

LA CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES PUBLIQUES ET ENTREPRISES PRIVEES EN DROIT BELGE

PAR

P. ORIANNE

PROFESSEUR A L'UNIVERSITE CATHOLIQUE
DE LOUVAIN

I. — Introduction

La coexistence d'entreprises privées et d'entreprises publiques est une des caractéristiques de l'économie contemporaine dans les pays non socialistes. Sur un même « marché » réel ou potentiel, des agents économiques différents peuvent intervenir : tantôt il s'agit d'entreprises librement constituées par les particuliers aux moyens de leurs ressources propres; tantôt il s'agit d'une initiative de la collectivité qui affecte des ressources publiques à l'action d'une entité économique dont elle a décidé la création.

Cette coexistence débouche logiquement sur une *concurrence* au sujet de laquelle deux questions majeures se posent :

— la première porte sur la « légitimité » ou la « rationalité » de la situation ainsi créée ;

— la deuxième concerne les « conditions » qui rendent possible, sans distorsion grave, la compétition des pouvoirs publics et des particuliers dans un même champ d'activité économique (1).

(1) Sur le problème, en général, on consultera notamment : M.A. FLAMME, « Le régime des activités industrielles ou commerciales des pouvoirs publics », *Rev. Inst. Sociol. U.L.B.*, 1966, pp. 143 et suiv.; H. OLIVIER, « L'entreprise publique et le droit commercial », *Journal des tribunaux*, 1976, p. 537; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I^{er}, 2^e éd. Bruxelles 1976; R. JOLIET, « Contribution à l'étude du régime des entreprises publiques dans la C.E.E. », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1965, n° 1; G. ROMBAUT, « Le régime juridique des services publics industriels et commerciaux »,

En Belgique, trois étapes jalonnent cet aspect de l'histoire des entreprises publiques.

a) La première, qui va depuis l'indépendance de la Belgique, en 1830, jusqu'à l'année 1966, est marquée par la croissance régulière du nombre des organismes publics auxquels est confiée une activité économique qui, bien qu'érigée en service public, est de nature à concurrencer certaines activités privées d'effets équivalents. On citera notamment les interventions publiques dans le domaine :

- des transports par chemin de fer, des transports par routes et des transports aériens
- de la construction, de la vente et de la location de logements
- de la collecte de l'épargne et du crédit
- de la production de l'énergie électrique
- du transport et de la fourniture de gaz par canalisation...

Dans tous ces cas, cependant, l'intervention des pouvoirs publics se fait au titre du *service public*, c'est-à-dire d'une activité dont un profit direct est attendu pour la collectivité tout entière, ce profit étant lui-même le plus souvent de nature sociale autant qu'économique. Souvent aussi l'indication de l'intérêt public de l'entreprise a pu se déduire soit du monopole de fait dont disposaient les pouvoirs publics au moment de sa création (pour l'établissement de réseaux de voies de communication ou de canalisations par exemple) ou des implications particulières de l'entreprise sur le plan de la sécurité publique ou des relations internationales (transports aériens).

Il n'est pas sans intérêt de relever que la plupart des entreprises publiques de cette période se rattachent au secteur des services ou de l'énergie et que leurs actions, à ce titre, s'effectuent souvent *au bénéfice des entreprises privées* tout autant qu'à celui des particuliers. Parfois même c'est au profit exclusif des entreprises privées industrielles et commerciales que de tels services sont créés (Société Nationale de Crédit à l'Industrie, Office National du Ducroire, Sociétés d'équipement économique régional...).

b) Avec la création, par la loi du 2 avril 1962, de la Société Nationale d'Investissement, un nouveau pas est fait. C'est que l'activité essentielle

Revue de droit international et de droit comparé, n° spécial, 1954, p. 268; L.A. WAUTIER, « La participation des entreprises privées à l'action administrative en Belgique », *Revue du droit public et de la science politique*, Paris, 1954, p. 1024; V. CRABBE, « Introduction à l'histoire du droit de l'entreprise publique en Belgique », *Res Publica*, 1964, p. 125. M.A. FLAMME, « Inventaire des entreprises dépendant des pouvoirs publics susceptibles d'entrer en concurrence avec le secteur privé », in *Rev. de l'administration*, 1963, pp. 149, 173, 234 et 256.

de cette société publique, dont l'Etat a la maîtrise, va consister en des opérations n'ayant plus pour objet de rendre au public ou aux entreprises un service déterminé, sous le couvert de règles d'organisation particulières, mais d'apporter temporairement à des entreprises privées, les moyens financiers nécessaires à leur développement ou à leur survie, par des prises de participations directes dans leur capital. Ainsi, de la position de prêteurs ou de fournisseurs d'aide aux entreprises, que les pouvoirs publics ont été conduits à prendre dans le cadre des nécessités de leur politique de l'emploi et de l'expansion économique, vont-ils passer à celle d'*actionnaires directs* des sociétés commerciales, pénétrant ainsi de manière ouverte, dans un domaine d'activités que l'on avait cru longtemps réservé à l'initiative privée.

c) Moins de dix ans plus tard, la dernière étape était entamée, conduisant à la reconnaissance aux pouvoirs publics de la faculté de *prendre l'initiative de la création* d'une entreprise « privée » et d'en assurer la gestion selon les règles du droit commercial.

En un premier temps, à l'occasion de la mise en place d'un nouveau système de planification économique et des divers organes de la décentralisation économique, la loi du 15 juillet 1970 confie à des organismes de droit public, les sociétés de développement régional, parmi d'autres missions, celle « d'assumer directement la *mise en œuvre de projets industriels* avec le concours technique et financier de la Société Nationale d'Investissement ou de toute société régionale d'investissement concernée, en cas de carence du secteur privé » (art. 15, § 2, litt. F).

Quelques années plus tard, une loi du 30 mars 1976 « portant organisation de l'initiative économique publique », étend les fonctions de la Société Nationale d'Investissement en la chargeant « de promouvoir l'initiative économique publique » et l'autorise à cet effet à procéder ou participer à la *création de sociétés commerciales* ou à forme commerciale, à prendre des participations et intérêts dans de telles sociétés et participer à leur gestion, soit :

— lorsque ces sociétés ont pour objet l'exécution de missions de service public incombant normalement aux pouvoirs publics;

— lorsqu'elles présentent un intérêt stratégique pour l'économie belge;

— lorsque la carence de l'initiative privée dans un secteur ou une région a été constatée (art. 2, § 2).

A cette occasion, une innovation importante est introduite dans le droit belge des sociétés. En effet, par dérogation aux articles 29, 1^o et 35, 1^o, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, qui imposent un

nombre minimum d'associés, la Société Nationale d'Investissement pourra constituer *seule* une société anonyme et souscrira, en qualité de fondateur, la totalité des actions de cette société (art. 3, 6°).

Enfin, la loi dispose que la Société Nationale accordera l'agrément à des sociétés régionales d'investissement conformément à un règlement général à prendre par elle et approuvé par le Roi, sociétés régionales dans lesquelles l'Etat, les provinces, les communes, la Société Nationale et les institutions financières d'intérêt public habilitées par le Roi pourront prendre des participations en vue de favoriser, sur le plan régional, la création ou l'extension d'entreprises industrielles et commerciales.

Ainsi donc, cette loi abolit-elle définitivement l'idée que les champs d'action des pouvoirs publics et des particuliers seraient séparés par une cloison étanche. De même qu'à des conditions déterminées, un particulier a pu de tout temps être admis à la gestion d'un service public, en acceptant les servitudes du statut public de celui-ci (2), de même, désormais, est-il possible aux pouvoirs publics de gérer eux-mêmes une entreprise commerciale selon les règles qui s'appliquent à une telle activité et de se présenter purement et simplement, à ce titre, en concurrent sur le marché.

II. — Notion juridique de l'entreprise publique

Il n'y a pas, en droit belge, de définition précise de l'entreprise publique, pas plus d'ailleurs qu'il n'existe de définition légale de l'entreprise privée.

Dans la dernière édition des *Principes de droit commercial* (t. I^{er}, Bruxelles, 1976) J. VAN RYN et J. HEENEN font allusion en ces termes à cette carence : « aucune disposition légale ne définit l'entreprise économique, bien que le législateur se réfère souvent à cette notion. Un arrêt de la Cour de justice des Communautés (13 juillet 1962, *Recueil* 1962, p. 64) a caractérisé l'entreprise économique dans des termes qui méritent, à notre avis, d'être retenus : on entend par là « l'organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé » (p. 63).

(2) On songe ici notamment aux « concessions de service public ».

Par ailleurs, dans l'ouvrage précité (1^{re} éd., t. II, Bruxelles 1957) d'importants développements sont consacrés aux « entreprises économiques d'intérêt public » sans qu'elles soient définies mais en les classant dans les quatre catégories suivantes (p. 161) :

1^o collaboration des pouvoirs publics avec des sociétés ou des particuliers : sociétés d'économie mixte;

2^o collaboration de divers pouvoirs publics entre eux : sociétés commerciales de droit public;

3^o création d'établissements publics de nature commerciale ou industrielle;

4^o création d'administrations personnalisées en vue de l'exercice de certaines activités économiques (régies) (3).

Le traité instituant la Communauté Economique Européenne (25 mars 1957) fait également référence à la notion d'entreprise publique, précisément au chapitre des règles de concurrence, là où il dispose que : « les Etats membres, en ce qui concerne les *entreprises publiques* et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité (art. 90).

Ce texte, qui témoigne de la volonté d'aligner autant que faire se peut la position des entreprises publiques sur celles des entreprises privées au regard des règles de concurrence (4) met opportunément l'accent sur le fait qu'il existe normalement dans tous les Etats des entreprises occupant, par la volonté du pouvoir, une position privilégiée, justifiée par des considérations d'intérêt public. A ce privilège, l'entreprise publique ajoute celui de relever directement des pouvoirs publics.

* *
*

Pour les besoins de la présente étude on définira l'entreprise publique comme celle dont les pouvoirs publics ont la maîtrise de fait, soit parce qu'ils possèdent la majorité de son capital et exercent les droits attachés à celui-ci, soit par volonté de la loi. S'agissant d'analyser une

(3) Ce classement s'inspire de ceux qui sont proposés par les publicistes là où ils traitent des services et organismes publics (voy. notamment A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, 1966, n^{os} 186 et suiv.; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles 1968, p. 133 et suiv.; *Dictionnaire des services publics*, Oyez-Bruylant 1978).

(4) Si un problème particulier se pose sur le plan de la concurrence, ce ne peut être qu'à raison des prérogatives particulières dont disposent les pouvoirs publics lorsqu'ils interviennent directement, ou par personne interposée, sur le marché.

situation de concurrence, en la considérant d'un point de vue juridique, il est logique de s'attacher à la manière dont le pouvoir de décision est exercé dans l'entreprise, et à la qualité du titulaire de ce pouvoir. Il est logique également de ne pas partir d'une distinction fondée sur l'objet et la finalité de l'entreprise. Une telle distinction peut servir à expliquer l'état de la concurrence dans certains domaines, mais risque de semer la confusion si on l'utilise, à priori, pour caractériser les compétiteurs.

S'il s'agissait d'une étude sur les entreprises publiques ou sur la participation des pouvoirs publics aux activités économiques, la notion retenue serait sans doute insuffisante, et nous verrons plus loin, d'ailleurs, que notre sujet se trouve un peu arbitrairement limité par son énoncé même. Il convient toutefois, au moins provisoirement, de s'y tenir.

III. — Le cadre légal de la concurrence

A. — EN DROIT COMMUNAUTAIRE (Traité de Rome)

Les articles 85 et 86 du Traité de Rome interdisent à toutes les entreprises, tant publiques que privées, les ententes, pratiques concertées et abus de position dominante de nature à fausser la concurrence dans le commerce entre les Etats membres, et l'article 90 du même traité, nous venons de le voir, fait aux Etats membres l'obligation de veiller au respect de cette règle dans le cas où l'entreprise relève de leur autorité directe (entreprises publiques) ou reçoit d'eux des droits spéciaux ou exclusifs.

La seule exception admise bénéficie aux entreprises qui sont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal. Elles ne sont, dit l'article 90, al. 2 du Traité, soumises aux règles de concurrence que dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Encore faut-il que le développement des échanges ne s'en trouve pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté (5).

L'idée que la mission de service public accomplie par certaines entreprises peut justifier des avantages apparaît encore de façon très

(5) Sur la notion de « service d'intérêt économique général » voy. notre étude « Définition de la notion de service d'intérêt économique général », *Revista de diritto industriale*, Milan, 1963, n° 1 et 2.

nette à l'art. 77 du Traité qui rend compatible avec les dispositions de celui-ci, les aides en matière de transports « qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public » (6).

B. — DANS LE DROIT INTERNE

La seule législation belge tendant directement à la sauvegarde d'un marché concurrentiel est la loi du 27 mai 1960 sur la protection contre *l'abus de puissance économique*, dont l'intérêt jusqu'à présent est resté plus théorique que pratique, compte tenu de son très faible taux d'application. Elle considère comme abusif le fait, pour une ou plusieurs personnes détentrices de la puissance économique, de porter atteinte à l'intérêt général par des pratiques qui faussent ou restreignent le jeu normal de la concurrence ou qui entravent, soit la liberté économique des producteurs, des distributeurs ou des consommateurs, soit le développement de la production ou des échanges (art. 2).

Elle ne s'applique pas de plein droit aux entreprises publiques, son extension à celles-ci devant être décidée et modalisée par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté, qui devait intervenir dans un délai de cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la loi n'a toujours pas été pris (art. 27).

Il n'est pas certain qu'il le soit jamais, compte tenu de l'existence d'un avant-projet de loi reprenant, dans son ensemble, le problème de la concurrence, pour le régler d'une manière semblable aux prévisions du Traité de Rome. Ainsi, l'avant-projet est-il rendu applicable aux organismes d'intérêt public sous la seule réserve déjà indiquée dans le Traité de Rome, que leur mission particulière ne soit pas mise en échec.

Le système du projet est conçu comme le support, non d'une simple police, mais d'une véritable *politique de la concurrence* dont l'absence, en Belgique, a été plusieurs fois dénoncée (7).

* *
*

(6) Sur cet aspect du droit communautaire qui, rappelons-le, est directement applicable dans les Etats membres, on consultera notamment Cl. A. COLLIARD, « Le régime des entreprises publiques », *Novelles, Droit des communautés européennes*, n^{os} 2151 et 2152; R. FRANCK, « Les entreprises visées aux articles 90 et 37 du traité C.E.E., in *L'entreprise publique et la concurrence*, Semaine de Bruges, 1968; R. JOLIET, *op. cit.*, n^o 6; H. OLIVIER, *op. cit.*, p. 540.

(7) Voy. les observations du ministre F. Herman à ce sujet dans son article « La politique de concurrence », *Intermédiaire*, 15 octobre 1976. Il se réfère notamment à l'opinion des professeurs F. JENNY et S.P. WEBERS dans « L'entreprise et les politiques de

La loi sur les *pratiques du commerce*, du 14 juillet 1971 réunit diverses règles tendant à assurer une information commerciale correcte, à réglementer certaines pratiques commerciales suspectes (vente en liquidation, en solde, offres conjointes de produits ou services) et enfin à réprimer les pratiques tendant à fausser les conditions normales de la concurrence c'est-à-dire « tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un commerçant ou artisan porte atteinte ou tente de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans » (art. 54).

L'application de cette disposition aux entreprises publiques est discutée, à raison de la référence expresse qui y est faite aux « commerçants » (8). En revanche il semble bien établi que les dispositions réglant les conditions de la *publicité commerciale* soient applicables au secteur public. A plusieurs reprises, des actions judiciaires ont été accueillies sur cette base à l'encontre d'organismes publics accusés d'avoir, dans leur publicité, lésé les intérêts de certaines entreprises (9).

Il faut noter enfin que si la législation sur la réglementation économique et les prix (arrêté-loi du 22 janvier 1945 modifié par la loi du 30 juillet 1971) ne peut s'appliquer comme telle à l'ensemble des entreprises publiques, en fait la politique des tarifs des services publics industriels et commerciaux se trouve intégrée dans la politique générale des prix de deux manières : « d'une part, toutes les décisions importantes en matière de prix, qu'elles aient trait au secteur privé ou au secteur public, sont prises en Comité ministériel de coordination économique et sociale, voire en Conseil des ministres; d'autre part, si, dans le passé, le gouvernement s'abstenait de consulter la Commission des prix sur la hausse projetée des tarifs postaux, des abonnements au téléphone ou des tarifs de chemins de fer, la Commission est actuellement régulièrement appelée à donner, sur ces divers tarifs, un avis dont il est bien souvent tenu compte au stade de la décision finale » (10).

concurrence » (1976, p. 265) exprimée en ces termes : « Les moyens étrangement limités consacrés jusqu'à présent par la Belgique à sa politique nationale de concurrence attestent, s'il en était encore besoin, le faible crédit implicitement accordé à l'efficacité attendue (voire souhaitée) des politiques de concurrence »; Voy. aussi le commentaire du projet dans le discours de clôture prononcé par le ministre au colloque de l'Institut international de concurrence commerciale, le 4 février 1977.

(8) Voy. H. OLIVIER, *op. cit.*, p. 540, et les références citées. Voy. aussi le commentaire du projet dans les actes du colloque de l'Institut international de concurrence commerciale (4 février 1977), *Bulletin de l'Institut*, n° spécial, juillet 1977, spécialement les pages 29 (rapport A. Jacquemin) et 41 (rapport J. Van Damme).

(9) Voy. notamment Bruxelles, 12 novembre 1974, *Rechtsk. Weekblad*, 1974-1975, col. 1711; H. OLIVIER, *op. cit.*, p. 541; voy. aussi Comm., Brux., 3 janvier 1972, *J.T.*, 1972, p. 135.

(10) R. ANDERSEN, *La réglementation des prix en droit belge*, Bruxelles, 1977, p. 28.

IV. — Règles particulières applicables aux entreprises publiques

A. — LES SERVICES PUBLICS

1. — *La création par l'autorité publique*

Le principe est général. C'est au législateur qu'il appartient de décider ou d'autoriser la création d'une entité juridique nouvelle dotée d'une capacité économique. Le gouvernement et les pouvoirs régionaux ou locaux ne peuvent y procéder de leur propre autorité. C'est ainsi que les grandes entreprises publiques nationales telles que la Caisse générale d'épargne et de retraite, la Société nationale des chemins de fers belges, ou la Régie des télégraphes et des téléphones n'ont vu le jour qu'à la suite d'une loi qui, au terme d'amples débats, a défini leur objet, leurs compétences et leurs modalités de fonctionnement.

Ce principe est renforcé par une règle, générale elle aussi, du droit public belge, dite, « règle de la spécialité des personnes morales » qui veut que la capacité d'une personne juridique soit étroitement contenue dans les limites de l'objet qui lui est assigné par la loi ou en vertu de la loi. Le respect de cette règle dans le cas des entreprises publiques, est notamment contrôlé par le Conseil d'Etat (11).

Il faut toutefois signaler l'existence d'une pratique, non réprimée jusqu'à ce jour, et qui consiste en l'utilisation, par certains pouvoirs publics, de structures privées mises par la loi à la disposition des particuliers pour la création d'entreprises qui sont dépourvues de but de lucre mais peuvent néanmoins exercer certaines activités à caractère industriel ou commercial (associations sans but lucratif, établissements d'utilité publique). La nature exacte des organismes qui en procèdent est souvent difficile à déterminer, de même que le régime juridique qui doit leur être appliqué (12).

2. — *Les règles de fonctionnement*

Sous réserve de ce qui vient d'être dit du développement d'un secteur « parallèle », notamment dans le cadre d'associations sans but lucratif, les services publics sont soumis à *une discipline et à une déontologie* qui leur sont propres.

(11) Voy. notamment l'arrêt du 6 octobre 1955, S.A. Usines de Braine le Comte, n° 4588, *Rec.*, 1955, p. 777. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a toutefois pris, au fond, une position que l'on peut estimer laxiste en faveur de la Société nationale des chemins de fer belges, qui avait décidé de procéder elle-même à la construction de matériel ferroviaire.

(12) Voy. sur ce point, J. SAROT, « Le contrat, instrument d'organisation des services publics », in *Administration publique*, 1977, n° 2, pp. 100 et suiv.

Si, à la mesure de la capacité juridique qui leur est dévolue, ils disposent d'une autonomie plus ou moins étendue, celle-ci ne peut être utilisée par eux que dans le cadre du règlement qui fixe, parfois de manière minutieuse, leurs conditions de fonctionnement, et leur est opposable par tout intéressé. Par ailleurs, le principe général de *l'égalité des usagers* leur interdit toute pratique discriminatoire à l'égard de leur clientèle.

Lorsqu'ils disposent d'organes propres de gestion, des dispositions particulières fixent les conditions dans lesquelles ils font l'objet d'un *contrôle de légalité et d'opportunité* de la part du pouvoir public dont ils relèvent (13). Pour les travaux et fournitures qu'ils commandent, ils sont de manière générale requis de passer leurs commandes selon les conditions tracées par la législation sur les marchés de fournitures et de services, destinées notamment à assurer dans ces transactions un appel sérieux à la concurrence (loi du 14 juillet 1976 applicable à toute personne de droit public, ainsi qu'aux personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant et dont le Roi arrête la liste, et enfin aux personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public). De son côté, la loi du 15 juillet 1970 portant organisation de la *planification* et de la décentralisation économique dispose notamment qu'en ce qui concerne les établissements publics et d'utilité publique, les sociétés intercommunales et de développement régional, les autres institutions publiques et les organismes fonctionnant à la faveur d'une intervention ou d'une garantie des pouvoirs publics, le plan définit le programme relevant du pouvoir central qui leur est assigné ou les objectifs afférents à la compétence du même pouvoir qui leur sont fixés avec le volume des moyens mis par lui à leur disposition pour réalisation (art 5).

Enfin, la soumission des services publics à des règles spécifiques parfois très détaillées ne les dispense pas, sauf disposition expresse sur ce point, du respect des règles propres à la déontologie du secteur dans lequel ils œuvrent. Un jugement récent du tribunal de commerce de Bruxelles l'a rappelé en condamnant la Société nationale de crédit à l'industrie à réparer le préjudice subi par le créancier d'une société faillie à laquelle la Société nationale avait apporté un concours financier qu'elle ne méritait pas. Dans ses motifs, le tribunal relève notamment : « que, s'il n'est pas douteux que la mission de celle-ci (la S.N.C.I.) est d'aider une entreprise à mettre en œuvre un projet industriel valable ou à passer un cap financier difficile et que l'importance

(13) Voy. notamment les dispositions de la loi du 16 mars 1954 sur le contrôle de certains organismes d'intérêt public.

du risque n'est pas à priori et à elle seule un obstacle à l'octroi du crédit, il lui appartenait en ce cas de veiller au respect scrupuleux des conditions mises à cet octroi et d'exercer sur le crédit un contrôle qui sera d'autant plus strict que le crédit est important et le risque sérieux; que *cette règle, applicable aux banques privées, s'impose à fortiori à un organisme de crédit chargé d'une mission d'intérêt public* » (14).

3. — *Privilèges des services publics*

La mission d'intérêt public qui est assurée par les services publics justifie le principe des privilèges dont ils jouissent, à des degrés divers d'ailleurs selon le cadre de leurs activités.

Parmi ces « privilèges » on peut relever :

1° *Un monopole de droit ou de fait*

Le monopole de droit, à savoir l'interdiction qui frappe les entreprises concurrentes est en principe limité aux actes qui relèvent de la mission essentielle ou principale du service (15). Par ailleurs, la loi intervient parfois en vue de limiter le monopole de fait que les pouvoirs publics pourraient exercer sur certaines activités en établissant les règles auxquelles des autorisations ou permissions, en matière de voirie par exemple, doivent être accordées aux particuliers désireux d'utiliser le domaine public (16).

2° *Avantages fiscaux*

Des exonérations existent, par exemple en matière de droits d'enregistrement pour les acquisitions pour cause d'utilité publique; mais la généralisation de la taxe sur la valeur ajoutée a, en ce domaine, entraîné l'alignement quasi complet du secteur public sur le secteur privé.

3° *La faculté d'expropriation pour cause d'utilité publique*

Ceci n'est pas à proprement parler un avantage commercial puisqu'aussi bien ces acquisitions se font contre paiement d'une indemnité souvent relativement élevée.

(14) Comm. Bruxelles, 3 mai 1976, *J.T.*, 1977, p. 60.

(15) Voy. notamment, en matière postale, Comm. Brux. 13 janvier 1977, *J.T.*, 1977, p. 175.

(16) Voy. par exemple la loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique.

4° Voies d'exécution

La nature des services publics les met pratiquement à l'abri des voies d'exécution forcée et de la procédure de faillite. Il ne paraît pas qu'il faille tenir ceci, également, pour un privilège de concurrence (17).

B. — LES ENTREPRISES ISSUES DE L'INITIATIVE ECONOMIQUE PUBLIQUE

1. — Création

Il a été exposé plus haut que la loi du 30 mars 1976 avait chargé formellement un organisme public, la Société nationale d'investissement et les Sociétés régionales d'investissement agréées par elle, de procéder ou participer à la création de *sociétés commerciales* ou à forme commerciale, prendre des participations et intérêts dans de telles sociétés et participer à leur gestion.

Ainsi donc, par la seule décision de ces organismes, des entreprises commerciales nouvelles peuvent être créées, avec un apport massif de capitaux publics.

Encore faut-il que cette création ou cette participation réponde à l'une des trois conditions suivantes :

- un objet constituant l'exécution d'une mission de service public incombant normalement aux pouvoirs publics;
- un intérêt stratégique pour l'économie belge;
- la constatation d'une carence de l'initiative privée dans un secteur ou une région.

La vérification des deux dernières conditions peut assurément s'avérer particulièrement difficile. Au cours des travaux préparatoires, le ministre a reconnu qu'il était impossible de donner une définition parfaitement cohérente de la notion d'intérêt stratégique. La difficulté est réelle également pour ce qui est de l'appréciation de la carence de l'initiative privée. Il a été dit que cette carence serait appréciée par référence aux données de la planification nationale (non réalisation des objectifs du plan exprimés en termes d'emploi, d'investissement ou de croissance de production). Mais pour que ce critère puisse avoir une réelle valeur, il faut évidemment que la planification entre dans le détail concret des actions à entreprendre (18).

(17) Voy. H. OLIVIER, *op. cit.*, et les références citées.

(18) Sur ces questions, voy. notamment le rapport Declercq au nom des commissions réunies des finances et des affaires économiques, sur le projet de loi organisant l'initiative économique publique, Doc. Parl. Chambre, Session 1975-1976, n° 812-4; Voy. aussi *Annales Parl.*, ch. 24 mars 1976, p. 2925 et Doc. Sénat, n° 766-2.

C'est, finalement, dans les modalités selon lesquelles devront être prises les décisions que résident les garanties les plus importantes. On relèvera à ce sujet que, parmi les vingt-deux membres qui composent le Conseil d'administration de la Société nationale d'investissement (dont le président est directement nommé par le Roi), il en est cinq qui sont présentés, sur une liste double de candidats, en raison de leur compétence dans les problèmes de gestion des entreprises, et cinq en raison de leur compétence dans les problèmes du travail.

Par ailleurs et surtout, il est constitué un *Comité d'investissement*, composé de cinq personnes au moins, nommées par le Conseil d'administration, pour cinq ans, sur une liste double de candidats, présentée conjointement par les organisations les plus représentatives des employeurs et par le Conseil supérieur des Classes moyennes. Sont soumis à l'avis préalable et motivé de ce Comité, tous projets qui tendent à la création de sociétés commerciales auxquelles la Société nationale d'investissement participe comme actionnaire ou à l'acquisition ou à la majoration de participations de la S.N.I. dans de telles entreprises. Dans les cas les plus importants, le Conseil d'administration ne peut passer outre à l'avis négatif du Comité d'investissement que moyennant l'autorisation du Conseil des ministres (articles 3 *bis* et 3, 5° introduits dans la loi du 2 avril 1962 par la loi du 30 mars 1976).

On ne perdra pas de vue, enfin, que les moyens financiers de la Société nationale d'investissement sont limités. Son capital actuel s'élève à 7 milliards de francs belges.

2. — Règles de fonctionnement

En ce qui concerne le mode de fonctionnement des sociétés créées à l'initiative de la Société nationale d'investissement, la volonté qui se dégage du texte de la loi est qu'elles fonctionnent réellement comme des *sociétés commerciales* ordinaires, entièrement soumises aux lois du marché. Mais il est certain que le fait d'avoir été créées par les pouvoirs publics, pour un motif ayant des liens évidents avec l'intérêt général, leur vaudra normalement, en fait, de bénéficier d'une attention soutenue de l'ensemble du secteur public dans la dispensation des aides qu'ils octroient sous des formes multiples à l'ensemble des entreprises.

V. — Considérations générales

A. — LES LIMITES DE L'HYPOTHESE

Dans un pays comme la Belgique, la question de la concurrence entre les entreprises publiques et les entreprises privées a perdu une grande

part de sa pertinence depuis que ces dernières bénéficient d'un nombre important et varié d'interventions et aides publiques.

Si, en effet, on se place, comme il le faut, sur le terrain économique, on s'aperçoit que le principal problème de concurrence se pose, non pas à propos de l'existence d'entreprises créées et financées par les pouvoirs publics, mais à propos de l'ampleur des interventions des pouvoirs publics dans les entreprises de toute nature.

Ainsi, du point de vue de la concurrence, le sauvetage d'une entreprise menacée de disparition ou de faillite, pour des raisons structurelles, parfois même conjoncturelles — en vue par exemple de préserver l'emploi qu'elle représente — est de nature à fausser la concurrence de façon beaucoup plus profonde que la création par les pouvoirs publics d'une entreprise nouvelle, entièrement financée par eux, dans un secteur temporairement délaissé par l'initiative privée. La survie artificielle des charbonnages, grâce à d'énormes aides étatiques et communautaires, a représenté sur le marché des produits énergétiques un événement sans doute plus important que ne l'eût été la mise en service d'une raffinerie de pétrole, créée et dirigée par les pouvoirs publics.

Dès l'instant où on a pu déclarer que 80 % des entreprises bénéficiaient sous une forme ou sous une autre, à un moment de leur existence, d'une intervention des pouvoirs publics, le problème de la concurrence par l'entreprise publique ne présente plus qu'un caractère secondaire. Elle n'est plus, finalement, qu'une manière parmi d'autres pour les pouvoirs publics d'intervenir dans l'économie. Et ces autres moyens sont de nature, non seulement à altérer sensiblement le jeu de la concurrence, mais aussi et surtout à assurer, par et à travers l'entreprise privée, la réalisation des politiques publiques. A ce propos, il faut rappeler que, si en principe, la planification nationale n'a qu'une valeur indicative pour le secteur privé, il en va autrement lorsqu'il s'agit d'entreprises qui reçoivent des « incitants » de l'Etat, en contrepartie desquels elles sont « contractuellement tenues » de concourir, dans leur sphère d'activité, à la réalisation des objectifs planifiés (loi du 15 juillet 1970, art. 7).

B. — DE LA CONCURRENCE A LA SOLIDARITE

L'existence d'une concurrence réelle entre entreprises publiques et entreprises privées ne peut faire perdre de vue les actions spécifiques qui, dans certains secteurs, l'accompagnent et contribuent à l'aménagement global de ceux-ci.

Le domaine du crédit est exemplaire à cet égard.

Plusieurs entreprises publiques y exercent une action considérable, en concurrence avec les banques et caisses d'épargne privées. Mise à part la Banque Nationale, dont la mission essentielle la désigne comme une véritable autorité monétaire, on doit relever la création, depuis 1850, de plusieurs institutions importantes qui ont pour objet de récolter l'épargne et de donner du crédit à des catégories déterminées d'emprunteurs. Il s'agit de la Caisse générale d'épargne et de retraite, de la Société nationale de crédit à l'industrie, de la Caisse centrale de crédit professionnel, de l'Office national de crédit hypothécaire, du Crédit agricole et du Crédit communal de Belgique.

Lorsque l'on observe l'évolution qui s'est produite depuis une vingtaine d'années, l'on voit que l'accroissement de la concurrence dans ce secteur, par une « déspecialisation » des organismes publics de crédit (exercice par eux de la plupart des fonctions bancaires) a été accompagnée d'un certain nombre d'événements conduisant à une solidarité croissante entre leurs actions et celles des banques privées.

Ainsi par exemple :

1. Les développements récents des instruments de la politique monétaire soumettent les organismes publics de crédit au même régime que les intermédiaires du secteur privé, non seulement pour les mécanismes afférents aux phénomènes de marché (réescompte, avances, taux débiteurs et créditeurs), mais aussi pour les réglementations concernant l'encadrement, la réserve monétaire et les autres coefficients monétaires.

« Ainsi, écrit le professeur Le Brun, la réalisation de leur mission de service public est encadrée, entravée, voire paralysée par des règles dictées au titre de la politique monétaire. Que cela soit concrètement possible dans le système du droit tient au fait qu'ils opèrent presque exclusivement par des techniques de droit privé » (19).

2. Dans l'application de ces contraintes communes, les organismes publics de crédit sont amenés à se concerter avec les banques. Deux arrêtés royaux du 23 mai 1967 conduisent à une telle concertation dans la fixation des taux d'intérêts créditeurs.

3. Les principaux organismes publics de crédit ont, sur une base purement conventionnelle, mis sur pied en collaboration avec six banques privées, un pool de financement à l'exportation dont le secrétariat est assuré par la Société nationale de crédit à l'industrie et ont fondé, le 31 janvier 1963, une association sans but lucratif dénommée

(19) « Le cadre juridique de la politique monétaire et du crédit », rapport au colloque de l'A.D.L.v. des 1-2 avril 1977, Annales de droit, 1977, p. 373.

Creditexport, pour servir de lieu de concertation et de décision en la matière (20).

* *
*

Il apparaît ainsi, de plus en plus clairement, que le problème de la concurrence entre entreprises publiques et entreprises privées n'est qu'un des *aspects* d'un problème beaucoup plus fondamental qui est celui de l'économie contrôlée, planifiée et assistée par l'Etat, c'est-à-dire d'un système dans lequel les conditions mêmes d'une concurrence fondée sur le seul jeu des forces économiques sont de moins en moins remplies.

De l'idée d'un système de concurrence, l'on en vient ainsi tout naturellement à celle d'une « politique de concurrence » dont les règles d'organisation et de contrôle restent encore à définir (21).

On peut penser que leur élaboration conduira à réduire encore la distance qui sépare les entreprises publiques des entreprises privées.

(20) Les procédés de l'initiative économique publique permettent eux aussi, de larges coopérations entre secteur public et secteur privé, dans la création et la gestion d'entreprises nouvelles; la même chose vaut pour les actions menées par les Sociétés de développement régional et les projets étudiés par l'Office de promotion industrielle (Loi du 15 juillet 1970, art. 8 et 15).

(21) Voy. notamment à ce sujet les actes du colloque sur la magistrature économique et notamment le rapport général de MM. A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Oyez-Bruylant, 1976.