'ordonnance qu'à la loi.

³⁹ Art. 27 de la loi du 24 décembre 1993.

⁴⁰ Est ici visée toute entité caractérisée par une influence publique dominante, ce qui englobe notamment - mais pas exclusivement - les entreprises publiques autonomes soumises à la loi du 21 mars 1991.

⁴¹ Il est d'ailleurs significatif que cette définition ne figure pas au titre Ier (Principes généraux) du livre Ier de la loi, mais bien au titre IV (Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications).

Ainsi qu'on a déjà pu le noter, la définition contenue à l'article 27 de la loi est directement inspirée de cette directive 93/38 et prône une acception à ce point large de l'entreprise publique qu'il est malaisé d'identifier les entités appartenant à son champ sémantique.

Les entreprises publiques autonomes

Par l'adoption de l'article 46 de la loi du 24 décembre 1993, le législateur veille à la concordance entre la législation relative aux marchés publics et la législation organique des entreprises publiques autonomes: il adapte l'article 11, 1er, de la loi du 21 mars 1991 pour tenir compte de l'applicabilité de la loi du 24 décembre 1993 (livre II) aux marchés des entreprises publiques passés dans les secteurs spéciaux et n'ayant pas trait à leurs tâches de service public⁴².

Les entreprises publiques visées en l'espèce se laissent facilement identifier, puisqu'il s'agit exclusivement de celles auxquelles s'applique la loi du 21 mars 1991.

Les "autres" entreprises publiques

L'article 1er § 2, de la loi du 24 décembre 1993 est assurément le plus énigmatique, tant en ce qu'il s'agit de cerner la préoccupation qui a animé le législateur au travers de son adoption, que pour ce qui est d'identifier les organismes visés par cette disposition.

Il est permis de supposer que l'adoption de cette disposition visait à étendre le bénéfice d'affranchissement partiel dont profitaient déjà les entreprises publiques autonomes, aux entreprises publiques qui seraient créées par les législateurs fédéral⁴³, régional ou communautaire⁴⁴ et dont l'objet statutaire serait "éclaté" entre missions de service public et autres activités.

La catégorie d'entreprises publiques susceptibles de tomber ainsi sous le coup de l'article 1er § 2, de la loi est nécessairement plus vaste que celle des entreprises publiques autonomes; elle ne coïncide pas davantage avec celle des entreprises publiques actives dans les secteurs spéciaux, puisque l'article 1er § 2, envisage les entreprises publiques sans égard aux secteurs - classiques ou spéciaux - dans lesquels elles sont actives.

La double circonstance que ces "autres" entreprises publiques ne sont pas plus précisément définies par la loi et qu'elles ne constituent pas une catégorie de pouvoirs adjudicateurs dont le Roi aurait été habilité à recenser les composantes⁴⁵, laisse présager la difficulté d'identifier les organismes concernés.

3.3. Appréciation critique

Les développements qui précèdent imposent un constat: sous le couvert de l'appellation "entreprise publique", se cache une notion à contenu et géométrie variables. Trois significations différentes peuvent lui être reconnues, auxquelles s'identifient des "populations" plus ou moins

⁴² Comme on l'a vu précédemment, l'arrêté royal du 10 janvier 1999 adaptera une nouvelle fois cet article 11 § 1er, de la loi du 21 mars 1991, en étendant l'applicabilité de la législation sur les marchés publics aux commandes passées dans les secteurs classiques pour des activités commerciales, commandes dont le montant égale ou dépasse les seuils de mise en concurrence européenne.

⁴³ Il est en effet possible qu'une entreprise publique soit créée par le législateur fédéral, sans - pour autant - être soumise à la loi du 21 mars 1991: cette entreprise jouira de la possibilité d'affranchissement partiel de la législation des marchés publics ménagée par l'article 1er § 2, de la loi.

⁴⁴ D'où la référence à la loi, au décret et à l'ordonnance.

⁴⁵ Sur l'habilitation conférée au Roi pour l'établissement de certaines listes de pouvoirs adjudicateurs, cfr. ci-après.

étendues d'organismes susceptibles d'être ainsi qualifiés d'entreprises publiques. Cette situation appelle – à notre estime – plusieurs critiques.

Les règles de légistique imposent aux auteurs de textes de nature législative ou réglementaire de faire preuve de rigueur dans la terminologie qu'ils utilisent. Il s'agit là d'une exigence dont le respect favorisera la compréhension du texte et contribuera à garantir la sécurité juridique. Cette rigueur s'impose d'autant plus au législateur qui assure la transposition de directives européennes. Dans ce cas, en effet, le risque est grand de jongler avec des termes susceptibles de recevoir des acceptions différentes dans les ordres juridiques interne et communautaire. Dans l'avis rendu sur l'avant-projet de loi qui allait devenir la loi du 24 décembre 1993, la section de législation du Conseil d'Etat avait précisément insisté sur l'importance que revêt dans le droit des marchés publics le recours à une terminologie stable⁴⁶. Cette exigence est loin d'être rencontrée lorsque – comme c'est le cas en l'espèce – le législateur recourt à un terme unique appelé à revêtir plusieurs significations.

Les effets néfastes d'une terminologie floue sur la sécurité juridique sont particulièrement perceptibles lorsque cette faiblesse affecte les éléments déterminant le champ d'application de la loi. En l'espèce, la notion d'entreprise publique concourt à la définition du champ d'application de la loi du 24 décembre 1993⁴⁷, et ce, à double titre: d'une part, elle constitue l'une des trois catégories de personnes auxquelles les dispositions relatives aux secteurs spéciaux trouvent à s'appliquer; d'autre part, elle désigne les entités qui – à raison du dualisme caractérisant leur objet statutaire – ne sont que partiellement assujetties à la législation relative aux marchés publics. La suite de cette contribution montrera à quel point les incertitudes liées à la notion d'entreprise publique compliquent la détermination du régime juridique de certaines commandes.

Enfin, cette terminologie mal assurée va inévitablement conditionner l'exercice, par le Roi, des pouvoirs que lui a attribués le législateur. Celui-ci l'a chargé d'établir des listes de pouvoirs adjudicateurs et d'entreprises publiques soumis à la loi du 24 décembre 1993. Comme on pourra le constater, les listes dressées par le Roi en vertu de cette habilitation trahissent certaines faiblesses qu'explique – à toute le moins partiellement – l'absence de définition univoque de la notion d'entreprise publique.

3.4. Les listes de pouvoirs adjudicateurs et entreprises publiques

La loi du 24 décembre 1993 ne désigne pas nommément toutes les personnes qui y sont assujetties; à l'instar des autorités européennes, le législateur a procédé à l'énumération de catégories de personnes auxquelles cette loi serait applicable, en tout ou en partie. Si cette manière de déterminer le champ d'application *ratione personae* de la loi est satisfaisante pour certains ensembles dont la "population" se laisse aisément identifier (Communautés, Régions, provinces, communes, centres publics d'aide sociale, fabriques d'églises, institutions universitaires de droit privé, ...), elle apparaît insuffisante pour d'autres. Tel est le cas des organismes d'intérêt public (art. 4 § 2, 1° de la loi), des personnes créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général et dans lesquelles les pouvoirs publics exercent une influence dominante (art. 4 § 2, 8°)⁴⁸, des

entreprises publiques (art. 26) et des entités adjudicatrices (art. 47, 1er). Les articles 4 § 3, 26, al. 1er, et 47, 1er, de la loi confèrent habilitation au Roi pour désigner les organismes assujettis à la loi du 24 décembre 1993 par le biais d'une de ces catégories et pour en établir des listes "non limitatives". C'est en vertu de cette habilitation qu'ont été dressées les listes annexées aux arrêtés royaux des 8⁴⁹, 10⁵⁰ janvier et 18 juin 1996⁵¹.

La lecture de ces listes inspire quelques observations et réflexions sur les modalités d'assujettissement des entreprises publiques à la loi du 24 décembre 1993; elle prolonge le catalogue des difficultés suscitées par la notion d'entreprise publique.

Les entreprises publiques autonomes: un traitement différencié

La liste d'entreprises publiques établie conformément à l'article 26, al. 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 ne reprend que trois des quatre entreprises publiques soumises à la loi du 21 mars 1991, à savoir la SNCB, la SNVA⁵² et Belgacom; cette liste n'étant censée énumérer que les seules entreprises publiques actives dans les secteurs spéciaux, il est donc normal que La Poste, dont les activités sont étrangères à ces secteurs en soit exclue. Par contre, La Poste – à la différence des trois autres entreprises publiques autonomes – figure bien parmi les pouvoirs adjudicateurs traditionnels dont la liste a été annexée à l'arrêté royal du 8 janvier; elle est donc considérée comme organisme d'intérêt public⁵³ ou comme l'une des personnes visées à l'art. 4 § 2, 8° de la loi du 24 décembre 1993.

Si ce traitement différencié des entreprises publiques autonomes peut se justifier au regard de la distinction entre secteurs classiques et secteurs spéciaux, il n'en suscite pas moins certaines questions. Il conduit notamment à s'interroger sur le sort qui sera réservé aux commandes passées par les trois entreprises précitées pour l'exercice d'activités étrangères aux secteurs spéciaux. Quel sera le régime juridique de ces marchés? Deux réponses sensiblement différentes, et reposant sur des thèses qui le sont tout autant, peuvent être apportées à cette question.

La première est inspirée par une interprétation littérale de la loi, de ses arrêtés d'exécution et des listes qui y sont annexées. Ainsi, la circonstance que la SNCB, la SNVA et Belgacom ne sont assujetties à la loi du 24 décembre 1993 que par le biais de la seule catégorie des "entreprises publiques"⁵⁴, paraît exclure que ces organismes passent des commandes relevant de la législation applicable aux secteurs classiques. Ces trois entreprises n'ayant pas été recensées parmi les organismes d'intérêt public ou les personnes visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi, les commandes qu'elles pourraient ainsi passer pour l'exercice d'activités étrangères aux secteurs spéciaux échapperaient au cadre normatif des marchés publics.

⁴⁹ "Liste d'organismes d'intérêt public au sens de l'article 4 § 2, 1°, et des personnes visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi", Annexe 1 à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (MB 26 janvier 1996) (modifié par arrêté royal du 25 mars 1999, MB 9 avril 1999, 2° éd.).

⁵⁰ "Liste d'entreprises publiques au sens de l'article 26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", Annexe 1 à l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (MB 26 janvier 1996) (modifié par arrêté royal du 25 mars 1999, MB 28 avril 1999).

⁵¹ "Liste de personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 47 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", Annexe 1 à l'arrêté royal du 18 janvier 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (MB 25 juin 1996) (modifié par arrêté royal du 17 mars 1999, MB 26 mars 1999).

⁵² Pour autant que la RVA (ou SNVA) ait pu être qualifiée d'entreprise publique au sens de la loi du 21 mars 1991, dès lors que – comme on l'a rappelé précédemment – aucun contrat de gestion n'a jamais été signé entre cet organisme et l'Etat. S'il faut, au contraire, considérer que la RVA est restée un organisme d'intérêt public, elle eût dû figurer sur la liste constituant l'Annexe 1 à l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

⁵³ Art. 4 § 2, 1° de la loi du 24 décembre 1993.

⁵⁴ Catégorie étrangère au champ d'application *ratione personae* des dispositions relatives aux secteurs classiques.

⁴⁶ Doc. parl., Sénat, SO 1992-1993, n° 656/1, pp. 124-125.

⁴⁷ A.-L. Durviaux, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ Pour rappel, l'article 4 § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 vise les "personnes qui, à la date de lancer un marché:

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
- sont dotées de la personnalité juridique, et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1^{er} et au § 2, 1° à 8°; soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes; soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes".

Cette première approche pourrait être remise en cause par une seconde thèse selon laquelle, nonobstant leur absence de la liste annexée à l'arrêté royal du 8 janvier 1996, la SNCB, la SNVA et Belgacom devraient néanmoins⁵⁵ être considérées comme organismes d'intérêt public ou personnes morales visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi. Dans ce cas, les marchés qu'ils passeraient dans des domaines étrangers aux secteurs spéciaux seraient soumis au livre 1er, titres II et III de la loi, tandis que le régime des commandes afférentes à leurs activités relevant des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications⁵⁶ resterait inchangé. Cette seconde thèse, sans doute plus audacieuse au regard de la lettre de la loi, s'autorise de divers arguments. Ainsi, on remarquera qu'une différence de qualification et de traitement au regard de la législation des marchés publics, entre La Poste, d'une part, et la SNCB, la SNVA ainsi que Belgacom d'autre part, est difficilement concevable au regard de la réforme de 1991: les initiateurs de celle-ci prétendaient en effet soumettre ces quatre entreprises à un statut identique⁵⁷; on ajoutera également qu'avant cette réforme, ces mêmes entreprises étaient considérées comme des organismes d'intérêt public⁵⁸ et que la loi du 21 mars 1991 ne les a pas dénaturées en leur conférant une plus grande autonomie de gestion⁵⁹. Enfin, il y a lieu de souligner que deux des trois entreprises actives dans les secteurs spéciaux (à savoir Belgacom et la SNVA) figurent sur la liste des pouvoirs adjudicateurs belges soumis aux directives européennes "secteurs classiques"⁶⁰; comment, dans de telles conditions, ces entreprises pourraient-elles passer des marchés relevant des secteurs classiques au regard des seules directives européennes et non de la loi du 24 décembre 1993, alors que celle-ci est l'émanation de celles-là?

Deux thèses sont ainsi opposées, dès lors qu'il s'agit de déterminer l'applicabilité de la législation sur les marchés publics aux commandes de la SNCB, de la SNVA ou de Belgacom, qui ont trait à des activités étrangères aux secteurs spéciaux. L'enjeu de cette confrontation n'est pas minime, eu égard à la diversification des activités des entreprises concernées; il suffit pour s'en convaincre de rappeler le développement impressionnant du transport de petits colis assuré par la SNCB. Ce type de service ne relève manifestement pas de l'activité de transport ferroviaire au sens de l'article 32 de la loi du 24 décembre 1993 et ne ressortit pas à l'une des missions de service public détenues par la SNCB. Selon qu'il est fait droit à la première ou la deuxième des thèses dont question ci-dessus, les marchés afférents à ce transport de petits colis échapperont totalement à la législation relative aux marchés publics ou seront soumis au régime - particulièrement strict⁶¹ - des secteurs classiques⁶².

Le lecteur voudra bien nous pardonner les développements fastidieux auxquels a donné lieu l'analyse du régime des marchés passés par la SNCB, Belgacom ou la SNVA dans les secteurs classiques. Cette problématique méritait toutefois qu'on s'y attarde: elle révèle en effet combien la difficulté de situer l'entreprise publique par rapport à d'autres catégories de pouvoirs adjudicateurs⁶³ est source d'insécurité juridique lorsqu'il s'agit de déterminer le sort de certaines commandes.

⁵⁵ Pour rappel, les listes visées respectivement aux articles 4 § 3, 26, al. 1^{er} et 47 § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 ne sont pas limitatives.

⁵⁶ Tels que ces secteurs sont décrits aux articles 28 à 35 de la loi du 24 décembre 1993.

⁵⁷ Projet de loi portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., SO, 1989-1990, n° 1287/1, p. 4.

⁵⁸ Cfr. Ph. Quertainmont, "La technique du "contrat d'administration" en vue de "responsabiliser" les organismes de sécurité sociale: panacée ou placebo?", *APT*, 1998, pp. 277-278, et H. Matthijs, "De overheidsbedrijven: een nieuw management met beheerscontracten of privatiseren", *TBP*, 1997, p. 310.

⁵⁹ Cfr., en ce sens, D. Déon, "Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes", *Les entreprises publiques autonomes. La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, 1992, p. 146 (*Collection de la Faculté de droit de l'UIB*).

⁶⁰ Liste constituant l'Annexe I à la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. Les directives 93/36/CEE (marchés de fournitures) et 92/50/CEE (marchés de services) font référence à cette liste.

⁶¹ En comparaison avec le régime - considéré comme assoupli - des secteurs spéciaux.

⁶² Pour autant, bien entendu, que le montant de la dépense estimée soit égal ou supérieur aux seuils de mise en concurrence européenne.

⁶³ Organismes d'intérêt public, personnes visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi, ...

Entreprises publiques et secteurs spéciaux: une conception très restrictive

Certains organismes actifs dans les secteurs spéciaux, et dont les caractéristiques correspondent à celles des entreprises publiques au sens de l'article 27 de la loi, ne sont toutefois pas repris dans la liste d'entreprises publiques annexée à l'arrêté royal du 10 janvier 1996. Tel est, par exemple, le cas de la Société régionale wallonne du Transport (SRWT) ou de la "Vlaamse Vervoermaatschappij" (VVM), entreprises publiques régionales vouées au transport public de personnes⁶⁴. Certes, si leur absence de cette liste n'est pas déterminante pour leur assujettissement à la législation sur les marchés publics⁶⁵, elle est néanmoins révélatrice de la conception qui a prévalu dans le recensement de ces entreprises publiques. Seules des entreprises soumises à la loi du 21 mars 1991 figurent sur cette liste; par contre, des organismes répondant à la définition de l'article 27 de la loi du 24 décembre 1993, sans pour autant être soumis à la législation organique des entreprises publiques autonomes, ont été omis. Cette approche procède d'une assimilation entre l'entreprise publique (au sens de l'article 27 précité) et l'entreprise publique autonome (loi du 21 mars 1991). Elle appelle d'évidentes réserves dès lors que sont ainsi confondues deux notions aux champs sémantiques sensiblement différents; elle est par ailleurs significative des maladroites que peuvent provoquer les incertitudes liées à la notion légale d'entreprise publique.

Les "autres" entreprises publiques

Ces dernières années ont vu éclore, tant au niveau fédéral que dans la sphère d'action des entités fédérées, un nombre croissant d'entreprises publiques, et ce, dans les secteurs les plus divers⁶⁶. Certes, il serait hors de propos, dans le cadre de cette modeste contribution, de décrire le phénomène ou de tenter de l'expliquer. Il paraît toutefois intéressant d'examiner succinctement⁶⁷ les modalités d'assujettissement de ces entreprises à la législation sur les marchés publics. L'opportunité d'une première approche est d'autant plus évidente que les listes de pouvoirs adjudicateurs - dont question dans les lignes qui précèdent - inspirent quelques observations et réflexions.

Un rapide survol de la liste annexée à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet de repérer quelques-unes de ces "nouvelles" entreprises publiques: tel est, par exemple, le cas de la RTBF⁶⁸, de la VRT⁶⁹, de la SA Astrid⁷⁰ et de la Coopération technique belge (ci-après désignée CTB)⁷¹. Leur inscription sur cette liste témoigne de ce qu'au regard de la législation relative aux marchés publics elles sont considérées soit comme organismes d'intérêt public, soit comme

⁶⁴ P. Nihoul, *op.cit.*, pp. 161-163.

⁶⁵ Cfr. ci-dessus, note 54.

⁶⁶ Un aperçu très suggestif du développement récent des entreprises publiques, particulièrement celles qui revêtent la forme de sociétés anonymes de droit public est donné par S. Weerts, dans son étude consacrée à "La société publique de gestion de l'eau, illustration du développement des entreprises publiques régionales", *Aménagement-Environnement*, 2000, p. 96, note 2.

⁶⁷ Les limites évidentes de notre démarche sont de deux ordres: d'une part, nous n'avons pas identifié, dans la liste annexée à l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (telle que modifiée par l'arrêté royal du 25 mars 1999, *MB* 9 avril 1999, 2^e éd.) toutes les entités susceptibles d'être qualifiées d'entreprises publiques, nous bornant à ne citer que celles dont cette qualification était évidente; d'autre part, il faut souligner que la liste dont question ci-dessus ne constitue certainement pas la forgerie idéale pour scruter le paysage des entreprises publiques, dès lors qu'un certain nombre de celles-ci n'y figurent pas, n'ayant été créées qu'après l'adoption de cet arrêté modificatif du 25 mars 1999.

⁶⁸ La RTBF a été érigée en entreprise publique autonome à caractère culturel de la Communauté française par le décret du 14 juillet 1997 portant statut de la Radio-Télévision belge de la Communauté française (RTBF) (*MB* 28 août 1997).

⁶⁹ Décret relatif à la transformation de la BRIN en une société anonyme de droit public (*MB* 1^{er} mai 1997).

⁷⁰ La SA Astrid a "pour objet la constitution, l'exploitation, l'entretien et les adaptations et élargissements évolutifs d'un réseau de radio-communications pour la transmission de voix et de données au bénéfice des services belges de secours et de sécurité, de la Sûreté de l'Etat et d'institutions, sociétés ou associations, de droit public ou privé, qui fournissent des services dans le domaine des secours et de la sécurité" (art. 3 § 1^{er}, de la loi du 8 juin 1998 relative aux radio-communications des services de secours et de sécurité, *MB* 13 juin 1998).

⁷¹ Loi du 21 décembre 1998 portant création de la "Coopération Technique Belge" sous la forme d'une société de droit public (*MB* 30 décembre 1998).

personnes visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi; la circonstance qu'elles constituent par ailleurs des entreprises publiques⁷² se révèle, à cet égard, indifférente. Rien d'étonnant à cela ... Dès lors que le Roi n'a pas été habilité à établir une liste d'entreprises publiques au sens de l'article 1er § 2, de la loi, et que, par ailleurs, le profil de chacune de ces entreprises correspond à l'une des catégories visées à l'article 4 § 2, 1° et 8°, de la loi, celle-ci ne pouvait leur être rendue applicable qu'en leur reconnaissant l'une de ces deux qualifications. Si ces modalités d'assujettissement se conçoivent dès lors aisément, elles ne peuvent néanmoins réprimer une interrogation critique. Quelle utilité peut encore revêtir le recours à la notion d'entreprise publique visée à l'article 1 § 2, de la loi, si les entités qui en relèvent doivent nécessairement être "disqualifiées" pour entrer dans le champ d'application de la législation relative aux marchés publics? Certains répondront que cet article 1er § 2, n'a pas pour objet de créer une catégorie supplémentaire de pouvoirs adjudicateurs, mais vise uniquement à appliquer aux entités dont l'objet statutaire est réparti entre missions de service public et activités ordinaires, et qui, par ailleurs, tombent dans le champ d'application *ratione personae* de la législation relative aux marchés publics⁷³, un régime assoupli, jusqu'alors réservé aux seules entreprises publiques autonomes. Une telle réponse ne serait certainement pas dénuée de pertinence. S'il y a lieu d'interpréter en ce sens la volonté du législateur, n'eût-il pas été préférable de remplacer l'article 1er § 2, ainsi rédigé, par une disposition aux termes de laquelle les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 2, de la loi, et dont le statut organique ménage une distinction entre missions de service public et activités ordinaires, ne sont soumis à la loi du 24 décembre 1993 que pour les seuls marchés ayant trait à leurs tâches de service public? Outre qu'une telle disposition n'eût pas compromis l'objectif poursuivi par le législateur, elle lui eût permis de faire l'économie d'une référence – tellement délicate – à la notion d'entreprise publique.

Conclusion

N'est-il pas présomptueux d'annoncer une conclusion à propos d'une notion aussi floue que celle d'"entreprise publique", particulièrement quand l'étude qui y a été consacrée est elle-même ponctuée de nombreux points d'interrogations et perdue dans de vastes zones d'ombre?

Plus modestement, nous nous bornerons à résumer les quelques enseignements que cette analyse aura – nous l'espérons – permis de livrer, tout en relativisant les appréciations que nous aurons ainsi portées sur l'œuvre du législateur.

En parcourant la loi du 24 décembre 1993, il a été donné d'observer que le régime des marchés passés par les entreprises publiques se profilait à la faveur de quelques dispositions éparées. De l'analyse de celles-ci, il ressort que le législateur, animé par des préoccupations différentes⁷⁴ a adopté des règles visant des "populations" d'organismes qui ne se recouvrent que très partiellement. Certes, il ne saurait lui être fait grief d'avoir voulu rencontrer des objectifs différents; néanmoins, la référence à une appellation générique d'"entreprise publique" entretient l'illusion qu'une conception homogène de l'entreprise publique traverse la loi du 24 décembre 1993. Si les illusions relèvent généralement du domaine de l'abstraction, leurs effets peuvent se laisser percevoir de manière très concrète. Tel est le cas en l'espèce: l'appréhension par le législateur de la notion d'"entreprise publique" compromet la lisibilité des dispositions concernées; elle annonce les évidentes faiblesses que trahira le prolongement réglementaire de la loi; enfin,

⁷² A tout le moins, au sens usuel du terme.

⁷³ A raison de leur appartenance à l'une des catégories visées à l'article 4 § 2, de la loi.

⁷⁴ Mise en concordance de textes légaux, transposition des directives européennes et généralisation du dualisme entre tâches de services public et activités ordinaires.

elle fait craindre, dans des cas particuliers, une mise en oeuvre hasardeuse de la législation et le risque d'inévitables suites juridictionnelles. De ce point de vue, la notion d'"entreprise publique" ne figurera certainement pas au catalogue des réussites dont peut s'enorgueillir notre droit des marchés publics⁷⁵.

"La critique est aisée; l'art l'est beaucoup moins" L'adage bien connu trouve ici une place idéale. Nous l'assortirons de deux réflexions.

Primo, il s'impose de noter que certaines des considérations émises dans le cadre de cet article n'ont pu l'être qu'à la faveur de circonstances survenues depuis l'adoption de la loi. Ces circonstances permettent de porter sur celle-ci un regard inédit, là où les initiateurs de la réforme n'ont forcément pas pu bénéficier de cette latitude⁷⁶. A son tour, notre contribution subira d'ailleurs les feux de la critique lorsqu'elle sera lue à la lumière des incessantes évolutions que connaît cette problématique. Ainsi, on a peine à imaginer que certaines des observations formulées ne devront pas être reconsidérées dans le contexte particulier de l'adoption de nouvelles directives sur la passation des marchés publics⁷⁷.

Secundo, on ne saurait trop insister sur la physionomie particulière de l'entreprise publique: celle-ci apparaît en effet sous deux aspects qui, au regard des enjeux liés au marché unique européen, peuvent inspirer des approches diamétralement opposées. En tant qu'elle preste des services qui la placent dans une relation de concurrence avec d'autres acteurs économiques, l'entreprise publique doit être affranchie des contraintes de droit public qui peuvent handicaper son action et parmi lesquelles figure notamment l'assujettissement au droit des marchés publics. Par contre, en tant qu'elle consomme elle-même des biens et services, et que les commandes passées à cette fin peuvent être conditionnées par les manœuvres protectionnistes des pouvoirs publics qui exercent une influence dans son fonctionnement, elle doit rester une entité adjudicatrice favorisant une concurrence effective, fût-ce au prix d'une évidente rigidité. Telles sont les préoccupations radicalement différentes qui ont animé le législateur, lorsque celui-ci s'est successivement intéressé au statut des entreprises publiques autonomes (loi du 21 mars 1991) et au cadre normatif des marchés publics (loi du 24 décembre 1993).

Cette dernière réflexion livre ainsi les données, difficilement compatibles, de l'équation qu'il est imposé au législateur de résoudre lorsqu'il envisage le régime des marchés des entreprises publiques. Sa tâche est délicate et contraint à modérer le jugement que nous avons porté sur la loi du 24 décembre 1993; de larges circonstances atténuantes nous paraissent ainsi devoir être reconnues aux artisans de cette réforme du droit des marchés publics. Pour le reste, la complexité de cette problématique est telle qu'elle ne saurait être épuisée à la faveur de quelques observations. Il n'y a donc pas lieu de reconnaître à cette contribution une autorité à laquelle elle ne saurait prétendre. Tout au plus, pouvons-nous espérer qu'en emmenant le lecteur dans le dédale des considérations terminologiques ou légistiques imposées par ce thème, nous lui aurons révélé quelques difficultés sur l'importance desquelles son attention n'avait peut-être pas suffisamment été attirée jusqu'à présent.

David DE ROY
Référéndaire près la Cour de Cassation

⁷⁵ M.-A. Flamme, "Conclusions générales", *Les marchés publics à l'aube du XXI^e siècle* ..., pp. 215-217.

⁷⁶ Tel est par exemple le cas de l'inflation récente du nombre d'entreprises publiques, phénomène qui interdit dorénavant de limiter l'approche de la notion d'entreprise publique aux seules entités couvertes initialement par la loi du 21 mars 1991.

⁷⁷ Le 10 mai 2000, la Commission européenne a adopté deux propositions de directives relatives à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, respectivement dans les secteurs classiques (COM-2000-275) et dans les secteurs spéciaux (COM-2000-276).