

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques

De Roy, David

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2002

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

De Roy, D 2002, 'La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques: à la recherche de l'introuvable', *Journal des Tribunaux*, numéro 6056, pp. 393-401.

#### 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.



# Journal des tribunaux

25 mai 2002  
121<sup>e</sup> année - N° 6056

Bureau de dépôt : Charleroi X  
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES

Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghe (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

10 | ISSN 0021-812X

## LA NATURE JURIDIQUE DES CONTRATS DE GESTION D'ENTREPRISES PUBLIQUES : À LA RECHERCHE DE L'INTROUVABLE?

*Le « contrat de gestion » est aujourd'hui devenu la clef de voûte de nombreuses entreprises publiques fédérales, régionales ou communautaires. En dépit de sa remarquable fortune, cet instrument suscite d'évidentes questions, relatives notamment à sa nature juridique. Certains développements récents, parmi lesquels un arrêt de la Cour de cassation, rendu le 21 décembre 2000, incitent à remettre l'ouvrage sur le métier.*

La réception du contrat au nombre des formes de l'action administrative n'est évidemment pas neuve et traduit une transformation remarquable des traits sous lesquels se profile l'administration publique (1); depuis une douzaine d'années, ce phénomène atteint cependant une mesure impressionnante, à laquelle n'est certainement pas étrangère la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (2) : le législateur y avait fait du « contrat de gestion » le principal fondement des relations entre l'Etat et certains organismes, qualifiés depuis lors d'entreprises publiques autonomes. Pour faire

(1) Ph. Quertainmont, « Les nouveaux instruments contractuels utilisés par l'administration et la compétence du juge administratif », *T.B.P.*, 2000, p. 39; R. Andersen, « Autorité et contrat dans l'administration moderne en Belgique », *Annuaire européen d'adm. publ.*, 1997, spéc. pp. 40 et s.

(2) *M.B.*, 27 mars 1991. Sur le contexte dans lequel cette loi a été adoptée, on consultera notamment, B. Thiry, « Les nouvelles conditions de concurrence (ou de partenariat) entre le secteur public et le secteur privé », *Les entreprises publiques autonomes - La nouvelle loi du 21 mars 1991*, Bruxelles, 1992, pp. 17-30 (collection de la Faculté de droit de l'U.L.B.); Ph. Quertainmont, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 : du desserrement de l'étreinte étatique à l'émergence de nouveaux critères de gestion des entreprises publiques », *loc. cit.*, pp. 65-88.

(très) simple, on rappellera brièvement que cette réforme visait à préparer ces organismes à la réalité de marchés concurrentiels sur lesquels ils pouvaient, tôt ou tard, être appelés à évoluer (3). Dans cette perspective, une adaptation des modes de gestion de ces entreprises publiques s'imposait, laquelle paraissait notamment devoir s'engager dans la voie d'une plus grande autonomie. Celle-ci a été conçue sur la base d'un *distinguo* entre les activités commerciales des entreprises publiques et les missions de service public dont l'exécution leur incombe en vertu de dispositions légales. Pour les activités commerciales, le législateur a voulu affranchir les entreprises publiques des contraintes de droit public difficilement compatibles avec l'exercice de telles activités dans un environnement concurrentiel. S'agissant des missions de service public, un même souci d'autonomie a prévalu, tempéré toutefois par les exigences qui découlent du caractère d'intérêt général des services offerts à ce titre : l'autonomie est ainsi reconnue dans les limites d'un cadre tracé par le contrat de gestion qui a pour objet de définir « les règles et conditions spéciales selon lesquelles une entreprise publique autonome exerce les missions de service public qui lui sont confiées par la loi » (4).

En vertu de l'article 3, § 2, de la loi précitée du 21 mars 1991, ce contrat de gestion règle notamment les tâches que l'entreprise publique assume en vue de l'exécution de ses missions de service public; les principes gouvernant les tarifs pour les prestations fournies dans le cadre des tâches de service public; des règles de conduite vis-à-vis des usagers des prestations de service public; la fixation, le calcul et les modalités de paiement des subventions éventuelles à charge du budget général des dépenses de l'Etat que l'Etat accepte d'affecter à la couverture des charges qui découlent pour l'entreprise publique de ses tâches de service public; les sanctions en cas de non-respect par une partie de ses

(3) Ph. Quertainmont, « Les entreprises publiques autonomes - Un bilan de l'application de la loi du 21 mars 1991 », *Rev. comm. b.*, 1996, pp. 501-502.

(4) Art. 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991.

## S O M M A I R E

- La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable?, par D. De Roy ..... 393
- Lois - Arrêtés - Notion - Contrat de gestion - Article 608 du Code judiciaire (Cass., 1<sup>re</sup> ch., 21 décembre 2000) ... 402
- Permis d'urbanisme - Dérogation au plan de secteur - Motivation de la dérogation - Conseil d'Etat - Procédure - Plan d'aménagement du territoire - Plan de secteur (Cons. d'Etat, 13<sup>e</sup> ch., 8 février 2002) . 403
- Autorité parentale - Hébergement secondaire du père - Enfants mineurs - Intervention volontaire - Convention internationale (Liège, 16<sup>e</sup> ch., 12 février 2002) ..... 407
- Action paulienne - Fraude du débiteur - Effets de l'action paulienne (Liège, 20<sup>e</sup> ch., 6 février 2002) ..... 407
- Testament - Insanité d'esprit - Preuve - Certificats médicaux - Secret professionnel - Etat de nécessité (Mons, 2<sup>e</sup> ch., 9 avril 2001) ..... 409
- Chèque postal - Emploi abusif - Action en responsabilité - Prescription - Droit commun - Responsabilité sans faute du titulaire du compte - Dol ou faute lourde de La Poste (Bruxelles, 9<sup>e</sup> ch., 29 mars 2001) .... 411
- Testament - Héritier réservataire - Délivrance volontaire de legs - Action en annulation (Liège, 1<sup>re</sup> ch., 28 février 2001) ..... 412
- Chronique judiciaire : La vie du Palais - Bibliographie - Mouvement judiciaire - Echos - Dates retenues.

2002  
393

Dans la collection Les Dossiers du J.T.  
Droit des étrangers  
Chronique de jurisprudence 1994-2000  
Voyez le dépliant au centre de ce journal

engagements résultant du contrat de gestion ... (5).

C'est sans doute à raison du contexte dans lequel il est apparu que le contrat de gestion a attiré l'attention dès 1991 (6) : par la suite, sa notoriété a été assurée par les législateurs fédéraux, régionaux ou communautaires qui, pour de nombreux organismes qu'ils souhaitaient voir apparaître sous les traits d'une entreprise économique, se sont inspirés de la loi du 21 mars 1991 et ont prescrit le recours à un contrat de gestion (7).

L'usage de cet instrument suscite indéniablement un effet de mode qui n'ôte toutefois rien à son caractère énigmatique; celui-ci tient notamment à la nature juridique du contrat de gestion. Certes, la question n'est pas originale : pressentie dès l'adoption de la loi du 21 mars 1991 (8), elle nous paraît mériter aujourd'hui une attention toujours aussi soutenue : d'une part, le recours de plus en plus fréquent à cet instrument (9) conduit à ébaucher un « modèle » du contrat de gestion, dont il y a lieu de se demander s'il correspond à un profil juridique particulier ou s'il ne présente qu'un concept « fourre-tout »; d'autre part, l'autorité de certains regards posés récemment sur le contrat de gestion ne peut manquer d'alimenter la réflexion : la Cour de cassation se prononce sur sa nature juridique au regard de l'article 608 du Code judiciaire; le Conseil d'Etat alerte un législateur décrétant sur les dangers d'une qualification abstraite de cet instrument (10); enfin, la

Cour des comptes procède à l'évaluation de ce contrat, en tant que baromètre des actions menées par plusieurs organismes dans le cadre de telles conventions (11).

C'est précisément un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 décembre 2000 qui constitue le point de départ de cette réflexion (12). L'arrêt capte l'attention, puisque, pour la première fois, la Cour s'y prononce sur la nature juridique des contrats de gestion; la portée de l'enseignement qu'elle y dispense appelle donc à être précisée. Cette décision mérite également d'être épinglée parce qu'elle permet d'amorcer une réflexion plus générale sur cet instrument assurément original. Il ne saurait évidemment être question d'épuiser la problématique dans cette contribution aux prétentions limitées, mais le caractère parcelaire de notre approche ne pourrait toutefois justifier qu'on renonce à aborder quelques-unes des questions aujourd'hui suggérées par la nature juridique des contrats de gestion.

## L'ARRÊT DU 21 DÉCEMBRE 2000

### 1.1. — Les faits, la procédure et l'arrêt

Dans le cadre d'un litige l'opposant à la s.a. T.V.I. (13), la R.T.B.F. s'était vu reprocher par sa concurrente l'insertion de publicité au cours de séries télévisées. Estimant que cette pratique méconnaissait plusieurs normes régissant la diffusion télévisée de messages publicitaires, T.V.I. avait introduit devant le tribunal de commerce de Bruxelles une action en cessation fondée sur les articles 93 à 95 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur. Pour rappel, l'article 95 de cette loi donne compétence au président du tribunal de commerce pour constater l'existence et ordonner la cessation d'un acte constituant une infraction aux dispositions de la loi, dispositions interdisant notamment les actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale par lesquels un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte soit aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres vendeurs, soit aux intérêts d'un ou de plusieurs consommateurs (14). En l'espèce,

d'eau et instituant une Société wallonne des eaux, publié notam., dans *A.P.T.*, 2000, p. 293 et s. Sur l'apport de cet avis à la problématique examinée dans le cadre de cette contribution, cf. ci-après, 1.2. Le contrat de gestion - Questions de méthode.

(11) Outre les examens de contrats de gestion dont ont récemment rendu compte plusieurs livraisons du *Cahier d'observations*, on notera la publication d'un « Auditrapport van het Rekenhof over het onderzoek naar de beheersovereenkomsten met Vlaamse openbare instellingen » (*VI. Parl.*, Stuk 37 (2001-2002), n° 1).

(12) Cass., 1<sup>re</sup> ch., 21 déc. 2000, aff. C.99.0096.F, à paraître dans *Pas.*, 2000, I, n° 716, publié ci-après, par extrait, p. 402.

(13) Société exploitant la chaîne de télévision R.T.L.

(14) Art. 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991.

T.V.I. considérait comme acte dont la cessation méritait d'être ordonnée à ce titre cette diffusion de messages publicitaires.

Dans un jugement prononcé le 29 décembre 1997 (15), le président du tribunal de commerce interdisait à la R.T.B.F. l'interruption de certaines séries télévisées pour y insérer une quelconque publicité. Ayant été frappée d'appel, cette décision fut mise à néant par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 septembre 1998, qui dit la demande originelle non fondée (16).

Au nombre des dispositions que T.V.I. reprochait à la R.T.B.F. d'avoir enfreintes, et dont la cour d'appel avait d'ailleurs fait application, figuraient notamment les articles 24 et 25.3 du contrat de gestion du 14 octobre 1997 (17), conclu entre la R.T.B.F. et la Communauté française en vertu de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, du décret de la Communauté française du 14 juillet 1997 portant statut de la radio-télévision belge de la Communauté française (18). Ces dispositions, d'une part, reconnaissent l'autorisation de principe dont jouit la R.T.B.F. pour la diffusion d'émissions de nature publicitaire ou commerciale, moyennant le respect des dispositions légales, décretales ou réglementaires, ainsi que du contrat de gestion (art. 24) et, d'autre part, interdisent l'interruption de programmes télévisés par la diffusion de ces messages publicitaires (art. 25.3). Faisant notamment grief à la cour d'appel de Bruxelles d'avoir violé ces articles du contrat de gestion, dans l'interprétation favorable à l'insertion litigieuse des messages publicitaires qu'elle en donnait, T.V.I. en fait l'objet d'un des deux moyens — le second — formés à l'appui d'un pourvoi en cassation.

Un moyen pris de la violation de clauses d'un contrat de gestion est-il recevable? En vertu de l'article 608 du Code judiciaire, « la Cour de cassation connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité ». Le contrat de gestion d'une entreprise publique constitue-t-il, au sens de cet article 608, une loi dont la prétendue violation par un juge peut être utilement alléguée à l'appui d'un moyen de cassation? Sans grande surprise (19), c'est bien la réponse à cette question qui va conditionner le sort de ce moyen pris de la violation de clauses du contrat de gestion d'une entreprise publique. C'est précisément cet obstacle que le moyen invoqué par T.V.I. ne franchira pas. La Cour de cassation va décider que ni le contrat de gestion liant la R.T.B.F. à la Communauté française, ni l'arrêt du gouvernement de la Communauté française portant approbation de ce contrat (20) ne constituent des lois au

(15) Comm. Bruxelles, cess., 29 déc. 1997, A.C. 10.329/97, *A.&M.*, 1997, p. 423.

(16) Bruxelles, 8<sup>e</sup> ch., 2 sept. 1998, R.G., n° 1998/297, *A&M*, 1999, p. 382 avec note Ph. Zeegers, « Les coupures publicitaires à la télévision ».

(17) *M.B.*, 22 nov. 1997.

(18) *M.B.*, 28 août 1997.

(19) La question n'avait, en effet, pas échappé à l'attention de la défenderesse en cassation, qui — selon les termes de l'arrêt — n'a pas manqué d'en déduire une fin de non-recevoir du moyen.

(20) Art. 9, § 3, du décret du 14 juillet 1997.

(5) Pour un aperçu général de la technique du contrat de gestion, cf. notam., R. Andersen, *op. cit.*, pp. 40-42; D. Déom, « Les contraintes de droit public qui pèsent sur les entreprises publiques autonomes », *Les entreprises publiques autonomes...*, pp. 119-123; D. Nuchelmans et G. Pagano, *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles, 1991, pp. 41-46 (*C.H. C.R.I.S.P.*, n°s 1321-1322); H. Matthijs, « De overheidsbedrijven : een nieuw management met beheerscontracten of privatiseren », *T.B.P.*, 1997, pp. 310-314; *id.*, « De federale overheidsbedrijven : een analyse van de wet van 21 maart 1991 », *T.B.P.*, 2000, pp. 426-428.

(6) Apparaissant comme une cure de rafraîchissement dont le législateur prétendait faire profiter quelques brontosaures de la Belgique administrative, la réforme amorcée par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ne pouvait évidemment passer inaperçue.

(7) La création (ou la réforme) d'entreprises publiques régionales ou communautaires s'inscrit dans la perspective tracée par l'article 9 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, laquelle disposition permet aux Communautés et Régions de recourir à de telles entités pour l'exercice de leurs compétences. Selon cet article 9, alinéa 1<sup>er</sup>, « dans les matières qui relèvent de leurs compétences, les Communautés et les Régions peuvent créer des services décentralisés, des établissements et des entreprises, ou prendre des participations en capital ».

(8) D. Déom, *op. cit.*, spéc. pp. 121-123.

(9) Nombreuses sont en effet les entreprises publiques fédérales, régionales ou communautaires dont les lois, décrets ou ordonnances organiques ont prévu d'encadrer l'action (ou une part importante de celle-ci) dans un contrat de gestion. Les exemples cités dans cet article en témoigneront.

(10) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat, L.30.511/4, donné le 13 novembre 2000 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne portant réforme de la Société wallonne des distributions

sens de l'article 608 du Code judiciaire; un moyen pris de la violation de l'un de ces instruments est donc irrecevable.

## 2. — Le contrat de gestion

Rendu sur des conclusions dans lesquelles M. l'avocat général Th. Werquin avait détaillé tous les indices l'autorisant à préconiser la solution finalement retenue par la Cour (21), l'arrêt du 21 décembre 2000 livre un enseignement reposant sur une référence et une allusion. Il suscite par ailleurs quelques questions qu'il conviendra d'aborder brièvement.

### Une référence

C'est essentiellement (22) la référence à l'article 8, § 1<sup>er</sup>, du décret organique de la R.T.B.F. qui va conditionner la qualification du contrat de gestion par la Cour. Selon les termes de cette disposition, « le contrat de gestion conclu entre la Communauté et l'entreprise détermine les règles et modalités selon lesquelles l'entreprise remplit sa mission de service public. En contrepartie, la Communauté française alloue à l'entreprise une subvention annuelle suffisante et met à disposition de l'entreprise les fréquences hertziennes nécessaires ». Il en ressort manifestement que le contrat de gestion régit des obligations incombant à la R.T.B.F. et à la Communauté française. C'est donc à ces deux seules entités que vont s'imposer les obligations découlant du contrat de gestion. Le caractère éminemment personnel des obligations contractées dans ce cadre fait obstacle à ce que le contrat de gestion soit considéré comme une « loi » au sens matériel qu'il y a lieu de reconnaître à cette notion pour l'application de l'article 608 du Code judiciaire : la loi est en effet l'acte de l'autorité qui énonce des règles juridiques de caractère obligatoire, général et impersonnel (23). Ainsi confrontée à cette acception de la loi matérielle, la définition du contrat de gestion donnée par le législateur ne pouvait qu'amener la Cour à statuer dans le sens déterminé par l'arrêt du 21 décembre 2000.

(21) A paraître dans *Pas.*, 2000, I, n° 716.

(22) On notera que la Cour paraît également s'appuyer incidemment, sans toutefois viser cette disposition, sur la teneur de l'article 3, § 5, de la loi du 21 mars 1991 qui dénie le caractère d'acte ou de règlement des contrats de gestion des entreprises publiques autonomes. Sur ce rapprochement avec la loi du 21 mars 1991 à laquelle la R.T.B.F. n'est pourtant pas assujettie, cf. ci-après.

(23) Sur la notion de loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire et la jurisprudence y relative, cf. notamment, J. Velu, *Droit public*, t. I, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, 1986, pp. 572 et s.; F. Dumon, « La mission attribuée à la Cour de cassation par l'article 95 de la Constitution. La notion de "loi" dont la violation donne ouverture à un pourvoi devant la Cour », *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, 1992, t. II, pp. 885-900; B. Maes, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gand, 1993, pp. 66 et s.; Fr. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, pp. 338 et s.

### Une allusion

En faisant allusion à la loi du 21 mars 1991 dont serait inspiré le contrat de gestion liant la R.T.B.F. à la Communauté française, la Cour de cassation suggère avant tout une « filiation » dont s'est réclamé le législateur décréteur (24); mais il se pourrait que cette approche repose également sur la méthode d'interprétation systématique, par laquelle le juge interprète une notion ou une disposition particulières conformément au sens qu'incite à leur reconnaître le cadre normatif ou institutionnel dans lequel elles s'inscrivent. Laisant apparaître la loi du 21 mars 1991 en filigrane du décret organique de la R.T.B.F., la Cour de cassation suggérerait ainsi l'existence d'un modèle du contrat de gestion ébauché par la législation relative aux entreprises publiques autonomes fédérales et dont le décret du 14 juillet 1997 contribuerait, à l'instar d'autres lois ou décrets organiques d'entreprises publiques, à assurer la diffusion. Cette thèse de la reconnaissance d'un modèle du contrat de gestion des entreprises publiques (25) gagne évidemment à être éprouvée : de la force de conviction que pourra entraîner sa démonstration dépendront, d'une part, l'autorité d'un recours à la méthode dite « d'interprétation systématique » dans la qualification juridique des contrats de gestion, et, d'autre part, la pertinence de l'application à d'autres contrats de gestion de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 21 décembre 2000. Dans la deuxième partie de cette contribution, nous formulerons quelques observations relatives à ce « modèle » du contrat de gestion d'entreprises publiques.

### Questions de méthode

Ces propos succincts sur la motivation de l'arrêt du 21 décembre 2000 conduisent l'observateur à s'interroger sur la méthode mise en œuvre par le juge suprême pour déterminer la nature du contrat de gestion.

Cette approche nous paraît pouvoir être qualifiée d'abstraite, dès lors qu'à une analyse concrète des clauses invoquées dans le cadre du litige, la Cour préfère une lecture de la disposition décréteurale en vertu de laquelle le contrat de gestion est conclu entre la R.T.B.F. et la Communauté française : ayant pour objet de déterminer des droits et obligations dans le chef des seules parties contractantes, le contrat de gestion ne peut être que la source de règles personnelles.

Appliquée à une autre espèce (les statuts d'intercommunales de distribution d'énergie électrique), cette méthode aurait dû conduire la Cour à dénier à ces statuts la qualité de loi : quoique cette solution fût retenue initialement (26), il n'en va plus de même aujourd'hui et la

(24) Projet de décret portant statut de la radio-télévision belge de la Communauté française (R.T.B.F.), *Doc. cons. Comm. fr.*, sess. ord. 1995-1996, n° 104/1, p. 4.

(25) Il ne s'agit évidemment là que d'une interprétation que nous donnons de l'arrêt du 21 décembre 2000.

(26) *Cass.*, 1<sup>re</sup> ch., 5 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 13. On peut déduire de cet arrêt, dans lequel la Cour ne s'est toutefois pas explicitement prononcée sur la nature des statuts d'une intercommunale, qu'ils n'ont pas été considérés comme loi, au sens de

jurisprudence ainsi développée depuis quelques années pourrait surprendre : la dimension contractuelle que recouvrent, à tout le moins partiellement, les statuts de sociétés commerciales incite à noter le caractère limité de la portée et des effets des règles secrétées dans ce cadre; pour cette raison, la qualité de loi devrait naturellement leur être déniée et la circonstance que ces statuts sont soumis à une approbation revêtant la forme d'un arrêté royal ne paraît rien y changer (27). Tel n'est toutefois pas l'enseignement qui se dégage de deux arrêts rendus respectivement les 23 novembre 1987 (28) et 14 janvier 2000 (29). Il ressort de ces décisions que les clauses invoquées dans le cadre de ces litiges contenaient des règles ayant vocation à s'imposer non aux seuls associés de l'intercommunale, mais à l'ensemble des usagers du service public de distribution d'électricité (30). La Cour y a donc naturellement décelé des lois au sens de l'article 608 du Code judiciaire. Elle n'a toutefois pu arriver à cette solution qu'en ayant égard au contenu des clauses, plus qu'à la portée généralement reconnue aux statuts.

Cette observation d'ordre méthodologique attirera l'attention sur ce que la détermination de la nature juridique d'un acte peut, selon les circonstances, procéder d'approches radicalement différentes (31). S'agissant plus particu-

l'article 608 du Code judiciaire : le demandeur en cassation avait, en effet, pris un moyen de la violation de la foi due à une clause de ces statuts : le moyen sera déclaré irrecevable pour des raisons tenant aux modalités de production devant la Cour de ces statuts. Si la Cour avait estimé que ceux-ci constituaient une loi, elle aurait déclaré le moyen irrecevable au motif qu'une interprétation erronée des statuts ne constituait pas une violation des articles 1317 et s. du Code civil (dispositions régissant le respect de la foi due aux actes). Précisons que cet arrêt a été rendu sous l'empire de la loi du 25 mars 1876 contenant le titre 1<sup>er</sup> du livre préliminaire du Code de procédure civile, dont l'article 20 contenait une disposition similaire à celle de l'article 608 du Code judiciaire.

(27) De longue date, et à tout le moins sous l'empire des lois des 1<sup>er</sup> mars 1922 et 22 décembre 1986, il est en effet admis que l'approbation des statuts (ainsi que d'autres actes ponctuant leur vie) des intercommunales relève du pouvoir de tutelle exercé sur ces associations et, dans une certaine mesure, sur les communes qui les constituent (cf. M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, t. I, pp. 261 et s.).

(28) *Cass.*, 3<sup>e</sup> ch., 23 nov. 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 175.

(29) *Cass.*, 1<sup>re</sup> ch., 14 janv. 2000, *Bull.*, 2000, n° 32.

(30) Ainsi, par exemple, l'article 85 des statuts de l'intercommunale Asverlec, dont il était question dans le pourvoi qui a donné lieu à l'arrêt du 14 janvier 2000, dispose que « dans les immeubles où la puissance totale installée dépasse 15 kVA, un local jugé convenable par l'intercommunale sera mis gratuitement à la disposition de celle-ci, à sa demande. Cette obligation sera reprise dans les autorisations de bâtir » (annexe « Sociétés commerciales », *M.B.*, 19 juin 1962, p. 6405). D'autres clauses régissant des obligations à la charge des usagers ponctuent les statuts de ces intercommunales de distribution d'énergie électrique.

(31) La nature de loi susceptible d'être reconnue (ou déniée) aux statuts d'intercommunales (auxquels nous ne nous intéressons qu'à titre tout à fait incident dans le cadre de cet article), mériterait d'ailleurs que soient étudiées les approches respectives de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat; celui-ci, dans un

2002  
395

lièrement du contrat de gestion des entreprises publiques, nous avons suggéré une comparaison — pertinente, ou non, le lecteur en jugera — entre la solution retenue par la Cour dans l'arrêt annoté et celle développée pour les statuts d'intercommunaux d'électricité, comparaison illustrant les résultats différents auxquels peuvent mener deux approches. Dans cet ordre d'idées, il y a lieu de mentionner divers avis dans lesquels la section de législation du Conseil d'Etat a successivement adopté ou préconisé l'approche abstraite et l'analyse concrète.

L'approche abstraite est notamment révélée par un avis rendu le 1<sup>er</sup> mars 2000 sur un projet d'arrêté royal « portant approbation du premier avenant au deuxième contrat de gestion conclu entre La Poste et l'Etat » (32), la section de législation du Conseil d'Etat s'est référée, de manière générale et sans avoir égard à l'objet réel des clauses du contrat de gestion, à l'article 3, § 5, de la loi du 21 mars 1991 (33) pour en déduire que « n'étant pas revêtus d'un caractère réglementaire au sens de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ni le contrat de gestion, ni ses avenants ne doivent être examinés par la section de législation ». Cette solution, du reste adoptée dans d'autres avis portant sur des projets d'arrêtés royaux d'approbation précédemment soumis à la section de législation (34), repose exclusivement sur la disposition légale et non sur un examen de l'objet réel des clauses du contrat de gestion soumis à approbation.

Au contraire, la section de législation paraît privilégier une analyse concrète dans l'avis L.30.511/4, précité, du 13 novembre 2000, sur un avant-projet de décret relatif à la S.W.D.E. (35) : constatant que l'avant-projet contient une disposition fort proche de celle contenue à l'article 3, § 5, de la loi du 21 mars 1991, la section de législation observe avant tout que « la détermination de la nature juridique du

contexte sans doute différent, a, en effet, rappelé récemment qu'au sens du décret wallon du 1<sup>er</sup> avril 1999 organisant la tutelle sur les communes, les provinces et intercommunales de la Région wallonne, les statuts d'une intercommunale relevaient de la notion de loi dont la violation par un acte d'organe d'une intercommunale peut entraîner un refus d'approbation par le gouvernement wallon; cf C.E., 6<sup>e</sup> ch., arrêt n° 102.804, 23 janv. 2002, *J.T.*, 2002, p. 214.

(32) *M.B.*, 22 mars 2000.

(33) Lequel dispose : « Le contrat de gestion ne constitue par un acte ou règlement visé à l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973. Toutes ses clauses sont réputées contractuelles ».

(34) Avis n° L.24.307/9, donné le 29 mars 1995, sur un projet d'arrêté royal portant approbation d'un avenant au premier contrat de gestion conclu entre la Régie des Postes et l'Etat belge (*M.B.*, 7 juill. 1995); avis n° L.27.054/4, donné le 12 novembre 1997, sur un projet d'arrêté royal approuvant la modification du contrat de gestion entre l'Etat belge et la Régie des télégraphes et des téléphones (*M.B.*, 30 déc. 1997).

(35) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat L.30.511/4, donné le 13 novembre 2000 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne portant réforme de la Société wallonne des distributions d'eau et instituant une Société wallonne des eaux, *loc. cit.*

contrat de gestion est avant tout tributaire d'un examen du contenu et de la portée véritable de ses dispositions »; elle ajoute que « l'utilisation du terme "contrat" et le fait que l'acte dont il s'agit résulte d'un accord de volontés — en l'occurrence celles de la Région wallonne et de la S.W.D.E. — ne suffisent pas à empêcher que certaines dispositions dudit "contrat" présentent un caractère intrinsèquement réglementaire ». La section de législation se demande encore si le législateur peut, « comme l'envisage l'avant-projet de décret, "réputer contractuelles" toutes les dispositions du contrat de gestion, y compris celles qui seraient de nature intrinsèquement réglementaire ».

Même si les avis cités n'étaient pas rendus dans des circonstances tout à fait identiques (36), leur comparaison peut, à tout le moins, être révélatrice de difficultés méthodologiques; bien plus, elle témoigne de ce que la nature juridique des contrats de gestion pourrait difficilement donner lieu à un enseignement d'autorité.

La solution qui se dégage de l'arrêt du 21 décembre 2000 pourrait fort bien ne pas être répétée à l'infini, particulièrement dans un contexte où le contrat de gestion connaît une évolution différenciée, ainsi que nous allons l'exposer ultérieurement. La Cour de cassation risque de ne pouvoir traiter tout moyen pris de la violation d'une clause de contrat de gestion à la faveur d'une approche « abstraite et formaliste », notamment s'il fallait reconnaître au contenu de certaines clauses des effets beaucoup plus étendus qu'il n'y paraît à la lecture des dispositions légales ou décretales définissant les contrats de gestion.

#### Un contrat de droit commun?

La Cour ne souffle mot de la coloration civiliste du contrat de gestion qu'avait tenté de suggérer le législateur en 1991 (37) : cela ne lui a sans doute pas semblé nécessaire, dès lors que l'article 8, § 1<sup>er</sup>, du décret organique de la R.T.B.F. offrait manifestement une assise solide à sa décision.

Ce silence permet de préciser la portée de l'enseignement qui se dégage de l'arrêt du 21 décembre 2000 : celui-ci répond à la seule question posée à la Cour, à savoir le caractère de loi, au sens de l'article 608 du Code judiciaire, qu'il y a lieu ou non de reconnaître au contrat de gestion liant la R.T.B.F. à la Communauté française, pour apprécier la recevabilité du moyen de cassation. Une fois dénié ce caractère, la Cour n'avait pas à se prononcer plus avant sur la nature juridique des contrats de gestion, et donc sur leur assimilation

(36) Dans un cas, l'avis portait sur un projet d'arrêté royal d'approbation d'un contrat de gestion et la section de législation a estimé ne pas avoir à se prononcer dès lors que ni le contrat de gestion ni l'arrêté d'approbation n'étaient dotés d'une portée réglementaire; dans l'autre, la section de législation se prononçait sur un avant-projet de décret comportant notamment des dispositions relatives à la nature d'un contrat de gestion.

(37) Et probablement, à sa suite, le législateur décreta qu'il, en 1997, a invoqué sans ambiguïté l'appareillement à la loi du 21 mars 1991.

éventuelle au contrat régi par le Code civil. Elle s'en est abstenue et toute interprétation qui négligerait cette perspective dans laquelle s'inscrit l'arrêt serait nécessairement hasardeuse.

En dépit de ce silence et de la portée ainsi limitée de l'arrêt du 21 décembre 2000, la pertinence d'une référence à la coloration civiliste du contrat de gestion mérite d'être une fois encore éprouvée. Nous y reviendrons dans la troisième partie de cet article.

#### 1.3. — L'arrêté d'approbation

La Cour va également considérer le moyen comme irrecevable, en tant qu'il est pris de la violation de l'arrêté d'approbation du contrat de gestion, dès lors qu'il ne s'agit que d'un acte de haute tutelle et qu'aucune valeur normative ne peut, par conséquent, lui être reconnue. Sur ce point, l'arrêt du 21 décembre 2000 paraît inspiré d'une jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle l'approbation par le législateur d'une convention à laquelle l'Etat est partie, n'enlève pas à celle-ci sa valeur contractuelle pour l'élever au rang de norme, dès lors que, ce faisant, le législateur ne pose qu'un acte de haute tutelle administrative, et n'adopte pas une loi au sens matériel (38). La solution ainsi retenue par la Cour pourrait surprendre, dès lors qu'à première vue, la formalité d'approbation du contrat de gestion paraît éloignée des rapports que fait naître la « haute tutelle administrative » (39), tout autant que des mécanismes de tutelle ayant cours dans les hypothèses de décentralisation territoriale ou fonctionnelle (40). La référence à la tutelle ne doit pas ici s'entendre strictement de l'une de ces deux acceptions que reçoit le terme « tutelle » dans notre paysage institutionnel : la Cour suggère plus généralement l'idée d'un contrôle, par ses pairs, du ministre qui a signé le contrat de gestion. Il ne s'agirait donc pas d'un contrôle né du rapport entre deux pouvoirs ou entre deux autorités administratives, mais plutôt d'une forme de « contrôle interne » (41) qui autoriserait à dénier la valeur normative de l'arrêté d'approbation.

Interprétant de la sorte la formalité d'approbation du contrat de gestion, la Cour de cassation indique sans ambiguïté la signification qu'elle estime devoir lui reconnaître, signification autour de laquelle les législateurs fédéral, communautaires ou régionaux ont entretenu — c'est le moins qu'on puisse déplorer — un flou particulièrement inconfortable.

(38) Cass., 30 janv. 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 607; 19 mars 1914, *Pas.*, 1914, I, p. 246; 21 avril 1902, *Pas.*, 1902, I, p. 208.

(39) A raison des circonstances dans lesquelles elle est utilisée, cette notion suggère généralement le rapport établi entre les pouvoirs législatif et exécutif, rapport se traduisant par un contrôle du premier sur le second.

(40) Ici encore, le rapport que fait naître entre deux autorités un pouvoir de contrôle est évident, entre l'autorité centrale et l'autorité issue du mécanisme de décentralisation.

(41) Si tant est que l'expression puisse être utilisée en pareille circonstance.

Dans l'arrêt du 21 décembre 2000, la Cour de cassation fait reposer son approche de la notion de « contrat de gestion » sur une filiation du décret organique de la R.T.B.F. à l'égard de la loi sur les entreprises publiques autonomes. Elle paraît ainsi consacrer le rôle de « modèle » que joue, dans le paysage des entreprises publiques, la loi du 21 mars 1991. Il est peu probable que, ce faisant, la Cour ait voulu faire œuvre d'enseignement de droit administratif en décrivant, au travers de la connotation du contrat de gestion issu de la loi du 21 mars 1991, une part du phénomène de contractualisation des modes de l'action administrative; tout au plus, verra-t-on dans son analyse une méthode d'interprétation de concepts véhiculés par le décret organique de la R.T.B.F. et hérités de la loi sur les entreprises publiques autonomes, contribuant à répondre à la question de recevabilité que posait le moyen pris de la violation d'une clause du contrat de gestion.

L'observateur ne manquera pas de saisir l'occasion que lui offre cet arrêt de se demander, d'une part, si les contrats de gestion conclus par les différentes entreprises publiques fédérales, régionales ou communautaires révèlent des profils identiques, au point que s'en dégage une conception unique de cet instrument et qu'une nature juridique particulière lui soit reconnue, et, d'autre part, si ce contrat de gestion, à raison du rôle fondamental qu'il joue dans le fonctionnement et la raison d'être de l'entreprise publique, est un facteur d'unicité de la notion d'entreprise publique. Ces deux questions méritent d'être brièvement abordées.

## 2.1. — Un modèle de contrat de gestion?

Existe-t-il, pour les entreprises publiques, un modèle unique du contrat de gestion, auquel une nature et des effets juridiques seraient invariablement reconnus, quels que soient l'entreprise publique qui y a souscrit, les activités qu'elle exerce, l'objet et la portée des clauses qu'il contient?

La référence que portent, fût-ce implicitement, de nombreux lois et décrets organiques d'entreprises publiques à la loi du 21 mars 1991 incite à le croire (42); l'identification de traits communs à de nombreux contrats de gestion liant des entreprises publiques à l'Etat, aux Communautés ou aux Régions plaide également en faveur de cette thèse. Récemment, Ph. Quertainmont s'est attaché à

(42) Cf. notam., pour la Société publique de gestion de l'eau (S.P.G.E.), S. Weerts, « La Société publique de gestion de l'eau, illustration du développement des entreprises publiques régionales », *Am. env.*, 2000, p. 104; pour la Coopération technique belge (C.T.B.), L. Deridder, « De beheerscontracten in federaal, communautair en gewestelijk perspectief », *Onderneming van publiek recht*, sous la dir. de S. Baeten, K. Byttebier et K. Leus, Anvers, 2000, p. 294.

décrire les similitudes que présentaient différents instruments contractuels (43) utilisés par l'administration, tant en ce qui concerne leur vocation (44) que leur contenu (45) (46). Au terme de son analyse comparative, il suggère une définition générique du contrat de gestion inspiré par la loi du 21 mars 1991, selon laquelle il s'agirait d'un « contrat-cadre qui guide l'action de l'institution concernée et rend possible une plus grande autonomie de gestion » (47).

Ces similitudes ne peuvent toutefois, à notre estime, occulter certaines différences fondamentales entre les entreprises, différences que reflètent peu ou prou les contrats de gestion. Deux d'entre elles, choisies parmi d'autres, retiendront particulièrement l'attention : la vocation de l'entreprise publique [A] et le degré de précision dans la définition des tâches de service public par le contrat de gestion [B].

### A. — La vocation de l'entreprise publique

C'est avant tout au contexte de la réforme de 1991 qu'il s'impose d'avoir égard. On rappellera à ce propos que l'objectif poursuivi à l'époque par le législateur était d'adapter le mode de fonctionnement de certains organismes d'intérêt public, pour permettre à ceux-ci d'exercer leurs activités traditionnelles sur des marchés ouverts à la concurrence (ou en voie de l'être), alors qu'ils assuraient jusque-là une offre de services en occupant une confortable position monopolistique. Les différents apports de la loi du 21 mars 1991 reflètent cette préoccupation : tel est le cas du contrat de gestion dont les clauses régissent notamment les tâches assumées dans le cadre des missions de service public (48), les modes de détermination des tarifs afférents à ces prestations ou encore les règles de conduite à l'égard des usagers; bref, autant d'aspects qui touchent directement à l'offre de services. Récemment, ce modèle du contrat de gestion a été appliqué à d'autres entreprises publiques qui, par leur vocation et leurs activités, paraissent se démarquer nettement des organismes soumis à la loi du 21 mars 1991, soit parce qu'elles ne semblent pas nécessairement confrontées aux réalités de marchés concurren-

(43) Il convient de préciser que Ph. Quertainmont ne limite pas son approche aux seuls contrats de gestion, mais y intègre d'autres instruments contractuels.

(44) Le contrat de gestion peut, tantôt, répondre au souci d'assurer un équilibre entre l'autonomie reconnue à l'entreprise et les contrôles auxquels elle doit rester soumise à raison du caractère d'intérêt général des besoins à la satisfaction desquels elle est appelée à pourvoir, tantôt, avoir pour objet de déterminer les conditions d'octroi et d'affectation des fonds publics dans l'exécution des tâches de service public dévolues à l'entreprise. Bon nombre de contrats de gestion traduisent simultanément ces deux préoccupations.

(45) Les clauses porteront généralement sur l'énumération des tâches que doit remplir l'entreprise, les indicateurs de performance qui doivent l'action, les règles de conduite à l'égard des usagers, ...

(46) Ph. Quertainmont, *Les nouveaux instruments contractuels...*, pp. 41-42.

(47) *Ibid.*, p. 42.

(48) Et les indicateurs de performance liés à ces tâches.

tiels (49), soit parce que leurs activités se révèlent assez éloignées de la notion de « service » (50). On peut donc se demander si, dans certains cas, la diffusion du modèle de la loi de 1991 ne se résume pas à la transposition du contrat dans sa dimension instrumentaire, sans égard aux finalités en vue desquelles sa mise au point avait été imaginée à l'origine.

### B. — La définition des tâches de service public

Cette évolution différenciée du contrat de gestion se laisse percevoir sous d'autres aspects, sans doute plus formels à première vue, mais tout aussi significatifs. Tel est le cas de la définition des tâches de service public par le contrat de gestion. On sait en effet que dans le système mis en place par la loi du 21 mars 1991, les missions de service public dévolues à l'entreprise publique sont définies en termes très généraux par la loi, là où les tâches dans lesquelles ces missions se concrétisent sont précisées par le contrat de gestion (51). On s'attend donc à ce que ces tâches soient définies en termes suffisamment précis, qui permettent de « matérialiser » les notions très générales sur lesquelles repose la définition des missions de service public dévolues légalement. Cette énumération est importante pour l'entreprise publique, non seulement en ce qu'elle détermine l'étendue des obligations incombant à cette entité, mais également parce qu'elle conditionnera le degré d'autonomie reconnu à l'entreprise publique dans la conduite de ses activités afférentes aux missions de service public. En effet, dès lors que le contrôle de tutelle s'exerce non plus par référence à l'intérêt général non autrement précisé (52), mais au contrat de gestion (53), l'entreprise jouira d'une autonomie à la mesure des objectifs correspondant aux tâches définies : ces objectifs délimitent la marge de manœuvre de l'entreprise publique, de la même manière qu'ils conditionnent la référence du contrôle de tutelle auquel elle est soumise. Autrement dit, plus les objectifs seront définis en termes vagues, plus large sera l'autonomie de l'entreprise publique, mais plus aléatoire en sera le jeu de la tutelle. L'expérience révèle

(49) Tel paraît ainsi être le cas notamment de la société anonyme de droit public ASTRID ayant pour objet la constitution, l'exploitation, l'entretien et les adaptations et élargissements évolutifs d'un réseau de radiocommunications pour la transmission de voix et de données au bénéfice notamment des services de secours et de sécurité (art. 3 de la loi du 8 juin 1998 relative aux radiocommunications des services de secours et de sécurité, *M.B.*, 13 juin 1998).

(50) En dépit de la perspective d'intérêt général dans laquelle s'inscrit la coopération au développement, il n'est pas certain que les missions dévolues à la C.T.B. correspondent à l'idée qu'on se fait généralement de services répondant à des besoins d'intérêt général et qu'elles justifient la reconnaissance à cet organisme du caractère de « entreprise ».

(51) Article 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi W. Vandenhoele, « De Belgische Technische Coöperatie : N.V. van publiek recht met sociaal oogmerk als alternatief voor parastatalisering en privatisering », *T.B.P.*, 1999, p. 345.

(52) Comme c'est le cas dans les mécanismes traditionnels de décentralisation administrative (cf. J. Dembour, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, Bruxelles, 1955, pp. 7-9).

(53) Ce qui emporte notamment — rappelons-le — la définition des tâches de service public et des indicateurs de performance.

combien le degré de précision peut varier d'un contrat de gestion à l'autre, au point — lorsqu'il se révèle très bas — de faire perdre à cet exercice de définition ses significations premières. Si on peut admettre, par exemple, que le premier contrat de gestion de La Poste énumère avec une certaine précision les tâches à assumer au titre de la poste financière (54) ou que le deuxième contrat de gestion de la S.N.C.B. répond également à ce souci de précision en définissant les exigences de confort auxquelles doit satisfaire l'acquisition de nouveau matériel roulant (55), on s'étonnera néanmoins devant la généralité assez affligeante des termes en lesquels sont définies les obligations incombant à la Coopération technique belge (C.T.B.) (56); lorsqu'à ce constat s'ajoute celui de l'important pouvoir d'initiative laissé au ministre compétent pour déterminer et confier certaines tâches à la C.T.B. en cours d'exécution du contrat de gestion, on ne peut qu'être perplexe devant l'effectivité du rôle joué par le contrat de gestion dans la conduite des activités de l'entreprise publique (57).

Cette tendance n'est certes pas l'apanage des contrats de gestion conclus avec les nouvelles entreprises publiques : elle se dégage également de certains des contrats auxquels ont souscrit plus récemment les entreprises soumises à la loi du 21 mars 1991. Ainsi en est-il, par exemple, du deuxième contrat de gestion entre l'Etat et La Poste, qui insiste sur le rôle social que le facteur est appelé à jouer. Pour louable qu'elle soit sans doute, cette préoccupation ne se traduit dans le contrat de gestion par la définition d'aucune obligation précise à charge de La Poste (58).

(54) Énumération en sept points recouvrant notamment le paiement à domicile des pensions de vieillesse et de survie, le paiement des jetons de présence lors des élections, la comptabilisation des fonds et titres des amendes routières (le premier contrat de gestion de La Poste et l'arrêté royal du 14 septembre 1992 portant son approbation ont été publiés au *Moniteur belge* du 1<sup>er</sup> octobre 1992, pp. 21115 et s.).

(55) L'article 57, 5<sup>o</sup>, de ce contrat de gestion énumère ainsi les aspects qualitatifs auxquels la S.N.C.B. doit se montrer attentive lors de l'acquisition de nouveau matériel roulant : places assises spacieuses, commodités spécifiques pour les personnes à mobilité réduite, climatisation ou air pulsé renouvelé, suspension améliorée, ... (*M.B.*, 29 oct. 1997, p. 28690).

(56) Il est d'ailleurs assez significatif de relever, dans un exposé préalable aux clauses du contrat de gestion, que « la nature des problèmes de développement a pour conséquence que l'objet des obligations assumées par la C.T.B. pour réaliser les tâches de service public qui lui sont confiées par l'Etat, ne peut être déterminé d'emblée » (*M.B.*, 28 mai 1999, p. 19102). Si l'on peut aisément concevoir que les aléas de la politique à mener dans ce domaine s'accroissent difficilement de prévisions à moyen ou long terme, on se demandera alors si le recours à un contrat de gestion déterminant pour une certaine période (trois ans, en l'occurrence) des droits et obligations réciproques était vraiment indiqué pour un organisme associé à la conduite de cette coopération au développement.

(57) W. Vandenhole, *op. cit.*, pp. 342-343.

(58) Tout au plus est-il fait référence à une convention « d'approfondissement ou d'actualisation », qui pourra être conclue ultérieurement (art. 2, § 3, c, du deuxième contrat de gestion entre l'Etat et La Poste, *M.B.*, 5 mars 1997, p. 4576).

Ce problème de définition des obligations des parties au contrat de gestion requiert sans doute davantage que l'approche sommaire dont rendent compte ces quelques lignes. Néanmoins, une hypothèse peut être utilement formulée, dont des études ultérieures apprécieront peut-être la pertinence : une trop grande généralité des termes en lesquels sont définies les obligations incombant aux entreprises publiques pourrait compromettre la prévisibilité des résultats du contrôle de tutelle et affecter, dans la même mesure, l'autonomie censée avoir été accordée à l'entreprise, autonomie que le contrat de gestion devait servir. Ici encore, on se demandera si, en recourant à la technique du contrat de gestion et en la mettant en œuvre, tous les législateurs et gouvernements concernés sont restés attentifs aux objectifs pour la réalisation desquels cet instrument avait été initialement conçu.

\* \* \*

Une étude systématique de tous les contrats de gestion passés au cours des dix dernières années aurait sans doute révélé d'autres indices de cette évolution en sens divers. Certes, si cette évolution ne doit pas occulter les traits communs aux différents contrats, les similitudes ne sauraient, pour autant, faire illusion. Le danger serait grand de prendre appui sur quelques dénominateurs (très) communs, lesquels conduiraient à ébaucher un modèle, pour prétendre voir dans le contrat de gestion un instrument aux caractéristiques invariables et affichant une nature juridique unique.

Des développements qui précèdent, il ressort que si la Cour de cassation a recouru à bon escient à la méthode d'interprétation systématique pour traiter la question de recevabilité du moyen pris de la violation de clauses du contrat de gestion de la R.T.B.F. (59), son arrêt du 21 décembre 2000 ne doit pas être interprété comme consacrant un modèle unique de contrat de gestion des entreprises publiques, auquel des effets juridiques seraient invariablement reconnus. La pratique suggère un modèle du contrat de gestion issu de la loi du 21 mars 1991; elle n'autorise pas, pour autant, à en déduire la reconnaissance d'une notion juridique à contenu et géométrie invariables.

## 2.2. — Le contrat de gestion, facteur d'unicité de la notion d'entreprise publique?

La difficulté de définir la notion d'entreprise publique a été soulignée de longue date et ne paraît pas avoir été surmontée à ce jour (60), tant est large l'éventail des entités susceptibles de répondre à ce vocable : entre l'organisme d'intérêt public détenant une mission

(59) La Cour a relayé la volonté du législateur communautaire qui avait explicitement revendiqué la filiation du décret organique de la R.T.B.F. à l'égard de la loi du 21 mars 1991.

(60) D. De Roy, « La notion d'entreprise publique » dans la législation relative aux marchés publics », *Entr. et Dr.*, 2001, p. 13; J.-Ph. Colson, *Droit public économique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, pp. 275 et s.; D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, 1990, pp. 4-8; Ph. Quertainmont, « La concurrence du secteur public aux entreprises privées », *A.P.T.*, 1982, p. 123.

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, sans toutefois être vouée à la satisfaction de besoins d'intérêt général, il y a sans doute peu de convergences; pourtant, toutes deux peuvent relever de la notion d'entreprise publique telle que généralement acceptée dans son sens usuel, à savoir tout « organisme exerçant une activité économique (consistant en la production, la transformation ou la distribution de biens 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 décision (61) ou dans l'exercice de certaines formes de contrôle » (62).

Cette acception usuelle largement admise (63) contraste avec l'absence de définition juridique de l'entreprise publique, lacune qui contrarie l'étude du régime des nombreuses entités considérées comme telles (64). Ainsi perceptible sur le plan méthodologique, cette difficulté de cerner la notion d'entreprise publique se fait également sentir sur le plan juridique où elle se révèle une source évidente d'insécurité, particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer le champ d'application de législations qui font appel à ce concept; la législation relative aux marchés publics (65) en offre une illustration intéressante (66) : l'approche de l'entreprise publique s'y révèle au fil des dispositions tantôt excessivement large (67), tantôt anormalement restrictive (68).

(61) Désignation des titulaires de fonctions de gestion, par exemple.

(62) D. De Roy, « La notion d'entreprise publique » ..., p. 13.

(63) D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, p. 5.

(64) *Ibid.*, p. 4.

(65) Législation essentiellement constituée de la loi du 24 décembre 1993 (*M.B.*, 22 janv. 1994) et de ses arrêtés d'application. De nombreuses études ont été consacrées à cette législation; sans prétendre à l'exhaustivité, on citera les ouvrages de D. Batselé, Ph. Flamme, et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 2001; D. D'Hooghe, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2<sup>e</sup> éd., Bruges, 1997; M.-A. Flamme et coll., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1996-1997; M.-A. et Ph. Flamme, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics », *J.T.*, 1994, pp. 385-402; 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. 13-134 (Faculté de droit de l'Université de Liège - Commission « Droit et vie des affaires »).

(66) Sur cette problématique, cf. D. De Roy, « La notion d'entreprise publique » ..., spéc. pp. 20-25.

(67) L'entreprise publique visée à l'article 27 de la loi du 24 décembre 1993 s'entend de toute entité dans laquelle les pouvoirs publics « traditionnels » exercent une influence dominante, sans égard à une vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général, alors que les entreprises apparentées au modèle tracé par la loi du 21 mars 1991 sont caractérisées par la détention de missions de service public.

(68) Ainsi, la liste d'entreprises publiques établie en vertu de l'article 26 de la loi du 24 décembre 1993

Dans ce contexte, on peut se demander si la référence à l'« entreprise publique autonome » conçue par le législateur en 1991 et dont le contrat de gestion apparaît comme la « pierre angulaire » (69) peut permettre de surmonter cette difficulté conceptuelle. De toute évidence, cette entreprise publique autonome a ses émules et la contagion de son modèle en assure l'autorité, tout autant qu'elle pourrait fonder la légimité du concept qui y serait lié.

Pourtant, à supposer que quelques caractéristiques communes (70) permettent d'ébaucher un modèle d'entreprises publiques (71), celui-ci n'en sera jamais qu'un parmi d'autres qu'il ne pourra sans doute jamais fédérer. Plusieurs indicateurs autorisent cette vision :

— nombreuses sont les entités qui correspondent à la notion usuelle d'entreprise publique, sans nécessairement reproduire toutes les caractéristiques définies par le législateur en 1991; ainsi en témoignent les intercommunales, les sociétés de droit public (72), certaines filiales des entreprises publiques autonomes (73)...

— il n'est pas inutile d'observer que la technique du contrat de gestion touche non seulement de nombreux organismes à caractère public dont les statuts respectifs varient sensiblement, mais également d'autres entités qui ne relèvent nullement de la notion d'entreprise publique (74), et dont les liens avec l'Etat, une Communauté ou une Région ne sont établis qu'à raison d'un subventionnement (75) : par nature, une telle variété de statuts ne militent pas en faveur de la reconnaissance d'une notion juridique unique;

ne comprend pas certains organismes qui correspondent à cette définition de l'article 27, mais n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 21 mars 1991 et n'ont donc pas été considérés comme entreprises publiques pour l'application de la loi sur les marchés publics : tel est ainsi le cas des sociétés régionales de transport en commun.

(69) Projet de décret portant statut de la radio-télévision belge de la Communauté française (R.T.B.F.), *Doc. Cons. Com. fr.*, sess. ord. 1995-1996, n° 104/1, p. 9.

(70) Recours à la technique du contrat de gestion, distinction entre missions de service public et activités commerciales, influence du modèle d'organisation des sociétés commerciales, contrôle mixte Cour des comptes/ Institut des réviseurs d'entreprises, ...

(71) Modèle regroupant les entités visées par la loi du 21 mars 1991 et leurs nombreux clones sortis de nos différents laboratoires parlementaires.

(72) La s.a. Financière T.G.V., par exemple.

(73) Les filiales détenues majoritairement par l'entreprise publique mère (éventuellement avec d'autres actionnaires publics).

(74) Même au sens usuel.

(75) A plusieurs reprises, la Cour des comptes a attiré l'attention sur le recours aux instruments contractuels pour déterminer la manière dont des organismes subventionnés doivent assurer la conduite des actions d'intérêt général justifiant ce soutien public, ainsi que pour préciser les règles d'affectation et les modalités de liquidation de ces subventions. Cf. notamment, pour l'Opéra royal de Wallonie, le 151<sup>e</sup> Cahier d'observations (6<sup>e</sup> Cahier d'observations adressé au Conseil de la Communauté française), fasc. I, pp. 28-29 (*Doc. Cons. Comm. fr.*, 187, 1994-1995, n° 1); pour l'Office des produits wallons, le 153<sup>e</sup> Cahier d'observations (8<sup>e</sup> Cahier d'observations adressé au Parlement wallon), fasc. I, pp. 64-66 (*Doc. parl. Wall.*, 208, 1996-1997, n° 1).

— on rappellera que certaines législations privilégient des approches spécifiques de la notion d'entreprise publique (76), approches auxquelles le modèle — fût-il aussi séduisant et largement diffusé — de la loi du 21 mars 1991 n'adhère pas nécessairement.

Pour décevante (77) qu'elle soit dans la perspective d'unification de la notion d'entreprise publique, la reconnaissance d'un modèle inspiré de la loi du 21 mars 1991 n'en est pas, pour autant, dépourvue d'intérêt. Elle attire l'attention sur une forme nouvelle de la décentralisation fonctionnelle, qu'aucune analyse des modes d'action administrative ne peut désormais laisser dans l'ombre.

En conclusion, ici encore, la filiation entre la R.T.B.F. et les entreprises publiques autonomes fédérales est sans doute pleinement justifiée, puisque revendiquée par le législateur lui-même, dès l'adoption du décret organique de la R.T.B.F., mais il serait sans doute excessif de prétendre en dégager quelque enseignement plus général sur la notion d'entreprise publique qui, dans son acception juridique, demeure résolument hétérogène.

  
LE RECOURS  
À LA COLORATION CIVILISTE  
DU CONTRAT DE GESTION

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, la Cour de cassation s'est abstenue, dans son arrêt du 21 décembre 2000, de se prononcer sur la coloration civiliste du contrat de gestion : l'examen de la recevabilité du moyen de cassation ne l'y invitait pas. Certains pourraient d'ailleurs douter de l'intérêt que présente cette question, dès lors qu'en 1991 le législateur avait affirmé le principe d'assujettissement du contrat de gestion au droit commun des contrats tel que régi par le Code civil (78).

(76) Cf. notam. la directive 80/723/C.E.E. de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques (*J.O.C.E.*, L. 195, 29 juill. 1980), pour l'application de laquelle l'entreprise publique 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 ». Dans cette acception, l'entreprise publique se définit par référence à l'influence prépondérante qu'y exercent les pouvoirs publics (critère organique), et non — comme c'est souvent le cas pour les entreprises publiques évoluant dans le paysage administratif belge — à des besoins d'intérêt général à la satisfaction desquels elle aurait vocation à pourvoir (critère fonctionnel).

(77) ... et peut-être même futile. Le lecteur pourrait non sans ironie se demander si nos réflexions ne contribuent pas uniquement à alimenter un débat stérile : la circonstance que chaque entité considérée comme entreprise publique revêt déjà une forme juridique ne devrait-elle pas, ainsi que nous l'avons déjà suggéré par ailleurs, dispenser de rechercher à tout prix une définition et un statut particuliers d'entreprises publiques? Cf. D. De Roy, « La notion d'« entreprise publique » », p. 14.

(78) Ph. Quertainmont, « Les entreprises publiques autonomes - Un bilan... », p. 503.

Force nous est toutefois de constater que, pour péremptoire qu'il puisse paraître, le discours du législateur ne fait pas taire toutes les questions que suscite inévitablement la nature juridique des contrats de gestion : plusieurs auteurs n'ont pas manqué d'aborder la problématique (79); nous proposons trois observations complémentaires qui l'alimenteront, sans toutefois prétendre l'épuiser.

*Primo.* — D'aucuns n'ont pas manqué de relever combien la coloration civiliste du contrat de gestion était diluée, notamment à raison des atteintes portées au principe du consensualisme : ainsi en témoignent notamment les modalités de détermination (unilatérale) de la date d'entrée en vigueur du contrat ou de renouvellement de celui-ci (80). Ce ne sont certainement pas les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles qui consolideront cet ancrage fragile dans le droit commun des contrats : certes, à l'exception de la possibilité offerte par l'article 1184 du Code civil de poursuivre la résolution du contrat (81), la partie qui se plaint de ce que son cocontractant n'assume pas ses obligations contractuelles pourra en poursuivre l'exécution forcée, demander des dommages-intérêts ou bien encore faire appliquer les sanctions éventuellement prévues au contrat (82) : de ce point de vue, la proximité avec le droit commun est évidente; aux yeux de l'observateur qui s'y fie, elle constitue toutefois un mirage, bien plus qu'un repère : l'influence prépondérante que joue fréquemment l'Etat, la Communauté ou la Région dans l'entreprise publique avec laquelle le contrat de gestion est passé rend presque nulle la probabilité d'assister un jour à la mise en œuvre de telles sanctions; il est peu réaliste d'imaginer les parties au contrat faire appel aux mécanismes de sanction (83).

Cette observation n'est certainement pas inédite (84); elle gagne toutefois à être réitérée à raison de certaines circonstances. D'une part, on épinglera une jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes, relative aux contrats entre pouvoirs publics, jurisprudence déniait l'existence de contrats entre entités qui, nonobstant des personnalités juridiques distinctes, ne révèlent pas une véritable autonomie fonctionnelle (85). D'autre part, ainsi que le révèlent les observations récemment formulées par la Cour des comptes à propos des contrôles exercés par le gouver-

(79) Ph. Quertainmont, « Les nouveaux instruments contractuels... », pp. 44 et s.; D. Déom, « Les contraintes de droit public... », pp. 119-123.

(80) Cf. notam., J. Ceuleers, « Van B.R.T.N. naar V.R.T. », *T.B.P.*, 1997, p. 587.

(81) Exception justifiée par les exigences inhérentes à la loi de continuité du service public.

(82) D. Déom, « Les contraintes de droit public... », pp. 121-123.

(83) H. Matthijs, « De federale overheidsbedrijven... », p. 433.

(84) Cf. notam., W. Devroe, « Deugdelijk bestuur van overheidsbedrijven (autonome overheidsbedrijven, publiekrechtelijke naamloze vennootschappen) », *T.R.V.*, 1999, p. 488.

(85) C.J.C.E., 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal, Rec.*, 1999, I-8.121. D. De Roy, « Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics - Une première approche... », *Entr. dr.*, 2001, pp. 241-245.

200  
39

nement sur la S.N.C.B. (86), ces contrôles trahissent certaines faiblesses auxquelles la position ambiguë qu'occupe l'Etat, comme actionnaire de la S.N.C.B. et cocontractant de celle-ci pourrait — nous semble-t-il — ne pas être totalement étrangère. Ce dédoublement de personnalité — caractéristique de la plupart des entreprises publiques — suggère combien le jeu contractuel (87) est factice (88).

Le contrat de gestion n'est évidemment pas le premier instrument juridique à avoir été affecté au service d'une fiction. Mais c'est sans doute le caractère éminemment paradoxal de la situation qui interpelle : le contrat de gestion est censé assurer l'autonomie d'une entité dont la radioscopie révèle cependant la totale dépendance à l'égard du pouvoir public dont elle émane et dont elle était pourtant vouée à se distancer.

*Secundo.* — Artificiel, l'apparement revendiqué au droit commun des contrats n'en paraissait d'ailleurs pas absolument indispensable pour rencontrer les vocations assignées à cet instrument. On a rappelé précédemment que le contrat de gestion, d'une part, permettait de déterminer les conditions d'autonomie de l'entreprise publique et, dans le même temps, la mesure du contrôle de tutelle auquel elle serait soumise et, d'autre part, réglait les modalités de mise à disposition des fonds destinés à l'exécution des missions de service public.

L'utilisation de techniques permettant d'assurer un équilibre entre autonomie et contrôle n'est pas neuve : ainsi en témoignent les circulaires ministérielles établies à l'intention des provinces et communes, pour les informer de l'interprétation de dispositions légales et réglementaires que le ministre chargé de leur tutelle fera prévaloir dans le cadre du contrôle exercé à ce titre. Le recours à de telles circulaires n'eût-il pas permis au ministre dont dépend l'entreprise publique d'indiquer à celle-ci les éléments à l'aune desquels il envisageait d'évaluer les initiatives prises dans le cadre de l'exécution des missions de service public et, partant, de limiter son pouvoir de contrôle? On objectera peut-être que la circulaire est un acte unilatéral de l'autorité : ce caractère ne fait pas obstacle à ce que l'adoption d'une telle décision intervienne au terme d'une concertation préalable avec l'entreprise concernée (89). On ajoutera sans doute que les prescriptions des circulaires ne dissipent pas totalement le halo d'incertitude qui entoure l'action des entités soumises au contrôle de tutelle; l'expérience révèle toutefois, ainsi que nous l'avons relevé, qu'un tel degré d'incertitude affecte l'action des entreprises pu-

bliques, à raison du libellé vague de certaines clauses du contrat de gestion, de la possibilité — largement exploitée — de revoir le contrat en cours d'exécution ou encore de la marge de manœuvre laissée par le contrat lui-même à l'initiative ministérielle.

Par ailleurs, les modalités d'octroi, d'utilisation et de contrôle des deniers affectés à l'exécution des missions de service public auraient pu faire l'objet d'un arrêté ministériel qui, sans qu'il fallût faire passer pour nécessaire la signature d'un contrat, eût déterminé les droits et obligations respectifs de l'Etat et de l'entreprise. La pratique de l'octroi d'aides publiques regorge en effet d'instruments, de techniques et de mécanismes qui permettent de subordonner la liquidation de deniers publics au respect de certaines exigences et de garantir leur affectation aux causes que leur attribution prétend servir. Dans ce contexte, le recours traditionnel à l'acte administratif unilatéral (90) ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que le pouvoir subsidiant et le bénéficiaire de l'aide tirent le meilleur parti d'une concertation permanente, tant au stade de la décision d'octroi de l'aide (91) qu'au cours de la concrétisation des projets bénéficiant du soutien public (92).

Des développements qui précèdent, il ressort qu'abstraction faite de l'importante capacité de séduction de l'instrument contractuel, le détour par la figure civile du contrat ne s'imposait sans doute pas pour déterminer, même par voie consensuelle, les droits et obligations respectifs en lesquels se concrétise le partenariat entre l'Etat, les Régions, les Communautés et leurs entreprises publiques respectives.

*Tertio.* — Nonobstant le destin remarquable qu'il a connu dans notre paysage administratif au cours des dernières années, le contrat de gestion pourrait fort bien y faire figure de colosse aux pieds d'argile : les fondements sur lesquels il repose le rendent assez vulnérable au regard d'autres modes d'organisation des services publics et ne paraissent pas être de nature à en garantir efficacement la pérennité, dans ce même paysage administratif où soufflent par intermittence le vent de la libéralisation.

Témoin de cette fragilité, la confusion qui règne autour du mode de dévolution des services publics que le contrat de gestion a pour

objet de régir. Voici quelques années, H. Matthijs décrivait le contrat de gestion des entreprises publiques comme une « version moderne » de la concession de service public (93). Il paraît difficile de se rallier à cette analyse qui néglige à première vue une différence fondamentale entre ces deux instruments : là où la concession de service public est un mode contractuel de dévolution d'une mission de service public, de telles missions sont confiées aux entreprises publiques par voie légale (94), le contrat de gestion n'ayant pour seul objet que de définir les modalités d'exécution de ces missions. Ainsi, du moins, le législateur s'exprime-t-il lorsqu'il détermine l'articulation entre la loi et le contrat de gestion (95); celui-ci n'apparaîtrait donc que comme un élément très secondaire dans la dévolution du service public.

Néanmoins, le contraste entre la généralité des termes dans lesquels la loi identifie les missions de service public dont elle attribue la responsabilité à l'entreprise publique et l'énumération, par le contrat de gestion, des tâches et modalités en lesquelles se concrétisent ces missions ne peut manquer de retenir l'attention : le contrat de gestion apparaît comme dotant de contenu une obligation qui — s'il ne fallait avoir égard qu'à sa seule source légale — en est singulièrement dépourvue. Ainsi considérée, l'articulation entre la loi et le contrat de gestion inspire sans doute plus de bienveillance à l'égard de la thèse d'H. Matthijs : sous cet angle, le contrat de gestion apparaît effectivement fort proche du contrat de concession de service public et sa seule spécificité pourrait fort bien consister en ce que les missions de service public qu'il a pour objet de préciser ne sont pas dévolues formellement par voie contractuelle, mais par une disposition légale (96).

Cette observation incite à s'interroger sur la source des obligations respectives de l'entreprise publique et de l'entité de laquelle elle détient ses missions : ou bien cette source est légale, quitte, pour la définition des modalités d'exécution, à préférer la voie du consensus à celle de l'autorité; le contrat de gestion s'inscrirait donc dans cette perspective et on se demande pourquoi insister sur la référence au contrat civil, si les obligations respectives préexistent au contrat de gestion. Ou bien c'est le contrat de gestion qui est à la source des obligations, auquel cas l'économie d'un détour par la voie légale eût pu être envisagée, le seul intérêt de ce détour étant de faire échapper la dévolution de missions de service public à la mise en concurrence qui eût dû normalement être organisée. Le *sfumato* en

(93) H. Matthijs, « De overheidsbedrijven : een nieuw management ... », p. 310.

(94) Art. 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991.

(95) Cette articulation ressort de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991, selon lequel le contrat de gestion détermine les conditions d'exercice des missions de service public dévolues par la loi.

(96) Il n'est sans doute pas indifférent de noter que si les missions de service public étaient dévolues par un mode contractuel, l'exigence d'une mise en concurrence préalable devrait probablement être envisagée, ce qui n'est pas le cas lorsque la dévolution est assurée par une disposition légale (dans cet ordre d'idées, cf. D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, Bruges, 2001, pp. 42-43, n° 63).

(86) Cour des comptes, *Le bon emploi des deniers publics par la S.N.C.B.*, audit effectué en exécution de la résolution de la Chambre des représentants du 11 mai 2000, Bruxelles, 2001, pp. 85 et s.

(87) Tel qu'il s'exprime notamment à travers des rapports de force auxquels il est censé pouvoir mener.

(88) J. Ceuleers, *op. cit.*, p. 587.

(89) A la suite de M. Pâques (*De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, 1991, pp. 98 et s.; pp. 368 et s.), on rappellera combien l'élaboration d'un acte administratif — même unilatéral — peut être caractérisée par un degré élevé de participation de son destinataire, révélant ainsi l'existence d'une relation consensuelle avec l'autorité administrative.

(90) L'arrêté d'octroi d'une subvention crée dans le chef de son destinataire un droit — même conditionnel — au bénéfice de l'aide et définit les obligations qui incombent au bénéficiaire, et à la bonne exécution desquelles sont liés la liquidation et le maintien de cette aide. A ces droits et obligations correspondent, dans le chef du pouvoir subsidiant, l'obligation de liquider l'aide et la prétention à voir réalisées par le bénéficiaire les activités qui en ont justifié l'octroi.

(91) Dans bon nombre de cas, le montant de l'aide est déterminé sur la base d'une estimation budgétaire soumise par le (candidat) bénéficiaire et appréciée par le pouvoir subsidiant.

(92) C'est ici qu'il faut souligner le rôle important que peuvent jouer les comités d'accompagnement institués pour assurer un contrôle de l'emploi des subventions et un suivi des activités pour lesquelles une aide est octroyée. Cf. D. De Roy, « Etre ou ne pas être ... autorité administrative - Vers de nouvelles questions existentielles pour les a.s.b.l. satellites des institutions communales? », *Rev. dr. communal*, 2002, pp. 213-214.

lequel se confondent ces deux hypothèses n'est sans doute pas fait pour servir une approche univoque de la nature juridique des contrats de gestion.

Ce double ancrage, légal et contractuel, des missions de service public dévolues aux entreprises publiques, ne leur permettra peut-être pas de résister aux Eoles communautaires de la libéralisation, ni d'échapper au risque de dérive vers les Bermudes de la concurrence. La raison d'être et la vocation du contrat de gestion ne valent, en effet, que pour autant que subsiste une relation privilégiée entre l'Etat (97) et l'entreprise publique : cette condition est aujourd'hui généralement vérifiée, dès lors que l'entreprise publique joue, dans son secteur, le rôle d'opérateur historique et occupe, à ce titre une position monopolistique. Celle-ci serait inévitablement remise en cause, et à sa suite la qualité de la relation entre l'Etat et l'entreprise publique, si la dévolution des missions de service public devait faire l'objet d'une mise en concurrence préalable. L'exigence de mise en concurrence préalable à la désignation d'un ou plusieurs opérateur(s) aurait nécessairement pour effet d'organiser une dévolution exclusivement contractuelle du service public, sans doute fort proche du modèle de la concession de service public (98). La politique communautaire actuellement menée dans certains secteurs démontre combien cette perspective d'évolution ne relève pas de la pure fiction (99).

\* \* \*

Il est difficile de ne pas considérer avec scepticisme l'apparement allégué au droit commun des contrats : n'est-il pas paradoxal de s'en réclamer, tout en prenant soin d'y déroger sur certains points essentiels, avec pour conséquence inéluctable de dénaturer l'institution contractuelle? Ne serait-il pas plus judicieux d'ôter cette pâle coloration civiliste

(97) Ou les Communautés et Régions.

(98) A ce propos, il n'est sans doute pas fortuit que la Commission européenne prête depuis quelque temps une attention particulière à la concession de service public, au point de laisser augurer, à plus long terme, un cadre normatif plus précis. Cf. notam. « Communication interprétative de la Commission des Communautés européennes sur les concessions en droit communautaire » du 26 avril 2000 (J.O.C.E., 29 avril 2000, C 121, p. 2). A. Mattered, « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisation », *Rev. dr. de l'Union europ.*, 2000, pp. 253-311, et Chr. Fouassier, « Vers un véritable droit communautaire des concessions? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative », *R.T.D.E.*, 2000, pp. 675-704.

(99) Ainsi en témoigne, par exemple, la possibilité de désigner, à la faveur d'une méthode « objective, transparente et non discriminatoire » une ou plusieurs entreprises chargées de fournir le service universel en matière de communications. Cette perspective ressort de l'article 8 de la directive 2002/22/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive service universel), J.O.C.E., 24 avril 2002, L 108/51. Sur cette sélection des fournisseurs de services d'intérêt général, cf. également St. Rodrigues, « Services publics et droit communautaire en 2001 : de la régulation à l'évaluation », *Jurisl. Europe*, févr. 2002, p. 8.

du contrat de gestion, de la palette avec laquelle l'administrativiste dépeint les modes d'organisation des services publics et les relations entre l'Etat, les Communautés et les Régions et leurs entreprises publiques respectives? Ne serait-il pas plus adéquat de voir dans le contrat de gestion un instrument juridique *sui generis* dont chaque concepteur (100) s'attacherait à définir le régime avec soin, c'est-à-dire en tenant compte des caractéristiques de l'entreprise, de son objet statutaire, des missions de service public qui lui sont dévolues et de la vocation susceptible d'être reconvenue spécialement à ce contrat de gestion?



Les espoirs qu'aurait pu faire naître — s'il n'avait été assorti d'une question — le titre de cet article seraient sans doute déçus : là où le lecteur recherchait probablement un enseignement exhaustif, systématique et, partant, confortable, il ne trouve, à première vue, que des considérations éparées, alimentant, sans toutefois y mettre un terme, un débat ouvert voici une dizaine d'années. Choissant de n'emprunter que les voies ouvertes par l'arrêt du 21 décembre 2000, nous ne pouvions envisager une approche synthétique qui eût, de loin, dépassé le cadre tracé par cette perspective.

(100) A savoir chaque législateur qui recourt à cet instrument pour encadrer l'action d'une entreprise publique.

#### Autonomie, solidarité et coopération

Quelques enjeux du fédéralisme belge au 21<sup>e</sup> siècle

#### Autonomie, solidariteit en samenwerking Enkele belangen van het Belgisch federalisme in de 21<sup>e</sup> eeuw

Sous la direction de Philippe CATTOIR,  
Philippe DE BRUYCKER, Hugues DUMONT,  
Henry TULKENS et Els WITTE.

Autour de quatre thèmes majeurs : l'autonomie fiscale, la sécurité sociale, la solidarité financière interrégionale et la coopération entre l'Etat fédéral et ses composantes, cet ouvrage présente un état des lieux pluridisciplinaire sur l'avenir du fédéralisme en Belgique.

L'ouvrage livre au public les rapports mis à jour que dix-huit économistes et neuf juristes ont présentés sur ces questions lors d'un colloque organisé à l'initiative du ministre-président de la Région de Bruxelles-capitale, les 6 et 7 novembre 2000. Chaque étude est publiée dans la langue de l'auteur et précédée d'un résumé en français et en néerlandais.

Un volume 15,5 x 25 cm, 600 pages, 2002 ..... 86,75 €

COMMANDES : LARCIER, c/o Accés\*, s.p.r.l.  
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve  
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19  
E-mail : acces+ode@deboeck.be

Nonobstant ces limites, le lecteur retiendra sans doute les réserves très nettes que nous formulons à l'endroit de l'approche civiliste du contrat de gestion, préférant voir en celui-ci un instrument *sui generis*. Il notera également l'évolution d'un propos qui, prétendant initialement caractériser la nature juridique des contrats de gestion, aboutit en quelque sorte, à la nier et à suggérer le caractère chimérique de toute démarche en ce sens : d'une part, la pratique révèle la grande diversité des contrats de gestion, telle que la recherche de dénominateurs communs déboucherait inévitablement sur la mise à jour de lieux tout aussi communs (101); d'autre part, les influences conjuguées de divers facteurs pourraient provoquer une dénaturation des contrats de gestion, ainsi voués à disparaître, ou dont seule la forme resterait intacte (102) : nous avons suggéré l'incidence probable de la libéralisation des services publics dans certains secteurs; d'autres indices auraient également pu être examinés (103).

Au terme de ces quelques développements, une question (ouverte) paraît s'imposer (parmi d'autres, sans doute) : est-il souhaitable, pour répondre à la prolifération anarchique des contrats de gestion, qu'un cadre légal (ou décréto) définisse un profil unique de cet instrument? Une telle solution présenterait sans doute des mérites, mais n'en susciterait pas moins certains doutes : un cadre unique pourrait-il tenir compte des spécificités liées à la diversité des situations dans lesquelles les entreprises publiques sont créées et voient leur activité largement déterminée par des contrats de gestion? Dans l'affirmative, ce cadre ne serait-il pas à ce point large qu'il en perdrait toute utilité? A moins qu'à peine tracé il ne fasse l'objet d'innombrables modifications au gré des contrats de gestion susceptibles d'y être ultérieurement intégrés; auquel cas, le souci d'homogénéité serait rapidement relégué au rang des (dés)illusions. Voilà sans doute qui pourrait alimenter une prochaine réflexion...

David DE ROY (\*)

Référendaire près la Cour de cassation  
Chercheur aux F.U.N.D.P. - Namur  
(Centre de recherches informatique et droit)

(101) Caractère consensuel de l'élaboration de l'instrument.

(102) Le contrat de gestion n'étant alors rien d'autre qu'un instrument permettant de définir les relations entre l'entreprise publique et l'entité dont elle émane.

(103) On ne peut, par exemple, ignorer l'émergence progressive d'un droit communautaire des services d'intérêt général mettant à la charge des Etats membres des obligations de service universel auxquelles correspondent, dans le chef des usagers, des préventions à l'allure de droits subjectifs. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable d'imaginer qu'un contrat de gestion précisant les obligations qui incombent aux entreprises publiques (notamment au titre du service universel) définirait de ce fait les droits correspondants des usagers et se verrait ainsi reconnaître une portée beaucoup plus « générale, abstraite et impersonnelle » que celle qui lui est actuellement reconnue. Sur ce discours perméable à l'idée de droits des utilisateurs au bénéfice de certaines prestations de services, cf. notam., les considérants 7, 8 et 13 précédant la directive 2002/22/C.E. précitée.

(\*) Cette étude engage son auteur à titre strictement personnel.